

S'OM

Sivilombudsmannen
Årsmelding for 2008
Dok. nr. 4 (2008–2009)



Sivilombudsmannen



Dokument nr. 4

(2008–2009)

Melding for året 2008

fra

Sivilombudsmannen

Avgitt til Stortinget i mars 2009

Til Stortinget

I samsvar med lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 12, jf. Stortingets instruks for ombudsmannen 19. februar 1980 § 12, gir jeg med dette Stortinget melding om virksomheten i 2008.

Kapittel I inneholder en orientering om arbeidet og saksbehandlingen ved institusjonen og oppbyggingen av den. Her er det også gitt en redegjørelse for administrative forhold og om krav om innsyn i saksdokumenter hos ombudsmannen. Statistiske opplysninger om saksfordeling og saksbehandling er gitt i kapittel II. Kapittel III inneholder tilleggsopplysninger om saker som er referert i tidligere årsmeldinger der forvaltningen er blitt bedt om å se på saken på nytt. I kapittel IV er det redegjort for saker der det er funnet mangler ved lover, forskrifter eller praksis. Det er i kapittel V referert 105 saker av alminnelig interesse fra meldingsåret, jf. instruksen § 12 annet ledd. Deretter følger emne- og stikkordregister og lovregister.

Som vedlegg til meldingen følger en oversikt over personalet, en oversikt over kontorets organisering og hvordan saksområdene er fordelt på avdelingene. Det er også gitt en oversikt over møter og besøk som har vært avholdt i meldingsåret. Som egne vedlegg er også tatt med Grunnloven § 75 bokstav l, ombudsmannsloven og ombudsmannsinstruksen samt en orientering om ombudsmannsordningen på bokmål, nynorsk og samisk.

Oslo, mars 2009

Arne Fliflet

Innhold

Bruken av klageretten kan føre til fornuftige og rimelig løsninger og til å forbedre forvaltningen	9
I. OM VIRKSOMHETEN I 2008	
1. Hva gjør ombudsmannen?	11
2. Klager i 2008, fremgangsmåten ved behandlingen av klager og utfallet av klagebehandlingen	12
3. Saksbehandlingstid	14
4. Saker som er tatt opp av eget tiltak	14
5. Særskilte meldinger til Stortinget	14
6. Høringsuttalelser	16
7. Arbeid med internasjonale spørsmål og menneskerettigheter	16
8. Møter, besøk og foredrag	18
9. Ombudsmannen og offentlighet	18
10. Nytt nettsted og annen kommunikasjon med borgerne	19
11. Noen særlige spørsmål – ombudsmannen og forvaltningen	20
12. Organisasjon og personale	21
13. Likestilling	22
II. STATISTIKK	
1. Innledning	23
2. Tilgang på saker i meldingsåret	23
3. Sakenes utfall	24
4. Fordeling av saker ut fra geografi, forvaltningsorgan og saksområder	26
III. FORVALTNINGENS OPPFØLGING AV OMBUDSMANNENS TIDLIGERE UTTALELSER	34
IV. SAKER DER OMBUDSMANNEN HAR GJORT FORVALTNINGEN OPPMERKSOM PÅ MANGLER VED LOVER, FORSKRIFTER ELLER PRAKSIS	43
V. REFERAT AV SAKER AV ALMINNELIG INTERESSE, JF. INSTRUKSENS § 12	
Innledning	
Begrunnelsesplikten og betydningen for kontrollen med forvaltningens vedtak	45
Behandlingen av innsynsbegjæringer	46
Særlig om taushetsplikten og offentlighetsprinsippet	47
Ombudsmannens arbeidsområde	
1. Arbeidsområdet til ombudsmannen – innsynssaker som har vore behandla av Kongen i statsråd	48
Offentlighet, innsyn og taushetsplikt	
2. Innsyn i stemmesedler brukt ved valg av ordfører	49
3. Innsyn i eiendomsskattetakstgrunnlag og eiendomsskattetakst	49
4. Sak om dokumentinnsyn – saksbehandling og meroffentlighetsvurdering	51
5. Dokumentinnsyn – «særlige rådgivere eller sakkyndige», meroffentlighet og saksbehandlingstid	54
6. Innsyn i interne dokumenter om mulige forskriftsendringer – sendt fra Utdanningsdirektoratet til Kunnskapsdepartementet	57
7. Saksbehandlingstiden ved klagebehandling av innsynssaker	59

8.	Innsyn i søkerliste til stilling som personalsjef – klagebehandlingen	61
9.	Innsyn i søkerliste til stilling som kommunaldirektør i Haugesund kommune	62
10.	Offentliggjøring av søkerliste – Kultur- og kirke departementet	65
11.	Dokumentinnsyn i fengsel – urinprøvedokument	68
12.	Partsinnsyn etter ligningsloven – saksbehandlingstid	69
13.	Mangelfull journalføring i sak om tilsetjing av barneombod	13
14.	Arkivering og journalføring i saker om dokumentinnsyn	73
15.	Taushetsplikt for testresultater	75
16.	Utlevering av saksdokumenter – taushetsplikt	80
17.	Taushetsplikt – utlevering av bilder fra inspeksjon av hundehold	82
18.	Pasienters rett til å påklage pålegg til deres lege om utlevering av journalopplysninger om dem	85
19.	Lukking av møte i Stranda formannskap	89
Offentlige tilsettingsforhold		
20.	Tilsetting av rådmann – kravet om ekstern utlysning av stillinger i kommunalforvaltningen ..	91
21.	Tilsetting i undervisnings- og forskerstilling – universitetsloven §§ 6-3 og 6-5 – adgangen til å ansette i midlertidig stilling	93
22.	Tilsetting av enhetsleder	22
23.	Tilsetting av assisterende fylkeslege	23
24.	Tilsetting av lærer – lovfestede kvalifikasjonskrav	24
25.	Tilsetting i undervisningsstilling – saksbehandling og betydningen av lovbestemte kvalifikasjonskrav	101
26.	Tilsetting i undervisningsstilling – manglende pedagogisk kompetanse	104
27.	ID-kort for tilsatte ved norske lufthavner – behandlingen av utenlandsk vandelsdokumentasjon	106
Driftstilskudd, konsesjoner og tillatelser		
28.	Tildeling av driftstilskudd til fysioterapi i privat praksis – saksbehandling og vurdering	109
29.	Saksbehandlingen i sak om tildeling av driftstilskudd for fysioterapi – mangelfull underretning og vurdering av klage	114
30.	Konsesjonssak – spørsmål om eiendommen «kan nyttast til landbruksdrift»	118
31.	Manglende kontradiksjon ved pålegg om opphør av ulovlig rettshjelpvirksomhet	122
32.	Tilbakekall av kjøreseddel for drosje – kravet til bevisets styrke og undersøkelses- og begrunnelsesplikten	123
33.	Tillatelse til snøscooterkjøring – lovlighetskontroll	128
34.	Skadefelling av gråhegre	133
35.	Fellingstillatelse for hjort på nabovald – rettslig klageinteresse	135
36.	Reindrift – overføring av driftsenhet fra avdød reinerier	140
Utdanning og studiefinansiering		
37.	Saksbehandlingen ved opptak til Politihøgskolen	144
38.	Bostipend – undervisning på kveldstid	147
Trygd, stønad og barnebidrag		
39.	Arbeids- og velferdsetatens veiledningsplikt og utrednings- og informasjonsplikt	149
40.	Bortfall av krav på ventestønad	155
41.	Veiledende satser for stønad til livsopphold	159
42.	Retten til midlertidig husvære etter sosialtjenesteloven	161
43.	Beregning av inntekt ved fastsetjing av tilskot til barn	166
44.	Barnebidrag – særtilskudd til briller	168
45.	Barnebidrag – skjønnsfastsetting av inntekt	170
Helse		
46.	Helsetilsynets behandling av klagesak om omgjøring av sykehjemsplass til plass i omsorgsbolig	172
47.	Behandling av krav om sletting av opplysninger i pasientjournal	178

48.	Statens legemiddelverks uttalelser om markedsføring av legemiddel	183
49.	Statens legemiddelverks saksbehandling i klassifiseringssaker – spørsmål om enkeltvedtak og forskriftsendring	189
Barnevern		
50.	Barnevernets omsorgsansvar for enslige mindreårige asylsøkere	193
51.	Barneverntjenestens oppfølgingsansvar overfor barnets mor etter omsorgsovertakelsen	195
Fengselsforhold		
52.	Sittetid i politiets arrester – forholdet til forskriftens krav om overføring innen to døgn m.v.	197
53.	Soningsforholdene for en krevende innsatt – langvarig utelukkelse fra fellesskapet	201
54.	Reaksjon grunnet urinprøvenekt – kravet til vurdering av individuelle forhold	203
55.	Glassvegg som kontrolltiltak ved besøk i fengsel fra utenlandske statsborgere	206
56.	Påstand om forhåndsdømming i avslag på søknad om permisjon fra fengsel	210
57.	Flere spørsmål tatt opp ved oppfølgingen av et ombudsmannsbesøk i Vadsø fengsel	212
58.	Oppfølging av besøk i Skien fengsel	217
Utlendingssaker		
59.	Utlendingsdirektoratets behandling av søknader om statsborgerskap fra mistenkte krigsforbrytere m.fl. – behandlingstid, informasjon og innsyn	220
60.	Besøksvisum – Utlendingsdirektoratets generelle erfaringer med retursvikt	225
61.	Oslo politidistrikts rutiner for mottak av søknader og behandlingsgebyr i utlendingssaker – saksbehandlingstid	231
62.	Politiets og Utlendingsdirektoratets saksbehandling i bortvisningssak	234
63.	Innhenting og bruk av spesifikk landinformasjon i asylsak	238
64.	Utlendingsnemndas behandling av begjæringer om utsatt iverksetting	241
Skatt, ligning, toll og avgift		
65.	Virksomhetskontroll i medhold av lov om merverdiavgift § 46 – særlig om «speilkopiering»	244
66.	Tilbakegående avgiftsoppgjør – omgjøring av ugyldig avslag	251
67.	Ettergivelse av restskatt	262
68.	Klage på Skattedirektoratets avvisning av anmodning om å kreve overprøving i fylkesskattenemnda av vedtak fra overlikningsnemnda	263
69.	Beskatning av utenlandstillegg - ligningslovens endringsfrister når ombudsmannen har anbefalt at skattyters ligning bør behandles på nytt	266
70.	Fastsettelse av antall liggeplasser (og sitteplasser) i campingbil ved avgjørelse av avgiftsgruppe for engangsavgift	268
71.	Avslag på søknad om fritak for dokumentavgift – tinglysingslovens regler om ekstinksjon ..	271
72.	Kontroll med anvendelsen av selvkostprinsippet	275
Bygge- og plansaker. Kulturminnevern		
73.	Spørsmål om nabo som hadde samtykket i tiltak gjennom signatur på nabovarsel hadde rettslig klageinteresse	283
74.	Oppreisning for oversittelse av klagefrist i byggesak	286
75.	Manglende behandling av byggesøknad i påvente av vedtak om midlertidig dele- og byggeforbud	290
76.	Dispensasjon fra reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider	294
77.	Mellombels dispensasjon frå kommuneplanen sin arealdel	301
78.	Tolking av reguleringsplan i forbindelse med søknad om utbygging av et naustområde	305
79.	Vilkår oppstilt i forbindelse med innvilgelse av dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 17-2 og kommuneplanens arealdel for utlegging av flytebrygge	311
80.	Dispensasjon for gjenoppbygging/forlengelse av brygge	17
81.	Dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for riving av eksisterende og oppføring av nytt båthus	321
82.	Vilkår for dispensasjon etter plan- og bygningsloven – saklig sammenheng og forholdsmessighet	324

83.	Vilkår om deltagelse i fellesareal ved fradeling av eiendom	327
84.	Dispensasjon fra plikt til opparbeidelse av avkjørsel	333
85.	Dispensasjon for oppføring av leilighetsbygg	337
86.	Oppføring av kårbolig i LNF-område – utilstrekkelig vurdering	342
87.	Størrelsen på behandlingsgebyr for ulovlig byggearbeid	345
88.	Beregning av byggesaksgebyr – plikten til å dokumentere at gebyret er i samsvar med selvkostprinsippet	350
89.	Unnlatt bruk av sanksjon mot ulovlig tiltak	355
90.	Kommunens adgang til å unnlate å forfølge et ulovlig tiltak	357
91.	Pålegg om undersøkelser etter kulturminneloven § 9	360
Sakskostnader, erstatning og tilbakebetaling		
92.	Reduksjon av krav om saksomkostninger etter forvaltningsloven – nødvendighetskriteriet	364
93.	Sakskostnader – forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og rettshjelpsloven § 3 m.v.	366
94.	Dekning av saksomkostninger ved opphevelse av omgjøringsvedtak	367
95.	Krav om erstatning fra trygden etter refusjon i etterbetalt trygdeytelse	370
96.	Erstatning etter strafforfølgning og fritt rettsråd	374
97.	Sak om erstatning av advokatutgifter etter straffeprosessuelt beslag	377
98.	Statens Pensjonskasse – yrkesskadeerstatning	380
99.	Foreldelse av krav om erstatning etter strafforfølgning	99
100.	Sen saksbehandling i Justissekretariatene av søknad om erstatning etter strafforfølgning	391
101.	Kommunal Landspensjonskasse – tilbakekreving av feilutbetalt avtalefestet pensjon	392
102.	Tilbakekreving av feilutbetalt voldsoffererstatning	396
Annet		
103.	Sak om tilbakekall av førerett – klagebehandlingen	399
104.	Habilitet for ansattes representanter i styret i et interkommunalt tiltak	402
105.	Antakelse av fast forsvarer	404
REGISTRE		
	Emne- og stikkordregister	408
	Lovregister	411
VEDLEGG		
1.	Ombudsmannens kontor – personaloversikt	413
2.	Oversikt over avdelingsinndeling og saksområder.....	414
3.	Ombudsmannens foredrag, møter, besøk og reiser i 2008	415
4.	Kongeriget Norges Grundlov § 75 bokstav l.....	417
5.	Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen	418
6.	Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen	420
7.	Orientering om Sivilombudsmannens oppgaver og virksomhet – brosjyretekster på bokmål, nynorsk og samisk	422

Bruken av klageretten kan føre til fornuftige og rimelige løsninger og til å forbedre forvaltningen.

Noen mener at vi lever i en tid preget av en klagekultur og at dette er noe negativt. Klager ses på bare som uttrykk for misnøye og utilfredshet. Dette er en unyansert måte å se klager på. En klage vil ofte være nødvendig for å få gjennomslag for en rett eller rettet opp en urett. Den som vil få satt søkelyset på feil eller forsømmelser fra myndighetenes side, vil bare kunne få gjort det gjennom en klage. Klager kan føre til at det blir avdekket systemfeil og kan derfor være nyttige bidrag for å få forvaltningen til å tenke nytt og skapende og dermed være et grunnlag for positive endringer og reformer.

Retten til å klage er ikke bare en rett til å få vedtak overprøvd. Klageretten kan også brukes til å reagere mot feil og forsømmelser. Offentlig forvaltning omfatter alle myndigheter og alle typer offentlig

virksomhet, også faktiske handlinger. Det er med andre ord ikke bare myndighetenes vedtak klageretten omfatter. Folk kan klage på all behandling av publikum i forbindelse med offentlig virksomhet. De kan blant annet klage på at forvaltningen opptrer uvennlig, uhøflig, lite menneskelig og hensynsfullt, lukket, reservert, tregt, utilgjengelig eller partisk.

Forvaltningen må utforme klageordningene slik at de kan fange opp både overprøvingstilfellene og de klager som gjelder misnøye med forvaltningens behandling av borgerne i vid forstand. Større virksomheter bør derfor ha organer eller institusjoner som på et selvstendig og uavhengig grunnlag kan undersøke de klager som kommer inn. Det hjelper lite om en klager bare blir vist til den saksansvarlige for det forholdet det klages på.



Foto: Bård Ek

Sivilombudsmann Arne Fliflet

Sivilombudsmannen står utenfor forvaltningen og kan undersøke klager som gjelder alle slags forvaltningsmessige forhold, ikke bare myndighetsvedtakene. Når forvaltningen går i vranglås, lar være å svare, lar sakene drive eller trekke ut, opptrer arrogant, uhøflig og mindre hensynsfullt, ja da kan borgerne klage til ombudsmannen. Klager om slike forhold vil kunne gjøre det mulig for ombudsmannen å avdekke om forvaltningens ordninger for behandlingen av klager er velegnet for at forvaltningen skal kunne gjøre det som er påkrevd.

De normer som er grunnlaget for ombudsmannens undersøkelser og anbefalinger er for det første lov og rett. Men ombudsmannen vil også legge til grunn for sine undersøkelser og uttalelser det som er god forvaltningsskikk. Etter instruksen skal ombudsmannen «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.» Av dette følger at de normer ombudsmannen bygger på i sin virksomhet ikke bare skal være forankret i den strenge juss, i lov og rett. Også normer som er sprunget ut av grunnleggende verdier og generelle etiske prinsipper skal være bestemmen-

de for ombudsmannens virksomhet. Slike prinsipper er nært knyttet til rettsreglene, men de går både ut over og lenger enn retten. Da ombudsmannsordningen ble opprettet, var det meningen at ikke bare den strenge juss skulle være bedømmelsesgrunnlaget. Ombudsmannen skulle kunne gå noe lenger. Denne mulighet for ombudsmannen til også å gå ut over den strenge juss er viktig, men den må brukes med varsomhet. Den er viktig fordi den gir ombudsmannen en mulighet til å gå inn i forhold som det kan være av betydning å få belyst, forbedret og rettet på, uten at det må være tale om ulovlige forhold.

Denne adgangen for ombudsmannen til i noen grad å gå utover den strenge juss er viktig både for tiliten til forvaltningen og til ombudsmannsinstitusjonen. I enkeltsaker kan denne adgangen gi ombudsmannen en mulighet for å kunne bidra til rimelige løsninger der det ikke foreligger noen ulovlighet. Det har vært sagt at «den høyeste rett er den største urett». Det vil si at det som formelt er juridisk riktig, kan etisk eller moralsk være urettferdig. I vårt styresett kan ombudsmannen i enkeltsaker bidra til å redusere motsetningen som måtte foreligge mellom lov og rett og kravet til en rettferdig og fornuftig løsning.

I. Om virksomheten i 2008

1. Hva gjør ombudsmannen?

Ombudsmannen undersøker og uttaler på rettslig grunnlag sin mening om hvorvidt offentlige myndigheter har handlet feil eller begått urett mot borgerne. Det aller meste av offentlig virksomhet og av den offentlige forvaltningen kan kontrolleres av ombudsmannen. Kontrollen omfatter også om myndighetene har respektert og sikret menneskerettighetene, og om saksbehandlingen har vært i samsvar med god forvaltningsskikk.

Undersøkelsene blir først og fremst satt i verk etter klager fra enkeltpersoner, organisasjoner eller andre juridiske personer. Men ombudsmannen kan også sette i verk undersøkelser av eget tiltak, det vil si uten at noen har kommet med en klage. Ombudsmannen kan si sin mening i sakene som er undersøkt, men kan ikke gjøre vedtak som er rettslig bindende. Myndighetene pleier likevel å bøye seg for det ombudsmannen har uttalt.

Det er ikke bare avgjørelser i forvaltningen som ombudsmannen kan undersøke og overprøve, men også myndighetenes handlemåte, unnlatelser de har gjort seg skyldige i, og andre forhold knyttet til for-

valtningens virksomhet. Når forvaltningen ikke svarer på skriftlige henvendelser, når saksbehandlingen drar ut i tid, eller når tjenestemenn i forvaltningen oppfører seg på en uhøvisk eller krenkende måte, kan borgerne klage til ombudsmannen. Borgerne kan på denne måten på en praktisk og billig måte få en nøytral og objektiv rettslig undersøkelse og vurdering av saken sin, eller det problemet de har med offentlige myndigheter. Undersøkelsene hos ombudsmannen kan være et nyttig og praktisk alternativ til å måtte gå til domstolene. Det er også viktig at den enkelte kan klage til ombudsmannen på egen hånd, uten å bruke sakkyndig hjelp, for eksempel advokat.

Ved mitt kontor arbeider det 32 jurister og et administrativt støtteapparat på 13 personer. Kontoret er inndelt i fem avdelinger med ansvar for hver sine fagområder. Inndelingen i fagavdelinger gir meg og de ulike kontorsjefene en kontinuerlig oversikt over saksporteføljen og bedre forutsetninger for å prioritere og effektivisere saksbehandlingen.

Jeg leser personlig alle klager som kommer inn, og tar standpunkt i alle saker som blir tatt opp med forvaltningen og, etter forholdene, også i saker som blir avsluttet uten nærmere undersøkelser.

Figur 1.1 Oversikt over avdelingsinndelingen og saksområdene.



2. Klager i 2008, fremgangsmåten ved behandlingen av klager og utfallet av klagebehandlingen

I 2008 kom det inn 2469 klager. Det er en økning på 343 klager i forhold til i 2007, og på 442 klager i forhold til i 2006.

Av de innkomne klagenes ble 1174 avvist på formelt grunnlag. Dette gjelder blant annet klager rettet mot organer, institusjoner og andre selvstendige rettssubjekter som ikke er en del av den offentlige forvaltningen og som faller utenfor ombudsmannsordningen. Også dersom en anke- eller klagemulighet i forvaltningen ikke er benyttet, eller klagen for øvrig ikke tidligere er tatt opp med forvaltningen, blir en klage vanligvis avvist. Årsaken er at ombudsmannens kontroll som hovedregel skal være etterfølgende. Det vil si at forvaltningen først selv må få anledning til å behandle og avgjøre det spørsmålet klagen gjelder. Klager vil også som hovedregel bli avvist dersom de innkommer etter tidsfristen for å klage til ombudsmannen. De må være fremsatt senest innen ett år etter at tjenestehandlingen eller forholdet det klages over, ble utført eller opphørte.

Dersom en klage kan behandles, er første skritt å innhente sakens dokumenter fra forvaltningen. Klagen, saksdokumentene som klageren har sendt inn og forvaltningens saksdokumenter blir deretter gjennomgått. Siktemålet i denne innledende fasen er å finne ut om det er noe som tyder på at det kan være gjort feil eller urett mot den som har klaget. Det er slik sett riktig å si at alle klager blir undersøkt. Men det som blir fremført i klagen, og det som fremgår av saksdokumentene, avgjør omfanget av undersøkelsen og den videre behandlingen av saken. Det vil også bli vurdert om det er tilstrekkelig grunn til å behandle klagen. Selv om det blir konstatert at det er gjort feil, bør feilen være såpass alvorlig at det kan være grunn til å påtale den. Mindre feil, og feil som kan synes å ha vært et engangstilfelle, gir for eksempel normalt ikke grunn til videre behandling. I noen slike tilfeller kan jeg sende saken videre til den myndighet klagen gjelder, med oppfordring om å merke seg det klageren har sagt, og en anbefaling om hvordan forvaltningen bør innrette seg i fremtiden.

Det er meningen at ombudsmannens undersøkelser skal bli gjennomført nokså hurtig. Saksbehandlingen skal selvsagt være forsvarlig. Både klageren og forvaltningen må få mulighet til å uttale seg og legge frem relevant materiale, men saksbehandlingen må ikke bli for omstendelig. Behandlingen skal ikke være en domstolprosess. Kravene til saksbehandlingen må rette seg etter siktemålet med ombudsmannsordningen, nemlig at den skal være trygg, men samtidig effektiv, enkel og billig. Undersøkelsene må være avgrenset til en gjennomgang av saksdokumen-

ter og annet skriftlig materiale. Ombudsmannen kan normalt ikke avhøre parter eller vitner, og det er heller ikke vanlig å holde befaringer. Videre er ombudsmannskontrollen først og fremst tenkt som en rettslig kontroll. Det innebærer at saker der utfallet av behandlingen i forvaltningen er bygd på bevisvurderinger av faktisk eller skjønnsmessig art, og der dokumentene i saken ikke gir nærmere rettleddning, kan være mindre egnede for behandling hos ombudsmannen. Da kan domstolsbehandling være et bedre alternativ.

Av de sakene som ble tatt opp til nærmere undersøkelser i 2008, ble 868 avsluttet etter en gjennomgang av klagen og saksdokumentene som forvaltningen hadde sendt inn, men uten at saken ellers ble lagt frem for eller tatt opp med forvaltningen. I 598 av disse sakene viste det seg, etter en gjennomgang av klagen og saksdokumentene, at klagen opplagt ikke kunne føre frem. I de andre 270 sakene var en telefon til forvaltningen nok til å ordne opp i saken. Disse sakene gjaldt i hovedsak lang saksbehandlingstid eller manglende svar fra forvaltningen.

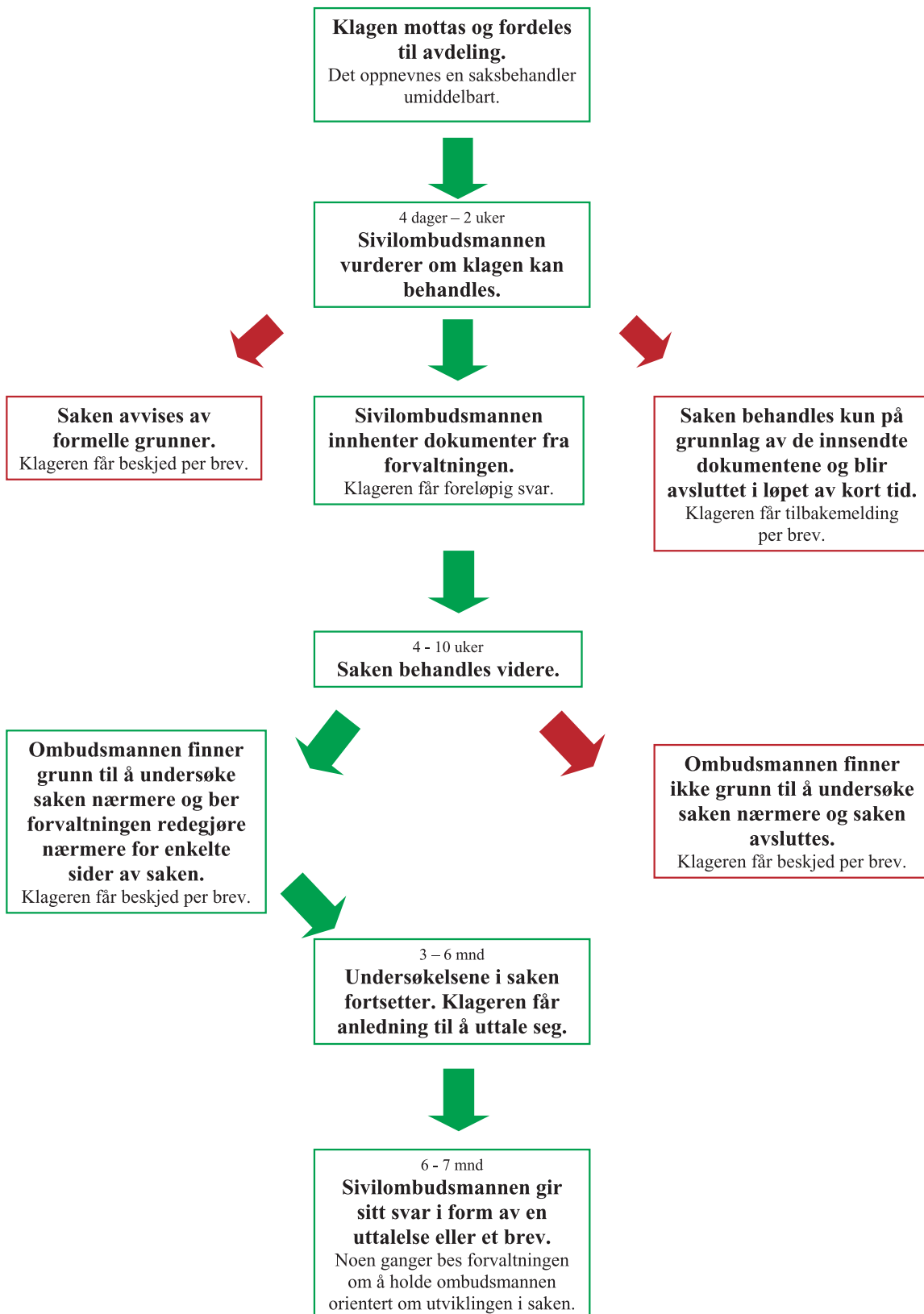
I én sak som angikk rettigheter etter sameloven, viste gjennomgangen av saken at det ikke var grunnlag for å reise rettslig kritikk mot forvaltningen. Jeg fant likevel grunn til å oversende saken til Sametinget for å gjøre oppmerksom på den problemstillingen saken reiste.

Av de innkomne klagenes endte 209 med en eller annen form for kritikk eller oppfordring til forvaltningen. Det følger av ombudsmannsloven § 10 første ledd at ombudsmannen «kan uttale sin mening om saken». Ombudsmannen kan altså påpeke at det er gjort feil i saksbehandlingen eller rettsanvendelsen, samt gi uttrykk for at en avgjørelse må regnes som ugyldig, klart urimelig eller i strid med god forvaltningsskikk. Dessuten kan ombudsmannen gi uttrykk for at det bør ytes erstatning dersom forvaltningen har gjort feil som tilsier det. Viktig er det og at ombudsmannen kan påpeke at det knytter seg rimelig tvil til avgjørelser som det er klaget på. Slik tvil kan gjelde både faktiske og rettslige forhold.

Når jeg mener at det er handlet feil eller gjort urett, ber jeg normalt forvaltningen om å vurdere eller behandle den aktuelle saken på nytt. Erfaring tilsier at forvaltningen følger slike oppfordringer. Vanligvis legger forvaltningen også til grunn de oppfatningene jeg gir uttrykk for. Hovedinntrykket er at forvaltningen retter seg lojalt etter det ombudsmannen ber om. Når forvaltningen ikke retter seg etter dette, kan ombudsmannen råde borgeren til å reise sak for domstolene. Konsekvensen av dette er at borgeren har krav på fri sakførsel, jf. rettshjelplova 13. juni 1980 nr. 35 § 16 første ledd nr. 3. I 2008 har én sak gitt grunnlag for å tilrå søksmål.

Kapittel V inneholder referater av mine viktigste uttalelser i meldingsåret 2008.

Figur 2.1 Oversikt over saksgangen og veiledende saksbehandlingstid hos ombudsmannen.



3. Saksbehandlingstid

Tiden det tar å behandle klagesakene hos ombudsmannen varierer etter hva saken gjelder, hvor omfattende den er og hva slags undersøkelser som synes nødvendige for å få saken tilstrekkelig opplyst.

Normalt får klageren et foreløpig svar innen en uke etter et klagen er mottatt her. Dersom klagen må avvises på formelt grunnlag, blir det som regel også avklart straks. Er det grunn til å undersøke saken nærmere og ta den opp med forvaltningen, kan det ta en del tid før saken avsluttes. Dette har sammenheng med at det aktuelle forvaltningsorganet i disse sakene må få redegjøre for sitt syn på klagen. Forvaltningens svar blir deretter oversendt til klageren for merknader, som forvaltningsorganet deretter får anledning til å kommentere. Både hensynet til kontradiksjon og hensynet til at saken skal bli best mulig opplyst, medfører at saksbehandlingstiden for disse sakene kan bli temmelig lang. For saker som gjelder innsyn i forvaltningens saksdokumenter, er saksbehandlingstiden derimot kortere enn for andre sakstyper.

Beregninger som er foretatt viser følgende gjennomsnittlig saksbehandlingstid for klagesaker hos ombudsmannen:

- Saker som er avvist på formelt grunnlag 11 dager
- Saker avsluttet uten å ha vært tatt opp med forvaltningen 5 uker
- Saker avsluttet etter å ha vært tatt opp med forvaltningen 6-7 mnd.

Beregningene er basert på 80-100 tilfeldig utvalgte saker innenfor hver av de tre ulike sakskategoriene. Resultatet av beregningene er i hovedsak i samsvar med de måltallene som tidligere har vært oppstilt for saksbehandlingstiden. Kontoret arbeider med å finne elektroniske verktøy som om mulig kan gi en enda mer nøyaktig oversikt over saksbehandlingstiden.

I punkt 2 ovenfor er det gitt en grafisk fremstilling over saksbehandlingstiden på de ulike stadiene i klagebehandlingen.

4. Saker som er tatt opp av eget tiltak

I tillegg til å behandle klager fra borgerne kan ombudsmannen ta opp saker av eget tiltak. Bakgrunnen for at saker tas opp av eget tiltak, er vanligvis at jeg i forbindelse med behandlingen av en klagesak har fått kjennskap til forhold i forvaltningen som det kan være grunn til å ta opp særskilt. Dersom det kommer inn flere klager som gjelder samme type forhold, kan det også være mer praktisk å ta saken opp på generelt grunnlag og av eget tiltak, enn å forfølge de konkrete enkeltsakene. Det kan også være at opplys-

ninger fra publikum, eller forhold som omtales i media, gir grunn til å ta opp en sak av eget tiltak uten at noen har fremmet en konkret klage.

I meldingsåret 2008 er 23 saker tatt opp av eget tiltak, mens tallet i 2007 var 41. Følgende saker som ble tatt opp av eget tiltak, er referert i årsmeldingens kapittel V:

- Sak nr. 3: Innsyn i eiendomsskattetakstgrunnlag og eiendomsskattetakst
- Sak nr. 14: Arkivering og journalføring i saker om dokumentinnsyn
- Sak nr. 20: Tilsetting av rådmann – kravet om ekstern utlysning av stillinger i kommunalforvaltningen
- Sak nr. 39: Arbeids- og velferdsetatens veiledningsplikt og utrednings- og informasjonsplikt
- Sak nr. 50: Barnevernets omsorgsansvar for enslige mindreårige asylsøkere
- Sak nr. 52: Sittetid i politiets arrester – forholdet til forskriftens krav om overføring innen to døgn m.v.
- Sak nr. 57: Flere spørsmål tatt opp ved oppfølgingen av et ombudsmannsbesøk i Vadsø fengsel
- Sak nr. 58: Oppfølging av besøk i Skien fengsel
- Sak nr. 60: Besøksvisum – Utlendingsdirektoratets generelle erfaringer med retursvikt
- Sak nr. 72: Kontroll med anvendelsen av selvkostprinsippet

5. Særskilte meldinger til Stortinget

Jeg har i 2008 gitt to særskilte meldinger til Stortinget. Slike meldinger kan gis når ombudsmannen får kjennskap til «forsømmelse eller feil av større betydning eller rekkevidde», jf. ombudsmannsloven § 12 andre ledd.

Den ene saken (dokument nr. 4:1 (2007–2008), avgitt 20. juni 2008) gjaldt en undersøkelse av ligningsbehandlingen for 2005 og 2006 av krav om særfradrag for ekstra store sykdomsutgifter som følge av diabetes. Den andre (dokument nr. 4:1 (2008–2009), avgitt 6. oktober 2008) gjaldt enkelte forhold vedrørende saksbehandlingen i Norsk pasientskadeerstatning.

Ligningsbehandlingen av krav om særfradrag for ekstra store sykdomsutgifter som følge av diabetes

Bakgrunnen for undersøkelsen var at jeg i 2007 mottok et foruroligende stort antall klager der det ble anført at det hadde skjedd forskjellsbehandling ved ligningen for 2005 og 2006 for så vidt gjaldt de dokumentasjonskrav som var blitt stilt for å bli innvilget

særfradrag for store sykdomsutgifter som følge av diabetes. Undersøkelsen bekreftet det mange klagere og Norges Diabetesforbund hadde gjort gjeldende. For inntektsårene 2005 og 2006 synes det å ha funnet sted en uensartet behandling av krav om særfradrag for store sykdomsutgifter som følge av diabetes. Denne uensartede behandlingen må i stor grad antas å være et resultat av at de sentrale skattemyndigheters retningslinjer for rettsanvendelsen ga for stort rom for de lokale ligningsmyndigheters eget skjønn ved kontrollen av skattyters krav om særfradrag for slike utgifter.

Undersøkelsen fikk klart frem at anvendelsen av reglene om særfradrag for store sykdomsutgifter nærmest regelmessig byr på store utfordringer både for skattytere som krever særfradrag på grunn av diabetes og for ligningsmyndighetene. Resultatet av undersøkelsen tydeliggjør også viktigheten av at skatteloven og ligningsloven anvendes enhetlig uavhengig av hvor i landet skattyterne bor og hvilket skattekontor og hvilken saksbehandler som forestår ligningsbehandlingen. I tillegg illustrerer undersøkelsen behovet for at de sentrale skattemyndigheter sørger for både tilstrekkelig utfyllende sentrale retningslinjer for ligningskontorenes utøvelse av rettsanvendelsesskjønnet og for effektiv og målrettet informasjon til de aktuelle skattytere.

Først for 2007 ble det fastsatt klare retningslinjer for hvordan merutgiftene til diabetikerkosthold kan måles mot ordinære kostholdsutgifter. Disse retningslinjene anser jeg som en helt nødvendig forutsetning for å få til en enhetlig anvendelse av særfradragreglene på merutgifter for diabetikere. Derfor var det uheldig at slike retningslinjer ikke var utarbeidet i tide for selvangivelsesfristen og den ordinære ligningen for inntektsåret 2005.

Undersøkelsen avdekket således at de sentrale skattemyndigheters forberedelse av å iverksette lovens dokumentasjonskrav også overfor diabetikere ikke hadde vært tilfredsstillende. Ved vesentlige endringer av skatteregler som kan ha forholdsvis stor betydning for relativt mange skattytere tilsier god forvaltningsskikk at de berørte skattytergruppene må gjøres oppmerksom på disse endringene og konsekvensene av dem, på en forsvarlig måte, og til «riktig» tid. Endringen av dokumentasjonskravet i skatteloven § 6-83 fra inntektsåret 2005 berørte hovedsakelig ikke-profesjonelle skattytere. Da må det generelt stilles andre og til dels strengere krav til skattetatens informasjonsvirksomhet overfor skattyterne enn om endringen bare berører profesjonelle skattytere.

Etter at denne særskilte meldingen ble avgitt til Stortinget tok Skattedirektoratet initiativ til et møte med meg der siktemålet var å tilkjennegi at de synspunkter jeg ga uttrykk for i min uttalelse blir tatt på alvor.

Saksbehandlingen i Norsk pasientskadeerstatning

Bakgrunnen for min undersøkelse var at det over noe tid var mottatt flere klager på saksbehandlingen i Norsk pasientskadeerstatning (NPE). NPE er et statlig forvaltningsorgan underlagt Helse- og omsorgsdepartementet, som behandler og avgjør krav om erstatning ved pasientskade. Klagene som kom inn gjaldt både NPEs behandlingstid, køordningen for nye saker og håndteringen av henvendelser fremsatt under sakens gang.

Jeg fant grunn til å påpeke den uakseptabelt lange saksbehandlingstiden i NPE, og jeg viste i denne forbindelse til den store betydningen sakene har for erstatningssøkerne. De tiltakene som NPE hadde iverksatt syntes ikke i seg selv å være tilstrekkelige til å kunne føre til en vesentlig nedarbeiding av de opparbeidede restansene. Jeg ga derfor uttrykk for at det var behov for at NPE, i samarbeid med Helse- og omsorgsdepartementet, ytterligere intensiverte arbeidet med å redusere saksbehandlingstiden.

Jeg påpekte også at det knyttet seg klare betenkeligheter til køordningen som NPE hadde etablert som en del av sin saksbehandling, og jeg forutsatte at det ble arbeidet aktivt for å avvikle ordningen så snart situasjonen gjorde det mulig. NPE ble oppfordret til å avbøte svakhetene ved ordningen, og blant annet etablere rutiner for å sikre at skriftlige henvendelser som fremsettes mens en sak står i kø blir bekreftet mottatt av NPE. Avslutningsvis understreket jeg også at det må sendes ut orienteringsbrev, forsinkelsesmeldinger og foreløpige svar som innholdsmessig tilfredstillende kravene i forvaltningsloven § 11a annet ledd.

Helse- og omsorgsdepartementet har senere gitt uttrykk for at det deler mitt syn om at den lange saksbehandlingstiden i NPE er uheldig og at arbeidet med å redusere behandlingstiden må prioriteres. Departementet er også enig i at køordningen for nye saker bør søkes avvirket raskt. Departementet har opplyst at det i samarbeid med NPE vil foreta en kartlegging av ressurs-situasjonen i NPE og komme tilbake til saken overfor Stortinget i revidert nasjonalbudsjett for 2009.

NPE har i etterkant av min uttalelse utarbeidet og revidert de orienterings- og forsinkelsesbrev som sendes til erstatningssøkerne eller deres representanter mens saken er under behandling. Mine kritiske merknader vedrørende dette synes dermed å være imøtekommet.

Jeg vil fortsatt holde meg orientert om utviklingen i NPEs saksbehandling på de punktene jeg har funnet kritikkverdige.

Etter anmodning ga jeg 24. oktober 2008 en redegjørelse for de to sakene for Stortingets Kontroll- og konstitusjonskomité. Komiteen kom 27. november 2008 med sine innstillinger til Stortinget. Innst. S. nr.

74 (2008–2009) om undersøkelsen av ligningsbehandling for 2005 og 2006 av krav om særfradrag for ekstra store sykdomsutgifter som følge av diabetes ble behandlet i Stortinget 16. desember 2008, mens Innst. S. nr. 75 (2008–2009) om undersøkelsen av saksbehandlingstiden og saksbehandlingsrutiner i Norsk pasientskadeerstatning ble behandlet i Stortinget 18. desember 2008.

6. Høringsuttalelser

Ombudsmannen har i 2008 fått inn 107 høringsbrev fra forvaltningen med forslag til nytt eller endret regelverk. Utgangspunktet for ombudsmannens undersøkelser er gjeldende lovgivning og det faller utenfor ombudsmannens mandat å overprøve de vurderingene lovgiver har gjort. Med unntak av saker som direkte vedgår ombudsmannsinstitusjonen eller forhold som tidligere har vært behandlet her, har ombudsmennene før meg og jeg av prinsipielle grunner derfor vært tilbakeholdne og forsiktige med å gi høringsuttalelser til lovforslag. I 2008 ga jeg to høringsuttalelser.

Den ene høringsaken gjaldt endringer i bidragslovgivningen. Ordningen med samværsfradrag ble foreslått videreført, noe det ikke var grunn for meg til å kommentere berettigelsen eller hensiktsmessigheten av. Klagesaker hit har imidlertid illustrert problemer knyttet til skriftlighetskravet og bevisbyrde-reglene. På begge disse punktene var det foreslått endringer, og jeg uttalte at endringsforslagene i hovedsak måtte antas å imøtekomme problemene klagesakene hadde vist på disse punktene. Jeg minnet også om min uttalelse 4. februar 2008 i en sak om særtilskudd, der jeg kom til at det ikke var rettslig grunnlag for gjeldende forvaltningspraksis om at det bare kan fastsettes særtilskudd én gang til samme formål.

Den andre saken gjaldt forslag til endring i forskrift om leges melding til politiet om unaturlig dødsfall og lignende. Jeg hadde ikke merknader til den foreslåtte forskriftsendingen, men fant grunn til å presisere at ordningen med dødsstedsundersøkelse i regi av helsetjenesten ved alle tilfeller av plutselig uventet barnedød, som foranlediget forslaget til forskriftsending, bør undergis grundige vurderinger. Blant annet gjelder dette forholdet til Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 og Grunnloven § 102. Jeg stilte også spørsmål om ikke ordningen som sådan bør undergis en ordinær høringsprosess, dersom dette ikke er gjort.

7. Arbeid med internasjonale spørsmål og menneskerettigheter

Også i 2008 har arbeidet med menneskerettigheter og internasjonale spørsmål vært viet betydelig oppmerksomhet. Jeg ser på dette som en naturlig del av det mandatet Stortinget har gitt meg. Ved kontoret er det organisert en egen ressursgruppe som skal holde seg spesielt orientert om internasjonale spørsmål, og som også representerer meg i ulike internasjonale fora og nettverk.

Forvaltningens oppfølging av internasjonale pålegg og avgjørelser

Etter ombudsmannsloven § 3 skal ombudsmannen blant annet overvåke og kontrollere at forvaltningen «respekterer og sikrer menneskerettighetene». Én side ved dette arbeidet er å føre tilsyn med forvaltningens oppfølging av dommer mot Norge i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Dette vil særlig være aktuelt der EMDs avgjørelse innebærer at norsk regelverk eller forvaltningspraksis må legges om for å hindre at tilsvarende krenkelser av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) skal finne sted i fremtiden.

I 2008 har det vært avsagt enkelte avgjørelser mot Norge i EMD. Ingen av disse sakene har vært av en slik karakter at jeg har funnet det naturlig med videre oppfølging overfor forvaltningen.

Ombudsmannens menneskerettighetsseminar

I november 2008 ble Sivilombudsmannens menneskerettighetsseminar arrangert for annen gang. Årets seminar, som hadde tittelen «Tvang i beste mening?», satte søkelyset på menneskerettighetsutfordringer knyttet til bruk av tvang innenfor velferdssektoren. Vel 100 personer fra offentlig forvaltning, academia, private advokatfirma og interesseorganisasjoner deltok.

Samarbeidsprosjekt mellom nordiske og sentral-amerikanske ombudsmannsinstitusjoner (CANO)

I 2008 har ombudsmannen bidratt i et samarbeidsprosjekt mellom nordiske og sentralamerikanske ombudsmannsinstitusjoner som et ledd i nordiske institusjoners arbeid for å fremme demokrati og menneskerettigheter i Sentral-Amerika. Prosjektet er et såkalt twinning-prosjekt mellom institusjonene, der kapasitetsbygging mellom de yngre institusjonene i Sentral-Amerika og de mer veletablerte ombudsmannsinstitusjonene i de nordiske landene står sentralt.

Ombudsmannen fikk i november besøk fra ombudsmannsinstitusjonene i Guatemala, Nicaragua,

Honduras, Panama, El Salvador, Costa Rica og Bolivia, som også har status som nasjonale institusjoner for menneskerettigheter i sine respektive land. Delegasjonen fikk en innføring i den norske konteksten, der parlamentarismen og Stortingets forskjellige kontrollfunksjoner ble gjennomgått. Den fikk også en grundig presentasjon av Sivilombudsmannens organisasjon og arbeid, og besøkte Norsk senter for menneskerettigheter, Riksrevisjonen og Likestillings- og diskrimineringsombudet. Sentrale temaer for besøket var offentlighet og innsyn, antikorrupsjonsarbeid og menneskerettigheter. Institusjonenes legitimitet og rolle i å styrke folkets tillit til myndighetene og i å fremme god forvaltningsskikk sto også sentralt.

Prosjektet er initiert av Danida (Danish International Development Agency) i Guatemala i samarbeid med den danske ombudsmannen, og skal vare i flere år fremover.

Arbeidet med å styrke menneskerettighetene i Kina

Ombudsmannen har også i 2008 stilt en juridisk medarbeider med særlig kjennskap til kinesisk språk og de kinesiske forhold til rådighet for Utenriksdepartementet i forbindelse med den norske innsatsen for å styrke menneskerettigheter og rettsstatsoppbygging i Kina. I tilknytning til dette har ombudsmannens kontor i meldingsåret mottatt besøk av flere delegasjoner fra kinesiske myndigheter. Den norske ombudsmannsordningen, fangers og anholdtes rettigheter og de grunnleggende menneskerettighetene etter norske og internasjonale standarder var temaer under besøkene. Ombudsmannens medarbeider har også tatt imot en delegasjon av kinesiske advokater som var på studiebesøk i Norge etter invitasjon fra den norske advokatforeningens menneskerettighetsutvalg. Bakgrunnen for besøket var Kinas nye advokatlov som trådte i kraft 1. juni 2008. De kinesiske advokatene ønsket å få førstehåndsinformasjon om norske og internasjonale standarder vedrørende advokaters arbeidsvilkår for å sikre en rettferdig og upartisk rettergang. De ønsket også informasjon om de mest grunnleggende prinsippene i norsk forvaltningsrett.

Etter invitasjon fra the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) deltok ombudsmannens medarbeider i et to-dagers «International Seminar on Human Rights' Protection for Detainees and Development of Police Training» i Kina. Seminaret var ledd i et samarbeid mellom OHCHR og the Ministry of Public Security i Kina (MPS) for å forebygge tortur/mishandling under etterforskning og forbedre soningsforhold under varetekt.

Videre deltok ombudsmannens kontor også i år i den norsk-kinesiske menneskerettighetsdialogen i

regi av Utenriksdepartementet. Unge kriminelles rettigheter og alternative straffereaksjoner var temaer i årets arbeidsgruppe for fangers rettigheter, som ombudsmannens medarbeider deltok i.

I desember arrangerte ombudsmannen i samarbeid med the Supreme People's Procuratorate i Kina (SPP) et seminar om beskyttelse av anholdtes rettigheter i Chong Qing. En delegasjon med fire norske foredragsholdere bestående av en dommer fra Oslo Tingrett, en forsvarsadvokat, en politiadvokat og ombudsmannens medarbeider, belyste temaet fra ulike ståsteder.

Andre aktiviteter knyttet til arbeidet med menneskerettigheter og internasjonale spørsmål

Både jeg selv og den internasjonale gruppen ved mitt kontor har gjennom 2008 lagt stor vekt på deltakelse på seminarer, kurs og i andre fora der internasjonale spørsmål har blitt behandlet.

Sammen med Norsk senter for menneskerettigheter deltar ombudsmannen i et nettverk med Den europeiske menneskerettighetskommisjonen og andre nasjonale menneskerettighetsinstitusjoner i Europarådets medlemsstater. Ved de nasjonale institusjonene skal det utpekes en egen kontaktperson på medarbeidernivå. I 2008 har nettverket arrangert en rundebordskonferanse i Dublin i september og en samling for kontaktpersoner i Strasbourg i november. Det har også vært løpende korrespondanse innen nettverket gjennom hele året.

Videre deltar ombudsmannen i et nettverk som er opprettet mellom Den europeiske ombudsmannen og nasjonale ombudsmannsinstitusjoner i Europa. Jeg har utpekt en medarbeider til å være min kontaktperson her. Nettverket har opprettet et internettbasert forum for erfaringsutveksling og lignende. I juni 2008 ble det også arrangert en kontaktpersonsamling i Strasbourg.

I oktober deltok ombudsmannens kontor, etter invitasjon fra the International Association of Anti-Corruption Authorities (IAACA), i «the Third Annual conference and General Meeting» i Kiev. Temaet for konferansen var «Criminalization and Law Enforcement». IAACA ble etablert med målsetning om å styrke gjennomføringen av FNs konvensjon mot korrupsjon som Norge har ratifisert.

I juni var også to medlemmer i den internasjonale gruppen på studietur til Strasbourg. Formålet med turen var å styrke kunnskapen om Europarådet og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.

Som ombudsmann er jeg medlem av det rådgivende utvalget som Norsk senter for menneskerettigheter har opprettet for å jobbe med Nasjonal institusjon for menneskerettigheter. I 2008 har det vært arrangert to møter i utvalget.

Informasjon om saker jeg har behandlet i 2008, og som angår en eller flere menneskerettskonvensjoner, er å finne via emne- og stikkordsregisteret bakerst i årsmeldingen under emneordet «Menneskerettigheter», eller gjennom lovregisteret under punktet «Konvensjoner».

8. Møter, besøk og foredrag

I løpet av meldingsåret 2008 har mine medarbeidere og jeg hatt møter med mange ulike organisasjoner og offentlige etater. Slike møter er viktige. De åpner for menings- og informasjonsutveksling og gir nyttig innsikt i forvaltningens virksomhet og et bedre grunnlag for å behandle klagesakene som kommer inn.

Det har blant annet vært avholdt møte med Fylkesmannen i Møre og Romsdal, Fylkesmannen i Hedmark, Fylkesmannen i Oslo og Akershus og Fylkesmannen i Oppland. Tema for møtene har foruten gjensidig orientering om virksomhetene blant annet vært alminnelige forvaltningsrettslige spørsmål og spørsmål om behandlingen av saker etter sosialtjenesteloven, barnevernsloven og plan- og bygningsloven. Videre har jeg vært på besøk i Engerdal kommune, hvor jeg også fikk treffe representanter fra omkringliggende kommuner. Innsyn og offentlighet, tjenestemannssaker og lojalitetsplikt og ansattes yringsfrihet var temaer som ble tatt opp.

Besøk i lukkede institusjoner er en viktig del av ombudsmannens virksomhet. I år har jeg besøkt Tromsø fengsel. Jeg har også på nytt besøkt Politiets utlendingsinternat på Trandum, som en oppfølging av mitt besøk til internatet i 2006. Besøket den gang resulterte i en uttalelse som også ble gitt som særskilt melding til Stortinget. Formålet med årets besøk var å få en orientering om forholdene ved internatet og særlig om endringene som har funnet sted siden forrige besøk.

Mine medarbeidere og jeg har i løpet av året deltatt på flere seminarer og kurs, og holdt en rekke foredrag og forelesninger både for forvaltningen og for borgerne. Blant annet har jeg holdt foredrag for Eldreakademiet i Moss, Asker senioruniversitet og Senioruniversitetet i Ytre Ryfylke. Foredragsvirksomheten har stor betydning for å spre informasjon om ombudsmannsordningen og bevisstgjøre borgerne. Den gir meg også anledning til interessante møter og samtaler med folk jeg treffer ved disse anledningene.

Delegasjoner fra mange land har vært på besøk. Blant annet har jeg hatt besøk av parlamentarikere fra Angola, den kinesiske riksadvokaten og myndighetsrepresentanter fra Bangladesh. Det er stor internasjonal interesse for å få informasjon om den norske ombudsmannsordningens oppgaver, funksjoner og virkeområde. Kontakten med utenlandske institusjoner

gir også oss informasjon som er verdifull for vår virksomhet. Jeg har i 2008 fortsatt hatt tett kontakt med de andre nordiske ombudsmennene. Foruten deltakelse på to Vestnordiske ombudsmannsmøter, var jeg i september selv vertskap for Nordisk ombudsmannsmøte i Oslo. Møtene er nyttige anledninger til å diskutere konkrete saker og utveksle erfaringer.

Jeg deltok på et seminar om frihetsberøvelse i Paris i januar 2008. Seminaret ble holdt av den franske ombudsmannen og Europarådets kommissær for menneskerettigheter, og temaet var «Deprivation of Liberty and Human Rights. The prevention of torture in Europe». Ved to anledninger har jeg også deltatt på konferanser for å følge utviklingen på menneskerettighetsområdet: «The Human Rights Law Conference 2008» i regi av organisasjonen Justice i London i oktober, og et seminar om domstolskontroll med forvaltningen, også i London, i november.

I løpet av året har mine medarbeidere og jeg også hatt en rekke møter med borgere som har klagesaker til behandling og andre som ønsker å legge frem sin sak og få veiledning og informasjon om hvorvidt saken kan behandles av ombudsmannen. Jeg ser positivt på forespørsler fra klagere om personlig møte, og forsøker å imøtekomme slike så langt det lar seg gjøre.

For en fullstendig oversikt over ombudsmannens møter med organisasjoner og offentlige etater, besøk og foredrag vises det til vedlegg 3.

9. Ombudsmannen og offentlighet

Ombudsmannen har en viktig oppgave knyttet til å sikre borgernes rett til innsyn i saksdokumenter hos forvaltningen. Flere av klagesakene som er omtalt i kapittel V gjelder slike spørsmål. Jeg satte derfor stor pris på at ombudsmannen høsten 2008 mottok Norsk Presseforbunds åpenhetspris, «Flaviusprisen». Prisen deles ut hver høst til enkeltpersoner, organisasjoner og andre som har bidratt til å fremme eller synliggjøre betydningen av åpenhet og innsyn og/eller bidratt til endring eller utvikling av regelverk eller praksis for åpenhet og innsyn i det norske samfunnet. I juryens begrunnelse for tildelingen het det blant annet at prisen for 2008 «går til en institusjon som har gjort klart mer enn man kunne vente ut fra dens stilling for å få større åpenhet i forvaltningen, og for å få forvaltningen og dens ansatte til å forstå at ansattes yringsfrihet går klart lengre enn mange har trodd. Foruten å forfekte vide grenser for yringsfriheten og for innsyn i forvaltningen i en rekke enkeltsaker, har institusjonen gang på gang trukket opp viktige, generelle retningslinjer som gjør det nødvendig for mange forvaltningsetater og forvaltningsorganer å legge om praksis i mer liberal retning».

Borgerne har også rett til innsyn i ombudsmannens saksdokumenter. Reglene om dette fremgår av ombudsmannsloven § 9, jf. ombudsmannsinstruksen § 11 (disse er inntatt bakerst i årsmeldingen). Jeg er opptatt av å vise åpenhet om virksomheten, hovedregelen er at ombudsmannens dokumenter er offentlige. Ombudsmannen har imidlertid også et viktig ansvar overfor klagere som har krav på taushet om sensitive opplysninger, og taushetsplikten kan derfor innebære at innsynsbegjæringer avslås helt eller delvis. I 2008 ble det registrert 531 krav om innsyn i saksdokumenter, mot 622 i 2007. Det ble gitt innsyn i 422 dokumenter, og delvis innsyn i 91 dokumenter. 18 innsynskrav ble avslått.

Normalt vil krav om innsyn i dokumenter hos ombudsmannen bli besvart samme dag, og senest i løpet av tre dager. Journalen over offentlig tilgjengelige opplysninger om dokumenter som er sendt til eller fra ombudsmannen finnes på nettstedet www.sivilombudsmannen.no, og her kan det også bestilles innsyn i ombudsmannens saksdokumenter.

10. Nytt nettsted og annen kommunikasjon med borgerne

Nytt nettsted

Sivilombudsmannen lanserte nytt nettsted 1. oktober 2008, som resultat av et ønske om å være tilgjengelig for alle brukergrupper uavhengig av fysisk funksjonsevne, alder eller kognitive evner. I arbeidet med nettstedet er det lagt vekt på å skape en god informasjonskilde med klare og enkle budskap, som skal bidra til økt forståelse for ombudsmannens arbeid og gjøre ombudsmannsordningen mer tilgjengelig for borgerne. De nye nettsidene er utviklet i henhold til WAIs (Web Accessibility Initiative) retningslinjer for tilgjengelighet og skal være brukervennlige og tilgjengelige for alle. Nettstedet er i stor grad lagt til rette for blinde og svaksynte, blant annet gjennom tale-syntese for automatisk opplesning av sidene, eksplisitt funksjon for skriftstørrelse og teknisk tilrettelegging av innholdet. For å kunne nå flere fremmedspråklige er det lagt ut informasjon om ombudsmannsordningen på fransk, spansk, tysk, arabisk, urdu, polsk, kinesisk og russisk, i tillegg til versjoner på bokmål, nynorsk, samisk og engelsk.

På nettstedet tas det også i bruk nye virkemidler for å gjøre Sivilombudsmannen lettere tilgjengelig for brukerne. Det er blant annet utarbeidet et nedlastbart klageskjema som skal bidra til å senke terskelen for å klage til ombudsmannen. Nettstedet gir også tilgang til offentlig journal og har en funksjon for å bestille innsyn i saker hos ombudsmannen. Søkefunksjonen for publiserte ombudsmannsuttalelser er blitt betydelig forbedret. Uttalelser som fortløpende blir

lagt ut på nettsidene er dessuten nå ordnet i temakategorier, for at brukerne enkelt skal kunne finne fram til relevante saker.

Direktoratet for forvaltning og IKT (DIFI) ga www.sivilombudsmannen.no fem av seks mulige stjerner i sin årlige kvalitetsvurdering av offentlige nettstedet for 2008.

Publisering av uttalelser på ombudsmannens nettsted

Ombudsmannens uttalelser blir som nevnt over publisert på nettstedet. En «uttalelse» er en rapport om den undersøkelsen jeg har foretatt i en sak som har vært forelagt forvaltningen, der min mening kommer til uttrykk. Selve uttalelsen i en ombudsmannssak er den som blir gitt til sakens parter. Før en uttalelse publiseres blir den anonymisert og i noen grad redigert, likevel slik at den delen av uttalelsen som gir uttrykk for mitt syn på saken normalt blir gjengitt i sin helhet. Når en uttalelse publiseres på nettstedet, blir det også redegjort for eventuelle vesentlige hendelser i saken etter at jeg avga min uttalelse.

Det blir foretatt en viss utvelgelse av hvilke uttalelser som publiseres på nettstedet. Hvilke uttalelser som blir publisert avhenger generelt sett av en konkret vurdering av uttalelsen, der det blant annet blir lagt vekt på om den vil være av betydning utover den aktuelle saken. Publisering er særlig aktuelt dersom uttalelsen er egnet til å avklare rettsspørsmål og prinsipielle problemstillinger knyttet til forvaltningens saksbehandlingspraksis.

Henvendelser på e-post og telefon

Jeg mottar i økende grad henvendelser på e-post. I 2008 kom det inn ca. 8000 e-brev, og av disse er over halvparten blitt registrert på saker. E-post bør ikke inneholde personsensitive opplysninger, og derfor blir det fra mitt kontor vanligvis bare gitt orienteringer og svar på generelle spørsmål på denne måten. Når det kommer inn klager som er sendt som e-brev, blir klageren bedt om å sende inn en signert klage med vanlig post.

Det er også mange som tar kontakt på telefon. I 2008 er minst 1430 telefonhenvendelser besvart. På telefonen kan mine medarbeidere og jeg først og fremst gi veiledning om hvorvidt en klage kan bringes inn for ombudsmannen, og om hvordan klageren i så fall bør gå frem. Vi kan også i stor grad veilede om hvem vedkommende kan gå til dersom saken ikke kan påklages til ombudsmannen, for eksempel fordi klagemuligheten i forvaltningen ikke er benyttet.

Noen kommer til oss med generelle juridiske spørsmål knyttet til en forvaltningssak, eller ber om råd om hvordan de bør forholdes seg til forvaltningen i en pågående sak. Mine medarbeiderne og jeg kan

bare i svært liten grad svare på slike forespørsler, blant annet fordi ombudsmannen ikke har som oppgave å opptre som partsrepresentant for enkeltborgere overfor myndighetene, og heller ikke å drøfte generelle juridiske spørsmål som ikke knytter seg til en aktuell klagesak hos ombudsmannen.

11. Noen særlige spørsmål – ombudsmannen og forvaltningen

Ombudsmannen og saker som har vært behandlet av Kongen i statsråd

Det følger av ombudsmannsloven § 4 bokstav b at avgjørelser truffet i statsråd er unntatt ombudsmannens arbeidsområde. Det nærmere omfanget av dette unntaket ble aktualisert av en sak i høst, der en rekke medier klaget over nektet innsyn i et notat utarbeidet av Statsministerens kontor. Enkelte medier hadde også påklaget deler av vedtaket til Kongen i statsråd, og ombudsmannen kunne derfor ikke behandle saken. Saken viser at det kan oppstå vanskelige grensetilfeller, der det ikke er opplagt om en sak er innenfor eller utenfor ombudsmannens arbeidsområde. Se nærmere om den konkrete saken i kapittel V, sak 1.

Ombudsmannen har tolket ombudsmannsloven § 4 bokstav b slik at heller ikke forvaltningens forberedende behandling eller avgjørelser forut for det endelige vedtaket i statsråd, faller innenfor ombudsmannens arbeidsområde. Justiskomiteen har sluttet seg til denne tolkningen, se Innst. O. nr. 15 1979–80 side 5 flg. Begrunnelsen er blant annet at avgjørelser i statsråd blir tatt under et politisk og konstitusjonelt ansvar som også omfatter den forberedende behandlingen av saken.

Dette unntaket fra ombudsmannens arbeidsområde reiser spørsmål om hvordan forvaltningen bør forholde seg til en klage til Kongen i statsråd: Kan forvaltningen ha en plikt til å informere klageren om at en klagebehandling i statsråd avskjærer ombudsmannens mulighet til å behandle saken? Ettersom det i all hovedsak er departementenes avgjørelser som kan påklages til Kongen, er dette først og fremst et spørsmål om saksbehandlingen der.

Når et vedtak truffet av departementet påklages, skal departementet som vedtaksorgan behandle saken på nytt. Dette følger av forvaltningsloven § 33 annet ledd. Dersom departementet ikke finner å kunne ta klagen til følge, er inntrykket at klageren i praksis ofte forespørres om hun ønsker å opprettholde klagen til statsråd, før saken oversendes for klagebehandling. Dette synes å være en fornuftig ordning.

Forvaltningsloven pålegger forvaltningen å gi en part opplysninger om klageadgang, klagefrist m.v. Det følger av lovens § 27 tredje ledd. Parten vil derfor få informasjon om adgangen til å få vedtaket prø-

vet i statsråd. Det er imidlertid ingen alminnelig lovbestemt plikt til å informere om muligheten for å bringe saken inn for ombudsmannen. Ei heller er det noen generell lovbestemt plikt til å informere om forholdet mellom ombudsmannens myndighet og behandling av saken i statsråd. En slik plikt er imidlertid nå kommet til uttrykk i den nye offentleglova § 32 første ledd. Denne opplysningsplikten, som gjelder i saker om innsyn i dokumenter i offentlig virksomhet, har etter mitt syn gode grunner for seg, og vil kunne bidra til å unngå de vanskelige grensetilfeller som den nevnte innsynssaken med Statsministerens kontor var et eksempel på.

Det er neppe alle som er oppmerksomme på at klagebehandling i statsråd i praksis avskjærer muligheten for å bringe saken inn for ombudsmannen. For mange vil det derfor være viktig å få informasjon om dette, slik at de kan ta et informert valg om hvordan de bør gå frem for å angripe et vedtak. Det kan diskuteres om forvaltningens plikt etter forvaltningslovens § 11 til å veilede parter slik at de kan «vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte», medfører en plikt til å gi slik informasjon – også i andre saker enn innsynssaker der offentleglova kommer til anvendelse.

Ombudsmannen har tidligere uttalt seg om denne problemstillingen i årsmeldingen for 1983 på side 156 flg. Der ble det blant annet vist til en uttalelse fra Justisdepartementet, som fremholder at departementene «vanligvis bør gjøre partene oppmerksom på at de ikke kan bringe saken inn for Stortingets ombudsmann for forvaltningen dersom de først har nyttet klageadgangen og fått saken avgjort av Kongen».

Uansett om det foreligger en rettsplikt til å gi slik informasjon eller ikke, mener jeg det må være et gode at informasjonen blir gitt. Jeg oppfordrer derfor departementene til å være oppmerksom på problemstillingen og til å informere om at en klage til Kongen i statsråd avskjærer muligheten til å bringe saken inn for ombudsmannen.

Utfordringer knyttet til elektronisk saksbehandling i forvaltningen

Store deler av forvaltningen har etter hvert tatt i bruk elektronisk saksbehandling. Dette gir noen utfordringer, både med hensyn til utøvingen av forvaltningsvirksomhet og med hensyn til ombudsmannens kontroll med forvaltningen.

Ombudsmannens undersøkelser av klager fra borgerne bygger i all hovedsak på dokumentene som lå til grunn for den aktuelle forvaltningssaken. Det er helt avgjørende for virksomheten, herunder tilliten til ombudsmannens uttalelser, at forvaltningen gir ombudsmannen tilgang til samtlige dokumenter som har vært en del av beslutningsgrunnlaget i forvaltningssaken. Når forvaltningen benytter seg av et elektro-

nisk saksbehandlingssystem, vil dette for det alt vesentligste innebære at dokumentene kun er lagret og arkivert elektronisk under for eksempel et saksnummer. Dokumentene som er sendt fra forvaltningen vil ofte ikke være lagret i undertegnet form, fordi det avsendte, undertegnede dokumentet ikke blir skannet og lagt på saken. Dokumentoversendelsen til ombudsmannen vil normalt inneholde utskrifter av dokumentene som er lagret elektronisk, og ikke som tidligere en fysisk saksmappe med en dokumentoversikt på saksomslaget. Dokumentene som det er tatt utskrift av vil heller ikke være nummerert kronologisk, og vil fra tid til annen være udatert, i og med at datoen ofte påføres dokumentet for hånd når det sendes. Siden dokumentene ikke er fysisk lagret på en saksmappe med en nummerert dokumentoversikt, gir dokumentoversendelsen i seg selv ingen mulighet til å kontrollere at ombudsmannen har fått tilgang til samtlige relevante dokumenter i den forvaltningssaken som skal undersøkes. Dette kan igjen bidra til å svekke tilliten til at ombudsmannens undersøkelser bygger på en gjennomgang av det fullstendige dokumentgrunnlaget for den aktuelle forvaltningssaken.

Elektronisk saksbehandling kan også gi utfordringer knyttet til utøvingen av forvaltningsvirksomhet. Det er nok å nevne plikten til journalføring etter reglene i arkivlova og arkivforskriften, innsyn og åpenhet i forvaltningens saksdokumenter og de konsekvenser for saksbehandlingen som utstrakt bruk av e-post i kommunikasjonen mellom forvaltningen og borgerne kan gi. Ett spesielt eksempel i meldingsåret er en sak om forvaltningens bruk av elektronisk rekrutteringsverktøy i tilsettingsprosessen. Saken er gjengitt i kapittel V som sak nr. 10 og illustrerer godt mulige utilsiktede konsekvenser som bruken av elektronisk verktøy kan føre til for forvaltningens overholdelse av sentrale forvaltningsrettslige lover og regler.

Jeg vil i tiden fremover ha min oppmerksomhet rettet mot disse utfordringene.

Ombudsmannens behandling av klager på politiets virksomhet

På bakgrunn av en henvendelse fra det regjeringsoppnevnte «Utvalget som skal evaluere kontrollmekanismene for politiet», ble det i oktober 2008 avholdt et møte mellom sekretæren for utvalget og representanter fra mitt kontor. Utvalget ønsket gjennom møtet å få et inntrykk av ombudsmannens behandling av klager på politiets virksomhet.

Ombudsmannen behandler hvert år flere klager fra personer som er misfornøyd med behandlingen av deres klager på politiet. Dette gjelder både saker som har vært behandlet av Spesialenheten for politisaker og deretter Riksadvokaten, og saker som har vært vurdert av vedkommende politidistrikt og Politidi-

rektoratet. I enkelte tilfeller har saken vært vurdert både etter det strafferettslige og det administrative løp. I kontrollen av påtalemyndighetens virksomhet er jeg bevisst på forutsetningen om at påtalemyndigheten skal være et særlig selvstendig og uavhengig forvaltningsorgan når det gjelder avgjørelse av påtalespørsmål. Jeg er derfor tilbakeholden med å overprøve realiteten i de påtalemessige vedtak som treffes.

I forkant av møtet utarbeidet mitt kontor en oversikt over klager som har vært behandlet her i perioden 1. januar 2005 til 21. oktober 2008 vedrørende anmeldelser til Spesialenheten for politisaker og klager som gjelder kritikkverdige forhold utført i politiet. Oversikten ble oversendt til utvalget og ble også kommentert i møtet. I overkant av 30 avsluttede og pågående klagesaker ble omtalt. Ingen av disse avsluttede sakene har vært tatt opp med Riksadvokaten eller Politidirektoratet, og sakene har følgelig heller ikke gitt grunnlag for kritiske merknader fra min side.

12. Organisasjon og personale

Per 31. desember 2008 hadde ombudsmannens kontor 43 årsverk, inklusive ombudsmannen, seks kontorsjefer og en administrasjonssjef. Kontoret hadde 25 årsverk for juridiske saksbehandlere og 10 årsverk knyttet til administrasjonen. IT-støtte leies inn på timebasis. I tillegg kommer en stilling som er finansiert av Utenriksdepartementet med ombudsmannen som arbeidsgiver. Vedkommende jurist arbeider med menneskerettighetsspørsmål i Kina og har som spesialoppgave å arbeide for fangers rettigheter ved siden av å være kontaktperson mellom kinesiske og norske myndigheter.

Kontoret er delt inn i fem avdelinger. På årsbasis er det tilstrebet at avdelingene skal ha et så likt saks-tilfang og en så lik arbeidsbelastning som mulig. I 2008 har fordelingen av saker på avdelingene vært tilnærmet likt fordelt. Arbeidsbelastningen for den enkelte har naturlig nok med 326 flere saker vært tynge i 2008. Den enkelte fagavdelings arbeidsområde fremgår av organisasjonskartet i dette kapitlet og i vedlegg 2 til meldingen.

Hver avdeling ledes av en kontorsjef. Fordelingen av ombudsmannens juridiske medarbeidere på de fem fagavdelingene fremgår av personaloversikten i vedlegg 1. Administrasjonens sammensetning og arbeidsoppgaver fremgår også av oversikten.

I 2008 ble resepsjonen i 6. etasje bygget om. Hensikten med ombyggingen var å skille resepsjonen og sentralbordet fra de øvrige kontorene for å ivareta og forbedre personvernensyn.

13. Likestilling

Beskrivelse av faktisk tilstand

Forholdstallet mellom kvinner og menn ved ombudsmannens kontor per 31. desember 2008, ut fra et samlet antall på 45 personer (43 årsverk), var som følger:

Kvinner: 28 - 62 %
Menn: 17 - 38 %

I ledergruppen var det i tillegg til ombudsmannen seks personer, fem kontorsjefer og 1 administrasjons-sjef. (En kontorsjef har spesialoppdrag og tas ikke med i statistikken på ledergruppen).

Kvinner: to - 29 %
Menn: fem - 71 %

I de fem nestlederfunksjoner i hver avdeling er det fire kvinner og en mann.

Av de 25 juridiske saksbehandlere (inklusive nestledere) er det:

Kvinner: 14 - 56 %
Menn: 11 - 44 %

I administrasjonen er det 13 kvinner, 100 %.

Lønn

Ombudsmannens kontor har en stillingsstruktur og lønnspolitikk som gir like muligheter for alle i forhold til lønnsopprykk og avansement. Av de juridiske saksbehandlerne er det 10 seniorrådgivere (2 menn og 8 kvinner), 8 rådgivere (4 menn og 4 kvinner) og 7 førstekonsulenter (5 menn og 2 kvinner).

Administrasjonen fordeler seg med 1 seniorrådgiver, 1 rådgiver, 1 arkivleder, 3 førstekonsulenter, 5 seniorkonsulenter og 1 konsulent.

Arbeidstid

Ombudsmannen har ingen normerte deltidstillinger, men redusert arbeidstid fordeler seg slik:

	Heltid	Redusert arbeidstid
Juridiske saksbehandlere:		
Kvinner:	9	5
Menn:	11	0
Administrasjonen:		
Kvinner:	10	3

	Antall overtidstimer
Totalt	759

Juridiske saksbehandlere:

Kvinner: 186
Menn: 460

Administrasjonen: 113

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 tilpasning for den enkelte.

II. Statistikk

1. Innledning

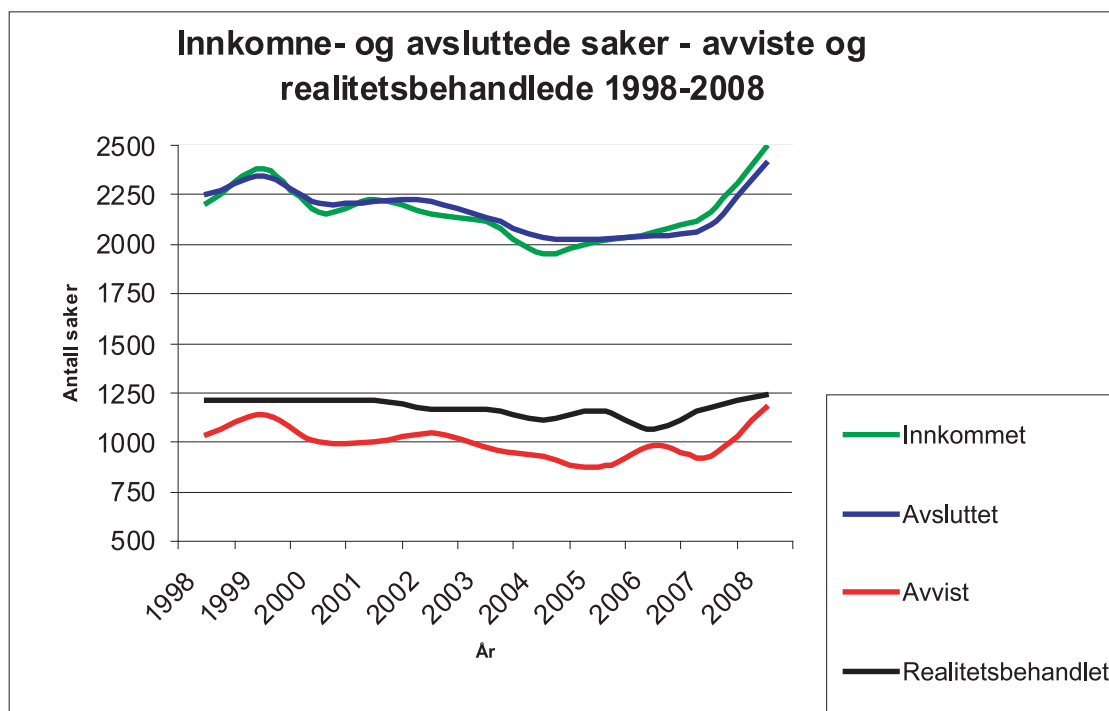
I dette kapitlet presenteres opplysninger om de sakene ombudsmannens kontor har behandlet i meldingsåret. Kapitlet gir en oversikt over tilgangen på saker i løpet av året, avsluttede saker, uavsluttede saker ved årets slutt, sakenes utfall, samt fordeling av saker geografisk, på forvaltningsorganer og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

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

I tillegg til det tallmaterialet som fremkommer i dette kapitlet, nevnes at det i meldingsåret ble registrert 20366 dokumenter.

Av disse er 8968 innkomne dokumenter og 11397 er utgående. Antall innkomne e-poster i løpet av året er ca. 8000, og av disse er ca. halvparten blitt registrert på saker (inklusive administrative saker). I tillegg kommer ca. 1430 generelle forespørsler over telefon. Det ble videre avholdt 51 konferanser med privatpersoner som ønsket informasjon om klagemuligheten hos ombudsmannen.

Figur 1.1 Innkomne og avsluttede saker – avviste og realitetsbehandlede 1998–2008



2. Tilgangen på saker i meldingsåret

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

viser også hvordan sakstilfanget har utviklet seg siden forrige meldingsår. Tabell 2.2 viser hvor mange saker som er avsluttet i løpet av meldingsåret og restansene ved årets slutt, holdt opp mot forrige meldingsår.

I 2008 ble ca. 18 % av sakene gjenåpnet fordi klageren kom tilbake med en ny henvendelse etter at saken var avsluttet her.

Tabell 2.1 Sakstilfang

	2007	2008
Klagesaker og forespørsler	2126	2469
Saker tatt opp av eget tiltak	41	23
I alt	2167	2492

Tabell 2.2 Avsluttede og uavsluttede saker

	2007	2008
Avsluttede saker i løpet av året	2102	2411
Uavsluttede saker ved utgangen av året	416	499

3. Sakenes utfall

Utfallet av sakene som behandles hos ombudsmannen kan deles i to hovedkategorier; avviste og realitetsbehandlede saker. I meldingsåret ble 49 % av henvendelsene til ombudsmannen avvist og 51 % realitetsbehandlet.

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

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

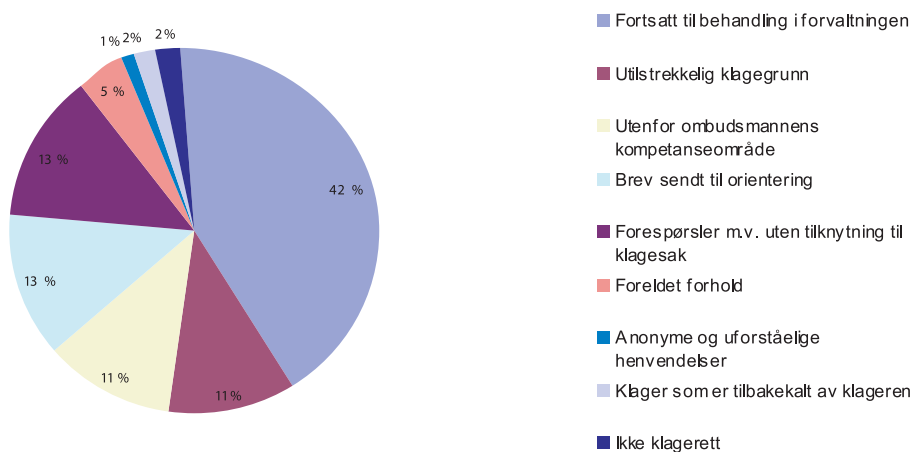
Tabell 3.1 viser forholdet mellom de avviste og de realitetsbehandlede sakene i meldingsåret, og forholdet til forrige meldingsår. For de realitetsbehandlede sakene er det nærmere angitt hva som ble resultatet av saksbehandlingen her. En fullstendig oppgave over det endelige utfallet av behandlingen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

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

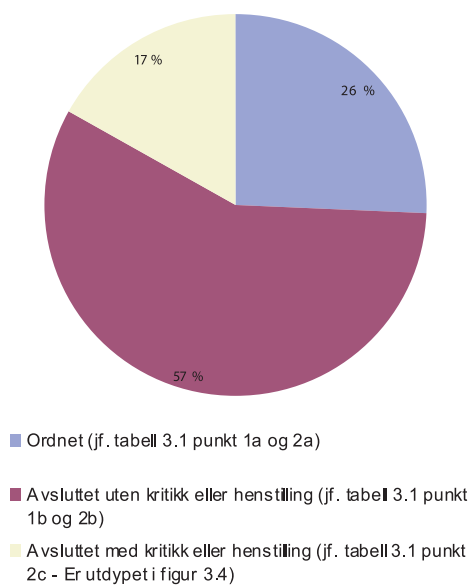
Tabell 3.1 Fordelingen mellom avviste og realitetsbehandlede saker

	2007	2008
Avviste saker	927	1174
Realitetsbehandlede saker	1175	1237
1. Unødvendig å innhente skriftlig uttalelse fra forvaltningen		
a) Saken kunne ordnes ved en telefonhenvendelse	259	270
b) Klagebrevet, eventuelt supplert med saksdokumentene, viste at klagen ikke kunne føre frem.....	571	598
2. Innhentet skriftlig uttalelse fra forvaltningen		
a) Saken ordnet uten at det var nødvendig med avsluttende uttalelse fra ombudsmannen	40	50
b) Saken avsluttet uten kritikk eller henstilling, dvs. klagen førte ikke frem ...	127	110
c) Saken avsluttet med kritikk eller henstilling om å se på saken på nytt, eventuelt avbøte skadevirkninger	178	209

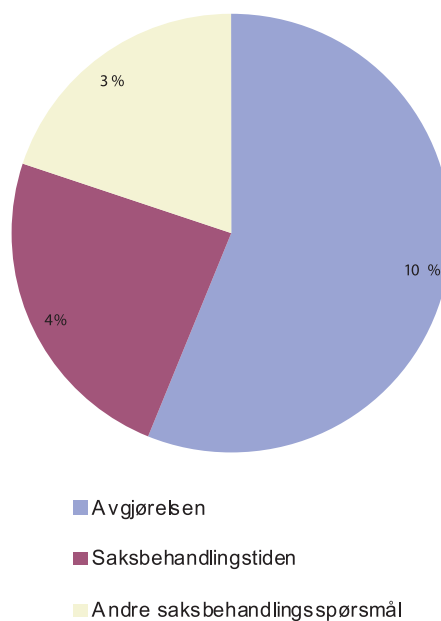
Figur 3.2 Avviste saker (49 %)



Figur 3.3 Realitetsbehandlede saker (51 %)



Figur 3.4 Nærmere om hva sakene som ble avsluttet med kritikk eller henstilling rettet seg mot (17 %)



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

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

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

Tabell 4.1 Geografisk fordeling av klagesakene

Fylke	Antall Klager	Klager i prosent	Folkemengde i prosent 01.01.2008
Østfold	98	4,7	5,6
Akershus	235	11,2	11
Oslo	444	21,1	11,8
Hedmark	74	3,5	4
Oppland	52	2,5	3,9
Buskerud	96	4,5	5,3
Vestfold	102	4,8	4,8
Telemark	56	2,6	3,5
Aust-Agder	44	2,1	2,2
Vest-Agder	54	2,6	3,5
Rogaland	131	6,2	8,7
Hordaland	203	9,6	9,8
Sogn og Fjordane	35	1,7	2,2
Møre og Romsdal	68	3,2	5,2
Sør-Trøndelag	111	5,3	6
Nord-Trøndelag	43	2	2,7
Nordland	98	4,7	5
Troms	93	4,4	3,3
Finnmark	69	3,3	1,5
Svalbard	1	0	0
	2107	100	100
Andre	362		
I alt	2469		

Tabell 4.2 Fordeling på forvaltningsorganer

	I alt	Avvist	Realitet
Statsministerens kontor	6	6	-
Arbeids- og inkluderingsdepartementet	14	5	9
Arbeids- og velferdsetaten (Nav)	311	150	161
Arbeidstilsynet	5	3	2
Integrerings- og mangfoldsdirektoratet	1	-	1
Trygderetten	17	6	11
Utlendingsdirektoratet	69	27	42
Utlendingsnemnda	66	25	41

	I alt	Avvist	Realitet
Sametinget.....	1	1	-
Pensjonstrygden for sjømenn.....	2	1	1
Kommunal landspensjonskasse.....	4	2	2
Statens arbeidsmiljøinstitutt.....	1	1	-
<i>Barne- og likestillingsdepartementet</i>	5	3	2
Barne-, ungdoms- og familieetaten.....	11	3	8
Fylkesnemndene for sosiale saker	3	3	-
Forbrukerrådet.....	4	3	1
Forbrukertvistutvalget.....	1	1	-
Likestillings- og diskrimineringsombudet / nemnda	6	5	1
<i>Finansdepartementet</i>	13	1	12
Statistisk sentralbyrå	1	1	-
Kredittilsynet.....	9	3	6
Skatteetaten (folkeregistrene)	123	46	77
Toll- og avgiftsetaten	21	7	14
Statens innkrevingsentral	6	5	1
<i>Fiskeri- og kystdepartementet</i>	2	2	-
Fiskeridirektoratet	6	4	2
Kystverket	1	-	1
<i>Forsvarsdepartementet</i>	7	4	3
Forsvarsbygg	1	1	-
<i>Justis- og politidepartementet</i>	21	14	7
Politidirektoratet	19	6	13
Disiplinærnemnden for advokater.....	5	1	4
Erstatningsnemnda for voldsofre	2	1	1
Kriminalomsorgen	114	64	50
Politi- og påtalemyndigheter	102	69	33
Namsmenn	8	7	1
Domstolene	28	27	1
Billighetserstatningsutvalget.....	1	1	-
Justissekretariatene.....	34	9	25
Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker.....	5	2	3
Tilsynsrådet for advokatvirksomhet.....	2	-	2
<i>Kunnskapsdepartementet</i>	8	5	3
Norges forskningsråd	1	-	1
Statens lånekasse for utdanning	34	10	24
Universiteter og høyskoler	43	16	27
Utdanningsdirektoratet.....	3	1	2

	I alt	Avvist	Realitet
<i>Kommunal- og regionaldepartementet</i>	6	1	5
Statens bygningstekniske etat	3	2	1
Husbanken.....	4	2	2
<i>Kultur- og kirkedepartementet</i>	4	-	4
Norsk rikskringkasting	4	4	-
Den norske kirke	7	4	3
Lotteritilsynet	3	2	1
Medietilsynet	1	1	-
Norsk kulturråd	1	1	-
<i>Landbruks- og matdepartementet</i>	6	2	4
Fylkeslandbruksstyrene	11	3	8
Statens landbruksforvaltning.....	12	5	7
Mattilsynet / Dyrevernemnda	17	8	9
Reindriftsforvaltningen	3	1	2
Statskog SF	3	2	1
Statens naturskadefond	1	-	1
Klagenemnda for kvoteordning for melk	2	-	2
<i>Miljøverndepartementet</i>	14	4	10
Direktoratet for naturforvaltning	9	2	7
Statens forurensningstilsyn	3	2	1
Statens kartverk.....	9	8	1
Riksantikvaren	1	-	1
<i>Nærings- og handelsdepartementet</i>	5	1	4
Innovasjon Norge.....	2	-	2
Sjøfartsdirektoratet.....	4	1	3
Brønnøysundregistrene	3	1	2
Mesterbrevnemnda.....	1	-	1
<i>Olje- og energidepartementet</i>	2	1	1
Norges vassdrags- og energidirektorat.....	1	-	1
<i>Samferdselsdepartementet</i>	21	11	10
Jernbanelivet	2	-	2
Norges statsbaner	1	1	-
Statens vegvesen	32	18	14
Post- og teletilsynet	2	2	-
<i>Helse- og omsorgsdepartementet</i>	4	2	2
Fylkesleger	1	-	1
Norsk pasientskadeerstatning / Pasientskadenemnda	10	3	7

	I alt	Avvist	Realitet
Sosial- og helsedirektoratet	12	4	8
Statens helsetilsyn	41	17	24
Sykehus- og helseinstitusjoner	20	14	6
Regionale helseforetak	5	-	5
Statens legemiddelverk	2	1	1
Statens autorisasjonskontor for helsepersonell	1	1	-
<i>Utenriksdepartementet</i>	16	4	12
<i>Fornyings- og administrasjonsdepartementet</i>	7	3	4
Konkurransetilsynet	1	-	1
Statens pensjonskasse	7	1	6
Datatilsynet	1	-	1
<i>Fylkesmenn</i>	364	116	248
<i>Fylkeskommunal forvaltning</i>	35	13	22
<i>Kommunal forvaltning</i>	442	262	180
<i>Andre</i>	95	91	4
I alt	2411	1174	1237

Tabell 4.3 Fordeling på saksområder

	I alt	Avvist	Realitet
Arbeidsliv, utdanning, forskning, kultur, lotteri, åndsrett, målbruk i offentlig tjeneste			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar	36	16	20
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	18	8	10
Saksomkostninger, erstatning	5	-	5
Saksbehandlingen, annet	9	3	6
Ombudsmannen (klage på)	1	1	-
Tilsetting	94	32	62
Arbeids- og tjenesteforhold	52	22	30
Arbeidsmiljø, vernebestemmelser	10	7	3
Annet om arbeidsliv	3	2	1
Grunnskoler	27	18	9
Videregående opplæring i skole	16	13	3
Videregående opplæring i bedrift	2	-	2
Høgskoler og universiteter	29	13	16
Offentlig godkjenning av yrkesutøvere	9	3	6

	I alt	Avvist	Realitet
Studiefinansiering	33	9	24
Annet om utdanning	1	1	-
Kultur	3	2	1
Lotteri	2	1	1
Målbruk i offentlig tjeneste.....	2	1	1
Annet om arbeidsliv m.v.	6	5	1
Helse- og sosialvesen, trygd, familie- og personsaker			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar	95	31	64
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	43	14	29
Saksomkostninger, erstatning	13	4	9
Saksbehandlingen, annet	16	8	8
Godkjenning av tilbud	5	2	3
Behandling, tvang, klage på personell, pasientskade	49	34	15
Journalspørsmål m.v.	7	3	4
Betaling for opphold, refusjon, pasientmidler	9	3	6
Økonomisk stønad	38	27	11
Sosiale tjenester utenfor institusjon	32	23	9
Annet om helse- og sosialvesen	29	19	10
Medlemskap i folketrygden	1	1	-
Ytelser ved fødsel, adopsjon, forsørgelse av barn	6	4	2
Ytelser ved arbeidsløshet	18	10	8
Ytelser ved sykdom	104	53	51
Alderspensjon, etterlattepensjon	17	9	8
Annet om trygd	25	14	11
Barnebidrag, ektefellebidrag	55	35	20
Adopsjon	6	-	6
Barnevern, omsorg for barn	45	39	6
Barnehager	2	2	-
Vergemål, hjelpeverge.....	9	3	6
Ekteskap, separasjon, skilsmisse	3	1	2
Navnesaker	4	-	4
Annet om familie- og personsaker	4	3	1
Annet.....	2	2	-
Ressurs- og miljøforvaltning, plan og bygg, ekspropriasjon, friluftsliv			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar	66	12	54
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	11	5	6
Saksomkostninger, erstatning	10	4	6
Saksbehandlingen, annet	20	14	6

	I alt	Avvist	Realitet
Energi	5	4	1
Miljøvern	28	19	9
Renovasjonsordning, feiing	10	5	5
Vannforsyning og avløp	11	7	4
Kart- og delingssaker	10	8	2
Plansaker	47	28	19
Dispensasjon fra plan, strandsone	63	14	49
Andre byggesaker	136	49	87
Behandlingsgebyr	5	-	5
Annet om plan og bygg	5	4	1
Ekspropriasjon	8	7	1
Annet	11	9	2
Næring, kommunikasjon, distriktsutbyggingsfond, Husbanken, konkurranseforhold, pris			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar	33	7	26
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	25	12	13
Saksomkostninger, erstatning	5	2	3
Saksbehandlingen, annet	2	2	-
Fiske, fangst, jakt	15	7	8
Landbruk, skogbruk, reindrift	39	13	26
Industri, håndverk, handel.....	5	5	-
Sjøfart, luftfart	7	2	5
Reiseliv, hoteller og restauranter, skjenkebevilling	4	2	2
Transportløyver, motorferdsel i utmark	10	2	8
Annet om næring	4	3	1
Samferdsel (veier, jernbane, havn, flyplass)	24	14	10
Postvesen	1	1	-
Telefon, kringkasting	7	6	1
Vegtrafikk (fører kort, parkeringstillatelse m.v.)	41	24	17
Kollektivtransport	1	1	-
Distriktsutbygging.....	2	-	2
Husbanken m.m.	3	2	1
Konkurranseforhold, pris	2	2	-
Annet	6	6	-
Skatter, avgifter			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar	28	5	23

	I alt	Avvist	Realitet
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	3	-	3
Saksomkostninger, erstatning	7	1	6
Saksbehandlingen, annet	8	2	6
Utligning av skattepliktig inntekt	48	21	27
Ettergivelse, lemping	5	1	4
Andre skattesaker	38	19	19
Toll	6	4	2
Merverdiavgift, investeringsavgift	15	3	12
Særagifter	18	6	12
Annet om skatt og avgifter.....	5	2	3
Justis, stiftelser, utlendingssaker			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar	93	28	65
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	11	5	6
Saksomkostninger, erstatning	10	2	8
Saksbehandlingen, annet.....	12	9	3
Domstoler.....	19	18	1
Påtalemyndighet og politi	80	62	18
Kriminalomsorg	92	56	36
Retts hjelp	20	4	16
Personvern.....	2	2	-
Tvangsfullbyrdelse, gjeldsordning	16	14	2
Tinglysing	4	4	-
Offentlige erstatningsordninger	12	7	5
Annet om justis	12	5	7
Stiftelser	2	1	1
Asylsaker	21	13	8
Visum, statsborgerskap	30	19	11
Oppholds- og arbeidstillatelse	19	6	13
Utvising, bortvisning	11	4	7
Annet om utlendingssaker	8	4	4
Offentlige registre, offentlige anskaffelser, offentlige eiendommer, forsvar, utenriksforvaltning			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar	12	6	6
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	12	1	11
Saksbehandling, annet	5	2	3

	I alt	Avvist	Realitet
Offentlige registre	20	11	9
Offentlige anskaffelser	4	4	-
Offentlige eiendommer	17	12	5
Forsvar	6	5	1
Utenriksforvaltning	1	-	1
Annet	4	4	-

III. Forvaltningens oppfølging av ombudsmannens tidligere uttalelser

Det generelle inntrykket er at forvaltningen respekterer ombudsmannens uttalelser og anbefalinger. Når Stortinget i ombudsmannsloven § 10 første ledd har gitt ombudsmannen myndighet til å «uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde», kan det med styrke hevdes at det i dette ligger en forutsetning om at forvaltningen også skal rette seg etter det ombudsmannen sier.

Dette kapittelet tar for seg hvordan mine tidligere uttalelser er fulgt opp av forvaltningen. For så vidt gjelder de sakene som ble avsluttet i 2008 og som refereres i kapittel V, vil det fremgå av referatet der hva som eventuelt ble følgen av min uttalelse.

Tillegg til meldingen for 2006

Sen saksbehandling av begjæring om innsyn i årsrapporter fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll

(Sak 2006/1323)
Nr. 5 (s. 60 – 62)

Etter ombudsmannens uttalelse behandlet Justis- og politidepartementet NRK Dagsnytt's begjæring om innsyn, og fant å kunne gi delvis innsyn i årsrapportene.

Departementets rutiner for behandling av innsynsbegjæringer i dokumenter gradert etter sikkerhetsinstruksen eller beskyttelsesinstruksen ble revurdert, og de nye rutinene oversendt ombudsmannen.

Tildeling av avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis

(Sak 2004/3371)
Nr. 33 (s. 139-147)

I brev 31. oktober 2008 opplyste kommunen at lagmannsretten avsa dom i ankesaken 7. oktober 2008. I dommen ble det konkludert med at det var begått flere klare saksbehandlingsfeil fra kommunens side. Lagmannsretten fant imidlertid ikke å kunne tilkjennegive A erstatning og uttalte bl.a.:

«Lagmannsretten finner etter dette, dog under betydelig tvil, ikke å kunne legge til grunn at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at A ville blitt tildelt driftstilskudd av Z kommune dersom kommunen ikke hadde begått saksbehandlingsfeil. A har derved heller ikke krav på erstatning.»

Kommunen ble etter dette frifunnet for erstatningskravet både i hovedsøksmålet og motsøksmålet.

Saksbehandlingen i klagesak om visum

(Sak 2005/1983)
Nr. 51 (s. 202-204)

B henvendte seg på nytt på vegne av A i februar 2007 og opplyste at direktoratet ennå ikke hadde foretatt en ny vurdering av visumsaken. Han viste også til at han ved henvendelse til direktoratet ikke hadde fått noe klart svar på når saken kunne forventes ferdigbehandlet. På bakgrunn av dette ble direktoratet i brev 22. februar 2007 bedt om å opplyse når saken kunne ventes å være ferdigbehandlet, og om det var gitt noen tilbakemelding til søkeren eller dennes representant om forventet saksbehandlingstid. Det ble minnet om saken i brev 11. april 2007 og 9. mai 2007.

I brev 31. mai 2007 beklaget Utlendingsdirektoratet den sene tilbakemeldingen i saken og opplyste at den nå var fordelt til ny saksbehandler som skulle vurdere behovet for å innhente ny dokumentasjon i forbindelse med den nye vurderingen av søknaden. Det ble lovet nærmere opplysninger om fremdriften innen to uker. I brev 4. juli 2007 kom det en ny beklagelse fra direktoratet knyttet til sakens fremdrift. Det ble opplyst at saken ved en inkurie ikke hadde kommet tilbake til saksbehandler etter at brevet 31. mai 2007 ble sendt ut, men at den nå var etterlyst og ville bli gitt høyeste prioritet når den kom tilbake til saksbehandler. Det ble lovet en ny orientering i uke 32. Sakens dokumenter, som hadde blitt feilsendt til ombudsmannen i brevet 31. mai 2007, ble returnert til direktoratet 11. juli 2007. I telefonsamtaler 3. august og 17. august 2007 ga direktoratets saksbehandler muntlig beskjed hit om fremdriften, og at det var bedt om ytterligere dokumentasjon fra politiet. I brev 19. september 2007 henvendte jeg meg til Utlendingsdirektoratets direktør angående direktoratets oppfølging av min uttalelse. Jeg så meg nødt til å be om at direktoratet omgående tok tak i saken med sikte på å få foretatt den fornyede vurderingen som jeg hadde bedt om. Videre ba jeg om en skriftlig redegjørelse og forklaring fra direktøren på direktoratets oppfølging av saken etter min uttalelse 2. oktober 2006. Forespørselen ble besvart 28. september 2007 av en underdirektør i direktoratet, på vegne av direktøren.

I brev hit 5. oktober 2007 oversendte Utlendingsdirektoratet sin fornyede vurdering av saken. Direktoratet besluttet å opprettholde sitt vedtak om å avslå As søknad om visum med hjemmel i utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 106 sjette ledd første punktum, jf. utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 27 første ledd bokstav e og f.

Jeg fant grunn til å stille enkelte spørsmål om Utlendingsdirektoratets nye behandling av visumsøknaden i en ny henvendelse til direktoratet. Spørsmålene gjaldt blant annet direktoratets vurdering av kravet i utlendingsloven § 27 første ledd bokstav e, om at det må foreligge «særlig grunn til å frykte» at utlendingen vil begå straffbar handling. Det ble også stilt spørsmål om klagerens mulighet til kontradiksjon i forbindelse med opplysninger fra politiet og til sakens opplysning. Direktoratet ble også bedt om å besvare spørsmål knyttet til sin konklusjon om at det forelå bortvisningsgrunn etter utlendingsloven § 27 første ledd bokstav f, som bl.a. krever at det er «sannsynliggjort at klageren vil reise inn i et annet nordisk land». Det ble blant annet stilt spørsmål om forholdene rundt finske myndigheters visumnektelse var tilstrekkelig opplyst til at den kunne tillegges betydning ved vurderingen av om vilkårene i utlendingsloven § 27 første ledd bokstav f var oppfylt. Det ble herfra satt en svarfrist på tre uker.

Det ble purret på svar i brev 28. januar 2008, og ny svarfrist ble satt til 8. februar 2008. Fristen ble utsatt til 19. februar etter muntlig henvendelse fra direktoratet. I e-brev 19. februar 2008 orienterte direktoratet om at svaret ennå ikke var ferdigbehandlet, men at det ville være ombudsmannen i hende om et par dager. I e-brev 24. februar 2008 opplyste direktoratet at det var behov for ytterligere tid for å besvare henvendelsen herfra og det ble bedt om utsettelse av svarfristen til 12. mars 2008. Svar på spørsmålene herfra forelå først 17. mars 2008.

Etter dette kom jeg med følgende merknader i brev til Utlendingsdirektoratet:

«1. Utlendingsdirektoratets oppfølging av ombudsmannssaken

Det tok ett år fra jeg i uttalelsen 2. oktober 2006 ba Utlendingsdirektoratet om å vurdere As visumsak på nytt til vurderingen forelå. I brevet 28. september 2007 fra direktoratet ble det som begrunnelse for sakens manglende fremdrift blant annet vist til «den generelle restansesituasjonen på visumsaker i Utlendingsdirektoratet, og den generelle prioriteringen av førstegangssøknader fremfor omgjøringsbegjæringer etter avsluttet klagebehandling». Det ble også vist til at det hadde tatt lang tid å få oversendt dokumenter fra politiet.

Når jeg, etter å ha gjennomgått en forvaltningsavgjørelse, finner at det er grunn til å be det aktuelle forvaltningsorganet om å foreta en ny vurdering av saken, forventer jeg at min anmodning følges opp på en mer aktiv måte enn det Utlendingsdirektoratet her gir uttrykk for, og som har vært tilfellet i denne saken. Dette innebærer også å sørge for at nødvendige dokumenter innen rimelig tid blir oversendt fra andre organer. Jeg må derfor kritisere direktoratet for svært mangelfull fremdrift i oppfølgingen av min uttalelse 2. oktober 2006. En slik oppfølging av en ombudsmannsuttalelse som i denne saken kan ikke under noen omstendighet aksepteres.

I uttalelsen kritiserte jeg direktoratet for ikke å ha svart på henvendelser fra ombudsmannen innen fastsatte frister og jeg forutsatte at dette ikke ville gjenta seg. Jeg må nå dessverre på nytt kritisere direktoratet for manglende overholdelse av de fristene som er satt herfra i saken. Det gir grunn til alvorlig bekymring at direktoratet ikke har tatt til seg det jeg ga uttrykk for i uttalelsen. Verken henvendelser om forventet saksbehandlingstid i forkant av direktoratets nye vurdering, eller spørsmålene som ble stilt vedrørende den nye vurderingen har blitt besvart innen rimelig tid. Mitt kontor har flere ganger måttet purre på svar. I tillegg ble frister som direktoratet selv oppga stadig forskjøvet. Selv om direktoratet i noen grad har holdt mitt kontor informert om forsinkelsene, er dette ikke tilfredsstillende. Gjentatte unnlatelser av å overholde de fristene som er satt er uheldig, både for tilliten til forvaltningen og hensynet til effektiviteten i ombudsmannsbehandlingen.

Jeg kan heller ikke si meg tilfreds med at min anmodning 19. september 2008 om en redegjørelse for og forklaring på direktoratets oppfølging av saken ikke ble besvart av direktoratets direktør, slik jeg hadde anmodet om. Når jeg går til et så vidt alvorlig skritt som å be den øverste lederen i et forvaltningsorgan om selv å svare, forventer jeg at dette blir fulgt opp. Jeg viser for ordens skyld til at jeg også i uttalelsen 2. oktober 2006 stilte spørsmål om på hvilket nivå i direktoratet henvendelser herfra besvares. Dette på bakgrunn av at henvendelsene herfra ble besvart av en enkelt saksbehandler, for øvrig den samme som hadde underskrevet direktoratets vedtak i saken.

Utlendingsdirektoratet har i brevet hit 17. mars 2008 beklaget «flere uheldige forhold i denne saken med hensyn til saksbehandlingen og besvarelsene av Sivilombudsmannens tidligere henvendelser». Det gis i samme brev også uttrykk for at uttalelsene fra ombudsmannen i denne saken tas svært alvorlig, og at direktoratet vil sørge for ytterligere bevisstgjøring internt om henvendelser fra ombudsmannen. Videre har jeg merket meg at direktoratet har utarbeidet en intern melding om rapportering til sin direktør og til departementet om ombudsmannens uttalelser.

Jeg tar dette til etterretning, og forventer at den type forhold som jeg her har pekt på ikke vil gjenta seg.

2. Utlendingsdirektoratets fornyede vurdering av visumsøknaden

I svaret på min henvendelse 17. desember 2007, skriver Utlendingsdirektoratet at en ny gjennomgang av saken har vist at det foreligger svakheter ved direktoratets behandling av den opprinnelige klagen, og ved den fornyede klagebehandlingen.

Når det gjelder vurderingen av kravet i utlendingsloven § 27 første ledd bokstav e, om at det må foreligge «særlig grunn til å frykte» at utlendingen vil begå straffbar handling har jeg særlig merket meg direktoratets uttalelse om at det «... kan stilles spørsmål ved om brevet fra politiet var tilstrekkelig til at direktoratet kunne avgjøre hvorvidt det forelå en bortvisningsgrunn ...». Videre har jeg merket meg direktoratets uttalelser om sakens opplysning og kravet til kontradiksjon. Direktoratet uttaler blant annet:

«... klageren burde ha vært gjort kjent med innholdet av anklagene og gitt anledning til å imøtegå disse, da disse opplysningene var sentrale for utfallet av saken. Det fremgår ikke av politiets brev av 08.07.04 hvorvidt klager har hatt anledning til å imøtegå anklagene. I generalkonsulatets merknader til søknaden står det riktignok at søkeren har vært i politiavhør, sannsynligvis med henvisning til politiets brev av 08.07.04. Det fremgår imidlertid ikke av sakens opplysninger hvorvidt klageren har hatt en reell mulighet til å imøtegå anklagene hos politiet.

Klager har i visumsaken uttalt seg om anklagene. I den aktuelle saken anså derfor direktoratet klageren for å kjenne til anklagene og også for å ha imøtegått opplysningene i saken i brev av 10.09.04. Direktoratet ser i ettertid at saken burde vært bedre opplyst da klagerens utsagn stred mot innholdet i politiets brev, og klageren burde vært gjort kjent med innholdet i anklagene og gitt anledning til å imøtegå dette».

I forhold til vurderingen av om det forelå bortvisningsgrunn etter utlendingsloven § 27 første ledd bokstav f, viser jeg særlig til at direktoratet har gitt uttrykk for at det ikke anser «... forholdene rundt den finske visumnektelsen for å være tilstrekkelig opplyst» til at den kan tillegges betydning ved vurderingen av om lovens vilkår er oppfylt. Jeg har også merket meg direktoratets uttalelser om at:

«Hvorvidt et avslag gitt av et annet Schengenland vil være avgjørende for vurderingen av om et Schengen-visum skal gis av Norge, beror på den enkelte sak, begrunnelsen for avslaget og formålet med besøket. Et slikt avslag vil være et moment i en helhetlig vurdering av om det foreligger innvandringspolitiske hensyn som taler mot at et

visum gis eller i vurderingen av om det var tvil om formålet, jf. uf § 106».

Jeg er i det vesentlige enig i direktoratets vurderinger, og har ikke behov for å komme med ytterligere spørsmål eller merknader til disse spørsmålene.

A har nå inngitt ny søknad om visum til Norge, som vil bli behandlet av Utlendingsdirektoratet som førsteinstans. I brevet hit 17. mars 2008 har direktoratet opplyst at det anses mest hensiktsmessig å prioritere behandlingen av den nye saken, fremfor å foreta en fornyet behandling av klagesaken. Slik saken har utviklet seg, har jeg ingen avgjørende innvendinger mot dette, men vil peke på at det nå er gått snart 3 ½ år siden A innga sin forrige søknad om visum, og at søknaden i denne perioden ikke har fått en tilfredsstillende behandling. På bakgrunn av dette legger jeg til grunn at arbeidet med å behandle den nye visumsøknaden vil bli gitt høy prioritet i direktoratet. Jeg legger også til grunn at det ved behandlingen av saken vil bli sett hen til de kritiske kommentarene direktoratet selv har gitt uttrykk for vedrørende behandlingen av As forrige visumsøknad. Direktoratet bes holde meg orientert om behandlingen av den nye visumsøknaden.»

Etter dette mottok jeg 14. oktober 2008 brev fra Utlendingsdirektoratet hvor det ble orientert om at As nye visumsøknad var innvilget samme dag. Det fremgikk også at direktoratet var enig i min kritikk av fremdriften i saken og av at svar på henvendelsene fra ombudsmannen ikke ble håndtert på riktig nivå i organisasjonen. Saken ga etter dette ikke grunn til noe ytterligere fra min side.

Oppføring av hytte i strid med byggegrenser

(Sak 2004/3303 og 2007/2145)

Nr. 74 (s. 295-300)

Fylkesmannen anmodet kommunen om å ta initiativ til videre behandling av saken, med sikte på å vurdere om det var grunnlag for å gi dispensasjon fra byggegrensene i reguleringsplanen. Søknad om dispensasjon fra planen ble deretter innvilget av kommunen og stadfestet av fylkesmannen.

Klageren brakte fylkesmannens stadfestelse av dispensasjonsvedtaket inn for ombudsmannen. Ombudsmannen fant ikke grunn til å gå videre med saken. Det ble blant annet vist til at fylkesmannen hadde vært på befaring og gjort seg opp en selvstendig mening om lokale forhold av betydning for saken, slik som terrengforhold og den sjenanse tiltaket måtte medføre, mens ombudsmannen, gjennom sin skriftlige saksbehandling, vanskelig kan danne seg et slikt selvstendig inntrykk av de faktiske forholdene på stedet.

Beregning av byggesaksgebyr

(Sak 2005/1486)

Nr. 76 (s. 304-308)

Etter at fylkesmannen hadde bedt kommunen vurdere hvordan det fastsatte gebyret stilte seg i forhold til prinsippet om selvkost, behandlet kommunen saken på ny og traff vedtak om å sette ned gebyret til kr 200 000 og at for mye betalt gebyr skulle refunderes.

Tillegg til meldingen for 2007

Innsyn i INFOFLYT

(Sak 2007/264)

Nr. 7 (s. 45 – 48)

Etter ombudsmannens uttalelse behandlet Kriminalomsorgen region vest As innsynsbegjæring på nytt, og besluttet å gi ham delvis innsyn i INFOFLYT-dokumentene – i hovedsak i lister over registrert korrespondanse.

Regionen mente at de vurderinger og konklusjoner som var gjort i INFOFLYT-dokumentene falt utenfor innsynsretten, og at As rettssikkerhet var tilstrekkelig ivaretatt ved at han får innsyn i faktaopplysningene i saksmappen. Regionen hadde også vektlagt at INFOFLYT-systemet skal ivareta sikkerhetsmessige vurderinger rundt de innsatte som antas å innebære størst risiko. Det ble fremholdt at en effektiv bruk av INFOFLYT forutsetter at de risikovurderinger som gjøres må ta i betraktning alle momenter kriminalomsorgen har kjennskap til. Dersom de innsatte får innsyn i disse vurderingene, vil de kunne tilpasse seg de sikkerhetsforanstaltninger som eventuelt blir satt i verk, og kontrollhensynet som systemet er ment å ivareta vil bli utvannet.

Regionen hadde vurdert om innsyn kunne gis As partsrepresentant eller annen fullmektig, men mente sikkerhetsmessige hensyn talte i mot dette.

I brev til ombudsmannen fremholdt A at det var en rekke faktiske feil i listene. Han understreket viktigheten av at opplysningene som var registrert om ham var korrekte, og pekte på sammenhengen mellom INFOFLYT-systemet og hans manglende soningsprogresjon. Som følge av dette mente han at det burde vært gitt fullt innsyn i INFOFLYT-mappen. A ba ombudsmannen granske saken nærmere.

Kriminalomsorgen region vest mente at de påståtte avvikene i hovedsak dreiet seg om stavefeil – særlig av navn. Det het videre om dette:

«Nedtegningen av faktaopplysninger skjer gjerne ved telefonavlytting. Det kan derfor forekomme at navn oppfattes i feil kontekst (f.eks. pga. bruk av kallenavn) eller noteres med uriktig stavemåte. Rapportene som utarbeides er basert på hånd-

skrevne notater fra tjenestemenn. Dette gir også rom for unøyaktigheter mht gjengivelse av navn på personer mv. Disse stavefeilene har etter region vests mening ikke svekket kvaliteten på innholdet i dokumentene i avgjørende grad.»

I brev til regionen uttalte jeg:

«Det synes som Kriminalomsorgen region vest i all hovedsak har hatt riktig rettslig utgangspunkt for den vurderingen som nå er foretatt. Spørsmålet om innsyn synes bl.a. denne gang å være vurdert konkret i forhold til hvert enkelt dokument.

Det er imidlertid fortsatt sider ved kriminalomsorgens begrunnelse som foranlediger spørsmål fra min side.

1. Innsyn i vurderinger og konklusjoner

Kriminalomsorgen region vest fremholder at «de vurderinger og konklusjoner som er gjort i INFOFLYT-dokumentene faller utenfor innsynsretten». Det er ikke oppgitt noe rettslig grunnlag for en slik konklusjon, og jeg kan ikke se at det gjelder noen slik generell regel. Utgangspunktet er tvert i mot at forvaltningens dokumenter er offentlige – og det er således eventuelle unntak fra offentlighet som må kunne begrunnes.

For dokumenter utarbeidet for organets *interne saksforberedelse*, har imidlertid en part bare rett til å gjøre seg kjent med de deler av dokumentet som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum, jf. forvaltningsloven § 18 annet og tredje ledd. Begrepet «faktiske opplysninger» må imidlertid forstås vidt. Fra forarbeidene (Ot.prp. nr. 3 for 1976-1977) hitsettes:

«Begrepet «faktiske opplysninger» som loven bruker i dag, er meget omfattende. Ikke bare har parten rett til å gjøre seg kjent med spesifikke og presise faktiske opplysninger, som f.eks. arealoppgaver, men også med opplysninger som i høy grad bygger på vurderinger. I en konsesjonssak vil parten f.eks. ha rett til å gjøre seg kjent med opplysninger om bonitet, rentabilitet og drivverdigheit. Den karakteristikk som gis av en bestemt person, må reknes som faktisk opplysning i hvert fall når den bygger på konkrete hendinger, f.eks. må uttrykk som «drikkfeldig» eller «alkoholmisbruker» reknes til denne kategori. I en sak som angår forretningsforhold, vil parten ha rett til å se anslag for gevinst og tap og de beregninger og forutsetninger dette bygger på. I sak om erstatning for ulykke, f.eks. for naturskade, kan parten kreve å få se utredninger om årsaken til ulykken, selv om disse kan være skjønnsmessige og lite eksakte.»

Uttalelsene i kriminalomsorgens brev etterlater tvil om organet har vurdert innsynsspørsmålet på et riktig rettslig grunnlag på dette punkt.

2. Innsyn gjennom partsrepresentant mot løfte om taushet

Når det gjelder spørsmålet om innsyn gjennom partsrepresentant, viser kriminalomsorgen til Veiledning om saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og straffegjennomføringsloven § 7 punkt 3.7, der det bl.a. fremgår:

«Opplysninger som det anses utilrådelig at domfelte eller innsatte gis innsyn i, skal på anmodning gjøres kjent for en representant for parten, for eksempel fullmektig eller verge. Opplysningene skal ikke gjøres kjent for representanten når særlige grunner taler imot det, for eksempel sikkerhetsmessige eller etterforskningsmessige hensyn.»

I brevet fra kriminalomsorgen heter det så:

«På grunn av dokumentenes sensitive innhold og risiko for spredning taler «særlige grunner» mot innsyn kun for advokat. (...) Spredningsfaren er til stede fordi advokaten ikke er sikkerhetsklarert. Det eneste pålegget kriminalomsorgen har mulighet til å gi, er pålegg om taushetsplikt. Kriminalomsorgen har ingen muligheter for å kontrollere om informasjonen gis videre. Dette sammen med muligheten for at en partsrepresentant kan bli utsatt for utilbørlig press fra domfelte, tilsier at informasjonen ikke bør gis til partsrepresentant av sikkerhetsmessige hensyn.»

Dersom regionens regelforståelse skal legges til grunn, er det vanskelig å se at det er noen realitet i ordningen med å gi innsyn for partsrepresentant mot løfte om taushet.

Det er riktig at kriminalomsorgen ikke har annen sikkerhet for hemmelighold enn et eventuelt løfte om taushet. Dersom partsrepresentanten er advokat, vil imidlertid brudd på et slikt taushetsløfte være i strid med reglene for god advokatskikk, slik disse er utlagt i advokatforskriften 20. desember 1996 nr. 1161 kapittel 12. Selv om det vel foreligger en risiko for spredning ved innsyn for partsrepresentant, kan kriminalomsorgen neppe uten konkrete holdepunkter gå ut fra at advokaten vil bryte et slikt taushetsløfte. Utgangspunktet og den klare hovedregel er snarere det motsatte: slikt innsyn *skal* gis, med mindre kriminalomsorgen har konkrete holdepunkter for at særlige grunner taler mot det.

Kriminalomsorgens henvisning til sikkerhetsklarerer virker lite treffende. Dokumentene det er tale om er gradert etter beskyttelsesinstruksen 17. mars 1972 nr. 3352. Det er ikke krav om sikkerhetsklarerer for å få tilgang til dokumenter som er gradert etter beskyttelsesinstruksen. Klareringssystemets virkeområde omfatter gradering etter sikkerhetsloven 20. mars 1998 nr. 10, jf. lovens § 19.

Etter dette kan det reises spørsmål om det er foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering av om det fore-

lå sikkerhetsmessige hensyn som talte mot innsyn til partsrepresentant i dette tilfellet.

Kriminalomsorgen region vest bes vurdere om mine spørsmål kan gi grunn til å gi ytterligere innsyn. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av vurderingen.

Når det gjelder de faktiske feil A påpekte, har jeg notert meg regionens svar til ham. Jeg har i lys av dette ikke funnet grunn til å undersøke dette spørsmålet ytterligere.»

Som følge av ombudsmannens uttalelse foretok Kriminalomsorgen region vest ytterligere en gjennomgang av As INFOFLYT-mappe, og fant å kunne gi ytterligere innsyn. Enkelte dokumenter ble fortsatt unntatt innsyn, og regionen opplyste at de aktuelle opplysningene «ligger i kjerneområdet for straffegjennomføringsloven § 7c». Vedtaket om å nekte innsyn til partsrepresentant mot løfte om taushet ble opprettholdt.

Etter en gjennomgang av de dokumentene som fortsatt var unntatt partsinnsyn, fant ombudsmannen å kunne la saken i bero.

Personlig opprykk til professor etter kompetanse

(Sak 2006/1195)

Nr. 25 (s. 85–86)

Universitetet nedsatte en ny bedømmelseskomité, som blant annet fant at kriteriene for opprykk til professor var tolket «incorrectly» av den første komiteen. Det var heller ikke nødvendig å bedømme As kvalifikasjoner på nytt, siden det i mellomtiden var foretatt en slik vurdering av en bedømmelseskomité oppnevnt av et annet, utenlandsk universitet i forbindelse med As søknad om en stilling ved dette universitetet.

Etter at A var gitt anledning til å kommentere bedømmelseskomiteens vurdering, behandlet Tilsetningsutvalget ved universitetet saken i et møte 15. mai 2008 og traff vedtak om at A skulle gis opprykk til professor med virkning fra det tidspunkt A første gang søkte om opprykk. Universitetet beklaget samtidig den uleilighet saken hadde skapt for A.

Tildeling av driftstilskudd til fysioterapeut i privat praksis

(Sak 2006/595)

Nr. 34 (s. 119–123)

Klagerne mente at deres lidte økonomiske tap og fremtidige økonomiske tap oversteg kommunens tilbud om kompensasjon. Kommunen behandlet tildelingssaken på nytt og foretok en sammenlignende vurdering av klagerne og den fysioterapeuten som fikk tildelt driftstilskuddet (D). Det ble lagt vekt på «utdanning, relevant erfaring som fysioterapeut innen psykisk helse og intervjuene som ble foretatt i 2005». B ble innstilt som nr. 1, D som nr. 2 og A som

nr. 3. I brev til de tre klagerne beklaget kommunen «de feil som er begått i denne saken» og opplyste at arbeidet med å lage nye prosedyrer for tildeling av driftstilskudd er i gang. Kopi ble sendt ombudsmannens kontor.

B fremmet et erstatningskrav, som hun av kommunen ble bedt om å dokumentere nærmere. Det ble deretter avholdt et møte mellom B og kommunen. Kommunen mente at B ikke hadde lidt noe økonomisk tap, men tilbød ifølge møtereferatet kompensasjon for tort og svie «for den krenkelsen hun har blitt utsatt for ved å bli forbigått i tildelingen av driftstilskuddet». B godtok til slutt kompensasjonen på kr. 30 000.

Tildeling av 70 % driftstilskudd for fysioterapi til et selskap

(Sak 2006/95)

Nr. 35 (s. 123-128)

Etter innledende forhandlinger tok klagerne ut stevning mot kommunen. I rettsforlik 30. september 2008 ble partene enige om at driftstilskuddet til klagerne skulle økes til henholdsvis 80 % og 70 % med virkning fra 1. oktober samme år. Saken ble deretter hevet som forlikt.

Sak om språkstipend – tolking av forskrift

(Sak 2007/1154)

Nr. 39 (140-141)

I forskrift om tildeling av utdanningsstøtte for undervisningsåret 2008-2009 ble ordlyden endret. Kravet til varighet er nå som følger: «Språkkurset må vare i minst fire uker (mandag til fredag), med minimum 15 timer undervisning per uke.»

Stans av ventestønad – blant annet spørsmål om krav om jobbsøkeraktivitet var pålagt stønadmottaker på forskriftsmessig måte

(Sak 2006/1777)

Nr. 41 (s. 145 -149)

Ombudsmannens anmodning om å behandle saken på nytt ble fulgt opp av Nav Klage og anke Sør i et brev til As advokat i mai 2008. I dette brevet het det blant annet:

«På bakgrunn av endrede retningslinjer fra Arbeids- og velferdsdirektoratet finner NAV klage og anke Sør å måtte omgjøre vårt vedtak av 08.06.06. Dette innebærer at tidligere Aetat Bergen sitt vedtak av 10.01.06 oppheves. Nav Bergen arbeid må etter dette vurdere om vilkårene for etterbetaling av ventestønad er tilstede fra stanstidspunktet.»

Ombudsmannen har senere fått opplyst at A nå har fått etterbetalt ventestønad for den aktuelle perioden.

Virkningstidspunkt for tilståelse av rehabiliteringspenger – veiledningsplikt/ informasjonsansvar

(Sak 2007/593)

Nr. 42 (s. 149 – 152)

Ombudsmannens anmodning ble fulgt opp av Arbeids- og velferdsdirektoratet i et brev til Nav Østfold i mars 2008. I dette brevet het det blant annet:

«Arbeids- og velferdsdirektoratet legger Ombudsmannens syn på spørsmålet om veiledningsplikten til grunn. Vi ber derfor NAV Østfold gjennomgå saken på nytt og legge til grunn at virkningstidspunktet i den aktuelle rehabiliteringspengesaken bør settes til 1.12.2002. Hvilken betydning dette får for en eventuell etterbetaling må vurderes nærmere av NAV Østfold. Dersom det gjenstår perioder som ikke kan dekkes av rehabiliteringspenger, bør andre løsninger vurderes. Om nødvendig bør NAV Østfolds vedtak av 18.7.2006 om erstatning vurderes på nytt.»

I brev til ombudsmannen 27. juni 2008 opplyste så Arbeids- og velferdsdirektoratet at A i uke 27/2008 ville få etterbetalt rehabiliteringspenger for perioden 1. desember 2002 – 31. desember 2003.

Sak om barnebidrag – beregning av inntekt

(Sak 2007/691)

Nr. 43 (152-153)

På bakgrunn av fråsegna blei saka handsama på nytt. NAV Klage og anke kom til at tilskotspliktige si inntekt var vesentleg lågare enn det han burde oppnå ut frå utdanning og evner, utan at han kunne gi ein rimeleg grunn til det. Tilskotspliktige si inntekt blei derfor skjønnsfastsett.

Status som fosterhjem ved plassering av barn hos slektninger

(Sak 2007/530)

Nr. 54 (s.180-184)

På bakgrunn av min uttalelse presiserte fylkesmannen innholdet i barnevernloven § 4-7 overfor barneverntjenesten. Bestemmelsen og uttalelsen ble også gjennomgått på fylkesmannens årlige kontaktmøte med barneverntjenestene. Barneverntjenesten fant imidlertid ikke grunnlag for en annen vurdering av denne saken.

Fylkesmannen måtte sies å ha fulgt anmodningene i min uttalelse, og jeg kunne derfor si meg ferdig med denne saken.

Endring av navn på barn når det pågår sak om foreldres ansvar

(Sak 2006/1698)

Nr. 55 (s.184-185)

Justisdepartementet orienterte senere om at Barnelovutvalget hadde vist til at det falt utenfor dets mandat å ta stilling til problemstillingene. Spørsmålet var

da heller ikke berørt i utvalgets innstilling NOU 2008:9 *Med barnet i fokus*. Imidlertid hadde utvalget kommet inn på flere momenter som departementet mente burde tas med i vurderingen. Videre opplyste departementet at det hadde tatt kontakt med Barne- og likestillingsdepartementet for å få dets foreløpige synspunkter, og at det hadde mottatt tilbakemelding derfra. Justisdepartementet arbeider videre med saken og ønsker å se på sammenhengen med andre forhold som ligger under foreldreansvaret og konsekvens i regelverket for øvrig, herunder hva som antas å være til det beste for barna. Departementet tok sikte på å ha klare retningslinjer for en enhetlig praksis, eller eventuelt et høringsutkast, i løpet av høsten 2008. Ombudsmannen ba departementet om å bli orientert når arbeidet er avsluttet.

Gjennomføring av urinprøvekontroll i fengsel

(Sak 2006/2026)
Nr. 64 (s. 212-216)

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning opplyste senere at behovet for å oppdatere og presisere retningslinjene om gjennomføring av urinprøvekontroll hadde blitt vurdert, og at de eksisterende, generelle formuleringene i retningslinjene ble ansett å være tilstrekkelig klare. Det var derfor foreløpig ikke funnet grunn til å foreta ytterligere presiseringer. KSF ga uttrykk for at saken som foranlediget ombudsmannens uttalelse var et svært spesielt tilfelle, og at brudd på retningslinjene ikke ble ansett som et utbredt problem. Videre viste KSF til at behovet for konkretisering av regelverket må avveies mot faren for at retningslinjene blir for omfattende og dermed vanskeligere tilgjengelige for brukerne.

Ombudsmannen tok KSFs redegjørelse til etterretning og fant å kunne la saken bero med den redegjørelsen som var gitt. Det ble imidlertid forutsatt at KSF fortsatt ville være oppmerksom på de problemstillingene saken hadde reist, og at det om nødvendig på nytt ble vurdert å endre retningslinjene dersom det skulle oppstå nye, lignende saker.

Familiegjenforening for barn over 18 år – spørsmål om søkeren hadde en far i hjemlandet

(Sak 2006/1111)
Nr. 67 (s. 224-228)

Saken ble behandlet på nytt i nemndmøte med personlig fremmøte. Klageren fikk arbeids- og oppholdstillatelse etter utlendingsforskriften § 24 første ledd bokstav e. I vedtaket het det:

«Nemnda legger ombudsmannens tolkning til grunn for vedtaket og anser at en søker er eller blir igjen i hjemlandet uten foreldre når moren er i Norge og farens identitet er ukjent. Når det gjelder den bevismessige siden har nemnda hørt kla-

geren og hans mors forklaring for nemnda. Klageren selv har ikke hørt noe fra moren om hvem som er hans far, mens moren i sin forklaring blant annet har kommet inn på bakgrunnen for de formuleringene som er brukt i saken. Nemnda mener etter en konkret helhetsvurdering av sakens dokumenter og det som er fremkommet i nemndmøtet at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at klageren ikke har en far i hjemlandet med kjent identitet.»

Nemnda la til grunn at klageren «anses å være et forsørget barn i forskriftens forstand» og kravene til underhold og bolig var også oppfylt.

Finansdepartementets endring av praksis med å frafalle foreldelsesinnsigelser på merverdiavgiftens område

(Sak 2006/1028)
Nr 75 (s. 262 - 267)

Ombudsmannens anmodning om ny behandling av selskap As søknad om frafallelse av foreldelsesinnsigelsen ble fulgt opp av Finansdepartementet i et brev til selskap As advokat i februar 2008. I dette brevet het det blant annet:

«Departementet anser en saksbehandlingstid på ti måneder for å være innenfor det normale og akseptable. Det vises her til at to forvaltningsnivåer har vært involvert (fylkesskattekontoret og Skattedirektoratet), noe som nødvendigvis vil medføre at saksbehandlingen tar noe tid. Departementet viser også til at tidsbruken skyldes forhold både på avgiftsmyndighetenes side (Skattedirektoratet brukte 6 uker på å be om ytterligere dokumentasjon) og selskap As sin side (selskap A brukte 4½ mnd på å svare). Departementet kan ikke se at denne tidsbruken kan kritiseres eller at det er grunnlag for å hevde at avgiftsmyndighetene har nedprioritert saken.

Departementet har likevel etter en helhetsvurdering kommet til at foreldelsesfristen kan frafalles i tråd [med tidligere praksis] i dette tilfellet. Departementet har i denne vurderingen lagt avgjørende vekt på Sivilombudsmannens uttalelse. Frafallelse skjer i tråd [med] de retningslinjer som gjaldt før praksis ble lagt om 7. desember 2005, dvs. at kravet må anses betryggende dokumentert mv.

Skattedirektoratet er ved gjenpart av dette brev bedt om å følge opp departementets vedtak.»

Dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36

(Sak 2005/989)
Nr. 77 (s. 272-279)

Etter å ha mottatt ombudsmannens uttalelse, henvendte fylkesmannen seg til Miljøverndepartementet. Fylkesmannen ga uttrykk for at «uttalelsen er av klart prinsipiell karakter og avviker fra den tolkning som hittil har vært fulgt i forvaltningspraksis etter fvl. § 36». Departementet ble derfor bedt om å avkla-

re hvordan fylkesmannen skulle forholde seg i den aktuelle og fremtidige saker.

Etter å ha innhentet Justisdepartementets syn på om ombudsmannens uttalelse ga grunnlag for å endre forvaltningspraksis, anbefalte Miljøverndepartementet å tilkjenne saksomkostninger i saken. Det ble vist til at Justisdepartementets lovforståelse åpner for at det fortsatt kan utøves skjønn i denne typen saker og at utgangspunktet er at forvaltningen skal følge ombudsmannens anbefalinger. Miljøverndepartementet la samtidig til grunn at reglene om saksomkostninger vil bli vurdert i forbindelse med den forestående revisjonen av forvaltningsloven.

Fylkesmannen omgjorde deretter sitt avslag i saken og traff vedtak om at saksomkostningene skulle dekkes av kommunen.

Riving og gjenoppføring av fritidsbolig i Tjøme kommune

(Sak 2006/470)

Nr. 81 (s. 296-299)

Fylkesmannen tok ombudsmannens synspunkter til etterretning og opplyste at disse ville bli lagt til grunn ved fremtidig saksbehandling. Etter fylkesmannens mening ville en fornyet behandling av saken i samsvar med ombudsmannens føringer ikke medføre noen endring av realiteten i fylkesmannens avgjørelse. Det ble gitt uttrykk for at tiltakshaveren ville ha fått byggetillatelse enten fylkesmannen hadde behandlet klagen eller omgjort sitt opprinnelige vedtak. Fylkesmannen var av den oppfatning at vilkårene for omgjøring etter forvaltningsloven § 35 var oppfylt fordi saken ikke var tilstrekkelig opplyst ved tidligere saksbehandling. Fylkesmannen fant derfor ikke grunn til å ta saken opp til ny vurdering.

Klageren kom etter dette tilbake til saken, og på bakgrunn av henvendelsen ble det funnet grunn til å stille fylkesmannen enkelte spørsmål bl.a. om hvilket alternativ i forvaltningsloven § 35 som etter fylkesmannens vurdering hjemlet omgjøring i det foreliggende tilfellet. Fylkesmannen mente at det var adgang til omgjøring etter forvaltningsloven § 35 litra a (endringen ikke til skade for noen som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser). Fylkesmannen omgjorde deretter sitt opprinnelige vedtak om avslag på dispensasjonssøknaden for å unngå tvil om det forelå to motstridende vedtak i saken. Samtidig ble det gitt uttrykk for at fylkesmannen ved klagebehandlingen hadde vært av den oppfatning at det forelå nye opplysninger i saken som medførte at kommunen hadde adgang til å ta saken opp til ny behandling og videre at vilkårene for dispensasjon forelå. I mitt avsluttende brev til klageren, opplyste jeg at dersom han ønsket å gå videre med saken, måtte det i så fall skje ved at adgangen til å påklage fylkesmannens omgjøringsvedtak til Miljøverndepartementet ble benyttet.

Søknad om oppføring av ilandstigningsbrygge og trapper

(Sak 2006/2296)

Nr. 82 (s. 299 - 302)

Fylkesmannen avholdt befaring og vurderte deretter saken på nytt. Det ble gitt dispensasjon for omsøkte trappeatkomst, men ikke for bryggen.

Oppføring av «tretelt» på campingplass

(Sakene 2006/634, 2006/691, 2006/739, 2006/745, 2006/751 og 2007/521)

Nr. 83 (s. 302-311)

Fylkesmannen i Rogaland omgjorde sine egne vedtak, og opphevet Tysvær kommunes vedtak. Kommunen ble bedt om å behandle saken på nytt i samsvar med ombudsmannens merknader.

Kravene til vurdering av «særlige grunner» til dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7

(Sak 2006/1118)

Nr. 85 (s. 314-320)

Etter å ha vurdert saken på ny i lys av ombudsmannens uttalelse, omgjorde fylkesmannen sitt vedtak, slik at det ikke ble gitt tillatelse til den omsøkte fradelingen.

Mangelfull behandling av sak om oppføring av leilighetskompleks i Arendal kommune

(Sak 2005/2137 og 2008/2220)

Nr. 88 (s. 327 - 333)

Fylkesmannen anmodet etter dette kommunen om å behandle saken om planendring på nytt. Saken ble deretter prøvd av fylkesmannen som konkluderte med at planendringen måtte anses som en mindre vesentlig endring av den aktuelle reguleringsplanen, slik at Driftsstyret i kommunen hadde den nødvendige kompetanse til å treffe vedtak.

Deretter foretok fylkesmannen en fornyet vurdering av habilitetsspørsmålet og beregningen av byggets gesimshøyde. Fylkesmannen konkluderte med at vedtaket 8. februar 2005 var gyldig og opprettholdt dette. Endelig vurderte fylkesmannen om det var grunnlag for å tilkjenne klageren kompensasjon for et eventuelt økonomisk tap, men kom til at det ikke forelå slikt grunnlag under henvisning til at de vedtak som var fattet, var gyldige.

Klageren ba ombudsmannen om å se på saken på nytt. På bakgrunn av henvendelsen ble fylkesmannen herfra stilt enkelte spørsmål vedrørende kommunens og fylkesmannens fornyede behandling. Denne fornyede undersøkelsen er foreløpig ikke avsluttet.

Adgangen til å gi rammetillatelse i byggesaker der sektormyndigheten har stilt seg negativ til tiltaket – om Reindriftsloven 1978 § 10 nr. 4 gir anvisning på en samtykkeordning

(Sakene 2006/525, 2007/622 og 2007/62)

Nr. 90 (s.337-348)

Fylkesmannen omgjorde deretter vedtaket i klagesaken og stadfestet den byggetillatelsen kommunen hadde gitt.

Nedsettelse/ettergivelse av ilagt tvangsmulkt – ulovlig oppført gjerde og levegg

(Sak 2007/270)

Nr. 92 (s. 349-351)

Fylkesmannen i Vestfold vurderte saken på nytt. I fylkesmannens vedtak 20. juni 2008 ble tidligere

vedtak 5. februar 2007 omgjort og den ilagte tvangsmulkten ble nedsatt til kr. 450.000,-. Klageren påklaget vedtaket til Kommunal- og regionaldepartementet som i vedtak 16. oktober 2008 ikke fant grunn til å ta klagen til følge. Fylkesmannens vedtak 20. juni 2008 ble stadfestet.

Klageren tok deretter på ny saken opp med ombudsmannen.

Jeg hadde forståelse for at den akkumulerte mulkten var betydelig. Under henvisning til at både fylkesmannen og departementet syntes å ha vurdert de ulike sider i saken, herunder tatt hensyn til de relevante forhold som talte for og mot en ytterligere nedsettelse, fant jeg etter omstendighetene likevel å kunne la saken bero med den fornyede vurderingen som var foretatt.

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

Gjennom arbeidet med klagesaker og saker tatt opp av eget tiltak blir jeg oppmerksom på mangler ved lover, forskrifter eller administrativ praksis.

Det fremgår av ombudsmannsloven § 11 at jeg da kan gjøre forvaltningen oppmerksom på dette. Disse tilfellene skal nevnes i den årlige meldingen til Stortinget, jf. ombudsmannsinstruksen § 12 annet ledd.

I løpet av 2008 har jeg i 33 saker bedt et forvaltningsorgan vurdere endringer eller tilføyelser til lover og forskrifter eller omlegging av administrativ praksis. Av disse sakene er 18 referert i årsmeldingens kapittel V:

- Sak nr. 3 Innsyn i eiendomsskattetakstgrunnlag og eiendomsskattetakst (ombudsmannssak 2007/1070)
- Sak nr. 5 Dokumentinnsyn - «særlige rådgivere eller sakkyndige», meroffentlighet og saksbehandlingstid (ombudsmannssak 2007/1724)
- Sak nr. 7 Saksbehandlingstiden ved klagebehandling av innsynssaker (ombudsmannssak 2008/1718)
- Sak nr. 13 Mangelfull journalføring i sak om tilsetjing av barneombod (ombudsmannssak 2008/381)
- Sak nr. 14 Arkivering og journalføring i saker om dokumentinnsyn (ombudsmannssak 2008/171)
- Sak nr. 21 Tilsetjing i undervisnings- og forskerstilling – universitetsloven §§ 6-3 og 6-5 – adgangen til å ansette i midlertidig stilling (ombudsmannssak 2007/827)
- Sak nr. 27 ID-kort for tilsatte ved norske lufthavner – behandlingen av utenlandsk vandelsdokumentasjon (ombudsmannssak 2007/1398)
- Sak nr. 32 Tilbakekall av kjøreseddel for drosje – kravet til bevisets styrke og undersøkelses- og begrunnelsesplikten (ombudsmannssak 2007/2434)
- Sak nr. 46 Helsetilsynets behandling av klagesak om omgjøring av sykehjemsplass til plass i omsorgsbolig (ombudsmannssak 2006/1997)
- Sak nr. 49 Statens legemiddelverks saksbehandling i klassifiseringssaker – spørsmål om enkeltvedtak og forskriftsendring (ombudsmannssak 2008/191)
- Sak nr. 52 Sittetid i politiets arrester – forholdet til forskriftens krav om overføring innen to døgn m.v. (ombudsmannssak 2007/1097)
- Sak nr. 57 Flere spørsmål tatt opp ved oppfølgingen av et ombudsmannsbesøk i Vadsø fengsel (ombudsmannssak 2007/1089)
- Sak nr. 58 Oppfølging av besøk i Skien fengsel (ombudsmannssak 2007/894)
- Sak nr. 61 Oslo politidistrikts rutiner for mottak av søknader om behandlingsgebyr i utlendingssaker – saksbehandlingstid (ombudsmannssak 2007/276)
- Sak nr. 64 Utlendingsnemndas behandling av begjæringer om utsatt iverksetting (ombudsmannssak 2006/2320)
- Sak nr. 93 Sakskostnader – forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og rettshjelpsloven § 3 mv. (ombudsmannssak 2006/1077)
- Sak nr. 95 Krav om erstatning fra trygden etter refusjon i etterbetalt trygdeytelse (ombudsmannssak 2007/555)

En sak, om ligningsbehandlingen for 2005 og 2006 av krav om særfradrag for ekstra store sykdomsutgifter som følge av diabetes (ombudsmannssak 2007/1450), er referert i meldingens kapittel 1.5. «Særskilte meldinger til Stortinget».

I tillegg kommer 15 saker som ikke er referert nærmere i meldingen. Disse gjelder:

- Vedtak om utelukkelse av klageren fra fritidsfellesskap i fengsel grunnet mistanke om forsøk på fremstilling av alkohol på cella. Ombudsmannen stilte bl.a. spørsmål ved egnetheten av luktprøve som bevis i denne typen saker og uttalte at kriminalomsorgen bør søke å finne frem til andre former for analyse som er bedre egnet til å avklare

- om alkohol er forsøkt fremstilt i det enkelte tilfellet (ombudsmannssak 2007/663).
- Stønad fra folketrygden til anskaffelse av motor- kjøretøy – saksbehandlingen i Nav. Arbeids- og velferdsdirektoratet ga uttrykk for at det på bakgrunn av denne saken kunne være grunn til å gjennomgå Navs rundskriv til folketrygdloven kapittel 21 om saksbehandlingen, med sikte på å gjøre det tydeligere i forhold til klageorganets myndighet til å overprøve underinstansens avgjørelse. Nav ble bedt om å vurdere om det også i rundskrivet bør fremgå hvordan klageorganet skal forholde seg til ny informasjon (ombudsmannssak 2007/1240).
 - Fornyelse av kystskippersertifikat. Spørsmål om et brev fra føreren til Sjøfartsdirektoratet ga arbeidsgiveren grunn til å ilegge advarsel. Ombudsmannen knyttet enkelte kommentarer til Sjøfartsdirektoratets saksbehandlingsrutiner (ombudsmannssak 2007/1253).
 - Tilsetjing av kontor- og personalsjef i ei kommune. Kommunen hadde ein munnleg tilsetjingsprosess der lite var nedteikna skriftleg, noko som er i strid med god forvaltningsskikk. Ombudsmannen hadde einskilte kommentarar til saks- handsaminga i kommunen (ombudsmannssak 2007/1913).
 - Regelverk om gebyrer for tømning av septiktanker mv. En kommune ble bedt om å gå igjennom sitt regelverk på nytt og foreta endringer (ombudsmannssak 2007/1976).
 - Pårørendes rett til innsyn i journalinnføringer foretatt før pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 trådte i kraft (1. januar 2001). Helse- og omsorgsdepartementet uttalte at tidligere gjeldende lov 13. juni 1980 om leger får anvendelse når pårørende ber om innsyn i de delene av en avdød pasients journal som er nedtegnet før 1. januar 2001, og at Helsetilsynet i fylket har den nødvendige kompetanse til å avgjøre klagesaker etter le- geloven § 37 andre ledd og § 46 tredje ledd (ombudsmannssak 2007/2044).
 - Grunnstønad til fordyret kosthold ved familiær hyperkolestrolemi. Arbeids- og velferdsdirekto- ratet ble anbefalt å gjennomgå enkelte punkter i rundskrivet til folketrygdloven kapittel 6, bl.a. med sikte på å vurdere om det er nødvendig å klargjøre hvordan søknader om grunnstønad til fordyret kosthold ved diett vurderes og særskilt hvordan begrepet «ekstrautgifter» er å forstå i denne sammenheng (ombudsmannssak 2007/ 2220).
 - Rentekrav ved tilbakebetaling av renovasjonsge- byr. En kommune ble bedt om å vurdere å endre den kommunale forskriften om husholdningsav- fall, da den syntes å være i uoverensstemmelse med forurensningsloven § 34 femte ledd annet punktum. Ombudsmannen uttalte bl.a. at slik for- skriftsbestemmelsen lyder, gir den misvisende informasjon om gjeldende rett med hensyn til borgernes rettigheter ved for mye innbetalt gebyr (ombudsmannssak 2007/2433).
 - Sen saksbehandling ved et NAV lokalkontor. Kontoret ble bedt om å gjennomgå sine rutiner for registrering av dokumenter, samt rutineene for behandling av henvendelser fra ombudsmannen (ombudsmannssak 2008/215).
 - Utlendingsdirektoratets rutiner for underretning i utvisningssaker der utlendingen er representert ved fullmektig. Direktoratet informerte ombuds- mannen om at konseptene til vedtak om henleg- gelser av utvisningssaker er endret, slik at det ikke skal være noen tvil omkring politiets plikt til å underrette fullmektigen (ombudsmannssak 2008/242).
 - Saksbehandlingen ved et NAV lokalkontor og forvaltningsenheten i fylket i forbindelse med krav om å få godkjent yrkesskade. Lokalkontoret og forvaltningsenheten ble bedt om sørge for å ha rutiner som sikrer at saksbehandlingen av enkelt- saker ikke svikter slik som denne saken hadde vist, samt å gjennomgå rutineene for registrering og behandling av henvendelser fra ombudsman- nen (ombudsmannssak 2008/288).
 - Manglende rutiner for registrering og journalfø- ring av dokumenter i eiendomsskattesaker i en kommune. På bakgrunn av ombudsmannens hen- vendelse endret kommunen sine rutiner slik at dokumenter i eiendomsskattesaker blir forsvarlig og lovmessig registrert og journalført (ombuds- mannssak 2008/409).
 - Manglende svar på begjæring om innsyn hos en fylkesmann. Fylkesmannen ville gjennomgå praksisen for håndtering av innsynsbe- gjæring på nytt, og ta skritt for å bringe sine journalfø- ringsrutiner i tråd med en tidligere uttalelse fra ombudsmannen om journalføring av innsynsbe- gjæring og svar på slike (ombudsmannssak 2008/1449).
 - Saksbehandling av begjæring om innsyn i en kommune. Kommunens praksis syntes å harmo- nere dårlig med offentlighetslovens regler om saksbehandlingstid. Kommunen ble bedt om å gjennomgå rutineene (ombudsmannssak 2008/ 1695).
 - Skattespørsmål i forbindelse med flytting fra Norge til Frankrike – manglende svar fra Skatte- direktoratet. Skattedirektoratet beklaget at direk- toratets egne retningslinjer for bruk av foreløpig svar og forsinkelsesmeldinger ikke ble fulgt i sa- ken (ombudsmannssak 2008/2320).

V. Referat av saker av alminnelig interesse, jf. instruksen § 12

Innledning

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

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

Sakene er inntatt i fulltekst nedenfor. For øvrig publiseres sakene fortløpende på ombudsmannens nettsted, www.sivilombudsmannen.no, og legges samlet ut på Lovdata, www.lovdata.no, én gang i året.

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

Før referatet av de enkelte sakene, vil jeg trekke frem noen tema av mer overgripende karakter som arbeidet med årets klagesaker har gitt grunn til å kommentere.

Begrunnelsesplikten og betydningen for kontrollen med forvaltningens vedtak

Kravet til begrunnelse av forvaltningsavgjørelser er en sentral del av det alminnelige forsvarlighetsprinsippet i forvaltningen. Begrunnelsen skal blant annet

tjene til å overbevise, slik at vedtaket blir godtatt som riktig og rettferdig. Begrunnelsesplikten er også motivert av hensynet til forvaltningen selv. Et krav om grunngeving oppfordrer til større grundighet og nøyaktighet ved sakens behandling og avgjørelse. Endelig har begrunnelsesplikten betydning for mulighetene til å etterprøve og overprøve forvaltningens avgjørelser. Begrunnelsesplikten er derfor av sentral betydning for ombudsmannens mulighet for å kunne utøve sin kontroll med forvaltningens vedtak.

Mange av klagen til ombudsmannen er forandret av en mangelfull begrunnelse fra forvaltningens side. Dermed er ikke sagt at resultatet som forvaltningen har kommet til i den konkrete saken, nødvendigvis er galt, men den ufullstendige begrunnelsen kan bidra til å svekke tilliten til avgjørelsen og så tvil om beslutningen er fattet på et forsvarlig rettslig og riktig faktisk grunnlag. Mitt inntrykk er at mange av disse sakene kunne vært løst dersom forvaltningen hadde gjort seg mer flid med utformingen av begrunnelsen.

Saker der forvaltningen har gitt en knapp og ufullstendig begrunnelse for sin avgjørelse, men hvor konklusjonen likevel fremstår som riktig, kan sette ombudsmannen i en vrien situasjon. Dersom klagen tas opp og saken forelegges forvaltningsorganet på grunn av den mangelfulle begrunnelsen, vil parten kunne få urealistiske forhåpninger med tanke på resultatet av ombudsmannens klagebehandling. Alternativet er at ombudsmannen selv søker å «utfylle» forvaltningens begrunnelse. Områder hvor jeg har sett at begrunnelsene ofte kan være meget korte er blant annet i tilfeller der de folkevalgte går mot administrasjonens innstilling, for eksempel i bygge/dispensasjonssaker, samt i tilsettingssaker. Dersom resultatet er kurant, og det er åpenbart at en foreleggelse ikke vil kunne føre til noe annet resultat for parten, vil jeg nok vurdere å avslutte saken uten å forelegge den for forvaltningen, men med en påminnelse til forvaltningslovens krav til begrunnelse. I mange saker vil imidlertid en mangelfull begrunnelse kunne føre til at saken blir tatt opp.

I masseforvaltningssaker er det ofte uttrykkelig presisert at forvaltningslovens krav til begrunnelse ikke skal gjelde, eller er mer avdempet. Dette er for eksempel tilfellet i skattesaker. Bakgrunnen for unntaket er at et omfattende krav til begrunnelse vil kun-

ne gå på bekostning av hensynet til effektivitet og fremdrift der forvaltningen behandler et stort antall like saker. I slike tilfeller må det aksepteres om forvaltningen bare gir en meget knapp begrunnelse. Likevel hender det at jeg også i disse sakene reiser spørsmål om det ikke bør gis en kort begrunnelse. I eiendomsskattesaker har jeg således gitt uttrykk for at det kan oppstilles et krav om «stutt grunngjeving» etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk. Begrunnelsen kan være generell, og begrunnelsesplikten vil særlig gjøre seg gjeldende om det er konkrete anførsler i klagen som det er nærliggende å kommentere. Det kan være tilstrekkelig for forvaltningen å vise til at klagers anførsler har blitt særskilt vurdert.

I andre saker vil begrunnelsesplikten i forvaltningsloven § 25 gjelde ubetinget. Imidlertid er kravene til begrunnelsens innhold i utgangspunktet nokså små etter denne bestemmelsen. Annerledes blir dette i saker som berører EØS-avtalens fire friheter eller hvor vedtak treffes med hjemmel i gjennomførte EØS-regler. Da vil EF-domstolens langt mer omfattende krav til begrunnelse av administrative vedtak komme til anvendelse. Siden kravene til begrunnelse etter norsk intern rett i utgangspunktet ikke er særlig omfattende, kan det spørres om det ikke er i tråd med god forvaltningsskikk å gå utover de rammene som følger av forvaltningsloven § 25.

En utfyllende begrunnelse skal blant annet bidra til å inngi tillit til forvaltningens avgjørelser. Derfor bør som hovedregel partenes anførsler gjengis og kommenteres. Videre bør det vurderes å tone ned bruken av standardbegrunnelser i forvaltningen. Det skal ofte lite til for å individualisere, noe som vil kunne gjøre at parten lettere slår seg til ro med at hans sak er vurdert konkret. Endelig bør forvaltningen oftere vurdere å ta med i begrunnelsen noe om regelens bakgrunn og formål. Ved å plassere avgjørelsen i den konkrete saken i et større bilde og perspektiv, vil parten ofte kunne se de motstridende hensyn som ligger til grunn for regelen og hvorfor resultatet må bli slik som det har blitt.

Behandlingen av innsynsbegjæringer

Offentlighet og innsyn i forvaltningen er av avgjørende betydning for den demokratiske debatt, og er viktig for å kontrollere forvaltningens myndighetsutøvelse og virksomhet for øvrig. Derfor er det et område ombudsmannen har viet mye oppmerksomhet de siste årene.

Mitt inntrykk er at den viktigste utfordringen i arbeidet med å realisere offentlighetsprinsippet, er å utvikle gode holdninger hos den enkelte tjenestemann. Det er derfor viktig at forvaltningens ledelse har en positiv innstilling til offentlighet og krav om innsyn.

Frykten hos den enkelte tjenestemann for å begå brudd på taushetsplikten er i denne forbindelse viktig. Den har spesiell betydning der det er tale om å beskytte personlige opplysninger og private forhold, men gjelder det beskyttelse av andre forhold, må tjenestemannen innrømmes en stor grad av frihet til å gi ut opplysninger for at offentlighetsprinsippet skal kunne få en realitet.

Mange av unntakene fra hovedregelen om offentlighet er vidt formulert, og gir anvisning på relativt skjønnsmessige vurderinger. Både dette og den såkalte meroffentlighetsvurderingen gir saksbehandleren stor innflytelse på hvor mye innsyn som gis.

Jeg har tidligere, blant annet i min høringsuttalelse til den nye offentleglova, fremholdt at den holdningsendringen i forvaltningen som offentlighetsloven tok sikte på, ennå ikke har fått fullt gjennomslag. Mange av de klagesakene jeg behandler, bærer preg av at grunnholdningen i forvaltningen ikke alltid er i samsvar med formålet bak offentlighetsprinsippet. Også regjeringen har i St.meld. nr. 32 (1997 - 1998) s. 91 og 106 -108, pekt på at en mangelfull praktisering av lovens intensjoner bl.a. skyldes forvaltnings holdninger.

Det kan være mange grunner til at det er slik. Uviljen mot å bli overprøvd og kikket etter i kortene, og angsten for at innsyn vil føre til kritikk av avgjørelsen eller saksbehandlingen, er nok psykologisk og menneskelig forståelig, men ikke akseptabel. Tjenestemannen kan også være redd for at opplysningene som blir gitt ut vil bli brukt på en måte som gir et misvisende bilde av saken. Dette er imidlertid å ta bekymringer på forskudd og heller ikke akseptabelt som rettesnor for behandlingen av innsynsbegjæringer.

Noen ganger kan det også være tvilsomt om dokumentet er taushetsbelagt eller av andre grunner ikke bør gis ut, og tjenestemannen kan av den grunn vike tilbake for å gi innsyn – det virker tryggest å si nei. Til tider kan nok også arbeidet med begjæringer om innsyn oppleves å ta verdifulle ressurser fra det tjenestemannen eller organet opplever som de egentlige oppgavene.

Det er likevel viktig at forvaltningens tjenestemenn ikke mister av syne alle hensynene som taler for offentlighet. Behandlingen av innsynsbegjæringer er en del av arbeidet (akkurat som når telefonen ringer). Innsyn, både for parter og for offentligheten er viktig for den offentlige debatten. Et aktivt virkende folkestyre er avhengig av åpenhet, innsyn og gjennomsiktighet. Åpenhet og innsyn er også viktig for ansvarliggjøringen av dem som utøver myndighet.

Korrupsjon har vist seg å kunne være et alvorlig problem i offentlig sektor, også i Norge, og retten til innsyn er et sentralt virkemiddel for å kunne avdekke og avsløre slike forhold. Dessuten er forvaltningen

helt avhengig av publikums tillit for å kunne gjøre det arbeidet den er satt til. Denne tilliten kommer ikke av seg selv, og åpenhet omkring det arbeidet som gjøres bidrar – både i den enkelte sak og generelt – til å styrke tilliten.

Det er på denne bakgrunn offentlighetslovens utgangspunkt om at forvaltningens saksdokumenter «er» offentlige må leses. Det forvaltningen arbeider med, angår fellesskapet og er derfor ikke offentligheten uvedkommende. Offentligheten har derfor en naturlig rett til å gå forvaltningen etter i sømmene. All offentlig forvaltning skjer på vegne av borgerne – det er *fellesskapets verdier* som forvaltes. Så vel pressen som vanlige folk har derfor en klar interesse av, og et behov for, å vite hva som foregår. I en del av klagesakene for ombudsmannen er jeg nødt til å påpeke at også disse hensynene, hensynene *for* åpenhet, må tas med som momenter i vurderingen av om innsyn skal gis eller ikke.

Særlig om taushetsplikten og offentlighetsprinsippet

Hvilke opplysninger som er omfattet av taushetsplikten skaper en del vansker i praksis. De generelle regler for taushetsplikt følger av forvaltningsloven §§ 13 følgende, men det er også en rekke bestemmelser om taushetsplikt i forskjellige særlover (helsepersonellov, barnevernlov, sosialtjenestelov, konkurranselov m.v.). Felles for reglene er at de ofte gir anvisning på svært skjønsmessige vurderinger, og at det ikke alltid er klart om et dokument er offentlig eller taushetsbelagt. I denne gråsonen kan det være lett å trå feil.

Det er ikke enkelt å si noe generelt om når en opplysning er taushetsbelagt, ettersom spørsmålet normalt vil bero på en utpreget konkret vurdering. Jeg vil derfor ikke si noe særlig om den nærmere vurderingen her, men innskrenke meg til å nevne at forvaltningen *i grensetilfelle* skal legge vekt på om det foreligger beskyttelsesverdige interesser som det er et aktuelt og påtrengende behov for å hindre kommer ut.

Det er imidlertid grunn til å knytte noen kommentarer til saksbehandlingen av saker om innsyn som har en side mot taushetsplikten. Brudd på taushetsplikten er straffbart. Både av denne grunn, og med tanke på de viktige hensyn taushetsplikten er ment å beskytte, må det stilles strenge krav til saksbehandlingen i saker som reiser taushetspliktsspørsmål. Beslutninger om innsyn er normalt ikke enkeltvedtak, og forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV til VI får ikke direkte anvendelse. Saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven suppleres

imidlertid av grunnleggende prinsipper om forsvarlig saksbehandling, og disse kravene skjerpes når private rettssubjekter vil bli sterkt berørt av en forvaltningsavgjørelse.

Jeg har uttalt at hensynet til god forvaltnings-skikk tilsier at hovedpunktene i den vurdering som gjøres i slike saker, nedtegnes skriftlig (se for eksempel sak nr. 17 i dette kapittelet). Dette gjelder selv om det alminnelige kravet om begrunnelse ikke gjelder ved avgjørelser av innsynskrav. Erfaring tilsier at skriftlighet er egnet til å bevisstgjøre beslutningstakere, og dermed bidra til å sikre at forvaltningen treffer korrekte avgjørelser med saklig begrunnelse. Skriftlighet vil også lette en eventuell etterfølgende kontroll av den avgjørelse som er truffet.

Det må også stilles krav til sakens opplysning. Forvaltningen bør forsikre seg om at den har oversikt over hvilke konsekvenser innsyn vil ha, og over de interesser som tilsier hemmelighold, før avgjørelse tas i innsynsspørsmålet. Enkelte ganger vil dette innebære at det må innhentes en uttalelse fra den som har krav på beskyttelse. Andre ganger kan det være behov for særskilt fagkompetanse – for eksempel i tilknytning til vurderingen av om hemmelighold er av «konkurransemessig betydning», jf. forvaltningsloven § 13.

I tillegg til det ovennevnte vil jeg ta opp et særlig spørsmål knyttet til taushetsplikten. I det siste året har mitt kontor fått flere henvendelser på telefon fra personer som har kritisert den fysiske utformingen av enkelte av forvaltningens kundekontorer. Innringerne har beskrevet åpne kontorlandskap der forvaltningen vanskelig kan ivareta taushetsplikten på en tilfredsstillende måte fordi andre som befinner seg på kontoret kan overhøre samtaler mellom bruker og saksbehandler. Dersom det er nærliggende å tro at brukerne kan ha behov for å gi taushetsbelagt informasjon, er en slik fysisk utforming av kundekontoret problematisk.

Forvaltningen har plikt til å «hindre at andre får adgang eller kjennskap til» taushetsbelagt informasjon. Dette må bl.a. innebære en forpliktelse for forvaltningsorganene til å innrette seg på en slik måte at det er mulig å benytte offentlige tjenester uten å risikere at uvedkommende får tilgang til taushetsbelagt informasjon. Det enkelte forvaltningsorgan må ha dette i mente når den fysiske utformingen av kundesentre m.v. bestemmes.

Dersom eksisterende lokaler ikke er utformet slik at det er mulig å ha private samtaler i kundesenteret, bør det i det minste være mulighet for, dersom brukeren ønsker det, å ta samtaler et annet sted – for eksempel i et eget møterom eller liknende.

Ombudsmannens arbeidsområde

1.

Arbeidsområdet til ombudsmannen – innsynssaker som har vore behandla av Kongen i statsråd

(Sak 2008/2319, 2008/2348, 2008/2382, 2008/2395)

Saka gjaldt nekta innsyn i dokument hos Statsministerens kontor (SMK). Mens saka var til behandling hos ombudsmannen gjorde Kongen i statsråd vedtak i ei sak om innsyn i det same dokumentet som klagen til ombudsmannen gjaldt. I avgjerda hadde Kongen i statsråd berre avgjort om det var heimel for å nekte innsyn. Derimot hadde Kongen i statsråd ikkje prøvd meirinnsvurderinga som SMK hadde gjort. Ombudsmannen måtte som følgje av dette vurdere kva sider av avgjerda til SMK han hadde høve til å prøve.

Ombudsmannen kom til at han ikkje kunne prøve nokre sider av innsynssaka. Avgjerder frå Kongen i statsråd fell utanfor arbeidsområdet til ombudsmannen. Når Kongen i statsråd hadde tatt stilling til spørsmålet om det var heimel for å nekte innsyn, var det klart at ombudsmannen ikkje kunne prøve denne sida av saka. Sjølv om Kongen i statsråd ikkje hadde prøvd meirinnsvurderinga til SMK, var det heller ikkje mogleg for ombudsmannen å vurdere dette spørsmålet uavhengig av heimelspørsmålet. Også den førebuaande saksbehandlinga hos SMK fall utanfor arbeidsområdet til ombudsmannen når Kongen i statsråd hadde gjort det endelege vedtaket i saka.

Bergens Tidende, Dagbladet, TV2 og Dagens Næringsliv klaga til ombudsmannen over nekta dokumentinnsyn hos Statsministerens kontor (SMK). Bakgrunnen var at dei hadde vorte nekta innsyn i eit dokument som gjaldt nedteikningar ein statssekretær hadde gjort om sin kontakt med konsernsjefen i DnB NOR. SMK hadde kome til at det dreidde seg om eit internt dokument, og at det derfor kunne nektast innsyn etter offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 første ledd. Meirinnsyn hadde vorte vurdert, men SMK hadde kome til at klagarane ikkje skulle få tilgang til nokre deler av dokumentet.

Det vart bestemt å undersøkje saka nærmara, og i eit brev herfrå vart SMK bedt om å gjere greie for saka. I svaret frå SMK vart det opplyst at SMK hadde motteke fleire klager over avslag i det same dokumentet som klagen til ombudsmannen gjaldt. Desse klagen hadde no vorte behandla av Kongen i statsråd. Kopi av avgjerda frå Kongen i statsråd følgde vedlagd. Av avgjerda gjekk det fram at også Kongen i statsråd hadde kome til at det kunne nektast innsyn i dokumentet etter offentlighetsloven § 5 første ledd.

Kongen i statsråd hadde derimot ikkje overprøvd meirinnsvurderinga til SMK, jf. offentlighetsloven § 9 tredje ledd siste punktum.

Etter ombudsmannslova 22. juni 1962 nr. 8 § 4 første ledd bokstav b fell avgjerder frå Kongen i statsråd utanfor arbeidsområdet til ombudsmannen. Det var derfor klart at ombudsmannen ikkje lenger kunne prøve dei sidene ved saka som Kongen i statsråd uttrykkeleg hadde tatt stilling til, nemlig spørsmålet om det var heimel for å nekte innsyn. Derimot gav ordlyden i § 4 første ledd bokstav b ikkje noko klart svar på om ombudsmannen også var hindra frå å prøve meirinnsvurderinga til SMK, sidan denne sida av saka ikkje var behandla av Kongen i statsråd. Ombudsmannen hadde heller ikkje tatt stilling til tilsvarende problemstilling i tidlegare saker, og det vart derfor funnet grunn til å undersøkje dette spørsmålet nærmare. SMK vart derfor bedt om å gjere greie for meirinnsvurderinga si, og om å sende over dokumentet klagarane ynskja innsyn i.

SMK svarte på førespurnaden herfrå, og sendte samstundes over dokumentet saka gjaldt. Svarbrevet vart også lagt fram for klagarane i delvis sladda versjon, etter ynskje frå SMK. Klagarane fekk etter dette moglegheit til å komme med ytterlegare merknader til saka.

I eit avsluttande brev til SMK uttalte eg:

«Etter ei gjennomgåing av saka, har eg kome til at det ikkje vil vere i samsvar med mitt mandat å overprøve meirinnsvurderinga hos SMK når Kongen i statsråd har teke stilling til om det kan nektast innsyn i dokumentet. Etter offentlighetsloven § 2 tredje ledd kjem rett nok plikta til å vurdere meirinnsyn i tillegg til plikta til å gi innsyn dersom det ikkje er heimel for å nekte dette, jf. § 2 første ledd. Systemet i lova er likevel at desse to spørsmåla skal vurderast i éin slutningsprosess. Omsyna som ligg bak heimelen som vert nytta for å nekte innsyn, vil dessutan kunne verke styrande for kva omsyn som er relevante i meirinnsvurderinga. Når eg, som følgje av avgjerda frå Kongen i statsråd, ikkje har høve til å prøve heimelspørsmålet, er det derfor ikkje mogleg for meg å gjere ei sjølvstendig vurdering av meirinnsvurderinga. Eg har derfor kome til at ombudsmannslova § 4 første ledd bokstav b må tolkast slik at også meirinnsvurderinga fell utanfor arbeidsområdet mitt.

Enkelte av klagarane har stilt spørsmål om det var saksbehandlingsfeil at SMK ikkje gjorde klagarar merksame på at ein klaga til Kongen i statsråd ville hindre at saka kunne behandlast av ombudsmannen. Dette er eit spørsmål om saksførebuinga i klagesaka. Både eg og tidlegare ombudsmenn har tolka føresegna i ombudsmannslova § 4 første ledd bokstav b slik at også saksførebuinga i underordna organ fell utanfor arbeidsområdet til ombudsmannen når Kongen i

statsråd har fatta den endelege avgjerda i saka. Denne tolkinga har også fått tilslutning frå Stortinget, sjå Innst. O. nr. 15 (1979-1980) s. 5 flg.

Eg er såleis kome til at klagesaka fell utanfor arbeidsområdet til ombudsmannen, noko som synest å vere i tråd med dei omsyna som ligg bak føresegna i ombodsmannslova § 4 første ledd bokstav b.»

Offentlighet, innsyn og taushetsplikt

2.

Innsyn i stemmesedler brukt ved valg av ordfører

(Sak 2007/2302)

En avis ba om innsyn i stemmesedler brukt ved ordførervalg i kommunestyret. Ordførervalget var blitt gjennomført skriftlig etter bestemmelsen i kommuneloven § 35 nr. 5. Begjæringen ble avslått av fylkesmannen med hjemmel i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1, jf. offentlighetsloven § 5a. Det ble vist til at det kunne være mulig å finne identiteten bak de ulike stemmegivningene, og at stemmesedlene dermed kunne røpe taushetsbelagte personopplysninger.

Ombudsmannen fant ikke grunn til å rette innvendinger mot fylkesmannens avslag på innsyn, men mente avgjørelsen kunne forankres direkte i kommuneloven § 35 nr. 5, som gir kommunestyremedlemmene rett til å kreve skriftlig valg. Ut fra bestemmelsens klare intensjon om anonymitet, antok ombudsmannen at det ikke kunne ha vært lovgivers mening at stemmesedlene samtidig skulle være gjenstand for offentlig innsyn.

Høsten 2007 ble det avholdt skriftlig ordførervalg i Frogn kommune. Valget fikk et annet utfall enn forventet da ordførerkandidaten som representerte mindretallsfraksjonen vant valget. Ut fra resultatet ble det klart at én person hadde stemt for den andre fraksjonens kandidat. Personen tilkjennega seg ikke etter valget og dette resulterte i spekulasjoner og rykkespredninger i kommunen om hvilken representant som hadde stemt på den andre fraksjonens kandidat.

Lokalavisen Akershus Amtstidende ba om innsyn i stemmesedlene. Kommunen avslo innsynsbegjæringen under henvisning til at stemmesedlene var skrevet for hånd og at innsyn kunne resultere i identifisering av de ulike stemmegiverne. Ettersom valget skulle være hemmelig måtte stemmesedlene anses å inneholde opplysninger om «noens personlige forhold» som kunne unntas etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 jf. offentlighetsloven § 5 a. Avslaget ble klaget inn til fylkesmannen, som stadfestet kommunens vedtak. I fylkesmannens avgjørelse ble det blant annet vist til at «det er et grunnleggende prin-

sipp i norsk rett at en har rett til hemmelighet knyttet til valg» og at dette prinsippet ble antatt å ligge bak bestemmelsen i kommuneloven § 35 nr. 5.

Avisen brakte avslaget inn for ombudsmannen. Lokalavisen kunne ikke se hvilke taushetsbelagte personopplysninger som fremkom på stemmesedlene, og viste også til meroffentlighetsprinsippet og offentlighetslovens «intensjon om åpenhet og offentlighet i forvaltningen».

I avsluttende brev til avisen uttalte jeg:

«Etter en gjennomgang av Amtstidendes klage og sakens dokumenter for øvrig, har jeg kommet til at ytterligere undersøkelser herfra ikke vil kunne gi grunnlag for å rette kritikk mot fylkesmannens konklusjon om at begjæringen om innsyn i stemmesedlene skal avslås. Imidlertid er jeg av en litt annen oppfatning enn fylkesmannen når det gjelder det rettslige grunnlaget for å avslå innsynsbegjæringen.

Ordførervalget ble gjennomført skriftlig etter kommuneloven 15. september 1992 nr. 107 § 35 nr. 5, som lyder:

«Ved valg og ansettelse kan hvert enkelt medlem kreve skriftlig avstemning.»

Det fremgår klart av forarbeidene at formålet med bestemmelsen er at medlemmene skal kunne avlegge sine stemmer *anonymt*, jf. NOU 1990:13 side 378. Ordningen med adgangen til skriftlige, anonyme valg synes videre å være innarbeidet og ukontroversiell. Ut fra bestemmelsens klare intensjon om anonymitet, er det vanskelig å se at det kan ha vært lovgivers mening at stemmesedlene samtidig skal være gjenstand for offentlig innsyn. Slik kommuneloven § 35 nr. 5 må forstås, antar jeg derfor at stemmesedlene ikke omfattes av retten til innsyn etter offentlighetslovens bestemmelser.

Det er etter dette ikke grunn til å gå videre med saken fra min side.»

Fylkesmannen ble i eget brev fra ombudsmannen bedt om å merke seg ombudsmannens synspunkter for fremtidige saker.

3.

Innsyn i eiendomsskattetakstgrunnlag og eiendomsskattetakst

(Sak 2007/1070)

På bakgrunn av en tidligere sak om fastsettelse av eiendomsskatt i Porsgrunn kommune (ombudsmannssak 2006/2261), besluttet ombudsmannen å stille kommunen enkelte spørsmål knyttet til innsyn i andre skatteyteres skattetakster og takstgrunnlag.

Ombudsmannen la til grunn at offentlighetsloven kom til anvendelse ved behandling av innsynsbegjæringer i eiendomsskatteopplysninger, med de begrensninger som følger av reglene om taushetsplikt i ligningsloven § 3-13. Kommunen kunne heller ikke sette tilsvarende begrensninger for innsyn i eiendomsskattelister som det som gjelder for skattelister for fysiske personer og selskaper. Kommunen ble bedt om å innrette sin praksis i tråd med ombudsmannens synspunkter.

På bakgrunn av en tidligere klagesak, ble Porsgrunn kommune bedt om å redegjøre nærmere for det rettslige grunnlaget for å unnta fra offentligheten opplysninger om andre eiendomsskatteytetes takst og takstgrunnlag. Kommunen ble også bedt om å opplyse om den eneste muligheten allmennheten har til å gjøre seg kjent med slike opplysninger er når eiendomsskattelister legges ut offentlig. Avslutningsvis ble kommunen bedt om å opplyse om det i den konkrete klagesaken var truffet eget vedtak om avslag på begjæring om innsyn og om kommunen mente det var klageadgang på avslaget.

Kommunen fremholdt at takstgrunnlaget inneholder taushetsbelagte opplysninger om den enkelte eiendom, og viste i denne sammenheng til eiendomsskatte-loven § 29, jf. ligningsloven § 3-13 nr. 1. Om skattetaksten (takstbeløpet) het det blant annet følgende:

«Når det gjelder selve skattetaksten (takstbeløpet) for naboenes eiendommer, behandles informasjonen stort sett på samme måte som de ordinære skattelister etter ligningslovens § 8-8, se ligningsloven § 3-13 nr. 5. Innsynsretten er uttømmende regulert i disse bestemmelsene. Gjennom henvisningen fra eiendomsskatte-lovens § 29 gjelder disse bestemmelsene også for eiendomsskattelister i den utstrekning bestemmelsene ikke står i motstrid til de særskilte vedtekter om eiendomsskatt i Porsgrunn kommune».

Det ble videre vist til at eiendomskattetaksten og overtakstene ligger ute til fullt innsyn i fire uker etter at taksering/klagebehandling er avsluttet, jf. vedtektene for Porsgrunn kommune §§ 7 og 9 tredje ledd. For kommunens vurdering av «merinnsyn i skattelister» ble det vist til ligningsloven § 8-8 nr. 3 siste ledd, jf. Skattedirektoratets forskrift 28. september 2004 § 11 om at skattelisteopplysninger etter utleggsperioden fortrinnsvis bare bør utleveres til pressen. Kommunen opplyste videre at:

«På samme måte som skatteytene normalt ikke kan få innsyn i andre skatteytetes ligning etter at utleggsperioden til de ordinære skattelister er utløpt, kan heller ikke eiendomsskatteytene normalt få innsyn i eiendomsskattelister til andre etter utleggsperioden. Men dersom en skatteyter ber om innsyn i andre eiendommers takster etter ut-

leggsperioden og har en saklig grunn for innsyn vil kommunen gi ut denne informasjonen. Det kan for eksempel være aktuelt i forbindelse med søksmål eller klage til Sivilombudsmannen eller andre myndigheter.»

Avslutningsvis ble det opplyst at det ikke ble truffet noe enkeltvedtak i forbindelse med nektelsen av å gi innsyn, ettersom det kun var en «utøvelse av alminnelig taushetsplikt etter loven.» Det ble ikke ansett å foreligge noen klageadgang, men kommunen viste til at den ikke vil «nekte utlevering av opplysninger som tidligere har vært offentlig tilgjengelig dersom den som ber om innsyn har saklig grunn til det.»

Kommunen ble senere bedt om å oversende eksempler av skattetakstgrunnlag og overskattetakster. I brev 3. januar 2008 hadde klagerne i den opprinnelige ombudsmannssaken enkelte kommentarer til kommunens redegjørelse.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Reglene i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 gjelder for den virksomhet som drives av forvaltningsorganer «når ikke annet er bestemt i lov eller i medhold av lov», jf. offentlighetsloven § 1. Det er ikke gjort unntak for offentlighetslovens anvendelse i gjeldende regler i eiendomsskatte-loven. Dette innebærer at offentlighetsloven kommer til anvendelse, men med de begrensninger som følger av reglene om taushetsplikt i ligningsloven § 3-13, jf. for så vidt offentlighetsloven § 5a. Se nærmere om dette i min uttalelse gjengitt i årsmeldingen for 2006 side 46 (Somb-2006-1). Utgangspunktet må etter dette være at opplysningene i takstgrunnlaget og eiendomsskattelister er offentlige, og at innsyn ikke kan nektes uten at det foreligger hjemmel i eller i medhold av lov. At offentlighetsloven kommer til anvendelse, må også bety at et eventuelt avslag på en begjæring om innsyn i slike opplysninger må kunne påklages etter reglene i offentlighetsloven § 9 annet ledd.

Porsgrunn kommune har lagt til grunn at eiendomsskattetakstgrunnlaget inneholder opplysninger som omfattes av taushetspliktbestemmelsene i ligningsloven § 3-13, jf. eiendomsskatte-loven § 29. Kommunens standpunkt om dette, med de modifikasjoner som altså følger av at offentlighetsloven kommer til anvendelse også for disse opplysningene og med de konsekvenser dette får for saksbehandlingen og klageadgangen, kan ikke kritiseres.

Når det gjelder selve takstbeløpet, har kommunen lagt til grunn at adgangen til innsyn i skattetaksten må følge reglene for behandling av begjæringer om innsyn i skattelister i ligningsloven § 8-8, jf. § 3-13 nr. 5. Kommunen har videre, i tråd med retningslinjene i Skattedirektoratets forskrift 28. september 2004 nr. 1297, lagt til grunn at det må foreligge «saklig grunn» for at andre enn pressen skal få tilgang til

eiendomsskattelisterne etter utleggsperioden. Det er ingen bestemmelser som eksplisitt regulerer spørsmålet om allmennhetens adgang til innsyn i eiendomsskattetaksten (takstbeløpet). Det følger av eiendomsskatteloven § 15 annet ledd at eiendomsskattelisten skal ligge ute til offentlig gjennomsyn i minst tre uker etter at det er kunngjort at listen er lagt ut. Denne listen skal inneholde en oversikt over alle faste eiendommer i kommunen med blant annet opplysninger om takstbeløpet for hver enkelt eiendom, jf. § 15 første ledd. Spørsmålet er om kommunen kan nekte allmennheten innsyn i denne listen, eller de opplysninger som fremgår av listen, ut over de nevnte tre uker. Den forskriften kommunen har vist til, gjelder etter sin ordlyd kun for utlevering av skattelister for «fysiske personer og selskaper», jf. forskriften § 1. Jeg er enig med kommunen i at opplysningene i eiendomsskattelisterne har visse likhetstrekk med opplysningene i skattelisterne for personer og selskaper, slik at det kan være gode grunner for å anvende prinsippene for utlevering av skattelister på utlevering av eiendomsskattelisterne. På den annen side er det ikke ubetydelige forskjeller mellom opplysningene. Jeg viser for så vidt til det som er uttalt i NOU 1996:20 punkt 12.2.1. Forskriften kan derfor neppe være tilstrekkelig hjemmel for å fravike den klare hovedregel om offentlighet i offentlighetsloven § 2 første ledd. Det følger av dette at kommunen ikke kan sette en tilsvarende begrensning for innsynsadgangen som det som gjelder for de alminnelige skattelisterne. Dette betyr at kommunen, dersom innsyn i listene skal nektes, må kunne påvise at det foreligger unntaksadgang etter offentlighetslovens bestemmelser, herunder bestemmelsen om taushetsplikt i ligningsloven § 3-13. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at unntaksbestemmelsene i offentlighetsloven eller ligningsloven skulle få anvendelse på opplysningene i eiendomsskattelisten. Jeg viser i denne sammenheng til det som er uttalt i Harboes kommentarutgave til eiendomsskatteloven (2. utg. 2004, side 117–118):

«Opplysningene i listen må oppfattes som offentlige, og forutsetningene om taushetsplikt ... er ikke til hinder for at publikum får tilgang til dem på et hvilket som helst tidspunkt etter at listen er lagt ut.»

Det følger videre av det jeg har sagt at kommunen må behandle innsynskravene i samsvar med saksbehandlingsreglene i offentlighetsloven, samt opplyse om klageadgangen etter offentlighetsloven § 9 annet ledd.

Avslutning

Jeg ber Porsgrunn kommune innrette sin praksis med hensyn til behandling av innsynsbegjæringer i eiendoms-

domskattetakstgrunnlag og eiendomsskattetakster i tråd med min redegjørelse ovenfor.

Undersøkelsene i denne saken har vært rettet mot kommunens behandling av slike innsynskrav på generelt grunnlag. Klagerne i den opprinnelige ombudsmannssaken, er likevel orientert gjennom kopi av dette brevet.»

4.

Sak om dokumentinnsyn – saksbehandling og meroffentlighetsvurdering

(Sak 2007/1918)

Saken gjaldt Utenriksdepartementets saksbehandling og meroffentlighetsvurdering i forbindelse med en begjæring om innsyn i to dokumenter sendt fra Samferdselsdepartementet.

Ombudsmannen fant departementets saksbehandling lite tillitvekkende, og meroffentlighetsvurderingen mangelfull. Det var neppe grunn til å unnta deler av opplysningene i dokumentene fra offentlighet. Departementet ble bedt om å behandle innsynskravet på nytt og merke seg synspunktene om saksbehandlingen for fremtidige saker.

Etter en fornyet vurdering ga departementet fullt innsyn i dokumentene.

En journalist henvendte seg via elektronisk postjournal til Utenriksdepartementet (UD) og ba om innsyn i dokument 1 og 2 i sak 07/04874. Saken hadde overskriften «Bruk av kongekronen i Postens logo». To uker senere mottok journalisten et skriftlig avslag på innsynsbegjæringen. Offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 annet ledd bokstav c var oppgitt som hjemmel for avslaget.

Journalisten klaget avslaget inn for ombudsmannen. Han opplyste at han dagen før han mottok det skriftlige avslaget, ble oppringt av en saksbehandler i UD som meddelte at han måtte henvende seg til Samferdselsdepartementet (SD) for å få innsyn, ettersom SD var avsender av brevene. Journalisten opplyste at saksbehandleren også sa at det var slik UD pleide å gjøre det der andre departementer var avsender av dokumentene. Journalisten anførte i klagen hit at UD ikke hadde hjemmel til å be ham begjære innsyn hos avsenderdepartementet. Han fremholdt videre at hensynene bak unntaksbestemmelsen i offentlighetsloven § 5 ikke kunne begrunne avslaget. Journalisten viste i den sammenheng til den sterke stilling og sentrale posisjon kongehuset har i Norge og at «spørsmål om bruk av kongekronen [er] etter vårt syn av åpenbar offentlig interesse.»

UD ble bedt om å redegjøre nærmere for saksbehandlingstiden sammenholdt med offentlighetslovens krav om at en begjæring om innsyn skal avgjøres «uten ugrunnet opphold», jf. offentlighetsloven §

9 første ledd. Videre ble det vist til journalistens forklaring om at han ble bedt om å rette innsynsbegjæringen til SD som avsender, og departementet ble bedt opplyst om det er korrekt at UD har en slik praksis. Departementet ble i tilfelle bedt om å gi en nærmere begrunnelse for praksisen. Avslutningsvis ble det påpekt at det i avslaget ikke fremgikk om meroffentlighet var vurdert, og det ble bedt opplyst om en slik vurdering var gjort, eventuelt hvorfor dette ikke var gjort. Dersom meroffentlighet var vurdert, ble det bedt om en nærmere redegjørelse for vurderingen for hvert av de to dokumentene. Endelig ble UD spurt om SD hadde vært kontaktet før innsynsbegjæringen ble avslått.

I svarbrevet ble det vist til at UD hadde foretatt «en selvstendig vurdering av spørsmålet om det skulle gis innsyn i saksdokumentene og rådførte seg i denne vurderingen med brevets avsender Samferdselsdepartementet». Videre ble det opplyst at meroffentlighet var vurdert, men at det forelå «et saklig og reelt behov for å nekte innsyn». Ved en «inkurie» var det imidlertid ikke krysset av for at meroffentlighet var vurdert. Saksbehandlingstiden ble begrunnet i «stor saksmengde samt behovet for å foreta en grundig vurdering av innsynsbegjæringen». Avslutningsvis bemerket UD at «man ikke kjenner seg igjen i beskrivelsen av innholdet i telefonsamtale[n] d.å. med journalist[en]».

I ny henvendelse herfra ble UD bedt om å utdype meroffentlighetsvurderingen. Det ble bedt om en redegjørelse for hvilke hensyn som talte for og mot offentliggjøring, og hvordan hensynene var vektlagt. UD ble også bedt om kommentarer til journalistens uttalelse i klagen om betydningen av kongehusets posisjon i Norge. Videre ble det bedt opplyst hvilke skadevirkninger departementet mente offentliggjøring kunne ha. Det ble forutsatt at SD, som utsteder av dokumentene, ble kontaktet i forbindelse med utarbeidelsen av svarbrevet.

UD viste i sitt svar til at bakgrunnen for å unnta dokumentene fra offentlighet var «Postens behov for å beskytte forretningshemmeligheter», og at begge departementene fortsatt mente dette argumentet var gyldig. SD hadde imidlertid etter en fornyet vurdering, og i samråd med Posten, kommet til at det kunne gis delvis innsyn. UD sluttet seg til denne vurderingen. Sladdet versjon av dokument 1 med vedlegg, ble deretter oversendt journalisten.

Journalisten viste på sin side til at UD ikke kunne anses å ha besvart ombudsmannens spørsmål om departementet har en praksis om å henvise den som ber om innsyn til avsenderdepartement. Journalisten anførte videre at departementets henvisning til at dokumentet skulle unntas av hensyn til Postens forretningshemmeligheter ikke var lovhjemlet.

Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«1. Saksbehandlingen

a) Behandlingen av innsynsbegjæringen

Etter offentlighetsloven § 2 annet ledd kan «[e]nhver hos vedkommende forvaltningsorgan kreve å få gjøre seg kjent med det offentlige innholdet av dokumenter i en bestemt sak». Lovens dokumentbegrep defineres i § 3, som i første ledd første punktum lyder:

«Forvaltningens saksdokumenter er dokumenter som er utferdiget av et forvaltningsorgan, og dokumenter som er kommet inn til eller lagt frem for slikt organ.»

Utgangspunktet er at UD har et selvstendig ansvar for å vurdere og avgjøre krav om innsyn i departementets saksdokumenter. Dette gjelder uavhengig av om dokumentet er kommet inn til eller blitt utferdiget av UD, eller om dokumentet er påtegnet unntatt offentlighet av et annet departement. Dokumentets karakter kan etter forholdene tilsi at det innhentes uttalelse fra avsenderdepartementet ved behandlingen av en innsynsbegjæring for å sikre sakens opplysning. En slik undersøkelse må i tilfelle gjøres omgående og uten at behandlingen av begjæringen blir forsinket. Det er forvaltningens ansvar å sørge for at innsynsspørsmålet blir avgjort uten unødig opphold. Innsynsbegjæringen kan ikke avslås eller avvises med den begrunnelsen at den som ber om innsyn må rette begjæringen til avsenderdepartementet. En slik praksis er i strid med offentlighetsloven. Jeg viser her til min uttalelse gjengitt i årsmeldingen for 2006 side 55 (Somb-2006-4).

Det synes å være uenighet mellom journalisten og UD om innholdet i telefonsamtalen. Slik saken er opplyst, har jeg derfor ingen holdepunkter for å fastslå at departementet utøver en slik praksis. Deler av journalistens beskrivelse av innholdet i telefonsamtalen ble imidlertid bekreftet overfor en av mine medarbeidere ved innhenting av saksdokumentene fra UD. Dette tyder på at det i det minste kan synes å foreligge en viss uklarhet om departementets ansvar for selv å ta stilling til innsyns krav i dokumenter motatt fra et annet departement.

UD må påse at departementets saksbehandlere er innforstått med forvaltningens plikter etter offentlighetsloven om hvordan innsynsbegjæring skal håndteres.

b) Saksbehandlingstiden

Det følger av offentlighetsloven § 9 første ledd at begjæring om innsyn i forvaltningens dokumenter skal avgjøres «uten ugrunnet opphold». I særskilte meldinger til Stortinget og i flere ombudsmannsuttalelser er det understreket at de fleste begjæring bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av

1-3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter» (se blant annet Somb-2005-14). Disse utgangspunktene fremgår også av UD's egne skjemaer for bestilling av saksdokumenter.

I denne saken tok det to uker før innsynsbegjæringen ble avgjort. UD har vist til at saksbehandlingstiden var ca én uke fra saken ble mottatt i Diplomatsseksjonen, og at behandlingstiden skyldtes stor saksmengde og «behovet for å foreta en grundig vurdering av innsynsbegjæringen».

Dokumentene, totalt fire sider, var av et slikt omfang og av en slik karakter at det er vanskelig å forstå at det var påkrevd med en lengre behandlingstid enn normalt.

Avgjørelsen av innsynsbegjæringen kan derfor ikke sies å ha skjedd «uten ugrunnet opphold.» UD må videre påse at rutinene ved arkivet sikrer at korrekt avdeling får innsynsbegjæringen til behandling umiddelbart etter at begjæringen er kommet inn.

Behandlingen av innsynsbegjæring må gis høy prioritet for å sikre at innsynsretten etter offentlighetsloven blir effektiv og reell.

2. Meroffentlighetsvurderingen

Lovens utgangspunkt er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i eller i medhold av lov, jf. offentlighetsloven § 2 første ledd. Med hjemmel i offentlighetsloven § 5 kan forvaltningens interne dokumenter unntas offentlighet. I henhold til offentlighetsloven § 2 tredje ledd skal forvaltningen likevel vurdere om et dokument «bør kunne gjøres kjent helt eller delvis». Denne plikten innebærer at det må vurderes konkret om hensynene som begrunner unntaksbestemmelsen gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende i forhold til de hensyn som taler for offentliggjøring. For de interne dokumentene er det spesielt hensynet til fri og fortrolig meningsutveksling innad i forvaltningen under forberedelsen av saken som begrunner unntaksadgangen. Interne dokumenter kan ofte også ha en form eller oppbygging som ikke egner seg for presentasjon utad.

I denne saken inneholdt det ene aktuelle dokumentet en forespørsel fra SD om en uttalelse fra UD, og det andre dokumentet var en purring på svar fra SD. Det faktum at det ble nektet innsyn i SD's purring til UD, gir inntrykk av en overflatisk og lettvinnt meroffentlighetsvurdering. Det er vanskelig å se hvilket «reelt og saklig behov» det var for å unnta dette dokumentet. At dokumentet har liten allmenn interesse, er i denne sammenheng ikke avgjørende.

Etter en ny henvendelse fra ombudsmannen, ble det gitt delvis innsyn i dokumentene. UD og SD mente imidlertid at hensynet til å beskytte Postens forretningshemmeligheter talte for å unnta deler av opplysningene i dokumentene fra offentlighet.

Jeg er enig i departementenes nye vurdering om at innsyn måtte gis. Slik jeg forstår UD's (og SD's) svar hit, var imidlertid grunnen til ikke å utvise meroffentlighet første gang, og grunnen til at enkelte opplysninger ble sladdet da delvis innsyn endelig ble gitt, hensynet til å verne om Postens forretningshemmeligheter. Jeg kan imidlertid ikke se at dette hensynet kan benyttes som argument for ikke å utvise meroffentlighet der unntakshjemmelen er offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav c. Det er som nevnt i første rekke hensynet til den frie og fortrolige meningsutvekslingen departementene imellom som begrunner unntaket i denne bestemmelsen, og det er slike hensyn som skal avveies mot allmennhetens behov for innsyn. Opplysninger om såkalte forretningshemmeligheter kan imidlertid etter omstendighetene omfattes av andre unntaksbestemmelser i offentlighetsloven, for eksempel offentlighetsloven § 5 a første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. En slik hjemmel for unntak ble ikke oppgitt, verken i det første avslaget på innsyn eller da delvis innsyn ble gitt. Jeg kan derfor ikke se at det er gitt noen holdbar begrunnelse for at ikke meroffentlighet ble praktisert fullt ut.

For ordens skyld bemerker jeg at vilkårene i § 5 a første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 neppe kan anses å være oppfylt for de sladdede opplysningene. Det vises særlig til vilkåret om at det må være tale om drifts- og forretningsforhold som det vil være av *konkurransemessig betydning* å hemmeligholde. Taushetspliktens sentrale formål er å hindre spredning av opplysninger som kan medføre skade eller tap for den som opplysningen angår. Det er vanskelig å se at det kan være tilfellet her. På denne bakgrunn ber jeg UD foreta en ny vurdering av om samtlige opplysninger i de omstridte dokumentene skal gjøres kjent for journalisten.

3. Oppsummering

UD's saksbehandling har i denne saken vært lite tillitvekkende, og meroffentlighetsvurderingen var mangelfull. Jeg ber UD behandle innsynskravet på nytt og holde meg orientert om utfallet. UD bes også merke seg mine synspunkter om saksbehandlingen for fremtidige saker.»

Etter en fornyet vurdering ga UD fullt innsyn i dokumentene.

5.

Dokumentinnsyn – «særlige rådgivere eller sakkyndige», meroffentlighet og saksbehandlingstid

(Sak 2007/1724)

Sosial- og helsedirektoratet av slo en klage over nektet innsyn i to dokumenter knyttet til et forskningsprosjekt ved Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten. Etter direktoratets syn var det ene dokumentet å anse som et internt saksdokument som kunne unntas innsyn etter offentlighetsloven § 5 første ledd. For det andre dokumentet, som var et e-brev til en rekke eksterne personer, ble innsyn nektet etter § 5 annet ledd annet punktum, jf. første punktum bokstav b, som gjaldt innhenting av uttalelse fra «særlige rådgivere eller sakkyndige».

Ombudsmannen kom til at det skulle vært praktisert meroffentlighet for det ene dokumentet, da det ikke var godtgjort at det forelå særlige grunner for å nekte innsyn. Det andre dokumentet kunne ikke anses å gjelde innhenting av uttalelser fra «særlige rådgivere eller sakkyndige», da adressatene ikke kunne anses å ha en særlig rådgiverfunksjon i tilknytning til det konkrete forskningsprosjektet. Ombudsmannen rettet også kritikk mot at Sosial- og helsedirektoratet hadde brukt mer enn 6 måneder på å behandle As klage over nektet innsyn.

Helse- og omsorgsdepartementet besluttet etter dette å gi A innsyn i samtlige dokumenter.

A ble nektet innsyn i to dokumenter som var utarbeidet i forbindelse med et forskningsprosjekt hos Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten. Det ene dokumentet var et referat fra et møte i den nedsatte prosjektgruppen, mens det andre var et e-brev til representanter for en rekke ulike legemiddelfirma. Vedlagt e-brevet fulgte «til orientering» et utkast til prosjektplan, som adressatene ble gitt mulighet for å komme med innspill til. Kunnskapssenteret av slo As begjæring om innsyn i de to dokumentene under henvisning til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 annet ledd bokstav b, som gjaldt «dokument for et organs interne saksforberedelse som er utarbeidet av særlige rådgivere eller sakkyndige». A ble imidlertid gitt innsyn i den endelige prosjektplanen for forskningsprosjektet.

Kunnskapssenterets avslag ble påklaget til Sosial- og helsedirektoratet, som først etter mer enn 6 måneder fattet endelig avgjørelse i klagesaken. Direktoratet opprettholdt kunnskapssenterets avslag, men med en til dels annen begrunnelse. For møtereferatet ble innsyn nektet etter offentlighetsloven § 5 første ledd, som gjaldt dokumenter utarbeidet for et forvaltningsorgans «interne saksforberedelse». E-brevet med vedlegg ble det på sin side nektet innsyn i etter offentlighetsloven § 5 annet ledd annet punktum, jf. første punktum bokstav b, som gjaldt dokument for

innhenting av «uttalelse fra særlige rådgivere eller sakkyndige» for et organs interne saksforberedelse. For begge dokumentene oppga direktoratet at meroffentlighet var vurdert. Direktoratet beklaget for øvrig den lange saksbehandlingstiden.

Avslaget fra Sosial- og helsedirektoratet ble klaget inn for ombudsmannen. Etter å ha innhentet og gjennomgått dokumentene i innsynssaken, herunder dokumentene A var blitt nektet innsyn i, ble saken forelagt Sosial- og helsedirektoratet. Det ble spurt om hvilken rolle adressatene for e-brevet med vedlegg hadde hatt i det konkrete forskningsprosjektet hos kunnskapssenteret, og om disse adressatene var å anse som «særlige rådgivere eller sakkyndige» i offentlighetslovens forstand. Direktoratet ble videre bedt om å redegjøre for meroffentlighetsvurderingen, herunder hvilke hensyn som etter direktoratets syn talte for å gi A innsyn i de aktuelle dokumentene. Endelig ble det bedt om en forklaring på hvorfor det hadde tatt mer enn 6 måneder å avgjøre As klage over nektet innsyn.

Sosial- og helsedirektoratet opplyste at adressatene for e-brevet var representanter for ulike legemiddelfirma. Etter direktoratets syn måtte disse regnes som særlige rådgivere eller sakkyndige på grunn av sin kunnskap på det aktuelle forskningsfeltet. Det ble imidlertid presisert at innspill fra legemiddelfirmaene bare var å betrakte som veiledende for prosjektarbeidet.

Med hensyn til spørsmålet om meroffentlighet, viste direktoratet til at verken møtereferatet eller e-brevet med vedlegg inneholdt opplysninger som var underlagt taushetsplikt. Dette, samt at offentligheten kunne ha interesse av å vurdere hvilke rådgivere forvaltningen benyttet seg av, talte etter direktoratets syn for å gi innsyn i dokumentene. På den andre siden mente direktoratet at innsyn i denne typen arbeidsdokumenter kunne bidra til å gi offentligheten et feilaktig bilde av sluttproduktet. Videre ble det vist til behovet for å legge til rette for faglig uenighet og innspill innad i prosjektgruppen. Dersom disse prosessene ble gjort til gjenstand for offentlighet, mente direktoratet det ville være en risiko for at denne faglige meningsutvekslingen ble redusert, eller at diskusjoner og innspill primært ble foretatt muntlig.

Vedlagt direktoratets brev fulgte også en uttalelse fra Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten. Av denne uttalelsen fremgikk det at direktoratets syn var i tråd med alminnelig praksis for meroffentlighet knyttet til prosjekter hos kunnskapssenter. Det ble i denne sammenheng opplyst at det til enhver tid pågikk ca. 100 forskningsprosjekter hos kunnskapssenteret, og at avslaget på As innsynsbegjæring var prinsipielt begrunnet fra kunnskapssenterets side. Sosial- og helsedirektoratet opplyste på sin side at det ved en ny vurdering av innsynsspørsmålet hadde

kommet til at A skulle gis innsyn i selve e-brevet. For vedlegget til e-brevet (utkastet til prosjektplan) og møtereferatet, fastholdt derimot direktoratet sitt avslag.

Når det gjaldt saksbehandlingstiden for klagebehandling, erkjente direktoratet at denne hadde vært for lang. Det ble i denne sammenheng vist til at interne retningslinjer for saksbehandlingstid i innsynsaker var brutt. Utover dette ble det ikke gitt noen forklaring på den lange saksbehandlingstiden. Ved en gjennomgang av direktoratets skriftlige retningslinjer, viste det seg dessuten at disse ikke inneholdt uttrykkelige bestemmelser om saksbehandlingstid når direktoratet behandlet innsynssaker som klageinstans.

Direktoratets svarbrev ble forelagt A, som i et nytt brev hit fremholdt at hun burde få innsyn i samtlige dokumenter. Etter dette var det noe ytterligere korrespondanse med A og direktoratet før saken ble tatt opp til avslutning.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Saksbehandlingen

Etter offentlighetsloven § 9 tredje ledd skal en klage over avslag på dokumentinnsyn avgjøres «uten ugrunnet opphold». Jeg har ved en rekke anledninger fremhevet viktigheten av at saker om dokumentinnsyn behandles hurtig. For førstegangsbehandling av en innsynsbegjæring er utgangspunktet at denne skal avgjøres innen 1 til 3 virkedager, med mindre særlige forhold kan begrunne en lengre saksbehandlingstid. Ved klagebehandling i to instanser, vil det nødvendigvis måtte godtas noe lengre saksbehandlingstid, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 4 (1981-1982) s. 42.

I As tilfelle var den samlede saksbehandlingstiden for klagen over avslaget på dokumentinnsyn på over 6 måneder. Sosial- og helsedirektoratet har ikke gitt noen nærmere begrunnelse for dette. Under enhver omstendighet må tidsforløpet anses å ligge utenfor de rammer som med rimelighet kan godtas som begrunnet opphold etter offentlighetsloven § 9 tredje ledd, noe direktoratet også har erkjent.

Sosial- og helsedirektoratet har som nevnt oversendt et eksemplar av sine interne retningslinjer for håndtering av saker om dokumentinnsyn. Etter disse retningslinjene skal «begjæring om innsyn avgjøres uten ugrunnet opphold og senest innen 3 virkedager». Det fremgår imidlertid ikke hvilke tidskrav som skal gjelde for direktoratets håndtering av klager over avslag på innsyn. Den lange saksbehandlingstiden var i dette tilfellet kritikkverdig. I lys av den foreliggende saken, må direktoratet nå gjennomgå sine rutiner og retningslinjer for håndtering av innsynssaker, herunder behovet for opplæring og oppfølging av direktoratets tilsatte.

2. Nektelsen av innsyn i møtereferatet

Etter offentlighetsloven § 2 første ledd er forvaltningens dokumenter offentlige med mindre det er gjort unntak i eller i medhold av lov. Sosial- og helsedirektoratet har lagt til grunn at referatet fra møtet i prosjektgruppen omfattes av offentlighetsloven § 5 første ledd. Denne bestemmelsen åpner for at dokumenter som er utarbeidet for et forvaltningsorgans «interne saksforberedelse» kan unntas offentlighet.

Etter en gjennomgang av møtereferatet finner jeg det ikke tvilsomt at dette er et dokument som omfattes av offentlighetsloven § 5 første ledd. Av lovens § 2 tredje ledd følger det imidlertid at forvaltningen likevel skal vurdere om dokumentet helt eller delvis bør kunne gjøres kjent for den som begjærer innsyn. Bestemmelsen har vært endret flere ganger, og forarbeidene viser at hovedhensynet bak disse endringene har vært å bidra til at meroffentlighet praktiseres i større grad. Jeg viser i denne sammenheng bl.a. til Ot.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 10, hvor det heter:

«Det er grunn til å tro at ... dokumenter blir unntatt fra offentlighet i en rekke tilfelle hvor det ikke er noen berettiget grunn til det. Dette kan ikke sies å være i tråd med lovens intensjon, som - til tross for justiskomiteens endring av lovteksten - er at innsyn som hovedregel bør vurderes og tillates, når taushetsplikt ikke er til hinder for det. Innsyn bør bare nektes hvor det, i tillegg til at det er hjemmel for å unnta dokumentet, foreligger en særlig grunn for å unnta dokumentet fra offentlighet ... Først når det foreligger en påvisbar grunn for organet til å unnta dokumentet, blir det nødvendig å vurdere om dokumentet kan unntas.» [...]

I Ot.prp. nr. 4 (1981-1982) s. 10 presiseres det for øvrig uttrykkelig at «meroffentlighet så langt som mulig bør vurderes konkret». Samme sted fremgår det også at meroffentlighet særlig vil være aktuelt i tilknytning til dokumenter som kan unntas etter offentlighetsloven § 5. Jeg viser for øvrig til Frihagen, Offentlighetsloven (3. utg 1994), bind I s. 209 flg. og 329 flg., Bernt, Offentlighetsloven (Norsk lovkommentar) note 60 og 119 flg., samt bl.a. mine uttalelser gjengitt i årsmeldingen for 2005 på s. 58 (Somb-2005-2) og s. 62 (Somb-2005-4).

Slik saken er opplyst, synes Sosial- og helsedirektoratets beslutning om å nekte innsyn i møtereferatet hovedsakelig begrunnet i en *generell* oppfatning om at innsyn i interne dokumenter knyttet til prosjektarbeid i kunnskapssenteret er uheldig av hensynet til arbeidsro for prosjektgruppene. Dette synes dårlig i samsvar med lovgivers forutsetning om at meroffentlighet skal vurderes konkret i relasjon til det enkelte dokument og at innsyn bør gis med mindre det foreligger en «særlig grunn» til å unnta dokumentet offentlighet. At innsyn i interne dokumenter generelt må antas å kunne gå utover roen rundt for-

valtningens prosesser, kan derfor ikke anses som tilstrekkelig grunnlag for ikke å praktisere meroffentlighet.

Møtereferatet er utarbeidet som ledd i et prosjekt av utpreget medisinskfaglig karakter. Terskelen for å nekte innsyn i interne dokumenter med slikt faglig innhold må generelt antas å ligge høyere enn der det for eksempel dreier seg om dokumenter med innhold av politisk karakter. Møtereferatet synes dessuten i første rekke å inneholde faktiske opplysninger om prosjektgruppens arbeid og planer, mens det i liten eller ingen grad gir uttrykk for vurderinger, konklusjoner eller faglig uenighet innad i gruppen. Det er på denne bakgrunn vanskelig å se at innsyn i møtereferatet skulle kunne bidra til å gi offentligheten et feil inntrykk av prosjektets sluttresultat, eller at innsyn kunne ha særlig uheldige konsekvenser for det videre prosjektarbeidet, slik direktoratet har lagt til grunn. Møtereferatet synes heller ikke utformet på en måte som gjør det uegnet for offentlighet. Det er derfor vanskelig å se at det forelå tilstrekkelig sterke grunner til å nekte innsyn i dette dokumentet.

Etter dette knytter det seg begrunnet tvil til direktoratets meroffentlighetsvurdering, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Jeg ber på denne bakgrunn om at direktoratet vurderer innsynsspørsmålet på nytt.

Gjennomgangen av saken her kan tyde på at Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten har en generell praksis for ikke å praktisere meroffentlighet for interne dokumenter knyttet til prosjektarbeid. Dette bygger i tilfelle på en uriktig forståelse av meroffentlighetsprinsippet, i det meroffentlighet skal vurderes konkret for hvert enkelt dokument. Jeg ber derfor direktoratet vurdere om det er grunn til å iverksette nødvendige tiltak for å korrigere denne praksisen hos kunnskapssenteret.

3. Nektelsen av innsyn i e-brevet med vedlegg

Etter offentlighetsloven § 5 annet ledd første punktum bokstav b, kan uttalelser som er utarbeidet «av særlige rådgivere eller sakkyndige» for et forvaltningsorgans interne saksforberedelse, unntas offentlighet. Etter § 5 annet ledd annet punktum kan også dokumenter som gjelder innhenting av slike uttalelser fra «særlige rådgivere eller sakkyndige» unntas offentlighet. Sosial- og helsedirektoratet har som nevnt lagt til grunn at e-brevet med vedlegg til representanter for ulike legemiddelfirma, faller inn under sistnevnte bestemmelse.

Det er ikke tvilsomt at private personer eller selskaper kan være «særlige rådgivere eller sakkyndige» i relasjon til offentlighetsloven § 5 annet ledd og den tilsvarende bestemmelsen i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18 annet ledd. Forutsetningen for at

bestemmelsen skal komme til anvendelse er imidlertid at vedkommende person eller selskap er gitt en *særlig rådgiverfunksjon* i tilknytning til den saken uttalelsen gjelder. At vedkommende person eller selskap innehar en kompetanse som tilsier at vedkommende *kunne* vært engasjert som særlig rådgiver eller sakkyndig, er således ikke tilstrekkelig.

E-brevet med vedlegg ble sendt til representanter for en rekke legemiddelfirma «til orientering». Slik saken er opplyst, må jeg legge til grunn at ingen av adressatene var engasjert til noe konkret rådgiveroppdrag i tilknytning til det aktuelle prosjektet. Hensikten synes først og fremst å ha vært å ha en generell kontaktflate til aktører innen legemiddelindustrien. Selv om det i e-brevet ble opplyst om muligheten for å komme med innspill til den foreløpige prosjektplanen (vedlegget), kan dette ikke med rimelighet forstås slik at alle adressatene dermed fikk en særlig rådgiverfunksjon i prosjektet hos kunnskapssenteret.

Adressatene for e-brevet med vedlegg kunne derfor ikke anses som «særlige rådgivere eller sakkyndige» i offentlighetslovens forstand. Offentlighetsloven § 5 annet ledd annet punktum, jf. første punktum bokstav b ga derfor ikke grunnlag for å nekte innsyn. Jeg ber på denne bakgrunn Sosial- og helsedirektoratet vurdere spørsmålet om innsyn i vedlegget til e-brevet på nytt. Som det fremgår ovenfor, er det allerede gitt innsyn i selve e-brevet.

4. Konklusjon

Saksbehandlingstiden var ikke i samsvar med kravene i offentlighetsloven § 9 tredje ledd. E-brevet med vedlegg kan ikke anses som et dokument om innhenting av uttalelser fra «særlige rådgivere eller sakkyndige» i offentlighetslovens forstand. Lovens § 5 annet ledd annet punktum jf. første punktum bokstav b ga derfor ikke hjemmel for å unnta verken e-brevet eller vedlegget fra offentlighet. For møtereferatet burde det vært utvist meroffentlighet.

Sosial- og helsedirektoratet må følge opp de anmodninger og synspunkter som jeg her har gitt uttrykk for, og direktoratet må også holde meg orientert om den videre utviklingen.»

Helse- og omsorgsdirektoratet besluttet etter dette å gi A innsyn i samtlige dokumenter. I et brev hit opplyste direktoratet også at praktiseringen av offentlighetsloven var tatt opp som tema for et av direktoratets etatsstyringsmøter, og at Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten på dette møtet var bedt om å redegjøre for sin praksis på området. Kunnskapssenteret ville også delta i direktoratets opplæringstiltak knyttet til den nye offentleglova 19. mai 2006 nr. 19.

6.

Innsyn i interne dokumenter om mulige forskriftsendringer

(Sak 2008/59)

Kunnskapsdepartementet av slo en begjæring om innsyn i dokumenter om mulige forskriftsendringer sendt fra Utdanningsdirektoratet til departementet. Begrunnelsen var at dokumentene var ledd i departementets interne saksforberedelse.

Ombudsmannen uttalte at Kunnskapsdepartementets standpunkt om at dokumentene var interne og dermed kunne unntas i medhold av offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 annet ledd bokstav a, ikke kunne kritiseres på et rettslig grunnlag. Han kom imidlertid til at det var mangler ved departementets meroffentlighetsvurdering, slik at det forelå en begrunnet tvil knyttet til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd siste punktum. Departementet ble bedt om å behandle innsynsbegjæringen på nytt. Etter en fornyet vurdering opprettholdt departementet avslaget. I svar til departementet fastholdt ombudsmannen sitt tidligere standpunkt. Etter dette vurderte departementet innsynsspørsmålet på nytt, og fant å kunne gi delvis innsyn i de aktuelle dokumentene.

Kunnskapsdepartementet av slo en begjæring fra en journalist om innsyn i et dokument sendt fra Utdanningsdirektoratet til departementet. I den elektroniske postjournalen for departementet fremgikk om innholdet i saken og dokumentet:

«Utdanningsdirektoratet Høring Forskrift til opplæringsloven Privatskoleloven Retten til nødvendig rådgivning».

Avslaget var hjemlet i offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a om unntak for dokumenter for et organs interne saksforberedelse som er utarbeidet av et underordnet organ. Departementet mente dokumentet var av en slik fortrolig og uformell karakter at hensynene bak offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a gjorde seg gjeldende. Departementet viste også til at det var et reelt og saklig behov for å nekte innsyn i dokumentet.

I klagen til ombudsmannen ble det vist til at det aktuelle dokumentet var oppført i postjournalen som en høringsuttalelse fra Utdanningsdirektoratet. Det ble hevdet at det ikke var hjemmel for å unnta en høringsuttalelse fra offentlighet, jf. offentlighetsloven § 5 annet ledd siste punktum om at unntaket i bestemmelsens annet ledd ikke gjelder for dokumenter som er innhentet som ledd i den alminnelige høringsbehandling av lover, forskrifter eller lignende generelle saker. Klageren anførte også at det ikke var adgang til å sende inn en offentlig og en ikke-offentlig høringsuttalelse i samme sak og at det ikke var godtgjort at

dokumentet det var begjært om innsyn i, ikke var en høringsuttalelse. Uansett skulle dokumentet ifølge klageren vært offentliggjort etter en meroffentlighetsvurdering.

Etter å ha innhentet dokumentene i innsynssaken ble Kunnskapsdepartementet bedt om å redegjøre nærmere for på hvilken måte og i hvilken grad offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a kom til anvendelse, samt om det forelå et reelt og saklig behov for å gjøre unntak. Videre ble departementet bedt om å kommentere klagerens henvisning til offentlighetsloven § 5 annet ledd siste punktum som gjelder dokumenter innhentet som ledd i den alminnelige høringsbehandling av lover, forskrifter eller lignende generelle saker. I tillegg ble det bedt om en nærmere redegjørelse for departementets meroffentlighetsvurdering, jf. offentlighetsloven § 2 tredje ledd og herunder om det var vurdert delvis offentlighet. Endelig ble det bedt om en begrunnelse for at departementets brev til Utdanningsdirektoratet, der oppdraget om bl.a. å utarbeide grunnlagsdokumenter ble gitt, var unntatt offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5 annet ledd.

Kunnskapsdepartementet fastholdt at vilkårene for å nekte innsyn etter offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a var oppfylt. Departementet viste til at innsynsbegjæringen gjaldt et dokument som Utdanningsdirektoratet hadde fått i oppdrag å utarbeide for at departementet skulle ha et beslutningsgrunnlag for å avgjøre hvilke forskriftsendringer som eventuelt skulle sendes på høring. Det var etter departementets oppfatning heller ikke tvilsomt at dokumentet var internt og at unntak fra offentlighet i det foreliggende tilfellet var innenfor kjernen av formålet med unntaksbestemmelsen i offentlighetsloven § 5 annet ledd, hvilket er å sikre det overordnede organet en krets av «interne rådgivere». Departementet avviste ellers klagerens anførsel om at dokumentet var en høringsuttalelse som ledd i en alminnelig høring, jf. offentlighetsloven § 5 annet ledd siste punktum. Det fremgikk videre at departementet hadde vurdert meroffentlighet, men at det var lagt vekt på dokumentets fortrolige karakter og det faktum at dokumentet var ledd i en pågående saksbehandling.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Om offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a gir hjemmel for unntak

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

Begjæringen om innsyn gjelder et brev med fire vedlegg fra Utdanningsdirektoratet til Kunnskapsdepartementet. I brevet hit har departementet vist til:

«Det omsøkte dokumentet er et dokument Utdanningsdirektoratet har fått i oppdrag å utarbeide og oversende Kunnskapsdepartementet for at departementet skal ha et beslutningsgrunnlag når det gjelder å avgjøre hvilke forskriftsendringer som eventuelt skal sendes på alminnelig høring».

Jeg har i denne forbindelse merket meg at det i departementets brev til direktoratet fremgår at forslaget til høring «skal forelegges departementet i rimelig tid før det sendes på høring». Departementet har videre vist til at dokumentet er et internt dokument fordi det ikke er sendt eller vist til andre organer og fordi det er innrettet som et grunnlagsdokument av intern karakter for saksbehandlingen i Kunnskapsdepartementet.

På bakgrunn av den redegjørelsen som departementet har gitt, legger jeg til grunn at begjæringen gjelder et dokument som kan unntas fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a. Jeg kan heller ikke rette innvendinger til departementets forståelse av at dokumentet ikke er en høringsuttalelse som ledd i en alminnelig høring, jf. unntaksbestemmelsen i lovens § 5 annet ledd siste punktum.

Etter det mitt kontor har fått opplyst ved telefonhenvendelse til departementet, er utkast til forskriftsendring for tiden til vurdering i departementet og det er forventet at det først vil bli sendt på høring over sommeren. Høringsnotatet vil, etter det jeg forstår, bli sendt fra Utdanningsdirektoratet.

2. Meroffentlighetsvurderingen

I tilfeller der loven åpner for at det kan gjøres unntak, følger det av offentlighetsloven § 2 tredje ledd at det skal vurderes om dokumentet «likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis». Det sentrale vurderingsstemaet etter bestemmelsen er om de hensyn som begrunner den aktuelle unntaksbestemmelsen gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende for dokumentet sammenholdt med de hensyn som taler for offentlighet. På bakgrunn av formålet bak reglene om meroffentlighet har jeg tidligere lagt til grunn at innsyn i interne dokumenter bare bør nektes dersom det, i tillegg til at det foreligger en unntakshjemmel, er tungtveiende grunner for å unnta dokumentet fra offentlighet.

Kunnskapsdepartementet har vist til at dokumentet det er søkt om innsyn i er av «klart fortrolig karakter og det faktum at dokumentet er et ledd i en pågående saksbehandling vil her måtte veie tungt». I brevet hit er det også vist til at:

«I et regelverksutviklingsarbeid som forutsetter samarbeid mellom direktoratet og departementet er det viktig at det er mulighet for å innhente grunnlagsmateriale fra direktoratet med vurderinger og forslag av en fortrolig karakter uten offentlighetens innsyn. Under det forberedende arbeidet i forkant av en alminnelig høring gjør dette seg særlig gjeldende. Det vises her også til Justisdepartementets vurdering av tidsforløpets betydning og til det faktum at dokumentet er et ledd i en pågående sak.»

Offentlighetslovens unntak for interne dokumenter innhentet fra underordnede organer er særlig begrunnet i behovet for å sikre organet en krets av interne rådgivere, og i behovet for en saksforberedelse med fri og fortrolig meningsutveksling innad, før saken presenteres for innspill fra offentligheten. Behovet for hemmelighold vil imidlertid variere fra sak til sak, og spørsmålet om det skal utvises meroffentlighet må således vurderes konkret og individuelt ut fra innholdet i det aktuelle dokumentet saken gjelder.

Den begrunnelse departementet har gitt er av generell karakter og bare i liten grad knyttet opp mot innholdet i de aktuelle dokumentene. Jeg har forståelse for at departementet generelt kan ha behov for å verne om beslutningsprosesser på et tidlig stadium av en sak, også i saker som gjelder regelverksutvikling. På den annen side er det her tale om dokumenter om mulige forskriftsendringer innenfor et område Utdanningsdirektoratet har særlige kunnskaper om og som klart ligger innenfor direktoratets ansvarsområde, og direktoratet synes å ha uttalt seg i kraft av å være faginstans. Dersom man frykter uklarhet om ansvarsforhold utad, vil dette kunne avhjelpes ved å iverksette tiltak for å klargjøre ansvarsforholdene, for eksempel at det presiseres ved offentliggjøringen at dette er foreløpige, interne vurderinger som ledd i saksbehandlingen og at endelig beslutning ikke er truffet ennå. Det er også vanskelig å se at en offentliggjøring av disse dokumentene skulle kunne føre til at direktoratet for fremtiden skulle unnlate å gi faglige innspill skriftlig til departementet. Større åpenhet på et tidlig stadium av en beslutningsprosess kan snarere føre til at saken blir bedre opplyst og får en mer forsvarlig behandling i departementet. Riktignok skal ordningen med å sende forslag til forskriftsendringer på høring langt på vei ivareta slike hensyn. Jeg kan imidlertid ikke se at dette i seg selv skulle være et argument mot en bedre opplysning av saken før den sendes på høring.

Dokumentene det er bedt om innsyn i synes ellers ikke å omhandle slike sensitive forhold at de i seg selv skulle kunne begrunne hemmelighold, og er heller ikke av en uformell karakter.

Sett hen til disse omstendighetene, og til at de hensyn som taler for innsyn i dokumentene bare i begrenset grad synes å ha vært vurdert av departemen-

tet, foreligger det begrunnet tvil knyttet til forhold av betydning for meroffentlighetsvurderingen, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd siste punktum. Jeg ber om at departementet behandler innsynsspørsmålet på nytt, og i den sammenheng tar hensyn til mine merknader ovenfor. Jeg ber om å bli orientert om Kunnskapsdepartementets nye behandling av meroffentlighetssspørsmålet.

3. Kunnskapsdepartementets brev til Utdanningsdirektoratet

Jeg har ellers merket meg Kunnskapsdepartementets redegjørelse for på hvilken måte det anser at offentlighetsloven § 5 annet ledd kommer til anvendelse på brevet til Utdanningsdirektoratet. Når brevet gjelder innhenting av et dokument som kan unntas i medhold av offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav a, følger det av lovens § 5 annet ledd annet punktum at det *kan* unntas. I departementets brev hit fremgår det ellers at klageren nå er gitt delvis innsyn i brevet. Dette vedtaket er ikke påklaget hit og spørsmålet foranlediger ikke noe ytterligere herfra.»

Etter en fornyet behandling opprettholdt departementet avslaget på innsynsbegjæringen. I svaret til departementet uttalte ombudsmannen bl.a.:

«Begrunnelsen departementet har gitt meg er generell og jeg savner en konkret og individuell vurdering av innsynsspørsmålet knyttet til de dokumenter det her er bedt om innsyn i. Jeg fastholder det jeg tidligere har gitt uttrykk for.»

Etter dette vurderte departementet innsynsspørsmålet på nytt, og fant å kunne gi delvis innsyn i de aktuelle dokumentene.

7.

Saksbehandlingstiden ved klagebehandling av innsynssaker

(Sak 2008/1718)

Norsk Presseforbund klaget over lang saksbehandlingstid hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus ved behandling av klager over avslag på begjæringer om dokumentinnsyn etter offentlighetsloven.

Ombudsmannen presiserte at offentlighetslovens krav til hurtighet gjelder på alle trinn ved behandlingen av innsynssaker. Ressursproblemer ved embetet, som skyldes økt saksantall, er ikke i seg selv saklig grunn til å fravike utgangspunktet om at innsynssaker skal avgjøres uten «ugrunnet opphold». Fylkesmannen ble bedt om å vurdere å iverksette tiltak for å sikre at embetet er i stand til å avgjøre klager over avslag på innsyn i tråd med lovens krav.

Norsk Presseforbund klaget over lang saksbehandlingstid hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus ved behandling av klager over avslag på begjæringer om dokumentinnsyn etter offentlighetsloven. Det ble vist til en rekke saker der fylkesmannen skulle ha brukt flere uker på klagebehandling.

Ombudsmannen ba Fylkesmannen i Oslo og Akershus opplyse normal behandlingstid i de innsynssakene som fylkesmannen behandler som klageinstans. Det ble også spurt om de sakene som Norsk Presseforbund hadde vist til i klagen, var i tråd med alminnelig saksbehandlingstid hos fylkesmannen. Dersom behandlingstiden i disse sakene avvek fra normal behandlingstid, ble det bedt om en redegjørelse for årsaken til dette.

Fylkesmannen opplyste at saksbehandlingstiden i den aktuelle sakstypen varierer fra en dag til fem uker. Det ble videre opplyst at hovedtyngden av sakene behandles mellom to og tre uker etter mottakelse, slik at de sakene som Norsk Presseforbund viste til i klagen til ombudsmannen, langt på vei var representative for saksbehandlingstiden hos fylkesmannen.

Som forklaring på den store variasjonen i saksbehandlingstid, viste fylkesmannen til at en del klager blir sendt direkte til fylkesmannen, slik at sakene må sendes kommunen til klagebehandling før fylkesmannen kan ferdigbehandle dem. Det ble videre vist til at det i en rekke saker som kommunen oversender, påløper tid til å innhente dokumenter som ikke er vedlagt eller det er behov for å forelegge saken for kommunen for utdypning.

Det ble opplyst at fylkesmannen, på bakgrunn av kravet om rask behandling av innsynssakene etter offentlighetsloven, prioriterer disse foran andre klagesaker på juridisk avdeling. Når saksbehandlingstiden likevel var så vidt lang, skyldtes det først og fremst ressursituasjonen ved embetet. Klagesakene etter offentlighetsloven ble prioritert høyt sett hen til det totale saksantallet og ressursituasjonen ved juridisk avdeling. Fylkesmannen mente også at «klagesaker etter offentlighetsloven behandles ”uten ugrunnet opphold”, da det er vanskelig å behandle sakene særlig mye raskere med de ressursene avdelingen per i dag råder over».

Det ble videre opplyst at fylkesmannen foretok løpende vurdering av om det er grunnlag for å øke bemanningen på bestemte fagområder. Det ble vist til at det hadde vært en formidabel økning i antall klager etter offentlighetsloven i løpet av de siste 3 månedene, fra om lag 15–20 klagesaker per år til 30 saker i perioden juni til september i 2008. Fylkesmannen opplyste at «[d]ersom denne situasjonen vedvarer vil vi måtte vurdere å omfordele fagområder på våre saksbehandlere, slik at sakene etter offentlighetsloven kan behandles i tråd med lovens krav».

Norsk Presseforbund opplyste bl.a. at de hadde inntrykk av at fylkesmannen ikke gjorde nok for å fremskynde prosessen med å innhente opplysninger fra underinstansen. Det ble i denne forbindelse vist til en konkret sak der det hadde gått en måned fra fylkesmannen hadde bedt underinstansen om en redegjørelse og frem til fylkesmannen etterlyste svaret.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 9 første ledd at begjæringer om innsyn i forvaltningens dokumenter skal avgjøres «uten ugrunnet opphold». Jeg har tidligere lagt til grunn at de fleste begjæringer om dokumentinnsyn bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1-3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter» (Somb-2005-14).

Kravet til å avgjøre en innsynsbegjæring «uten ugrunnet opphold» gjelder også for klageinstansen, jf. offentlighetsloven § 9 tredje ledd tredje punktum. Jeg har i tidligere saker gitt uttrykk for at hensynene bak kravet til saksbehandlingstid også gjør seg gjeldende ved klagebehandling av avslag på innsyn. Det er først ved klagevedtaket at det foreligger en endelig avgjørelse av spørsmålet om innsyn, og innsyn er ofte en nødvendig forutsetning for å gjøre andre rettinger gjeldende.

I de konkrete sakene som Norsk Presseforbund har vist til, varierer den totale saksbehandlingstiden fra tre til fem uker. Fylkesmannen har erkjent at saksbehandlingstiden kan være helt opp til fem uker, men opplyst at hovedtyngden ligger på mellom to og tre uker.

Som forklaring på den varierende tidsbruken, har fylkesmannen vist til at sakene ofte må sendes tilbake til førsteinstansen for klagebehandling og i enkelte tilfeller for utdypning. Det er også vist til ressursituasjonen ved embetet.

Jeg har i tidligere saker (se bl.a. Somb-2007-2) uttalt at hensynet til innsynsreglenes effektivitet og formålet bak offentlighetsprinsippet, tilsier hurtighet på alle trinn ved behandlingen av innsynssakene. Dette innebærer både at klageorganet har en plikt til så raskt som mulig å sette i gang behandlingen av saken ved å kontrollere at saken er tilstrekkelig opplyst for klagebehandlingen, og om nødvendig be førsteinstansen om en redegjørelse. Videre må klageorganet fortløpende følge opp de saksbehandlingsskrittene som settes i gang i forbindelse med behandlingen av innsynssaken for å sikre at behandlingen ikke tar for lang tid. I denne forbindelse gir den foreslåtte lovfestingen i den nye offentleglova § 32 tredje ledd om at også klagen skal *forberedes* «utan ugrunna opphald», en viktig pekepinn om hvilket tidsperspektiv klageorganet kan tillate seg i denne fasen.

Når det gjelder behandlingstiden fra sakene er ferdig forberedt fra førsteinstansen og frem til fylkesmannen treffer vedtak, beror det på en konkret vurdering om klagesaken kan sies å være avgjort «uten ugrunnet opphold». Sentrale momenter vil først og fremst være sakens omfang og karakter, men også etter omstendighetene forvaltningsorganets arbeidsmengde. Fylkesmannen har fremholdt at klagesakene behandles «uten ugrunnet opphold», da det «er vanskelig å behandle sakene særlig mye raskere med de ressursene avdelingen per i dag råder over».

Om betydningen av ressursituasjonen hos forvaltningsorganet for saksbehandlingstiden, heter det i Justisdepartementets veileder i offentlighetsloven på side 99:

«At saksbehandleren som har saken som innsynskravet knytter seg til, er bortreist, syk eller på ferie når kravet kommer inn, er ikke tilstrekkelig til at behandlingen av innsynskravet kan utsettes. Det er det enkelte organs eget ansvar å sørge for rutiner som gjør at kravet i offentlighetsloven § 9 første ledd oppfylles.»

På samme måten som at ressursproblemer som skyldes variasjoner i antall ansatte ikke uten videre er tilstrekkelig til at behandlingstiden av innsynssakene kan forlenges utover lovens utgangspunkt, kan heller ikke ressursproblemer som skyldes økt saksantall generelt gi grunnlag for å godta lenger behandlingstid enn lovens krav. Selv om jeg har forståelse for at en plutselig økning i saksmengden kan skape problemer med hensyn til overholdelse av kravet til saksbehandlingstid i en periode, har forvaltningsorganet plikt til å sørge for at lovens krav oppfylles, uavhengig av årsaken til ressursproblemene i organet. Som nevnt er det først og fremst egenskaper ved innsynssaken eller de dokumenter det kreves innsyn i, som kan begrunne en behandlingstid utover lovens utgangspunkt. Det ligger i dette at det skal mye til for at forhold ved forvaltningsorganet skal kunne gjøre et opphold i behandlingen grunnet. Jeg kan derfor ikke slutte meg til fylkesmannens syn om at klagesakene avgjøres «uten ugrunnet opphold», fordi det ut fra ressursituasjonen ikke er mulig å behandle dem raskere. En normal saksbehandlingstid på mellom to og tre uker etter mottakelse kan vanskelig aksepteres, også når det tas høyde for en eventuell tilbakesending av saken til førsteinstansen for klagebehandling.

Jeg har merket meg at fylkesmannen løpende vurderer grunnlaget for å øke bemanningen på bestemte områder, og embetet synes å prioritere innsynssaker foran andre klagesaker på juridisk avdeling. I lys av det som har kommet frem i denne saken, bør imidlertid fylkesmannen allerede nå vurdere å iverksette tiltak for å sikre at embetet ressursmessig er i stand til å oppfylle kravet i offentlighetsloven § 9 tredje ledd. Fylkesmannen bes holde meg orientert

om det videre arbeidet med dette. Jeg ber også fylkesmannen merke seg mine øvrige merknader om kravene til saksbehandlingstid, og innrette behandlingen av fremtidige innsynssaker i tråd med dette.»

8.

Innsyn i søkerliste til stilling som personalsjef – klagebehandlingen

(Sak 2008/260)

Under henvisning til at stillingen som personalsjef ikke var av «særlig stor offentlig interesse», opprettholdt fylkesmannen i Vestfold kommunens delvise avslag på innsyn i søkerlisten til stillingen.

Ombudsmannen uttalte at fylkesmannen var forpliktet til å foreta en selvstendig vurdering av hver enkelt søkers begrunnelse for å bli unntatt fra den offentlige søkerlisten. Denne plikten gjelder uavhengig av om stillingen anses å være av særlig stor offentlig interesse eller ikke. Ombudsmannen kom til at fylkesmannen ikke hadde foretatt en slik konkret vurdering, og det ble bedt om at klagen fra Sandefjords Blad ble behandlet på nytt.

Fylkesmannen tok ombudsmannens anmodning til følge, men kom etter en fornyet vurdering frem til at det ikke skulle gis innsyn i noen av navnene som klagen til ombudsmannen gjaldt.

Sandefjords Blad ba om innsyn i søkerlisten til stillingen som personalsjef i Sandefjord kommune. I forbindelse med innsynsbegjæringen sendte kommunen ut en henvendelse til alle søkerne hvor de ble bedt om å begrunne hvorfor de ønsket å bli unntatt fra den offentlige søkerlisten. Av 23 søkere var det fire som ikke hadde bemerkninger til offentliggjøringen, 12 ønsket seg unntatt, hvorav tre av disse opplyste at de ville trekke søknaden ved offentliggjøring, to trakk søknaden og fem besvarte ikke henvendelsen.

Kommunen unntok alle søkerne fra den offentlige søkerlisten utenom de fire som godtok offentliggjøring. Sandefjords Blad klaget til fylkesmannen i Vestfold over at de ikke hadde fått innsyn i den komplette søkerlisten.

I klageomgangen opprettholdt fylkesmannen kommunens avgjørelse. Fylkesmannen var enig i kommunens vurdering av at stillingen som personalsjef var av liten særlig offentlig interesse, og fant ikke grunn til å tilbakesende saken til kommunen for vurdering av hver enkelt søker. Det ble også vist til at ansettelsen var foretatt. Fylkesmannen la videre avgjørende vekt på «hensynet til personvernet til den enkelte søker som har bedt om at navnene ikke blir offentliggjort ut fra hensynet til nåværende arbeidsgiver» og at det er viktig å få så «mange gode søkere som mulig».

På vegne av Sandefjords Blad brakte Norsk Pressforbund (NP) saken inn for ombudsmannen. Det ble fremholdt at fylkesmannen hadde foretatt en mangelfull saksbehandling. NP viste særlig til at fylkesmannen ikke hadde innhentet en nærmere begrunnelse for kommunens beslutning om å unnta de aktuelle søkerne fra søkerlisten og at kommunens begrunnelse dermed ikke ble overprøvd av fylkesmannen. Videre mente NP at stillingen som personalsjef i kommunen var av såpass høy offentlig interesse at det måtte stilles ekstra krav til den enkelte søkers begrunnelse for hvorfor de ønsket hemmelighold.

Ombudsmannen besluttet å undersøke saken nærmere og fylkesmannen ble bedt om å redegjøre for hvorfor det ikke ble innhentet en nærmere vurdering fra kommunen av hver enkelt søkers ønske om ikke å få offentliggjort navnet i søkerlisten. Videre ble det bedt opplyst om fylkesmannen foretok en konkret og reell vurdering av søkerens begrunnelse for å bli unntatt fra den offentlige søkerlisten og hvorvidt det forhold at ansettelsen var gjennomført ble vektlagt i meroffentlighetsvurderingen. Avslutningsvis ble fylkesmannen bedt om å utdype sitt syn på at stillingen som personalsjef ikke ble ansett å være av «særlig stor offentlig interesse».

Fylkesmannen uttalte at det ikke var lagt vekt på at stillingen allerede var besatt da avgjørelsen ble truffet. Videre mente fylkesmannen at det også etter at tilsettingen er gjennomført vil kunne være viktig med offentliggjøring av søkerlisten for å gi allmennheten en mulighet til å føre kontroll med ansettelser i forvaltningen. Det ble vist til at selv om forvaltningen har en plikt til å vurdere meroffentlighet, er denne plikten begrenset når stillingen ikke har særlig stor offentlig interesse. Fylkesmannen hadde ikke foretatt noen «konkret og reell vurdering av de begrunnelser som søkerne hadde oppgitt for å bli unntatt fra søkerlisten», fordi stillingen ikke ble ansett å ha særlig stor offentlig interesse.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Bestemmelsen i offentlighetsloven § 6 nr. 4 åpner for at det kan unntas opplysninger om en søker fra offentlig søkerliste, dersom søkeren ber om dette. Adgangen er et unntak fra offentlighetslovens hovedregel om at forvaltningens saksdokumenter er offentlige. Forvaltningen plikter imidlertid, i samsvar med offentlighetsloven § 2 tredje ledd, å vurdere om de hensyn som begrunner unntaksregelen gjør seg tilstrekkelig gjeldende i forhold til de hensyn som taler for offentliggjøring.

Avslag på innsyn i søkerliste kan påklages etter reglene i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 9. Reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI gjelder så langt de passer, jf. offentlighetsloven § 9 siste ledd. Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd

kan klageinstansen «prøve alle sider av saken». Fylkesmannen har i vedtaket opplyst at det ble lagt avgjørende vekt på hensynet til de enkelte søkeres ønske om at arbeidsgiver ikke skulle bli kjent med søknaden. Imidlertid har fylkesmannen opplyst hit at det ikke ble foretatt noen konkret og reell vurdering av søkeres begrunnelse, fordi stillingen ble ansett å ha liten offentlig interesse. Jeg må etter dette legge til grunn at fylkesmannen ikke har vurdert hver enkelt søkers begrunnelse for å bli unntatt fra søkerlisten opp mot de hensyn som talte for å offentliggjøre navnet på søkeren. Jeg nevner i denne sammenheng at det ikke ble mottatt noen tilbakemelding eller begrunnelse fra fem av søkerne, slik at det fremstår som uklart hvorvidt disse søkerne overhodet har ønsket å bli unntatt fra søkerlisten.

Offentlige søkerlister er, selv etter at bestemmelsen i offentlighetsloven § 6 nr. 4 kom inn, et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Hovedregelen er at søkerlisten er offentlig. Det kreves en særskilt begrunnelse for å gjøre unntak, i tillegg til at vedkommende søker må ha anmodet om og begrunnet at navnet ikke skal fremgå av den offentlige søkerlisten. Det betyr at en søkers anmodning og begrunnelse for å bli unntatt fra søkerlisten er en nødvendig, men ingen tilstrekkelig grunn for å gjøre unntak. Videre skal det vurderes om søkerens begrunnelse anses tilstrekkelig tungtveiende sett opp mot hensynet til allmennhetens behov for innsyn og kontroll med tilsetninger i forvaltningen (meroffentlighetsvurderingen). At stillingen er av særlig stor offentlig interesse er ett av flere momenter i vurderingen av om en søkers ønske om ikke å stå på den offentlige søkerlisten skal imøtekommes, idet terskelen for å unnta navn fra søkerlisten antas å være høyere ved tilsetning i slike stillinger.

At stillingen anses å ha liten offentlig interesse har derfor ikke betydning for fylkesmannens plikt som klageorgan til å vurdere de enkelte søkeres begrunnelser, men vil måtte inngå i den konkrete helhetsvurderingen som fylkesmannen er forpliktet til å foreta. Jeg kan ikke se at fylkesmannen har foretatt en slik vurdering for de av søkerne som uttrykkelig ba om og begrunnet at deres navn ble unntatt fra søkerlisten.

Jeg må etter dette be om at fylkesmannen foretar en ny behandling av klagen fra Sandefjords Blad, og om nødvendig selv innhenter begrunnelser fra søkerne. Med det resultat jeg har kommet til, har det ikke vært grunn for meg å ta stilling til om det skulle vært gitt innsyn i, helt eller delvis, navnene på søkerne. Det har heller ikke vært nødvendig for meg å ta stilling til om stillingen som personalsjef i Sandefjord kommune er av «særlig stor offentlig interesse».

Fylkesmannen bes holde meg orientert om utfallet av den fornyede behandlingen.»

Fylkesmannen i Vestfold opplyste i brev 7. juli 2008 at fylkesmannen fant det riktig å oppheve sitt vedtak og sende saken tilbake til kommunen til ny vurdering. Ombudsmannen mottok senere også kopi av fylkesmannens nye vedtak. Av vedtaket gikk det frem at fylkesmannen hadde vurdert innsynsspørsmålet konkret for hver enkelt av søkerne. Fylkesmannen kom likevel til at det ikke skulle gis innsyn i noen av søkernavnene klagen til ombudsmannen gjaldt. Det nye vedtaket ble senere klaget inn for ombudsmannen (sak 2008/2664).

9.

Innsyn i søkerliste til stilling som kommunaldirektør

(Sak 2007/1748)

Fylkesmannen opprettholdt Haugesund kommunes avslag på begjæring om innsyn i søkerliste til en kommunaldirektørstilling, under henvisning til at tilsettingssaken var avsluttet.

Ombudsmannen kom til at fylkesmannen ikke hadde foretatt en full og selvstendig prøving av kommunens avgjørelse, slik han har plikt til etter offentlighetsloven § 9, og ba om at saken ble behandlet på nytt.

Haugesunds Avis ba om innsyn i søkerlisten til stillingen som kommunaldirektør i Haugesund kommune. Det viste seg at kommunen hadde unntatt samtlige 10 søkers navn fra søkerlisten. Avisen påklaget denne avgjørelsen til Fylkesmannen i Rogaland, som opprettholdt kommunens avgjørelse. Fylkesmannen mente riktignok at det forelå flere mangler ved kommunens vedtak og saksbehandling. Blant annet var den enkelte søknad ikke vurdert tilstrekkelig konkret. Fylkesmannen mente det derfor i utgangspunktet var grunnlag for å oppheve avgjørelsen, men valgte likevel å stadfeste kommunens avgjørelse under henvisning til at tilsettingen var gjennomført. Det ble i denne sammenheng blant annet lagt vekt på at søkerne måtte ha anledning til å trekke sine søknader også etter at tilsettingen var gjennomført, og at sannsynligheten var stor for at samtlige som ikke fikk stillingen, ville trekke sine søknader dersom det ble aktuelt med en offentliggjøring av navnene.

Haugesunds Avis brakte saken inn for ombudsmannen, og fremholdt blant annet at fylkesmannens konklusjon bygde på feil lovtolkning og feilaktige vurderinger av hensynene bak offentlighetsloven.

Ombudsmannen besluttet å undersøke saken nærmere og ba fylkesmannen om å redegjøre nærmere for saken. Det ble bedt opplyst når tilsetningsvedtaket ble truffet, og om søkerne, før tilsetningsvedtaket ble truffet, ble gjort kjent med at Haugesunds Avis hadde bedt om innsyn i navnene på søkerlisten.

Det ble også spurt om fylkesmannen selv hadde innhentet nærmere begrunnelse fra de søkerne som ikke overfor kommunen hadde grunnlagt hvorfor de ønsket å bli unntatt fra søkerlisten, og om fylkesmannen selv foretok en konkret vurdering av søkerne begrunnelser. Det ble i tilfelle bedt om en nærmere redegjørelse for de vurderingene som var gjort.

Fylkesmannen ble videre bedt om å utdype standpunktet om å opprettholde kommunens vedtak, selv om det i utgangspunktet var grunnlag for å oppheve avgjørelsen. Det ble spurt om fylkesmannen mente at det forhold at en tilsettingsprosess var avsluttet, i alle tilfeller vil medføre at klageinstansen er avskåret fra å overprøve et avslag fra førsteinstansen på en anmodning om innsyn i søkerlisten. Endelig ble det bedt om fylkesmannens syn på om søkere, etter at tilsettingen er gjennomført, kan trekke sine søknader med den virkning at navnet ikke vil fremgå av den offentlige søkerlisten.

Fylkesmannen opplyste i brev til ombudsmannen at det ikke var innhentet egne begrunnelser fra de søkerne som tidligere hadde unnlatt å grunnlegge ønsket om unntak fra offentlighet. Det ble heller ikke foretatt inngående vurderinger av de begrunnelser som var gitt til kommunen. Bakgrunnen for dette var den konklusjon fylkesmannen kom til i avgjørelsen. Fylkesmannen mente at hovedspørsmålet i klagesaken var hvilken betydning det hadde for sakens utfall at tilsettingssaken var avsluttet, et spørsmål som ikke kunne sees å ha vært avklart gjennom uttalelser fra ombudsmannen eller på annen måte. Den konklusjonen fylkesmannen kom til, påvirket dermed graden av undersøkelsene fylkesmannen foretok i klagesaken.

Fylkesmannen fremholdt videre at kommunens saksbehandlingsfeil isolert sett ga grunnlag for å oppheve avgjørelsen, men at feilene ikke kunne sies å ha virket bestemmende på vedtakets innhold idet tilsettingssaken var avsluttet. Det ble videre opplyst at det rettslige grunnlaget for fylkesmannens konklusjon var en avveining av hensynene «under skjønnet i [offentlighetsloven] § 6 nr. 4 og § 2 tredje ledd, vurderingen av meroffentlighet». Fylkesmannen ville imidlertid ikke hevde at begjæring om innsyn kan avslås i enhver sak der ansettelsesprosessen er avsluttet, men at «den massive motstand mot innsyn fra de fleste søkerne i denne saken, tilsa at sannsynligheten var stor for at de ville trekke sine søknader dersom det skulle gis innsyn». Fylkesmannen la til grunn at søkerne måtte ha mulighet til å trekke sine søknader også etter at det var truffet vedtak om tilsetting, og begrunnet dette blant annet i at en søker ikke kan ha svakere vern etter at en tilsetting er gjennomført.

Haugesunds Avis var uenig med fylkesmannen i at hovedspørsmålet i saken måtte være om det skal ha betydning for sakens utfall at tilsettingsprosessen er

avsluttet, og mente at hovedspørsmålet måtte være om «det var grunnlag for å avslå innsynskravet». Avisen mente at fylkesmannens konklusjon og manglende undersøkelser av søkerne begrunnelser for unntatt offentlighet hadde ført til at klagen ikke var undergitt en «reell to-instans-behandling». Videre ble det fremholdt at fylkesmannens avgjørende vektlegging av at tilsettingen var gjennomført, bygde på en feil forståelse av loven, og det ble etterlyst rettskildemessig grunnlag for en slik forståelse. Avslutningsvis fremholdt avisen at det ikke kunne være noen tvil om at retten til å trekke en søknad bare gjelder frem til stillingen er besatt:

«Dersom det skulle gjelde noen rett for søkere som har blitt vurdert i en stilling til å trekke sin søknad etter at stillingen er besatt, vil man sitte igjen med en søkerliste som ikke gjenspeiler de faktiske forhold. Etter vårt syn må en slik praksis være direkte lovstridig, og i hvert fall brudd på god forvaltningsskikk.

Derimot vil det at søkeren ikke har mulighet til å trekke seg som søker til den aktuelle stillingen, kunne tillegges vekt sammen med den konkrete begrunnelsen søkeren har for å holde sitt navn hemmelig, opp mot samfunnets legitime interesse i å få innsyn.»

Partene hadde etter dette ingen ytterligere merknader.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Innledningsvis er det grunn til å presisere at mine undersøkelser har vært rettet mot fylkesmannens saksbehandling og rettslige begrunnelse. Behandlingen i kommunen og spørsmålet om noen eller samtlige av navnene på søkerne til stillingen som kommunaldirektør skulle ha vært gjort kjent, har ikke vært gjenstand for undersøkelser her.

Avslag på innsyn i søkerliste kan påklages etter reglene i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 9. Reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI gjelder så langt de passer, jf. offentlighetsloven § 9 siste ledd. Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan klageinstansen «prøve alle sider av saken». Dette innebærer at fylkesmannen som klageinstans har plikt til å foreta en selvstendig og reell vurdering av den påklagede saken. Det springende punkt i saken her var om søkerne ønsker om å få søknaden unntatt fra innsyn, skulle bli innfridd. I offentlighetsloven § 6 nr. 4 heter det at «(o)pplysninger om en søker kan ... unntas», og det innebærer at spørsmålet må undergis en konkret vurdering. I denne vurderingen må blant annet den enkelte søkerens begrunnelse for å be om at navnet ikke offentliggjøres veies opp mot allmennhetens interesse av å se hvem som er søker til stillingen. Det forhold at tilsettingssaken er avsluttet, kan ikke begrense fylkesmannens plikt til å foreta en selvstendig klagebehandling og prøve kommunens

vedtak fullt ut. Det vises i denne sammenheng til det jeg har uttalt i ombudsmannssak 2004/3100 (Somb-2005-9):

«Klageretten etter lovens § 9 over et avslag på en begjæring om meroffentlighet vil ofte bli illusorisk dersom søknadsfristens utløp skal være avgjørende for muligheten til en reell overprøving av meroffentlighetsvurderingen. ... Tilsvarende vil gjelde dersom tidspunktet for tilsetning avskjærer reell overprøving. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å hevde at lovgiveren har forutsatt en slik begrensning i klageinstansens kompetanse.»

På den annen side vil det forhold at tilsettingssaken er avsluttet når fylkesmannen behandler klagen, kunne være en ny omstendighet som det kan tas hensyn til, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd første punktum. Hvilken betydning forholdet skal ha, må vurderes konkret for hver enkelt søker som har bedt om hemmelighold.

Fylkesmannen la som nevnt til grunn at det i utgangspunktet var grunnlag for å oppheve Haugesund kommunes avslag på Haugesunds Avis' anmodning om fullt innsyn i søkerlisten til stillingen som kommunaldirektør, men unnlot å gjøre dette under henvisning til at tilsettingssaken var avsluttet. For det første ble det vist til at kommunens saksbehandlingsfeil i innsynssaken ikke kunne virke bestemmende på vedtaket i tilsettingssaken, fordi tilsetningsvedtaket var truffet og ikke kunne endres. For det andre mente fylkesmannen at søkere som har anmodet om å bli unntatt fra å bli oppført på søkerlisten, må ha anledning til å trekke søknaden også etter at tilsettingen er gjennomført med den virkning at navnet ikke oppføres på søkerlisten, og at det var grunn til å tro at samtlige søkere ville benytte seg av denne adgangen. En overprøving ville derfor ikke ha noen realitet.

Jeg må etter dette legge til grunn at fylkesmannen ikke foretok en selvstendig og reell klagebehandling slik loven krever. Fylkesmannen skulle ha innhentet og vurdert hver enkelt søkers begrunnelse for ikke å stå oppført med navn på den offentlige søkerlisten. Videre skulle fylkesmannen ha vurdert om navnene skulle ha vært offentliggjort eller ikke. Hvorvidt det etter en slik konkret vurdering var grunn til å oppheve kommunens avgjørelse eller om fylkesmannen selv skulle ha truffet nytt vedtak i saken, ligger til fylkesmannens eget skjønn, jf. forvaltningsloven § 34 siste ledd.

Jeg må etter dette be om at fylkesmannen behandler saken på nytt.

Etter oppfordring fra fylkesmannen, og sett hen til at spørsmålet ikke synes å være berørt i forarbeidene eller praksis, har jeg funnet det riktig å skrive noen ord om hvilken betydning det har for spørsmålet om innsyn i søkerlisten at tilsettingssaken er av-

sluttet. Det er hensiktsmessig å ta utgangspunkt i de hensynene fylkesmannen har vist til, nemlig søkerenes adgang til å trekke søknaden og muligheten for allmennheten til å påvirke vedtaket i tilsettingssaken.

Adgangen til å «trekke» søknaden med virkning for søkerlisten

Søkerliste skal settes opp «snarest etter søknadsfristens utløp», jf. offentlighetsloven § 6 nr. 4 tredje punktum. Det er full anledning til å trekke søknaden før søknadsfristen har gått ut med den virkning at navnet ikke oppføres på søkerlisten. Etter at søkerlisten er satt opp, men før tilsetting er gjennomført, kan selvsagt søkeren fritt trekke søknaden med virkning for tilsettingssaken. Hvorvidt navnet på søkeren fortsatt skal stå på søkerlisten, beror på en konkret vurdering. Dersom forvaltningen ikke har varslet søkere før søknadsfristens utløp om at navnene kan bli gjort kjent selv om det er bedt om hemmelighold, kan det være særlig grunn til å la søkerne trekke sine søknader med den virkning at navnene ikke kommer frem i den offentlige søkerlisten.

Etter at tilsettingen er gjennomført, har søknadene vært gjenstand for tilsettingsmyndighetens saksforberedelse og vurdering. En adgang for søkerne til å trekke søknaden etter dette tidspunktet ville derfor gi et uriktig bilde av tilsettingssaken og den saksbehandling som har vært gjennomført. Med mindre søkeren fortsatt står i posisjon til å få stillingen dersom den tilsatte takker nei eller av andre grunner ikke kan tiltre, vil tilsetningsvedtaket danne et skjæringspunkt der det ikke lenger vil være mulig å trekke søknaden med virkning for tilsettingsmyndighetens valg. Jeg kan da vanskelig se at søkerne skulle ha en adgang til å «trekke søknaden» med virkning for søkerlisten. Tilbaketrekningen ville i så fall kun ha betydning for søkerlisten, ikke tilsettingssaken. Hensynet til at allmennheten skal kunne føre kontroll med tilsettingen taler også mot en slik løsning. En slik kontroll må nødvendigvis føres i ettertid, og vil bli lite effektiv dersom ikke søkerlisten gir uttrykk for de faktiske valgmuligheter tilsettingsmyndigheten sto overfor. Dersom fylkesmannens syn i denne saken blir lagt til grunn fullt ut, vil videre tidspunktet for tilsetting i realiteten avskjære en full overprøving av innsynsspørsmålet fra klageinstansens side, fordi man da må anta at mange som ikke fikk stillingen ville ha trukket sine søknader.

Saksbehandlingsfeil og forvaltningsloven § 41

Det rettslige grunnlaget for ikke å overprøve kommunens avslag, er opplyst å være at fylkesmannen fant at kommunens saksbehandlingsfeil «ikke hadde virket bestemmende på vedtakets innhold», jf. forvaltningsloven § 41. Fylkesmannen har i denne sammenheng vist til at ansettelsesprosessen var avsluttet og at

det «da kun var søkerne som kunne påvirket resultatet gjennom en eventuell klage». Jeg kan ikke forstå dette annerledes enn at fylkesmannen mener at avslaget på innsyn i søkerlisten ikke kunne oppheves fordi kommunens saksbehandlingsfeil i forbindelse med innsynssaken ikke hadde virket bestemmende på vedtaket i tilsettingssaken.

Det er vanskelig å se at det kunne være av betydning for spørsmålet om innsyn i søkerlisten skulle gis eller ikke om saksbehandlingsfeilene i forbindelse med innsynssaken hadde virket bestemmende på vedtaket om tilsetting. Reglene om innsyn etter offentlighetsloven § 6 nr. 4 skal sikre allmennhetens kontroll med forvaltningens tilsetninger, i motsetning til reglene om partsinnsyn etter forvaltningsloven og forvaltningslovsforskriften, som skal gi partene mulighet til å vareta sine interesser i saken. Et krav om innsyn i søkerliste etter offentlighetsloven § 6 nr. 4 har således isolert sett ingenting med selve tilsettingssaken å gjøre, på samme måte som innsyn etter offentlighetsloven i forvaltningens dokumenter i andre saker. En saksbehandlingsfeil i en sak om innsyn i søkerliste fra noen som ikke er part i tilsettingssaken, vil derfor aldri, eller bare i helt spesielle tilfeller, kunne være en saksbehandlingsfeil ved selve tilsettingssaken. At fylkesmannen har vist til forvaltningsloven § 41 i denne saken, synes således å bero på en misforståelse.

Derimot vil naturligvis allmennhetens behov for å føre kontroll med forvaltningens tilsetningsvedtak kunne endre seg etter at vedtaket om tilsetting er truffet, og dermed få betydning for vekten av hensynene for å offentliggjøre navn på søkerlisten. På den ene siden kan man fremholde at behovet for å vite hvem som står som søker til en offentlig stilling er størst før tilsetningsvedtaket er fattet, fordi det da fortsatt vil være mulig å øve påvirkning på tilsetningsmyndighetens valg. Men den legislative begrunnelsen for bestemmelsen om innsyn i søkerliste er ikke bare allmennhetens mulighet til å påvirke forvaltningens avgjørelse. Det er vel så mye muligheten til å føre kontroll med at tilsetninger i offentlige stillinger treffes etter en forsvarlig vurdering av søkerens kvalifikasjoner, og ikke baserer seg på utenforliggende eller usaklige hensyn. Det er først når tilsettingen er gjennomført det vil være mulig å føre kontroll med forvaltningens valg av aktuelle søkere. At vedtaket om tilsetting ikke kan omgjøres, endrer ikke på dette. Her, som ellers, beror derfor vekten av hensynene for offentliggjøring på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Konklusjon

Som det fremgår, er jeg kommet til at fylkesmannen ikke har foretatt en full og selvstendig prøving av spørsmålet om innsyn i søkerlisten til stillingen som

kommunaldirektør i Haugesund kommune, slik han har plikt til etter offentlighetsloven § 9. På denne bakgrunn ber jeg fylkesmannen behandle saken på nytt, og i den forbindelse se hen til mine merknader i denne saken. Fylkesmannen bes holde meg orientert om utfallet av den fornyede behandlingen.»

10.

Offentliggjøring av søkerliste – Kultur- og kirke departementet

(Sak 2008/1646)

Saken gjaldt innsyn i søkerlistene til to stillinger som sokneprest i Sør-Østerdal prosti.

Ombudsmannen mente at departementet ikke hadde foretatt en slik konkret vurdering som loven krever, og at saken uansett ikke var tilstrekkelig opplyst. Heller ikke saksbehandlingstiden var i samsvar med lovens krav.

Lokalavisa Sør-Østerdal ba om innsyn i søkerlistene til to stillinger som sokneprest i Sør-Østerdal prosti. Hamar bispedømme avsto innsynsbegjæringen for to av søkerne med henvisning til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 6 første ledd nr. 4, og opplyste at disse to søkerne hadde bedt om konfidensiell behandling. I e-brev 6. mars 2008 påklaget avisa avgjørelsen.

Hamar bispedømmeråd fastholdt i brev 13. mars 2008 sin beslutning om å ikke gi ytterligere innsyn i søkerlistene. Etter at Kultur- og kirke departementet hadde bedt bispedømmet om å behandle klagen i samsvar med forvaltningsloven § 33 annet ledd, ble saken i brev 15. mai 2008 oversendt departementet for behandling der. I brev 27. juni 2008 stadfestet departementet bispedømmets vedtak. Departementet pekte blant annet på behovet for å behandle søkere med respekt og lojalitet i en periode hvor det er vanskelig å rekruttere til prestetjeneste, samt at personalreglementet for prester i Den norske kirke legger opp til at opplysninger om en søker skal kunne unntas offentlighet dersom søkeren selv anmoder om dette. Det ble også vist til at den offentlige interesse var begrenset til lokalsamfunnet.

På vegne av lokalavisa Sør-Østerdal, brakte Offentlighetsutvalget i Norsk Presseforbund Kultur- og kirke departementets avgjørelse inn for ombudsmannen. Utvalget fremholdt at det hadde tatt urimelig lang tid å behandle innsynskravet, og at det ikke var grunnlag for å unnta de to søkerne fra offentlighet med den begrunnelse som var gitt. Rekrutteringshensyn var ikke noe viktig argument i denne sammenheng, særlig fordi det her ikke var dokumentert at offentliggjøring ville skade rekrutteringen. Utvalget mente at personalreglementet ikke var relevant. Interne retningslinjer kunne etter utvalgets syn ikke gå

foran bestemmelser i offentlighetsloven. Det var heller ikke dekning for å hevde at den offentlige interesse veier mindre fordi den knyttet seg til et lite samfunn.

Det ble besluttet å ta saken opp med departementet. Av sakens dokumenter fremgikk det at Hamar bispedømmeråd hadde brukt det elektroniske rekrutteringsverktøyet Webcruiter i søknadsprosessen – et system som har en avkrysningsboks der søkerne kan velge om navnet deres skal offentliggjøres eller ikke. Valget måtte ikke begrunnes, og departementet ble spurt om et slik system vil gi tilsettingsmyndigheten tilstrekkelig informasjon til å kunne foreta en slik konkret og reell vurdering av innsynsspørsmålet som offentlighetsloven legger opp til.

Departementet ble videre bedt om å redegjøre for søkerens begrunnelse for ikke å stå på den offentlige søkerlisten, herunder når disse begrunnelsene ble innhentet og om de var nedtegnet skriftlig noe sted. Det ble også bedt om en mer utfyllende redegjørelse for den vurdering som var foretatt.

Endelig ble departementet bedt om å kommentere saksbehandlingstiden.

Kultur- og kirke departementet opplyste at Webcruiter etter deres syn ikke ga tilsettingsmyndigheten tilstrekkelig informasjon til å kunne vurdere innsynsspørsmålet, og at søkerens begrunnelse må innhentes på annen måte.

I denne saken hadde begrunnelsene vært innhentet muntlig, i forbindelse med søknad på en annen stilling i januar 2008. Departementet visste ikke noe om søkerens begrunnelse ut over det som fremgikk av lokalavisas klage til bispedømmet. I klagen fremgår det at begrunnelsen til den ene søkeren var at vedkommende hadde et barn som går på skole i et relativt lite bygdesamfunn, og at det ble en belastning for barnet om det ble kjent at faren søkte seg vekk. For den andre søkeren «var forholdene nokså parallelle».

Departementet opplyste at klagebehandlingen hadde basert seg på at søkerne hadde gitt et begrunnet ønske om hemmelighold, og at departementet ikke selv hadde foretatt noen konkret vurdering av søkerens anmodninger om hemmelighold utover dette. Offentlighetens interesse i innsyn var dog tatt hensyn til.

Departementet fastholdt at rekrutteringshensynet var relevant og viktig, og at dette ville være særlig viktig i utkantstrøk hvor rekrutteringen til prestetjeneste erfaringsmessig hadde vært vanskelig. Hva gjaldt offentlighetens interesse, mente departementet at stillingen nok hadde offentlig interesse, men pekte på at stillingen som sokneprest i de senere år hadde fått mindre betydning i menigheten. Dette medførte at hensynet til den offentlige interessen ville veie tynge ved tilsetning av for eksempel en rådmann enn ved tilsetning av en sokneprest.

Bestemmelser i tjenestereglementet var ikke i seg selv relevant for forståelsen av bestemmelser i offentlighetsloven, men de ville kunne være et relevant sidehensyn i den konkrete vurderingen.

Kultur- og kirke departementet redegjorde for saksbehandlingstiden, og pekte på at det hadde beklaget den lange saksbehandlingstiden i sitt klagevedtak. Det ble også pekt på at navnet på de to søkerne nå var offentlig, ettersom tilsetningsvedtaket ligger offentlig tilgjengelig på kirkens hjemmesider og det var de to hemmeligholdte søkerne som ble tilsatt. Departementet mente derfor at innsynskravet hadde mindre aktualitet etter dette. Det er ikke opplyst når tilsetningsvedtaket ble offentliggjort.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Innsynsspørsmålet – sakens opplysning

Avslag på innsyn i søkerliste kan påklages etter reglene i offentlighetsloven § 9. Reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI gjelder så langt de passer, jf. offentlighetsloven § 9 siste ledd. Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan klageinstansen «prøve alle sider av saken» og «skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med». Dette innebærer at departementet som klageinstans har plikt til å foreta en selvstendig og reell vurdering av den påklagede saken.

Det springende punkt i saken var om søkerens ønsker om å få navnet unntatt fra innsyn, skulle bli innfridd. Etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4 kan opplysninger om en søker unntas, forutsatt at søkeren har anmodet om dette. Spørsmålet må undergis en konkret vurdering, hvor blant annet den enkelte søkerens begrunnelse for å be om at navnet ikke offentliggjøres veies opp mot allmennhetens interesse av å se hvem som er søker til stillingen. Det er ikke tilstrekkelig – slik departementet har gjort i denne saken – at klageorganet nøyer seg med å konstatere at det foreligger et begrunnet ønske fra søkerne om å bli unntatt fra offentlighet, og så veie dette opp mot offentlighetens interesse i innsyn. Det er en konkret vurdering som skal foretas, og en helt sentral del av denne vurderingen er søkerens begrunnelse for hemmelighold.

Det synes heller ikke som departementet har hatt tilstrekkelig informasjon til å foreta en forsvarlig vurdering. Det foreligger ingen skriftlig begrunnelse fra søkerne for ønsket om hemmelighold. Dette er i seg selv lite betryggende, og bispedømmet skulle ha nedtegnet disse opplysningene etter at begrunnelsene var innhentet muntlig, jf. forvaltningsloven § 11 d annet ledd første punktum.

Når det imidlertid stilte seg slik da saken ble oversendt departementet for klagebehandling, er det oppsiktsvekkende at departementet ikke tok skritt for å få en nærmere begrunnelse fra de aktuelle søkerne.

Ut fra sakens dokumenter er det vanskelig å se at departementet hadde informasjon om søkerens begrunnelser overhodet, utover de opplysningene lokalavisa hadde gitt i sin klage. Heller ikke i forbindelse med ombudsmannssaken er det gitt noen utfyllende forklaring på hvorfor søkerne ikke ønsket navnene sine på søkerlisten.

Etter dette var saken klart nok utilstrekkelig opplyst da Kultur- og kirke departementet traff sitt vedtak 27. juni 2008, og departementet foretok ikke en slik selvstendig og konkret vurdering som det hadde plikt til.

Ettersom saken ikke var tilstrekkelig opplyst, er det heller ikke mulig for meg å ta stilling til om innsyn skulle ha vært gitt.

Jeg vil likevel påpeke at det ikke er tilstrekkelig til å begrunne hemmelighold at det kan oppleves som ubehagelig for enkelte om det blir kjent at man har søkt en ny stilling, jf. også Justisdepartementets «Veileder i offentlighetsloven» side 87. Videre heves terskelen for å etterkomme anmodninger om hemmelighold ved stillinger av særlig offentlig interesse.

Unntakshjemmelen i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4 er imidlertid særlig begrunnet med personvern- og rekrutteringshensyn, jf. Ot.prp. nr. 56 (1999-2000) s. 28. Det at departementet har lagt vekt på rekrutteringshensyn kan derfor ikke i seg selv kritiseres.

2. Bruk av Webcruiter

Hamar bispedømme bruker et elektronisk rekrutteringsverktøy som hjelp i tilsettingsprosessen. Verktøyet gir søkerne mulighet til å krysse av i et felt dersom de ikke ønsker navnet sitt på søkerlisten, uten at systemet åpner for å gi noen begrunnelse for det valget søkerne tar. Departementet har opplyst at en eventuell begrunnelse derfor må innhentes særskilt etter at den elektroniske søknaden er mottatt.

Bruken av elektronisk rekrutteringsverktøy med mulighet for elektronisk søknad er et nyttig, og etter hvert ganske vanlig hjelpemiddel ved tilsettinger i forvaltningen. Det er imidlertid viktig at et slikt system er utformet på en måte som ivaretar de krav som stilles til tilsettingsprosessen i det offentlige.

Jeg har ikke holdepunkter for å legge til grunn at måten det aktuelle rekrutteringsverktøyet var utformet på hadde direkte sammenheng med den manglende opplysningen av spørsmålet om innsyn i de to navnene på søkerlisten. Ikke desto mindre synes den adgangen som systemet gir for å krysse av i et felt dersom navnet ikke ønskes oppført på søkerlisten, uten en tilsvarende adgang eller oppfordring til å gi begrunnelse, å være i dårlig samsvar med formålet bak og kravene i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4. Slik systemet er utformet, synes rekrutteringsverktøyet å gi søkerne inntrykk av at adgangen til å unnta

navn fra søkerlisten er en reservasjonsrett for den enkelte søker, noe som i tilfelle er i strid med lovbestemmelsen.

Dersom slike elektroniske rekrutteringsverktøy skal benyttes, er det derfor viktig at grensesnittet i programmet er utformet på en måte som gjør det tydelig for søkerne at det er tilsettingsorganet, og ikke søkerne selv, som bestemmer om opplysninger om søkerne kan unntas fra den offentlige søkerlisten. Det bør være klart for søkerne at det vil bli foretatt en konkret vurdering, og at de vil være nødt til å begrunne et eventuelt ønske om hemmelighold.

Jeg ber departementet merke seg dette, og samtidig orientere Hamar bispedømmeråd om det jeg har gitt uttrykk for.

3. Saksbehandlingstiden

Det følger av offentlighetsloven § 9 første ledd at en begjæring om innsyn «skal avgjøres uten ugrunnet opphold». Hva som er «ugrunnet opphold» beror på en konkret helhetsvurdering. Fra Ot.prp. nr. 4 (1981-1982) s. 42 hitsettes:

«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 tidligere 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, se uttalelse inntatt i årsmeldingen for 2005 side 100 (somb-2005-13). Klagesaker etter offentlighetsloven må følgelig avgjøres raskt, se også Justisdepartementets «Veileder i offentlighetsloven» s. 103.

Lokalavisa Sør-Østerdal klaget på avslaget 6. mars 2008, dagen etter at den fikk delvis avslag på sin innsynsbegjæring. Kultur- og kirke departementet fikk kopi av bispedømmets nye avslag 13. mars 2008. I brev 3. april 2008 ber departementet om at bispedømmet vurderer klagen på nytt før den oversendes departementet for klagebehandling. Lokalavisa purret på departementet 8. mai 2008. Det er ikke opplyst om departementet da kontaktet bispedømmet,

men saken ble i alle fall oversendt departementet 15. mai 2008. Endelig vedtak ble truffet 27. juni 2008.

En del av forsinkelsen i saksbehandlingen skyldes at bispedømmet har brukt lang tid på å oversende saken til departementet. Departementet var imidlertid gjort oppmerksom på klagen senest 13. mars 2008, og hadde da en klar oppfordring til å påse at det var progresjon i saken.

Uansett brukte departementet omtrent halvannen måned på å behandle klagesaken etter at den var oversendt fra bispedømmet. Det er i korrespondansen hit vist til stor arbeidsmengde, samt at innsynskravet ikke var aktuelt etter at tilsetningsvedtaket ble offentliggjort. Dette er forhold som nok kan begrunne en noe lengre saksbehandlingstid enn normalt – særlig er det av betydning at navnene rent faktisk var offentliggjort. Til tross for dette synes saksbehandlingstiden å være dårlig i samsvar med kravet om avgjørelse «uten ugrunnet opphold», og den beklagelse departementet har gitt er derfor på sin plass.»

11.

Dokumentinnsyn i fengsel – urinprøvedokument

(2007/2049)

En innsatt (A) ble nektet innsyn i et dokument som viste hvilke stoffer en avlagt urinprøve var blitt testet for. Begrunnelsen for avslaget var at innsyn var utilrådelig ut fra sikkerhetsmessige hensyn, jf. straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c annet punktum. Ombudsmannens undersøkelser av saken avdekket at ikke alle fengsler og kriminalomsorgsregioner hadde som praksis å nekte innsatte innsyn i denne typen dokumenter.

Ombudsmannen uttalte at behovet for å forebygge og kontrollere rusmisbruk i fengselet var et forhold som kunne gi grunnlag for å nekte innsatte dokumentinnsyn. Hvorvidt det var behov for å nekte innsyn i As tilfelle måtte bero på en konkret vurdering av bl.a. sikkerhetsmessige forhold i fengselet. Kriminalomsorgens regionale og sentrale organer hadde imidlertid et overordnet ansvar for å påse at regelverket ble praktisert riktig og konsekvent i alle anstalter og regioner under kriminalomsorgen.

A, som var innsatt ved X fengsel, klaget til ombudsmannen over nektet dokumentinnsyn. Dokumentet han ønsket innsyn i inneholdt opplysninger om hvilke stoffer en urinprøve han hadde avlagt var blitt testet for. Urinprøven var avlagt etter pålegg, jf. straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 29. Prøven hadde ikke gitt positivt utslag på noen av stoffene den var blitt testet for. I klagen til ombudsmannen opplyste A at han ønsket å ha en kopi av analyseresultatet som dokumentasjon på at han hadde vært rusfri under straffegjennomføringen. Han hadde en for-

tid med rusmisbruk, og mente slik dokumentasjon ville være viktig overfor potensielle arbeidsgivere.

Det ble besluttet å be om en skriftlig redegjørelse fra Kriminalomsorgen region nordøst, som hadde fattet endelig avgjørelse i saken. Regionen ble også bedt om å undersøke om innsatte i andre fengsler og kriminalomsorgsregioner ga innsatte tilgang til slike opplysninger A var blitt nektet innsyn i.

I svaret til ombudsmannen viste regionen til at innsyn var nektet i medhold av straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c annet punktum, fordi innsyn måtte anses utilrådelig på grunn av sikkerhetsmessige hensyn. Å gi innsatte innsyn i hvilke stoffer urinprøver var blitt testet for, ville etter regionens syn kunne gjøre det lettere for innsatte å tilpasse rusmisbruket sitt. Regionen viste til at en stor del innsatte ved norske fengsler har en bakgrunn med rusmisbruk. Overvåking og kontroll med rusmisbruk under straffegjennomføringen var derfor viktig av hensyn til sikkerheten for både innsatte og tilsatte i fengselet. Det ble også vist til at A, dersom han ønsket det, kunne be fengselet om en skriftlig bekreftelse på at han ikke hadde avlagt positive urinprøver under straffegjennomføringen. Dette var etter regionens syn en løsning som i tilstrekkelig grad ivaretok As behov for dokumentasjon overfor potensielle arbeidsgivere.

Regionen opplyste for øvrig at den hadde henvendt seg til øvrige fengsler i region nordøst, og til de øvrige kriminalomsorgsregioner, for å høre om disse hadde som praksis å gi innsatte tilgang til slike opplysninger som A var nektet innsyn i. Tilbakemeldingene tydet på at praksis ikke var ensartet.

Etter dette ble det besluttet å innhente en uttalelse fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF), som i sin tilbakemelding støttet regionens avslag på As innsynsbegjæring. KSF så imidlertid det uheldige i at regelverket ble praktisert ulikt innad i kriminalomsorgen, og ville vurdere å iverksette tiltak for å rette på dette.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg bl.a.:

«Urinprøven As klage knytter seg til medførte ingen reaksjon som følge av påviste narkotiske stoffer, jf. straffegjennomføringsloven § 40. Det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til om begjæringen skal anses fremsatt i medhold av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18 eller offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 annet ledd. Utgangspunktet måtte i begge tilfeller være at A hadde krav på innsyn i dokumentet så lenge det ikke inneholdt opplysninger som var underlagt taushetsplikt av hensyn til andre enn ham selv. Jeg viser i denne sammenheng til Justis- og politidepartementets rundskriv G-98/28.

Spørsmålet blir etter dette om A kunne nektes innsyn etter straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c annet punktum. Bestemmelsen gir hjemmel for å

nekte innsyn i tilfeller der innsyn er «utilrådelig på grunn av sikkerhetsmessige hensyn, eller av hensyn til etterforskning av straffbare forhold». Etter sin ordlyd gir bestemmelsen derimot ikke hjemmel for å nekte innsyn for å forebygge straffbare forhold, og heller ikke av hensyn til den innsattes rehabilitering. Regionen har imidlertid vist til at innsyn er utilrådelig ut fra «sikkerhetsmessige hensyn», fordi redusert kontroll med narkotikamisbruk vil kunne gå utover sikkerheten til innsatte og tilsatte.

På generelt grunnlag er det neppe tvilsomt at behovet for å forebygge og føre kontroll med rusmiddelmissbruk blant innsatte vil kunne anses som «sikkerhetsmessige hensyn» i relasjon til straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c. Dette er også lagt til grunn i kriminalomsorgens «Veiledning om saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og straffegjennomføringsloven § 7» pkt. 3.8. For at § 7 bokstav c annet punktum skal gi hjemmel for å nekte innsyn, må det imidlertid også kreves at innsyn i det konkrete dokumentet vil utgjøre en risiko for sikkerheten ved kriminalomsorgsanstalten. Dette er i første rekke en vurdering av faktiske forhold, og forutsetter også særlig kunnskap om sikkerhetsmessige forhold ved fengselet. Undersøkelsene av saken herfra har i første rekke bestått av skriftlig korrespondanse og gjennomgang av sakens dokumenter, og jeg har derfor bare begrenset mulighet for å overprøve regionens vurdering på dette punktet. Slik saken er opplyst, har jeg følgelig ikke holdepunkter for å anta at regionen har tatt feil når den har lagt til grunn at innsyn var «utilrådelig på grunn av sikkerhetsmessige hensyn» i As tilfelle.

Etter dette finner jeg ikke grunn til å rette kritikk mot Kriminalomsorgen region nordøsts beslutning om å nekte A innsyn i opplysningene om hvilke stoffer urinprøven hans var blitt testet for. Jeg presiserer likevel at kriminalomsorgen, som er nærmest til å kjenne til de faktiske forholdene, har et selvstendig ansvar for å se til at innsyn ikke nektes med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c med mindre det etter en konkret vurdering finnes å foreligge en saklig grunn for dette. Som overordnet organ har også regionen et ansvar for å påse at regelverket praktiseres konsekvent innenfor dens geografiske ansvarsområde, slik at det ikke oppstår usaklig forskjellsbehandling.»

En kopi av brevet til regionen ble sendt KSF. I brevet til KSF presiserte ombudsmannen at KSF har et overordnet ansvar for å påse at regelverket praktiseres riktig og konsekvent i alle regioner og anstalter under kriminalomsorgen.

12.

Partsinnsyn etter ligningsloven – saksbehandlingstid

(2007/2367)

Ligningsforvaltningen brukte over 19 måneder på å behandle en klage over nektet partsinnsyn. Klageren ble heller ikke oppdatert med foreløpige svar mens saken verserte, til tross for flere purringer.

Ombudsmannen kritiserte den lange saksbehandlingstiden. Selv om ligningsloven ikke inneholder uttrykkelige bestemmelser om saksbehandlingstid i innsynssaker, tilsier sammenhengen i regelverket at slike saker må avgjøres hurtig. Det var også i strid med alminnelige prinsipper for god forvaltningsskikk at klageren ikke ble gitt foreløpige svar mens saken var til behandling.

Skatt vest, som hadde overtatt saken etter omorganiseringen av ligningsforvaltningen fra 1. januar 2008, utarbeidet etter dette nye skriftlige rutiner for behandling av innsynssaker.

A var av ligningsmyndighetene blitt anmeldt for økonomisk utroskap. Som følge av anmeldelsen begjærte han innsyn i 38 dokumenter i den bakenforliggende skattesaken hos X ligningskontor. Begjæringen ble avslått.

A påklaget ligningskontorets avslag. Etter omtrent en måned fikk han en skriftlig bekreftelse på at klagen var mottatt hos ligningskontoret. Ytterligere en måned senere mottok han også en orientering om at saken var oversendt Hordaland fylkesskattekontor for endelig avgjørelse. Etter dette fikk han ingen ytterligere tilbakemelding fra ligningsmyndighetene, til tross for flere purringer. Da saken ble brakt inn for ombudsmannen hadde det gått over 16 måneder siden A mottok bekreftelse om at klagen hans var mottatt hos ligningskontoret.

Som følge av As klage ble det tatt kontakt med Hordaland fylkesskattekontor per telefon. I telefonsamtalen bekreftet fylkesskattekontoret at saken fortsatt ikke var ferdigbehandlet, og at A heller ikke var blitt holdt orientert om status i saken. Det ble videre opplyst at saken nå ville bli prioritert, uten at det kunne sies med sikkerhet når endelig avgjørelse kunne forventes å foreligge.

Det ble etter dette besluttet å be fylkesskattekontoret om å gi en skriftlig redegjørelse for behandlingen av As klage over nektet innsyn. Det ble også spurt når saken kunne forventes ferdigbehandlet.

Etter omorganiseringen av ligningsforvaltningen 1. januar 2008 overtok nyopprettede Skatt vest ansvaret for As sak. Skatt vest begrunnet den lange saksbehandlingstiden blant annet med at saken reiste flere kompliserte spørsmål, både med hensyn til den generelle forståelsen av innsynsreglene og anvendelsen av disse på hvert enkelt av de 38 dokumentene sa-

ken gjaldt. I tillegg var det på et tidspunkt spørsmål om saken, i henhold til interne retningslinjer, måtte forelegges Skattedirektoratet for uttalelse.

Endelig avgjørelse av As klage over nektet innsyn ble fattet omtrent 3 måneder etter at ombudsmannen første gang tok kontakt med Hordaland fylkes-skattekontor.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Foreløpig svar

Det følger av skatteetatens serviceerklæring at skattekontoret ved klage over ligning skal sende skattyteren melding innen tre uker om hvor lang tid behandlingen av klagen vil ta. Serviceerklæringen gir ikke informasjon om at dette også gjelder i saker om partsinnsyn dersom en slik sak ikke kan behandles innen tre uker. En tilsvarende plikt for skattekontoret til å sende ut et foreløpig svar med angivelse av forventet saksbehandlingstid må likevel antas å gjelde også da. Uansett følger en slik plikt av de ulovfestede prinsippene for god forvaltningsskikk, som også ligningsforvaltningen er bundet av.

I den foreliggende saken fikk A gjennom X ligningskontors brev 27. juli 2006 en bekreftelse på at klagen over nektet innsyn var mottatt. Videre ble han orientert om at klagen ble oversendt fylkesskattekontoret 18. august 2006. Etter dette mottok han ingen ytterligere tilbakemelding fra fylkesskattekontoret før saken ble brakt inn for ombudsmannen i desember 2007, dette til tross for at han ved flere anledninger sendte skriftlige purringer til fylkesskattekontoret.

Skatt vest har erkjent at det skulle ha vært sendt foreløpig svar til klager, og har også beklaget at dette ikke har skjedd. Denne beklagelsen er på sin plass. Unnlåtelsen av å sende ut foreløpig svar må anses som et klart brudd på alminnelige prinsipper for god forvaltningsskikk.

2. Saksbehandlingstid

Ligningsloven § 3-4 gir bestemmelser om en skattyters rett til innsyn i ligningssaker. Etter § 3-4 nr. 1 er utgangspunktet at skattyteren har rett til innsyn i dokumenter som angår hans eller hennes ligning. Bestemmelsens nr. 2 åpner likevel for unntak fra hovedregelen i visse tilfeller. Av § 3-4 nr. 3 følger det at et avslag på innsyn kan påklages bl.a. dersom innsyn er nektet med hjemmel i § 3-4 nr. 2 bokstav c eller e.

Ligningsloven inneholder ingen uttrykkelig bestemmelse om saksbehandlingstid i innsynssaker. Av offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 9 første og tredje ledd tredje punktum følger det imidlertid at så vel begjæringer om innsyn etter offentlighetsloven § 2 som klager over nektet innsyn skal avgjøres «uten ugrunnet opphold». Offentlighetsloven gjelder også for ligningsdokumenter, noe som er presisert i Lig-

nings-ABC 2007/2008 s. 593. Når den som klager over nektet innsyn etter offentlighetsloven har krav på at saken skal avgjøres «uten ugrunnet opphold», tilsier sammenhengen i regelverket at de samme kravene til saksbehandlingstid må gjelde overfor en part som benytter seg av sin klagerett etter ligningsloven § 3-4 nr. 3. Jeg viser i denne sammenheng også til mine uttalelser i sak inntatt i årsmeldingen for 2005 s. 102 (Somb-2005-14), hvor det er gitt uttrykk for tilsvarende synspunkter med hensyn til saker om partsinnsyn etter forvaltningsloven 10. februar 1967 kapittel IV og journalinnsyn etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63.

Jeg har ved en rekke anledninger fremhevet viktigheten av at saker om dokumentinnsyn behandles hurtig. Ved behandlingen av en innkommet innsynsbegjæring er således utgangspunktet at denne bør avgjøres samme dag, og iallfall innen 1-3 dager, med mindre det gjør seg gjeldende særlige forhold som tilsier at et noe lengre tidsforløp kan aksepteres. Når en klage over nektet innsyn blir behandlet i to instanser må det godtas at saksbehandlingstiden blir noe lengre, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 4 (1981-1982) s. 42.

Skatt vests begrunnelse for den lange saksbehandlingstiden synes i hovedsak å være at saken har reist kompliserte rettslige spørsmål. På generelt grunnlag kan det at en innsynssak er komplisert eller omfatter en stor dokumentmengde, være forhold som legitimerer en lengre saksbehandlingstid enn de utgangspunkter som er antydnet ovenfor. Forutsetningen må likevel være at den lengre saksbehandlingstiden er nødvendig ut fra hensynet til et materielt riktig resultat på innsynsspørsmålet, og at forvaltningsorganet sørger for en rimelig fremdrift i saken. Det må i denne sammenheng også ses hen til partens interesse i å få avgjort innsynsspørsmålet i forvaltningen, bl.a. med tanke på å kunne bringe et eventuelt avslag inn for domstolene eller ombudsmannen.

I As tilfelle gikk det over én måned fra avslaget på innsyn ble påklaget til Xs ligningskontor til klagen ble oversendt Hordaland fylkeskontor. Allerede dette må – i hvert fall som et utgangspunkt – antas å ligge i grenseområdet for hva som kan anses som forsvarlig saksbehandlingstid totalt sett. Det påfølgende tidsforløpet på over 18 måneder frem til Skatt vests endelige avgjørelse i saken må under enhver omstendighet anses å ligge langt utenfor grensene av det som med rimelighet kan anses som akseptabel saksbehandlingstid i innsynssaker.

3. Konklusjon

Behandlingstiden knyttet til As klage over nektet innsyn overskred klart de rammer som må anses å gjelde ved klager over nektet innsyn etter ligningsloven § 3-4 nr. 1. Det var også en saksbehandlingsfeil at det mens saken var til behandling ikke ble sendt forelø-

pig svar med opplysninger om når saken kunne forventes ferdigbehandlet.

As klage over nektet innsyn er nå ferdigbehandlet hos Skatt vest. Sett hen til at det foreligger et brudd på de krav som gjelder til saksbehandlingstiden i saker om partsinnsyn, synes det imidlertid nødvendig at Skatt vest går gjennom sine rutiner for håndtering av slike saker. Jeg ber om at Skatt vest holder meg orientert om sin videre oppfølging i denne sammenheng.»

I etterkant av ombudsmannens uttalelse utarbeidet Skatt vest nye skriftlige rutinebeskrivelser for håndtering av innsynssaker. Av de nye rutinebeskrivelsene fremgikk det bl.a. at begjæringer om innsyn i utgangspunktet skulle avgjøres samme dag, og iallfall innen 3 virkedager. Tilsvarende tidsrammer gjaldt for oversending av klager over nektet innsyn til klageinstansen. Dersom det var særlige forhold som tilsa at behandlingen av en innsynsbegjæring eller klage ville overstige 3 virkedager, skulle det sendes ut foreløpig svar umiddelbart.

13.

Mangelfull journalføring i sak om tilsetjing av barneombod

(2008/381)

Barne- og likestillingsdepartementet hadde ikkje journalført søknader og andre inn- og utgåande dokument i samband med tilsetjing av nytt barneombod. Departementet hevda at det hadde fått aksept for denne praksisen frå Riksarkivaren. De vidare undersøkingane i saka viste at dette ikkje var tilfellet.

Ombudsmannen uttalte at stillingssøknader og andre inn- og utgåande dokument i tilsetjingssaka skulle vorte journalført, og at det i den konkrete saka også skulle vore nytta eit arkivsystem som følgde Noark-standarden. Departementet fekk også kritikk for å ha freista å legitimere den mangelfulle journalføringa ved å vise til ei ikkje-eksisterande godkjenning frå Riksarkivaren.

Departementet la etter dette om rutinane sine, slik at alle søknader i alle tilsetjingssaker hos departementet skulle verte journalført.

Journalist A klaga til ombudsmannen over manglende journalføring hos Barne- og likestillingsdepartementet i samband med sak om tilsetjing av nytt barneombod. I klagen hevda han mellom anna at stillingssøknader og andre inn- og utgåande dokument i saka ikkje hadde vorte journalført. Vidare klaga han over at han ikkje hadde fått tilgang til ei liste over dokumenta i saka.

Dei nærmare undersøkingane av saka stadfesta at departementet ikkje hadde journalført stillingssøkna-

dene, og at dette var i tråd med alminneleg praksis i departementet. Departementet viste til at det i tilsetjingssaker vart nytta eit eige saksbehandlingssystem, «Jobbport», som ikkje var kompatibelt med systemet «Doculive», som elles vart nytta i departementet. Mens Doculive følgde den såkalla Noark-standarden og var direkte knyta til departementet sin postjournal, gav Jobbport ikkje moglegheiter for journalføring. Dokument som var lagra i Jobbport måtte derfor skrivast ut og verte registrert i Doculive for å komme med i journalen. Departementet hadde som praksis å gjere dette med kunngjeringssteksten, den offentlege søkjarlista, tilsetjingsvedtaket, det utarbeidde tilbods brevet og arbeidsavtalen med søkeren som vart tilsatt. Stillingssøknader og andre inn- og utgåande vart derimot ikkje journalført. Departementet meinte å ha fått aksept for denne praksisen frå Riksarkivaren, og viste i denne samanhengen til eit referat frå eit møte med representantar for Riksarkivet.

Som følge av opplysningane frå departementet, vart det funne tenleg å be om ei fråsegn frå Riksarkivaren. I brevet herfrå vart det spurt om Riksarkivaren var samd i at departementet hadde fått aksept for journalføringspraksisen sin, og om dette i så fall var å sjå på som ein dispensasjon frå dei alminnelege journalføringsreglane. Det vart også spurt om Riksarkivaren hadde som praksis å gi munnlege dispensasjonar.

I svarbrevet til ombudsmannen opplyste Riksarkivaren at det aldri var gjeve nokon dispensasjon eller aksept som kunne legitimere departementet sin journalføringspraksis i tilsetjingssaker. Riksarkivaren hadde heller ikkje som praksis å gi dispensasjonar munnleg eller gjennom møtoreferat. Under alle omstende låg det utanfor myndigheita til Riksarkivaren å dispensere frå den alminnelige plikta til å journalføre inn- og utgåande dokument, jf. forskrift 11. desember 1998 nr. 1193 om offentlege arkiv (arkivforskrifta) §§ 2-6 og 2-7. Derimot kunne Riksarkivaren dispensere frå plikta til å nytte eit arkivsystem som følgjer Noark-standarden, jf. arkivforskrifta § 2-9. Det var gitt ein generell dispensasjon frå denne plikta for tilsetjingssaker. Dispensasjonen gjaldt likevel ikkje for stillingssøknader til dei 2-3 øvste stillingskategoriane i eit organ. Søknadene i saka om tilsetjing av barneombod skulle derfor under alle omstende vorte journalført i Doculive eller eit anna Noark-basert arkivsystem.

Svaret frå Riksarkivaren vart oversendt departementet, som i eit nytt brev til ombudsmannen erkjente at journalføringa i saka om nytt barneombod ikkje var i tråd med gjeldande regelverk. Etter at A hadde brakt saka inn for ombudsmannen, hadde stillinga som barneombod vorte lyst ut på nytt, og denne gongen hadde alle søknader vorte journalført i Doculive.

Departementet hadde også satt ned ei arbeidsgruppe som mellom anna ville sjå på departementet sine rutinar for journalføring i tilsetjingsaker.

Ved avslutninga av saka uttalte eg:

«1. Plikt til å journalføre

Det følgjer av arkivforskrifta § 2-6 første ledd andre punktum at eit forvaltningsorgan pliktar å journalføre «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». Arkivforskrifta § 2-7 gir nærmare føresegn om kva slags opplysningar journalen skal innehalde.

Søknader i ei sak om tilsetjing er klart nok omfatta av journalføringsplikta etter arkivforskrifta § 2-6. Det same vil normalt gjelde for dei aller fleste andre inn- og utgåande dokument i saker om tilsetjing. I første rekkje er det derfor berre dokument som vert rekna som organinterne etter arkivforskrifta §§ 1-1 til 1-3 som forvaltningsorganet ikkje treng å journalføre, jf. § 2-6 første ledd tredje punktum.

Barne- og familiedepartementet handla såleis i strid med arkivforskrifta §§ 2-6 og 2-7 når søknader til stillinga som barneombod, og andre inn- og utgåande dokument i saka, ikkje vart ført inn i ein offentlig journal. Eg forstår brevet frå departementet 28. april 2008 slik at departementet er samd i dette, og at departementet for framtida vil sørge for at slike dokument vert journalført.

2. Plikt til å nytte Noark-standarden ved journalføring

Etter arkivforskrifta § 2-9 skal forvaltninga normalt nytte eit arkivsystem som følgjer krava i Noark-standarden til journalføring. I vedtak 3. juli 2007 har Riksarkivaren gitt dispensasjon frå denne plikta i tilsetjingssaker der det vert nytta eigne saksbehandlingssystem som ikkje følgjer Noark-standarden. Dispensasjonen gjeld etter ordlyden berre for dokument som har med stillingssøknader å gjere, og som «ikke er bevaringsverdige for ettertiden». I pkt. 1 i vedtaket er det dessutan presisert at dokument som skal forvarast for ettertida etter kapittel III til V i forskrift 1. desember 1999 nr. 1566 om utfyllende tekniske og arkivfaglige bestemmelser om behandling av offentlege arkiver, må overførast til eit Noark-basert saks-/arkivsystem og journalførast der. Etter vedtaket gjeld dette primært søkjarlister, tilsetjingsprotokollar og søknader til dei to-tre øvste stillingskategoriane i eit forvaltningsorgan.

Stillinga som barneombod er frå eit administrativt synspunkt den øvste stillingskategorien ved Barneombodet sitt kontor, som må reknast som eit eige forvaltningsorgan. Barneombodet har dessutan ei sentral og synleg rolle i den norske samfunnet. Det

kan derfor ikkje vere tvilsamt at søknader til denne stillinga har bevaringsverdi for framtida. Følgjelig hadde Barne- og likestillingsdepartementet plikt til å journalføre alle søknadene til stillinga som barneombod i Doculive eller eit anna Noark-basert arkivsystem. Eg forstår brevet frå departementet 28. april 2008 slik at departementet også er samd i dette.

3. Rett til innsyn i journal

Etter offentlighetsloven § 2 andre ledd andre punktum, jf. første punktum har einkvar rett til å krevje innsyn i forvaltninga sine journalar. Mens § 6 nr. 4 opnar for at det kan gjerast unntak frå innsyn for dokument i saker om tilsetjing, finst det ikkje noko tilsvarende føresegn for *journalen* knytt til slike saker. Her har altså den som ber om det krav på å få tilgong til ein journal som er ført i samsvar med arkivforskrifta §§ 2-6 og 2-7. Opplysningar om dokument som etter § 2-7 skal journalførast, men som allmenta ikkje skal ha innsyn i, kan likevel sladdast eller på annan måte takast bort frå den offentlege journalen.

Eg forstår departementet slik at grunnen til at A ikkje fekk innsyn i journalen i saka om tilsetjing av barneombod, var at dei fleste dokumenta aldri vart journalført, og at Jobbport ikkje gjorde det mogleg å skrive ut ei liste som i innhald tilsvare ei offentlig journal. Eg finn det ikkje tenleg å gå inn på spørsmålet om det reint faktisk hadde vore mogleg for departementet å gjeve A tilgong til ei utskrift frå Jobbport. Som det går fram ovanfor var den manglande journalføringa i saka i strid med arkivforskrifta §§ 2-6 og 2-7. Dette har altså også ført til at departementet ikkje har sett seg i stand til å oppfylle pliktene etter offentlighetsloven § 2 andre ledd andre punktum.

4. Forholdet til Riksarkivaren

I sitt første brev hit hevda Barne- og likestillingsdepartementet at Riksarkivaren hadde gitt munnleg aksept for den journalføringspraksisen departementet følgde i tilsetjingssaker. Det vart i denne samanhengen mellom anna vist til referat frå eit møte mellom representantar frå Riksarkivet og departementet. Behandlinga av saka her har vist at departementet ikkje hadde dekning for denne påstanden, og at Riksarkivaren heller ikkje hadde høve til å dispensere frå plikta til å journalføre etter arkivforskrifta §§ 2-6 og 2-7.

Eg kan ikkje sjå at møterefateret som Barne- og likestillingsdepartementet har vist til gav departementet rimeleg grunn til å tru at Riksarkivaren meinte at journalføringsrutinane i departementet var i samsvar med gjeldande regelverk. Ansvar for å sjå til at journalføringsrutinane var tilfredsstillande låg dessutan under alle omstende hos departementet sjølv. At departementet har freista å legitimere dei mangelfulle rutinane ved å vise til ei ikkje-eksisterande godkjenning frå Riksarkivaren, var uheldig og

kunne svekke både tilliten til departementet og respekten for Riksarkivaren sin faglege integritet.

5. Konklusjon

Barne- og likestillingsdepartementet har brote arkivforskrifta §§ 2-6 og 2-7 ved at ikkje alle inn- og utgåande dokument i saka om tilsetjing vart journalført. Dei innkomne jobbsøknadane skulle dessutan vorte journalført i eit Noark-basert arkivsystem, jf. arkivforskrifta § 2-9 og Riksarkivarens vedtak om journalføring av stillingssøknader. Som følgje av den manglande journalføringa har departementet også brote offentlighetsloven § 2 andre ledd andre punktum, jf. første punktum ved at A ikkje fekk innsyn i journal over dokumenta i saka. Det er også kritikkverdig at departementet har freista å legitimere dei mangelfulle journalføringsrutinane sine ved å vise til ei ikkje-eksisterande godkjenning frå Riksarkivaren.

Barne- og likestillingsdepartementet har vedgått at journalføringa i saka om tilsetjing av nytt barneombod ikkje var i samsvar med dei lovpålagde pliktene, og har også opplyst at det er utarbeidd forslag til nye rutinar for journalføring i slike saker. Eg ber om å få tilsendt kopi av dei nye rutinane til orientering så snart desse er ferdige.»

Barne- og likestillingsdepartementet sendte seinare over dei nye rutinane sine for behandling av tilsetjingssaker. I følgje desse rutinane skulle alle søknader i alle tilsetjingssaker som departementet hadde ansvaret for, verte journalført.

14.

Arkivering og journalføring i saker om dokumentinnsyn

(Sak 2008/171)

Arbeids- og inkluderingsdepartementet hadde ikke som praksis å journalføre begjæringer om dokumentinnsyn og andre dokumenter knyttet til førstegangsbehandlingen av innsynssaker. I forbindelse med en sak som ble behandlet hos ombudsmannen, hadde departementet også gitt uriktig informasjon om sine rutiner for arkivering av innsynsbegjæringer.

Ombudsmannen uttalte at den manglende journalføring av innsynsbegjæringer m.v. var i strid med gjeldende regelverk. I tillegg ble det rettet kritikk mot at departementets rutiner for arkivering av slike dokumenter ikke syntes tilstrekkelig kjent blant departementets ansatte, og at ombudsmannen som følge av dette ikke hadde fått oversendt de dokumenter og opplysninger han hadde krav på.

I forbindelse med en klage til ombudsmannen over nektet dokumentinnsyn hos Arbeids- og inkluderingsdepartementet, ble departementet bedt om å

oversende sakens dokumenter, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 7 første ledd. Blant dokumentene som ble oversendt manglet både innsynsbegjæringen og departementets avgjørelse ved førstegangsbehandlingen av denne. Forklaringen som ble gitt på dette i oversendelsesbrevet var at innsynsbegjæringen og avslaget hadde blitt sendt elektronisk, og således ikke eksisterte i papirs form.

Etter en gjennomgang av saksdokumentene, ble det ikke funnet grunn til å undersøke den konkrete klagen over nektet dokumentinnsyn nærmere. Det ble imidlertid besluttet å be om en generell redegjørelse for departementets rutiner for arkivering og journalføring av dokumenter i innsynssaker. Departementet ble i denne sammenheng bedt om å vurdere rutinene opp mot journalføringsplikten etter forskrift 11. desember 1998 nr. 1193 om offentlige arkiv (arkivforskriften) § 2-6. I tillegg ble det spurt om departementet anså rutinene å være i tråd med alminnelige krav til god forvaltningsskikk, og med hensynet til å kunne foreta en effektiv overprøving av avgjørelser i innsynssaker.

I sitt svarbrev opplyste departementet at alle innkomne innsynsbegjæringer ble lagret både elektronisk og i papirform. At det var gitt uttrykk for noe annet i departementets tidligere brev skyldtes således en misforståelse innad i departementet. Videre ble det opplyst at verken innsynsbegjæringer eller avgjørelser ved førstegangsbehandling av slike begjæringer ble journalført. Etter departementets syn falt slike dokumenter utenfor journalføringsplikten etter arkivforskriften § 2-6 fordi de ikke kunne anses som «saksdokumenter» i forskriftens forstand, og fordi de dessuten ikke kunne anses å være gjenstand for reell saksbehandling hos departementet. Ved klager over nektet innsyn ville imidlertid klagesaken få et eget saksnummer, og dokumentene i klagesaken ville også bli journalført på lik linje med andre saksdokumenter.

For øvrig opplyste departementet at alle innsynsbegjæringer ble registrert på de dokumentene begjæringene gjaldt. En slik registrering inneholdt bl.a. opplysninger om hvem som hadde begjært innsyn og når begjæringen ble fremsatt. Ved hel eller delvis nektelse av innsyn, ble også begrunnelsen for dette registrert. Etter departementets syn tilfredsstilte denne ordningen alminnelige krav til god forvaltningsskikk, og også hensynet til en effektiv overprøving av avgjørelser i innsynssaker.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. *Plikt til å journalføre dokumenter i innsynssaker*

Hovedregelen om forvaltningsorganers journalføringsplikt finnes i arkivforskriften § 2-6 første ledd annet punktum:

«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.»

Som «saksdokument for organet» regnes etter offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 3 første ledd første punktum «dokumenter som er kommet inn til eller lagt frem for et slikt organ». Verken ordlyden i eller forarbeidene til lovbestemmelsen tilsier at en innkommet begjæring om dokumentinnsyn som er fremsatt per brev eller e-brev faller utenfor offentlighetslovens saksdokumentbegrep. Jeg viser i denne sammenheng også til Justis- og politidepartementet, Veileder i offentlighetsloven (2003) s. 21 flg., hvor det bl.a. heter:

«Det må trekkes en grense mot dokumenter som befinner seg i et forvaltningsorgan i original eller kopi, men som ikke har en tilknytning som nevnt. Det dreier seg her først og fremst om dokumenter som en medarbeider i forvaltningsorganet har mottatt på arbeidsplassen i en annen egenskap enn som embets- eller tjenestemann eller politiker i organet ...

Så lenge et dokument ikke anses som et privat dokument, vil dokumentet i all hovedsak måtte anses som 'forvaltningens saksdokumenter' dersom det finnes i et forvaltningsorgan.»

En innsynsbegjæring som er fremsatt per brev, e-brev eller på annen måte som er dekket av dokumentbegrepet etter offentlighetsloven § 3 første ledd annet punktum, er etter dette å anse som «saksdokument for organet» i relasjon til arkivforskriften § 2-6 første ledd. Det samme gjelder for forvaltningsorganets utgående avgjørelse i innsynssaken.

For at journalføringsplikten etter arkivforskriften § 2-6 skal inntre, må det aktuelle dokumentet også «være gjenstand for saksbehandling» og dessuten ha «verdi som dokumentasjon». Etter offentlighetsloven § 9 plikter et forvaltningsorgan å avgjøre enhver innkommet begjæring om innsyn i forvaltningsorganets saksdokumenter, og det kan derfor ikke være tvilsomt at begjæringen skal være gjenstand for saksbehandling hos organet. Det kan heller ikke anses tvilsomt at innsynsbegjæringen, forvaltningens avgjørelse, og andre dokumenter knyttet til behandlingen av innsynssaken, har en dokumentasjonsverdi. For eksempel vil slike dokumenter kunne ha betydning for å dokumentere forvaltningsorganets praksis i saker om dokumentoffentlighet, eller ved en eventuell klage til ombudsmannen.

Etter dette har forvaltningsorganer en plikt til å journalføre innkomne innsynsbegjæringer som fremsettes elektronisk eller i papirform. Det samme gjel-

der for forvaltningsorganets avgjørelse i innsynssaken. Dette standpunkt er også lagt til grunn av Fønnes, Arkivhåndboken for offentlig forvaltning (Komuneforlaget 2000) s. 231.

Selv om en innsynsbegjæring må anses som et saksdokument etter arkivforskriften § 2-6, innebærer ikke det nødvendigvis at begjæringen må anses som en del av det sakskompleks innsynsbegjæringen retter seg mot. I utgangspunktet kan det derfor ikke være noe i veien for at dokumenter i innsynssaker journalføres under et annet saksnummer enn det dokumentet det er begjært innsyn i. Det sentrale er at forvaltningsorganet må påse at journalføringen av dokumenter i innsynssaker skjer på en måte som er forenlig med arkivforskriften og øvrig relevant regelverk.

2. Departementets rutiner for arkivering av dokumenter i innsynssaker

Departementet har opplyst at alle innsynsbegjæringer blir lagret både elektronisk og i papirform. Slik saken er opplyst, finner jeg ikke grunn til å kritisere departementets alminnelige rutiner for arkivering av dokumenter i innsynssaker. Departementets brev hit synes imidlertid å tyde på at disse rutinene ikke er tilstrekkelig kjent blant departementets ansatte. I dette tilfellet har denne manglende kunnskapen medført at departementet ikke oversendte de saksdokumenter som ombudsmannen hadde bedt om, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 7 første ledd, og at ombudsmannen ble gitt uriktige opplysninger om gjeldende rutiner. Jeg ber derfor departementet vurdere hvilke tiltak som er nødvendige for å sørge for at departementets rutiner for arkivering av innsynsbegjæringer og andre saksdokumenter i innsynssaker blir gjort tilstrekkelig kjent for departementets ansatte.

3. Konklusjon

Arbeids- og inkluderingsdepartementets manglende journalføring av innsynsbegjæringer og andre inn- og utgående dokumenter i innsynssaker er i strid med arkivforskriften § 2-6. Behandlingen av saken tyder dessuten på at departementets rutiner for arkivering av saksdokumenter i innsynssaker ikke er tilstrekkelig kjent blant departementets tilsatte.

Departementet bør legge om sine rutiner for journalføring av saksdokumenter i innsynssaker slik at disse blir i overensstemmelse med arkivforskriftens bestemmelser. Det bes om at departementet holder meg orientert om den videre utviklingen i denne forbindelse.»

15.

Taushetsplikt for testresultater

(Sak 2007/2121)

Saken reiste spørsmål om innsyn i informasjon om testresultater for kjemikalier som ble benyttet ved leteboring i Barentshavet ville innebære brudd på taushetspliktsreglene i produktkontrolloven § 11.

Etter å ha undersøkt saken, fant ombudsmannen at det kunne stilles spørsmål om saken var tilstrekkelig opplyst da Miljøverndepartementet traff sitt vedtak om å gi delvis innsyn i slik informasjon. Ombudsmannen mente videre at det var tvilsomt om departementet hadde tolket produktkontrolloven § 11 riktig, i det også opplysninger som konkurrenter for så vidt kan tilegne seg, men som krever betydelige ressurser å få tak i, vil kunne være omfattet av taushetspliktsbestemmelsen.

Greenpeace ba Statens forurensningstilsyn (SFT) om innsyn i informasjon om testresultater for kjemikalier som benyttes ved leteboring i Barentshavet. SFT avslo innsynsbegjæringen, med den begrunnelse at opplysningene var underlagt taushetsplikt. Greenpeace påklaget avslaget til Miljøverndepartementet, som ga delvis innsyn.

European Oilfield Speciality Chemicals Association (heretter EOSCA) er en interesseorganisasjon som representerer enkelte av de kjemikalieprodusentene som omfattes av vedtaket. EOSCA mente at en gjennomføring av Miljøverndepartementets vedtak ville føre til at den lovbestemte taushetsplikt ble brutt, og klaget departementets avgjørelse inn for ombudsmannen.

SFT mottar informasjon om de aktuelle kjemikaliene i forbindelse med tillatelse til boring etter forurensningsloven 13. mars 1981 nr. 6 § 11. Om informasjonen heter det følgende i Miljøverndepartementets vedtak:

«Informasjonen er gitt i samsvar med prosedyrene for notifisering under OSPAR (Oslo-Paris konvensjonen om beskyttelse av det marine miljø i det Nord-østlige Atlanterhav) og omfatter blant annet opplysninger om kjemikalienes sammensetning, klassifisering og egenskaper. Informasjonen er samlet i et såkalt HOCNF-datablad (Harmonised Offshore Chemical Notification Format). Informasjonen i HOCNF-databladet er underlagt en avtale om konfidensialitet mellom brukerne og er kun tilgjengelig for en begrenset krets av personer.

Informasjonen om kjemikalienes sammensetning, klassifisering, egenskaper, faremomenter og forhåndsregler er også sammenfattet i kjemikalienes helse-, miljø- og sikkerhetsdatablader (HMS-datablader) i henhold til forskrift 19. desember 1997 nr. 1323 om utarbeidelse og distribusjon av helse-, miljø- og sikkerhetsdatablader for farlige kjemikalier. Opplysninger i HMS-databladene er tilgjengelige for offentligheten, men

de er mindre omfattende enn opplysningene i HOCNF.»

Etter innsynsbegjæring fra Greenpeace traff SFT vedtak om ikke å gi innsyn utover det som fremgår av HMS-databladene, klassifiseringen i fargekategori etter OSPARs system for klassifisering samt noe ytterligere informasjon mottatt fra produsentene på bakgrunn av en særskilt henvendelse.

Greenpeace påklaget vedtaket til Miljøverndepartementet, og krevde «full informasjon» om syv kjemikalier.

Departementet tok utgangspunkt i Grunnloven § 110 b annet ledd om miljøinformasjon, og produktkontrolloven 11. juni 1976 nr. 79 § 9 som gir «enhver rett til å få informasjon fra et offentlig organ» om visse produkter. Det heter i vedtaket:

«Unntak gjelder etter produktkontrolloven § 9 fjerde ledd, jf. § 11 for informasjon som er underlagt taushetsplikt. ... Taushetsplikten etter § 11 omfatter informasjon om blant annet produktets sammensetning og egenskaper og andre forretningshemmeligheter som andre foretak vil kunne utnytte til sin egen drift til skade for det foretaket som har gitt opplysningen. Det følger av dette at det er en forutsetning for å omfattes av taushetsplikten at informasjonen faktisk er hemmelig, det vil si at den ikke er kjent eller tilgjengelig. I tillegg må det ha konkurransemessig betydning å hemmeligholde informasjonen. Departementet presiserer at unntaket ikke gjelder hele formatet eller databasen som informasjonen eksisterer i, men at det er det konkrete innholdet i opplysningene som må vurderes om er underlagt taushetsplikt.

Dersom informasjonen er omfattet av taushetsplikten, skal det etter § 11 annet ledd likevel gis opplysninger om kjemikaliets helse- og miljøskadelige virkning, om nødvendig årsaken til den og opplysninger om forhåndsregler for å hindre eller redusere virkningene. Slike opplysninger vil som hovedregel være tilgjengelig i kjemikaliets HMS-datablad.»

Departementet nektet innsyn i informasjon om kjemikalienes sammensetning, ettersom det ble ansett å være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde informasjon om den nøyaktige sammensetningen av kjemikaliene.

Det ble imidlertid funnet grunn til å gi delvis innsyn i informasjon om kjemikalienes *egenskaper*. Departementet fant at testresultater for stoffer som var oppført i HMS-databladet, og følgelig allerede var kjent for allmennheten, var lett tilgjengelig for enhver som ønsket å få utført slike tester. Informasjonen i HOCNF om disse stoffenes testresultater kunne derfor ikke sies å være hemmelig.

Når det gjaldt stoffer som *ikke* var oppført i HMS-databladet, mente departementet at nøyaktig informasjon om testresultater kunne gjøre trente kjemikere i stand til å finne ut sammensetningen av kje-

mikaliet. Departementet anså at «slik detaljert informasjon er omfattet av taushetsplikten, og innsyn kan ikke gis».

Etter departementets syn var imidlertid taushetsplikten ikke til hinder for at det kunne gis innsyn i «mindre detaljert» informasjon om stoffenes egenskaper ved at testresultater angis innenfor et begrenset intervall, «for eksempel 5-10 %, og uten at det oppgis hvilket stoff som er testet».

Departementet kunne heller ikke se at informasjon om *hvilke tester* som var brukt for de enkelte stoffene kunne være av forretningsmessig betydning å holde skjult. Kravene til testing fremgår av aktivitetforskriften 3. september 2001 nr. 1157 § 56 a, og er standardiserte OECD-tester.

Etter at departementet hadde truffet sitt vedtak, sendte SFT et brev der det ble redegjort for den praktiske gjennomføringen av vedtaket. Når det gjaldt informasjonen om kjemikalienes egenskaper og testmetoder i HOCNF-databladene, var disse dataene ikke inkluderte i selve søknadsdokumentet, men SFT hadde tilgang til informasjonen fra Chems-databasen, som driftes av KPD (Kjemikalie Produkt Data)-senteret. Slik jeg har forstått partene, er det likevel ikke uenighet om at HOCNF-databladene «foreligger» hos SFT, jf. produktkontrollloven § 9.

Ettersom data i Chems-databasen var beskyttet av konfidensialitetsavtaler, kunne ikke operatøren uten videre frigjøre dataene. SFT slo fast at leverandørene, når det kom en innsynsbegjæring inn til SFT, selv måtte utarbeide et oppsett av informasjon om testmetode og testresultater, og formidle dette til den som begjærte innsyn, via SFT.

SFT fastsatte også hvilke konkrete intervaller testresultatene måtte oppgis innenfor for de ulike testene.

I klagen til ombudsmannen fremholdt EOSCA at Miljøverndepartementet hadde feiltolket begrepet «forretningshemmeligheter» i produktkontrollloven § 11. Etter klagers syn var selve testresultatene konkurransesensitive, idet produsentene hadde investert betydelige ressurser i disse for å tilfredsstille offentligrettslige krav. EOSCA fremholdt at testing av enkelte komponenter utgjorde en vesentlig del av forsknings- og utviklingsprosessen, og det var derfor ikke riktig at testresultatene var lett tilgjengelige for enhver som ønsket å få utført slike tester.

For stoffer som *ikke* var oppført i HMS-databladet, bestred EOSCA at offentliggjøring av testresultater innenfor et begrenset intervall forhindrer konkurranter fra å identifisere bestanddeler i produktet. Dette bl.a. fordi de foreslåtte intervallene var for små til å anonymisere resultatene tilstrekkelig. EOSCA mente en erfaren kjemiker vil kunne finne sammensetningen av et produkt på bakgrunn av testresultatene, selv dersom testresultatene angis innenfor et be-

grenset intervall og uten å navngi stoffet. I klagen er det presentert en rekke eksempler som belyser dette.

Endelig hevdet EOSCA at det var i strid med legalitetsprinsippet at SFT påla produsentene å fremskaffe informasjonen i et format som kan formidles tredjemenn.

Miljøverndepartementet ble bedt om å kommentere EOSCAs anførsler. Det ble bedt om en redegjørelse for departementets forståelse av begrepet «forretningshemmeligheter» i produktkontrollloven § 11. I forhold til de stoffene som ikke var kjent for allmennheten, ble departementet bedt om å redegjøre for sitt syn på muligheten for individualisering av enkeltkomponenter i et stoff basert på testresultater offentliggjort med de konkrete intervallene SFT hadde foreslått. Videre ble departementet spurt om hvilket grunnlag det hadde for å slutte at det ikke ville være mulig å identifisere enkeltkomponenter etter en slik offentliggjøring, herunder om det hadde blitt foretatt noen form for undersøkelser relatert til dette i forkant av vedtaket. Departementet ble også bedt om å redegjøre for sitt syn på hvilke konsekvenser slik offentliggjøring ville få for produsentene. Endelig ble det bedt om en redegjørelse for offentlighetens behov for offentliggjøring.

1. Miljøverndepartementets syn på saken

Miljøverndepartementet viste til at klagevedtaket ikke ga økt innsyn i sammensetningen av produkter, men gjaldt informasjon om produkters virkning for det ytre miljø. Dette lå i kjerneområdet for retten til miljøinformasjon slik dette er grunnlovsfestet i Grunnloven § 110 b.

Stoffer kjent for allmennheten

Departementet fremholdt at testresultater som er fremkommet gjennom bruk av en standardisert OECD-test på et stoff som er allment kjent, vanskelig kan sies å være en «hemmelighet iht. produktkontrollloven § 11». Andre operatører i samme bransje ville etter departementets syn «med enkelhet kunne få innsyn i samme opplysninger ved å teste stoffet». Det ble også pekt på at testresultater var i ytterkant av det som naturlig kan sies å være forretningsforhold som dekkes av bestemmelsen.

Stoffer som ikke er kjent for allmennheten

I forhold til testresultater for stoffer som ikke er kjent for allmennheten, fastholdt departementet at innsyn ville kunne gis i intervaller uten at mottakeren ville være i stand til å identifisere enkeltkomponenter. Departementet erkjente at det i noen tilfeller ville være behov for å bruke større intervaller enn de 5-10 % som ble antydnet i vedtaket, og opplyste at det kunne være aktuelt med offentliggjøring i intervaller på 0-50 %. Slike unntak måtte imidlertid foreslås og be-

grunnes konkret fra leverandør av kjemikaliene. Departementet hadde «forutsatt at SFT i dialog med bransjen fastsetter de nærmere intervallene, men at prinsippet i klagevedtaket følges». Det ble uttrykt forståelse for at SFT hadde behov for å ha standardiserte intervaller som et utgangspunkt, men departementet hadde i forbindelse med ombudsmannssaken understreket overfor SFT at det kunne være behov for fleksibilitet i konkrete saker.

Om hvilke undersøkelser som var gjort, skrev departementet:

«Det ble ikke foretatt konkrete vurderinger av de syv stoffene i forhold til et slikt intervall. Det er i denne sammenheng viktig å fremheve at det ikke er mulig for offentlige myndigheter å ha detaljkunnskap om markedsforholdene for alle stoffer og kjemikalier. Antallet offshorekjemikalier er betydelig. Miljøverndepartementet og SFT er derfor avhengig av å få innspill fra produsenter og leverandører for å fastsette et nærmere intervall for de enkelte stoffer i innsynssaker. Det å innhente ekstern ekspertise fra forskningsmiljøer vil være svært ressurskrevende og reiser nye spørsmål om innsyn og taushetsplikt.»

Opplysninger om testmetoder

Departementet kunne ikke se at opplysninger om hvilke testmetoder som var brukt, kunne være omfattet av taushetsplikten. De aktuelle testene er standard OECD-tester som i seg selv er offentlige. Informasjon om hvilken testmetode som er brukt, kunne gjøre at konkurrenter benytter samme testmetode for sine produkter uten først å prøve en annen og mindre egnet metode. Departementet mente det ville være en svært vidtrekkende forståelse av produktkontrollen § 11 dersom det skulle tilsi at informasjonen var taushetsbelagt.

Behovet for offentlighet

Departementet mente offentligheten hadde en betydelig interesse i kjemikalienes egenskaper og testmetoder. Den type informasjon det er tale om gjelder kjemikalienes påvirkning på det ytre miljø. Departementet fremholdt at:

«Uten denne typen informasjon vil miljøorganisasjoner som Greenpeace, og for så vidt også andre private, ikke være i stand til å etterprøve og imøtegå de vurderinger offentlige myndigheter gjør i sin saksbehandling og derved vanskeliggjøre klage over vedtak. Greenpeace er en organisasjon med betydelig kompetanse på området og har som en av sine roller å etterprøve miljømyndighetenes vurderinger. HMS-databladet er ikke nøyaktig nok til å muliggjøre dette.»

Rettslig grunnlag for pålegget om å produsere informasjonen i et format egnet for offentliggjøring.

Miljøverndepartementet pekte på at offentligheten uansett kunne kreve den aktuelle informasjonen direkte fra produsent etter produktkontrollen § 10, og mente at SFT ikke hadde ment å pålegge nye plikter, men utelukkende forsøkt å sikre at innsynsbegjæringer ble behandlet på en god og betryggende måte.

2. EOSCAs kommentarer

Forståelsen av «forretningshemmeligheter»

I sine kommentarer til Miljøverndepartementets svarbrev fremholdt EOSCA at opplysningene om testresultater og testmetoder som departementet ville offentliggjøre, var «forretningshemmeligheter» i produktkontrollen § 11s forstand. I kravet om at det måtte dreie seg om en hemmelighet, lå det ifølge EOSCA at opplysningene ikke må være alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder. At produsenter i samme bransje kunne få innsyn i opplysningene ved å utføre de samme kostbare og tidkrevende testene, kunne vanskelig sies å gjøre testmetodene og testresultatene alminnelig kjent eller enkelt tilgjengelig for disse.

EOSCA kunne heller ikke se at testresultater var i ytterkant av det som var dekket av bestemmelsen. Det ble pekt på at produktenes «egenskaper» og «forskningsmetoder» eksplisitt var nevnt i produktkontrollen § 11.

De offentligrettslige krav som stilles til produktene, herunder de omfattende krav som stilles til utvikling og testing, var en viktig del av forsknings- og utviklingsprosessen. Slike opplysninger vil kunne bli brukt på tilsvarende måte i konkurrentenes egne virksomheter. Konkurrentene vil da kunne unngå å legge ned betydelige kostnader i utvikling og testing.

EOSCA fastholdt at trente kjemikere ville kunne lese seg frem til produktets sammensetning også ved offentliggjøring i intervaller, og dermed kunne plagiere produktene. Dette gjaldt også ved bruk av svært vide intervaller.

Behovet for offentliggjøring

EOSCA mente det bare var i grensetilfellene det var aktuelt å tillegge offentlighetens behov for innsyn vekt ved spørsmålet om en opplysning var taushetsbelagt. Det var ikke tilfellet her.

Uansett har offentligheten tilgang til «omfattende og detaljert kunnskap om kjemikaliene ved produktene HMS-datablader og gjennom den fargekoding som er fastsatt i klassifiseringsforskriften». EOSCA viste til dagjeldende HMS-databladforskrift 16. juli 2002 nr. 1139 § 4 (4) der det fremgikk at HMS-databladet skal ha «tilstrekkelige opplysninger i forhold til farene ved stoffblandingen». Videre fremgikk det

av forskriften § 6 at «[o]pplysningene i helse-, miljø- og sikkerhetsdatabladene skal gjøre det mulig for yrkesmessige brukere å vurdere konsekvensene og trefte de nødvendige tiltak slik at hensynet til helse og sikkerhet på arbeidsplassen og hensynet til det ytre miljø blir ivaretatt».

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Rettslig utgangspunkt

Åpenhet om miljøinformasjon er et viktig virkemiddel i miljøvernpolitikken. Så vel internasjonalt som nasjonalt er det vedtatt en rekke regelsett som søker å sikre borgernes adgang til å delta i miljøverndebatten, og derigjennom effektivisere målsettingen om å bevare miljøkvaliteten. Både Grunnloven § 110 b, miljøinformasjonsloven og produktkontrollloven knesetter en omfattende innsynsrett for allmennheten i miljø saker.

Lovens bestemmelser om innsyn og offentlighet på miljøområdet er avgjørende for å sikre at reglene som er gitt til vern om naturen respekteres. Jeg antar at dette, sammen med den betydelige vekt Stortinget har lagt på miljøinformasjon i sitt lovgivningsarbeid, må få betydning for vurderingen av taushetsplikts spørsmålet og for hvordan dette håndteres og behandles av offentlige myndigheter.

Grunnloven § 110 b slår fast at borgerne er «berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen».

Grunnloven § 110 b tredje ledd forutsetter imidlertid at staten gir nærmere bestemmelser til gjennomføring av grunnsetningene i første og annet ledd. Hvis Stortinget har gitt slike regler, synes forutsetningen å være at det er disse reglene som skal legges til grunn, og at Grunnloven § 110 b første og annet ledd skal anvendes når det gjelder miljøproblemer som lovgiverne *ikke* har tatt stilling til, jf. Innst. S. nr. 163 s. 6. Det er ikke meningen at rettsanvenderen skal overprøve Stortingets vedtak om hvilken løsning som bør velges for å ivareta miljøhensyn, jf. bl.a. ombudsmannens uttalelse inntatt i årsmeldingen for 1999 side 119 (Somb-1999-27).

Så vel EOSCA som Miljøverndepartementet har lagt til grunn at innsynsspørsmålet i denne saken er regulert gjennom produktkontrollloven. Det er tale om produktspesifikk informasjon om syv konkrete kjemikalier, og jeg er enig i dette synspunktet. Det foreliggende spørsmålet må følgelig løses ut fra en tolkning av produktkontrollloven.

Produktkontrollloven § 9 gir enhver rett til å få informasjon fra et offentlig organ om produkter som har eller kan ha virkning som nevnt i lovens § 1. Det er ikke bestridt at de aktuelle kjemikaliene kan ha slike virkninger, og det klare utgangspunkt er derfor at Greenpeace har krav på innsyn i testresultatene.

Spørsmålet er hvorvidt opplysningene er omfattet av taushetspliktreglene i lovens § 11.

2. Nærmere om produktkontrollloven § 11

Produktkontrollloven § 11 første ledd første punktum lyder:

«Med de begrensninger som følger av vedkommendes gjøremål etter loven, skal enhver bevare taushet om det han under utføring av tjeneste eller arbeid etter loven får kjennskap til om produktets sammensetning, egenskaper, produksjonsmetoder, forskningsresultater, planer, prognoser, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers som andre foretak vil kunne utnytte til sin egen drift til skade for det foretaket som har gitt opplysningen.»

Miljøverndepartementet har lagt til grunn at kilder knyttet til forvaltningsloven § 13 er relevant for forståelsen av bestemmelsen. Dette er uttalt både under saksforberedelsen her, og bl.a. i Ot.prp. nr. 2 (1985-86) side 52 og 53. I lys av at formålet bak de to bestemmelsene i all hovedsak er det samme, og at spørsmålet om taushetsplikt i grensetilfelle må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende, er jeg enig i at uttalelser om forvaltningsloven § 13 etter omstendighetene vil ha relevans for forståelsen av taushetspliktsreglene i produktkontrollloven.

Når det er sagt, vil jeg peke på at bestemmelsene til dels har forskjellig ordlyd, og at verken Miljøverndepartementet eller Justis- og politidepartementet fant grunn til å foreslå bestemmelsen i produktkontrollloven opphevet da taushetspliktsreglene i forvaltningslovgivningen ble harmonisert på midten av 80-tallet. Det kan derfor ikke utelukkes at bestemmelsene i enkelte tilfeller vil kunne ha avvikende innhold.

Stoffer kjent for allmennheten

Miljøverndepartementet har lagt til grunn at testresultater som er fremkommet gjennom bruk av en standardisert OECD-test på et stoff som er allment kjent, prinsipielt sett ikke kan være en forretningshemmelighet. Dette er begrunnet med at opplysningene ikke er hemmelige all den tid konkurrentene kan gjennomføre de samme testene.

En slik lovforståelse kan neppe legges til grunn helt uten forbehold. Også opplysninger som konkurrenter for så vidt kan tilegne seg, men som krever betydelige ressurser å få tak i, vil kunne være omfattet av taushetspliktsbestemmelsen. Departementet har fremholdt at informasjonen ikke er hemmelig. Jeg er ikke enig i dette. Testresultatene synes objektivt sett å være hemmelige i den forstand at de ikke er alminnelig kjent.

Ombudsmannen har flere ganger uttalt at formålet med taushetsplikten er å hindre konkurrerende ak-

tører i å kunne utnytte opplysningene på en rettsstridig illojal måte. Taushetsplikten for forretningshemmeligheter skal blant annet beskytte den investering utviklingskostnaden til et produkt representerer. I et tenkt tilfelle der den alt overskyggende del av utviklingskostnadene består i å oppfylle offentlige dokumentasjonskrav, antar jeg at konkurrenter i markedet vil kunne nyttiggjøre seg informasjonen til å skaffe seg en urettmessig fordel i markedet – ved at kostnadene knyttet til de offentlige dokumentasjonskrav unngås. Dette vil nettopp være informasjon konkurrentene «vil kunne utnytte til sin egen drift til skade for det foretaket som har gitt opplysningen», jf. produktkontrollloven § 11.

Selv om denne type informasjon nok må anses å ligge i randsonen av taushetspliktens anvendelsesområde, kan det altså neppe utelukkes på prinsipielt grunnlag. Det må foretas en konkret vurdering av hensynet til offentlighetens interesse i å få innsyn på den ene side, og hensynet til hemmelighold på den annen. På miljørettens område må klart nok prinsippet bak Grunnloven § 110 b legges til grunn, slik at informasjonsplikten og innsynsinteressene gis særlig vekt.

Slik Miljøverndepartementets begrunnelse i klagevedtaket er formulert, foreligger det begrunnet tvil om de forhold som loven krever skal vurderes, har vært vurdert.

Stoffer som ikke er kjent for allmennheten

Hva gjelder offentliggjøring av testresultater for stoffer som ikke er alminnelig kjent, synes uenigheten primært å dreie seg om et faktisk spørsmål: I hvilken grad kan trente kjemikere finne sammensetningen av et produkt på bakgrunn av testresultater offentliggjort innenfor et intervall, og hvor stort må i tilfelle intervallet være?

Som jeg kommer tilbake til nedenfor, mener jeg saken er utilstrekkelig opplyst på dette punkt. Jeg har derfor ikke grunnlag for å uttale meg nærmere om dette spørsmålet.

Opplysninger om testmetoder

Hva gjelder testmetodene, har jeg vært noe i tvil. For at informasjon om dette skal være omfattet av produktkontrollloven § 11, må det i tilfelle være tale om «forretningshemmeligheter ellers» som konkurrenter kan utnytte til sin egen drift til skade for det foretaket som har gitt opplysningen.

Hvilken metode som er brukt, vil for så vidt være hemmelig i den forstand at det ikke er alminnelig kjent. Det kan derfor ikke prinsipielt utelukkes at slik informasjon kan være taushetsbelagt. I dette tilfellet anser jeg imidlertid at testmetodene vanskelig kan anses å være omfattet av taushetsplikten. Dette har en

side mot spørsmålet om hvorvidt testresultatene for disse stoffene er taushetsbelagt. Dersom testresultatene *ikke* er taushetsbelagt, vil neppe produsenten ha noen beskyttelsesverdig interesse i at testmetoden holdes hemmelig. Den interesse produsenten har i hemmelighold av testresultatene, vil i et slikt tilfelle nettopp være vurdert å være for liten til å begrunne taushetsplikt, og spørsmålet kan vanskelig stille seg annerledes for opplysning om hvilken testmetode som er brukt.

Dersom testresultatene *er* taushetsbelagt, vil de naturlig nok ikke kunne gis ut verken til Greenpeace eller andre interesserte. Dersom konkurrentene ikke har tilgang til testresultatene, er det vanskelig å se at informasjon om testmetodene er informasjon konkurrenter kan «utnytte til sin egen drift». Som Miljøverndepartementet påpeker, er testmetodene i utgangspunktet offentlige, og EOSCA har under saksforberedelsen her ikke kunnet godtgjøre at opplysninger om hvilken testmetode som er brukt vil kunne misbrukes uten at også testresultatene er tilgjengelige.

Etter mitt syn vil forvaltningen derfor fritt kunne gi innsyn i informasjon om hvilke testmetoder som er benyttet.

3. Saksbehandlingen

I denne saken gjelder de ulovfestede alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. En beslutning om å gi eller nekte innsyn etter produktkontrollloven er ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b) jf. a). De særlige krav til saksbehandlingen som følger av forvaltningsloven kapittel IV-VI får derfor ikke direkte anvendelse.

Et sentralt spørsmål i saken er hvorvidt offentliggjøring av testresultater for stoffer som ikke er kjent for allmennheten angitt i intervaller, reelt sett vil gjøre det mulig å finne ut kjemikalietts sammensetning.

SFT har i sin opprinnelige beslutning lagt til grunn at informasjon i HOCNF-databladene er taushetsbelagt. Leverandørene har konsekvent fremholdt at også offentliggjøring i svært vide intervaller vil gjøre en trent kjemiker i stand til å finne frem til taushetsbelagt informasjon, og at slik offentliggjøring derfor er i strid med taushetsplikten.

På tross av dette har Miljøverndepartementet lagt til grunn at innsyn kan gis uten hinder av taushetsplikten, og har foreslått offentliggjøring i intervaller på 5-10 %. Den tunge og vide informasjonsplikten som foreligger i denne saken må få konsekvenser for de utredningskrav som må stilles for avgjørelsen om å nekte innsyn.

Departementet har opplyst at de ikke har vurdert de syv kjemikaliene saken konkret gikk om, og spørsmålet synes ikke å ha vært vurdert av fagpersoner. Departementet har i saksforberedelsen her frem-

holdt at så vel departementet som SFT er «avhengig av å få innspill fra produsenter og leverandører for å fastsette et nærmere intervall for de enkelte stoffer i innsynssaker». Departementet synes følgelig ikke egentlig å ha tatt stilling til det konkrete innsynsspørsmålet i sitt vedtak, men snarere trukket opp retningslinjer for en ny behandling hos SFT – der de konkrete intervallene skulle fastsettes. Departementets vedtak baserer seg på at innsyn i testresultater angitt i begrensede intervaller ikke er et brudd på taushetsplikten, og SFT må følgelig forholde seg til dette i sin behandling av saken. Slik departementets vedtak er utformet, må det også legges til grunn at SFT vil føle seg bundet til å gi innsyn angitt i intervaller omkring de foreslåtte 5-10 % for de fleste av kjemikalienes vedkommende.

Det følger av produktkontrollloven § 9 femte ledd at reglene i miljøinformasjonsloven 9. mai 2003 nr. 31 § 15 gjelder tilsvarende. Denne bestemmelsen viser videre til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69, der det i § 9 femte ledd heter at reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder så langt de passer på klagebehandlingen.

Departementet har i klageomgangen rettslig adgang til å sende saken tilbake til SFT til delvis ny behandling, jf. forvaltningsloven § 34 femte ledd. Det at departementet ikke direkte har tatt stilling til innsynsspørsmålet for disse stoffenes vedkommende, gir følgelig ikke i seg selv grunn til kritikk. Vedtaket kunne dog ha vært mer presist formulert, slik at det gikk klarere frem hvordan SFT skulle gå frem når det bestemte hvilke intervaller som skulle anvendes.

Det kan spørres om hvilke grunner departementet har hatt for å kunne fravike både SFTs syn, som må antas å ha en viss kompetanse på området, og produsentenes syn, uten at spørsmålet om konsekvensene av slik offentliggjøring er utredet i særlig grad. Selv om det muligens ikke kan kreves at departementet går inn og tar stilling til hvert enkelt kjemikalie, kan det spørres om departementet i det minste må foreta en fagmessig vurdering av spørsmålet på *generelt grunnlag*, og ideelt sett også vurdere noen av de konkrete stoffene for å forsikre seg om at de intervaller som eventuelt indikeres virkelig skjuler den taushetsbelagte informasjonen. Det må også kunne spørres om departementet burde ha skaffet seg en overordnet oppfatning av konkurransesituasjonen i den aktuelle bransjen.

Det er etter dette begrunnet tvil om saken, da departementet traff sitt vedtak, var tilstrekkelig opplyst for innsyn i HOCNF-databladene. Jeg ber derfor om at denne delen av klagen behandles på nytt.

4. Spørsmålet om produsentene kan pålegges å tilrettelegge informasjonen i et egnet format

Det følger av produktkontrollloven § 10 at enhver har rett til å få informasjon fra produsenten om et produkt inneholder komponenter eller har egenskaper som kan medføre virkning som nevnt i lovens § 1. Slik Miljøverndepartementet har påpekt, synes derfor den enkelte produsent å ha en selvstendig plikt overfor offentligheten til å utlevere informasjon, og at anvendelsesområdet for denne plikt overlapper med forvaltningens utleveringsplikt etter § 9.

Det er imidlertid ikke umiddelbart gitt at forvaltningen dermed har rettslig adgang til å pålegge produsentene å tilrettelegge informasjonen i et bestemt format når innsynshenvendelsen er rettet til forvaltningen, og ikke produsenten.

Slik departementet har formulert seg i svarbrevene hit, antar jeg imidlertid at dette ikke kommer på spissen i denne saken. Departementet har fremholdt at det ikke har vært meningen å pålegge produsentene nye plikter, men å foreslå en prosedyre som sikrer «at henvendelser til SFT behandles på en god og betryggende måte i samråd med bransjen». Etter dette finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet.

5. Oppsummering og konklusjon

Etter dette kan det stilles spørsmål om saken var tilstrekkelig opplyst da Miljøverndepartementet traff sitt vedtak. Det kan også spørres om departementet har lagt riktig forståelse til grunn når det har tolket produktkontrollloven § 11. Sistnevnte spørsmål bør derfor vurderes på nytt i departementet.

Hva gjelder de påpekte svakhetene ved sakens opplysning, må det etter mitt syn være opp til Miljøverndepartementet hvordan dette best kan følges opp. Ettersom departementet ikke har tatt konkret stilling til hvordan en eventuell offentliggjøring av dataene skal skje, vil én mulig løsning være å be SFT hensynta mine synspunkter når det vurderer hvilke intervaller dataene eventuelt skal offentliggjøres i. Det vil da påligge SFT en plikt til å opplyse saken ytterligere, herunder vurdere konkret de innvendinger produsentene har mot de foreslåtte intervaller, før det endelig avgjøres om og hvordan offentliggjøring kan skje.

Jeg vil avslutningsvis presisere at jeg med min uttalelse ikke har tatt stilling til om de aktuelle data er omfattet av taushetsplikten eller ikke.»

16.

Utlevering av saksdokumenter – taushetsplikt

(Sak 2007/1796)

Et lokalt Nav-kontor utleverte en uredigert trykdemappe til et forsikringsselskap på bakgrunn av en nær åtte år gammel fullmakt.

Ombudsmannen mente utleveringen var et brudd på den lovbestemte taushetsplikten. Nav hadde et selvstendig ansvar for sakens opplysning ved utlevering av denne typen dokumenter til tredjemenn. Etaten hadde videre en klar oppfordring til å bringe på det rene hvorvidt fullmakten dekket utleveringen til A så lang tid etter at den var avgitt. Endelig var det vanskelig å se at fullmakten etter sin ordlyd kunne begrunne utlevering av trygdemappen i sin helhet.

B søkte i februar 1999 om uførepensjon fra forsikringsselskapet A. I forbindelse med søknaden undertegnet B en fullmakt som ga forsikringsselskapet rett til å innhente ytterligere opplysninger om henne. Fullmakten lød i sin helhet:

«Undertegnede samtykker i at A, i den grad det er nødvendig, innhenter ytterligere opplysninger hos de leger som er oppgitt av undertegnede, eller andre tjenstepensjonsordninger, arbeidskontor, trygdekontor eller fylkestrygdekontor som undertegnede er knyttet til, for bedømmelse av søknaden.»

Fullmakten er datert 21. februar 1999.

I juni 2005 vedtok forsikringsselskapet opphør av Bs uførepensjon. Vedtaket ble påklaget, og saken endte for domstolene. I forbindelse med rettssaken henvendte selskapet seg i januar 2007 til Nav og ba om kopi av Bs trygdemappe. I henvendelsen het det at B hadde «søkt om pensjon fra A», og fullmakten fra 1999 var vedlagt brevet.

Nav utleverte Bs trygdemappe i sin helhet.

B mente Nav hadde brutt sin lovbestemte taushetsplikt, og klaget saken inn for ombudsmannen.

Nav arbeid ble herfra bedt om å redegjøre nærmere for de rutiner som foreligger for å sikre at taushetsbelagte opplysninger ikke blir utlevert uvedkommende.

Det ble pekt på at fullmakten ga samtykke til innhenting av opplysninger «i den grad det er nødvendig (...) for bedømmelse av søknaden». Nav ble spurt om det ble foretatt en vurdering av hvilke dokumenter forsikringsselskapet hadde behov for. Det ble videre spurt om Nav anså at fullmakten etter sin ordlyd måtte anses å være begrenset til en enkelt sak, og om den var begrenset i tid. Endelig ble det spurt om Nav hadde tatt kontakt med B eller forsikringsselskapet for å avklare bakgrunnen for at fullmakten var så vidt gammel.

Nav forklarte at rutinen ved slike henvendelser var at saksbehandler foretok en konkret vurdering av fullmakt og hjemmel, og deretter sendte ut det som etter saksbehandlerens vurdering var dekket av fullmakten. Etaten pekte på at fullmakten var generell, og at det er vanlig å legge til grunn at en fullmakt som ikke er tidsbestemt gjelder til den blir trukket tilbake. Det het videre at det i denne saken burde ha vært

«gjort en grundigere vurdering av 'nødvendig' ut fra det ansvar vi har for at opplysninger vi utleverer er dekket av lovhjemmel og fullmakt».

Saksbehandleren hadde forstått det slik at det var tale om en pågående søknad om pensjon, jf. det som var sagt i brevet fra forsikringsselskapet. B var ikke kontaktet.

I sine kommentarer pekte B på at en rekke av dokumentene i saksmappen var irrelevante for forsikringsselskapet, og kunne slik sett uansett vanskelig sies å være «nødvendig». B mente det neppe var foretatt en reell vurdering. Uansett burde Nav ha reagert på datoen på fullmakten.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Dokumentene i en såkalt trygdemappe må i alminnelighet antas å inneholde en rekke taushetsbelagte opplysninger. Det er følgelig av stor betydning at de offentlige organer som håndterer disse har rutiner som sikrer at opplysningene ikke tilflyter uvedkommende.

Det følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 at alle 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 noens personlige forhold.

Dokumentene i den mappen som ble utlevert forsikringsselskapet har vært gjennomgått her. Det er ikke tvilsomt at dokumentene inneholder slike taushetsbelagte opplysninger.

Nav har imidlertid adgang, og i visse tilfeller plikt, til å utlevere slike opplysninger dersom den som har krav på taushet samtykker, jf. forvaltningsloven § 13a nr. 1. Det følger imidlertid direkte av ordlyden at opplysningene bare kan gjøres kjent for andre «i den utstrekning» den som har krav på taushet samtykker. Opplysningene kan altså ikke brukes lenger enn samtykket rekker.

Parallelt med at ombudsmannen har behandlet klagen på Nav, har Datatilsynet behandlet en klage på forsikringsselskapet A i samme sak. I Datatilsynets avsluttende brev til A 11. februar 2008 heter det bl.a.:

«Dette samtykket ble gitt i forbindelse med at klager søkte om pensjon i 1999. Det fremgår av fullmaktserklæringen at den gjelder 'bedømmelse av søknaden' og den er datert 21. februar 1999. Datatilsynet er av den oppfatning at en slik erklæring ikke har gyldighet over syv år senere og at det er åpenbart at 'bedømmelse av søknaden' ikke omfatter vurderingen av klagers anke.»

Jeg kan i det vesentlige slutte meg til dette. Slik saken er opplyst her, synes ikke samtykket som ble gitt i fullmakten i 1999 å omfatte den innhenting det var tale om i 2007. Etter mitt skjønn burde Nav ha forstått dette, eller i det minste brakt det på det rene i

forbindelse med behandlingen av henvendelsen fra forsikringsselskapet.

En beslutning om å utlevere dokumenter er ikke et «enkeltvedtak» etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b) jf. a). De særlige krav til saksbehandlingen som følger av forvaltningsloven kapittel IV-VI får derfor ikke direkte anvendelse. De ulovfestede alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling gjelder imidlertid generelt, og følgelig også ved behandlingen av anmodning om utlevering/utlån av dokumenter. Dette innebærer blant annet at spørsmålet om taushetsplikt må være tilstrekkelig opplyst før dokumentene leveres ut. Kravet til sakens opplysning skjerpes når det er tale om å utlevere svært sensitive personopplysninger.

Da henvendelsen fra forsikringsselskapet kom, var fullmakten nesten åtte år gammel. Dette burde i seg selv foranlediget ytterligere undersøkelser fra Nav. Det var tale om å utlevere sensitive personopplysninger av en karakter som må sies å befinne seg i kjernen av taushetsplikten. Tidsaspektet alene ga Nav en særlig oppfordring til å forsikre seg om at samtykket dekket utlevering også i januar 2007. En alminnelig antagelse om at tidsbestemte fullmakter gjelder til de blir trukket tilbake, er ikke tilstrekkelig til å oppfylle undersøkelsesplikten.

Til dette kommer at fullmakten etter sin ordlyd var knyttet til dokumenter som var nødvendige for bedømmelse av «søknaden». Det må ha en klar formodning mot seg at en aktør i forsikringsbransjen bruker nær åtte år på å behandle en søknad om pensjon. Selv om forsikringsselskapets henvendelse til dels må sies å ha vært misvisende på dette punkt, burde dette gitt Nav et incitament til å undersøke saken nærmere.

Uten at det er avgjørende for mitt syn på saken, vil jeg for øvrig bemerke at det neppe ville vært særlig ressurs- eller tidkrevende å bringe på det rene om B var innforstått med at trygdemappen ble utlevert til forsikringsselskapet.

Jeg finner også grunn til å kritisere måten Nav valgte ut dokumentene. Selv om fullmakten hadde vært anvendelig i 2007, er det vanskelig å se at den kunne gi grunnlag for utlevering av trygdemappen i sin helhet. Som nevnt gjaldt fullmakten etter sin ordlyd opplysninger som var «nødvendig» for bedømmelse av søknaden. Ovennevnte krav til sakens opplysning innebærer at Nav har et selvstendig ansvar for å bringe på det rene hvilke dokumenter som er «nødvendig» i denne sammenheng. Dette innebærer at det må innhentes nærmere opplysninger om hva slags søknad det er snakk om, samt at det skal foretas en konkret vurdering av om det vil være behov for det enkelte dokument før det utleveres.

Nav har under saksforberedelsen erkjent at de burde gjort en grundigere vurdering før mappen ble

utlevert. Jeg tar det til etterretning, men finner det likevel lite tillitvekkende at mappen ble utlevert helt uredigert.

Nav har etter dette brutt den lovbestede taushetsplikt da Bs trygdemappe ble utlevert til forsikringsselskapet. Saksbehandlingen var svært mangelfull, og rutinene synes å være lite betryggende. Nav bør derfor gjennomgå rutinene for utlevering av slike dokumenter, med sikte på å sikre at taushetslagte opplysninger ikke utleveres uvedkommende.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av gjennomgangen.»

17.

Taushetsplikt – utlevering av bilder fra inspeksjon av hundehold

(Sak 2007/2159)

Dyrevernemnda utleverte en rekke bilder til en journalist. Bildene var tatt under en inspeksjon av hundehold hjemme hos klagerne. Klagerne mente utleveringen var et brudd på den lovbestede taushetsplikten.

Ombudsmannen kom til at bildene ga uttrykk for opplysninger om «noens personlige forhold», og de var i utgangspunktet underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13. Begrensningen i forvaltningsloven § 13 a nummer 3 om opplysninger som er «alminnelig tilgjengelig andre steder» var ikke anvendelig, til tross for at de opplysningene bildene gir uttrykk for i stor grad fremgikk av en offentlig tilgjengelig tingrettsdom på utleveringstidspunktet.

Dyrevernemnda gjennomførte en inspeksjon av hundehold hjemme hos A og B. Under inspeksjonen ble det tatt en rekke bilder, både inne i leiligheten og utenfor. På bakgrunn av inspeksjonen vedtok Mattilsynet å ta de 16 hundene som ble funnet i forvaring. Senere ble det vedtatt at hundene skulle omplasseres. Forholdet ble også anmeldt, og i tingretten ble A dømt til å betale en bot på 4000 kroner for overtredelse av dyrevernloven og straffeloven. Hun ble også fradømt retten til å eie, ha, bruke eller handle med dyr eller stille med dyr for en periode på to år. Dommen ble anket, men lagmannsretten opprettholdt straffen med unntak av at fradømmelsen av retten til å eie, ha, bruke eller handle med dyr m.v. ble utvidet til fem år.

I etterkant av tingrettsdommen anmodet en journalist i en nettavis om innsyn i de bildene dyrevernemnda hadde tatt under inspeksjonen. Journalisten fikk bildene overført elektronisk, og bildene ble senere publisert på nettavisen, sammen med et intervju med dyrevernemndas leder der tingrettens dom ble omtalt. Innsynshenvendelsen var muntlig, og verken denne eller utleveringen av bildene ble journalført eller på annen måte nedtegnet.

I sin klage til ombudsmannen fremholdt A og B at dyrevernemnda hadde brutt sin lovbestemte taushetsplikt ved å gi ut bildene til journalisten. Klagerne mente at bildene ga opplysninger om «noens personlige forhold» slik dette begrepet skal forstås i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 første ledd nummer 1. Etter klagerens syn kunne utleveringen heller ikke forsvares i medhold av forvaltningsloven § 13 a nummer 2. Det at bildene ikke i seg selv viste noe som kunne knyttes til bestemte personer, kunne ikke være avgjørende, så lenge mottakeren reelt sett kunne knytte opplysningene til personene de gjaldt.

Saken ble tatt opp med Mattilsynet, som har sekretariatsansvar for dyrevernemndene og som i forkant av ombudsmannssaken hadde tatt stilling til spørsmålet om taushetsplikt etter klage fra A og B.

Det ble bedt om en redegjørelse for de rutiner som praktiseres i Mattilsynet i de ulike forvaltningsnivåene, herunder dyrevernemndenes sekretariater, når det gjelder saksbehandlingen av innsynsbegjæringer. Videre ble det blant annet bedt om en nærmere redegjørelse for den vurdering som var gjort i forhold til taushetspliktsspørsmålet.

Mattilsynet redegjorde for rutineene ved behandlingen av innsynsbegjæringer. Det ble presisert at dyrevernemndene er selvstendige forvaltningsorganer som ikke er en del av Mattilsynet, selv om medlemmene er oppnevnt av tilsynets regionkontorer. Så vel rutiner som arkiv og postsystem hos nemndene er derfor helt uavhengig av Mattilsynet, selv om tilsynets distriktskontorer er ansvarlige for nemndenes sekretariat. Det ble opplyst at innsynshenvendelser hos dyrevernemnda stort sett har vært behandlet av sekretariatet, og ble det også i denne saken. I ettertid er praksis endret slik at alle innsynsbegjæringer til dyrevernemnda går via sekretariatet og blir besvart skriftlig.

Til spørsmålet om innsyn kunne gis, fremholdt tilsynet at det antok at opplysninger som kunne knyttes privatpersoner til brudd på dyrevernergelverket normalt ville være å anse som «noens personlige forhold» i forvaltningslovens forstand. I det foreliggende tilfelle hadde imidlertid dyrevernemndas sekretariat vurdert at bildene ikke kunne knytte noen person til brudd på dette regelverket. Bildene viste hundene og deler av møbler, vegger og gulv hjemme hos klagerne. Enkelte av bildene var også tatt ute. Etter sekretariatets syn, var det ikke mulig å se hvor bildene var tatt.

Når det gjaldt den såkalte koblingsfaren, med andre ord at sekretariatet muligens burde forstått at journalisten allerede satt på opplysninger som viste hvilken person bildene var knyttet til, var Mattilsynet i tvil om hvilken betydning dette fikk for spørsmålet om taushetsplikt:

«På den ene siden kjente journalisten allerede til saksforholdet og hvilke personer dette gjaldt fra tingrettssaken. Dermed ville en utlevering ikke medføre noen ytterligere spredning av opplysningene. På den annen side vil det at journalisten allerede kjente saken og hvilke personer som var involvert, gjøre at bildene ble knyttet direkte til ”noens personlige forhold”.

Dyrevernemndas sekretariat vurderte saken i henhold til første alternativ, at opplysningene allerede var kjent for journalisten og at bildene i seg selv ikke inneholdt opplysninger om ”noens personlige forhold”.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Spørsmålet om taushetsplikt

Forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 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 (...) noens personlige forhold»

Det er noe usikkert om Mattilsynet anser de aktuelle bildene for å være omfattet av bestemmelsen. Jeg legger til grunn at de bildene som ble tatt inne i leiligheten til A og B gir opplysninger om «noens personlige forhold» i forvaltningslovens forstand. Eget hjem hører til den private sfære. I forarbeidene til bestemmelsen (Ot.prp. nr. 3 (1976-1977), side 15) er det uttalt at opplysninger om enkeltpersoners «boligforhold» som hovedregel anses som personlige. Dette må særlig gjelde der opplysningene fremkommer gjennom bilder tatt for å dokumentere kritikkverdige forhold.

De av bildene som er tatt inne i klagerens hjem gir med andre ord uttrykk for opplysninger som i utgangspunktet er taushetsbelagte. Jeg har ikke funnet grunn til å ta stilling til om også bildene tatt utenfor kan være omfattet.

Begrensningen i forvaltningsloven § 13 a nr. 2 kan etter mitt skjønn ikke komme til anvendelse. Slik jeg har forstått Mattilsynet, ble As Navn under bildene ikke sladdet i oversendelsen til journalisten, og det har følgelig ikke vært tale om noen anonymisering. Under enhver omstendighet var journalisten kjent med hvem hundeeieren var, og behovet for beskyttelse kunne dermed ikke anses ivaretatt ved at bildene i seg selv ikke inneholdt individualiserende kjenne-tegn.

Spørsmålet er imidlertid om begrensningen i forvaltningsloven § 13 a nr. 3 kommer til anvendelse. Bestemmelsen lyder:

«Taushetsplikt etter § 13 er ikke til hinder for (...) at opplysningene brukes når ingen berettiget interesse tilsier at de holdes hemmelig, f.eks. når de er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder.»

I forarbeidene til forvaltningsloven § 13 a, Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) (Behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)) side 147 flg., heter det bl.a. følgende om dette vilkåret:

«I den konkrete vurderingen har utvalget foreslått at det også skal legges vekt på om opplysningene er alminnelig tilgjengelige andre steder (et krav som et forvaltningsorgan mener å ha mot en privatperson kan f. eks. være tilgjengelig i det offentlige tinglysingsregister, en opplysning kan være alminnelig tilgjengelig i et privat kredittopplysningsbyrå, en forvaltningssak som har vært prøvd for domstolene vil det finnes opplysninger om i en offentlig tilgjengelig dom). – Stort sett er arbeidsgruppen enig med utvalget også her. Det kunne være overdreven formalisme om forvaltningsmyndighetene alltid måtte henvise til den «kilde» der opplysningene er alminnelig tilgjengelige. På den annen side bør det – som utvalget også uttaler – unngås at forvaltningen på denne måten medvirker aktivt til at opplysningene får en helt annen omtale og spredning enn de ellers ville fått.»

Informasjon i en dom som ikke er unntatt offentlighet, synes derfor å være «alminnelig tilgjengelig andre steder» i lovens forstand. Jeg er enig i dette, og det samsvarer med det ombudsmannen tidligere har lagt til grunn i en uttalelse inntatt i årsmeldingen for 2002 side 108 (somb-2002-14).

Tingrettens dom i straffesaken mot klagerne var offentlig tilgjengelig på tidspunktet for utlevering av bildene, jf. straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 28. Bildene ble fremlagt som bevis under straffesaken. Utlevering av andre dokumenter enn dommen i en straffesak, reguleres av straffeprosessloven § 28, jf. påtaleinstruksen 28. juni 1985 nr. 1679 kap. 4, og det stilles vilkår for innsyn. Å unnta bildene fra innsyn ville følgelig ikke vært «overdreven formalisme», da bildene i seg selv ikke ville vært alminnelig tilgjengelige.

Dommen beskriver imidlertid så vel hendelsesforløpet som leilighetens fysiske beskaffenhet relativt detaljert, og til en viss grad er også innholdet i de aktuelle bildene beskrevet. Det springende punkt er om denne omstendighet medførte at «ingen berettiget interesse tilsier at [bildene] holdes hemmelig».

På den ene side gir bildene ikke relevant informasjon ut over det som allerede fremgår av dommen, noe som taler for at unntaket kommer til anvendelse. Videre må den aktuelle saken sies å ha en viss offentlig interesse. Ombudsmannen har flere ganger lagt til grunn at det i vurderingen av om det foreligger taushetsplikt, i tvilstilfelle skal tillegges vekt om det foreligger beskyttelsesverdige interesser som har et aktuelt behov for innsyn eller ikke. Det vises i denne sammenheng til uttalelser inntatt i ombudsmannens årsmeldinger for 2003 side 59 (Somb-2003-6), 1996

side 91 (Somb-1996-22) og 1996 side 94 (Somb-1996-23).

På den annen side kan belastningen for den som har krav på beskyttelse, oppleves som forskjellig alt ettersom det er tale om en skriftlig beskrivelse av situasjonen eller en visuell beskrivelse gjennom fotografier. Bilder gir et umiddelbart og ufiltrert inntrykk, og det kan oppleves som en ekstra belastning at også disse gjøres kjent. Dette kan være tilfellet selv om en beskrivelse av de aktuelle omstendighetene er alminnelig tilgjengelig i skriftlig form.

Til dette kommer at tilgang på bilder utvilsomt gjør saken mer interessant for pressen. Det heter i den ovenfor siterte forarbeidsuttalelsen at det bør unngås at forvaltningen «medvirker aktivt til at opplysningene får en helt annen omtale og spredning enn de ellers ville fått». Jeg forstår dette dit hen at spredningsfaren skal tillegges vekt i vurderingen av om en opplysning er taushetsbelagt eller ikke. Selv om saksforholdet var detaljert beskrevet i tingrettsdommen, tilrettela utleveringen av bildene for offentliggjøring og spredning i en annen utstrekning enn det tingrettsdommen i seg selv gjorde. Etter mitt syn må dette være avgjørende for at det forelå en berettiget interesse i hemmelighold. Begrensningen i forvaltningsloven § 13 a nr. 3 kom dermed ikke til anvendelse, selv om opplysningene bildene gir uttrykk for i stor grad var «alminnelig tilgjengelig andre steder».

Etter en samlet vurdering har jeg kommet til at bildene var omfattet av taushetsplikten og at de ikke skulle ha vært utlevert til journalisten. Jeg ber Mattilsynet orientere nemnda om mitt syn på dette spørsmålet.

2. Saksbehandlingen

Det er et grunnleggende ulovfestet krav til all offentlig forvaltning at avgjørelsene skal være saklig begrunnet, og at saksbehandlingen skal være forsvarlig. Selv om det alminnelige kravet om begrunnelse ikke gjelder ved avgjørelser av innsynskrav, må selvsagt forvaltningen *ha* en begrunnelse for den avgjørelsen som er tatt, og avgjørelsen må være truffet på grunnlag av en forsvarlig saksbehandling.

Hensynet til god forvaltningsskikk tilsier videre at hovedpunktene i den vurdering som er foretatt nedtegnes skriftlig. Erfaring tilsier at skriftlighet er egnet til å bevisstgjøre beslutningstakere, og dermed bidra til å sikre at forvaltningen treffer korrekte avgjørelser med saklig begrunnelse. Skriftlighet vil også lette en eventuell etterfølgende kontroll av den avgjørelse som er truffet.

Når forvaltningen i denne saken sto overfor et innsynskrav i taushetsbelagte opplysninger, og der innsyn ville kunne få visse konsekvenser for den som hadde krav på hemmelighold, var det særlig viktig at

disse grunnleggende saksbehandlingskravene ble ivaretatt.

Vurderingen som ble foretatt av dyrevernemnda i forkant av utleveringen av bildene og de øvrige omstendighetene rundt behandlingen av innsynsbejæringen, er i denne saken helt udokumentert. Jeg ber Mattilsynet merke seg mine synspunkter om grunnleggende krav til forsvarlig saksbehandling, og for fremtiden innrette saksbehandlingen av denne typen saker i samsvar med disse.

Under saksforberedelsen her har også dyrevernemndas journalføring av innsynsbejæringer vært et tema. Mattilsynet har opplyst at rutinene er endret slik at alle innsynsbejæringer nå går via sekretariatet. Jeg finner å kunne la dette spørsmålet bero med denne forklaringen, i det jeg forutsetter at sekretariatet vil besørge at arkivforskriftens regler om journalføring etterleves i det følgende.»

18.

Pasienters rett til å påklage pålegg til deres lege om utlevering av journalopplysninger om dem

(Sak 2007/1682)

Nav avviste klager fra flere pasienter på et pålegg til deres lege om å utlevere journalopplysninger om dem. Spørsmålet saken reiste var om Nav kunne avvise klagen, eller om utleveringspålegget måtte anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 som kunne påklages av pasientene.

Pålegget var klart en avgjørelse som var truffet under utøvelse av offentlig myndighet. Det var videre på det rene at pålegget måtte anses som bestemmende for pasientenes rettigheter, nærmere bestemt deres rett til vern mot spredning av personlige opplysninger. Pålegget ble ifølge Nav gitt utelukkende for å kontrollere legens virksomhet, og pasientene ville ikke være parter i en eventuell etterfølgende sak mellom Nav og legen. Deres rettsikkerhetsgarantier knyttet til utleveringspålegget ville dermed ikke kunne bli ivaretatt gjennom den senere saken. Begrunnelsen for eventuelt å skulle anse pålegget som en prosessledende avgjørelse slo da ikke til. Pålegget fremsto som et selvstendig tiltak overfor pasientene, og ble av ombudsmannen ansett som et enkeltvedtak.

Nav Kontroll Midt-Norge påla 14. mai 2007 en lege å utlevere fullstendige journalopplysninger om tolv navngitte pasienter for nærmere angitte tidsrom. Pålegget ble gitt med hjemmel i folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 21-4. En advokat påklaget pålegget på vegne av åtte av pasientene. Klagen ble avvist av Nav Kontroll Midt-Norge 7. juni 2007 under henvisning til at pasientene ikke var å anse som parter i saken. Avvisningsbeslutningen ble opprett-

holdt av Nav Klage og anke Midt-Norge i vedtak 24. august 2007. I sistnevnte vedtak ble det vist til at pålegget ikke var et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a, ettersom det ikke var «bestemmende for rettigheter eller plikter». Det ble videre lagt til grunn at pasientene heller ikke hadde klagerett etter den særskilte bestemmelsen i forvaltningsloven § 14, som gir en begrenset klagerett til vedkommende som blir pålagt å utlevere opplysninger.

I brev 10. september 2007 klaget advokaten til ombudsmannen på vegne av de åtte pasientene. Han begrunnet blant annet klagen med det synspunkt at pasienten eier sin egen journal, og at opplysningsplikten i folketrygdloven dermed representerer et inngrep i den private eiendomsrett. Det måtte derfor ifølge advokaten være tale om et enkeltvedtak der pasienten har fulle partsrettigheter. At legen er part og er gitt spesielle rettigheter etter forvaltningsloven § 14, ble hevdet å være irrelevant. Videre ble det anført at det ikke kan være avgjørende i hvilken hensikt opplysningene innhentes og hvorvidt avgjørelsen er prosessledende eller utgjør et enkeltstående kontrolltiltak. Advokaten pekte også på mulige uheldige konsekvenser for den fortrolige relasjonen mellom lege og pasient dersom Navs lovforståelse legges til grunn.

Etter en gjennomgang av klagen og de vedlagte saksdokumentene ble det besluttet å undersøke enkelte spørsmål nærmere, og i brev 6. desember 2007 ble saken tatt opp med Arbeids- og velferdsdirektoratet. Direktoratet ble innledningsvis bedt om å redegjøre generelt for sitt syn på grensdragningen mellom enkeltvedtak og avgjørelser av mer prosessledende karakter. Det ble videre bedt om en særskilt redegjørelse for dette sett i forhold til pålegg om utlevering av opplysninger etter folketrygdloven § 21-4. Dersom direktoratet også var av den oppfatning at slike pålegg bare er prosessledende, ble det bedt om en nærmere begrunnelse for dette standpunktet. Direktoratet ble også bedt om å redegjøre for om, og eventuelt når, slike avgjørelser kan være så selvstendige at de må regnes som enkeltvedtak. Avslutningsvis ble direktoratet bedt om å kommentere avvisningen av klagen fra pasientene i den konkrete saken.

I sitt svar 31. januar 2008 sluttet direktoratet seg til standpunktet om at pålegg om å utlevere opplysninger med hjemmel i folketrygdloven § 21-4 må anses som prosessledende avgjørelser, og ikke enkeltvedtak. Dette ble blant annet begrunnet på følgende måte:

«Utgangspunktet må være at et selvstendig pålegg om å gi opplysninger til offentlige myndigheter må anses som enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Derimot er det neppe naturlig å se det som enkeltvedtak dersom pålegget er knyttet til en sak om enkeltved-

tak hvor vedkommende er part (se Frihagen, Forvaltningsrett bind II, 5. utg. s. 72 og uttalelse fra lovavdelingen, jnr. 659/82E). Vi tolker dette dit hen at dersom beslutningen om utlevering av opplysninger inngår som ledd i forberedelsen av en annen sak, er det mer nærliggende å anse den som en prosessledende beslutning.

Hva gjelder de saker som Nav Kontroll og innkreving har befatning med så vil de fleste pålegg om utlevering av opplysninger nettopp skje som ledd i en annen sak. Pålegget fremsettes normalt som følge av mistanke om trygdemisbruk. Opplysningene innhentes i utredningsfasen for å avklare om det kan være utbetalt stønad på feilaktig grunnlag. For å få tilstrekkelig grunnlagsmateriale for å konkludere i så henseende er det ofte behov for opplysninger fra flere instanser, ikke bare behandlingspersonell. Både arbeidsgiver, banker, forsikringsselskap m.m. kan bli bedt om å gi nødvendige opplysninger med hjemmel i ftrl. § 21-4. Opplysningene er ment å bidra til å bringe klarhet i stønadsforholdet, slik at man kan avgjøre om det må fattes vedtak om stans, opphør eller reduksjon av ytelsen/utbetalingen, og i forlengelsen av dette feilutbetalingsvedtak. Pålegget om å gi opplysninger blir således et ledd i forberedelsen av selve saken og må etter vår vurdering derfor karakteriseres som en prosessledende avgjørelse.

Et pålegg gitt med hjemmel i ftrl. § 21-4 vil etter vår oppfatning sjelden være av en så selvstendig karakter at det vil kunne karakteriseres som et enkeltvedtak. Ut i fra forvaltningslovens forarbeider og juridisk teori synes det heller ikke å være tilfellet at slike pålegg som hovedregel skal defineres som enkeltvedtak. I ovennevnte uttalelse fra lovavdelingen (jnr. 659/82E) fremgår det at: 'visse uttalelser i lovens forarbeider kan tolkes slik at vedtak om bokettersyn alltid må betraktes som enkeltvedtak. Lovavdelingen antar imidlertid at en avgjørelse om bokettersyn bare er å betrakte som enkeltvedtak når det dreier seg om et enkeltstående tiltak overfor vedkommende'. Av dette kan synes som om hovedtendensen er at de fleste pålegg om å gi opplysninger vil ha karakteren av å være en prosessledende avgjørelse. Nettopp dette er også bakgrunnen for at forvaltningsloven gir visse prosessuelle rettigheter knyttet til denne typen avgjørelser; selv om et pålegg om å gi opplysninger normalt ikke vil være et enkeltvedtak vil det likevel kunne ha en så selvstendig betydning for den berørte at vedkommende bør ha mulighet til å klage på pålegget jf. fvl. § 14. Fvl. § 14 ble i 1977 flyttet fra lovens kapittel IV til kapittel III, nettopp for å slå fast at bestemmelsen skulle gjelde på lik linje ved krav om opplysninger som ledd i forberedelsen av et enkeltvedtak hvor vedkommende er part som ved krav om opplysninger som ikke er knyttet til en slik enkeltvedtakssak.»

Klagernes advokat kom tilbake til saken og understreket at motivet for pålegget ikke kunne være avgjørende, sett opp mot den vesentlig inngripende karakter utlevering av journalopplysninger har, tap av rettssikkerhetsgarantier og det faktum at borgeren vanskelig kan føre bevis for myndighetenes motiv.

Han sammenlignet tilfellet med inngrep på etterforskningsstadiet i straffesaker, der det i stor grad er mulighet til å få lovligheten av ulike inngrep prøvd av retten.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Nav er tillagt tilsyns- og kontrolloppgaver med mottakere av utbetalinger fra folketrygden. Dette gjelder både i forhold til ytelser til trygdens medlemmer og utbetalinger direkte til behandlingspersonell m.v. I sitt arbeid har Nav myndighet til å innhente opplysninger fra en lang rekke offentlige og private organer. Folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 21-4 gir Nav vide fullmakter til å pålegge blant annet «behandlingspersonell» å gi nødvendige opplysninger i forbindelse med behandling av krav eller kontroll av løpende eller tidligere utbetalte ytelser. Hjemmelsgrunnlaget for utleveringspålegget er ikke direkte omtvistet i ombudsmannssaken og vil ikke bli omtalt nærmere.

I den foreliggende saken har Nav pålagt en lege å utlevere journalopplysninger vedrørende åtte av legens pasienter for nærmere angitte tidsrom. Spørsmålet er om pasientene har klagerett over pålegget.

Forvaltningsloven 10. februar 1967 § 14 gir en begrenset adgang til å påklage pålegg om å gi opplysninger. Bestemmelsen gir imidlertid bare klagerett for «vedkommende» som blir pålagt å gi opplysninger. I dette tilfellet har således legen klagerett med hensyn til påleggets lovlighet, noe han også har benyttet seg av. Det er imidlertid ikke holdepunkter for å tolke bestemmelsen i forvaltningsloven § 14 utvidende til også å omfatte pasientene som opplysningene omhandler.

For at pasientene skal ha klagerett, må det foreligge et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd, som slår fast at enkeltvedtak kan påklages av en part eller en annen med rettslig klageinteresse. Enkeltvedtak er i forvaltningsloven § 2 bokstav b, jf. bokstav a, definert som «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som er bestemmende for rettigheter eller plikter» til en eller flere bestemte personer.

Det er ikke tvilsomt at det her er tale om utøving av offentlig myndighet. Neste spørsmål blir da om pålegget kan sies å være «bestemmende for rettigheter eller plikter» i forvaltningslovens forstand. Det er på det rene at lovens formulering må forstås i en vid betydning. Rettigheter og plikter omfatter både forhold som har betydning for handlefriheten, for eksempel påbud og forbud m.v., og regulering av myndigheten til å pålegge andre forpliktelser.

Opprinnelig brukte forvaltningsloven uttrykket «rettsstilling» i § 2 første ledd bokstav a og «rettigheter eller plikter» i bokstav b og c. I forbindelse med en lovendring i 1977 ble det foreslått at «rettsstilling»

skulle brukes både i bokstav a, b og c, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77). Stortingets justiskomiteé foreslo dette endret alle tre steder til «rettigheter eller plikter» fordi den mente det var enklere å forstå, jf. Innst. O. nr. 50 (1976–77) s. 2–3. Det var ikke komiteens mening å innsnevre definisjonen av enkeltvedtak, og det er derfor rimelig å tolke loven på samme måte som om uttrykket «rettsstilling» var brukt. Etter vanlig juridisk språkbruk er dette et videre uttrykk enn «rettighet».

Et pålegg om å gi opplysninger utløser helt klart en plikt for legen, som må utlevere de etterspurte journalopplysningene til tross for den taushetsplikten han i utgangspunktet har med hensyn til de opplysninger som er betrodd ham av pasienten. Noen plikt for pasienten utløser et utleveringspålegg i utgangspunktet ikke. Spørsmålet er imidlertid om pasienten har en rettighet som kan gjøres gjeldende og som motsvarer legens taushetsplikt.

En pasient har i utgangspunktet en vidtgående rett til vern mot spredning av opplysninger om sine personlige forhold, med andre ord at helsepersonellet bevarer taushet om opplysningene. Dette kommer til uttrykk i pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 3-6 og den korresponderende taushetspliktbestemmelsen i helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 21. Taushetsplikten er i utgangspunktet streng og brudd på plikten kan få alvorlige konsekvenser for helsepersonellet, jf. helsepersonelloven kapittel 11. Dersom Nav gir pålegg til helsepersonell om utlevering av taushetsbelagte opplysninger, er dette noe som isolert sett griper inn i pasientens rett til ikke å få sine personlige opplysninger spredt. Pålegget har betydning for rekkevidden av vernet, og må dermed sies å være bestemmende for pasientens «rettigheter» i den forstand begrepet brukes i forvaltningsloven § 2. At det er gjort unntak fra taushetsplikten i helsepersonelloven § 23 nr. 5 og folketrykkløven § 21-4 fjerde ledd kan ikke tillegges avgjørende betydning i denne forbindelse. Pålegget har selvstendig betydning for pasientens rettsstilling.

I forarbeidene til forvaltningsloven og i juridisk teori sondres det mellom vedtak og prosessledende avgjørelser. I forhold til de prosessledende avgjørelser kommer ikke reglene om enkeltvedtak, herunder klagereglene, til anvendelse. Det er i denne saken et spørsmål om utleveringspålegget må anses som en prosessledende avgjørelse, med den konsekvens at pasientene ikke har klagerett etter forvaltningsloven § 28.

Hvilke avgjørelser som faller i den ene eller andre kategorien gir ikke forarbeidene til forvaltningsloven et klart svar på. I Ot.prp. nr. 38 (1964–65) s. 32 drøftes vedtaksbegrepet, og under henvisning til forvaltningskomiteens innstilling sier departementet seg blant annet enig i at «pålegg om å gi opplysninger må

reknes som vedtak». Ut fra sammenhengen synes det klart at departementet med «vedtak» i denne sammenheng mener enkeltvedtak. Isolert sett kan denne uttalelsen trekke i retning av å anse pålegg om å gi opplysninger som enkeltvedtak.

Den særskilte bestemmelsen i forvaltningsloven § 14 om klagerett i forhold til pålegg var tidligere plassert i forvaltningslovens kapittel IV om enkeltvedtak. Ved en lovendring i 1977 (lov 27. mai 1977 nr. 40) ble bestemmelsen flyttet til kapittel III, som inneholder alminnelige regler om saksbehandlingen. I forarbeidene til lovendringen, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) side 69, gjengir Justis- og politidepartementet følgende fra et notat skrevet av departementet selv:

«Også §§ 14 og 15 i gjeldende lov bør plasseres i kapittel III, ikke som i dag i kapittel IV, som gjelder enkeltvedtak. Et pålegg om opplysninger (regulert i § 15 [feilskrift for § 14]) kan det være naturlig å betegne som enkeltvedtak når det dreier seg om et enkeltstående tiltak overfor vedkommende, men ikke dersom pålegget eller granskingen inngår i forberedelsen av en annen sak. En overføring til kap. III representerer ingen realitetssending fordi §§ 14 og 15 selv angir de saksbehandlingsregler som skal gjelde.»

Ovennevnte trekker i retning av at pålegg om å gi opplysninger i alle fall ikke gjennomgående vil være enkeltvedtak. På den annen side kan det ikke på bakgrunn av flyttingen av § 14 til forvaltningsloven kapittel III trekkes den konklusjon at slike pålegg aldri vil være enkeltvedtak. Etter departementets syn må det sondres mellom de tilfellene der pålegget er et enkeltstående tiltak og de tilfellene der pålegget inngår i forberedelsen av en annen sak. I sistnevnte tilfelle vil pålegget være en prosessledende avgjørelse.

I juridisk teori inntas det noe ulike standpunkt til sontringen. Pålegg om å gi forklaringer, som er nært beslektet med å gi opplysninger, blir av Eckhoff/Smith betegnet som en prosessledende avgjørelse, se Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (8. utg. 2006), s. 245 flg. Graver avgrensner i Alminnelig forvaltningsrett (3. utg. 2007) side 403-404 enkeltvedtaksbegrepet mot prosessledende avgjørelser og uttaler bl.a.: «At forvaltningen f.eks. bestemmer at noen skal uttale seg i forbindelse med saken ... er ikke bestemmende for rettigheter og plikter». Woxholth foretar på sin side en sontring i tråd med departementets syn etter om pålegget er forberedelse av en annen sak der vedkommende er part eller om det utgjør et selvstendig pålegg, se Woxholth, Forvaltningsloven (4. utg. 2006) s. 64:

«Det kan være vanskelig å avgjøre når en beslutning er prosessledende og når den utgjør et vedtak. Et selvstendig pålegg om å gi opplysninger må anses som (enkel)vedtak. Derimot er det normalt ikke et enkeltvedtak der pålegget er knyttet

til en sak om enkeltvedtak der den det gjelder er part.»

Det heter videre på side 299:

«Enkelte ganger vil pålegget om å gi opplysninger inngå som et ledd i en annen sak. Da vil det være naturlig å se på beslutningen som en prosessledende avgjørelse. Dreier det seg derimot om et enkeltstående tiltak overfor den det gjelder, er det mest naturlig å anse beslutningen som et enkeltvedtak.»

Marius Stub drøfter lignende problemstillinger i sin artikkel «Kan avgjørelser om undersøkelser og beslag i tilsynsøyemed være enkeltvedtak?» (Tidskrift for rettsvitenskap nr. 1 2008). Han ser primært på spørsmål knyttet til forvaltningens avgjørelser om å foreta nærmere undersøkelser av bestemte områder, steder eller gjenstander, og avgjørelser om å ta beslag. Dette er avgjørelser som vil kunne være nært beslektet med avgjørelsen i den foreliggende saken og som reiser mange av de samme problemstillingene, selv om artikkelen primært drøfter spørsmålet opp mot reglene om gransking etter forvaltningsloven § 15. Stub uttaler selv på side 71:

«Selv om artikkelen har tatt utgangspunkt i avgjørelser om undersøkelser og beslag, kan det ikke utelukkes at tilsvarende synspunkter vil kunne anlegges når det gjelder pålegg om å gi opplysninger, slik Frihagen har vært inne på, eller andre avgjørelser hvor det av ulike grunner måtte være behov for det.»

Stub foretar en gjennomgang av lovens forarbeider og juridisk teori samt rettspraksis og forvaltningspraksis og konkluderer med at det ikke er rettskildemessige holdepunkter for å hevde at avgjørelser i tilsynsøyemed ikke kan være enkeltvedtak. Konklusjonen må ifølge ham bero på en konkret helhetsvurdering der ulike hensyn må avveies mot hverandre.

I årsmeldingen for 1999 har jeg på side 14 kommentert forvaltningslovens avgrensning av enkeltvedtaksbegrepet på følgende måte:

«Utgangspunktet må tas i ordlyden, men vurderingen kan ikke begrense seg til å drøfte om avgjørelsen etter en språklig tolkning faller inn under legaldefinisjonen i lovens § 2. De reelle hensyn vil stå sentralt. Det må spørres om avgjørelsen er av en slik karakter at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak bør komme til anvendelse. Hensynet til partenes rettsikkerhet, forvaltningens arbeidsbyrde og andre praktiske forhold vil måtte tillegges vesentlig vekt.»

Dette vil ha betydning også i forhold til grensdragningen mellom enkeltvedtak og prosessledende avgjørelser. Det vil også her måtte sees hen til hvilken karakter inngrepet har og de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

Jeg oppfatter det som en sentral del av begrunnelsen for å skille ut de prosessledende avgjørelsene som en egen avgjørelseskategori, som ikke kan påklages uten særskilt hjemmel, at den enkeltes rettsikkerhetsgarantier vil være tilstrekkelig ivaretatt gjennom den saken som den prosessledende avgjørelsen er en del av. Dette er viktig å ha for øyet ved den nærmere grensdragningen mot de avgjørelser som er enkeltvedtak. Dersom rettsikkerhetsgarantiene for pasientene ikke blir ivaretatt gjennom behandlingen av en annen sak der pasientene er part, vil dette kunne tale for å anse utleveringspålegget som et selvstendig tiltak overfor dem.

Etter ordlyden i folketrygdloven § 21-4 første ledd og tilhørende praksis kan det innhentes opplysninger både før, under og etter at det er utbetalt trygdeytelser. Ordlyden gir liten veiledning, ettersom Nav innenfor denne både kan gjennomføre tilfeldige kontroller av leger og søkere/stønadmottakere, og innhente opplysninger ved behandlingen av konkrete krav. Legers virksomhet kan for eksempel kontrolleres som ledd i saker knyttet til refusjonskrav for utført behandling m.v.

I Nav Kontroll Midt-Norges vedtak 7. juni 2007 heter det:

«De aktuelle pasientjournalene er innhentet i forbindelse med kontroll av legens virksomhet. ... Innhentingen er ikke skjedd som ledd i medlemmets stønads sak, og det foreligger derfor ikke pålegg om innhenting i de respektive stønads sakene.»

Av oversendelsesbrev fra Nav Kontroll Midt-Norge 26. juni 2007 fremgår det at innhentingen skjedde «kun i forhold til vår behandling av legesak». I Nav Klage og anke Midt-Norges vedtak 24. august 2007 heter det videre:

«Nav Klage og anke slutter seg derfor til Nav Kontrollers vurdering om at klagende part ikke kan påklage at Arbeids- og velferdsetaten innhenter journalopplysninger som ledd i vurderingen av legens virksomhet.»

I Arbeids- og velferdsdirektoratets svar hit argumenteres det for at slike pålegg sjelden er så selvstendige at det blir tale om å anse dem som enkeltvedtak. Det vises til at pålegg om utlevering av opplysninger normalt er begrunnet i «mistanke om trygdemisbruk», og danner grunnlag for senere avgjørelse i den enkelte stønads sak. Direktoratet går ikke nærmere inn på den konkrete bakgrunnen for pålegget som er gitt i denne saken.

At det er tale om en vurdering av legens virksomhet og at det vises til behandlingen av en «legesak» taler for at pålegget her i første rekke er gitt i den hensikt å kontrollere legen, og skjer som ledd i en sak der pasientene ikke er parter. Overfor pasientene frem-

står dermed pålegget som et enkeltstående tiltak. Jeg har merket meg at det også skal ha blitt opprettet saker mot enkelte av pasientene, men kan ikke se at dette er av vesentlig betydning. Det fremstår som uklart når sakene ble opprettet og det fremgår helt klart av begrunnelsen fra Nav at det ikke er gitt utleveringspålegg i pasientenes stønadssaker. Pålegget er gitt for å kontrollere legen.

I denne saken er det tale om å utlevere sensitive personopplysninger om åtte pasienters helseforhold som ledd i Navs kontroll av legens virksomhet. I dagens velferdssystem må borgerne stadig oppgi opplysninger om personlige forhold for å kunne nyte godt av ytelser og goder fra det offentlige. Opplysningene blir i betydelig grad registrert i ulike registre og i varierende grad videreformidlet i ulike sammenhenger. Jeg vil understreke at utlevering og videreformidling av sensitive personopplysninger i utgangspunktet må anses som et inngrep i borgerens privatliv.

Folketrygdloven § 21-4, sammenholdt med helsepersonelloven § 23 nr. 5, representerer et lovhjemlet unntak fra den taushetsplikten helsepersonell har. Nav har en vidtgående rett til å kreve å få utlevert opplysninger fra blant annet helsepersonell, men utleveringsadgangen er ikke ubegrenset. Det ligger en klar begrensning i at de opplysningene som kreves utlevert må være *nødvendige* for kontrollformålet. Pasientene har en klar interesse i å få prøvet av overordnet organ gjennom klage om inngrepet i deres rett til vern mot spredning av opplysninger om dem holder seg innenfor den påberopte hjemmelen. Deres interesser kan ikke anses tilstrekkelig ivaretatt ved at helsepersonellet har en viss mulighet til å få prøvd dette etter bestemmelsen i forvaltningsloven § 14.

Klagernes advokat har pekt på at fortroligheten mellom lege og pasient lett kan bli skadelidende dersom pasienten ikke har adgang til å påklage pålegg til legen om å utlevere journalopplysninger om pasientene. Dette er en viktig og forståelig bekymring. Legens taushetsplikt er en grunnleggende forutsetning for det tillitsforholdet som må være mellom lege og pasient for at behandlingen skal bli best mulig. Det er derfor uheldig dersom det gjøres for mange unntak fra helsepersonells taushetsplikt uten at pasientenes rettsstilling er behørig ivaretatt, herunder også pasientenes prosessuelle rettigheter.

Jeg har forståelse for at personvern hensyn også må avveies mot hensynet til en effektiv kontroll med folketrygdens ytelser. Nav forvalter betydelig summer på vegne av fellesskapet og lovgiver har derfor valgt å gi Nav vide fullmakter til å innhente opplysninger til bruk i kontrollen med de utbetalinger som foretas. Jeg ser at det vil kunne innebære betydelige utfordringer for Nav å skulle følge reglene om enkeltvedtak fullt ut, og at dette kan tenkes å få betydning

for effektiviteten av kontrollvirksomheten. Dette kan likevel ikke gå på bekostning av ivaretagelse av pasientens rettsstilling i slike saker. Det må videre være mulig å etablere ordninger som både ivaretar hensynet til kontrollens effektivitet og de grunnleggende rettsikkerhetsgarantier for pasientene. Etter dagens praktisering av regelverket kan sistnevnte vanskelig sees å være godt nok ivaretatt.

Vurdert ut fra dagens rettstilstand må det konkluderes med at pålegg om utlevering av journalopplysninger foretatt i forbindelse med kontroll av helsepersonells virksomhet er enkeltvedtak i forhold til pasientene som opplysningene omhandler. Det er viktig at pasientens rettsstilling i slike saker blir ivaretatt på en formålstjenlig og effektiv måte.

Jeg ber om at Arbeids- og velferdsdirektoratet i samsvar med ovennevnte sørger for at klagen fra de aktuelle pasientene blir vurdert på nytt. Videre ber jeg direktoratet sørge for at praksis på området innrettes etter det syn jeg har gitt uttrykk for.»

19.

Lukking av møte i Stranda formannskap

(Sak 2008/377)

I eit møte blant medlemene i formannskapet vart det gjort avgjerd om at styret i eit heileigd kommunalt aksjeselskap skulle gå av. Kommunen meinte at det var tale om eit møte i generalforsamlinga i selskapet, og at reglane i kommuneloven om møteoffentlegheit difor ikkje gjaldt.

Ombodsmannen kom til at avgjerd om utøving av kommunen sine eigarinteresser i eit aksjeselskap er ei kommunal oppgåve, og at reglane i kommuneloven gjeld fullt ut. Formannskapet hadde mynde frå kommunestyret til å gjere slike vedtak. Møtet var difor eit møte i folkevalt organ, og reglane for møteoffentlegheit i kommuneloven måtte då gjelde.

Redaktør Gyri Aure i Sunnmøringen klaga til ombodsmannen på at eit møte i formannskapet i Stranda kommune vart halde bak lukka dører. På møtet vart det vedteke at styret i det heileigde kommunale aksjeselskapet Asvo Produkt AS måtte gå og nytt styre valt. Aure meinte at møtet, der samtlege medlemmer av formannskapet i Stranda kommune var til stades, rettsleg sett var eit møte i folkevalt organ og at reglane om møteoffentlegheit skulle ha vore følgt. Det vart i den samanheng vist til ei brevveksling med professor Jan Fr. Bernt ved Universitetet i Bergen. Kommunen meinte at det var tale om eit møte i generalforsamlinga i selskapet, og at reglane i kommuneloven ikkje gjaldt.

Det vart bestemt å undersøkje spørsmålet om møteoffentlegheit nærmare, og Stranda kommune vart spurt om formannskapet hadde gjort sitt vedtak som

generalforsamling i Asvo Produkt AS. Det vart vist til at ein annan måte å sjå det på var at formannskapet gjorde ei avgjerd som var bindande for dei som representerte kommunen på generalforsamlinga i selskapet. Ombodsmannen bad om kommunen sine merknader, og spurte om kommunen meinte reglane om møteoffentlegheit gjaldt for slike vedtak.

På vegne av Stranda kommune svarte Advokatfirmaet Tømmerdal & Co, ved advokat Reidar Andresen, på spørsmåla frå ombodsmannen. Det vart først vist til at ombodsmannen sin kontroll skal vere etterfølgjande, og at det var uklart kva for klagebehandling som skulle nyttast for klager etter kommuneloven. Ut frå analogi meinte kommunen at det kunne hevdast at prosedyrane for offentlighetsloven skal følgjast, og at klageretten til fylkesmannen skulle ha vore nytta fyrst.

Kommunen meinte at formannskapet gjorde sitt vedtak som generalforsamling og at reglane i kommuneloven ikkje gjaldt. Det vart vist til at generalforsamlinga hadde behandla selskapsrettslege spørsmål og ikkje ein forvaltningssak. Vidare måtte det vere mogleg å drøfte spørsmål av selskapsrettsleg og sensitiv karakter bak lukka dører. Kommunen opplyste og at formannskapet ikkje var innkalla etter reglane i kommuneloven § 32, men at innkallingsprosedyren etter aksjeloven var følgt, jf. aksjeloven § 5-8, jf. § 5-10. Kommunen avkrefta at det var treft vedtak som la bindingar på medlemene som møtte i generalforsamlinga.

Kopi av svarbrevet frå kommunen vart oversendt redaktør Aure i Sunnmøringen, som kom med merknader til utgreiinga frå kommunen. Aure peika mellom anna på at saka gjaldt spørsmålet om korleis kommunen skal utøve eigarinteressene i selskapet og at eit slikt vedtak må følgje reglane i kommuneloven. Det vart vist til at møtet si oppgave var å «velge nytt styre (og kontrollorgan) for den heileigde kommunale verksemda» og at politisk styringsansvar ikkje kan delegerast ut av politisk ansvarleg organ. Til slutt viste Aure til at reglane i kommuneloven opnar for å lukke dørene i folkevalte organ når spørsmål av «ømtålig karakter» skal drøftast.

Kommunen kom etter dette med ytterlegare merknader.

Ved avslutninga av saka uttalte eg:

«Stranda kommune har reist spørsmål om saka fyrst skulle ha vore klaga inn for fylkesmannen til behandling.

Det er i dag ikkje høve til å klage på vedtak om å lukke møte etter kommuneloven § 31. Kommunal- og regionaldepartementet foreslo i høyringsnotat 15. desember 2005 om endringar i kommuneloven å opprette ei klageordning, men departementet endra seinare standpunkt. Det går fram av Ot.prp. nr. 96

(2005-2006) s. 14 at ein eventuell endring av reglane om møteoffentlegheit og klageordning vil bli fremma på eit seinare tidspunkt. Saka var såleis endeleg avgjort i forvaltninga, og ombodsmannen kunne difor undersøkje spørsmålet om møteoffentlegheit.

Hovudspørsmålet i saka er om møtet 15. januar 2008 var eit møte i eit folkevalt organ, slik at reglane i kommuneloven om møteoffentlegheit skulle gjelde.

Kommunen kan ikkje gjennom bruken av aksjeselskap organisere seg bort frå ansvaret for selskapet. Som det følgjer av mellom anna Bernt, Overå og Hove, Kommunalrett (4. utgave 2002) på s. 199, må det politiske styringsansvaret for aksjeselskapet ligge i eit politisk ansvarleg organ. Det følgjer av dette at avgjerd om korleis kommunen som eigar skal utøve sine aksjonærrettar, er ei kommunal oppgave.

Det følgjer av Reglement for Stranda formannskap punkt 5 at kommunestyret har tildelt formannskapet vedtaksmynde i ein rekkje saker/område. Når det gjeld Asvo Produkt AS, står det følgjande om vedtaksmynde:

«Formannskapet har fått tildelt vedtaksmynde i følgjande saker/område:

Formannskapet:

5.0 Generalforsamling for kommunale selskap (unntak for Stranda Energiverk AS og Stranda Eigedomsselskap AS)

...»

Asvo Produkt AS er heileigd av Stranda kommune. Kommunen eig alle aksjane i selskapet. Kommunen set i verk sin eigarkompetanse gjennom generalforsamlinga. Kven eller kva for organ i kommunen som skal representere kommunen som aksjeeigar på generalforsamlinga, følgjer ikkje av kommuneloven eller aksjeloven. Men det følgjer av kommuneloven § 6, jf. aksjeloven 13. juni 1997 nr. 44 § 5-2 at kommunestyret må utstede ein særskild fullmakt til den eller dei som skal representere kommunen på generalforsamlinga.

Slik eg forstår tildelinga av vedtaksmynde frå kommunestyret, inneber den at det er formannskapet som, på vegner av kommunen som eigar, skal vedta korleis kommunen skal vareta aksjonærrettane gjennom generalforsamlinga i aksjeselskap. Avgjerd om korleis kommunen skal utøve sin aksjonærinteresse, er klart nok ein del av kommunalforvaltninga, og reglane i kommuneloven gjeld fullt, sjå Overå, Bernt, Kommunaloven med kommentarer (4. utgave 2006) s. 196. Det må til dømes vere mogleg å bringe ei slik avgjerd inn for lovlegheitskontroll etter kommuneloven § 59.

Det er reglane i kommuneloven §§ 29 flg. som avgjer om det er tale om eit møte i folkevalt organ. Den nærmare vurderinga av om det er eit møte i lova si meining må vere konkret og vil rette seg etter fleire

moment, til dømes kven som var til stades og kva for saker som vart behandla. Det er ikkje avgjerande, slik kommunen har meint, at dei formelle reglane i kommuneloven for innkalling m.m. er fylgd. Det avgjerande er om det reelt sett er tale om eit møte i folkevalt organ.

Kommunen kan ikkje gjennom vedtektene i eit kommunalt aksjeselskap fastsetje at reglane i kommuneloven ikkje skal gjelde for møte i folkevalt organ, eller at møte i elles folkevalte organ ikkje skal vere omfatta av kommuneloven. Likeins er det reglane i aksjeloven som er avgjerande for om det er tale om ei gyldig generalforsamling. Kommunen som eigar må sjølvsagt i vedtektene kunne fastsetje at eigaren skal vere representert med fleire representantar på generalforsamlinga. Det kan og fastsetjast at medlemene i formannskapet skal representere eigaren på generalforsamling, og at eit fleirtalsvedtak samstundes gjer uttrykk for kommunen sin eine stemme på generalforsamlinga som einaste aksjonær. Men slike praktiske ordningar kan ikkje føre med seg at reglane i kommuneloven om kva som er eit møte i folkevalt organ og kva reglar som gjeld for behandlinga av saker i folkevalt organ, ikkje skal gjelde. Prinsipielt kan det heller ikkje vere noko rettsleg hinder for at eit møte blant medlemene i formannskapet både kan vere eit møte i folkevalt organ og ei gyldig generalforsamling etter reglane i aksjeloven.

Stranda kommune har meint at møtet 15. januar 2008 ikkje var eit møte i folkevalt organ, fordi det var ei generalforsamling i Asvo Produkt AS. Eg kan ikkje sjå at kommunen si meining kan vere rett. Avgjerda om at kommunen på generalforsamlinga skal stemme for at styret må gå av, er ei avgjerd som gjeld kommunen si utøving av aksjonærrettane. Utøvinga av eigarkompetanse i aksjeselskap er som nemnt ei kommunal oppgåve. Vedtaket vart vidare gjort på grunnlag av ein kommunalrettsleg delegasjon frå kommunestyret, og med samtlege medlemmer av formannskapet til stades. Slik eg ser det, var det aktuelle møtet 15. januar 2008 rettsleg sett eit møte i folkevalt organ og då gjaldt reglane i kommuneloven. Om heile eller deler av møtet samstundes var ei generalforsamling etter reglane i aksjeloven, og om vedtaket om at styret skulle gå av var gyldig i medhald av desse reglane, er i denne samanheng ikkje av betydning.

Eg ber kommunen merke seg det eg her har sagt for framtida.»

Offentlige tilsettingsforhold

20.

Tilsetting av rådmann – kravet om ekstern utlysning av stillinger i kommunalforvaltningen

(Sak 2007/2195)

Tromsø kommune tilsatte den til da konstituerte rådmannen A som permanent rådmann, uten at stillingen først hadde blitt utlyst eksternt. I sin redegjørelse til ombudsmannen viste kommunen bl.a. til at A hadde gjort en god jobb som konstituert rådmann, at ekstern utlysning ville kunne medført en langt mer tidkrevende tilsettingsprosess, og at ekstern utlysning kunne bli oppfattet som misnøye med jobben A hadde gjort som konstituert rådmann.

Ombudsmannen, som tok saken opp av eget tiltak, uttalte at det ikke hadde vært rettslig adgang til å fravike den ulovfestede hovedregelen om at offentlige stillinger skal utlyses eksternt. Det var ikke grunn til å trekke As kvalifikasjoner for stillingen i tvil. Både det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet som gjelder ved offentlige tilsetninger, samt hensynene til likebehandling og forvaltningens tillit hos borgerne, tilsa imidlertid at stillingen skulle vært utlyst.

Gjennom oppslag i media ble ombudsmannen oppmerksom på at Tromsø kommune var i ferd med å tilsette ny rådmann, uten at stillingen først var blitt lyst ut. Kommunen hadde på dette tidspunktet hatt en konstituert rådmann (A) i ca. 1 ½ år, og formannskapet hadde vedtatt en innstilling til kommunestyret om å tilby henne permanent stilling.

Bakgrunnen for den tidligere konstitueringen av A som rådmann var at kommunestyret hadde hatt planer om å omorganisere til et kommunalparlamentarisk system, jf. kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 kapittel 3. Omorganiseringen var planlagt gjennomført etter kommunestyrevalget høsten 2007, og ville medført at rådmannsstillingen bortfalt og ble erstattet av et kommuneråd, jf. kommuneloven § 19 nr. 2. Da stillingen som rådmann hadde blitt ledig våren 2006, hadde kommunestyret derfor funnet det hensiktsmessig å konstituere en rådmann frem til den planlagte omorganiseringen. A, som var økonomisjef i kommunen, ble derfor konstituert i stillingen ut 2007.

Etter kommunestyrevalget i 2007 viste det seg at det ikke lenger var flertall for den planlagte organiseringen til kommunal parlamentarisme, og at man derfor behøvde å tilsette en rådmann i permanent stilling. Etter at det var foretatt konsultasjoner med politiske gruppeledere og representanter for fagforeningene som kommunens tilsatte var organiserte i, fremmet ordføreren forslag om å tilsette A som rådmann

uten forutgående utlysning. Forslaget ble først lagt frem for formannskapet, som i sin innstilling til kommunestyret foreslo å tilsette A. Kommunestyret fattet etter dette vedtak om å tilsette A i åremålstilling på 6 år. Dette skjedde etter at et forslag om å lyse ut stillingen eksternt var blitt nedstemt.

Da ombudsmannen ble kjent med tilsettings-saken gjennom oppslag i media, besluttet han å undersøke saken nærmere av eget tiltak. Etter å ha innhentet og gjennomgått saksdokumentene, ble Tromsø kommune bedt om å gi en nærmere redegjørelse for saken. Det ble spurt om kommunen anså tilsettingsprosessen å være i tråd med det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet som gjaldt for tilsetninger i det offentlige, og med alminnelige forvaltningsrettslige likhetsprinsipper. Det ble også bedt om en redegjørelse for kommunens alminnelige praksis for utlysning av lederstillinger.

Kommunen opplyste at den så det som en klar hovedregel at ledige stillinger skulle utlyses eksternt. For ledende stillinger i kommunen ble denne hovedregelen sjelden fraveket. Kommunen fremholdt imidlertid at det hadde vært adgang til å fravike hovedregelen om eksternt utlysning ved tilsetningen av A. Det ble i denne sammenheng vist til at A var godt kvalifisert for rådmannsstillingen, og at både kommunestyret og de kommunalt tilsatte hadde vært godt fornøyd med jobben hun hadde gjort som konstituert rådmann. Eksternt utlysning av rådmannsstillingen ville etter kommunens syn kunne bidra til en langt mer tidkrevende tilsettingsprosess. Dersom A hadde søkt på stillingen, mente kommunen at det uansett ville vært en fare for at mange sterke kandidater ville ha latt være å søke på stillingen.

Etter forespørsel fra ordføreren i Tromsø kommune, ble det også avholdt et møte mellom ordføreren, ombudsmannen og to av ombudsmannens medarbeidere. I dette møtet kom det bl.a. frem at det hadde vært bekymring i kommunen for at eksternt utlysning av rådmannsstillingen ville kunne bli oppfattet som et uttrykk for misnøye om det arbeidet A hadde gjort som konstituert rådmann.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Spørsmålet om det skal foretas eksternt utlysning av ledige stillinger i kommunalforvaltningen, reguleres ikke uttrykkelig i lovverket. Situasjonen er således annerledes enn ved tilsetninger i statsforvaltningen, hvor tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 2 slår fast at alle stillinger skal utlyses eksternt, med mindre noe annet følger av bestemmelser i lov, forskrift eller tariffavtale. Selv om det ikke finnes noen tilsvarende lovbestemmelse med hensyn til tilsetninger i kommunalforvaltningen, må det i dag anses som en klar ulovfestet hovedregel at også slike stillinger skal utlyses eksternt. Jeg viser i denne sammenheng

til Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (4. utg. 2006), s. 187 flg., Engelsrud, Styring og vern (3. utg. 2006) s. 71 flg., samt mine uttalelser gjengitt i årsmeldingen for 2005 på s. 120 (Somb-2005-20). Jeg har oppfattet kommunen slik at den er enig i dette utgangspunktet. Spørsmålet i saken er om det forelå saklige grunner for kommunen til å unnlate å lyse ut rådmannsstillingen eksternt.

Hovedregelen om eksternt utlysning av offentlige stillinger bygger på det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Det innebærer at forvaltningen skal tilsette den best kvalifiserte søkeren til en stilling. Det følger av dette prinsippet at stillingen må kunngjøres på en slik måte at det blir allment kjent at stillingen er ledig slik at mulige og aktuelle kandidater får en oppfordring til å søke eller melde sin interesse. Utlysingen skal bidra til at tilsetningssaken blir så godt opplyst som mulig, slik at grunnlaget sikres for at den som er best skikket blir tilsatt. Utlysingen skal også gi trygghet for at det ikke blir lagt vekt på utenforliggende hensyn ved tilsetningen. Også likhetshensyn tilsier at forvaltningen gir alle interesserte kandidater de samme muligheter til å konkurrere om stillingen. Utlysingen skal også klargjøre de vilkår som skal være bestemmende ved tilsetningen. Det bidrar til at tilsetningen skjer på en ryddig måte og at søkerne blir behandlet likt, og etter objektive og etterprøvbare kriterier. En manglende utlysning vil lett kunne skape frykt og mistanke hos borgerne om at det kan ligge usaklige hensyn til grunn for å tilby stillingen til en bestemt person. Dette gjør seg særlig gjeldende når det dreier seg om ledende eller ettertraktede stillinger. Uavhengig av hvilke hensyn som rent faktisk ligger til grunn for tilsetningsvedtaket, vil en slik frykt eller slike mistanker kunne bidra til å svekke borgerne tillit til og respekt for forvaltningen. Hvor det er snakk om tilsetning i ledende stillinger, kan manglende utlysning av stillingen kunne bidra til å svekke underordnede og borgernes tillit til den som blir tilsatt. For ordens skyld understreker jeg at dette er generelle betraktninger og at jeg ikke har noen grunn til å anta at slike forhold har hatt noen betydning i denne saken.

Det finnes unntak fra hovedregelen om offentlig utlysning. Det mest praktiske er tilfeller hvor en person har en lov- eller tariffavtalefestet fortrinnsrett til stillingen, sml. bestemmelsen i tjenestemannsloven § 2. Også utenfor disse lov- eller tariffavtalebaserete unntakstilfellene, kan det være tilfeller hvor det etter en konkret vurdering kan anses saklig for en kommune å unnlate eksternt utlysning. Relevante momenter vil bl.a. være stillingens varighet og karakter, behovet for snarlig tilsetning, og om den som vurderes tilsatt direkte tidligere har vært med å konkurrere om stillingen på bakgrunn av en eksternt utlysning. Hvilket nivå stillingen ligger på vil også være av sentral be-

tydning. Generelt skal det mer til for å unnlate eksternt utlysning jo høyere stilling det er tale om. I vurderingen må det også ses hen til hvor sterkt de hensyn som ligger bak hovedregelen om eksternt utlysning gjør seg gjeldende.

Når det gjelder tilsettingen av rådmann i Tromsø kommune, har kommunen særlig vist til at man hadde en godt kvalifisert kandidat til rådmannsstillingen og at en tilsettingsprosess med eksternt utlysning ville være både tidkrevende og mest sannsynlig gi få kvalifiserte søkere. Jeg har ingen holdepunkter for å trekke kommunens kvalifikasjonsvurdering av A i tvil. Det kan likevel ikke utelukkes at det ville ha meldt seg kvalifiserte søkere etter en eksternt utlysning. Jeg nevner her at heller ikke konstitueringen som rådmann i 2006 ble lyst ut eksternt og var gjenstand for åpen konkurranse, et moment som kunne talt for at manglende utlysning var saklig begrunnet. Både likhetshensyn og hensynet til forvaltningens tillit hos borgerne talte dessuten for at stillingen som administrasjonssjef i Nord-Norges mest folkerike kommune burde vært utlyst eksternt. Den oppmerksomhet saken har fått, ikke minst i media, illustrerer nettopp dette.

Kommunen har, blant annet i møtet her, vist til at en eksternt utlysning kunne oppfattes som mistillit mot A. Selv om jeg nok kan forstå tankegangen, vil det vise seg ved nærmere ettertanke at dette ikke holder. Når det først foreligger en plikt til å utlyse eksternt, kan dette neppe med rimelighet anses som et uttrykk for mistillit overfor den som til da har fungert i stillingen. At arbeidsgiver og ansatte var tilfreds med den jobben A hadde gjort, kunne enkelt ha vært formidlet til henne, for eksempel gjennom et møte. Det ville selvsagt heller ikke vært noe i veien for at kommunen oppfordret henne til å søke på stillingen som rådmann. Under enhver omstendighet kan jeg ikke se at en eventuell risiko for at den som har fungert i stillingen kunne oppfatte utlysningen som en mistillit skal veie tyngre enn hensynene bak plikten til å lyse ut en rådmannsstilling eksternt.

Selv om kommunen synes å ha hatt gode hensikter bak beslutningen om å tilsette A som rådmann uten konkurranse, har jeg kommet til at kommunens begrunnelse for å unnlate å lyse ut stillingen eksternt ikke holdt. At stillingen som rådmann ble besatt uten forutgående utlysning må derfor kritiseres som en saksbehandlingsfeil, og under enhver omstendighet som et brudd på god forvaltningsskikk. Jeg holder det åpent om det kan tenkes tilfeller hvor det er rettslig adgang til å unnlate eksternt utlysning av denne typen topplederstillinger. Da stillingen som rådmann i Tromsø kommune nå er besatt, finner jeg imidlertid å kunne la saken bero med den redegjørelsen som er gitt. Jeg ber likevel om at kommunen merker seg mine synspunkter ved fremtidige tilsettinger.

Det presiseres for ordens skyld at min uttalelse ikke på noen måte påvirker rettsstillingen til A, som heller ikke har vært part i saken for ombudsmannen.»

21.

Tilsetting i undervisnings- og forskerstilling – adgang til å ansette i midlertidig stilling

(Sak 2007/827)

Saken gjaldt tilsetting i professorat/kvalifiseringsstipend ved et universitet. Det var to søkere til stillingen. Den ene søkeren, A, ble av den sakkyndige komiteen funnet «klart kvalifisert» til et professorat og den andre søkeren, B, ble funnet «klart kvalifisert» til et kvalifiseringsstipend. Etter gjennomføring av prøveforelesning og intervju ble A ikke funnet kvalifisert til stillingen som professor, og B ble tilsatt midlertidig i kvalifiseringsstipendiatet. A klaget til ombudsmannen og anførte at tilsettingen var i strid med universitetsloven § 6-3 (3).

Ombudsmannen fant ikke grunnlag for å rette rettslig innvendinger mot grunnlaget for den kvalifikasjonsvurderingen universitetet foretok av A, og tilsettingen stred ikke mot universitetsloven § 6-3 (3). Det ble imidlertid ansett som uklart om det etter universitetsloven § 6-5 (1) var adgang til å tilsette i midlertidig stilling når det var søkere som var funnet klart kvalifisert til fast stilling av den sakkyndige komiteen. Ombudsmannen ba departementet gjennomgå bestemmelsen og vurdere behovet for en presisering. Kunnskapsdepartementet opplyste i brev 27. juni 2008 at det høsten 2008 ville bli fremmet en odelstingsproposisjon med forslag om endringer i universitets- og høyskoleloven. Den problemstilling ombudsmannen tok opp i uttalelsen ville bli behandlet i sammenheng med arbeidet med lovforslaget.

Høsten 2005 søkte A på tilsetting i et professorat ved et universitet. Stillingen var alternativt lyst ut som kvalifiseringsstipend. Det ble oppnevnt en sakkyndig bedømmelseskomité som i sin innstilling konkluderte med at A var «klart kvalifisert» til et professorat og at den andre søkeren, B, var «klart kvalifisert» til et kvalifiseringsstipend.

Det ble oppnevnt en vurderingskomité som vurderte søkerne etter gjennomføringen av prøveforelesning og intervju.

Etter avholdelse av forelesning og intervju, ble B innstilt til stillingen som kvalifiseringsstipendiat, og Tilsettingsutvalget fattet deretter vedtak i tråd med innstillingen.

A klaget til ombudsmannen over tilsettingsvedtaket. Han anførte at han var den eneste kvalifiserte søkeren og at tilsettingen av B var i strid med lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) 1. april 2005 nr. 15 § 6-3 (3). Videre påpekte han at tilset-

tingsprosessen hadde tatt lang tid og ønsket å få vite om «denne forsinkelse av beslutning er basert på juridiske årsaker (f.eks. for å gjøre universitets beslutning 'gammel' juridisk) eller av noen annen årsak».

Ombudsmannen innhentet saksdokumentene i saken og sammen med universitetets oversendelse, fulgte opplysningen om at vurderingskomiteens opprinnelige utkast til innstilling var blitt forkastet og at det deretter ble utarbeidet en ny innstilling som ble lagt til grunn for tilsettingen. Den noe lange saksbehandlingstiden skyldtes dette.

Universitetet ble bedt om å gi en redegjørelse for tilsettingsmyndighetens syn på om A var kvalifisert for stillingen som professor. Videre ble det spurt om universitetets syn på hvilken adgang tilsettingsmyndigheten eventuelt hadde til å «overprøve» den sakkyndige bedømmelseskomiteens kvalifikasjonsvurdering i en sak der det kan være aktuelt med midlertidig tilsetting etter universitetsloven § 6-5.

Universitetet opplyste at A var funnet *faglig* kvalifisert av bedømmelseskomiteen, men at vurderingskomiteen ikke fant ham kvalifisert for stillingen ut fra en vurdering av personlig egnethet, utviklingspotensial og motivasjon for de ulike oppgavene.

Universitetet fremholdt at problemstillingen om tilsettingsmyndighetens adgang til å «overprøve» den sakkyndige komiteens kvalifikasjonsvurdering ved midlertidig tilsetting etter universitetsloven § 6-5, ikke bare gjelder i tilsettingssaker der universitetsloven § 6-5 kommer til anvendelse; problemstillingen er allmenn for alle tilsettinger i undervisnings- og forskerstillinger der sakkyndige komiteer nedsettes for å bistå i tilsettingen. Videre ble det redegjort for prosedyren for tilsetting i undervisnings- og forskerstillinger. Vurderingskomiteen har til oppgave å vurdere «personlig egnethet, utviklingspotensial, motivasjon samt en helhetlig vurdering av søkerens pedagogiske kvalifikasjoner», og det er derfor «fullt mulig for tilsettingsmyndigheten å konstatere at en søker ikke er kvalifisert til en stilling som for eksempel førsteamanuensis eller professor, til tross for at vedkommende har fått tilkjent tilhørende vitenskapelig kompetanse av den sakkyndige komiteen.»

A på sin side henviste til universitetsloven § 6-3 (3) om at tilsetting i vitenskapelig stilling skal skje på grunnlag av bedømmelsen fra den sakkyndige komité, og viste til at han var den eneste som ble ansett som kvalifisert for professorstilling. Til universitetets kommentarer om at han ikke var personlig egnet viste A blant annet til at han i 1993 var blitt tildelt tittelen «Årets Lærer» ved et annet universitet. Han mente videre at hans jevne produksjon av vitenskapelig arbeider viste utviklingspotensial og motivasjon.

Før saken ble tatt opp til avslutning ble det funnet hensiktsmessig å be Kunnskapsdepartementet om dets syn på forståelsen av universitetsloven § 6-5 og

adgangen til midlertidig tilsetting der en annen søker var funnet «klart kvalifisert» til professorat. Departementet ble videre bedt om å gi sin vurdering av om universitetet har adgang til å konkludere med at en person som er funnet «klart kvalifisert» av den sakkyndige komiteen likevel ikke anses kvalifisert ut fra en vurdering av personlig egnethet.

I svaret viste departementet først til universitetsloven § 6-3 (3), som åpner for gjennomføring av prøveforelesning og intervju i forbindelse med tilsettingsprosessen. Det ble vist til at lovfestingen er «et bevisst forsøk på å bidra til at også annet enn den sakkyndige bedømmingen kan inngå i vurderingen som innstillingsmyndighet og tilsettingsmyndighet skal foreta», og at det både er «relevant og saklig å ta med i vurderingen inntrykk basert på prøveforelesning og intervju».

Departementet fremhevet videre at arbeidsgiver ikke har noen plikt til å tilsette en søker de sakkyndige har funnet faglig kvalifisert, men at det skal «sterke grunner til for ikke å følge den sakkyndige uttalelsen.» Avslutningsvis viste departementet til universitetsloven § 6-5 (1) om adgangen til midlertidig tilsettinger der det ikke har meldt seg søkere som etter fastsatte vilkår eller sakkyndig bedømmelse er klart kvalifisert for tilsetting. Om forståelsen av bestemmelsen anførte departementet at der kunngjøringen inkluderte muligheten for midlertidig tilsetting og der arbeidsgiveren, etter en «grundig vurdering på grunnlag av sakkyndig uttalelse, prøveforelesning og intervju ikke finner å kunne tilsette søker som de sakkyndige har funnet kvalifisert, mener vi at det nevnte vilkåret likevel ikke kan være til hinder for at det kan foretas midlertidig tilsetting av annen søker».

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. *Tilsettingsmyndighetenes kvalifikasjonsvurdering av A - forholdet til universitetsloven § 6-3 (3).*

Universitetsloven § 6-3 regulerer utlysinger av og tilsettinger i forsker- og undervisningsstillinger. Tredje ledd, første til tredje punktum lyder:

«Ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger skjer på grunnlag av innstilling. Innstilling skjer ut fra sakkyndig bedømmelse etter den stillingsbeskrivelse som er angitt i utlysning og betenkning. Ansettelsesorganet kan avgjøre at det i tillegg skal gjennomføres intervju, prøveforelesning og andre prøver.»

A har anført at tilsettingen skjedde i strid med bestemmelsen fordi han var den eneste som ble funnet kvalifisert av den sakkyndige komiteen til professorstilling og følgelig burde blitt innstilt og tilsatt.

Den sakkyndige bedømmelseskomiteens oppgave er å foreta en vurdering av søkerens faglige kvali-

fikasjoner opp mot kravene for professorkompetanse. Innstillings- og tilsettingsmyndigheten tilligger andre organer, i dette tilfellet henholdsvis instituttet og Tilsettingsutvalget, jf. for så vidt universitsloven § 6-3 (1).

Det fremgår av forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i § 30 (3) i universitsloven av 1995 at vurderingen fra den sakkyndige bedømmelseskomiteen er en del av, men ikke hele grunnlaget innstillingsorganet skal bygge sin innstilling på. Av Ot.prp. nr. 85 (1993-1994) s. 60 følger det at «[e]n kan ikke begrense bedømmelsen til den som foretas av de sakkyndige. Det er også andre bedømmelser som må foretas, bl.a. av personlig egnethet.» I Ot.prp. nr. 49 (2001-2002), i forbindelse med at «intervju» ble tilføyd i § 30 i 1995-loven, ble det fremhevet at dette ble gjort for å «understreke betydningen av at flere kvalifikasjoner enn de strengt faglige må tillegges vekt ved vurdering av søkere til faglige stillinger». På den bakgrunn må det legges til grunn at det i utgangspunktet ikke er strid med universitsloven § 6-3 (3) om innstillingsmyndigheten og tilsettingsorganet kommer til at en søker, som er funnet kvalifisert av den sakkyndige komiteen til en professorstilling, ikke anses kvalifisert ut fra en helhetlig vurdering hvor også personlig egnethet inngår. Tilsettingsmyndigheten må imidlertid i en slik situasjon kunne påvise at avgjørelsen er truffet på et forsvarlig saklig grunnlag, ut fra de kvalifikasjonskrav og behov som fremgår av betenkningen og stillingsbeskrivelsen.

Det fremgår av sakens dokumenter at vurderingene av As egnethet er basert på det inntrykket vurderingskomiteen fikk under gjennomføringen av prøveforelesning og intervju. Vurderingen om A var personlig egnet for stillingen er av utpreget skjønnsmessig art som ombudsmannen bare i begrenset grad kan overprøve.

Ombudsmannen kan bare kritisere skjønnsmessige avgjørelser der det hefter feil ved skjønnnet, for eksempel ved at det er lagt vekt på utenforliggende eller usakelige hensyn, eller vedtaket fremstår som «klart urimelig». De vurderingene som er gjort av universitetet i forbindelse med prøveforelesningen og intervjuet er godt dokumentert. Slik saken er opplyst her og etter en gjennomgang av alle sakens dokumenter – herunder de dokumentene A ikke er gitt innsyn i – kan jeg ikke se at det er holdepunkter som gir grunnlag for rettslige innvendinger mot de vurderingene tilsettingsmyndigheten har foretatt.

2. *Adgangen til å tilsette i midlertidig stilling der en annen søker er funnet «klart kvalifisert» til professorat av den sakkyndige komiteen – universitsloven § 6-5*

Hvorvidt det rettslig sett var adgang til å tilsette B i kvalifiseringsstipendiatet påvirker under enhver om-

stendighet ikke rettstillingen til A, all den tid universitetet ikke fant ham kvalifisert for stillingen som professor. Jeg har imidlertid funnet grunn til å knytte noen merknader til spørsmålet om det generelt er adgang til å tilsette en søker i midlertidig stilling når en annen søker er funnet klart kvalifisert til et professorat av den sakkyndige bedømmelseskomiteen.

Adgangen til midlertidig tilsetning reguleres av universitsloven § 6-5 (1), som lyder:

«Midlertidig ansettelse i undervisnings- og forskerstilling

- (1) Dersom det til fast vitenskapelig stilling ved en høyere utdanningsinstitusjon ikke har meldt seg søkere som etter fastsatte vilkår eller sakkyndig bedømmelse er klart kvalifisert for fast ansettelse, og det ikke er sannsynlig at kvalifisert søker vil melde seg ved ny kunngjøring, kan likevel en søker ansettes for begrenset tid når
- a) muligheten for tidsbegrenset ansettelse er nevnt i kunngjøringen, og
 - b) vedkommende, etter ansettelsesmyndighetens vurdering, har forutsetninger for å skaffe seg de nødvendige kvalifikasjoner i løpet av ansettelsesperioden»

Universitsloven § 6-5 er ny i forhold til den gamle universitsloven, men er en videreføring av en tilsvarende bestemmelse i forskrift til tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 5 (FOR-11-11-1983-1608).

Det fremgår av bestemmelsen at det er fire vilkår som må være oppfylt for at midlertidig tilsetning kan finne sted. Grunnvilkåret er at det ikke må foreligge søkere som «etter fastsatte vilkår eller sakkyndig bedømmelse er klart kvalifisert for fast ansettelse».

Både universitetet og Kunnskapsdepartementet har lagt til grunn at det er adgang til midlertidig tilsetning dersom tilsettingsmyndigheten etter en samlet vurdering av den sakkyndige bedømmelseskomiteens faglige vurdering og andre momenter så som personlig egnethet for stillingen, utviklingspotensial m.v., kommer til at det ikke finnes kvalifiserte søkere. En naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd, tilsier imidlertid at adgangen til å tilsette midlertidig bare kan benyttes der det ikke finnes søkere som av den sakkyndige bedømmelseskomiteen er funnet klart kvalifisert for fast tilsetning. Det kan ikke sees at problemstillingen er nærmere drøftet i forarbeidene til universitsloven eller i rettskilder knyttet til forskriften.

Jeg vil anta at formålet med bestemmelsen er å sikre at midlertidig tilsetninger ikke kan skje der det finnes en eller flere søkere som er kvalifisert for fast stilling. Vilkåret om at ingen søkere må være funnet kvalifisert etter «sakkyndig bedømmelse», har stått uendret siden forskriften ble utformet i 1983. Tilsettingsprosessen og adgangen til å vektlegge andre for-

hold enn rent vitenskapelige kvalifikasjoner ved tilsetninger i undervisningsstillinger har imidlertid endret seg siden 1983. Tidligere ble tilsettingene som hovedregel gjennomført på bakgrunn av innstillingen fra den sakkyndige bedømmelseskomiteen. Som det fremgår av universitetsloven § 6-3 (3) og forarbeidene til denne, har utviklingene de senere årene gått i retning av at personlig egnethet for stillingen og andre egenskaper ved søkerne også er sentrale, og etter omstendighetene avgjørende momenter ved tilsetninger i undervisnings- og forskerstillinger.

Det følger videre av universitetsloven § 6-3 (3) at hovedregelen er at innstilling skjer ut fra sakkyndig bedømmelse, men med en adgang til å fravike dette kravet i særskilte tilfeller. En annen mulig tolkning av universitetsloven § 6-5 (1) er derfor at uttrykket «etter fastsatte vilkår eller sakkyndig vurdering» viser til måten tilsettingsprosessen har blitt til på, og at «klart kvalifisert» viser til utfallet av tilsettingsmyndighetens konklusjon etter en vurdering basert på den sakkyndige bedømmelsen. Universitetet argumenterer i denne retning når det i brevet hit er fremholdt at problemstillingen er «allmenn for alle tilsetninger i undervisnings- og forskerstillinger der sakkyndige komiteer nedsettes for å bistå i tilsettingen».

På den annen side må det antas at meningen har vært at adgangen til å tilsette midlertidig skal være snever. Det er naturlig at momenter som personlig egnethet for stillingen, utviklingspotensial og arbeidsgivers behov, er relevante når tilsettingsmyndigheten skal foreta et valg mellom søkere etter universitetsloven § 6-3 (3). Det er ikke like opplagt at tilsettingsmyndighetens vurdering av disse momentene skal være utslagsgivende for adgangen til å tilsette midlertidig etter universitetsloven § 6-5 (1). Jeg viser i denne sammenheng til en lignende bestemmelse om adgangen til midlertidig tilsetting i opplæringslova § 10-6, der vilkåret er at det ikke melder seg søkere som fyller kompetansekravene i loven. Jeg har tidligere lagt til grunn at dette må forstås slik at det ikke melder seg søkere som fyller de formelle faglige kompetansekravene, uavhengig av om vedkommende søker er personlig egnet. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er å begrense adgangen til midlertidig tilsetting, samt å sikre at undervisningspersonellet er tilstrekkelig faglig kompetent.

I mangel av andre holdepunkter, har jeg etter dette vanskeligheter med å forene departementets og universitetets tolkning av universitetsloven § 6-5 (1) med bestemmelsens ordlyd, som altså går langt i retning av å begrense adgangen til midlertidig tilsetting til tilfeller der det ikke finnes søkere som av den sakkyndige bedømmelseskomiteen er funnet klart kvalifisert.

Tilsettingen av B innebar som nevnt ingen urett mot A, og det er ikke grunn for meg til å uttale meg

om universitetet hadde rettslig adgang til å foreta tilsetting i kvalifiseringsstipendiatet. Men med den tilsynelatende uoverensstemmelsen mellom departementets forståelse av bestemmelsen og universitetets praktisering av den på den ene side, og det som kan utledes av en naturlig språklig forståelse av ordlyden på den annen, har jeg funnet grunn til å be departementet gjennomgå bestemmelsen og vurdere om det er behov for en presisering, jf. ombudsmannsloven § 11, samt holde meg orientert om utfallet.»

Kunnskapsdepartementet opplyste i brev 27. juni 2008 at det høsten 2008 ville bli fremmet en odelsingsproposisjon med forslag om endringer i universitets- og høyskoleloven. Den problemstilling ombudsmannen tok opp i uttalelsen ville bli behandlet i sammenheng med arbeidet med lovforslaget.

22.

Tilsetting av enhetsleder ved et kommunalt sykehjem

(Sak 2007/1486)

Formannskapet i kommunen, som var tilsettende myndighet, fravek administrasjonens innstilling. Tilsettingsvedtaket var ikke grunnlagt, og det var ingen dokumenter i saken som kunne belyse bakgrunnen for vedtaket.

Hensynet til god forvaltningsskikk tilsier at hovedpunktene i tilsettingsprosessen kommer til uttrykk skriftlig og blir nedtegnet. Dette gjelder også der tilsettingsvedtaket treffes av et kollegialt organ, slik som formannskapet. At enkelte ledd i tilsettingsprosessen ikke ble nedtegnet, var i strid med god forvaltningsskikk, og svekket tilliten til at avgjørelsen var bygget på saklige hensyn. Det var også tvilsomt om saken var tilstrekkelig opplyst for formannskapet.

En kommune utlyste i april 2007 en stilling som enhetsleder ved et sykehjem. Det var fire søkere til stillingen, hvorav én søker trakk søknaden sin før intervjuet. Intervjuer ble gjennomført med de øvrige søkere, og administrasjonen innstilte A til stillingen, med B som nummer to og C som nummer tre.

Formannskapet tilsatte C i stillingen. Vedtaket ble ikke begrunnet.

B klaget på tilsettingen til ombudsmannen. Ombudsmannen ba kommunen redegjøre for hvilke vurderinger som lå til grunn for formannskapets tilsetting av C, som var innstilt som nummer tre. Det ble videre bedt om en redegjørelse for den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen formannskapet hadde foretatt, herunder hvilket grunnlag formannskapets vurdering av søkerne bygget på.

Kommunen opplyste at formannskapet «i tilsettingssaken hadde foretatt en helhetlig vurdering av

alle 3 søkerne der både teoretisk og praktisk utdanning samt egnethet lå til grunn». Kommunen opplyste videre at ettersom det hadde vært valg siden tilsetningen ble foretatt, var det vanskelig å redegjøre nærmere for begrunnelsen for tilsetningen utover dette. Kommunen kunne ellers ikke redegjøre for hvilket grunnlag formannskapet hadde for å vurdere søkerne. Utover søknadene, søkerlisten og en svært kortfattet begrunnelse for innstillingen, var det ikke fremlagt dokumentasjon om søkerne for formannskapet.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Krav til skriftlighet

Det er et grunnleggende ulovfestet krav til all offentlig forvaltning at avgjørelser skal være saklig begrunnet, og at saksbehandlingen skal være forsvarlig. Et utslag av dette prinsippet er forvaltningsloven 10. februar 1967 §§ 24 og 25, som gir parter rett til begrunnelse. Disse bestemmelsene gjelder imidlertid ikke i tilsettingssaker. Søkere har derfor ikke krav på begrunnelse i tilsettingssaker. Selv om det er gjort unntak fra begrunnelseskravet, gjelder fortsatt kravet om en forsvarlig saksbehandling og at tilsetningsmyndighetens avgjørelse skal være saklig begrunnet. Forvaltningen må derfor innrette sin saksbehandling slik at disse grunnleggende kravene ivaretas på alle trinn i tilsetningsprosessen.

Når forvaltningen ikke utarbeider skriftlig begrunnelse til partene, blir det desto viktigere i prosessen å sørge for å sikre at det i ettertid blir mulig å kontrollere at tilsetningsprosessen har vært saklig og forsvarlig. Dette er spesielt viktig for at ombudsmannskontrollen skal bli effektiv.

Dette betyr at hovedpunktene i tilsetningsprosessen bør nedtegnes skriftlig. Erfaring viser at skriftlighet også er egnet til å bevisstgjøre beslutningstakere, og dermed sikre at forvaltningen treffer korrekte avgjørelser med saklig begrunnelse. Nedtegnelser vil også lette andres tilgang til de avgjørende omstendigheter i en sak, som igjen kan sikre likebehandling. Hensynet til bevissikring og sakens opplysning tilsier også at avgjørelsens faktiske grunnlag og tilsetningsorganets vurderinger blir nedtegnet. Dette reduserer også faren for mistanke om at den avgjørelsen som er truffet er bygget på utenforliggende eller usaklige hensyn. Tilsetningsorganet må derfor innrette sin virksomhet slik at det er mulig å føre kontroll med forvaltningens avgjørelser.

De alminnelige reglene om forsvarlig saksbehandling og at avgjørelsene skal bygges på saklige hensyn gjelder også for vedtak truffet i kollegiale organer som når formannskapet er tilsetningsmyndighet. Når tilsetningsorganet tiltrer innstillingen fra administrasjonen, vil det være nærliggende å legge til grunn at tilsetningsorganet også har sluttet seg til de vurderinger administrasjonen har bygget sin avgjø-

relse på. Dersom administrasjonen i tilstrekkelig grad har dokumentert tilsetningsprosessen, vil det derfor normalt ikke være behov for begrunnelse fra tilsetningsorganet ut over selve tilsetningsvedtaket.

Annerledes blir det der tilsetningsorganet fraviker administrasjonens innstilling, slik formannskapet gjorde i denne saken. Så vel det faktiske grunnlaget som det rettslige utgangspunktet for vurderingen vil i disse tilfellene i realiteten være helt udokumentert, med mindre tilsetningsorganet har nedtegnet bakgrunnen for å fravike administrasjonens innstilling.

Grunnlaget for formannskapets beslutning om å fravike innstillingen har i denne saken ikke kommet til uttrykk skriftlig. Det foreligger ingen dokumenter eller opplysninger for øvrig som viser hvorfor formannskapet fant grunn til å tilsette den søkeren som administrasjonen hadde innstilt som nummer 3. Det er derfor ikke mulig å etterprøve om formannskapet ved tilsetningsvedtaket la vekt på saklige hensyn. Administrasjonens innstilling til formannskapet var knapp. Denne gir derfor ingen veiledning om kvalifikasjonsvurderingen. Kommunen har heller ikke i ettertid, i forbindelse med undersøkelser her, kunnet gi noen tilfredsstillende forklaring på bakgrunnen for at formannskapet fant grunn til å fravike innstillingen. Dette illustrerer nettopp behovet for skriftlighet.

De manglende nedtegnelsene i forbindelse med tilsetningsprosessen er i strid med god forvaltnings-skikk og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper for forsvarlig saksbehandling.

2. Krav til sakens opplysning

Siktemålet i en tilsettingssak vil normalt være å finne fram til den av søkerne som etter en skjønnsmessig helhetsvurdering må anses som best kvalifisert for stillingen. Sentrale momenter vil være utdanning, praksis og personlig skikkethet. Selv om forvaltningsloven § 17 første ledd ikke kan sies å medføre noen plikt til å innhente referanser eller avholde intervju med aktuelle, formelt godt kvalifiserte søkere, vil det ofte være nødvendig for å sikre sakens opplysning.

Tilsetningsorganet har et selvstendig ansvar for at saken er tilstrekkelig opplyst. Det kan være grunn til å modifisere dette utgangspunktet noe der et folkevalgt, kollegialt organ bygger på og tiltrer innstillingen fra administrasjonen, herunder de vurderinger administrasjonen har foretatt. Det normale er at innstillingsmyndigheten står for saksforberedelsen og sørger for å innhente opplysninger om aktuelle søkere utover det som fremgår av søknadspapirene. En slik ordning forutsetter imidlertid at innstillingsmyndigheten er påpasselig med å gi tilsetningsmyndigheten den informasjonen som er nødvendig for å kunne foreta et forsvarlig valg mellom aktuelle søkere.

Administrasjonen hadde gjennomført intervjuer av søkerne, samt innhentet referanser på eksterne søkere. Det synes ikke å være nedtegnet noe referat eller lignende fra dette, og informasjon som fremkom gjennom intervju og referanseinnhenting var følgelig ikke tilgjengelig for formannskapet da tilsetningsvedtak ble truffet.

For søkere som ikke var kjent for medlemmene i formannskapet fra før, ville formannskapet vanskelig kunne vurdere søkerens personlige egnethet for stillingen utelukkende ut fra søknadspapirene. Jeg vet ikke noe om bakgrunnen for at formannskapet fravek innstillingen, og det er derfor vanskelig å vurdere om saken var tilstrekkelig opplyst før vedtaket om tilsetting ble truffet. Slik saken er opplyst, er det imidlertid begrunnet tvil om formannskapet hadde tilstrekkelig faktisk grunnlag for å foreta en forsvarlig sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av søkerne.

3. Oppsummering

De vurderingene som er foretatt av formannskapet er ikke dokumentert og det har ikke vært mulig å bringe på det rene hva grunnlaget for tilsetningsmyndighetens vurderinger var. Jeg kan derfor ikke se bort fra at det kan ha vært lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn ved tilsetningsvedtaket.

Det er videre tvil om saken var tilstrekkelig opplyst før vedtaket om tilsetting ble truffet.

Jeg vil presisere at jeg med dette ikke har tatt stilling til det konkrete spørsmålet om hvem av søkerne som var best kvalifisert. Kommunen bes imidlertid merke seg mine synspunkter, gjøre disse kjent for formannskapet og sørge for at lignende feil unngås i fremtidige tilsettingssaker.»

23.

Tilsetting av assisterende fylkeslege

(Sak 2007/2252)

Tilsetting i stilling som assisterende fylkeslege, som var utlyst to ganger i 2007. A, som var 67 år, mente hun ble usaklig forbigått ved tilsettingene, og stilte spørsmål om hennes alder var den egentlige begrunnelsen for at hun verken ble innkalt til intervju eller innstilt til stillingen.

A oppfylte de formelle kravene som var oppstilt i utlysingsteksten. Dersom fylkesmannen anså henne som uaktuell for stillingen fordi hun ikke oppfylte andre ønskede faglige kriterier, mente ombudsmannen at stillingen burde ha vært utlyst på nytt med endrede kvalifikasjonskrav. Ombudsmannen kom videre til at As personlige egenskaper ikke var tilstrekkelig opplyst før avgjørelse i tilsettingssakene ble truffet.

Stillingen som assisterende fylkeslege i X fylke ble utlyst to ganger i 2007. A, som var en av to søkere da stillingen ble utlyst første gang i 2007, ble verken innkalt til intervju eller innstilt til stillingen. Da søkeren som var innstilt takket nei, ble stillingen utlyst på ny. Heller ikke denne gang ble A innkalt til intervju eller innstilt til stillingen. A hadde også vært søker til stillingen som assisterende fylkeslege sommeren 2006. Hun ble den gang innkalt til intervju, men ikke innstilt til stillingen.

I klagen til ombudsmannen viste A til at hun siden september 2006 hadde vært ansatt som assisterende fylkeslege i Y fylke. Hun hadde også i en periode vært konstituert fylkeslege, og fått gode tilbakemeldinger på dette arbeidet. Hun hadde også ved den siste søknaden i 2007 sendt med attester fra tidligere arbeidsforhold der hennes skriftlige og muntlige fremstillingsevne og sans for systematikk ble positivt beskrevet.

Hun stilte spørsmål om hennes høye alder var det egentlige motivet for at fylkesmannen ikke engang ville innkalle henne til intervju.

Tilsettingene ble tatt opp med fylkesmannen, som ble bedt om å gi en redegjørelse for den vurderingen som lå til grunn for avgjørelsen om at A ikke ble tilbudt stillingen som assisterende fylkeslege, verken i tilknytning til den første eller andre tilsetningsrunden i 2007. Det ble også spurt om hvorfor A ikke ble innkalt til intervju og om det var innhentet opplysninger om hennes arbeidsutførelse som assisterende fylkeslege i Y fylke.

Fylkesmannen viste til at det var lege med erfaring og kompetanse i somatisk spesialisthelsetjeneste «som var tyngstveiende behov» ved rekrutteringen av assisterende fylkeslege. Fylkesmannen opplyste at muntlig fremstillingsform er særlig viktig i tilsynet etter systemrevisjonsmetodikk. Det ble vist til begrunnelsen for å ikke innstille A som assisterende fylkeslege i 2006, der det gikk frem at hennes arbeidserfaring i spesialisthelsetjenesten lå langt tilbake i tid og at hennes muntlige fremstillingsform ikke ville gi den nødvendige grad av konsisthet og systematikk som var ønskelig. Under henvisning til at det var den samme stillingen som ble utlyst i 2007, mente fylkesmannen at vurderingen fra 2006 var så fersk at det ikke var grunn til å revurdere den. Det ble også understreket at verken alder eller kjønn var blant kriteriene ved vurderingen.

A viste til at hennes relevante arbeidserfaring ikke lå vesentlig tilbake i tid i forhold til den innstilte Bs erfaring. Videre redegjorde hun for at hun gjennom sin tidligere ansettelse hos fylkeslegen i Z fylke, der hun deltok i etatens landsomfattende etterutdanning i samfunnsmedisin, samt den ferske erfaringen fra fylkeslegen i Y fylke, hadde vist «interesse for samfunnsmedisin». Hun mente fylkesmannen gjen-

nom å se bort fra nyere dokumentasjon om samarbeidsevner og nyere yrkeserfaring, viste en klar uvilje til å revurdere det inntrykket av henne som var beskrevet etter intervjuet i 2006. Hun var også kritisk til at fylkesmannen hadde lagt liten vekt på den ferske erfaringen hun hadde fra arbeidet hos fylkeslegen i Y fylke og at fylkesmannen ikke hadde innhentet referanse derfra.

I en ny henvendelse herfra ble fylkesmannen bl.a. spurt om det var legitimt å legge betydelig vekt på at As «... arbeidserfaring fra spesialisthelsetjenesten ligger relativt langt tilbake i tid», slik utlysningsteksten var utformet. Videre ble det stilt flere spørsmål om intervjuet som ble gjennomført med A i 2006. Det ble også spurt om fylkesmannen i forbindelse med søknadene i 2007 hadde tatt kontakt med As daværende eller tidligere arbeidsgivere for å undersøke hvilke erfaringer disse hadde når det gjaldt hennes muntlige fremstillingsevne. Det ble spurt om fylkesmannen anså de undersøkelsene som ble gjort i forbindelse med søknadene i 2007 som tilstrekkelige.

Fylkesmannen erkjente at annonseteksten i 2007 burde vært mer presist utformet. Videre ble det redegjort for gjennomføringen av intervjuet med klageren i 2006 og gjentatt at det på bakgrunn av dette ikke ble funnet grunn til å gjenta intervju i 2007.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Utlysningstekst og kvalifikasjonskrav

Målet i en tilsettingssak er å finne frem til den søkeren som etter en samlet vurdering er best egnet til å utføre de oppgaver som er lagt til stillingen. Utgangspunktet for vurderingen skal tas i kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten og eventuelle lov- og avtalefestede krav. Videre vil utdanning, praksis og personlige egenskaper stå sentralt. Det er arbeidsgiveren som er nærmest til å kjenne virksomhetens behov, og så lenge de kvalifikasjonene som er vektlagt fremstår som saklige og vurderingene ligger innenfor grensene for forvaltningsskjønnet, vil ombudsmannen i stor grad måtte legge til grunn de kompetansekravene arbeidsgiveren selv mener er dekkende og formålstjenlig for vedkommende stilling. Jeg kan derfor vanskelig kritisere at fylkesmannen la avgjørende vekt på å søke å finne frem til en søker med relevant erfaring og kompetanse i somatisk spesialisthelsetjeneste.

Hovedhensynet bak kvalifikasjonsprinsippet er å sikre at forvaltningen rekrutterer personer med best mulig ferdigheter og kompetanse i forhold til de oppgavene som skal løses. I arbeidet med å finne den best kvalifiserte søkeren, er utlysningsteksten et viktig redskap. Utlysningsteksten må gi en dekkende beskrivelse av stillingen som blir kunngjort, og av hva slags kompetanse som vil bli særlig vektlagt ved vurderingen av søkerens kvalifikasjoner. Dette for å sikre at tilsettingsmyndigheten får en best og størst mulig sø-

kermasse å velge blant. Utlysningsteksten skal også bidra til å legge grunnlaget for en saklig tilsettingsprosess. Tilsettingsmyndigheten vil i stor grad være bundet av den utlysningsteksten som blir benyttet, da det først og fremst er de kravene som fremgår av denne, som skal vektlegges ved vurderingen av søkerens kvalifikasjoner. Finner tilsettingsmyndigheten at teksten er mangelfull, for eksempel ved at ikke alle sentrale krav til søkerne er oppgitt, må stillingen som hovedregel lyses ut på nytt med endrede kvalifikasjonskrav.

Fylkesmannen har erkjent at utlysningsteksten «burde vært utformet presist», noe jeg er enig i. I utlysningsteksten til stillingen som assisterende fylkeslege, var det ikke oppstilt noe krav om at søkerne skulle ha erfaring og kompetanse i somatisk spesialisthelsetjeneste eller at denne erfaringen måtte være av nyere dato. Det var riktignok opplyst at det «søkes særlig» etter dette – på samme måte som det ble søkt «særlig» etter leger med interesse for samfunnsmedisin. Samtidig het det i utlysningsteksten at «... også leger med annen tjenestebakgrunn er velkomne til å søke».

Ut fra ordlyden i utlysningsteksten, syntes derfor A å være faglig kvalifisert for stillingen. Dersom fylkesmannen mente at det bare var søkere med nyere erfaring i somatisk spesialisthelsetjeneste som kunne være aktuelle til stillingen som assisterende fylkeslege, burde dette ha fremgått uttrykkelig av utlysningsteksten. Likeledes skulle stillingen ha vært utlyst på nytt med endrede kvalifikasjonskrav, dersom nyere erfaring i somatisk spesialisthelsetjeneste var et avgjørende krav for stillingen.

At slik ny utlysning ikke ble gjennomført, samtidig som A ikke ble vurdert som faglig kvalifisert for stillingen fordi hun ikke hadde nyere erfaring og kompetanse i somatisk spesialisthelsetjeneste, er følgelig en saksbehandlingsfeil.

2. Sakens opplysning

Som begrunnelse for at A ikke ble innkalt til intervju eller innstilt til stillingene i 2007, har fylkesmannen vist til at intervjueteamet i 2006 vurderte det slik at hennes muntlige fremstillingsform ikke ville gi den nødvendige grad av konsisitet og systematikk som var ønskelig i nettopp denne stillingen (i systemtilsyn med spesialisthelsetjeneste).

I begge innstillingene i 2007 er det benyttet nøyaktig samme formuleringer om As egenskaper, som i intervjureferatet fra 2006. Fylkesmannen har opplyst at det ikke var aktuelt å innkalle klageren til intervju i 2007, fordi intervjuet fra 2006 var så ferskt.

Tilsetting i en 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. Dette betyr at forvaltningsorganet har et selvstendig ansvar for å påse at saken er tilstrekkelig opplyst før tilsetningsvedtaket treffes. Utredningsplikten innebærer etter omstendighetene også en plikt for forvaltningsorganet til å innhente opplysninger gjennom egne undersøkelser, for eksempel ved avholdelse av intervju eller innhenting av referanser. Det kan ikke oppstilles en generell plikt til å innkalle alle formelt kvalifiserte søkere til intervju. Derimot vil intervju av aktuelle søkere normalt være et egnet middel til å bidra til sakens opplysning.

I denne saken har A imøtegått det inntrykket av hennes muntlige fremstillingsevne og systematikk som ble beskrevet etter intervjuet i 2006. Ved 3. gangs utlysning av stillingen som assisterende fylkeslege la hun dessuten ved attester som ga positive beskrivelser av hennes egenskaper innenfor disse områdene. Videre hadde klageren i tiden etter siste intervju innehatt en tilsvarende stilling hos fylkeslegen i Y. Disse omstendighetene ga fylkesmannen en særlig oppfordring til å innkalle henne til nytt intervju. Selv om fylkesmannen i denne saken hadde kjennskap til A fra tidligere stillingsintervju, kunne et nytt intervju ha bidratt til å utdype og klargjøre hennes reelle kvalifikasjoner. I tillegg til muligheten for at tilsettingsorganet ville kunne vurdere hennes egenskaper på en annen måte enn i 2006, kunne det også være at hennes muntlige fremstillingsevne og systematiske egenskaper faktisk var annerledes nå.

Slik saken er opplyst, er det videre ingenting som tyder på at fylkesmannen tok kontakt med noen av de referansene som klageren oppga, heller ikke referansen fra hennes stilling som assisterende fylkeslege hos Fylkesmannen i Y, der hun altså hadde vært ansatt i tiden etter intervjuet i 2006.

Jeg har tidligere uttalt at det i situasjoner der klageren oppfylder de formelle kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten, kreves klare holdepunkter for å konkludere med at klageren ikke er kvalifisert ut fra en vurdering av klagerens personlige egenskaper (Somb-2007-20). Når fylkesmannen i den foreliggende saken verken innkalte A til nytt intervju eller kontaktet referanser, er det samlet sett begrunnet tvil knyttet til om tilsettingssakene i 2007 var tilstrekkelig opplyst med hensyn til As personlige egenskaper.

3. Oppsummering

Det var en saksbehandlingsfeil at stillingen ikke ble lyst ut på nytt med endrede kvalifikasjonskrav, samtidig som A ikke ble vurdert som faglig kvalifisert for stillingen. Videre var sakene ikke tilstrekkelig opplyst med hensyn til As personlige egenskaper. Unnlattelsen av å forholde seg korrekt til utlysningsteksten og saksbehandlingen for øvrig svekker tilliten til de avgjørelsene som ble truffet og gir grunnlag for en

mistanke om at avgjørelsene ble bygget på utenforliggende eller usaklige hensyn.

Tilsettingene er gjennomført, og min undersøkelse av klagen får ingen konsekvenser for de avgjørelsene tilsettingsmyndigheten har truffet. Jeg ber imidlertid om at fylkesmannen innretter behandlingen av fremtidige tilsettingssaker i tråd med mine synspunkter i denne saken.»

24.

Tilsetting av lærer – lovfestede kvalifikasjonskrav

(Sak 2007/2034)

En søker uten formell pedagogisk kompetanse ble tilsatt midlertidig som lærer i rørfag ved en videregående skole. En annen søker oppfylte både de faglige og pedagogiske kompetansekravene etter opplæringslova § 10-1. Det var da ikke rettslig adgang til å tilsette søkeren midlertidig. Dersom skolen mente at den søkeren som oppfylte kompetansekravene ikke var skikket for stillingen, skulle stillingen vært lyst ut på nytt med sikte på å utvide søkergrunnet.

En videregående skole lyste ut ledig stilling som lærer i rørfag. A var en blant i alt fire søkere, men ble ikke tilsatt. En annen søker ble tilsatt midlertidig. På vegne av A brakte Skolenes landsforbund saken inn for ombudsmannen. Det ble opplyst at den tilsatte manglet pedagogisk kompetanse, mens A oppfylte samtlige formelle kompetansekrav i tillegg til å ha 17 års relevant erfaring som lærer i rørfag. A anførte derfor at det ikke var adgang etter opplæringslovas bestemmelser å tilsette midlertidig. Det ble fremholdt at adgangen til å tilsette midlertidig først inntre når det ikke har meldt seg søkere som fyller de lovfestede kompetansekravene.

I brev herfra ble fylkeskommunen bedt om sitt syn på om det var rettslig adgang til å tilsette midlertidig, da A oppfylte de formelle kompetansekravene. Det ble også bedt om en nærmere redegjørelse og begrunnelse for det rettslige grunnlaget for tilsettingen.

Fylkeskommunen viste i svarbrevet til bestemmelsen i opplæringslova § 10-5 om at det også skal legges vekt på «kor kvalifisert søkjaren elles er for stillinga». Det ble hevdet at dette, sammenholdt med bestemmelsen i Hovedtariffavtalen § 2.2, klart innebar at undervisningspersonalet var underlagt kravet til skikkethet for stillingen. Skolen hadde foretatt en vurdering av As skikkethet for stillingen, og vurdert ham som ikke kvalifisert/skikket for stillingen. Det ble derfor foretatt midlertidig tilsetting i samsvar med opplæringslova § 10-6.

Skolenes landsforbund kom med ytterligere merknader, og mente på sin side at fylkeskommunen hadde tolket bestemmelsen i opplæringslova § 10-5 uriktig. Det ble anført at det var et «ufravikelig krav

om at bare dersom det er ingen kvalifiserte søkere, kan man vurdere de ukvalifiserte søkerne og tilsette dem midlertidig etter § 10-6 eller eventuelt på vilkår». Det ble videre fremholdt at arbeidsgiver må vurdere om det finnes søkere som oppfyller de formelle kvalifikasjonskrav fastsatt i opplæringslova, og at andre forhold som personlig egnethet først blir relevant ved valget mellom søkere som oppfyller de formelle kvalifikasjonskravene.

Fylkeskommunen og Skolenes landsforbund hadde etter dette enkelte ytterligere kommentarer til saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 10-1 at den som skal tilsettes i undervisningsstilling i den videregående skolen skal ha relevant faglig og pedagogisk kompetanse. Dette er grunnvilkår for tilsetting i undervisningsstilling som i utgangspunktet må være oppfylt før tilsetting foretas. I opplæringslova § 10-6 er det imidlertid gitt en adgang til å tilsette søkere i midlertidig stilling. Forutsetningen er at det ikke er søkere som fyller «dei kompetansekrava som er fastsette i denne lova».

Fylkeskommunen har anført at personlige kvalifikasjoner og skikkethet for stillingen omfattes av begrepet «kompetansekrav», og har som støtte for sitt syn blant annet vist til opplæringslova § 10-5 og Hovedtariffavtalen § 2.2.

Jeg har i flere tidligere saker uttalt meg om kravet til kompetanse etter opplæringslova § 10-1 og adgangen til midlertidig tilsetting i medhold av § 10-6, og lagt til grunn at skolen ikke har adgang til å tilsette søkere som ikke oppfyller de lov- eller forskriftsbestemte kravene, dersom det er andre søkere som oppfyller disse. I tillegg til at dette følger nokså klart av ordlyden i § 10-6, jf. § 10-1, har denne tolkingen også støtte i teorien. Om opplæringslova § 10-5 heter det blant annet følgende i Helgelands kommentarutgave til opplæringslova (2. utg. 2006) på side 298:

«Når stillingen er omfattet av kompetansekravene etter §§ 9-1 eller 10-1, står valget mellom søkere som fyller kompetansekravene, andre søkere er ikke med og konkurrerer. Dette betyr at når det bare er én av søkerne som fyller kompetansekravene, skal denne søkeren velges selv om han eller hun ikke er den beste ut fra en totalvurdering.»

Dette innebærer altså at andre kvalifikasjoner hos søkerne, slik som skikkethet for stillingen, først blir aktuelt å vurdere når det finnes flere søkere som oppfyller kravene til faglig og pedagogisk kompetanse etter opplæringslova § 10-1.

Det er på det rene at den tilsatte ikke fylte det lovbestemte kravet til pedagogisk kompetanse, samtidig som A hadde både relevant faglig og pedagogisk

kompetanse. Det var da ikke rettslig adgang til å tilsette i midlertidig stilling. De lovpålagte kvalifikasjonskravene er imidlertid bare ett av flere momenter i helhetsvurderingen av søkerens kvalifikasjoner. Dersom skolen mente at A ikke var skikket for stillingen, burde det vært foretatt en ny utlysning med sikte på å utvide søkergrunnlaget.

Jeg understreker at min uttalelse bare gjelder forholdet mellom A og skolen/fylkeskommunen. Den tilsatte har ikke vært part i undersøkelsene her, og denne uttalelsen får ingen konsekvenser for ham. Jeg ber imidlertid fylkeskommunen rette seg etter mine synspunkter om forståelsen av opplæringslovas bestemmelser om adgangen til midlertidig tilsetting, og om nødvendig gjøre de videregående skolene i fylket kjent med disse.»

25.

Tilsetting i undervisningsstilling – saksbehandling og betydningen av lovbestemte kvalifikasjonskrav

(Sak 2007/1675)

A fikk avslag på en søknad om en undervisningsstilling ved en videregående skole. Det var på det rene at A, i motsetning til søkeren som ble tilsatt, tilfredstilte alle lovbestemte kvalifikasjonskrav som gjaldt for undervisningsstillinger i den videregående skolen. På bakgrunn av et jobbintervju og samtaler med referansepersoner, hadde imidlertid tilsettingsmyndigheten kommet til at han ikke var personlig egnet for stillingen.

Ombudsmannen rettet kritikk mot tilsettingsvedtaket og saksbehandlingen. Når minst en av søkerne tilfredstilte de lovbestemte kvalifikasjonskravene som gjaldt for stillingen, var det ikke anledning til å tilsette en søker som ikke tilfredstilte kravene. Vurderingen av As personlige egnethet syntes videre å bygge på et mangelfullt opplyst faktum, og A hadde heller ikke fått mulighet til å kommentere opplysninger fra samtaler med referansepersoner. Ombudsmannen kom også til at det knyttet seg begrunnet tvil til om det på en usaklig måte var tatt hensyn til en privat aktør som skolen hadde et samarbeid med.

A klaget over avslag på søknad om undervisningsstilling ved X videregående skole. I klagen opplyste A at søkeren som var blitt tilsatt i stillingen, ikke tilfredstilte lovbestemte krav til pedagogisk kompetanse. Selv tilfredstilte A alle de lovbestemte kvalifikasjonskravene som gjaldt for den aktuelle stillingen.

Dokumentene i tilsettingssaken ble innhentet fra fylkeskommunen. Etter en gjennomgang av dokumentene ble det også funnet grunn til å be om en nærmere redegjørelse fra fylkeskommunen. Bl.a. ble det spurt om det etter fylkeskommunens syn hadde vært

anledning til å tilsette en søker som ikke oppfylte lovbestemte kvalifikasjonskrav fremfor A. Det ble videre bedt opplyst om A var blitt vurdert som kvalifisert for stillingen, og om han hadde blitt gjort kjent med og fått mulighet til å imøtegå eventuelle opplysninger som var vektlagt til hans disfavør.

I sitt svar til ombudsmannen erkjente fylkeskommunen at det ikke hadde vært anledning til å tilsette søkeren som ikke tilfredsstilte lovbestemte krav til pedagogisk kompetanse. Vedkommende var riktignok bare blitt tilbudt en midlertidig stilling, men den korrekte fremgangsmåten ville likevel vært å lyse ut stillingen på nytt. Å tilsette A ville derimot ikke vært et alternativ, fordi han etter fylkeskommunens syn ikke var personlig egnet for stillingen. Det ble i denne sammenheng vist til at det dreide seg om en stilling i et lite og tett arbeidsmiljø, og at det i utlysningsteksten var blitt stilt krav om medvirknings- og samarbeidsevne. I jobbintervjuet som ble gjennomført i forbindelse med tilsettingen hadde A fremstått dårlig på dialog, og også gitt en uheldig fremstilling av et konfliktforhold til en tidligere arbeidsgiver (Y videregående skole). Verken intervjupanelet eller tilsettingsmyndigheten hadde hatt grunnlag for å ta stilling til innholdet i denne konflikten, men intervjupanelet hadde likevel ment at A ga en lite nyansert fremstilling av forholdet. Inntrykket av A fra jobbintervjuet var dessuten blitt forsterket gjennom opplysninger fra to av As referansepersoner. Punktreferater fra samtaler med disse referansepersonene var innarbeidet i fylkeskommunens redegjørelse. Det ble opplyst at A ikke var blitt gjort kjent med disse opplysningene. Etter fylkeskommunens syn var dette ikke en saksbehandlingsfeil, fordi opplysningene bare bekreftet det inntrykk A hadde gitt av seg selv i jobbintervjuet.

Fylkeskommunens svar ble oversendt A, som i et nytt brev imøtegikk flere av fylkeskommunens påstander. Etter As syn var det omtalte jobbintervjuet gjennomført på en måte som ikke var egnet til å belyse hans evne til dialog eller samarbeid. Heller ikke samtaler med referansepersonene kunne gi grunnlag for å anse ham uegnet for stillingen. Det ble i denne sammenheng vist til en vedlagt uttalelse fra en av de to referansepersonene, der vedkommende utdypet enkelte av de opplysninger som fremgikk av fylkeskommunens punktreferat. A vedla også en attest fra den videregående skolen han hadde arbeidet ved da han søkte stillingen ved X videregående skole. I attesten ble det gitt gode tilbakemeldinger på As evne til samarbeid.

Foruten å kommentere opplysningene fra fylkeskommunen, stilte A videre spørsmål om det i tilsettingsprosessen var tatt usaklige hensyn. Han viste i denne sammenheng til en samtale han hadde hatt med en person som både var tilsatt ved X videregående

de skole og hos en privat aktør (Z) som skolen hadde et samarbeid med. I samtalen skulle vedkommende person ha gitt uttrykk for at det også ville bli tatt hensyn til Zs ønsker ved tilsettingen.

De nye opplysningene fra A ble forelagt fylkeskommunen, som i et nytt brev bekreftet at det foregikk et samarbeid mellom X videregående skole og Z. Fylkeskommunen fremholdt imidlertid at samarbeidet ikke omfattet tilsetninger, og at Zs behov ikke var blitt vektlagt ved vurderingen av søkerne. Om personen A hadde vært i kontakt med, opplyste fylkeskommunen at vedkommende hadde gitt visse innspill til innstillende myndighet. For øvrig hadde vedkommende ikke hatt noen formell rolle i tilsettingsprosessen.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg bl.a.:

«1. Tilsettingen av søker uten formell pedagogisk kompetanse

Det følger av opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 10-1 første ledd første punktum at den som skal tilsettes i undervisningsstilling i den videregående skolen skal ha relevant faglig og pedagogisk kompetanse. For undervisningsstillinger innen utdanninger som gir generell studiekompetanse, er de nærmere kravene til faglig og pedagogisk kompetanse fastsatt i § 10-1 første ledd annet punktum, jf. forskrift til opplæringslova 23. juni 2006 nr. 724 (opplæringsforskriften) § 14-3 bokstav a.

Opplæringslova og opplæringsforskriftens krav til formell og pedagogisk kompetanse er i utgangspunktet absolutt, dvs. at det ikke er anledning til å tilsette undervisningspersonell som ikke oppfyller kravene. Lovens § 10-5 åpner imidlertid for midlertidig tilsetting av personer som ikke oppfyller de lovbestemte kvalifikasjonskravene dersom heller ingen av de andre søkerne oppfyller disse kravene.

Slik saken er opplyst, legger jeg til grunn at A på søknadstidspunktet tilfredsstilte alle lovbestemte kvalifikasjonskrav for den utlyste stillingen. I en slik situasjon gir opplæringslova § 10-5 etter sin ordlyd ikke hjemmel for å tilsette en person som ikke tilfredsstiller de lovbestemte kravene. Dersom fylkeskommunen vurderte det slik at A av andre grunner ikke var kvalifisert for stillingen, skulle stillingen vært lyst ut på nytt. Jeg viser i denne sammenheng til min uttalelse i årsmeldingen for 2005 s. 123 (Somb-2005-21). Fylkeskommunen har også erkjent dette i etterkant av tilsettingen.

2. Intervju og opplysninger fra referansepersoner

Tilsetting i den offentlige forvaltning er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 annet ledd. Etter lovens § 17 har forvaltningen plikt til å påse at saken er forsvarlig opplyst før tilsettingsvedtak fattes. Sentrale kilder til informasjon om søkerens

formelle og personlige egenskaper vil bl.a. være dokumentasjon søkeren selv fremlegger, oppgitte referansepersoner og eventuelle intervju eller samtaler med søkerne.

Fylkeskommunen har opplyst at A i jobbintervjuet gjorde et inntrykk som skapte tvil om hans evne til dialog og samhandling. Det er i denne sammenheng vist til måten han kommuniserte med intervjupanelet på, og at han etter intervjupanelets syn ga en unyansert fremstilling av en konflikt med en tidligere arbeidsgiver. A har på sin side anført at den benyttede intervjuteknikken ikke var egnet til å belyse disse sidene ved ham, og at han heller ikke ble gitt anledning til å utype sitt syn på konflikten med den tidligere arbeidsgiveren.

Spørsmålene om hvordan intervjuet ble gjennomført og hvilket inntrykk A gjorde på intervjupanelet, er i stor grad spørsmål om faktiske forhold som er lite egnet for overprøving herfra. På generelt grunnlag må det likevel antas at det skal forholdsvis mye til for at det inntrykk en søker gir i et intervju alene er et tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at vedkommende er personlig uegnet for stillingen. Et jobbintervju er en spesiell situasjon, og det vil kunne være store variasjoner i hvordan ulike søkere opplever og håndterer denne situasjonen. Det inntrykk intervjupanelet får av søkeren, behøver ikke å være beskrivende for hvordan vedkommende fremstår i en ordinær arbeidssituasjon. Hensynet til sakens opplysning, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd, tilsier derfor at det normalt vil være påkrevd å sjekke det inntrykk søkeren gir i intervjuet opp mot andre informasjonskilder, som for eksempel referansepersoner og attester fra tidligere arbeidsgivere.

I As tilfelle ble det tatt kontakt med to referansepersoner. Punktreferater fra samtaler med disse personene er gjengitt både i innstillingen og brev hit. Ut fra disse gjengivelsene er det vanskelig å se at tilsetningsmyndigheten har hatt et tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at A ikke hadde de nødvendige egenskaper til samhandling og dialog som den utlyste stillingen forutsatte. Riktignok har den ene av referansepersonene vist til at det har vært samarbeidsproblemer ved et av As tidligere arbeidsteder. Det fremgår imidlertid av skolens egne nedtegninger at vedkommende ikke bare anså dette for å være As skyld. Også den andre referansepersonen påpekte enkelte mindre fordelaktige sider ved As personlige egenskaper. Heller ikke her synes det imidlertid å være tilstrekkelig grunnlag for å underbygge den konklusjon at A var uegnet for stillingen.

Etter forvaltningsloven § 17 annet ledd har forvaltningen i utgangspunktet en plikt til å gjøre en part kjent med opplysninger som forvaltningsorganet mottar om ham eller henne. Fylkeskommunen har opplyst at A ikke ble gjort kjent med innholdet i de

ovennevnte samtaler med referansepersoner, og at han således ikke ble gitt anledning til å kommentere de negative opplysningene om ham som ble gitt. Dette fremstår som et klart brudd på forvaltningsloven § 17 annet ledd. Riktignok åpner § 17 annet ledd bokstav a for at forvaltningen ikke trenger å informere en part om opplysninger som bekreftes av egen saksfremstilling. Slik saken er opplyst, synes det imidlertid klart at flere av de faktiske opplysninger om og vurderinger av A som ble gitt i samtaler med referansepersonene, ikke var i samsvar med opplysninger og vurderinger A selv hadde gitt i sin søknad eller under jobbintervjuet.

Slik saken er opplyst, legger jeg videre til grunn at det ikke ble gjort nærmere undersøkelser knyttet til fremstillingen A ga om konfliktsituasjonen med sin tidligere arbeidsgiver, Y videregående skole. Fylkeskommunen har i korrespondansen hit også fremhevet at man ikke har grunnlag for å ta stilling til innholdet i denne konflikten. Til tross for dette ble det ved vurderingen av A lagt vekt på at han ga en unyansert fremstilling av konfliktsituasjonen. All den tid intervjupanelet og tilsettende myndighet ikke hadde opplysninger om den nevnte konflikten fra andre kilder, er det vanskelig å se hvordan tilsetningsmyndigheten kunne ha et forsvarlig grunnlag for å vurdere As fremstilling av forholdet. Heller ikke på dette punktet fremstår saken som tilstrekkelig opplyst.

3. Forholdet mellom skolen, Z og søkeren som ble tilsatt

A har stilt spørsmål om det ble tatt usaklige hensyn i tilsetningsprosessen, ved at det ble lagt vekt på behov og preferanser hos Z. Fylkeskommunen har bekreftet at det er et samarbeid mellom skolen og Z, og har også oversendt en kopi av samarbeidsavtalen.

Jeg antar at det i dag ikke er uvanlig at enkelte linjer ved den videregående skole samarbeider med relevante private aktører. Et slikt samarbeid skal imidlertid ikke påvirke skolens offentligrettslige forpliktelser. Ved tilsetninger i skolen gjelder således det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet, som innebærer at skolen må tilsette den søkeren som er best kvalifisert og tilfredsstillende skolens behov. Den private aktørs behov og ønsker vil som det klare utgangspunktet være uten betydning for denne kvalifikasjonsvurderingen, se uttalelsen i årsmeldingen for 2005 s. 123 (Somb-2005-21). Jeg oppfatter fylkeskommunen slik at den er innforstått med dette utgangspunktet.

A har vist til at det i en samtale med en person som både var tilsatt ved skolen og Z, ble gitt inntrykk av at det også ville bli tatt hensyn til Zs ønsker i forbindelse med tilsettingen ved skolen. Fylkeskommunen har bekreftet at vedkommende også kom med innspill i tilsetningsprosessen. Slik saken er opplyst, har jeg ikke grunnlag for å konkludere med at innstil-

lende eller tilsettende myndighet bevisst har lagt vekt på usaklige hensyn i tilsettingsprosessen. Jeg har heller ikke grunnlag for å legge til grunn at personen som både var tilsatt ved skolen og i Z rent faktisk prøvde å fremme Zs interesser på en usaklig måte. På bakgrunn av opplysningene om den ovennevnte samtalen og det forhold at vedkommende klart nok synes å ha hatt muligheter til å påvirke tilsettingsprosessen, knytter det seg likevel begrunnet tvil til om tilsetningsvedtaket ble påvirket av behov og preferanser hos Z. Dette svekker tilliten til at det ved tilsettingen ikke ble lagt vekt på utenforliggende hensyn.

5. Konklusjon

Det var ikke rettslig adgang til å tilsette en søker uten formell pedagogisk kompetanse foran A. Vurderingen av As egnethet synes videre å være bygget på et mangelfullt opplyst faktagrunnlag, i tillegg til at det hefter tvil ved om enkelte av de momenter som det ble lagt vekt på i egnethetsvurderingen var saklige. Tilsettingen ved X videregående skole er gjennomført. På bakgrunn av de forhold som er påpekt ovenfor, bør imidlertid fylkeskommunen gå gjennom saken på nytt og i den forbindelse vurdere hva som kan gjøres for å bøte på de feil som er begått med hensyn til A. Jeg forutsetter også at skolen og fylkeskommunen, dersom A på et senere tidspunkt skulle søke om jobb ved X videregående skole eller andre skoler i fylkeskommunen, foretar en ny og selvstendig vurdering av hans faglige og personlige kvalifikasjoner.

For ordens skyld presiserer jeg at min uttalelse ikke har noen betydning for rettsstillingen til søkeren som ble tilsatt.

Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre utviklingen.»

26.

Tilsetting i undervisningsstilling – manglende pedagogisk kompetanse

(Sak 2007/1587)

Til en utlyst undervisningsstilling i helse- og sosialfag ved en videregående skole, meldte det seg bare søkere som på tilsettingstidspunktet ikke oppfylte lovbestemte krav til pedagogisk kompetanse. Søkeren som fikk stillingen skulle begynne på deltidsutdanning som ville gjøre at hun oppfylte kravene om pedagogisk kompetanse, og det ble satt som vilkår at denne utdanningen ble fullført innen 3 år. En annen søker, A, som på tilsettingstidspunktet var i den avsluttende fasen av tilsvarende utdanning, mente hun var blitt forbigått.

Ombudsmannen kom til at A var blitt forbigått. Selv om ingen av søkerne på tilsettingstidspunktet formelt sett oppfylte de lovbestemte kravene om pe-

dagogisk kompetanse, skulle det i den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen vært lagt vekt på at A var i den avsluttende fasen av utdanning som ville gjøre henne fullt kvalifisert for stillingen.

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse besluttet fylkeskommunen å tilkjenne A erstatning for økonomisk tap som følge av forbigåelse.

A søkte våren 2007 om en undervisningsstilling i helse- og sosialfag ved X videregående skole i Oppland fylkeskommune. På søknadstidspunktet hadde A fullført sykepleier- og hjelpepleierutdanning. Hun var også i gang med praktisk-pedagogisk utdanning, og skulle avlegge avsluttende eksamener for denne utdanningen i løpet av mai og juni 2007. Dette gjorde hun skolen oppmerksom på i stillingssøknaden, og også i intervju i mai 2007.

Rektor ved skolen besluttet ved vedtak 8. juni 2007 å tilsette en annen søker enn A. Søkeren som ble tilsatt var allerede tilsatt i deltidsstilling som helse- og sosialrådgiver med skolen. Vedkommende oppfylte ikke kravene til pedagogisk kompetanse som gjelder for undervisningspersonell i den videregående skolen, men hun skulle begynne på praktisk-pedagogisk utdanning på deltid høsten 2007. Tilsettingen skjedde på vilkår om at hun fullførte denne utdanningen i løpet av 3 år. Vedkommende søker tiltrådte stillingen i august 2007, og hadde sine første undervisningstimer samme måned.

A fikk vitnemål for fullført praktisk-pedagogisk utdanning 1. juli 2007. Hun brakte senere saken inn for ombudsmannen. I klagen anførte hun at hun var blitt forbigått, fordi søkeren som ble tilsatt ikke hadde relevant pedagogisk kompetanse.

Dokumentene i saken ble innhentet fra Oppland fylkeskommune. Etter en gjennomgang av saksdokumentene og klagen fra A, ble det besluttet å be om en nærmere redegjørelse fra fylkeskommunen. I brev herfra ble det bl.a. spurt om fylkeskommunen mente det hadde vært adgang til å tilsette den andre søkeren fremfor A, og om det hadde blitt vurdert i stedet å tilsette A på det vilkår at hun besto praktisk-pedagogisk utdanning. Det ble også spurt hvorvidt det i den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen mellom søkerne var blitt lagt vekt på at søkeren som ble tilsatt allerede hadde en deltidsstilling som helse- og sosialrådgiver ved skolen.

I sine svarbrev hit fastholdt fylkeskommunen at A ikke var blitt forbigått. Det ble vist til at heller ikke A hadde fått godkjent sin praktisk-pedagogiske utdanning da tilsetningsvedtaket ble fattet, og at det var vanskelig å forutse at A ville bestå de gjenstående eksamenene. Verken A eller søkeren som ble tilsatt tilfredsstilte derfor de lovfestede kvalifikasjonskrav som i utgangspunktet gjelder for undervisningsstillinger ved yrkesutdanninger i den videregående sko-

len. Etter en helhetsvurdering hadde den andre søkeren blitt funnet best kvalifisert, men uten at det i denne sammenheng var blitt lagt vekt på at denne søkeren allerede var tilsatt som helserådgiver ved skolen.

Svarbrevene fra fylkeskommunen ble forelagt A, som kom med enkelte merknader til saken. Saken ble etter dette tatt opp til avslutning her.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 10-1 første ledd første punktum at den som skal tilsettes i undervisningsstilling i den videregående skolen skal ha relevant faglig og pedagogisk kompetanse. For undervisningsstillinger innen yrkesutdanninger, følger det av § 10-1 første ledd annet punktum, jf. forskrift til opplæringslova 23. juni 2006 nr. 724 (opplæringsforskriften) § 14-3 bokstav b annet alternativ at dette kravet er oppfylt for personer som har universitets- og/eller høyskoleutdanning tilsvarende 180 studiepoeng, herunder pedagogisk utdanning etter forskriften § 14-1 og minst 60 studiepoeng innen relevante fag. Kravet om pedagogisk kompetanse vil være oppfylt for personer som har gjennomført praktisk-pedagogisk utdanning.

Kravene til undervisningspersonell etter opplæringslova og opplæringsforskriften er i utgangspunktet absolutte. For undervisningsstillinger innen yrkesfag åpner likevel forskriftens § 14-5 første ledd for at en søker som oppfyller kravene til faglig kompetanse kan tilsettes på det vilkår at vedkommende også fullfører pedagogisk utdanning. Forutsetningen for at tilsetting etter § 14-5 første ledd kan finne sted, er imidlertid at ingen av de andre søkerne oppfyller de lovfestede kompetansekravene.

Fylkeskommunens anførsler må forstås slik at den mener at § 14-5 første ledd ga hjemmel for å tilsette søkeren som fikk stillingen, fordi verken denne søkeren eller A kunne anses å ha fullført nødvendig pedagogisk utdanning på tidspunktet for tilsettingen. På generelt grunnlag er jeg enig i at vurdering av søkerens kvalifikasjoner må skje ut fra forholdene på tidspunktet for tilsettingsvedtaket. Dette må gjelde både for vurderingen av om den enkelte søker er kvalifisert for stillingen, og for den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen mellom søkere. At noen av søkerne forbedrer sine kvalifikasjoner etter at tilsettingsvedtaket er fattet, vil derfor i utgangspunktet ikke kunne ha noen innvirkning på vedtakets gyldighet.

Det er på det rene at A først fikk godkjent sin praktisk-pedagogiske utdanning etter at tilsettingsvedtak var fattet. Formelt sett oppfylte således ingen av søkerne de alminnelige kvalifikasjonskravene etter opplæringsloven § 10-1, jf. opplæringsforskriften § 14-3 bokstav b, jf. § 14-1 første ledd på tilsettingstidspunktet. Dette kan imidlertid ikke innebære at

disse bestemmelsene er uten betydning for vurderingen av om tilsetningshjemmelen etter forskriftens § 14-5 skulle benyttes, og for vurderingen av hvem av søkerne som var best kvalifisert. Opplæringsloven med tilhørende forskrifter bygger på en klar forutsetning om at undervisningsstillinger, så langt det er mulig, skal besettes av personer som innehar relevant pedagogisk kompetanse. Dette tilsier at fylkeskommunen, som et ledd i arbeidet med å sørge for et best mulig undervisningstilbud, må tilstrebe at minst mulig undervisning gis av personer som mangler pedagogisk kompetanse. Dersom ingen av søkerne til en undervisningsstilling tilfredsstiller de alminnelige kompetansekravene på tilsettingstidspunktet, må det videre være et mål at den som tilsettes fullfører sin pedagogiske utdanning så snart som mulig. Hvor mye som gjenstår av utdanningen vil derfor måtte tillegges vesentlig vekt i den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen mellom søkere.

Jeg forstår det slik at fylkeskommunen mente at A oppfylte kravene til faglig kompetanse etter opplæringsforskriften § 14-3 bokstav b annet alternativ, og at hun også ble vurdert som personlig egnet for undervisningsstillingen i helse- og sosialfag.

Hvis hun besto de avsluttende eksamenene for praktisk-pedagogiske utdanning, ville hun således være fullt kvalifisert for stillingen ved tiltredelse og undervisningsstart. I stedet ble det tilsatt en søker som først skulle påbegynne praktisk-pedagogisk utdanning høsten 2007, og som ikke ville oppfylle de alminnelige kvalifikasjonskravene ved undervisningsstart. Dette forholdet burde vært tillagt vesentlig vekt i den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen mellom vedkommende søker og A. All den tid det ikke forelå konkrete omstendigheter som tilsa at A ikke ville bestå de gjenstående eksamenene, måtte derfor As pedagogiske kvalifikasjoner anses vesentlig bedre enn hos søkeren som ble tilsatt.

Slik saken er opplyst, fremstår tilsettingsvedtaket som en forbigåelse av A. Selv om det formelt sett var anledning til å foreta en tilsetting med hjemmel i opplæringsforskriften § 14-5 første ledd, tilsier sammenhengen i regelverket at A skulle ha vært tilsatt under forutsetning av at hun fikk godkjent den praktisk-pedagogiske utdanningen før tiltredelsen.

Tilsettingen ved X videregående skole er gjennomført. Søkeren som ble tilsatt i stillingen har ikke vært part i saken her, og mine uttalelser har heller ingen betydning for vedkommendes rettsstilling. Fylkeskommunen bør imidlertid gå gjennom sakskomplekset på nytt og vurdere om det er grunn til å tilkjenne A økonomisk kompensasjon som følge av forbigåelsen.

Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre utviklingen.»

Fylkeskommunen gikk etter dette gjennom saken på nytt og besluttet å tilkjenne A erstatning for økonomisk tap som følge av forbigåelsen.

27.

ID-kort for tilsatte ved norske lufthavner – behandlingen av utenlandsk vandelsdokumentasjon

(Sak 2007/1398)

A var blitt tilbudt jobb ved en norsk lufthavn, men ble nektet ID-kort som ga adgang til flysiden av lufthavnens sikkerhetskontroll. Begrunnelsen var at hennes utenlandske politiattester ikke ble ansett å tilsvare uttømmende norsk politiattest. Samferdselsdepartementet hadde ikke vurdert om politiattestene likevel kunne anses som tilstrekkelig egnet vandelsdokumentasjon. Det var heller ikke undersøkt hva slags forhold som ville medført anmerkninger i de utenlandske politiattestene.

Ombudsmannen kom til at det skulle vært vurdert om de utenlandske politiattestene likevel kunne anses som tilstrekkelig egnet vandelsdokumentasjon.

Forvaltningens saksutredning var dessuten mangelfull. Utstedelse av ID-kort hadde vært en forutsetning for at A skulle kunne tiltre den tilbudte stillingen. At arbeid anses som et grunnleggende samfunns gode, noe som bl.a. er kommet til uttrykk i Grunnloven og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, måtte ha betydning for forvaltningens undersøkelsesplikt.

Som følge av ombudsmannens uttalelse opphevet departementet avslaget sitt. Etter en fornyet vurdering ble det deretter besluttet å innvilge As søknad om ID-kort.

A, som var thailandsk statsborger, hadde bodd i Norge i ca. 2 ½ år. Som følge av et jobbtillbud ved en av landets lufthavner, søkte hun Luftfartstilsynet om å få utstedt ID-kort som ga adgang til flysiden av sikkerhetskontrollen. Vedlagt As søknad til Luftfartstilsynet fulgte en uttømmende norsk politiattest for de ca. 2 ½ årene hun hadde vært bosatt i Norge. Videre vedla hun to attester fra Royal Thai Police i Bangkok som vandelsdokumentasjon for den øvrige delen av de siste fem årene. I den ene attesten het det at A «neither [has] a criminal record nor activity in our police files, which may endanger the public safety of Thailand». I den andre attesten ble det uttalt at A «is a person with no behavior endangering the peace and order or the security of the State».

Luftfartstilsynet av slo As søknad om ID-kort. Bakgrunnen var at de thailandske politiattestene etter Luftfartstilsynets syn ikke kunne anses å tilsvare norsk uttømmende politiattest etter luftfartsloven 11. juni 1993 nr. 101 § 16-1 jf. forskrift 30. april 2004 nr.

715 om forebyggelse av anslag mot sikkerheten i luftfarten (BSL A 2-1) § 26. As vandelsdokumentasjon for perioden før hun flyttet til Norge ble derfor ikke ansett tilstrekkelig.

A klagde til Samferdselsdepartementet, og fremla i denne sammenheng også en ny attest fra Royal Thai Police i Bangkok. Bortsett fra dateringen var denne attesten identisk med en av de to tidligere fremlagte attestene.

Samferdselsdepartementet opprettholdt Luftfartstilsynets avslag, og i all hovedsak med samme begrunnelsen som Luftfartstilsynet. A brakte deretter saken inn for ombudsmannen.

Etter å ha innhentet og gjennomgått saksdokumentene, ble det besluttet å undersøke saken nærmere herfra. Departementet ble for det første spurt om det hadde blitt undersøkt hva slags forhold som ville ha medført anmerkninger på de thailandske politiattestene. Det ble i denne forbindelse bedt opplyst om departementet hadde vært i kontakt med thailandsk politi, eventuelt ved hjelp av norsk utenriktjeneste. For det andre ble det spurt om departementet hadde kjennskap til om det fantes thailandske politiattester eller lignende som etter departementets syn tilfredstilte de norske kravene til vandelsdokumentasjon. For det tredje ble det spurt om det hadde blitt vurdert om As politiattester kunne anses som «annen dokumentasjon egnet til å forsikre luftfartsmyndigheten om at vandelen er tilfredsstillende for innpassering til lufthavnen», jf. forskriftens § 26.

Departementet opplyste at det ikke var blitt forsøkt å kontakte thailandske politimyndigheter eller andre for å kartlegge hvilke forhold de thailandske politiattestene dekket. Departementet visste heller ikke om det fantes annen thailandsk dokumentasjon som tilfredstilte de norske vilkårene. Det ble imidlertid opplyst at flere stater ikke utstedte dokumentasjon som var tilstrekkelig i forhold til de norske kravene. Eksempler på dette var Frankrike og Danmark. Departementet viste også til at enkelte stater ikke er villig til å utstede politiattester eller lignende til norske myndigheter med tanke på utstedelse av ID-kort for norske lufthavner.

Departementet ga videre en kort redegjørelse for Luftfartstilsynets generelle veilednings- og utredningspraksis i ID-kortsaker. Det ble i denne forbindelse opplyst at man forsøkte å kartlegge innholdet i utenlandske politiattester så langt dette var praktisk, men at man aldri hadde kontaktet norsk utenriktjeneste eller utenlandsk politi for dette formålet. Departementet viste til at Luftfartstilsynet årlig behandlet rundt 10.000 søknader om ID-kort, og at antallet søknader med utenlandske politiattester eller lignende dokumentasjon utgjorde «et ikke ubetydelig antall av disse».

Videre opplyste departementet at As thailandske attester bare hadde blitt vurdert opp mot vilkåret i forskriftens § 26 om dokumentasjon tilsvarende norsk politiattest. Når dette vilkåret ikke var oppfylt, var det etter departementets syn ikke nødvendig å vurdere attestene opp mot det alternative vilkåret om annen dokumentasjon.

Samferdselsdepartementets svar ble forelagt A. Gjennom den påfølgende korrespondansen kom både A og departementet med enkelte tilleggsmærknader til saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:

«1. Forholdet til Norges EØS-rettslige forpliktelser

Luftfartsloven § 16-1 første ledd gir Kongen myndighet til å gi forskrifter om gjennomføringen av EØS-avtalen på luftfartens område. Ved delegasjonsvedtak 6. april 2001 nr. 321 er Kongens myndighet etter § 16-1 delegert videre til Samferdselsdepartementet.

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2320/2002 om fastsettelse av felles bestemmelser om sikkerhet i sivil luftfart ble ved EØS-komiteens beslutning 61/2004 innlemmet i EØS-avtalen. Forordningen pålegger norske myndigheter å foreta en vandelskontroll som går minst fem år tilbake i tid for personell som skal gis tilgang til flysiden på norske lufthavner. Begrepet «vandelskontroll» («background check») er definert i forordningens vedlegg pkt. 1 nr. 5:

«Kontroll av en persons identitet og bakgrunn, herunder eventuell kriminell fortid, som ledd i en vurdering av om en person er egnet til adgang til sikkerhetsbegrensede områder uten følge.»

Forordningen setter ikke konkrete krav til hvordan vandelsjekken skal foretas, eller hvilke forhold som kan gi grunnlag for å nekte personell tilgang til lufthavnens flyside. Selv om formålet med forordningen, nemlig å sørge for sikkerheten ved lufthavner i EØS-området, må antas å sette visse minimumskrav til vandelskontrollen, synes EØS-statene å ha et betydelig skjønn når det gjelder å fastsette regler for sine respektive lufthavner. Slik saken er opplyst, synes derfor avslaget på As søknad om ID-kort ikke påkrevd ut fra hensynet til Norges etterlevelse av EØS-avtalen.

2. Det norske regelverket for utstedelse av ID-kort

Etter forskrift 30. april 2004 nr. 715 om forebygging av anslag mot sikkerheten i luftfarten (BSL A 2-1) § 14 kan ID-kort som gir adgang til en norsk lufthavn flyside bare utstedes når vilkårene i forskriftens kapittel 2.3 er oppfylt. I forskriftens § 24 første ledd heter det:

«For ID-kort som skal gi adgang til flyside kreves at det fremlegges uttømmende politiattest, eller tilsvarende utenlandsk offentlig dokumentasjon i henhold til § 26, for luftfartsmyndigheten.»

Det synes på det rene at den norske politiattesten A la frem ga en tilstrekkelig dokumentasjon på tilfredsstillende vandel i perioden fra 22. mars 2004 frem til søknadstidspunktet. Det avgjørende for luftfartsmyndighetenes avslag på søknaden om ID-kort har således vært at den utenlandske dokumentasjonen hun fremla for den resterende del av femårsperioden, ikke oppfylte vilkårene etter forskriftens § 24, jf. § 26.

Forskriftens § 26 lyder:

«Personer som ikke har vært bosatt i Norge de fem siste år, må sørge for å innhente offentlig dokumentasjon tilsvarende den norske uttømmende politiattesten eller annen dokumentasjon egnet til å forsikre luftfartsmyndigheten om at vandelen er tilfredsstillende for innpassering til lufthavnen. Slik dokumentasjon skal være oversatt til norsk eller engelsk, dersom den ikke allerede foreligger på engelsk eller et skandinavisk språk. Dersom slik dokumentasjon ikke blir fremskaffet, kan luftfartsmyndigheten bestemme at personen ikke skal gis ID-kort før det er gått fem år regnet fra tidspunktet for innflytting til Norge.»

Departementet har opplyst at de thailandske politiattestene som A fremla, utelukkende ble vurdert opp mot vilkåret i § 26 om «offentlig dokumentasjon tilsvarende den norske uttømmende politiattesten». Dette synes dårlig i samsvar med bestemmelsens ordlyd, som ut fra en alminnelig språklig forståelse åpner for at også dokumentasjon som ikke tilsvarende den norske politiattesten kan anses som tilstrekkelig vandelsdokumentasjon. Heller ikke hensynene bak forskriften, nemlig å sikre en tilstrekkelig grad av sikkerhet ved norske lufthavner, tilsier at andre former for dokumentasjon som er egnet til å dokumentere tilfredsstillende vandel bør avvises på utelukkende formelt grunnlag.

Samferdselsdepartementet synes derfor å ha bygget på en feil tolkning av forskriften når de thailandske politiattestene bare ble vurdert opp mot vilkåret i § 26 om dokumentasjon som tilsvarende norsk uttømmende politiattest. Luftfartsmyndighetene skulle med andre ord ha vurdert om den fremlagte dokumentasjonen var «egnet til å forsikre ... om at vandelen er tilfredsstillende for innpassering til lufthavnen», slik bestemmelsen gir anvisning på.

3. Luftfartsmyndighetenes ansvar for sakens opplysning

Luftfartsmyndighetenes avgjørelse av As søknad om ID-kort er et enkeltvedtak, og forvaltningslovens bestemmelser om enkeltvedtak kommer derfor til anvendelse, med mindre noe annet følger av lov eller

bestemmelser i medhold av lov. Etter forvaltningsloven § 17 plikter forvaltningen å påse at en sak er opplyst «så godt som mulig» før enkeltvedtak fattes. Denne bestemmelsen er utslag av og må suppleres med alminnelige forvaltningsrettslige regler om forsvarelig saksbehandling.

Det er på det rene at kravet i forvaltningsloven § 17 om at saken må være opplyst «så godt som mulig» ikke kan tas helt på ordet. Hvor langt undersøkelsesplikten går, vil bero på en avveining mellom sakens viktighet og velferdsmessige betydning for partene, og hensynet til en rask saksbehandling og forsvarelig bruk av ressurser. Det vises til Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett* (8.utg. 2006), s. 249 flg. og mine uttalelser inntatt i årsmeldingene for henholdsvis 1997 på side 97 (Somb-1997-17) og 2006 på side 158 (Somb-2006-39).

Luftfartsloven § 16-1 jf. forskriften § 24 jf. § 26 pålegger den som søker om ID-kort å fremskaffe vandelsdokumentasjon som tilfredsstillende forskriftens krav. Luftfartsmyndighetene har således ingen plikt til selv å innhente slik dokumentasjon.

Når det først fremlegges slik dokumentasjon, er det imidlertid luftfartsmyndighetenes plikt å undersøke om denne tilfredsstillende kravene for utstedelse av ID-kort. Dette følger allerede av at det er luftfartsmyndighetene som skal foreta en forsvarelig vurdering av om vandelen er tilfredsstillende for innpassering til lufthavnen, jf. forskriften § 26. Jeg antar at dette også innebærer at luftfartsmyndighetene, dersom det for eksempel er tvil om forståelsen eller betydningen av utenlandske politiattester, selv må kontakte de aktuelle myndighetene for avklaring.

Riktignok vil det, som Samferdselsdepartementet har fremholdt, kunne være svært ressurskrevende, og i enkelte tilfeller trolig heller ikke mulig, å få innhentet opplysninger om hva som ville medført anmerkninger i fremmede staters politiattester mv. Slike omstendigheter kan tale for at luftfartsmyndighetens utredningsplikt begrenses. På den annen side synes luftfartsmyndighetene ikke å ha konkrete opplysninger eller erfaringer som tilsier at slike forhold gjør seg gjeldende med hensyn til thailandske politiattester. Det er fra departementets side ikke godtgjort at ytterligere undersøkelser, for eksempel gjennom henvendelser til thailandske myndigheter, ville være nytteløse eller svært ressurskrevende i denne saken.

Videre må, som nevnt, ulempene ved å foreta undersøkelser overfor utenlandske myndigheter veies

opp mot den velferdsmessige betydningen for den enkelte søker en avgjørelse om utstedelse av ID-kort har. Bakgrunnen for As søknad om ID-kort, var at hun var tilbudt en stilling i en bedrift som var lokalisert på flysiden av lufthavnen. Muligheten til å kunne forsørge seg selv gjennom arbeid, må anses som et grunnleggende gode i det norske samfunnet. Det offentliges forpliktelse til å søke å tilrettelegge for dette kommer blant annet til uttrykk i Grunnloven § 110 og den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) art. 6. Dette må også tillegges vekt ved vurderingen av hvor omfattende utredningsplikten er ved vedtak som er avgjørende for en persons mulighet til å tiltre en tilbudt stilling.

Ettersom det ikke forelå konkrete omstendigheter som tilsa at ytterligere undersøkelser ville være nytteløse eller svært ressurskrevende, og sett hen til avgjørelsens velferdsmessige betydning for A, er det vanskelig å se at saken var tilstrekkelig utredet før vedtaket ble truffet.

4. Konklusjon

Samferdselsdepartementet har lagt en feil forståelse av forskriftens § 26 til grunn når de thailandske politiattestene ikke har blitt vurdert opp mot begge de alternative vilkårene for tilfredsstillende vandel. Videre fremstår saken mangelfullt utredet, ved at det ikke er gjort tilstrekkelige undersøkelser med tanke på å få avklart hva slags forhold som ville medført anmerkninger på de thailandske politiattestene. Disse feilene er av en slik karakter at de både samlet og hver for seg kan tenkes å ha virket inn på innholdet i departementets vedtak 11. juli 2007.

På denne bakgrunn anmoder jeg departementet om å foreta en ny vurdering av As søknad om ID-kort som gir adgang til flysiden på lufthavnen. Jeg ber om at departementet orienterer meg om den videre utvikling i saken.»

Samferdselsdepartementet opphevet etter dette sitt vedtak og sendte saken tilbake til Luftfartstilsynet, som etter en fornyet vurdering innvilget As søknad om ID-kort. Som følge av ombudsmannens uttalelse ble det også iverksatt en gjennomgang av luftfartsmyndighetenes generelle praksis for behandling av ID-kortsøknader med utenlandsk vandelsdokumentasjon.

Driftstilskudd, konsesjoner og tillatelser

28.

Tildeling av driftstilskudd til fysioterapi i privat praksis – saksbehandling og vurdering

(Sak 2007/437)

En kommune tildelte et driftstilskudd til fysioterapi i privat praksis til A, som hadde etablert et eget institutt. B, som verken ble innstilt eller innkalt til intervju, klaget på kommunens saksbehandling og vurdering. Hun reagerte blant annet på at tilskuddet var utlyst ved As institutt, selv om instituttet ikke hadde plass til flere fysioterapeuter. Hun mente seg bedre kvalifisert og hevdet at tilskuddet i realiteten var utdelt på forhånd.

Ombudsmannen uttalte at kommunen hadde begått flere saksbehandlingsfeil, blant annet knyttet til utlysningen av tilskuddet. Det var ikke foretatt en tilfredsstillende behovsanalyse på forhånd. Saken var ikke godt nok opplyst og vurderingene av hvem som var best kvalifisert var mangelfulle. Kommunen ble bedt om å behandle saken på nytt. Klageren fikk en uforbeholden beklagelse fra kommunen og en økonomisk kompensasjon.

En kommune utlyste i januar 2006 et driftstilskudd til fysioterapi under overskriften «Stilling ledig». Arbeidssted var oppgitt til X Fysioterapi på Y. Det var stilt krav om at søkere måtte være offentlig godkjent fysioterapeut. Under punktet arbeidsoppgaver het det:

«Kommunen har spesielt behov for kompetanse/erfaring innenfor:

- psykomotorisk fysioterapi
- nevrologi
- barnefysioterapi
- gruppebehandling

Vi ønsker en fysioterapeut som er positiv til å behandle pasienter i deres hjem der det er nødvendig. Kommunale oppgaver kan påregnes etter nærmere avtale med kommunen. Personlig egnethet vektlegges.»

Det var 16 søkere til tilskuddet. Kommunen intervjuet A og C. Andre søkere med lang erfaring, herunder klageren (B), ble ikke innkalt.

Tilsetningsutvalget for kommunale driftsenheter vedtok 9. mai 2006 rådmannens innstilling, der A var innstilt som nr. 1 og C som nr. 2. B hadde allerede klaget på innstillingen og bedt om at driftstilskuddet ikke ble tildelt før klagen var behandlet. Svarbrevet fra virksomhetslederen på denne klagen datert juni samme år ble først sendt til B i oktober 2006. I brevet skriver lederen blant annet at kommunen ønsket fy-

sioterapitilbud på Y og at det «på nåværende tidspunkt ikke [er] plass til flere» ved X Fysioterapi. Begge fysioterapeutene som arbeidet der hadde søkt på tilskuddet. Det fremgikk også at kommunen hadde endret sin oppfatning omkring behovet for fysioterapi.

B ble informert i juni 2006 om at administrasjonen hadde vurdert klagen og oversendt saken til kommunens klagenemnd. Hun ble også informert om at klagen ville bli videresendt til fylkeslegen dersom klagenemnda opprettholdt avgjørelsen. I brev 10. august 2006 ble hun informert om tildelingsvedtaket gjennom et kort, standardpreget brev der kommunen «takker for interessen».

Kommunen inngikk driftsavtale med A i juni 2006, og tilskuddet ble etter det opplyste utbetalt fra 15. september samme år.

Klagenemnda stadfestet vedtaket 1. februar 2007. Begrunnelsen, som var i tråd med rådmannens innstilling, lød slik:

«Det er ved avslaget lagt vekt på at A fyller de krav stillingen krever. Videre er det lagt vesentlig vekt [på] at han ut fra erfaring, praksis og tilbakemeldinger fra brukerne og annet helsepersonell må sies å ha en særlig personlig egnethet som gjør at han må anses som best faglig skikket til stillingen.»

Bs klage til ombudsmannen gjaldt både saksbehandlingen og kommunens vurdering av hvem som er «faglig best skikket», jf. kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 4-2 første ledd. B oppfattet saksbehandlingen som meget kritikkverdig med manglende eller feilaktig informasjon fra kommunen, sent svar og generelt sen saksbehandling med stadige utsettelse av klagebehandlingen. Etter hennes syn burde det ikke være mulig for kommunen å endre oppfatningen omkring behovet for fysioterapi etter utlysningen. Hun reagerte også sterkt på at tilskuddet var utlyst ved et institutt som ikke hadde plass til flere fysioterapeuter, og hevdet at driftstilskuddet kunne se ut til å være «utdelt på forhånd». Videre var hun kritisk til kommunens vurdering av faglig skikkethet og mente at saken ikke var nok opplyst blant annet fordi hun ikke var innkalt til intervju.

Kommunen ble bedt om å svare på en rekke spørsmål herfra knyttet til både saksbehandlingen og vurderingen av søkerne. Svarbrevet er referert nedenfor. Bs merknader til svaret er også omtalt.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Saksbehandlingstiden

Tildelingsvedtaket ble fattet 9. mai 2006 og først stadfestet 1. februar 2007. På spørsmål herfra har kommunen uttalt i sitt svarbrev at det har «gått for lang tid fra vedtaket ble påklaget, til avgjørelse forelå

i klagenemnda». Tidsbruken er blant annet begrunnet med sykdom, ferieavvikling og flytting av kontoret. Disse forholdene er også gitt som forklaring på at brevet fra virksomhetslederen 9. juni 2006 først ble sendt til klageren 17. oktober 2006. Videre har kommunen erkjent at det gikk uforholdsmessig mye tid til å «avklare saksgangen i klagesaken» i administrasjonen (førsteinstanden). Tidsbruken til klageinstansen (formannskapet som klagenemnd) er forklart med kapasitetsproblemer og med at et formannskapsmøte ble avlyst.

Jeg er enig i at en saksbehandlingstid i kommunen på mer enn 8 måneder er for lang i en slik sak. Behandlingstiden er i strid med kravet i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11a første ledd om at et forvaltningsorgan skal «forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold». Både sykdom, ferieavvikling og flytteprosesser vil lett forsinke behandlingen av saker. Det er imidlertid kommunens ansvar å påse at forsinkelsene ikke blir lengre enn strengt nødvendig og at partene blir informert underveis. Forsinket behandling i en del av kommunen (her: administrasjonen som underinstans) bør søkes kompensert med rask behandling i andre ledd (her: formannskapet som klageinstans). Her har uheldige forhold i begge instanser gitt en for lang samlet behandlingstid.

2. Spørsmål om enkeltvedtak – informasjon til klageren

Klageren var ikke gitt informasjon om klageadgangen i brevet fra kommunen 10. august 2006, der det ble informert om tildelingsvedtaket. Det ble herfra stilt spørsmål ved rutinene på dette området. I svarbrevet har kommunen fremholdt at det «tidligere knyttet seg usikkerhet til hvorvidt tildeling av driftstilskudd er å anse som enkeltvedtak», men at dette nå anses som gjeldende rett. Deretter het det:

«Virksomheten har imidlertid ikke fanget dette opp, og vurdert tilskuddsordningen på linje med ansettelser hvor det ikke er klageadgang, jf. fvl. § 3, 2. ledd, 2. pkt. Det har derfor ikke vært informert om klageadgangen ved tildelinger.

Dette er innskjerpet overfor virksomheten slik at det fremover vil bli informert om klageadgangen.»

Klageren har opplyst at kommunen har hatt flere klagesaker tidligere på dette området og at «det kan ikke være tilfelle at de ikke kjenner til dette». Videre skal hun «tidlig i prosessen» ha kontaktet kommunejuristen og gjort oppmerksom på at saken «ikke måtte bli behandlet på lik linje med andre ansettelser». Kommunen har ikke kommentert disse anførselene.

Jeg konstaterer at de ansvarlige saksbehandlerne i kommunens administrasjon i alle fall ikke ser ut til å ha vært kjent med skillet mellom tilsettingssaker og saker om driftstilskudd. Utlysningen gjaldt «Stilling

ledig» og søknadene skulle skrives på et standard skjema for nettopp «Søknad på stilling». Jeg er tilfreds med at klageadgangen nå skal være innskjerpet og at rutinene skal forbedres. Dette bør imidlertid også få følger for utlysningstekstene og for utformingen av andre dokumenter tilknyttet slike saker. Misvisende formuleringer vil lett kunne bidra til at kommunen på nytt trår feil.

Når kommunen informerer klagere om saksgangen og klageinstans, er det selvsagt også viktig at informasjonen er korrekt. Her ble B feilinformert om at saken ville sendes til fylkeslegen dersom klagenemnda opprettholdt tildelingen.

3. Utlysningen

3.1. Lokalisering

I utlysningen var driftstilskuddet knyttet til X Fysioterapi på Y, der det på det tidspunktet arbeidet to fysioterapeuter i hvert sitt 50 % vikariat til driftstilskuddet. Det var dette tilskuddet som av kommunen ble lyst ledig som et fast 100 % tilskudd (en avtalehjemmel). Etter klagen fra B er det imidlertid brakt på det rene at det ikke skal ha vært plass til flere fysioterapeuter ved instituttet på det aktuelle tidspunktet.

I innstillingen til klagenemnda heter det om bindingen til X Fysioterapi:

«Det kan i denne sammenheng anføres at det var uheldig at det i annonsen sto at arbeidsstedet var X Fysioterapi da dette instituttet ikke hadde ledig plass. Dette ble likevel presisert i intervjurunden hvor det fremgikk at driftstilskuddshjemmelen var knyttet til drift på Y. Dette er uansett ikke å anse som noen saksbehandlingsfeil av betydning som kan ha virket inn på vedtakets innhold.»

Jeg er enig i at det var uheldig at tilskuddet var utlyst ved et institutt som ikke hadde plass eller kapasitet til en ny fysioterapeut på det tidspunktet. Det er uklart for meg hvorfor kommunen ikke var kjent med dette før utlysningen fant sted.

I brevet til klageren 9. juni 2006 skriver kommunen:

«Det som kanskje ikke kommer godt nok fram i utlysningsteksten er at vi ønsker en fysioterapeut som vil drive sin praksis på Y. Dette har vi presisert under intervjuer og jeg ser at klager ikke har hatt mulighet til å vite dette. ... Hvis en annen hadde blitt tildelt tilskuddet hadde vedkommende selvfølgelig måttet finne et annet egnet lokale på Y.»

Hvis kommunen mener det er saklig grunn til å stille vilkår knyttet til lokalisering, bør den foreta en forsvarlig behovsanalyse i forkant. Her er det uklart hvilket forarbeid som er gjort. Behovet for fysioterapitjenester på Y synes i dag å være ivaretatt ved X

Fysioterapi. Jeg forstår det slik at det bare er behov for slike tjenester i denne delen av kommunen hvis dette instituttet avvikles. Det fremgår verken av søknaden fra A eller andre dokumenter knyttet til saken at fortsatt drift er avhengig av tildeling av driftstilskuddet eller at nedlegging av andre årsaker kan være aktuelt. Slik saken er opplyst, kan det stilles spørsmål om kommunens krav eller ønske om lokalisering er saklig begrunnet.

3.2. *Kompetanse*

«Forut for utlysningen ble det drøftet blant annet med tillitsvalgtapparatet for fysioterapeutene hvilken kompetanse det var særlig bruk [for] i kommunen», heter det i kommunens brev hit. «Kompetanse/erfaring» innen psykomotorisk fysioterapi, barnefysioterapi og nevrologi var ønsket i utlysningen, i tillegg til gruppebehandling. Det var ikke uttrykt ønske om fullført videreutdanning innen disse feltene.

Vurderingen av behov endret seg imidlertid underveis. I brev til klageren 9. juni 2006 uttaler virksomhetslederen:

«Etter drøfting med noen av kommunens egne fysioterapeuter og vikar for tillitsvalgt, ser vi at behovet for generell fysioterapi med vekt på gruppebehandling, både for barn og voksne og hjemmebehandling av samtlige pasientgrupper er størst.»

På spørsmål herfra om bakgrunnen for det endrede synet på ønsket kompetanse, uttaler kommunen:

«Da virksomheten ikke fikk tak i spesialkompetanse i psykomotorisk fysioterapi ble det på nytt drøftet med tillitsvalgtapparatet hvilke behov man hadde.»

C hadde nettopp slik spesialkompetanse, men var etter det opplyste «ikke interessert i å bygge opp et eget institutt på Y». Hun ble imidlertid innstilt som nr. 2, og hun synes derfor ikke å ha trukket sin søknad eller å ha blitt vurdert som uaktuell. B har erfaring med barnefysioterapi og har opplyst at hun nettopp utformet søknaden ut fra dette. Alle søknadene har ikke vært tilgjengelige ved gjennomgangen her og jeg kan derfor ikke vurdere hva slags erfaring øvrige søkere har med blant annet barn. Jeg har imidlertid merket meg at søker nr. 5 har en høyskoleutdanning innen psykisk helsearbeid i tillegg til praksis som kommunefysioterapeut. Hvorfor kommunen i sitt svarbrev har knyttet den nye behovsvurderingen bare til mangelen på «spesialkompetanse i psykomotorisk fysioterapi», og ikke til de andre etterspurte fagområdene, vet jeg ikke.

Klageren har fremholdt at det ikke er eller bør være adgang til å endre syn på ønsket kompetanse etter utlysningen, og at en slik praksis vil gjøre det

svært vanskelig å søke senere driftstilskudd. Hun påpeker blant annet at det ville ha vært langt flere søkere til driftstilskuddet dersom utlysningsteksten hadde vært utformet med behov for «tradisjonell fysioterapi». Jeg er enig i at det er uheldig at en kommune, etter at utlysning har funnet sted og søknadsfristen er ute, endrer syn på hvilke behov som skal dekkes. Hvis det foretas en grundig vurdering på forhånd burde dette være unødvendig. En dekkende utlysningstekst er viktig for å få den riktige søkermassen, noe som igjen er en forutsetning for å få den best kvalifiserte søkeren (se pkt. 5 nedenfor). Dette er også viktig av hensyn til søkerens tillit til at tildelingen foretas forsvarlig og på et korrekt grunnlag. Endringer i syn på lokalisering, ønsket kompetanse eller lignende kan gi søkere inntrykk av at tildelingsprosessen ikke er reell, slik klageren har gitt uttrykk for her.

Jeg kan likevel ikke se at kommunen rettslig sett er forhindret fra å vurdere eller prioritere annerledes underveis i en prosess, så fremt dette er saklig begrunnet og de alminnelige kravene til forvaltningsavgjørelser ellers er oppfylt. Kravet til søkerens kvalifikasjoner – offentlig godkjent fysioterapeut – er jo uendret.

Slik denne saken fremstår, med endringer både med hensyn til lokalisering og ønsket kompetanse, gir tildelingsprosessen et lite tillitvekkende inntrykk. Kommunens arbeid før utlysning har åpenbart vært for dårlig.

4. *Informasjon om klagen*

Kommunen inngikk «individuell avtale om privat praksis i fysioterapi» med A 30. juni 2006. Det var ikke tatt forbehold om klagebehandlingen eller klagenemndas vurdering. På spørsmål herfra om A ble opplyst om klagen, svarte kommunen at han fikk slik informasjon «sommeren 2007» (antatt feilskrift for 2006). Det er ikke angitt om informasjonen ble gitt før eller etter avtaleinngåelsen. Dette kunne hatt betydning for hans muligheter til å vinne frem med rettslige skritt ved en eventuell omgjøring i klagenemnda. Kommunen er nemlig i utgangspunktet bundet av sin avtale når forbehold ikke er tatt.

I saksfremstillingen til klagenemnda heter det at en «imøtekommelse av klagen vil medføre at A mister tilskuddet», og at han vil «vurdere rettslige skritt dersom kommunen omgjør vedtaket». Om dette er en korrekt fremstilling, kan jeg ikke uttale meg om. Opplysningene kan imidlertid i praksis legge bånd på klagenemndas vurdering av saken i As favør. Hvordan nemnda vurderte opplysningene i denne saken, er tatt opp med kommunen i brev herfra, uten at det har ført til noen avklaring.

En korrekt fremgangsmåte ved slike klager vil være å ta skriftlig forbehold overfor den begunstigede om utfallet av klagebehandlingen eller å avvende

utfallet av klagebehandlingen før avtale inngås. Da vil klageinstansen stå fritt ved sin vurdering av saken. Dette antas også å kunne styrke tilliten til klagebehandlingen, noe som i seg selv er et viktig poeng.

5. Vurderingen av søkerne

5.1. Rettslig utgangspunkt

Kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 4-2 første ledd lyder:

«Hvis en kommune ønsker en ny privatpraktiserende allmennlege, fysioterapeut eller jordmor, skal den kunngjøre at interesserte kan melde seg. Avtale skal inngås med den som er faglig best skikket.»

Det er ikke gitt forskrifter med hjemmel i annet ledd som regulerer tildeling av driftstilskudd til fysioterapeuter. Det er dermed lovbestemmelsen som vil være styrende for behandlingen og vurderingen av saker om tildeling av driftstilskudd og inngåelse av driftsavtaler. I kravet til avtaleinngåelse med den som er «faglig best skikket» ligger det en forutsetning om en kvalifikasjonsvurdering av samtlige aktuelle søkere. I forarbeidene til kommunehelsetjenesteloven er det lagt til grunn at slike tildelingsvedtak har likhetstrekk med tilsettingssaker og at det «skal foretas en samlet vurdering hvor utdanning, praksis og erfaring, tidligere virke og nåværende skikkethet m.v. teller med», jf. Ot.prp. nr. 66 (1981-82) side 34 annen spalte.

Utvelgelsen av søkere til intervju innebærer en siling av søkerne, med sikte på å finne de antatt best kvalifiserte. Utvelgelsen vil måtte foregå etter mer formelle kriterier slik som utdanning og praksis, i alle fall der kommunen ikke har kjennskap til samtlige søkere, som i denne saken.

5.2. Innkalling til intervju

På spørsmål herfra om bakgrunnen for at bare A og C var innkalt til intervju, uttalte kommunen:

«C og A ble vurdert som særlig godt kvalifiserte. C ut fra langvarig praksis og utdanning. A ut fra utdanning, praksis og personlig egnethet han hadde vist i de tre årene han hadde fungert i 50 % vikariat med driftstilskudd.

A og klager har omtrent samme formelle utdanning. Virksomheten kunne ikke se at den ene var formelt bedre kvalifisert enn den andre. Det ble likevel lagt vekt på at A hadde fungert i 50 % vikariat i tilskuddet i over tre år, med svært positive tilbakemeldinger fra kolleger, leger og brukere, og at han hadde bygd opp et tilbud hvor det ikke fantes noe tilbud fra før. Han hadde også gjennom praksis vist at han fulgte opp uttalelser om hjemmebehandling, og således gitt et reelt tilbud til svake grupper hvor han strengt tatt kunne

prioritert mer inntektsbringende arbeid på instituttet.

På denne bakgrunn ble A innstilt som nr. 1 til tilskuddet. Virksomheten fant det ikke nødvendig å innkalle ytterligere søkere til intervju. Alternativt måtte flertallet av søkerne vært innkalt da de på papiret fremsto som velkvalifiserte, men virksomheten mente at de to som faktisk ble kalt inn skilte seg ut fra de øvrige.

Virksomheten mente den gang, og mener i dag, at A var 'best faglig skikket' i relasjon til kravet i kommunehelsetjenesteloven § 4-2.»

C har eksamen fra 1976 og svært lang og variert praksis samt videreutdanning innen blant annet psykiatrisk og psykomotorisk fysioterapi. Hun fremstår som klart best kvalifisert ut fra formelle kriterier. A ble uteksaminert i 2002 og hadde vikariert i 50 % driftstilskudd siden høsten 2002. Han etablerte X Fysioterapi i 2003 og har i likhet med mange av søkerne gjennomført diverse kurs. Det fremgår av søkerlisten at en rekke av de øvrige søkerne har praksis og kurs som kan sammenlignes med As. Flere søkere har dessuten vesentlig lengre og til dels bredere praksis, for eksempel klageren (fysioterapeut siden 1987) og søker nr. 8 (eksamensår 1993). Klageren har også gjennomført en rekke kurs. Ut fra formelle kriterier burde klageren åpenbart ha vært innkalt til intervju.

Jeg forstår kommunen slik at As særlige personlige egnethet har vært avgjørende for ikke å innkalle flere. Etableringen av X Fysioterapi og driften av instituttet synes å stå sentralt her. Kommunen har imidlertid ikke undersøkt egnetheten til andre søkere, med unntak av C, der det ble foretatt et telefonintervju. Vektlegging av personlig egnethet bare for en søker er et klart brudd på prinsippet om likebehandling i offentlig forvaltning. Siktemålet med et intervju vil ofte nettopp være å avklare kvalifikasjoner ut over de formelle, som jo vil fremgå av søknadene. Her har ikke klageren fått anledning til å vise hvilke personlige kvalifikasjoner hun har. Kommunens fremgangsmåte kan sies å innebære en konkurranse om driftstilskuddet på ulike vilkår. Dette er en uakseptabel fremgangsmåte.

Jeg stiller meg også uforstående til kommunens uttalelse om at alternativet var at «flertallet av søkerne» måtte vært innkalt til intervju «da de på papiret fremsto som velkvalifiserte». En gjennomgang av søkerlisten viser store variasjoner med hensyn til blant annet søkerens erfaring. Mange gode søkere kan uansett ikke få som konsekvens at kommunen unnlater å innkalle de mest aktuelle søkerne til intervju eller på andre måter foretar nærmere undersøkelser av søkerne. Kommunen plikter etter forvaltningsloven og prinsippene for god forvaltningsskikk å opplyse saken tilstrekkelig. Dette er nødvendig for å treffe tildelingsvedtaket på et riktig faktisk og rettslig grunnlag. Denne plikten er ikke ivaretatt i tilstrekkelig grad her.

5.3. Kvalifikasjonsvurderingen

Saksfremstillingen til klagenemnda og rådmannens innstilling inneholder mange argumenter for å tildele driftstilskuddet til A. I brev herfra til kommunen ble det påpekt at innstillingen ikke inneholdt noen sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av A i forhold til andre søkere. Dette ble kommentert slik i kommunens svarbrev:

«Klagerens anførte momenter i klage av 5. juni 2006 og brev av 30. oktober 2006 er ikke funnet å veie tyngre enn den personlige egnetheten A etter kommunens oppfatning har vist, og som det nærmere er redegjort for i saksutredningen. Det er ikke gjort til et direkte tema i saksutredningen at klager og A etter administrasjonens oppfatning hadde nogelunde lik formell utdanning. Det er heller ikke i detalj redegjort for As og klagers utdanning og praksis. Dette burde vært gjort, men vil etter administrasjonens oppfatning uansett ikke medført et annet resultat for så vidt gjelder innstillingen eller realiteten i saken. Indirekte – ved å vise til den personlige egnetheten A har vist – og at man ut fra en helhetsvurdering er av den oppfatning at den best faglig skikkede personen har fått tilskuddet, har man likevel etter denne sidens oppfatning foretatt en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering.

Andre søkeres – herunder B – personlige egnethet har ikke vært søkt belyst under behandlingen av saken. Det naturlige ville være å kontakte referanser etter et eventuelt intervju.»

Jeg stiller meg uforstående til uttalelsen om at kommunen indirekte har foretatt en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av A opp mot klageren. Klagerens personlige egnethet er jo ikke søkt belyst, og det vil da ikke være noe sammenligningsgrunnlag mellom de to søkerne. Verdien av klagerens langvarige praksis i forhold til As atskillig kortere og smaler praksis er heller ikke nevnt og vurdert. Slik jeg ser det, har verken administrasjonen som underinstans eller klagenemnda vurdert saken i tråd med lovens krav om at den best faglig skikkete skal tildeles tilskuddet. Vedtaket kan lett oppfattes som en premiering til en søker som kommunen er svært tilfreds med, som har vikariert i lengre tid og som har brukt tiden til å bygge opp og drive et institutt som kommunen ser seg tjent med å videreføre.

Kommunen har som nevnt anført en rekke argumenter for å tildele tilskuddet til A. I brev fra virksomhetslederen til klageren 9. juni 2006 ble det gitt en slik begrunnelse:

«A er tildelt tilskuddet på bakgrunn av en samlet vurdering av disse faktorene:

- Han har den nødvendige kompetansen.
- Han har planer om å videreutvikle tilbudet til flere brukergrupper bl.a. i forebyggende retning.
- Har opparbeidet en godt fungerende praksis som pasientene er fornøyd med.

- Har godt samarbeid med kommunens fysioterapeuter.
- Faglig samarbeid med Xs legekantor.
- Sikre fortsatt drift på Y.»

Rådmannen har på spørsmål herfra uttalt at alle disse momentene «er relevante for den helhetsvurderingen som skal foretas etter kommunehelsetjenestelovens § 4-2». Mange av momentene kan sies å være relevante i vurderingen av personlig egnethet, for eksempel opparbeidelsen av praksisen og samarbeids-evne. Jeg er mer usikker på hva som ligger i momentet faglig samarbeid med Xs legekantor. Sikring av fortsatt drift på Y ligger i alle fall utenfor rammen av kriteriet «faglig best skikket». Ønske om lokalisering må fra kommunens side eventuelt stilles som et vilkår for et tilskudd, men er ikke relevant som et moment i en ren kvalifikasjonsvurdering.

6. Avslutning

Tildelingsprosessen har vært preget av mangel-full kjennskap til regelverket og sviktende rutiner for behandling av slike saker. Saken har vært for dårlig opplyst fra kommunens side, med den konsekvens at det er uklart om driftstilskuddet er tildelt den som samlet sett måtte anses som faglig best skikket på tildelingstidspunktet. Kommunen har ikke foretatt noen tilfredsstillende sammenlignende vurdering av aktuelle søkere. Klageren, som ut fra formelle kriterier åpenbart burde vært innkalt til intervju, sitter igjen med et inntrykk av at tilskuddet var «utdelt på forhånd». Jeg har forståelse for at et slikt inntrykk er skapt. Saksbehandlingstiden har også vært for lang.

Kommunens klagenemnd bes om å vurdere saken på nytt i lys av mine merknader. Saksbehandlingsfeilene og den manglende vurderingen må anses som en urett mot klageren i ombudsmannslovens forstand. Nemnda bes vurdere om noe kan gjøres for å bøte på denne uretten. Jeg ønsker å bli holdt orientert om hva kommunen foretar seg i saken.

For ordens skyld vil jeg presisere at jeg ikke har grunnlag for å uttale noe om hvem som var best faglig skikket.»

I brev til klageren skrev kommunen at ombudsmannens uttalelse var tatt til etterretning. Deretter het det:

«Vi beklager vår fremgangsmåte i denne saken på det sterkeste, og ber deg uforbeholdent om unnskyldning for den urett som har blitt begått.»

Klageren ble også invitert til å ta kontakt for et møte. Partene ble senere enige om en omforent løsning som også ga B en økonomisk kompensasjon. Saken ble lagt frem for klagenemnda i 2009, som tok ombudsmannens uttalelse til etterretning.

29.

Saksbehandlingen i sak om tildeling av driftstilskudd for fysioterapi – mangelfull underretning og vurdering av klage

(Sak 2007/1204)

A, som var søker til et driftstilskudd for fysioterapi i en kommune, klaget over kommunens behandling av tildelingssaken. Klagen gjaldt både saksbehandlingen i forbindelse med tildelingen og behandlingen av As klage, herunder at det ikke var gitt oppreisning for oversittelse av klagefristen.

Kommunens saksbehandling fremstod som lite tillitvekkende, og ble kritisert for ikke å ha fulgt forvaltningslovens regler om enkeltvedtak, blant annet ved at det var gitt mangelfull underretning i tildelingsvedtaket. Det var ikke opplyst om klagerett, klagefrist og den nærmere fremgangsmåten ved klage m.v. Behandlingen av den fremsatte klagen fra en av søkerne var heller ikke tilfredsstillende, og spørsmålet om oppreisning for oversittelse av klagefristen ble ikke vurdert slik det skulle ha vært gjort.

En kommune utlyste et ledig 70 % driftstilskudd for fysioterapi. Driftstilskuddet var nyopprettet, og utlysingen ble foretatt på bakgrunn av vedtak fra formannskapet. Det meldte seg seks søkere, deriblant A. Søknadene ble gjennomgått av administrasjonen i kommunen, som ut fra «utdanning og praksis – sett opp mot utlysingen» innstilte tre av søkerne, uten at det ble gjennomført forutgående intervju. A var ikke blant de innstilte.

Tildelingssaken ble behandlet i partssammensatt utvalg 1. desember 2005, som besluttet å tildele driftstilskuddet til B. Tildelingen ble gjort «med forbehold om at hjemmelen opprettes av kommunestyret». I møte 15. desember 2005 besluttet kommunestyret å godkjenne formannskapets vedtak om å opprette driftstilskuddet med virkning fra 1. april 2006. Søkerne fikk tilsendt utskrift av møtereferatet.

I brev 10. februar 2006 til kommunen klaget A over tildelingen av driftstilskuddet. Bakgrunnen for at klagen ble fremsatt var at han gjennom tilsendte saksdokumenter til et møte i partssammensatt utvalg 9. februar 2006 i forbindelse med en klage fra en annen søker, var blitt kjent med at kommunen hadde innrømmet at tildelingssaken ved en feil ikke var behandlet etter reglene om enkeltvedtak. I klagen het det bl.a.

«Som søker har jeg hatt tillit til at kommunen hadde behandlet saken korrekt. Med den innrømmelsen som X kommune nå har gjort føler jeg at jeg urettmessig er blitt fratatt min rett til å klage på vedtaket. Etter forvaltningsloven skulle jeg ha vært underrettet om vedtaket, og informert om min klageadgang. Dette har ikke skjedd.»

A stilte seg uforstående til at han ikke var blant de innstilte søkerne og viste til at han oppfylte alle formelle krav, og i tillegg hadde betydelig relevant kompetanse og praksis ut over dette. Han hevdet at han feilaktig ikke var tatt i betraktning fordi han på søknadstidspunktet var under etterutdanning som manuellterapeut.

På bakgrunn av klagen fra A og en tidligere fremsatt klage fra en annen søker, innhentet kommunen en utredning fra en advokat i Kommunenes Sentralforbund (KS). Saken ble deretter behandlet i partssammensatt utvalg 18. april 2006, som besluttet å avvise As klage som for sent innkommet. Det fremkom ikke noe om hvordan utvalget eventuelt hadde vurdert spørsmålet om å gi oppreisning for fristoversittelsen.

A påklaget kommunens klagebehandling i brev 5. mai 2006, hvorpå rådmannen avga innstilling til formannskapet. I innstillingen viste rådmannen til vurderingen som var gjort i partssammensatt utvalg og han gjenga deler av utredningen fra KS-advokaten. Formannskapet var ikke beslutningsdyktig på grunn av inhabilitet og forfall, og saken ble derfor overført til kommunestyret. I møte 29. juni 2006 besluttet kommunestyret å opprettholde vedtaket om å avvise klagen som for sent innkommet. A ble orientert om vedtaket ved brev.

A klaget hit i brev 23. juni 2007, og anførte at det var uholdbart at kommunen hadde benyttet feil regelverk for tildeling av driftstilskudd, ikke orientert om klageadgangen og deretter avvist hans klage med den begrunnelse at den var for sent fremsatt. Han kom senere med tileggsopplysninger.

Etter å ha gjennomgått de innhentede saksdokumentene fra kommunen, ble det besluttet å undersøke kommunens avvisningsvedtak nærmere. I brev til kommunen ble det pekt på at det kunne synes som om A bare hadde fått tilsendt protokollen fra møtet i det partssammensatte utvalget 1. desember 2005. Kommunen ble bedt om å opplyse om dette var riktig. Videre ble kommunen bedt om å redegjøre for hvorfor det ikke var gitt underretning til A i samsvar med forvaltningsloven 10. februar 1967 § 27.

Kommunen ble også bedt om å redegjøre for sin beregning av klagefristen, sett i forhold til bestemmelsen i forvaltningsloven § 29, og i denne forbindelse opplyse når A kunne sies ha blitt underrettet om vedtaket.

Under henvisning til bestemmelsen om oppreisning for oversittelse av klagefrist i forvaltningsloven § 31 ble kommunen bedt om å opplyse om den anså begrunnelsen for vedtaket i klagesaken som tilfredsstillende. I den grad det var foretatt en vurdering av spørsmålet om oppreisning, ble kommunen bedt om å redegjøre for sin avveining av de ulike hensynene i saken. Det ble i denne forbindelse særskilt bedt om

en kommentar vedrørende betydningen av kommunens manglende orientering om klageadgangen og klagefristen. Avslutningsvis ble kommunen bedt om å opplyse hvorvidt det var inngått avtale med vedkommende som ble tildelt driftstilskuddet og når det eventuelt ble gjort.

I sitt svar opplyste kommunen at utskrift av møteprotokollen ble sendt A uken etter møtet. Det fremgikk videre at det «ved en inkurie» ikke ble opplyst om klageadgangen. Kommunen redegjorde ikke nærmere for beregningen av klagefristen, men anførte at fristen var langt overskredet da klagen fra A ble mottatt. Oppreisningsspørsmålet ble ifølge kommunen ikke vurdert «da en ikke anså dette som aktuelt». Det fremgikk for øvrig at kommunen ikke anså at klagen inneholdt nye momenter i forhold til søknaden.

Det ble i brev herfra funnet grunn til å gjenta noen av spørsmålene, samtidig som det ble stilt enkelte tilleggsspørsmål. Kommunen ble bedt om å redegjøre nærmere for sin fristberegning, og opplyse om det ble ansett som akseptabel saksbehandling å avvise As klage som for sent innkommet, samtidig som det ble unnlatt å vurdere oppreisningsspørsmålet. Det ble videre stilt spørsmål om ikke en realitetsbehandling av klagen ville ha vært en mer akseptabel løsning. Kommunen ble også bedt om å opplyse hvorvidt A hadde fått orientering om den inngåtte avtalen med vedkommende som fikk driftstilskuddet.

Kommunen opplyste at referatet fra det partsammensatte utvalget ble sendt A og de øvrige søkerne 2. eller 3. desember 2005. Det ble på denne bakgrunn antatt at han dermed måtte ha fått dette i hende i løpet av «to-tre dager». I forhold til klagebehandlingen viste kommunen til utredningen fra KS-advokaten, der alle relevante spørsmål ifølge kommunen var drøftet. Ut fra dette hevdet kommunen at saken hadde fått en «akseptabel behandling».

A kom med merknader til kommunens brev og hevdet blant annet at vedtaket fra partssammensatt utvalg ikke var endelig fordi det var tatt forbehold om «at hjemmelen opprettes i kommunestyret». Videre fremholdt han at det ikke fremgikk når kommunestyrets behandling av dette spørsmålet ville finne sted. Avslutningsvis utdypet han sin misnøye med kommunens fremgangsmåte ved tildelingen og klagebehandlingen.

Kommunen kommenterte merknadene blant annet ved å vise til at A måtte forholde seg til tildelingsvedtaket, og at kommunestyrets behandling av den økonomiske rammen ikke ble ansett å ha «noen relevans i saken».

A kom med ytterligere merknader, og stilte spørsmål om hvordan han som søker skulle kunne beregne klagefristen når det ikke ble gitt melding om at saken var endelig avgjort. Videre kommenterte han kommunens manglende bruk av faglig kompe-

tanse ved tildelingen, og mangler ved utlysingsteksten som han mente styrket mistanken om at utlysingen var «pro forma».

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Kommunene har etter kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 1-3 annet ledd nr. 3 plikt til å sørge for fysioterapijenester til sine innbyggere. Den enkelte kommune kan sørge for slike tjenester ved egne ansatte eller gjennom avtale med private tjenestetilbydere. Dersom kommunen velger sistnevnte alternativ, gjelder bestemmelsene i kommunehelsetjenesteloven kapittel 4. Dette innebærer bl.a. at driftsavtale skal inngås med «den som er best faglig skikket», jf. § 4-2 første ledd annet punktum. Vurderingen som må foretas har mye til felles med kvalifikasjonsvurderingen i forbindelse med tilsetninger i offentlig virksomhet. Det er imidlertid en del forskjeller mellom en tilsettingssak og en tildelingssak, bl.a. med hensyn til klagerett, og det er nødvendig at kommunen er tilstrekkelig oppmerksom på dette i forbindelse med saksbehandlingen.

Tildeling av driftstilskudd er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav b. Dette innebærer at bestemmelsene om enkeltvedtak i forvaltningsloven kapittel IV til VI må følges. I den foreliggende saken har kommunen ikke vært tilstrekkelig bevisst på at tildelingen er et enkeltvedtak, og at forvaltningslovens regler dermed skulle ha vært fulgt.

2. Underretning om vedtaket og orientering om klagerett og klagefrist m.v.

Det følger av forvaltningsloven § 27 første ledd første punktum at det organet som har truffet et enkeltvedtak «skal sørge for at partene underrettes om vedtaket så snart som mulig». Kravene til innholdet i underretningen fremgår bl.a. av § 27 tredje ledd første punktum, der det heter:

«I underretningen skal videre gis opplysning om klageadgang, klagefrist, klageinstans og den nærmere fremgangsmåte ved klage, samt om retten etter § 18, jfr § 19 til å se sakens dokumenter.»

Kommunen har opplyst at klageren og de øvrige søkerne fikk tilsendt «særutskrift» fra møtet i partsammensatt utvalg 2. eller 3. desember 2005, dvs. 1-2 dager etter at møtet ble avholdt. Protokollutskriften inneholder en oversikt over dokumentene i saken, herunder alle søknadene, en kortfattet saksfremstilling, innstilling og selve tildelingsvedtaket.

I møteprotokollen er det blant annet brukt følgende formuleringer: «vedrørende ledig stilling» og «tilsettingen». Slike formuleringer er egnet til å skape uklarhet hos mottakerne, i dette tilfellet søkerne til driftstilskuddet, med hensyn til hvilket regelsett sa-

ken er behandlet etter. Det underbygger dessuten at kommunen ikke har vært tilstrekkelig bevisst på at det ikke var tale om en tilsettingssak.

I tildelingsvedtaket var det også tatt «forbehold om at hjemmelen opprettes av kommunestyret». Jeg kan se at dette, i kombinasjon med de øvrige formuleringene i vedtaket, kan ha skapt en viss usikkerhet hos søkerne om det var tale om et endelig vedtak. Det må likevel anses på det rene at vedtaket i partsammensatt utvalg utgjør den endelige avgjørelsen av hvem som skulle få tildelt driftstilskuddet.

Av ordlyden i møteutskriften fremgår det ikke at det er tale om et enkeltvedtak, og det er ikke gitt informasjon om klageadgang, klagefrist, klageinstans eller den nærmere fremgangsmåte ved klage. Kommunen har ikke redegjort for at slik informasjon er gitt til partene på annen måte, og saksdokumentene gir ikke holdepunkter for at det er gått ut et eget orienteringsbrev til søkerne. Det må således legges til grunn at det ikke er gitt en underretning fra kommunen som tilfredsstiller kravene i forvaltningsloven § 27. Det foreligger på dette punktet en klar saksbehandlingsfeil. Jeg kommer tilbake til hvilken betydning dette eventuelt har for oppreisningsspørsmålet.

3. Beregningen av klagefristen

Et enkeltvedtak kan etter forvaltningsloven § 28 første ledd påklages av en part eller en annen med rettslig klageinteresse. Nærmere bestemmelser om klagefristens lengde og beregning fremgår av forvaltningsloven § 29, der det i første og annet ledd heter:

«Fristen for å klage er 3 uker fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part. Skjer underretningen ved offentlig kunngjøring, begynner klagefristen å løpe fra den dag vedtaket første gang ble kunngjort.

For den som ikke har mottatt underretning om vedtaket, løper fristen fra det tidspunkt han har fått eller burde ha skaffet seg kjennskap til vedtaket. Ved vedtak som går ut på å tilstå noen en rettighet, skal klagefristen for andre likevel senest løpe ut når det er gått 3 måneder fra det tidspunkt vedtaket ble truffet.»

Kommunen har lagt til grunn at A mottok utskriften av møtereferatet i det partssammensatte utvalget ca. 6. desember 2005. I tillegg skal han ha mottatt utskrift av kommunestyrets behandling 15. desember 2005 (kommunestyrets sak 63/05), der det ble samtykket i å opprette driftstilskuddet. Det fremgår av saksdokumentene at kommunen har utformet et brev med en særskilt utskrift av møteprotokollen fra kommunestyret. I den utskriften som er oversendt hit er brevet datert 29. desember 2005, og det forstås sendt til søkerne. Det var heller ikke i dette brevet gitt informasjon om klageadgang og klagefrist m.v.

Utgangspunktet for beregningen av klagefristen er det tidspunktet underretningen er kommet frem til

parten. Dette må gjelde uavhengig av eventuell uklarhet knyttet til utformingen av vedtaket og til tross for at det ikke ble gitt underretning som innholdsmessig er i samsvar med forvaltningsloven § 27. Det vises i denne forbindelse til Ot.prp. nr. 38 (1964–65) side 102, der det blant annet heter:

«Fristen løper fra underretningen selv om den melding vedkommende får ikke har det innhold som er foreskrevet i § 27.»

I mangel av andre opplysninger må fristen i det foreliggende tilfellet regnes fra ca. 6. desember 2005. Ettersom A først fremsatte sin klage 10. februar 2006, kan det ikke kritiseres at kommunen har lagt til grunn at klagen ble fremsatt etter utløpet av klagefristen.

Jeg bemerker for ordens skyld at klagefristen er oversittet selv om det tas utgangspunkt i underretningen om kommunestyrets vedtak 15. desember 2005.

4. Vurderingen av oppreisningsspørsmålet

Etter forvaltningsloven § 31 første ledd kan det gis oppreisning for oversittelse av klagefristen. Oppreisning kan etter bokstav a gis dersom «parten eller hans fullmektig ikke kan lastes for å ha oversittet fristen eller for å ha drøyd med klage etterpå,» eller etter bokstav b hvis «det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd». Spørsmålet om å gi oppreisning må i første omgang vurderes av det organet som har fattet det påklagede vedtaket.

Ved behandlingen av klagen fra A i partssammensatt utvalg 18. april 2006 ble klagen avvist som for sent fremsatt. Under punktet om vurdering i innstillingen er det kort redegjort for reglene om klagefrist, mens bestemmelsene om oppreisning overhodet ikke er berørt.

Det er heller ikke noe som tyder på at det ble foretatt en vurdering av oppreisningsspørsmålet i forbindelse med behandlingen i kommunestyret 29. juni 2006. I rådmannens innstilling er det riktignok gjengitt deler av den innhentede redegjørelsen fra KS-advokaten 7. april 2006, hvor det også redegjøres kort for oppreisningsreglene og anbefales at oppreisning vurderes, men en nærmere vurdering av vilkårene fremgår ikke. Rådmannen synes i hovedsak å konsentrere seg om spørsmålet om klagefrist, før han kort uttaler:

«På denne bakgrunn tilråder rådmannen at klagen avvises som for sent innkommet klage».

Kommunen har i svar til ombudsmannen gitt uttrykk for at oppreisning ikke ble vurdert fordi spørsmålet ikke ble ansett som aktuelt. Det fremstår som noe uklart på hvilket grunnlag kommunen har trukket en slik konklusjon, men det er notert at kommunen

har gitt uttrykk for at klagen fra A ikke «inneholdt nye momenter i forhold til søknaden».

Det fremgår ikke uttrykkelig av forvaltningslovens regler at forvaltningsorganet har plikt til å vurdere spørsmålet om oppreisning for oversittelse av klagefristen ved enhver klage som kommer etter fristens utløp. På den annen side er det ikke nødvendig med en særskilt søknad om oppreisning. Dette fremgår tydelig av forarbeidene til endringslov 27. mai 1977 nr. 40, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 92, der det blant annet heter:

«Etter utkastet er det unødvendig med en særskilt søknad om oppreisning. Dersom klagen kommer for sent og ikke selv forklarer grunnen til dette, må forvaltningen vurdere om det er behov for opplysninger og i tilfelle hvilke.»

Dette tilsier at forvaltningsorganet i det minste må vurdere om oppreisning kan være aktuelt og eventuelt ta kontakt med klageren for å innhente nødvendige tilleggsopplysninger for å kunne vurdere spørsmålet. En slik fremgangsmåte vil også være best i samsvar med alminnelige prinsipper om forvarlig saksbehandling.

I As opprinnelige klage 10. februar 2006 er det ikke fremsatt et uttrykkelig krav om oppreisning. Klagens innhold sett i forhold til den forutgående saksbehandlingen ga imidlertid kommunen en klar foranledning til å vurdere oppreisningsspørsmålet. Det vises i denne forbindelse til at A hevdet at han først dagen før klagen ble skrevet var blitt kjent med at tildelingssaken skulle ha vært behandlet etter reglene om enkeltvedtak, med tilhørende klagerett for ham. Han ga også uttrykk for at han «urettmessig» var blitt fratatt sin rett til å klage på vedtaket.

Etter forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav a kan det gis oppreisning der parten eller hans fullmektig ikke kan «lastes» for fristoversittelsen. I Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 92 heter det blant annet at «[u]nnskyldelig vil fristoversittingen kunne være f.eks. dersom det ikke er gitt orientering om klagefristen». Det heter videre i Ot.prp. nr. 38 (1964–65) s. 102 at en mangelfull underretning er «selvsagt noe som vil kunne begrunne oppreisning etter § 31». De uklarhetene som knyttet seg til vedtaket 1. desember 2005, og kommunens forsømmelse av å gi lovpålagt orientering om klagerett m.v., tilsier at kommunen burde ha vurdert oppreisningsspørsmålet i forbindelse med behandlingen i parts sammensatt utvalg 18. april 2006. Det må kritiseres at dette ikke ble gjort.

I klagen 5. mai 2006 pekte A på ytterligere momenter som er direkte relevante i forhold til spørsmålet om oppreisning. Avslutningsvis i brevet er det for øvrig også henvist til forvaltningslovens bestemmelser om oppreisning. Klageinstansen, som her til slutt ble kommunestyret, burde klart ha foretatt en skikkelig vurdering av momentene for og imot oppreisning

sett i forhold til bestemmelsene i forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav a og b. Ikke minst ga den manglende vurderingen i parts sammensatt utvalg grunn til dette. At det i utskriften fra kommunestyrets møte er gjengitt deler av KS-advokatens redegjørelse for regelverket, er åpenbart ikke tilstrekkelig verken som redegjørelse eller begrunnelse.

Kommunens behandling av klagesaken har på dette punkt vært lite tillitvekkende.

5. Avtaleinngåelse m.v.

Kommunen har på spørsmål herfra opplyst at det 6. februar 2006 ble inngått avtale med vedkommende som fikk tildelt driftstilskuddet. Tildelingsvedtaket var på dette tidspunktet allerede påklaget av en av de andre søkerne 6. januar 2006, og behandlingen av denne klagen i kommunen var pågående. Jeg har i en tidligere sak påpekt det uheldige i at en kommune inngår avtale med den som har fått tildelt driftstilskuddet før klagefristen er ute. Tilsvarende kan anføres i forhold til et tilfelle der det på avtaletidspunktet er fremsatt klage og denne er under behandling. Det er ikke grunn til å gå nærmere inn på dette her.

Jeg nevner at det i forbindelse med oppreisningsvurderingen etter forvaltningsloven § 31 også skal legges vekt på om en endring av vedtaket kan «medføre skade eller ulempe for andre», jf. annet ledd. Bestemmelsen tar primært sikte på å ivareta interessene til den som har innrettet seg etter vedtaket. I dette tilfellet vil det i første rekke kunne være aktuelt i forhold til vedkommende som fikk tildelt driftstilskuddet. Her var det imidlertid på et tidlig tidspunkt fremsatt en klage på vedtaket, som vedkommende formodentlig var godt kjent med. Innrettelsessynspunktet vil i så fall kunne få mindre vekt.

6. Oppsummering

Kommunen har ikke vært seg tilstrekkelig bevisst at vedtak om tildeling av driftstilskudd er enkeltvedtak og at bestemmelsene om slike vedtak i forvaltningsloven derfor må følges. Det må kritiseres at kommunen ga mangelfull underretning om tildelingsvedtaket og ikke opplyste om klagerett, klagefrist og den nærmere fremgangsmåten ved klage m.v. Behandlingen av den fremsatte klagen fra A har heller ikke vært tilfredsstillende, og oppreisningsspørsmålet er ikke vurdert slik det skulle ha vært gjort. Dette er også en klar saksbehandlingsfeil.

Jeg ber kommunen merke seg det jeg her har gitt uttrykk for med tanke på behandlingen av lignende saker i fremtiden. Videre ber jeg kommunen vurdere hva som nå bør gjøres i forhold til klagerens sak med tanke på å rette opp de saksbehandlingsfeil som er gjort. Kommunen bes holde meg orientert om sin videre oppfølging overfor ham.»

30.

Konsesjonssak – spørsmål om eiendommen «kan nyttast til landbruksdrift»

(2007/904)

A overtok en eiendom fra sine foreldre, og kommunen påla ham å søke konsesjon under henvisning til odelsloven § 29. Søknaden ble avslått.

For ombudsmannen hevdet A at påleggget var ugyldig fordi eiendommen ikke kunne «nyttast til landbruksdrift», og lovens krav til odlingsjord dermed ikke var oppfylt.

Ombudsmannen uttalte at det fremsto som usikkert om eiendommen oppfylte kravet, og at spørsmålet ikke var tilstrekkelig utredet og begrunnet. Han ba om at saken ble vurdert på nytt.

Saken ble deretter behandlet på nytt i fylkeslandbruksstyret som fastholdt at det var rettslig grunnlag for å pålegge A å søke konsesjon.

A overtok en eiendom i Audnedal kommune fra sine foreldre. Under henvisning til lov 28. juni 1974 nr. 58 om odelsretten og åsetesretten (odl.) § 29, jf. §§ 27–28, påla kommunen ham å søke om konsesjon for ervervet. Han påklaget ikke påleggget og sendte inn en søknad om konsesjon. Kommunens avslag ble stadfestet av Fylkeslandbruksstyret i Vest-Agder 22. februar 2007.

Advokat B klaget på vegne av A til ombudsmannen over avslaget. Fylkeslandbruksstyret i Vest-Agder ble tilskrevet med spørsmål om blant annet det rettslige og faktiske grunnlaget for å gi odelslovens regler anvendelse i saken. A kom med merknader til fylkeslandbruksstyrets svar. Disse ble igjen kommentert av Fylkesmannen i Vest-Agder. A kom ikke tilbake til saken etter dette.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det rettslige utgangspunktet

Odelsrett kan hevdes til fast eiendom som «kan nyttast til landbruksdrift og har ein viss storleik», jf. odl. § 1 første ledd første setning. Eiendom som etter «skifte av tilhøva» ikke lenger oppfyller vilkårene for odlingsjord, kan ikke løses på odell, jf. § 23. Selv om § 23 bare viser til § 2, er det etter rettspraksis klart at også det alminnelige vilkåret i § 1 om at eiendommen «kan nyttast til landbruksdrift», må være oppfylt. Den som overtar en eiendom han har odelsrett til, har plikt til å bosette seg på eiendommen innen ett år og bo på og drive den i en fastsatt periode, jf. § 27. Deresom bo- og driveplikten ikke blir oppfylt, kan det settes en frist for eieren til å søke om konsesjon for ervervet, jf. § 29.

Spørsmålet om en eiendom fyller lovens vilkår for å være odlingsjord, er langt på vei et privatrettslig spørsmål som forvaltningen verken kan eller skal en-

delig avgjøre. Odelslovens regler skal imidlertid bare anvendes hvis den aktuelle eiendommen oppfyller vilkårene i odl. § 1, jf. §§ 2 og 23. Landbruksmyndighetene er derfor etter omstendighetene nødt til prejudisielt å ta stilling til om eiendommen (fortsatt) er odlingsjord.

Påleggget 8. juni 2006 om å søke om konsesjon ble gitt etter odl. § 29. I vedtaket 22. februar 2007 la fylkeslandbruksstyret til grunn at det ikke har noen «selvstendig betydning for konsesjonspåleggget om eiendommen ikke skulle fylle kravene til odelseiendom», idet eiendommen «uansett måtte anses som en landbrukseiendom» med boplikt etter lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsl). Denne uttalelsen er lite treffende. Når påleggget er gitt under henvisning til odl. § 29, må vilkårene for odlingsjord være oppfylt for at påleggget skal ha hjemmel. Dessuten har ombudsmannen i flere saker lagt til grunn at vilkåret «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonsloven § 5 annet ledd i det vesentligste er sammenfallende med kriteriet i odl. § 1, om at en eiendom må kunne «nyttast til landbruksdrift». Ved brev 18. april 2007 ble spørsmålet tatt opp med Landbruks- og matdepartementet, som i svar 19. juni 2007 sa seg enig i denne oppfatningen. Saken er inntatt i årsmeldingen for 2007 s. 371 (Somb-2007–97).

Av fylkeslandbruksstyrets svar på ombudsmannens spørsmål, fremgår at det mener departementets brev innebar en «endring i forhold til tidligere forvaltningspraksis», hvoretter de to uttrykkene ble tolket forskjellig. Det kan etter mitt syn ikke uten videre legges til grunn at *rettstilstanden* ble endret ved Landbruks- og matdepartementets brev 19. juni 2007. Ettersom fylkeslandbruksstyret i den senere korrespondansen hit uansett har fremholdt at eiendommen oppfyller kravet i odl. § 1, finner jeg det imidlertid lite hensiktsmessig å forfølge dette spørsmålet nærmere her.

Det grunnleggende spørsmålet er dermed om eiendommen gnr ... bnr ... i Audnedal kommune oppfyller kravene til odlingsjord, slik at reglene i odelsloven får anvendelse. I denne saken er ikke arealgrensene et tema. Det avgjørende er om eiendommen «kan nyttast til landbruksdrift» i lovens forstand.

Utredningsplikten og begrunnelsesplikten

Det følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 (fvl.) § 17 første ledd første punktum at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Klageinstansen er pålagt en selvstendig utredningsplikt og kan pålegge underinstansen å foreta nærmere undersøkelser, jf. § 33 siste ledd. Enkeltvedtak skal grunnngis samtidig med at vedtaket treffes, jf. § 24 første ledd. Begrunnelsen skal foruten det faktiske grunnlaget, angi de reglene

vedtaket bygger på, og i nødvendig utstrekning reglens innhold eller problemstillingen som er lagt til grunn. De hovedhensynene som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør også nevnes, jf. § 25.

Ved avslutningen av en sak om varig fritak for boplikt, gjengitt i årsmeldingen for 2005 s. 290 (Somb 2005-81), uttalte jeg blant annet:

«Når forvaltningen vurderer spørsmål om boplikt for eiendommer som er så små eller har så begrensede ressurser at det med rimelighet kan spørres om den fremdeles har karakter av å være en landbrukseiendom, må det etter mitt skjønn kreves at det tas stilling til om eiendommen har en slik økonomisk avkastningsevne at noen kan tenke seg å drive landbruk på den med sikte på økonomisk vederlag for arbeidsinnsatsen. I en slik vurdering er det naturlig at landbruksmyndighetene i rimelig grad søker å tallfeste det økonomiske utbytte eiendommen antas å gi. Det ligger imidlertid i sakens natur at en slik tallfesting må bli skjønnsmessig.»

Av brevet fra Landbruks- og matdepartementet 19. juni 2007 fremgår:

«Kommune og fylkeslandbruksstyre må etter [fvl. §§ 17 og 25] undersøke saken, og angi i vedtaket hvilken hjemmel det er bygget på, noe som innebærer at de må ta stilling til om eiendommen er å anse som odelsjord.

...

Dersom landbruksmyndighetene, ut fra de opplysningene som foreligger om eiendommen og området, er i tvil om eiendommen tilfredsstiller kravene til odelsjord ... må de ... av eget tiltak framskaffe de opplysninger som er nødvendige for å vurdere spørsmålet.

I de tilfellene saken gjelder oppfølging av mislighold av boplikt, må det generelt kunne sies at undersøkelsesplikten er større enn ved søknad om fritak fra boplikt.

... Det må ... kreves at kommunen tar stilling til om eiendommen har slik økonomisk avkastningsevne at noen kan tenke seg å drive landbruk på den med sikte på økonomisk vederlag for arbeidsinnsatsen. ... Vi antar at det følgende kan danne utgangspunkt for undersøkelsesplikten:

- I klagesak til fylkeslandbruksstyret skjerpes kravet til opplysninger.
- Gjelder saken oppfølging av misligholdt boplikt må en også i større grad forvente at landbruksmyndighetene både på kommune- og fylkesnivå framskaffer de konkrete opplysningene som er nødvendige for å vurdere lovvalgsspørsmålet.»

I As første søknad om utsettelse av boplikt opplyste han at «det økonomiske utbytte av skogen er minimalt, da det årlige driftsgrunnlaget er lite», og at gården mangler tjenlig våningshus og redskapshus. I den andre søknaden om utsettelse fremholdt han at han ikke kan «regne med noe særlig økonomisk av-

kastning fra skogdriften da gården har for lite areal til det». Han beskrev eiendommen som «arealmessig liten» og avkastningsevnen som «svært begrenset».

I den nærmere begrunnelsen for klagen på konsesjonsavslaget, skrev A at avslaget måtte oppheves fordi det bygget på et ugyldig pålegg. Han anførte at eiendommen ikke (lenger) oppfylte kravet i odl. § 1 om å kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. praksis fra domstolene og ombudsmannen. Videre ble det fremholdt at spørsmålet uansett ikke var tilstrekkelig utredet av kommunen. I et senere tillegg til klagen viste A til at det i takst ble lagt til grunn et årlig hogstkvantum på ca. 100 m³ med en nettoverdi på 50 kr/m³, at det ikke hadde bodd folk i husene på 50 år, og at «både innhus og uthus» måtte rives eller totalrenoveres.

I pålegget 8. juni 2006 ble det uten nærmere drøfting eller begrunnelse lagt til grunn at «eiendommen er en odelseiendom». Saksfremstillingen til kommunens avslag 29. august 2006 inneholder en oppgave over eiendommens areal, samt opplysninger om driften på bruket og i området, tilstanden til bolighus og uthus, adkomsten til offentlig vei, og jord- og skogbruksvilkårene i området. Det fremgår også at «[k]jøpesum/verdi er satt til kr. 190.000,-, jfr. verditakst 05.08.2002». Kommunen slo fast at eiendommen «med sine ressurser vil som ellers i bygda være greit drivverdig i kombinasjon med annet yrke». Under kommunens klagebehandling 19. desember 2006 fremgikk at saken «er blitt behandla ut fra at ... gnr. ..., bnr. ... med sine ressurser er en landbrukseiendom med grunnlag i de kriterier/definisjoner som ligger til grunn i odelslov og konsesjonslov».

Noen nærmere vurdering av eller begrunnelse for at eiendommen oppfylder vilkårene for odlingsjord fremkommer verken av kommunens eller fylkeslandbruksstyrets vedtak. Det fremgår ikke at ressursgrunnlaget på eiendommen er blitt utredet nærmere.

Etter mitt skjønn skulle landbruksmyndighetene ha gått konkret inn på klagers anførsler knyttet til eiendommens ressursgrunnlag og tatt begrunnet stilling til om eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift». For klageinstansen følger det direkte av fvl. § 34 annet ledd annen setning at den «skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med».

Denne unnlåtelsen utgjør i seg selv en rettslig mangel ved vedtaket som gjør at jeg må be om at saken blir behandlet på nytt. Ved den nye behandlingen må myndighetene foreta de vurderinger og gi en slik begrunnelse som loven krever. Av hensyn til denne nye behandlingen, og på bakgrunn av de svarene fylkeslandbruksstyret har gitt på spørsmålene herfra, finner jeg det riktig å knytte enkelte rettslige bemerkninger til spørsmålet om eiendommen kan nyttes til landbruksdrift.

*Kan eiendommen «nyttast til landbruksdrift»?**Vurderingstemaet*

Det rettslige utgangspunktet for vurderingen av om en eiendom «kan nyttast til landbruksdrift» er utmeislet gjennom Høyesteretts praksis, senest dom 19. april 2007 (Lid) publisert i Rt. 2007 s. 552.

Vurderingen skal være objektiv. Det gjelder ingen presumsjon for at eiendommen er odlingsjord bare fordi arealkravene er oppfylt. I Rt. 1998 s. 450 (Vesterøya) er vurderingstemaet formulert slik:

«... Det er ikke et vilkår at eiendommen kan være familiens eneste næringsgrunnlag, men den må kunne gi et tilskudd av betydning til familiens underhold, jf. NOU 1972:22 side 44 og avgjørelse- ne i Rt-1972-1286 og Rt-1974-195.

Problemstillingen er om det – ut fra de rådende forhold eller sett i et lengre tidsperspektiv – kan fremstå som realistisk at en fornuftig kjøper vil erverve eiendommen til landbruksdrift. Av sentral betydning er her de naturgitte og økonomiske muligheter for landbruksdrift på eiendommen. Andre momenter er – ifølge lovforarbeider og rettspraksis – den aktuelle bruk av eiendommen, om den tidligere har vært benyttet til landbruksdrift, og karakteren av det området der eiendommen ligger.»

Høyesterett har i Rt. 2001 s. 561 (Nordtveiten) uttalt at kravet om «tilskudd av betydning» ikke innebærer noe krav om en bestemt minsteavkastning. I dommen skiller førstvoterende mellom avkastning av bruken av eiendommen til landbruksdrift og tilleggsinntekter fra for eksempel utleie til jakt, og uttaler at slike tilleggsinntekter ikke kan «danne det eneste eller vesentligste grunnlag for å anse en eiendom som landbrukseiendom».

Vurderingstemaet er således om det fremstår som realistisk at en fornuftig kjøper vil *erverve* gnr ... bnr ... i Audnedal kommune med sikte på å drive den til landbruksformål. Det må i denne sammenheng foretas en *nettoberegning* av forventet driftsresultat, der det blant annet gjøres fradrag for å forrente kjøpesummen, jf. blant annet Rt. 2007 s. 552 premiss 45.

Nærmere om eiendommen gnr ... bnr ... i Audnedal kommune

Av arealoppgaven gjengitt i kommunens avslag 29. august 2006 fremgår at eiendommen har et samlet areal på 449 da, hvorav 18 da fulldyrket jord, 2 da overflatedyrket/beite, 144 da skog med høy bonitet, 253 da skog med middels bonitet, samt 32 da annet areal. Tilstanden til bolighus og uthus er beskrevet som dårlig. Videre fremkommer blant annet:

«Drift på bruket er skogbruk. Drift i området er planteproduksjon, skogbruk. Området bruket ligger i har middels/gode jord- og skogbruksvilkår.

Eiendommen ligger greit og nært til mht. adkomst fra offentlig rv. ...

Søkeren bor ikke på bruket. Jorda er bortleid. Driveplikten (jordbruk) oppfylles ved bortleie. ...»

Av Audnedal kommunes vedtak 20. april 2004 om utsettelse av boplikt fremkom for øvrig at området bruket ligger i har «middels jord- og skogbruksvilkår».

I verditakst 5. august 2002, som det kort ble vist til i kommunens avslag, ble kjøpesum/verdi satt til 190 000 kr. Videre fremgikk av taksten:

«Den dyrka jord og beite er i flere teiger, etter opplysninger fra landbrukskontoret er der 8 da fulldyrka A jord, 10 da B jord og 2 da overflatedyrka jord.

En del av teigene er bratte, som gjør drift vanskelig.

... I følge skogbruksplan med planperiode 1989-1999 var den totale kubikkmasse på 2765 m³, med en tilvekst på 84 m³. Etter det som er tatt ut i planperioden må en anta at kubikkmassen i dag er på ca 2800 m³.

Treslagfordelingen er 18 % gran, 41 % furu og 41 % lauv.

Det er plantet en god del gran som enkelte steder trenger avstandsregulering, og i teig nr 10 er furua sterkt angrepet av sopp, og bør hogges snarest.

Driftsforholdene er stort sett ganske bra, der er bygget en god del traktorveier ...

I taksten har en lagt til grunn et årlig hogstkvantum på 100 m³ og en nettoverdi på kr 50,- pr m³, og en kapitaliseringsrente på 5 %.

Boligen er gammel og tilfredsstillende ikke kravene for bolig, der har ikke vært bosetting der på flere år. Det er ikke innlagt vann.

--

Uthuset er og gammelt, det står for nedfalls, og har i takstsammenheng negativ verdi (rivingskostnader).»

Basert på angitt årlig hogstkvantum og nettoverdi ble det i taksten, så vidt skjønnes, lagt til grunn en årlig avkastning på 5 000 kr fra skogbruk på eiendommen.

I forbindelse med ombudsmannens undersøkelse av saken ble fylkeslandbruksstyret bedt om å redegjøre for om eiendommens avkastningsevne gjør at den fyller vilkårene for odlingsjord. Styret fremholdt at eiendommen oppfylte kravene i odl. § 1 og viste til (nyutarbeidet) brev 8. august 2007 fra seniorrådgiver C, Fylkesmannen i Vest-Agder, der følgende fremgikk:

«Erfaringer fra tilsvarende eiendommer, jfr. treslagsfordeling, hogstklassefordeling og terrengforhold tilsier at et hogstkvantum basert på balansekvantumprinsippet må reduseres for topp og avfall, biologisk mangfold, flerbruk samt ikke økonomisk drivbare arealer.

Årlig, nyttbart balansekvantum vurderes på dette grunnlag til å utgjøre 95 kbm.

Tømmerprisen er vurdert til å ligge på nivå med gjennomsnittsprisen som er oppnådd i Audnedal de senere år. Driftsforholdene i den økonomisk drivbare delen av skogen vurderes som gode. Når det gjelder skogkulturarbeider legges dagens tilskottsnivå, samt skattefri bruk av skogfond til grunn for.

Nettoverdien pr. kbm vurderes ut fra det som er anført ovenfor til å ligge vesentlig over det som framgår av taksten som ligger til grunn for avkastningsvurderingen og bør kunne gi en årlig netto avkastning på 12-13.000 kroner.

Dersom det legges til grunn at skogeier selv utfører arbeidet og vederlag for eget arbeid tas inn, vurderes årlig nettoavkastning til å ligge i størrelsesorden kr. 20.000.-.

I tillegg til denne avkastningsverdi kommer tilleggsverdier knyttet til dyrka mark/beite og jakt.»

Til dette har A blant annet bemerket at verdien av dyrket jord og beite på eiendommen er «tilnærma kr 0,-». Fylkesmannen i Vest-Agder fremholdt deretter, på vegne av fylkeslandbruksstyret:

«Når det gjelder vurderingen av den årlige avkastningen, så ble tømmerprisen satt til et nivå som reflekterte gjennomsnittsprisen som er oppnådd i Audnedal de siste 5 år. Dagens tømmerpris (2007) ligger vel 10 % eller ca. kr. 35,- over denne pris som ble lagt til grunn ved avkastningsberegningen.

Inntekspotensiale som en eventuell produksjon av juletrær representerer på deler av dyrka mark er ikke vurdert, selv om eiendommen ligger i et område hvor det drives juletreproduksjon av betydelig omfang.

Under henvisning til ovennevnte synes det åpenbart at den årlige nettoavkastningen på eiendommen, sett hen til dagens tømmerpriser, ligger over det som ble anført i notatet datert 08.08.07 og som Fylkeslandbruksstyret la til grunn for sine vurderinger.»

Eiendommen må vurderes i forhold til lov, rettspraksis og andre rettskilder. Om eiendommens avkastningsevne tilsier at den kan «nyttast til landbruksdrift», må nødvendigvis bero på brede og sammensatte drøftelser, der landbruksfaglige vurderinger står sentralt. Det foreligger betydelig veiledning i rettspraksis for dette spørsmålet.

Høyesterett kom således i Rt. 2002 s. 112 til at en avkastningsevne fra skogdrift på maksimalt 5 000 kr pr. år var for lav til at det var realistisk at en fornuftig kjøper ville erverve eiendommen med sikte på landbruksdrift. At eiendommen hadde tilleggsinntekter fra jakt-, fiske- og hytteutleie på 8 000 kr samt inntekter fra utleie av beiterett på 4 000 kr kunne ikke gi eiendommen karakter av å være en landbrukseiendom. I Rt. 2007 s. 552 ble et dekningsbidrag på rundt 10 000 kr fra skogdrift, der det måtte gjøres fradrag for å forrente kjøpesummen, ikke funnet tilstrekke-

lig. Ettersom tilleggsinntekter ikke kan utgjøre det vesentligste grunnlaget, fant Høyesterett ikke at eiendommen kunne «nyttast til landbruk».

Nettolønn fra drift på «minst» 25 000 kr pr. år ble funnet tilstrekkelig i Agder lagmannsretts dom 23. august 2007. I rettens dom 4. oktober 2006 ble også vilkåret ansett oppfylt. Her utgjorde anslått *samlet* netto årsinntekt ca. 35 000 kr.

I Hålogaland lagmannsretts dom 26. oktober 2006 ble netto årlig avkastning på 10 000 – 20 000 kr ansett som for lite. Det samme ble konklusjonen for 15 000 – 20 000 kr «årlig inntekt» fra vedhogst og utleie til jakt i Agder lagmannsretts dom 3. oktober 2005. Borgarting lagmannsrett fant i overskjønn 14. juni 2004 at anslagsvis 25 000 kr årlig fra vedsalg ikke var tilstrekkelig til at «en fornuftig kjøper ville ha ervervet eiendommen» med sikte på vedsalg «verken i kombinasjon med juletreproduksjon eller alene». Engangsinvesteringer i forbindelse med driftsoppstart og kapitalkostnader for eiendomskjøpet måtte her komme til fradrag.

Det er fortsatt skogdrift på As eiendom og i området rundt. Adkomst til offentlig vei er beskrevet som «greit og nært». I taksten 5. august 2002 ble det lagt til grunn en avkastning på 5 000 kr pr. år. Verken i kommunens eller fylkeslandbruksstyrets vedtak angis annen tallfesting av eiendommens avkastningsevne. I svaret til ombudsmannen anførte imidlertid fylkeslandbruksstyret at nettoverdien pr. m³ vurderes til å ligge «vesentlig over» det som fremgår av taksten og «bør kunne gi en årlig netto avkastning på 12-13.000 kroner». Dersom det legges til grunn at skogeier selv utfører arbeidet og vederlag for eget arbeid tas inn, «vurderes årlig nettoavkastning til å ligge i størrelsesorden kr. 20.000.-». Det fremgår at «tømmerprisen er vurdert til å ligge på nivå med gjennomsnittsprisen som er oppnådd i Audnedal de senere år». I et senere brev fra fylkesmannen ble det imidlertid fremholdt at «[d]agens tømmerpris (2007) ligger vel 10 % eller ca. kr. 35,- over den... pris som ble lagt til grunn ved avkastningsberegningen».

Det vil ikke være riktig av meg å gå nærmere inn på hva som bør bli resultatet av den rettslige vurderingen av eiendommen. Dette er det opp til landbruksmyndighetene å ta stilling til i den fornyede behandlingen av saken. Jeg finner det likevel riktig å påpeke at den antatte avkastningen fra skogbruk på eiendommen må antas å ligge i *nedre sjikt* i forhold til den veiledning rettspraksis gir.

Konsekvensene dersom eiendommen ikke «kan nyttast til landbruksdrift»

Fast eiendom kan ikke erverves uten konsesjon, jf. konsl. § 2 første ledd. Unntak fra denne hovedregelen er imidlertid gitt i § 5 første, jf. annet ledd:

«Konsesjon er ikke nødvendig når erververen er:
1. ... i slekt med eieren ... i rett ... nedstiggende linje ... forutsatt at eieren har sitt konsesjonsforhold i orden. ...

Ved erverv av jord- og skogbrukseiendommer med et totalareal på over 100 dekar, eller der mer enn 20 dekar er fulldyrket, er konsesjonsfriheten etter første ledd nr. 1 betinget av at erververen bosetter seg på eiendommen innen ett år og selv bebod og driver den i minst 5 år. ...»

Tolkningen av begrepene «kan nyttast til landbruksdrift» i odl. § 1 og «jord- og skogbrukseiendommer» i konsl. § 5 annet ledd er langt på vei sammenfallende, jf. ovenfor. Det innebærer at dersom eiendommen ikke oppfyller vilkåret i odl. § 1, er konsesjonsfrihet etter konsl. § 5 første ledd pkt. 1 ikke betinget av boplikt. A overtok eiendommen etter sine foreldre og har levert egenerklæringsskjema om konsesjonsfrihet etter konsl. § 5 første ledd pkt. 1. Forutsatt at eieren hadde sitt konsesjonsforhold i orden, var As erverv av eiendommen i så tilfelle konsesjonsfritt uten betingelse av boplikt.

Avslutning

Som det fremgår, er jeg kommet til at spørsmålet om eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift», ikke ble tilstrekkelig behandlet i fylkeslandbruksstyrets vedtak, og heller ikke i kommunens vedtak i forkant av dette. I forbindelse med ombudsmannssaken har fylkeslandbruksstyret kommet med supplerende opplysninger. Opplysninger gitt til ombudsmannen i ettertid kan likevel ikke reparere det vedtaket som er truffet når mangelen består i at lovbestemte vilkår ikke er tilstrekkelig vurdert. En slik materiell mangel kan kun repareres ved at den myndighet som har truffet vedtaket, behandler saken på nytt.

Ettersom feilene jeg har påpekt også rammer kommunens saksbehandling, bør fylkeslandbruksstyret vurdere hvorvidt riktig fremgangsmåte vil være å oppheve vedtaket og vise saken tilbake til kommunen for ny behandling der.

Behandlingen må blant annet ta sikte på å klarlegge om det var rettslig grunnlag for å pålegge A å søke om konsesjon, eller om hans erverv var konsesjonsfritt etter konsesjonsloven § 5 første ledd pkt. 1. I denne sammenheng må det utredes hvorvidt det fremstår som realistisk at en fornuftig kjøper vil erverve gnr ... bnr ... i Audnedal kommune til landbruksdrift, herunder foretas en nettberegning av forventet driftsresultat, der det blant annet gjøres fradrag for å forrente kjøpesummen.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.»

Saken ble deretter behandlet på nytt i fylkeslandbruksstyret. Etter å ha vært på befaring konkluderte

styret med at det var realistisk at en «fornuftig kjøper» ville erverve eiendommen for å drive landbruksdrift og gi et tilskudd til familiens underhold. Fylkeslandbruksstyret fastholdt at det var rettslig grunnlag for å pålegge A å søke konsesjon.

31.

Manglende kontradiksjon ved pålegg om opphør av ulovlig rettshjelpvirksomhet

(Sak 2007/2174)

A klaget over manglende kontradiksjon i forbindelse med pålegg fra Tilsynsrådet for advokatvirksomhet om å opphøre med ulovlig rettshjelpvirksomhet på et bestemt rettsområde.

Ombudsmannen kom til at Tilsynsrådet ikke hadde oppfylt kravet til kontradiksjon og således opptrådt i strid med god forvaltningsskikk.

A fikk i 2006 Tilsynsrådets tillatelse til å drive rettshjelpvirksomhet innenfor trygde-, sosial- og helserettens område. Deretter søkte han om tillatelse til å drive rettshjelpvirksomhet innenfor bolig- og arbeidsrettens område, noe Tilsynsrådet avsto. Advokatbevillingsnemnden stadfestet i august 2007 Tilsynsrådets avslag.

Tilsynsrådet skrev 13. september 2007 til A om at det hadde fått informasjon om at han drev rettshjelpvirksomhet innenfor arbeidsrettens område, noe det ikke var gitt tillatelse til. Det ble vist til et vedlagt brev fra august 2007 med vedlegg fra advokat B. Vedlegget var et brev fra en privatperson til dennes arbeidsgiver i sak om oppsigelse. Brevet var undertegnet av vedkommende og medundertegnet av A, og det syntes å fremgå av brevet at A opptrådte som rettshjelper i saken. Avslutningsvis i brevet 13. september 2007 uttalte Tilsynsrådet:

«Vi forutsetter at den ulovlige virksomheten opphører snarest og imøteser Deres skriftlige bekrefteelse på dette innen 1. oktober d.å.»

I brev 27. september 2007 til Tilsynsrådet skrev A:

«Jeg driver ikke ulovlig rettshjelpvirksomhet slik det hevdes i deres brev av 13.09.07. Jeg beklager at jeg ikke er gitt anledning til å uttale meg før Tilsynsrådet konkluderer, og på denne måten er blitt fratatt partsrettigheter.»

Tilsynsrådet skrev deretter til A blant annet:

«Vi konstaterer at De er av en annen oppfatning enn Tilsynsrådet vedrørende rettshjelpvirksomheten på arbeidsrettens område. Vi fastholder imidlertid vårt standpunkt, og ber om Deres bekrefteelse på at den ulovlige virksomheten er stan- set.»

I brev i november 2007 til ombudsmannen fremholdt A at Tilsynsrådet hadde trukket sin konklusjon om at han utøvet ulovlig rettshjelpsvirksomhet, uten at saken var opplyst og uten at han ble stilt spørsmål eller gitt anledning til å uttale seg. Han ba ombudsmannen vurdere om Tilsynsrådets saksbehandling var i samsvar med god forvaltningsskikk.

Tilsynsrådet ble herfra bedt om å redegjøre for hvorvidt god forvaltningsskikk tilsa at Tilsynsrådet, før det konkluderte i saken og henstilte til opphør av ulovlig rettshjelpsvirksomhet, ba om As uttalelse til spørsmålet om han drev rettshjelpsvirksomhet på arbeidsrettens område. Det ble vist til det uskrevene prinsippet om kontradiksjon i forvaltningens virksomhet.

I Tilsynsrådets svar ble det uttalt at god forvaltningsskikk prinsipielt klart tilsier at forvaltningsorganet, før det konkluderer i saker om eventuell ulovlig rettshjelpsvirksomhet, bør innhente personens egen uttalelse i saken, blant annet av hensyn til kontradiksjon. Tilsynsrådet mente imidlertid i denne saken – hvor konklusjonen om at det ble utøvet ulovlig rettshjelpsvirksomhet ble trukket under behandlingen av As søknad om rett til å drive rettshjelpsvirksomhet på blant annet arbeidsrettens område – at Tilsynsrådet hadde iaktatt prinsippene for god forvaltningsskikk. I tilknytning til behandlingen av As to søknader om å få drive rettshjelpsvirksomhet, hadde Tilsynsrådet hatt en fortløpende dialog med ham. Han ble i Tilsynsrådets brev 13. september 2007 oppfordret til å bekrefte at hans ulovlige virksomhet var opphørt. A valgte deretter å unnlate å gi Tilsynsrådet eventuelle nye opplysninger om de faktiske forhold, idet han kun konstaterte at han ikke drev ulovlig rettshjelpsvirksomhet og at han var fratatt partsrettigheter.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Blant de uskrevene krav til god forvaltningsskikk inngår grunnkravet om at saksbehandlingen skal være forsvarlig. En viktig side av forsvarlighetskravet er kravet til kontradiksjon i forvaltningens saksbehandling. Kontradiksjon skal sikre at den som berøres av forvaltningens saksbehandling eller vedtak, får anledning til å fremlegge sin sak og derved øve innflytelse på sakens utfall. Kravet til kontradiksjon har sammenheng med forvaltningens plikt til å sørge for en forsvarlig opplysning av saken, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17 første ledd.

Det følger av domstolloven 13. august 1915 nr. 5 § 218 første ledd annet punktum at «[m]ed rettshjelpsvirksomhet menes ervervsmessig eller stadig yting av rettshjelp». I denne saken kunne henvendelsen fra advokat B indikere at A ga juridisk bistand i en sak innenfor arbeidsrettens område. Det kunne imidlertid ikke av henvendelsen uten videre sluttet at A utøvet

rettshjelpsvirksomhet i domstollovens forstand på arbeidsrettens område. Heller ikke det faktum at A hadde søkt om tillatelse til å utøve rettshjelpsvirksomhet på arbeidsrettens område, og at han hadde påklaget avslaget, gjorde at man ut fra den nevnte henvendelsen kunne legge til grunn at han ulovlig utøvet slik rettshjelpsvirksomhet.

På denne bakgrunn har Tilsynsrådet etter min vurdering ikke iaktatt det ulovfestede kontradiksjonsprinsippet, da det i brev 13. september 2007, uten nærmere undersøkelser, la til grunn at A utøvet ulovlig rettshjelpsvirksomhet, og deretter fastholdt dette standpunktet i brev 5. november 2007, til tross for at A i brev 27. september 2007 hadde avvist at han drev ulovlig rettshjelpsvirksomhet. At A etter det første brevet fra Tilsynsrådet hadde anledning til å redegjøre nærmere for saken, endrer ikke dette standpunktet. Tilsynsrådet burde eksplisitt ha anmodet om As redegjørelse før det trakk sin konklusjon og ba om hans bekreftelse på at den ulovlige virksomheten var opphørt. Jeg finner derfor at Tilsynsrådet i denne saken ikke har oppfylt kravet til kontradiksjon og således opptrådt i strid med god forvaltningsskikk.»

32.

Tilbakekall av kjøreseddel for drosje – kravet til bevisets styrke og undersøkelses- og begrunnelsesplikten

(Sak 2007/2434)

En drosjesjåfør ble fratatt kjøreseddelen. Politidirektoratet la til grunn at det var kommet inn en rekke klager på sjåføren over en periode på seks år, og at dette var tilstrekkelig grunn til å kalle tillatelsen tilbake.

Ombudsmannen kom til at tilbakekallet var mangelfullt begrunnet, og at direktoratet dessuten syntes å ha satt for beskjedne krav til bevisets styrke. Ombudsmannen ba derfor direktoratet om å se på saken på nytt og å gi en mer utførlig og relevant begrunnelse. Dette gjaldt særlig dersom tilbakekallet ble opprettholdt.

Politiet tilbakekalte As kjøreseddel for drosje. Det ble opplyst at tilbakekallet skjedde med grunnlag i klager innkommet til drosjeselskapet fra kunder og kollegaer over en periode på seks år. Vedtaket ble påklaget til Politidirektoratet, som i klagevedtaket opprettholdt tilbakekallet. Mens klagebehandlingen ennå pågikk, hadde A byttet advokat, og han hadde samme dag som klagevedtaket ble truffet, sendt et brev med en rekke merknader til politiets vedtak. Direktoratet opplyste deretter i brev til A at det ikke «forelå opplysninger i saken» som ga grunnlag for å omgjøre klagevedtaket.

A klaget vedtaket inn for ombudsmannen. Han anførte at det ikke forelå grunnlag for å trekke kjøreseddelen tilbake, og at saksbehandlingen i forkant av tilbakekallet ikke oppfylte kravene til forsvarlighet etter forvaltningslovens regler. Særlig fremhevet han at saken ikke kunne anses tilstrekkelig opplyst fordi politiets saksbehandling kun hadde bestått i å «lese gjennom klagen som var tilrettelagt av drosjeselskapet». Han hevdet videre at de aktuelle klagen ikke ga et korrekt bilde fordi drosjeselskapet «ønsket å sverte» ham med grunnlag i en gammel konflikt.

Undersøkelsene herfra

Det ble herfra besluttet å undersøke saken nærmere, og sakens dokumenter ble innhentet fra Politidirektoratet. Etter en gjennomgang av klagen og de oversendte saksdokumentene ble direktoratet bedt om å gi en nærmere redegjørelse for praksis ved tilbakekall av kjøreseddel etter yrkestransportlova 21. juni 2002 nr. 45 § 37 f, illustrert med konkrete eksempler. Det ble vist til et brev kommunen hadde sendt politidistriktet, hvor det fremgikk at «klagen på A var for gamle til at det ville være aktuelt å vurdere å inndra kjøreseddelen på grunnlag av disse». Direktoratet ble bedt om å opplyse i hvilken grad det var adgang til å anvende de tidligere klagen som begrunnelse for å tilbakekalle kjøreseddelen. Videre ble Politidirektoratet bedt om å opplyse om det var foretatt noen nærmere undersøkelse av klagen mot A, om hver enkelt klage hadde blitt vurdert, eller om det ble ansett tilstrekkelig for avgjørelsen at det var mottatt klager på A. Videre ble det vist til at A hadde opplyst at han ikke hadde blitt gjort kjent med klagen fra drosjeselskapet før de ble oversendt politidistriktet, og at han derfor ikke hadde hatt anledning til å imøtegå dem. Det ble i den sammenheng spurt om dette hadde hatt betydning for det faktum direktoratet la til grunn for vedtaket, og om direktoratet anså saken som tilstrekkelig opplyst før vedtaket ble truffet.

I klagen hadde A vist til at vedtaket medførte at han ble «fratatt sitt levebrød». Direktoratet ble i den sammenheng bedt opplyse om det var foretatt en nærmere vurdering av forholdsmessigheten mellom reaksjonens inngripende karakter og konsekvensene reaksjonen fikk for A. Det ble også bedt om en kommentar til en anførsel fra A om at flere av klagen gjaldt «så bagatellmessige forhold at de fleste erfarne drosjesjåfører som har hatt sine erfaringer med berusede passasjerer, ville fnyst av dem». Avslutningsvis ble direktoratet bedt om å uttale seg om hvilke krav som måtte stilles til bevisenes styrke.

I sitt svar redegjorde Politidirektoratet først for kravene for tildeling av kjøreseddel og vilkårene for tilbakekall. Det ble vist til flere avsnitt fra direktoratets rundskriv «2007/001 – Håndhevingsinstruks om

førerrett mv.». Deretter anførte direktoratet blant annet:

«Det sentrale vurderingstemaet ved tildeling og tilbakekall av kjøreseddel er det samme – hvorvidt vedkommende er *skikket* til å føre motorvogn ved personaltransport mot vederlag. Den sentrale forskjell mellom å nekte tildeling og tilbakekall, er i hovedsak at hensynet til kjøreseddelinnehaverens *innrettelse* vil få sentral betydning ved spørsmålet om tilbakekall skal finne sted.»

Om Politidirektoratets saksbehandling i den aktuelle saken ble det opplyst at det ikke ble foretatt noen «særskilt prøving av de faktiske forhold som lå til grunn for hver enkelt klage». Politidirektoratet la avgjørende vekt på at det «her var tale om en mengde klager og til dels av graverende art, inngitt jevnlig over et langt tidsrom, og av en rekke ulike personer.» For adgangen til å vektlegge eldre forhold fremholdt direktoratet at det er «åpenbart at eldre forhold både kan og skal tillegges betydning, når det senere oppstår nye forhold av samme art som tidligere forhold». Direktoratet mente den jevne strømmen av klager på A «klart betegnet hans personlige egenskaper og skikkethet til å drive persontransport mot vederlag», og at det vanskelig kunne sees at det ikke skulle tillegges vekt «at han har hatt disse dårlige egenskapene i lang tid».

Direktoratet mente at det var «svært uheldig» dersom A ikke var blitt underrettet fra drosjeselskapet om klagen som hadde kommet mot ham gjennom årenes løp. Det ble imidlertid bemerket at «A må anses å ha hatt oppfordring og anledning til å imøtegå klagen etter politiets utsendelse av forhåndsvarsel om mulig tilbakekall av kjøreseddelen». Dette kunne derfor ikke være av «avgjørende betydning for gyldigheten av» vedtaket.

Under vurderingen av forholdsmessigheten viste direktoratet til at det for alle tilfeller der det skal vurderes om kjøreseddel skal tilbakekalles, er en påregnelig konsekvens at vedkommende blir fratatt retten til å utøve sitt yrke. Forholdsmessighetsvurderingen ble derfor foretatt i alle saker, men direktoratet bemerket at «det kan fremstå uheldig at dette ikke er kommet direkte til uttrykk i vedtaket.» Direktoratet anførte at det i dette tilfellet ble ansett «klart at konsekvensene for klager ikke kunne bli avgjørende sett opp mot hensynet til kundene og behovet for den allmenne tillit til drosjesjåfører og drosjenæringen».

Om beviskravet presiserte direktoratet først at tilbakekall ikke er å anse som *straff* i rettslig forstand «selv om det for den enkelte kan føles svært inngripende». Utgangspunktet var derfor sannsynlighetsovervekt, men det ble påpekt at konsekvensene tilsier at «forvaltningen bør utøve varsomhet med tilbakekall i saker hvor det er tvil omkring de forhold som er

av avgjørende betydning for om tilbakekall skal finne sted». Når det gjaldt denne saken hadde summen av klagene hatt betydelig vekt, «selv om enkelte av klagene skulle være løst fundert».

Direktoratets redegjørelse ble kommentert av A. Han presiserte at grunnlaget for klagen var at politiet hadde lagt «feil faktum til grunn for sin vurdering». Det var «svært vanskelig å se legitime grunner til at politiet skal fatte vedtak utelukkende på bakgrunn av dokumentene som drosjeselskapet har valgt å oversende politiet» når A hadde forklart «hvorfør framstillingen ikke kan legges til grunn ukritisk». A viste videre til at direktoratet syntes å erkjenne at ikke alle klagene nødvendigvis ga et korrekt inntrykk av faktum. Avslutningsvis anførte han at direktoratet hadde redegjort mye for normen for tilbakekall, men at det fra hans side ikke var anført at denne normen skulle ligge høyere enn det som var lagt til grunn. Deretter het det:

«Problemet med politiets vedtak er at politiet, uten å undersøke faktum nærmere, legger til grunn at denne normen er overtrådt, hvilket i dette tilfellet ikke er korrekt.»

Politidirektoratet opplyste at det for å «avklare den tvil som er reist om rettmessigheten av Politidirektoratets vedtak», forela klagene og klagerens syn på disse for drosjeselskapet og ba det om å kommentere anførselene om at en tidligere konflikt mellom A og selskapet hadde påvirket behandlingen av klagene, slik at de telefoniske klagene som var nedfelt av drosjesentralen hadde fått en uriktig/skjev fremstilling. Det ble også bedt om kommentarer til anførselen om at klagene ikke var forelagt A før saken ble oversendt politiet/samferdselsetaten. Av drosjeselskapets uttalelse gikk det blant annet frem at selskapet mente det var underlig at A, dersom han mente det var en «åpen konflikt» mellom ham og drosjesentralen, på nytt søkte løyvemyndigheten om å bli tilknyttet selskapet etter å ha vært tilknyttet et annet drosjeselskap fra 2004. Direktoratet fremholdt at det i uttalelsen ikke fremkom forhold som ga «grunn til å endre Politidirektoratets vedtak om tilbakekall av kjøreseddel, tvert imot».

A imøtegikk direktoratets anførsler og konkluderte med at uttalelsene ikke var «egnet til» å dokumentere at vilkårene for å inndra kjøreseddelen var oppfylt.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Adgangen til å tilbakekalle retten til å føre motorvogn ved persontransport mot vederlag er regulert i yrkestransportloven 21. juni 2002 nr. 45 § 37 f. Bestemmelsen lyder:

«Politimeisteren eller den han gir myndighet, kan treffe vedtak om å kalle retten til å føre mo-

torvogn ved persontransport mot vederlag tilbake, dersom vedkommande ikkje er edrueleg eller viser seg å vere upåliteleg eller ha andre eigenskapar som gjer at han må reknast som uskikka til å vere førar av bil under persontransport mot vederlag.»

Politiet har lagt til grunn at A ikke lenger kan anses å inneha den «tillit eller de egenskaper» som gjør ham «skikket til å være fører av bil under persontransport mot vederlag». Spørsmålene som er reist, er særlig om saken var tilstrekkelig opplyst da vedtaket ble fattet, om vedtaket var tilstrekkelig begrunnet og knyttet til sakens fakta, og om det tilfredsstillende beviskrav som må stilles. Det er også vist til at flere av klagene ligger langt tilbake i tid og gjelder bagatellmessige forhold, og at de derfor ikke kan gi grunnlag for tilbakekallelse.

1. Beviskravet

Jeg behandler først beviskravet fordi det kan ha betydning både for hvilke undersøkelser forvaltningen plikter å foreta før vedtak blir truffet, og for hvordan opplysningene skal vurderes. Politidirektoratet har lagt til grunn at utgangspunktet for beviskravet er «sannsynlighetsovervekt», men samtidig fremholdt at «forvaltningen bør utøve varsomhet der det foreligger tvil omkring de forhold som er av avgjørende betydning for om tilbakekall skal finne sted». As advokat har anført at beviskravet i tilbakekallelssaker må ligge på samme nivå som i straffesaker.

I norsk forvaltningsrett finnes det ingen generell regulering av kravet til bevisets styrke, men det har vært lagt til grunn at det i utgangspunktet gjelder samme beviskrav som i sivile rettssaker, dvs. alminnelig sannsynlighetsovervekt. Den legislative begrunnelsen for denne hovedregelen i sivilprosessen er at prinsippet om sannsynlighetsovervekt totalt sett er best egnet til å sikre materielt riktige dommer. I straffeprosessen gjelder som kjent prinsippet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Det innebærer at dommeren må være nær hundre prosent sikker på at den tiltalte er skyldig før han domfeller ham. Prinsippet er innført fordi det anses viktigere å beskytte tiltalte mot å lide urett enn å hindre at enkelte skyldige går fri. Også i sivile saker har imidlertid utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt vært fraveket. I saker der domsresultatet forutsetter forhold som er sterkt klanderverdige eller infamerende, har det således blitt satt krav til «kvalifisert sannsynlighetsovervekt» for å legge det aktuelle faktum til grunn, jf. Skoghøy, Tvistemål (2. utg. 2001) s. 684, og Schei, Tvistemålsloven med kommentarer II (1998) s. 632.

Spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder har vært reist i flere saker som gjelder prøving av forvaltningsmessige reaksjoner av ulik art. Slike reaksjoner

kan ha klare likhetstrekk med straff. En høyesterettsdom som er inntatt i Rt. 1999 s. 14 flg., gjaldt beviskravet for administrativ inndragning etter saltvannsfiskeloven § 11 tredje ledd. Høyesterett fastslo først at dersom et straffeprosessuelt beviskrav skulle legges til grunn for den rettslige prøvingen av forvaltningsvedtaket, var det «så vidt spesielt at et slikt resultat krever særlig forankring i loven eller dens forarbeider», noe Høyesterett ikke fant var tilfellet. At inndragningen medførte et tungt økonomisk inngrep, ble ikke sett på som noe sterkt argument for å forsøke tvilsrisikoen. Det ble imidlertid konstatert at inndragningen nok kunne oppfattes som infamerende selv om det ikke skjedde noen skyldkonstatering, og at reaksjonsformen hadde klare likhetstrekk med det straffeprosessuelle inndragningsinstituttet. Høyesterett mente det på denne bakgrunn var berettiget å oppstille et krav om «klar sannsynlighetsovervekt for at vilkårene for den administrative inndragning foreligger». Dette standpunktet er senere gjentatt i Rt. 2007 s. 1270. I en nylig avsagt dom i storkammer 29. oktober 2008 kom Høyesteretts flertall til at det også ved ileggelse av tilleggsatt gjelder et krav om «klar sannsynlighetsovervekt».

Høyesterett har i en dom inntatt i Rt. 2004 s. 29 flg. lagt til grunn at tap av førerkort etter vegtrafikkloven er straff i forhold til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Klageren har ikke uttrykkelig anført at tilbakekallingen av kjøreseddelen må vurderes på samme måte, men han har fremholdt at beviskravet må være det samme som i straffesaker. Jeg nevner for helhetens skyld at et flertall i den nevnte høyesterettsdommen 29. oktober 2008 la til grunn at EMK art. 6 nr. 2 inneholder et krav til bevisets styrke i saker som gjelder straff etter konvensjonens artikkel 6. Det synes imidlertid usikkert hvor langt kravet går, og som nevnt la Høyesteretts flertall til grunn at «klar sannsynlighetsovervekt» var tilstrekkelig for så vidt gjaldt tilleggsatt. Da jeg mener et liknende krav uansett må stilles for tilbakekall av kjøreseddel etter norsk rett, er det ikke tilstrekkelig grunn for meg til å gå nærmere inn på bedømmelsen etter menneskerettskonvensjonen. Jeg nøyer meg med å nevne at tilbakekall av kjøreseddel formelt sett ikke er straff etter norsk rett, og dessuten ikke betinget av at innehaveren har begått noen lovovertrедelse. Formålet med tilbakekallet er ikke å straffe, men å hindre sjåføren i å fortsette en virksomhet som krever tillatelse, og som han har vist seg uskikket til. Tilbakekall av kjøreseddel er i så måte en omgjøring av en tillatelse, og uten klare holdepunkter i loven vil det være for strengt å stille samme krav til bevisets styrke som i straffesaker.

Bevistemaet i saker om tilbakekall av kjøreseddel er hvorvidt den aktuelle sjåføren «ikkje er edrueleg eller viser seg å vere upåliteleg eller å ha andre ei-

genskapar som gjer at han må reknast som uskikka til å vere forar av bil under persontransport mot vederlag». Loven legger med det opp til en «uskikkethetsvurdering», men sier ikke noe om hvilket krav som skal stilles til bevisets styrke. Selv om loven ikke knytter vurderingen til straffbare handlinger, er det lite tvilsomt at de fleste vil oppfatte det som belastende å bli vurdert som uskikket til å fortsette i yrket sitt. Dette gjelder i alle fall når vurderingen som her er knyttet til vandelskriterier som edruelegheit og pålitelegheit. Konsekvensene av et vedtak kan derfor bli betydelige for den som rammes – ikke bare økonomisk, men også menneskelig. Dette talar klart for å stille strengere krav til bevisets styrke enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Et mulig mothensyn kunne være at det er viktig for folks sikkerhet og tilliten til drosjenæringa at regelverket blir håndhevet strengt, slik at sjåfører som viser seg å være uskikket, raskt og effektivt blir tatt ut av tjeneste. Slike hensyn bør imidlertid primært ivaretas gjennom de materielle krav som stilles til utøverne og ved å føre en effektiv kontroll med at kravene overholdes, ikke ved å slakke av på kravene til bevisenes styrke i den enkelte sak. Snarere vil et strengt beviskrav kunne skjerpe bevisstheten om betydningen av å føre effektiv kontroll og å være nøye med å dokumentere eventuelle brudd på regelverket, samtidig som det vil øke rettssikkerheten til utøverne.

Det er neppe mulig å gi noe eksakt mål på hvor stor sannsynlighet som bør kreves for å legge et faktum til grunn. Den praksis som har utviklet seg i tilknytning til kravet om «klar sannsynlighetsovervekt», synes imidlertid å kunne gi veiledning. Direktoratets henvisning til at utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at «forvaltninga bør utøve varsomheit der det foreligger tvil», innebærer etter mitt skjønn at beviskravet stilles for beskjedent.

2. *Politiets undersøkelses- og begrunnelsesplikt*

Før vedtak i sak om inndragning av kjøreseddel kan fattes, skal politiet gjøre de undersøkelser som er nødvendig for å bringe på det rene om vilkårene i yrkestransportlova § 37 f er til stede, dvs. om innehaveren må anses å være upålitelig eller ha andre egenskaper som gjør ham eller henne uegnet til å kjøre drosje.

Av politiets vedtak går det frem at politiet hadde «merket seg at drosjeselskapet har mottatt en rekke klager på A» og på den bakgrunn opprettholdt vedtak om tilbakekall av kjøreseddelen.

En av klagers hovedinnvendinger mot politiet og direktoratets saksbehandling synes å være at det ikke ble foretatt noen *ytterligere undersøkelser* av de konkrete klagene som ligger til grunn for vedtaket, utover en gjennomgang av dem.

Forvaltningens undersøkelsesplikt i førsteinstans følger av forvaltningsloven § 17 første ledd som bestemmer at «[f]orvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». En tilsvarende bestemmelse er gitt for klageinstansen etter lovens § 33 siste ledd. Bestemmelsene gir uttrykk for det såkalte undersøkelsesprinsippet, som pålegger forvaltningen et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Hva som konkret ligger i undersøkelsesplikten, vil variere avhengig av sakens karakter og de konkrete omstendighetene. Plikten må likevel tilpasses hensynet til rask saksbehandling og forsvarlig bruk av ressurser. Der vedtaket medfører svært inn- gripende konsekvenser for den berørte part, vil det kunne medføre at kravene til å opplyse saken blir skjerpet. Kravene vil som nevnt også måtte tilpasses de beviskrav som gjelder. Dersom beviskravene skjerpes, vil det kunne medføre at forvaltningen må gjøre mer grundige undersøkelser enn det som ellers kreves.

Det som forvaltningen plikter å undersøke, er først og fremst de omstendigheter som er rettslig relevante for den lovbestemmelsen eller regelen som vedtaket eventuelt skal bygge på. Det politiet skal undersøke i en sak om tilbakekall av kjøreseddel, er hvorvidt innehaveren må anses å være uskikket. Dersom det foreligger en rekke klager, slik som i saken her, er det ikke åpenbart at hvert enkelt av de påklagede forhold må undersøkes særskilt. Hvis opplysningene som gis i klagene ikke er bestridt, og det heller ikke for øvrig er noe som tyder på at klagene gir et uriktig bilde, må politiet som hovedregel kunne legge til grunn at de gir et relativt dekkende bilde av de hendelsene som foranlediget dem. Selv om det generelt ikke påhviler kjøreseddelinnehaveren noen plikt til å bidra til utredningen av faktum, må det nødvendigvis ofte bli opp til ham eller henne å gi korrigerende opplysninger. Er slike opplysninger gitt, eller foreligger det for øvrig opplysninger av betydning som er egnet til å skape tvil om det som er skrevet i de innkomne klagene er riktig, må politiet ta stilling til opplysningene og om nødvendig sette i verk egne undersøkelser. Hvilke undersøkelser som må foretas, er det vanskelig å si noe generelt om, og vil nødvendigvis måtte bero på en vurdering av forholdene i den konkrete sak. Utgangspunktet må imidlertid være at politiet plikter å ta stilling til de innsigelser kjøreseddelinnehaveren kommer med, i den forstand at innsigelsene blir vurdert.

I denne saken ble de vesentlige av As innsigelser fremsatt så sent at de kom frem til direktoratet først etter at vedtaket i klagesaken var truffet. Direktoratet valgte likevel å se på saken på nytt på bakgrunn av brevet fra As advokat. Dette var i samsvar med god saksbehandling. Både klagevedtaket og direktoratets brev til A etter at saken ble vurdert en gang til, er

imidtild svært kortfattede og sier lite eller intet om hvilke undersøkelser som har vært gjort. Det står heller ikke noe om hvordan As innsigelser ble vurdert, ut over at det ikke forelå «opplysninger i saken» som ga grunnlag for å omgjøre det vedtaket som var fattet. Etter mitt skjønn burde direktoratet ha redegjort nærmere for hvordan anførselene til A var vurdert.

Direktoratets brev er svært kortfattede også med hensyn til hvilket faktum som er lagt til grunn. Det samme gjelder politidistriktets avgjørelse i første instans. Det følger av forvaltningsloven § 25 annet ledd at det i begrunnelsen for et enkeltvedtak må fremgå «de faktiske forhold som vedtaket bygger på». Det må altså foreligge en beskrivelse av det faktum forvaltningen la til grunn da vedtaket ble fattet. Dette fordi partene skal ha mulighet til å forstå vedtaket, å ta stilling til om avgjørelsen er riktig, og eventuelt gi et grunnlag for å angripe vedtaket. For vedtak av inn- gripende karakter har domstolene satt et skjerpet krav til begrunnelse, jf. Rt. 1981 s. 745.

Beskrivelsen i direktoratets vedtak er at direktoratet har «merket seg at drosjeselskapet har mottatt en rekke klager på A vedrørende oppførsel, dårlig opp- treden mot kunder og kolleger, nektet lovlige betalingsmidler, feil takst ved bruk av taksameter, ikke foretatt riktig oppgjør ved bruk av taksameter og en kjøreatferd som ikke er forenlig med drosjeyrket». Den korte beskrivelsen synes å ha sammenheng med at man har ansett det store antallet klager til drosje- sentralen som et tilstrekkelig faktum for å frata A kjøreseddelen.

Etter mitt skjønn blir dette noe for enkelt. For det første er noen av de uttrykkene direktoratet (og poli- tidistriktet) bruker i vedtaket, som «oppførsel», «dårlig opptreden» og «kjøreatferd» upresise når de ikke knyttes til et konkret faktum.

For det annet representerer uttrykkene karakteris- tikk som er resultatet av en skjønsmessig vurde- ring. Det er ikke noe i veien for sammenfatningsvis å bruke slike karakteristikk, men da må samtidig det faktiske grunnlaget beskrives nærmere dersom det ikke er beskrevet i annet foreliggende materiale i sa- ken. I så fall bør det vises til dette materialet, jf. fvl. § 25 annet ledd. I denne saken ville nok i utgangs- punktet en henvisning til de innkomne klagene kunne være tilstrekkelig. Beskrivelsen der ble imidlertid imøtegått av A, og da må det kreves en mer utførlig beskrivelse av hvilket faktum som er lagt til grunn. Etter omstendighetene mener jeg dette må gjelde selv om A var lovlig sent ute med anførselene.

For det tredje er jeg ikke uten videre enig i at kla- getallet i seg selv var tilstrekkelig til å frata A kjøre- seddelen. De mange klagene var naturlig nok et mo- ment av vesentlig betydning for vurderingen av hans (u)skikkethet og kan også ha betydning for bevisver- dien av klagene. Forvaltningen plikter imidlertid å

prøve alle sider av saken, og må dermed gjøre seg opp en selvstendig mening om hva A har gjort, for deretter å vurdere adferden opp mot vilkårene for tilbakekall. A har med andre ord krav på å bli vurdert i forhold til sin adferd, og ikke i forhold til klagenes alene.

3. Konklusjon

Som det fremgår, har jeg kommet til at begrunnelsen som ble gitt ved tilbakekallet av kjøreseddelen, var mangelfull. Dessuten synes direktoratet å ha lagt til grunn et for beskjedent krav til bevisets styrke. Direktoratet har i forbindelse med undersøkelsen ved mitt kontor til en viss grad utdypet de vurderinger som ligger til grunn for vedtaket. Fortsatt har imidlertid direktoratet i liten grad gått inn på de innsigelser klageren har kommet med, og som jeg mener direktoratet plikter å ta stilling til. I ettertid kan det naturlig nok være vanskelig å undersøke hver enkelt episode nærmere. Så lenge direktoratet må gjøre seg opp en mening om det A anfører, må det imidlertid også kreves at det begrunner det standpunktet som blir inntatt. Jeg må derfor be direktoratet se på saken på nytt på det grunnlaget jeg har anført ovenfor, og å gi A en mer utførlig begrunnelse. Dette gjelder særlig dersom tilbakekallet blir opprettholdt.»

33.

Tillatelse til snøscooterkjøring - lovlighetskontroll

(Sak 2008/365)

Saken gjelder klage på Fylkesmannen i Sør-Trøndelags lovlighetskontroll etter kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 (koml.) § 59 nr. 5, jf. nr. 4, der Røros kommunes tillatelse til «snøscootersafari» ble opphevet. Fylkesmannen konkluderte med at det ikke forelå «særlige grunner», jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 7, for å kunne dispensere fra kommunedelplanen, og at tillatelsen dermed var ugyldig.

Ombudsmannen kom til at det ikke kunne rettes avgjørende rettslige innvendinger mot fylkesmannens vedtak.

Klager søkte om tillatelse til «snøscootersafari» på sin eiendom i Røros kommune som et prøveprosjekt frem til våren 2010. Snøscootersafarieren skulle foregå «med guide fra gården i faste traseer inn til bua ... ved ... som igjen vil kunne brukes ved enkel bevertning og evt utleie til fiskere/jegere». Søknaden ble avvist for behandling av kommunen, under henvisning til at planene om snøscootersafari utgjorde en endring av kommunedelplanen for motorferdsel i utmark og vassdrag (vedtatt 25. mars 2004, endret 24. november 2005). Avvisningen ble påklaget. Utvalget

for plan, drift og landbruk godkjente deretter søknaden på møte 24. mai 2007 «som en prøveordning frem til og med sesongen 2009-2010». Administrasjonen innstilte derimot på at kommunen ikke skulle ta søknaden opp til realitetsbehandling, men at den kunne vurderes igjen dersom den nye motorferdselloven, som var ventet vedtatt i løpet av et år, ga rom for snøscootersafari. Det ble videre presisert at «en eventuell trase for snøscootersafari ikke kan behandles som en dispensasjonssak», da en slik trasé vil «være en så vesentlig endring av motorferdselplanen at det må til omfattende høring».

Fylkesmannen i Sør-Trøndelag sendte 3. juli 2007 «varsel om omgjøring» av kommunens vedtak om tillatelse til snøscootersafari. Det ble vist til at Røros kommune var med i en forsøksordning med lokal forvaltning av motorferdsel i utmark, og at kommunen hadde vedtatt en kommunedelplan for motorferdsel i utmark og vassdrag med tilhørende bestemmelser som skulle gjelde i stedet for reglene i nasjonal forskrift for bruk av motorkjøretøy i utmark og på islagte vassdrag (forskrift 15. mai 1988 nr. 365). Etter fylkesmannens oppfatning var søknaden om snøscootersafari ikke i tråd med kommunens delplan, og tillatelse var dermed betinget av dispensasjon. På bakgrunn av kommunens manglende begrunnelse i vedtaket 24. mai 2007 var fylkesmannens foreløpige vurdering at det kunne stilles spørsmål ved vedtakets gyldighet.

Klager kommenterte varselet i brev til fylkesmannen. I brevet het det blant annet at det var ønskelig med en ekstrainttekt på gården, og at gårdsturismen var et alternativ til hyttefelt.

På bakgrunn av fylkesmannens varsel ble saken behandlet på nytt i utvalg for plan, drift og landbruk i møte 23. august 2007. Under overskriften «Særlige grunner for at Røros kommune gir tillatelse til skuterkjøring hos ... » viste kommunen til at det var snakk om organisert næringskjøring som kunne sidestilles med ervervskjøring, at søker mente at konseptet ville gi et godt økonomisk grunnlag for bruket, at kjøringen var ledd i et tiltak som omfattet servering og guiding i ..., isfiske og så videre, at det bygget på formidling av kultur, historie og var positivt i forhold til kulturminner, at det var gitt andre tillatelser og at det ikke var organiserte skiløyper eller reindrif i området. Det ble også lagt vekt på at området lå utenfor reinbeiteområdet og at det ikke ville komme i konflikt med denne næringen. Videre ville tillatelsen gi kommunen verdifull erfaring i forhold til forvaltningen av motorferdsel i utmark.

Fylkesmannen kom i vedtak 30. oktober 2007 til at kommunens tillatelse var ugyldig, og opphevet den med hjemmel i koml. § 59 nr. 5, jf. nr. 4. Vedtaket ble begrunnet med at det ikke forelå «særlige grunner» for dispensasjon fra kommunedelplanen, jf. plbl. § 7.

Fylkesmannen kunne ikke se at klagers anførte grunner for dispensasjon hadde slik vekt at de kunne slå igjennom overfor de hensyn som lå til grunn for motorferdselloven, forsøksordningen og kommunedelplanen. Det ble også vist til at snøscootersafari ikke ville vært tillatt etter den nasjonale forskriften for bruk av motorkjøretøy i utmark og på islagte vassdrag. Fylkesmannen skrev videre at:

«Vi har forståelse for søkers ønske om å skape nytt næringsgrunnlag, og ser at planene for gårdsturisme inneholder mange positive aspekter. Økonomiske hensyn og behovet for inntekter kan imidlertid etter vår oppfatning ikke tillegges særlig vekt. Vi kan heller ikke se at sammenligningen med næringskjøring/leiekjøring er treffende, idet det må være formålet med kjøringen som vil være avgjørende i vurderingen, enten det dreier seg om leiekjøring/næringskjøring eller enkeltstående dispensasjoner.»

Klager brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble blant annet stilt spørsmål ved fylkesmannens adgang til å foreta lovlighetskontroll i en sak som denne.

Ombudsmannen tok saken opp med fylkesmannen. Under henvisning til rundskriv H-2123, lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59, utgitt av Kommunal- og regionaldepartementet i juni 2001, ble det bedt om en nærmere redegjørelse for de vurderinger som var foretatt ved avgjørelsen om å ta kommunens vedtak 24. mai 2007 opp til lovlighetskontroll av eget tiltak. Fylkesmannen ble også spurt om betydningen av at kommunens vedtak ikke var påklaget og at det gikk over fem måneder fra kommunen innvilget søknaden til fylkesmannen opphevet vedtaket.

Det ble vist til Høyesteretts konklusjon i Rt. 2007 s. 257, der det ble lagt til grunn at vurderingen av begrepet «særlige grunner» i plan- og bygningsloven § 7 må ses i sammenheng med bestemmelsens «kan»-skjønn og samlet falle inn under det frie skjønn. Ombudsmannen ba fylkesmannen om en redegjørelse for i hvilken grad koml. § 59 nr. 4 bokstav a åpnet for å overprøve avgjørelser som er tillagt kommunens frie skjønn.

I svarbrevet skrev fylkesmannen at han fikk kunnskap om kommunens tillatelse ved det som ble oppfattet som en uformell e-post fra kommunens administrasjon, og at «varselet om lovlighetskontroll/omgjøring ble sendt 5 uker og 5 dager etter at vedtaket ble fattet». Det het videre at tidsaspektet i denne saken likevel var et moment som ble vurdert, og som trakk i retning av at fylkesmannen burde avstå fra lovlighetskontroll, og at «[h]ensynet til den private part og i hvor stor grad denne hadde innrettet seg, var i så måte et særlig viktig moment». Fylkesmannen viste deretter til at varselet ble gitt «kort tid etter klagefristens utløp», og at «verken kommunen eller den

private parten gjorde innrettelseshensynet gjeldende i sine tilsvarende på varselet». Fylkesmannen påpekte at det allerede var fattet et vedtak da fylkesmannen ble kjent med det, og at det derfor ikke var formålstjenlig med veiledning og informasjon, jf. rundskrivet pkt. 4.3.1. Det ble i den sammenheng opplyst at fylkesmannen var «kjent med at administrasjonen i det aktuelle møtet gjorde utvalget oppmerksom på at vedtaket var i strid med loven».

Fylkesmannen skrev at lovlighetskontroll ble valgt blant annet fordi det «tradisjonelt har vært eneste mulige reaksjonsform», da fylkesmannen «ikke [har] klagerett på kommunale vedtak etter motorferdsellovgivningen (bortsett fra vedtak fra Røros som er omfattet av forsøksordningen)». Det het videre i svarbrevet at:

«Vi ser at vi et par steder i vårt vedtak formulerer oss slik at det kan synes som om vi har overprøvd selve avveiningen av de anførte momenter. Dette beklager vi. Vi mener imidlertid at det fremgår av vedtakets konklusjon og vedtaket for øvrig at det har vært de anførte grunnenes relevans vi har vurdert og overprøvd.

Vedtaket i utvalg for plan, drift og landbruk den 24.05.2007 var ikke nærmere begrunnet. I brev av 27.08.2007 (svar på varsel om omgjøring) ble imidlertid vedtaket blant annet begrunnet med at det dreier seg om næringskjøring eller organisert kjøring som kan sidestilles med ervervsføring. Det er også vist til søkerens behov for et økonomisk grunnlag på bruket, samt at ferdsele vil skje i et område hvor det allerede er gitt andre tillatelser til snøscooterkjøring. Fylkesmannen mener at kommunen med dette har begrunnet tillatelsen i hensyn som ligger utenfor det motorferdsellovgivningen tillater, og at dette er noe som tilligger legalitetskontrollen. [...]

At det er tatt utenforliggende hensyn er en tilblivelsesfeil som ikke fører til ugyldighet dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende inn på vedtakets innhold. I dette tilfellet var kommunens vedtak i all hovedsak basert på det vi mener er utenforliggende hensyn, og Fylkesmannen mener at disse feilene kan ha virket inn på utfallet av saken og at det dermed må anses ugyldig på grunn av dette.»

Fylkesmannen utdypet deretter vurderingen i vedtaket 30. oktober 2007, og ga uttrykk for at forsøksvedtekten forutsetter planbehandling av nye snøscooterløyper, noe fylkesmannen betegnet som et «plankrav for kjøring til formål som bl.a. snøscootersafari». En dispensasjon for løype til snøscootersafari ble betegnet som en «omgåelse av forsøksordningen og det systemet den legger opp til». Det ble vist til merknadene til forsøksvedtekten § 9, der det påpekes at det er «en forutsetning at kommunene i størst mulig grad dekker behovet for motorisert ferdsel gjennom arealdelen av kommuneplanen og dens utfyllende bestemmelser», og at det ikke bør være «noen ku-

rant sak å fravike planen». Videre mente fylkesmannen at vedtaket ikke var godt nok utredet.

Selv om det ikke var etterspurt i brevet herfra, kommenterte fylkesmannen klagers henvisning til andre saker. Fylkesmannen viste i den forbindelse til at isfiskeløyper var hjemlet i nasjonal forskrift for bruk av motorkjøretøy i utmark og på islagte vassdrag (forskrift 15. mai 1988 nr. 365) § 8, og at opprettelse av slike løyper er underlagt en omfattende prosess. Den ene av de øvrige sakene dreide seg om «kjøring uten søknad/godkjenning», og de to siste sakene gjaldt «kjøring i områder regulert for motorferdsel».

Fylkesmannens svarbrev ble kommentert av klager. Det ble opplyst at han hadde innrettet seg etter kommunens vedtak ca. fire uker etter vedtagelsen, og han viste til at snøscootere «er en sesongvare det er billigere å kjøpe utenom sesongen». Han fant det kritikkverdige at det fra forvaltningens side ikke forekom noen form for veiledning overfor han som tiltakshaver. Det ble avslutningsvis redegjort for at han i realiteten ikke skulle drive snøscootersafari, men frakte kunder opp til «...» der servering og overnatting skulle skje, parallelt med tilbud om isfiske. I et senere brev kom klager med ytterligere kommentarer. Han stilte blant annet spørsmål om fylkesmannen burde ha undersøkt bedre om han hadde innrettet seg etter kommunens vedtak, samt hevdet at kommunen burde ha behandlet saken som en plansak.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Vurderingen om å ta saken opp til lovlighetskontroll etter koml. § 59 nr. 5

Etter koml. § 59 har departementet på visse vilkår adgang til å foreta lovlighetskontroll av avgjørelser fattet av kommunale, folkevalgte organer. Bestemmelsens 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.»

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. Departementet kan imidlertid etter koml. § 59 nr. 5 på eget initiativ foreta lovlighetskontroll, en adgang som er delegert fylkesmannen ved rundskriv H-25/92. Muligheten for lovlighetskontroll på eget initiativ kom inn i kommuneloven i 1992, blant annet på

den bakgrunn at det «ville være lite heldig om statlige myndigheter ... skulle stå maktesløse dersom ingen klageberettiget er interessert i å få overprøvet vedtaket», jf. Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) pkt. 11.2. Departementet understreket imidlertid i proposisjonen at «denne ordningen ikke skal benyttes til å gjeninnføre noe nær en automatisk legalitetskontroll».

Fylkesmannen har med andre ord *ikke plikt* til å foreta lovlighetskontroll på eget initiativ. Spørsmålet om en avgjørelse skal tas opp etter koml. § 59 nr. 5 vil i stor grad bero på fylkesmannens eget skjønn. Hvilke momenter som er sentrale i en slik vurdering er det nærmere redegjort for i rundskriv H-2123. Det tas som utgangspunkt at adgangen bør brukes med «varsomhet», og departementet fremhever at fylkesmannen «bør vektlegge informasjon og veiledning overfor kommunene fremfor kontroll av avgjørelser av eget tiltak», jf. pkt. 4.3.1. Det påpekes imidlertid at «denne kontrollmuligheten innebærer en viktig sikkerhetsventil i systemet».

Etter rundskrivets pkt. 4.3.3 bør en sak tas opp til kontroll på eget initiativ når «avgjørelsen åpenbart lider av en alvorlig feil» eller det «foreligge[r] indikasjoner på at avgjørelsen er ulovlig». Det kan også «være grunn til å kontrollere avgjørelser der det ikke er åpenbare indikasjoner på ugyldighet, men som likevel umiddelbart synes betenkelige». De overordnede hensyn bak vurderingen skal etter rundskrivet være hensynet til rettsikkerhet og tillit til forvaltningen.

I varselet om omgjøring kom fylkesmannens til at det kunne stilles spørsmål om kommunens tillatelse 24. mai 2007 var gyldig. Fylkesmannen viste til kommunens manglende begrunnelse for dispensasjonen, noe som etterlot tvil om utvalget hadde foretatt den nødvendige helhetsvurderingen etter plbl. § 7. Det ble ikke tatt endelig standpunkt til hvorvidt tillatelsen skulle undergis lovlighetskontroll etter koml. § 59 nr. 5, og både klager og kommunen fikk muligheten til å komme med sitt syn på saken.

Det er ikke grunnlag for å rette innvendinger mot fylkesmannens standpunkt om at manglende begrunnelse for et kommunalt vedtak som synes å være i strid med kommunedelplan er betenkelig og kan danne grunnlag for berettiget tvil om vedtaket er gyldig. Det er imidlertid en helhetsvurdering som må ligge til grunn for fylkesmannens avgjørelse om å ta en sak opp til kontroll etter koml. § 59 nr. 5. Også standpunktet om å *varsle* en mulig lovlighetskontroll bør undergis en helhetsvurdering, fordi også et varsel om kontroll kan svekke tilliten til forvaltningen, samt hindre sakens parter i å innrette seg etter vedtaket. Etter rundskriv H-2123 pkt. 4.3.3 kan det i vurderingen legges vekt på hvem som eventuelt henvender seg til fylkesmannen og anmoder om kontroll. Sakens betydning for partene og hvilke konsekvenser avgjørel-

sen har for dem om vedtaket blir stående er også relevante forhold. Det er også av betydning om det foreligger klagerett, og dersom denne ikke er benyttet kan det tale for at avgjørelsen ikke tas opp til kontroll. Dersom det er gått «svært lang tid fra avgjørelsen var fattet», bør det i følge rundskrivet foreligge «sterke indikasjoner på feil før myndigheten til kontroll av eget tiltak tas i bruk», og «her vil betydningen av i hvor stor grad partene har innrettet seg i forhold til vedtaket veie tungt og kunne tilsi at kontroll ikke foretas».

Det fremkommer ikke av varselet at fylkesmannen har vurdert verken tidsmomentet, hvorvidt vedtaket var påklaget eller hensynet til innrettelse, før det ble besluttet å vurdere lovlighetskontroll/omgjøring. På bakgrunn av forvaltningslovens (lov 10. februar 1967 (fvl.)) regler om begrunnelse og hensynet til kontradiksjon, burde dette fremgått. I svarbrevet hit 14. april 2008 ble det imidlertid opplyst at tidsaspektet hadde blitt tatt hensyn til i vurderingen, og at momentet trakk i retning av at fylkesmannen burde avstå fra å lovlighetskontrollere vedtaket. Fylkesmannens oppfatning var likevel at varselet ble sendt «kort tid etter klagefristens utløp», og fylkesmannen anså det derfor «som ikke usannsynlig at søker ennå ikke hadde rukket å innrette seg i tillit til vedtaket».

Selv om det etter forskrift om tidsfrist for krav om lovlighetskontroll (13. januar 1993 nr. 4041), jf. rundskriv H-2123 pkt. 4.1.8, ikke er fastsatt en frist for når fylkesmannen kan ta opp en sak til kontroll av eget tiltak, bør det, ut fra hensynet til innrettelse og tillit til forvaltningen, som utgangspunkt ses hen til at fristen er tre uker både for å bringe saken inn for kontroll etter koml. § 59 nr. 1, jf. § 1 i fristforskriften, og for å kunne påklage avgjørelsen etter forvaltningslovens bestemmelser. Den samlede behandlingstiden i denne saken var på fem måneder, m.a.o. en betydelig tidsoverskridelse i forhold til tre-ukersfristen. Fylkesmannen skriver i svarbrevet at behandlingstiden ikke var «ideell». Det ble imidlertid sendt et varsel fem uker og fem dager etter at tillatelsen ble gitt, altså to uker og fem dager etter at klagefristen gikk ut. Klager ble ved varselet gitt muligheten til å komme med sitt syn på saken, herunder å gi opplysninger om eventuell innrettelse. Verken kommunen eller klager kom i sine svar til fylkesmannens varsel med opplysninger om at klager hadde innrettet seg. Jeg finner det likevel problematisk at fylkesmannen unnlot å undersøke om klager hadde innrettet seg etter vedtaket i kommunen. Innrettelsehensynet står sentralt og etter min mening burde fylkesmannen ha tatt initiativ for å bringe klarhet i spørsmålet om klager hadde innrettet seg etter vedtaket.

Fylkesmannen opplyste i svarbrevet at klage ikke ble vurdert, og at dette skyldtes flere forhold. Det ble også påpekt at fylkesmannen «ikke [har] klagerett på

kommunale vedtak etter motorferdsellovgivningen (bortsett fra vedtak fra Røros som er omfattet av forsøksordningen), og lovlighetskontroll har tradisjonelt vært eneste mulige reaksjonsform».

Det følger av plbl. § 15, jf. § 10 i forskrift om vedtekter for forsøk vedrørende forvaltning av motorferdsel i utmark og vassdrag for Røros kommune (vedtatt 3. mai 2001) – heretter kalt forskrift til kommunevedtekten – at fylkesmannen har klagerett i saker som dette. Etter forskriftens § 9 skal fylkesmannen så snart som mulig få kopi av kommunens dispensasjoner. Forvaltningen må selv sørge for å ha gode rutiner for oversendelse av kopier, slik at fylkesmannen får en reell anledning til å vurdere og eventuelt påklage dispensasjonen innen klagefristen har gått ut. Under henvisning til at lovlighetskontrollen skal fungere som en sikkerhetsventil, og ikke er ment å erstatte klagereglene, jf. rundskriv H-2123 pkt. 4.3.3, burde fylkesmannen ha benyttet adgangen til å påklage dispensasjonsvedtaket istedenfor lovlighetskontroll. Det foreligger imidlertid ikke opplysninger om når fylkesmannen ble orientert om vedtaket og om klagefristen da var gått ut. I denne saken var det videre ikke klart om kommunen rent faktisk hadde ment å gi dispensasjon i medhold av plbl. § 7 i vedtaket 24. mai 2007.

Det kan også stilles spørsmål om det hadde vært mer hensiktsmessig om fylkesmannen, under forutsetning av at kommunens vedtak var å anse som ugyldig, hadde anvendt fvl. § 35 annet ledd, jf. første ledd bokstav c som hjemmel for omgjøring av kommunenes vedtak, i stedet for å benytte adgangen til å foreta lovlighetskontroll etter koml. § 59 nr. 5. Fylkesmannen nevner fvl. § 35 annet ledd, jf. første ledd bokstav c både i varselet og vedtaket 30. oktober 2007, uten at det fremgår at fylkesmannen har foretatt en nærmere vurdering av saken i henhold til denne bestemmelsen.

Jeg kan imidlertid ikke se at verken manglende klage eller omgjøring etter § 35 avskar fylkesmannen fra å ta saken opp til lovlighetskontroll, og jeg er på bakgrunn av ovennevnte drøftelse kommet til at fylkesmannen hadde adgang til å foreta lovlighetskontroll av kommunens dispensasjonsvedtak.

2. Fylkesmannens lovlighetskontroll av kommunens tillatelse

2.1 Sakens spørsmål

Fylkesmannen konkluderte i vedtaket 30. oktober 2007 med at det ikke forelå «særlige grunner» for dispensasjon, og at vedtaket dermed måtte anses som ugyldig. Kommunens tillatelse 24. mai 2007 ble så opphevet.

Kommunelovens § 59 nr. 4 lyder slik:

«Ved lovlighetskontroll skal det tas stilling til om avgjørelsen

- a. er innholdsmessig lovlig,
- b. er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse, og
- c. er blitt til på lovlig måte.

Departementet skal oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig.»

Etter rundskriv H-2123 pkt. 4.2.1 og 4.2.5 faller kontroll av kommunens skjønnsutøvelse utenfor koml. § 59 nr. 4. Kontrollen omfatter imidlertid om det foreligger myndighetsbruk.

Spørsmålet er om fylkesmannens lovlighetskontroll av kommunens dispensasjonsvedtak er innenfor rammen av koml. § 59 nr. 4 bokstav a eller c, m.a.o. om kommunens vedtak var «innholdsmessig lovlig» og var «blitt til på lovlig måte».

2.2 Søknaden

Klager søkte 1. februar 2007 om tillatelse til «snøscootersafari» på sin eiendom. I brev hit 8. august 2007 opplyste klager at søknaden gjaldt «guidede snøskuterturer», og at kjøringen ville foregå i mindre grupper fra gården og «opp til det aktuelle området hvor vi vil servere lokal mat, tilby fiske, formidle historie». Det ble deretter, i brev hit 21. mai 2008, opplyst at det var «naivitet som gjorde at jeg benyttet ordet "snøscootersafari" i vår søknad, og at det i realiteten er å frakte kunder opp til "—" der servering og overnatting kan skje, parallelt med tilbud om isfiske».

Ombudsmannens undersøkelse og behandling av denne saken har rettet seg mot fylkesmannens vedtak 30. oktober 2007. Da fylkesmannen behandlet saken, forelå ikke de opplysningene som ble fremsatt i brev hit 21. mai 2008, og fylkesmannen måtte naturlig nok vurdere saken ut fra det som fremgikk av søknaden 1. februar 2007 og brevet 8. august 2007.

Klager anførte i brev hit at kommunen burde ha behandlet saken som en plansak. Jeg kan ikke se at dette argumentet tidligere har vært fremsatt for fylkesmannen, og det har heller ikke vært gjenstand for undersøkelsene herfra. Denne uttalelsen vil imidlertid ikke være til hinder for at kommunen på et senere tidspunkt kan planbehandle et slikt forslag fra klager.

Kommunedelplanen i Røros kommune fastsetter i bestemmelsen pkt. 1 at motorferdsel ikke er tillatt med mindre ferdselen er «i henhold til ... utfyllende bestemmelser i kommunedelplan for motorferdsel i utmark og vassdrag i Røros», eller skjer i samsvar med § 4 første ledd i motorferdselloven (for eksempel ferdsel i forbindelse med politi- og ambulansetjeneste etablert med hjemmel i lov). Etter planen med utfyllende bestemmelser er det tillatt med snøscooterkjøring etter faste kjøreløyper, vest for riksveg 30, jf. planens Sone C, dersom ferdselen faller innenfor

de angitte vilkår i a), b) eller c). Disse faste løypene er merket av med rødt på plankartet. Det er herfra lagt til grunn at klager søkte om kjøring av snøscooter utenfor de faste kjøreløypene. Det kan etter planen gis tillatelse til kjøring i sone B utenfor de faste løypene for spesielt oppregnede tilfeller. Omsøkte tiltak anses ikke å falle inn under denne oppregningen. Det presiseres i forskrift til kommunevedtekten § 9 og planens pkt. 3 at det kan gis «tillatelser i henhold til bestemmelsene i kommuneplanen jfr. plan- og bygningslovens § 7». Kommunens tillatelse til kjøring utenfor de faste kjøreløyper var med andre ord avhengig av at det forelå «særlige grunner» jf. plbl. § 7 for å dispensere fra kommunedelplanen.

2.3 Dispensasjonsvurderingen

Plbl. § 7 første ledd første setning, lyder som følger:

«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.»

Spørsmålet om det skal gis dispensasjon fra kommunedelplanen i Røros, må bero på en konkret helhetsvurdering basert på de forhold som gjør seg gjeldende i denne konkrete saken. Kommunens oppgave er å foreta en avveining mellom de hensyn som planen og forskriften til kommunevedtekten skal beskytte, og de hensyn som taler for en dispensasjon.

Fylkesmannen skrev i vedtaket 30. oktober 2007 at «de anførte særlige grunnene ikke er tungtveiende nok for å begrunne en dispensasjon» og at «[ø]konomiske hensyn og behovet for inntekter ... ikke [kan] tillegges særlig vekt». Fylkesmannen mente videre at det ikke kunne veie særlig tungt at det var gitt andre tillatelser til kjøring i samme område. I svarbrevet ble det vist til at disse tillatelsene ikke var sammenlignbare, da de hadde et annet rettslig grunnlag enn dispensasjoner fra delplanen. Ut fra de opplysninger fylkesmannen ga om disse sakene ble det ikke funnet grunn til å undersøke sistnevnte anførsel nærmere herfra.

Fylkesmannen beklaget i svarbrevet at han hadde formulert seg slik at det kunne «synes som om han hadde prøvd selve avveiningen av de anførte momentene» i selve vedtaket. Han presiserte at det var lagt til grunn at kommunen hadde begrunnet tillatelsen i hensyn «som ligger utenfor det motorferdsellovgivningen tillater». Beklagelsen er på sin plass, da vedtaket kan forstås slik at det ble foretatt en kontroll av kommunens vekting av de hensyn som ble gjort gjeldende. På bakgrunn av fylkesmannens presiseringer i svarbrevet, samt at det også i vedtaket 30. oktober 2007 ble vist til at lovlighetskontrollen omfattet læren om myndighetsmisbruk, synes lovlighetskontroll-

len å være innenfor rammen av koml. § 59 nr. 5, jf nr. 4.

Formålet med forsøksordningen, herunder kommunedelplanen i Røros kommune, følger av § 2 i forskrift til kommunevedtekten:

«Disse vedtektene skal bidra til at formålet med motorferdselloven blir bedre oppnådd. Det er et mål at støy- og trafikkbelastningen totalt sett reduseres, og at motorferdselen i de mest sårbare områder reduseres til et minimum.»

Etter lov om motorferdsel i utmark og vassdrag (10. juni 1977 nr. 82) § 1 er formålet med loven «ut fra et samfunnsmessig helhetssyn å regulere motorferdselen i utmark og vassdrag med sikte på å verne om naturmiljøet og fremme trivselen». Ut fra lovens formål er det med andre ord hensynet til naturen som står i fokus, og ikke hensynet til den som ønsker å benytte kjøretøy som fremkomstmiddel. Loven har tvert imot som utgangspunkt at motorisert ferdsel i utmark og vassdrag er forbudt, jf. § 3, med mindre annet følger av loven selv eller vedtak med hjemmel i loven.

Det står videre i § 2 i forskriften at vedtektene «skal sikre en mer helhetlig vurdering av alle berørte interesser i saker om motorferdsel i utmark og vassdrag, og medvirke til at behandling og praktisering av motorferdselsaker blir mer demokratisk, effektiv og forutsigbar». Hensynet til at alle berørte interesser skal få delta i prosessen er med andre ord også et viktig hensyn bak kommunedelplanen.

Ved vurderingen av om dispensasjon skal gis, synes det også relevant å se hen til hvorvidt omsøkte snøscooteraktivitet ville vært tillatt etter motorferdsellovgivningen, herunder nasjonal forskrift for bruk av motorkjøretøy i utmark og på islagte vassdrag (forskrift 15. mai 1988 nr. 365) som etter forsøksordningen ikke gjelder for Røros kommune. Fylkesmannen viste i vedtaket 30. oktober 2007 til rundskriv T-1/96, og uttalelser der som kan tyde på at det vanskelig kunne vært gitt tillatelse til snøscootersafari etter den nasjonale forskriften. Forskriften åpner for at det kan gis tillatelse til nødvendig ferdsel til anerkjente nytteformål, for eksempel kjøring i forbindelse med drift av utleiehytter. Det er etter rundskrivet «den unødvendige og fornøylespregede ferdselen som reguleres», og «snøscootersafari og liknende kan ikke tillates etter forskriftens § 5 første ledd bokstav d». Forsøksordningens formål var ikke å åpne for flere dispensasjoner, men å bidra til at nettopp formålet med motorferdselloven ble bedre oppnådd, jf. St.prp. nr. 64 (2003-2004) pkt. 5.2.

Gjennomgangen over viser at de sentrale hensyn bak forsøksordningen, kommunedelplanen og motorferdsellovgivningen er å verne naturen og begrense ferdselen i utmark med motorkjøretøy. Jeg har på den bakgrunn ikke avgjørende rettslige innvendinger mot

fylkesmannens standpunkt om at kommunen la vekt på utenforliggende hensyn da det i tillatelsen 24. mai 2007 ble sett hen til søkers behov for et økonomisk grunnlag på bruket.

Fylkesmannen konkluderer i svarbrevet med at det er en tilblivelsesfeil å legge vekt på utenforliggende hensyn, og at dette «kan ha virket inn på utfallet av saken og at det dermed må anses ugyldig på grunn av dette». Jeg kan ikke se at det kan rettes kritikk mot fylkesmannens konklusjon, eller mot at kommunens vedtak ble opphevet etter koml. § 59 nr. 5.»

34.

Skadefelling av gråhegre

(Sak 2007/21)

Hemnes kommune ga tillatelse til felling av inntil 15 gråhegrer. Direktoratet for naturforvaltning hadde gitt føringer for praktiseringen av gjeldende regelverk på området, men fylkesmannen stadfestet likevel kommunens vedtak.

Ombudsmannen mente at fylkesmannen burde ha rettet seg etter direktoratets føringer om ikke å stadfeste kommunens vedtak.

Hemnes kommune ga tillatelse til felling av inntil 15 gråhegrer. Norsk Ornitologisk Forening (NOF) påklaget vedtaket. Fylkesmannen uttalte i klagevedtaket at han var «kritisk til kommunens behandling av saken», men fant «likevel ikke grunnlag for å overprøve kommunens vedtak». Vedtaket ble fattet med hjemmel i forskrift 1. september 1997 om felling av viltarter som gjør skade eller som vesentlig reduserer andre viltarters reproduksjon (skadefellingsforskriften).

Fylkesmannen vurderte det slik at kommunen ikke burde ha tillatt felling av gråhegre i elven Røssåga, men fant under tvil ikke grunnlag for å omgjøre kommunens vedtak. Det ble i denne sammenheng «lagt stor vekt på at kommunen har myndighet til å tillate felling av gråhegre, og at kommunen har anledning til å utøve faglige skjønn». I Bjerkaelva mente fylkesmannen at sjørretbestanden var så redusert at «en omfattende predasjon fra gråhegre kunne fått konsekvenser for bestandens levedyktighet». Fylkesmannen la derfor til grunn at kommunen hadde grunnlag for å tillate felling av gråhegre i Bjerka.

NOF brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble anført at kommunen ikke hadde oppfylt forvaltningslovens regler om undersøkelsesplikt og at den dessuten hadde fattet et vedtak som den «etter viltloven og den aktuelle forskrift ikke har juridisk kompetanse til å fatte». NOF tolket regelverket slik at det måtte foreligge en situasjon der det hadde oppstått betydelig økonomisk skade, og at predasjon på viltle-

vende og eierløse organismer – i dette tilfellet villfisk – ikke utgjør et økonomisk tap for noen. Det ble i den sammenheng vist til føringer gitt i brev 18. oktober 2006 fra Direktoratet for naturforvaltning til Fuglevakta/NOF-Rana med kopi til Fylkesmannen i Nordland og Hemnes kommune der det bl.a. sto at «hegrens naturlige næringssøk etter fisk ikke innebærer at noen blir påført vesentlig økonomisk skade. Hegren er bare i liten grad i stand til å ta anadrome laksefisker. Det vil normalt være helt andre arter som utgjør hovednæringen for hegren. Det vil da ikke være slik at sjørøreten i de to elvene i Hemnes på noen måte er truet av hegrenes naturlige næringssøk». Direktoratet uttalte videre at det ved dette brevet hadde lagt føringer for praktiseringen av forskriften på dette punktet, og at de regnet med at dette ville bli fulgt opp at kommunen og fylkesmannen.

Saken ble forelagt Direktoratet for naturforvaltning. Direktoratet ble bedt om å kommentere fylkesmannens vedtak og begrunnelse, herunder redegjøre nærmere for om forskriftens pkt. II B hjemler nevnte fellingstillatelse.

I svarbrev hit skrev direktoratet bl.a. at fylkesmannens klagebehandling «er svært grundig, og begrunnelsen og vurderingene i saken er gode». Direktoratet mente likevel at «resultatet i behandlingen blir feil ved at fylkesmannen konkluderer med ikke å omgjøre kommunens vedtak på tross av tydelige føringer fra direktoratet om en annen praktisering av forskriften». Når det gjaldt det biologiske grunnlaget for fellingstillatelsen, fastholdt direktoratet tolkningen av forskriften som beskrevet i brevet 18. oktober 2006. Det ble deretter vist til at det etter forskriftens pkt. II B er kommunen som kan gi tillatelse til felling av bl.a. gråhegre som gjør skade, og at det står i retningslinjene til forskriften at det er det forvaltningsnivå som har avgjørelsesmyndighet som skal tilrettelegge grunnlaget for en forsvarlig avgjørelse i tråd med vanlige prinsipper for offentlig saksbehandling. Det ble avslutningsvis konkludert med at pkt. II B i forskriften ikke hjemlet den nevnte fellingstillatelse.

NOF fremholdt deretter at direktoratet ikke hadde svart på «hvorvidt en eventuell predasjon av viltlevende, eierløse organismer – i dette tilfellet yngel av sjørøret og laks – kan gi Fylkesmannen hjemmel for bruk av skadefellingsforskriften».

Ombudsmannen ba etter dette fylkesmannen om å redegjøre for sitt syn på saken i lys av direktoratets brev hit og hvorfor fylkesmannen i klagevedtaket ikke hadde omgjort kommunens fellingstillatelse.

Fylkesmannen svarte bl.a. at «forskriftens pkt II B gir kommunen myndighet til å kunne tillate felling av en rekke vanlige fuglearter når disse gjør skade», og at denne myndigheten også gjelder «ved andre tilfeller enn det som fremgår under pkt A og som omfatter skade av vesentlig økonomisk betydning». Det

ble i den forbindelse vist til retningslinjene til forskriftene, der det fremgår at «[e]n rekke arter kan volde skade på næringsinteresser, eller representerer en potensiell eller akutt fare for skade på viktige samfunnsinteresser». Fylkesmannen hadde etter dette lagt til grunn at kommunen hadde myndighet til å kunne tillate felling av gråhegre, dersom kommunen mente at hegren representerte skade på viktige samfunnsinteresser. Det ble ellers fremholdt at fylkesmannen delte direktoratets faglige vurdering om at kommunen ikke burde ha gitt denne fellingstillatelsen, men at det ikke er uvanlig med faglig uenighet om hvilke effekter enkelte arter har på andre arter gjennom predasjon. Det ble videre fremholdt at faglig uenighet om hvilken effekt en fiskepisende fugleart kan ha på sårbare fiskebestander i seg selv ikke vil være god nok grunn til å oppheve eller omgjøre et kommunalt vedtak om felling. Fylkesmannen la derfor til grunn at det først og fremst er når kommunen går utover sin myndighet i henhold til forskriften og retningslinjene at det er riktig å overprøve vedtak om skadefelling, noe kommunen ikke hadde gjort det i denne saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«I følge skadefellingsforskriften pkt. II A kan kommunen gi fellingstillatelse til visse oppregnede viltarter «når disse gjør skade av vesentlig økonomiske betydning på en eller flere» av nærmere bestemte oppregnede verdier.

Det heter videre i pkt. II B at kommunen kan gi tillatelse til felling av bl.a. gråhegre «når disse gjør skade».

I denne saken ble fellingstillatelse gitt med hjemmel i pkt. II B, og i brev hit 28. juni 2007 la fylkesmannen til grunn at kommunen hadde myndighet til å gi fellingstillatelse hvis «hegren representerer en skade på viktige samfunnsinteresser». Direktoratet har i brev 18. oktober 2006 til --- og i brevet hit 14. mai 2007 tatt et noe annet utgangspunkt, idet vurderingen er knyttet opp mot om noen blir påført «vesentlig økonomisk skade» som følge av «hegrens naturlige næringssøk etter fisk». Under henvisning til at det i pkt. II B står «skade» i motsetning til pkt. II A der det står «vesentlig økonomisk betydning», synes direktoratets vurdering ut fra en ren ordfortolkning å være streng. Ved en tolkning av forskriften er det imidlertid nødvendig å ta utgangspunkt i hjemmelsoven, i dette tilfellet viltloven 29. mai 1998 nr. 38, og departementets retningslinjer for felling (av samme dato som forskriften). Det fremgår av retningslinjene under avsnittet «generelle vilkår for skadefelling» at «skaden skal ha oppstått i inneværende sesong, og i et omfang som er av vesentlig økonomisk betydning for den skadelidte, eller som vil få tilsvarende betydning dersom skaden fortsetter». Det er i

den sammenheng vist til at forskriften ikke skal «medføre en uthuling av[vilt]lovens fredningsprinsipp», og at det derfor er nødvendig at visse kvalifiserte krav må være tilfredsstillt før en eventuell felling iverksettes. Jeg finner etter dette ikke grunnlag for å rette kritikk mot direktoratets utgangspunkt for vurderingen etter pkt. II B.

Videre er det slik at underordnede organer som utgangspunkt har plikt til å rette seg etter de instruksjoner/føringer som blir gitt av overordnet instans. I dette tilfellet burde således fylkesmannen ha rettet seg etter den faglige vurdering/føring som fremkom av tilsendt kopi av direktoratets brev 18. oktober 2006 til ---. Dersom fylkesmannen var uenig, burde i så fall dette ha blitt søkt avklart. Det fremgår av fylkesmannens brev hit 28. juni 2007 at saksbehandleren hadde drøftet saken med en saksbehandler i direktoratet på telefon, og at fylkesmannen fikk inntrykk av det ikke var problematisk for direktoratet at fylkesmannen stadfestet kommunens vedtak. Dette synes å stå i motstrid til direktoratets standpunkt i brevet hit 14. mai 2007, der direktoratet skriver at resultatet i fylkesmannens behandling blir feil når han ikke omgjør kommunen vedtak «på tross av tydelige føringer fra direktoratet om en annen praktisering av forskriften». Saksbehandlingen her er skriftlig og ombudsmannen har ikke mulighet til å vurdere innholdet av ovennevnte telefonsamtale. Det påpekes i denne sammenheng at slike drøftinger/avklaringer bør skje skriftlig.

Ombudsmannen har ikke tilstrekkelig kunnskap til å ta stilling til gråhegrens skadepotensiale i de to aktuelle elvene. Med denne begrensning finner jeg likevel i lys av direktoratets vurdering av saken å legge til grunn at fylkesmannen burde ha rettet seg etter direktoratets føringer om ikke å stadfeste kommunens fellingstillatelse. I og med at skadefellingen allerede har skjedd, er det ikke grunnlag for å be fylkesmannen om å behandle saken på nytt. Jeg legger imidlertid til grunn at både fylkesmannen og kommunen i fremtiden retter seg etter de føringer som direktoratet nå har gitt og andre eventuelle instruksjoner som blir gitt av overordnet instans.»

35.

Fellingstillatelse for hjort på nabovald – rettslig klageinteresse

(Sak 2007/1345)

Direktoratet for naturforvaltning la til grunn at grunneiere i nabovald ikke hadde klagerett på vedtak om fellingstillatelse for hjort.

Ombudsmannen kom til at direktoratet hadde tatt et for snevert utgangspunkt, og uttalte at spørsmålet om klagerett etter forvaltningsloven § 28 måtte avgjøres konkret. Direktoratet ble bedt om å vurdere spørsmålet om rettslig klageinteresse på nytt.

Direktoratet for naturforvaltning behandlet saken på nytt og konkluderte med at A skulle gis klagerett.

Sogndal kommune vedtok fellingstillatelser for valdene 4-043 og 4-052 og fravek minstearealet på grunn av stort beitepress og avlingsreduksjon på innmark. En grunneier (A) i nabovaldet 4-042 påklaget avgjørelsen. As vald hadde felles grense med vald 4-043.

A mente at kommunens begrunnelse for å fravike minstearealet var mangelfull. Kommunen behandlet klagen, men tok den ikke til følge. Saken ble oversendt til Fylkesmannen i Sogn og Fjordane for «videre handsaming».

Fylkesmannen mente at det ikke var tilstrekkelig til å anses som part eller annen med rettslig klageinteresse at man var nabo til valdet/valdene vedtaket gjaldt. Fylkesmannen vurderte det slik at kommunen ville «stå framfor ein håplaus oppgåve om alle nabovald skulle kunne påberope seg klageinteresse ved kommunen sin tildeling av fellingsløyve på hjort». Videre hevdet fylkesmannen at A ikke hadde lidd noe økonomisk tap som følge av vedtaket, og at han heller ikke på annen måte ble negativt berørt.

A påklaget fylkesmannens avvisningsvedtak til Direktoratet for naturforvaltning, men uten å nå frem. Direktoratet tok i vedtak 26. juni 2007 utgangspunkt i at kommunens vedtak ikke rettet seg mot A, men mot nabovaldet. Direktoratet erkjente at vedtaket fikk konsekvenser for A, men mente at disse både var påregnelige og sannsynlige. Også andre tilstøtende vald ville kunne bli berørt på tilsvarende måte. Videre presiserte direktoratet at en klager «må være nærmere til å klage enn folk flest» samtidig som det la til grunn at «mange kan tenke seg å klage på vedtak som gjelder nabovald om det var anledning til det». Avgjørelser som gjelder nabovald kunne ifølge direktoratet ofte få indirekte betydning for eget jaktvald. Dette ville typisk gjelde avgjørelser om antall fellingstillatelser til et vald, tillatelsenes fordeling på alder og kjønn og tellende areal. Nabovald vil kunne ha interesse av at det felles færrest mulig vilt på nabovald, fordi dette kan øke bestanden og derved også muligheten for egen jaksuksess. Direktoratet mente det var «sikker rett» at slike konsekvenser ikke ga klagerett. Kommunale vedtak som angår nabovald måtte etter direktoratets mening betraktes som rammebetingelser for egen jaktutøvelse. Konkurransen om samme gode kunne generelt gi grunnlag for klagerett, men direktoratet påpekte at viltet er eiendomsløst, og at ingen kan hevde rett til viltet før det er felt. For å gi klagerett måtte det kreves at konkurransen om det felles gode var nær og aktuell. Til slutt presiserte direktoratet at en innrømmelse av klagerett på kommunens vedtak i tilknytning til nabovald ville

medføre en «særdeles vid klagerett og tilsvarende omfattende offentlige utgifter til saksbehandling».

A klaget til ombudsmannen. Han mente at avvisningsvedtaket var «feilaktig», og at saken hadde prinsipiell interesse.

I brev herfra ble Direktoratet for naturforvaltning bedt om å utdype resonnementet om at avgjørelse som gjelder nabovald kan få indirekte betydning for eget jaktvald, fordi et vald vil kunne ha interesse av at det på nabovald felles færrest mulig vilt. Direktoratet ble bedt om å redegjøre for hvordan fellingstillatelser blir fastsatt/fordelt i den enkelte kommune, og hvor direkte konkurranseforholdet mellom valdene normalt vil være. Det ble også bedt om en nærmere begrunnelse for hva direktoratet la i at det var «sikker rett» at konsekvensene ikke ga klagerett for nabovald, samt etterspurt eksempler fra praksis. Direktoratet ble bedt om å kommentere As anførsel om at valdene var små og i stor grad omfattet de samme dyrene. Det ble spurt om i hvilken grad antallet fellingsstillatelser var avhengig av størrelsen på valdet, og om direktoratet hadde noen formening om i hvilken grad forvaltningens arbeidsbyrde ville øke dersom det ble innrømmet klagerett for nabovald.

Forutsatt at nabovald ble ansett å ha rettslig klageinteresse, oppsto spørsmålet om klageretten kunne utøves av det enkelte medlem på egen hånd, eller om valdet som enhet måtte stille seg bak klagen. Direktoratet ble spurt hvordan det så på problemstillingen og for øvrig om hvordan eierforholdene var i As vald.

Direktoratet redegjorde i svaret innledningsvis for regelverket for tildeling av fellingstillatelser for hjort.

Det ble opplyst at kommunen utsteder fellingstillatelser i samsvar med areal- og kvotefastsettelsen, og at utgangspunktet i viltloven og hjorteviltforskriften er at tildelte fellingstillatelser danner det juridiske grunnlaget for utøvelse av jakt.

Søknad om godkjenning av vald blir avgjort av kommunen, jf. hjorteviltforskriften 22. mars 2002 nr. 314 § 11. I forskriftens § 2 er vald definert som «det geografiske området som kommunen eller villreinemnda godkjenner for jakt på arter av hjortevilt og bever, og som tildeles fellingstillatelser fra viltmyndigheten». Et vald kan bestå av en eller flere grunneiere. Dersom det er flere grunneiere, må disse på privatrettslig grunnlag bli enige om å søke kommunen om godkjenning av valdet. Kommunens oppgave er å behandle innkomne søknader. Direktoratet forklarte videre at et vald på privatrettslig grunnlag kan oppdeles i jaktfelt og at et jaktfelt i hjorteviltforskriften § 2 er definert som «et mindre geografisk område innenfor et vald som jaktrettshaverne har avgrenset av hensyn til jaktutøvelsen». Vurderingskriteriene for kommunens behandling av valdsøknader er nedfelt i hjor-

teviltsforskriften kapittel 3. I henhold til forskriftens § 8 skal valdet være sammenhengende og ha en avgrensning og en form som gjør det egnet til jakt på vedkommende viltart eller viltarter, og som gjør det sikkerhetsmessig forsvarlig å utøve jakt og fangst.

Når valdet godkjennes utregnes samtidig det såkalte «tellende areal». Tellende areal defineres i hjorteviltforskriften § 2 som «antall dekar av de arealtyper som vedkommende art benytter regelmessig over flere år.» Hjorteviltforskriften § 8 stiller opp kriterier for hvilke typer areal som gir grunnlag for tellende areal.

For å kunne tildele fellingstillatelser må kommunen fastsette et minsteareal. I hjorteviltforskriften § 2 defineres minsteareal som «minste antall dekar tellende areal som skal ligge til grunn for godkjenning av et vald og for hver fellingstillatelse der dette tildelingsgrunnlaget benyttes».

Direktoratet opplyste at minstearealet fastsettes av kommunen og er en forskrift, jf. hjorteviltforskriften § 5 første ledd. Minstearealet er kommunens viktigste virkemiddel i reguleringen av bestandstørrelsen. Gjennom å regulere dette opp og ned kan kommunen bestemme det totale uttaket i kommunen. På denne måten kan den styre avskytningen slik at det oppnås en bærekraftig forvaltning over tid. Minstearealet har på samme måte stor betydning for rettighetshaverne, fordi en justering opp eller ned vil ha direkte sammenheng med hvor mye vilt som kan felles på det enkelte valdet.

Det ble presisert at forskriften om fastsettelse av minsteareal er gjenstand for høring, og at jaktrettshavere kan påvirke minstearealets størrelse gjennom forvaltningslovens regler om høring av forskrifter og en rett til å komme med innspill til endring av forskriftene.

For ytterligere å regulere antallet fellingstillatelser kan kommunen bruke 50 %-regelen i hjorteviltforskriften § 6. Bruk av regelen skal begrunnes med «ulikheter i viltartens levevilkår i kommunen, bestandens størrelse og utvikling, den skade viltet volder eller andre ekstraordinære forhold». Det følger av samme bestemmelse at bruken av 50 %-regelen kan gjelde for særskilte vald og for et begrenset tidsrom.

Direktoratet fremholdt at alle grunneiere i et vald har rettslig interesse i forhold til vedtak om vald fordi disse angår dem direkte. Til saken her svarte direktoratet videre:

«Vedtak i tilknytning til godkjenning av vald vil være uten rettslig betydning for andre vald enn det valdet vedtaket retter seg mot. Selv om vedtaket ikke har formell juridisk betydning for andre vald, kan det ha en viss faktisk betydning. Den mest nærliggende praktiske konsekvensen vil være økt/redusert mulighet for å felle vilt. Dette kan forklares på følgende måte; Grunneiere i et vald vil kunne tenkes å ha en interesse av at andre

vald får tildelt så få dyr som mulig (i enkelte tilfeller f. eks. ved beiteskader også motsatt). Et vedtak som reduserer nabovaldets fellingskvote kan tenkes å øke muligheten for egen jakt suksess, i alle fall på kort sikt. Dette forutsetter at hjorten har trekkruiter som går gjennom flere vald.

Det er nok naturlig for en grunneier å trekke den konklusjon at redusert avskytning i andre vald, vil medføre økt "innvandring" inn på eget vald. En slik forsterket "innvandring" av hjort til eget vald vil kunne høyne fellingsprosenten (antallet dyr som felles i prosent av gitte fellingsstillatelser). Det vil være en økt sannsynlighet for at det innenfor valdet finnes dyr av rett type (alder og kjønn). Det vil også være lettere å felle store dyr fordi en da har mer å velge mellom.

Et nabovald vil også kunne tenkes å klage på at en valdsøknad ikke tilfredsstillende krav satt i lov eller forskrift. Som eksempel kan tenkes at et nabovald klager fordi de mener valdet ikke blir sammenhengende. (kommunen kan gjøre unntak fra kravet om absolutt geografisk sammenhengende arealer dersom tungveiende grunner tilsier det). Om valdet er sammenhengende eller ikke, kan få konsekvenser for antallet tildelte fellingsstillatelser på dette valdet.

Det kan også være slik at noen ønsker å redusere bestanden, og derved øke uttaket. En grunneier med skogskade ønsker at nabovaldene skal felle flest mulig og helst produksjonsdyr for å redusere bestanden og derved skogskadene.

Fokus for et nabo jaktlag vil være å omgjøre vedtak slik at disse praktiske konsekvensene slår ut til fordel for eget vald. Det må imidlertid understrekes at forvaltningen på sikt vil kunne sette inn en rekke tiltak som kan motvirke en slik uheldig effekt. For eksempel vil de kunne justere minstearealet, de vil kunne bruke 50 %-regelen mer aktivt eller i forhold til sammenhengende arealer bruke viltlovens § 37 for å få til større og bedre arronderede arealer. I sum vil vi hevde at det som i utgangspunktet kan synes å være en grunn til å klage på nabovald til slutt viser seg å være et nullspill.

I forhold til spørsmålet om erstatning stiller vi oss sterkt tvilende til om det er tilstrekkelig årsakssammenheng mellom det som oppgis som klagegrunn og den påståtte klage.

Årsaken til at vi drøftet denne problemstillingen i vårt vedtak av ... var å vise at:

- Konsekvensene av en klage på nabovaldet ikke har rettslig betydning for klager
- Konsekvensene for klager hva gjelder "indirekte betydning" er fjern og lite påregnelig.

Vi forstår rettspraksis slik at de problemstillinger som drøftes ovenfor ikke er spesielt sentrale i forhold til spørsmålet om det foreligger klagerett. Det domstolen i denne typer saker har lagt vekt på er om lov eller forskriftsverket har hatt til hensikt å regulere forholdet mellom partene. I dette tilfellet vil det si om viltloven eller hjorteviltforskriften inneholder momenter som tilsier at den har til hensikt å verne om konkurransemessige interesser mellom de enkelte valdsøkere.

Høyesteretts kjæremålsutvalg har i saker om tolking av kravet til "rettslig interesse" i tviste-

målsloven [lov 13. august 1915 nr. 6 (tvml.)] § 54 uttalt at lovgrunnlaget må dekke den interesse saksøker grunner kravet sitt på. I viltlovens formålsbestemmelse heter det:

Viltet og viltets leveområder skal forvaltes slik at naturens produktivitet og artsrikdom bevarer. Innenfor denne ramme kan viltproduksjonen høstes til gode for landbruksnæring og friluftsliv.

Det primære formålet med bestemmelsen er å ivareta det biologiske mangfoldet. For det jaktbare viltet vil dette si bærekraftige bestander av vilt over tid. Dersom viltet produserer et høstingsverdig overskudd kan det etter gitte kriterier høstes til gode for landbruksnæring og friluftsliv. DN legger til grunn at viltloven og hjorteviltforskriften ikke innehar momenter av konkurranse mellom valdene. Vi vil hevde at denne saken har klare likhetstrekk med Rt. 1983 side 908 som gjaldt en sak om søknad om bruksendring. Flere bedrifter klagde. De påsto at utbygningfondets vedtak skulle kjennes ugyldig. De hevdet at det areal søknaden gjaldt utgjorde langt mer enn 451 m², slik at bruksendringen falt inn under etableringslovens regler. Klagerne ble ikke gitt medhold.

Vi viser til Rt. 1954 side 500 som gjelder konsesjon på persontransport på strekning hvor NSB allerede var etablert som et typisk eksempel på konkurranse. De relevante bestemmelsene har som formål å regulere antallet konsesjoner i forhold til behovet.

Disse to dommene er en god illustrasjon på hvordan konkurransebegrepet skal forstås. DN vil hevde at verken viltloven eller hjorteviltforskriften har konkurranseregulerende bestemmelser. Tvert imot er bestemmelsene lagt opp slik at den rett en valdsøker har etter lovverket er uavhengig av andre valdsøkere. Bestemmelsene er formulert ut fra biologiske kriterier som "viltartens levevilkår i kommunen", "bestandens størrelse og utvikling", "den skade viltet volder". Vi kan ikke se at lovgiver har ment å regulere den type konkurransehensyn som er relevant i denne sammenheng.

Det skal ikke underslås at det ligger et fordelingsperspektiv i forskriften. Fellingstillatelsene fordeles etter areal, men verken lov eller forskriftsbestemmelse inneholder momenter av konkurranse på samme måte som f. eks. tildeling av løyver for rutetransport. Den viktigste fordelingsmekanismen, regulering av minstearealet, skjer i forskrifts form. Ved regulering av minsteareal skal det utelukkende legges vekt på vilthensyn. Målet er å balansere bestanden på et bærekraftig nivå over tid. At det reguleres i forskrift har dessuten den effekt at hvert enkelt interessent kan gi sin uttalelse og på denne måten bli hørt.

Selv om de rettsreglene som regulerer opprettelse av vald osv. er søkt utarbeidet slik at behandlingen av den enkelte søknad er uavhengig av resultatene av andre valdsøknader, er ikke vurderingskriteriene uten skjønnsutøvelse. Beregning f. eks. av tellende areal innebærer bruk av kommunal skjønnsutøvelse innenfor de retningslinjer DN gir i hjorteviltforskriftens § 8. Kommunal skjønnsutøvelse er nødvendig i forhold til en rekke bestemmelser.

Dette kommunale skjønn er et såkalt hensiktsmessighets-skjønn som i utgangspunktet ikke kan overprøves av en domstol på samme måte som rettsanvendelsesskjønnet. Det kan derfor sannsynligvis ikke forfølges rettslig. Det frie skjønn kan, om kommunen ønsker det, være gjenstand for endring. Det er mulig for kommunen f. eks. gjennom interne retningslinjer å endre praksis mht hensiktsmessighets-skjønn. Dette kan medføre forskjellsbehandling.

De uskreve ugyldighetsreglene innebærer at kommunen ikke kan fatte vedtak som innebærer usaklig forskjellsbehandling. Slik forskjellsbehandling kan forfølges. Usaklig forskjellsbehandling må forfølges på den måten at klager i dette tilfellet bringer inn egen valdsøknad til kommunen for ny behandling med krav om at hans vald behandles likt med nabovaldet. På denne måten vil man kunne få stadfestet om det foreligger legitim forskjellsbehandling eller usaklig forskjellsbehandling. Dersom det foreligger forskjellsbehandling oppnår ikke klager noe for sin egen del ved å angripe nabovaldet.

Etter forvaltningslovens regler kan klageretten gå lenger enn søksmålsretten etter tvml. § 54. Hvorvidt en skal gi nabovald klagerett må da bero på et skjønn. Klager anfører at kommunen gir mangelfull begrunnelse ved fravik fra minsteareal og at kommunene gjør feil ved beregning av tellende areal. DN legger til grunn at begge disse klagegrunnene er knyttet til en påstand om forskjellsbehandling. Som anført ovenfor vil det være mer tjenelig å fremme et krav om at tilsvarende vurderinger legges til grunn for beregninger i eget vald.

Til tross for fremstillingen ovenfor vil det ikke være riktig å si at det foreligger et konkurranseforhold i forvaltningsrettslig forstand. En klagerett får ingen innvirkning på egen rettsituasjon. Forskriften og retningslinjene er basert på individuelle vurderinger knyttet til hvert enkelt vald. Reglene har ingen mekanismer som tilsier at når et vald får mer (flere fellingstillatelser, mer tellende areal, annen bruk av 50 %-regelen m.m) så skal det utlignes på andre vald.

Vi vil peke på at innføring av klagerett vil kunne medføre en sterk økning av saksbehandlingsmengden hos kommunen og ikke minst hos fylkesmennene som vil være klageinstans. Hvor stor denne økningen vil være har vi ingen sikre beregninger av. Det er grunn til å anta at arbeidsbyrden for kommune og fylkesmann vil være avhengig av valdstrukturen i regionen. I kommuner med store vald vil arbeidsbyrden være liten. Som et generelt utgangspunkt kan sies at det på vestlandet er en tendens til små og dårlig arronderede vald. I disse kommunene og da særlig i områder med trekkende dyr, vil nok en ordning med klageadgang på nabovald medføre en relativt sterk økning i viltforvaltningens arbeidsbyrde.

Dersom det legges til grunn at nabovald har klagerett, blir det neste spørsmålet hvem som har kompetanse til å klage. Vil dette være den enkelte grunneier eller vil klageretten tilkomme valdet. Utgangspunktet i viltloven er at valdet er den enhet som det offentlige forholder seg til. Dette betyr at den offentlige viltforvaltning ikke forholder seg til den enkelte grunneier. Med hjemmel i hjorteviltforskriftens § 10 skal det oppnevnes en

valdansvarlig representant. Det offentlige forholder seg til denne representanten og all kommunikasjon foregår gjennom denne personen. Valdet er den offentligrettslige enhet som tildeles fellingstillatelser og det vil derfor være naturlig at det er valdet som gis klagerett. Dette må gjelde for de vald som er organisert med vedtekter et styre og et årsmøte (f. eks. et grunneierlag). Her er det naturlig at det blir en demokratisk prosess rundt spørsmålet om det skal innleveres klage slik at en er sikker på at valdet som helhet stiller seg bak de synspunkter klagen gir uttrykk for.

Det er imidlertid fra det offentliges side ikke stilt spesielle krav om organisering av vald. Organiseringen er derfor et privatrettslig forhold som grunneierne må bli enige om. I den grad det f. eks. ved spørsmålet om et vald har blitt utsatt for urettmessig forskjellsbehandling må en, før vedtak fattes som innebærer endringer i klagers vald, være sikker på at alle i valdet både er enige i klagens innhold og i påstanden. Det vil for dårlig organiserte vald (dvs vald hvor det ikke er lagt til rette for flertallsvedtak) være riktig å kreve underskrift fra alle grunneiere.

DN mener på denne bakgrunn at klagers interesse i saken ikke har en slik art og styrke at det er rimelig å gi klagerett.»

A kommenterte direktoratets svar i senere brev hit. Han forsto direktoratet dit hen at han burde kreve å få doblet antallet fellingstillatelser på eget vald framfor å prøve å redusere antallet fellingstillatelser på nabovaldet. Ettersom A og de øvrige grunneierne hadde utarbeidet forvaltningsplan for valdet, syntes A det var merkelig om han skulle forlate planen og forlange dobbelt kvote. Han mente de små valdene hadde fått tildelt for mange løyver som det var, og at en slik økning av uttaket ville være uforsvarlig forvaltning av hjortestammen. Videre presiserte A at grunneierne i stor grad jaktet på de samme dyrene slik at det reelt sett var et konkurranseforhold, og han tilføyde at når hovedregelen om tildeling bare helt unntaksvis ble fraveket, så burde unntakene begrunnes. I Sogndal kommune var det 74 vald, og med så mange små vald sa det «seg selv» at det som skjedde på nabovald var av stor interesse. A hadde for øvrig «ingen tro på at det ville bli særlig større arbeidsbyrde for viltstyresmaktene enn om man bare har klagerett for eget vald».

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Etter forskrift om forvaltning av hjortevilt og bever 22. mars 2002 nr. 314 (hjorteviltforskriften) § 6 kan kommunen «ved tildeling av fellingstillatelser fravike minstearealet for jakt på elg, hjort og rådyr med inntil 50%». Det heter videre at «[v]edtaket om fravik fra minstearealet er et enkeltvedtak og kan gjøres for særskilte vald og for et begrenset tidsrom». Det er et slikt vedtak kommunen har fattet i denne saken. Etter forskriftens § 18 kan enkeltvedtak fattet med hjemmel i forskriften påklages i samsvar med reglene i

forvaltningsloven 10. februar 1967. Det følger av forvaltningsloven § 28 første ledd at enkeltvedtak kan påklages av den som har vært part i saken og av andre med rettslig klageinteresse. Det er enighet om at A ikke er part i saken, og hovedspørsmålet blir da hvorvidt han har rettslig interesse i å påklage kommunens fellingstillatelse til nabovaldene.

Det må vurderes om det foreligger en aktuell interesse, og om A har en tilstrekkelig grad av tilknytning og nærhet til saken. Dette vil bero på en konkret vurdering av om og på hvilken måte han i tilfelle blir berørt av vedtaket. Det må videre spørres om avgjørelsen er av en slik karakter at klagerett bør innrømmes.

Som et utgangspunkt for vurderingen er det vanlig å spørre om klageren har en tilknytning til vedtaket som er av en slik art og en slik styrke at det er rimelig og naturlig å gi ham et rettskrav på å få vedtaket overprøvd. Ulike typer tilknytning kan gi klagerett. Det er eksempelvis antatt at den som står i et konkurranseforhold til den egentlige part, kan ha rettslig klageinteresse. Også den som har en interesse av at tillatelse ikke gis, eller i at omfanget av eller størrelsen på tillatelsen blir minst mulig, kan etter omstendighetene ha rettslig interesse i å klage på vedtaket. Interessefellesskap med søkeren kan også gi klagerett.

Direktoratet for naturforvaltning har i svarbrevet hit redegjort utførlig for hjorteviltforskriftens regler om godkjenning av vald. Videre har direktoratet forklart hvordan antallet fellingstillatelser, i hvert fall som hovedregel, beregnes i forhold til størrelsen på valdet. Direktoratet erkjenner at vedtak om tildeling av fellingstillatelser kan få visse faktiske og praktiske konsekvenser for nabovald. Den mest nærliggende konsekvensen vil være økt eller redusert mulighet for å felle vilt på egen eiendom. Grunneierne i et vald vil kunne ha en interesse av at andre vald får tildelt få dyr fordi dette kan tenkes å øke muligheten for egen «jaktuksess», i hvert fall på kort sikt. Vedtak i tilknytning til godkjenning av vald vil likevel, slik direktoratet ser det, være «uten rettslig betydning» for andre vald enn det valdet vedtaket retter seg mot.

Spørsmålet om det foreligger rettslig klageinteresse må avgjøres i forhold til det vedtaket det er tale om å påklage. Når direktoratet viser til «vedtak i tilknytning til godkjenning av vald», synes det å vise til ulike vedtak av noe forskjellig karakter. Det er derfor grunn til å understreke at saken her kun gjelder det vedtaket som faktisk er truffet, og som så vidt jeg forstår, er hjemlet i forskriftens § 6. Spørsmålet om rettslig klageinteresse etter andre vedtak går jeg ikke inn på.

Direktoratets beskrivelse av vedtakets betydning for nabovaldet kan være riktig nok i den forstand at vedtaket både etter sitt innhold og formelt sett kun gir

en tillatelse til *nabovaldet*. Klagerens eget vald omfattes ikke. Hadde det gjort det, ville også dette valdet vært part. Det er enighet om at verken A selv eller valdet har en slik stilling. Ved vurderingen av om andre enn sakens parter skal gis klagerett, har de rettslige virkningene av det vedtaket som er truffet, klart nok både relevans og vekt. Det blir imidlertid for snevert bare å legge vekt på de formelle rettslige virkninger. Også virkninger av faktisk karakter kan det etter omstendighetene være riktig å la inngå i vurderingstemaet. Som nevnt må avgjørelsen treffes konkret ut fra virkningene i den enkelte sak. Det kan derfor ikke sees bort fra at direktoratet har anlagt et noe for snevert vurderingsgrunnlag, når det slår fast at «vedtak i tilknytning til godkjenning av vald vil være uten rettslig betydning for andre vald enn det valdet vedtaket retter seg mot».

Det har vært spurt om – og i tilfelle i hvilken grad – det foreligger et konkurranseforhold mellom valdene. I saken her reguleres de materielle rettsforhold av viltloven og hjorteviltforskriften. Direktoratet har tatt utgangspunkt i viltlovens og hjorteviltforskriftens formålsbestemmelser og understreket at formålet med regelverket er å forvalte viltet og viltets leveområder slik at naturens produktivitet og artsrikdom bevares. For det jaktbare viltet vil dette si bærekraftige bestander av vilt over tid. Dersom viltet produserer et høstingsverdig overskudd, kan det etter gitte kriterier høstes til gode for landbruksnæring og friluftsliv. Direktoratet mener derfor at valdsøkernes rettigheter i utgangspunktet er uavhengig av andre valdsøkere, jf. eksempelvis viltloven § 18, der det fremgår at det ved fastsettelse av minsteareal og fellingskvoter skal tas hensyn til biologiske kriterier som «bestandens størrelse», «artens levevilkår i det enkelte distrikt» og «den skade vedkommende viltart volder».

Også her kan direktoratet ha anlagt et noe for snevert vurderingsgrunnlag. Loven og forskriften gir en rekke praktiske regler om organiseringen av viltforvaltningen og hvordan ressursene skal administreres. Disse reglene er ikke i strid med lovens formål, men tvert imot gitt for å oppnå formålet. Et viktig praktisk moment i så vel regelverket som i den løpende viltforvaltningen, er hvordan ressursene skal fordeles mellom grunneierne. Dette er for så vidt også erkjent av direktoratet når det skriver at det ikke skal «underslås at det ligger et fordelingsperspektiv i forskriften». Det blir da ikke helt treffende å vise til lovens formål som begrunnelse for å avslå klagerett.

Direktoratet har vist til rettspraksis til støtte for sitt standpunkt. Denne praksis det vises til bygger på rettergangslovens (nå tvistelovens) regler. Det er likhetstrekk mellom rettergangslovens begrep «rettslig interesse» og forvaltningslovens «rettslig klageinteresse». Det er i juridiske teorier lagt til grunn at forvaltningslovens begrep i noen henseender går videre

enn tvisteloven. Blant annet er det antatt at lovens formål ikke kan brukes til å begrense kretsen av klageberettigede, i hvert fall ikke alene. Woxholt påpeker at i

«nyere rett har Backer med styrke gjort gjeldende at søksmålskompetanse oftest forutsetter at saksøkerens interesse er dekket av lovformålet, jfr s 104. Her kan det ikke trekkes paralleller til klageinteressen, som kan være til stede selv om den ligger utenfor lovformålet.» (Forvaltningsloven med kommentarer, 4. utg., 2006, side 464)

Til støtte for dette viser han til en (upublisert) uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling der det ble uttalt at eieren av en konkurrerende dagligvareforretning hadde klagerett i en dispensasjonssak etter plan- og bygningsloven, selv om konkurransehensyn lå utenfor lovens formål.

Også her synes derfor direktoratet å ha anlagt et noe for snevert grunnlag for vurderingen.

Etter dette foreligger det en begrunnet tvil ved forhold av betydning i saken. Jeg ber direktoratet vurdere saken på nytt. I den fornyede vurderingen må det blant annet ses hen til hva klagerens anførsler konkret går ut på, og om det er rimelig og naturlig at han får prøvet sine argumenter og innvendinger i en klagesak etter viltloven. Direktoratet vil også eventuelt måtte vurdere om klageretten tilkommer klageren alene, eller om den må utøves av valdet i sin helhet. Jeg har ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på dette siste spørsmålet her.

Direktoratet bes holde meg orientert om sin fornyede vurdering.»

Direktoratet for naturforvaltning behandlet saken på nytt og konkluderte med at A skulle gis klagerett. Saken ble deretter sendt tilbake til Fylkesmannen i Sogn og Fjordane for klagesaksbehandling.

36.

Reindrift – overføring av driftsenhet fra avdød reineier

(07/2231)

En niese av en reindriftseier ønsket å overta driftsenhet etter at onkelen døde, men reindriftsmyndighetene avslo fordi enheten i flere år hadde vært uten dyr.

Ombudsmannen kom til at Landbruks- og matdepartementets standpunkt om at driftsenheten måtte anses som «bortfalt», ikke var tilstrekkelig begrunnet og ba derfor departementet se på saken på nytt.

A klaget over at Reindriftsforvaltningen, og senere Landbruks- og matdepartementet, hadde avslått en anmodning om overføring av driftsenhet fra Bs dødsbo til henne.

Saken hadde også tidligere vært brakt inn for Si-vilombudsmannen. A henvendte seg til ombudsmannen første gang i 2005, og viste blant annet til dom avsagt av Indre Finnmark tingrett 24. juni 2005 som hun mente var analog med hennes sak. I avsluttende brev herfra ble det blant annet vist til at den nevnte dommen var påanket, og dermed ikke rettskraftig, og at ombudsmannen ikke kunne hjelpe henne slik saken sto. Rettssaken ble deretter behandlet i hhv. Hålogaland lagmannsrett og Høyesterett. Etter at Høyesterett hadde avsagt dom i ankesaken 8. november 2006, ba A reindriftsmyndighetene vurdere hennes sak på bakgrunn av Høyesteretts dom. Reindriftsjefen, og senere Reindriftsstyret, «avviste» begjæringen. A brakte deretter saken inn for ombudsmannen. Under henvisning til at Reindriftsforvaltningen hadde oversendt saken til Landbruks- og matdepartementet for behandling, ble henvendelsen ikke tatt under behandling her.

Departementet sluttet seg til Reindriftsstyrets vurdering og meddelte i brev til klageren at det ikke kunne se at Høyesteretts dom «skulle tilsi» at saken ble «gjenstand for en fornyet behandling». A brakte da saken på nytt inn for ombudsmannen.

Reindriftsstyret la under behandlingen av saken til grunn at det fremsto som klart at arvingen etter B ikke lenger hadde i behold sin rett til driftsenhet den gang Reindriftsstyret behandlet saken første gang i 2004. Det ble vist til at dødsboet i 1992/1993 fikk en frist til 1. april 1994 med å bestemme driftsenhetens fremtid, og at reindriftsagronomen mottok melding først 7. februar 2003 om at A hadde overtatt driftsenheten. Fristen var oversittet med ni år, og dette faktum måtte etter Reindriftsstyrets mening «åpenbart» føre til at retten til å ta opp driften igjen uten områdestyrets samtykke var bortfalt. Det het deretter: «Dommen i Høyesterett fra 2006 endrer ikke forutsetningene for Reindriftsstyrets vedtak.» Reindriftsstyret konkluderte med å fastholde «Reindriftssjefens avvisning 16. mai 2007 av klagers anmodning om fornyet behandling».

Idet departementets begrunnelse og henvisning til Høyesteretts dom fra 2006 syntes (svært) knapp, ble det herfra funnet grunn til å undersøke saken nærmere. I brev til departementet ble det bl.a. vist til klagerens anførsler om at hennes sak var analog med saken Høyesterett tok stilling til i 2006, og at denne dommen endret «rettstilstanden når det gjelder spørsmålet om godkjennelse av driftsenheter».

Det ble herfra fremholdt at det var vanskelig å se i hvilken grad Reindriftsforvaltningen eller departementet hadde foretatt en nærmere vurdering av As sak i forhold til de prinsipper Høyesterett hadde knesatt. Departementet ble derfor bedt om å begrunne sitt standpunkt i saken nærmere. Det ble spesielt vist til kravet om klar lovhjemmel og om de fristene som

ble satt i forhold til dødsboet da kunne tillegges avgjørende vekt. Også den omstendighet at grunnlaget for retten var «alders tid bruk», og at retten er knyttet til familien og ikke bare den enkelte, ble bedt kommentert. Videre ble det stilt spørsmål om hvilken betydning dette rettsgrunnlaget hadde for tidsperspektivet, dvs. betydningen av at driften hadde ligget nede en tid. Departementet ble avslutningsvis oppfordret til å redegjøre for de forvaltningsmessige utfordringer problemstillingen ovenfor stilte, og da særlig i forhold til behovet for forutberegnelighet og å kunne styre effektivt for å nå lovens formål om en bærekraftig utnyttning av ressursene.

Departementet viste i sitt svarbrev til at ordninger med driftsenhet ble innført gjennom reindriftsloven 9. juni 1978 nr. 49, og at krav om offentlig samtykke i § 4 hadde sin bakgrunn i et ønske om å regulere tilgangen til reindriftsnæringen. Det ble fremhevet at det var viktig å skille mellom posisjonen som reindriftsberettiget og adgangen til å inneha driftsenhet. Etter departementets syn forelå det ingen rett for slektninger til å ha rein i annens driftsenhet. Det var det opp til driftenhetsinnehaveren å bestemme. I den nye reindriftsloven 15. juni 2007 nr. 40 § 10 annet ledd er dette uttrykkelig fastslått for siidaandeler. Det ble påpekt at retten til å få overført driftsenhet er en særordning for familiemedlemmer i forhold til andre reindriftsutøvere.

Departementet viste videre til at retten til reindrift er en kollektiv rett som bygger på alders tids bruk. Slik rettspraksis har utviklet seg, innebærer dette at det innenfor det samiske reinbeiteområde skal «legges til grunn at det foreligger rett til reinbeite med mindre annet følger av særlige rettsforhold». Dette kan ha resultert i at bestemte grupper innen reindriften kan ha etablert mer eksklusive rettigheter til bestemte arealer. Departementet hadde imidlertid vanskelig for å se «hvordan alders tids bruk på en avgjørende måte kommer inn i driftsenhetssammenheng, og dessuten helt forstå Høyesteretts uttalelser i punkt 42 om at også den enkelte innehaveren av driftsenheten som oftest har utøvd bruk fra gammelt».

Det ble deretter vist til at forvaltningen i årene 1992-1994 hadde tatt konkrete skritt for å få en nærmere avklaring av driftsenhetens fremtid, og at det ikke var gitt noen tilbakemelding fra klagers side på disse henvendelsene. Klagers manglende respons etterlot inntrykk av at «reindriften var avviklet».

Etter departementets oppfatning sto man her overfor en nyetablering i 2003, og bestemmelsen i lovens § 4 første ledd annet punktum kunne ikke gis en slik rekkevidde at den undergravde de hensyn som lå bak samtykkeregelen i første punktum. For øvrig kunne departementet ikke se at et avslag ville «svække samisk kultur, eller komme i konflikt med Grunn-

loven § 110 eller folkerettens regler om urfolk og minoriteter».

Avslutningsvis oppsummerte departementet med at forvaltningens gjentatte henvendelser, klagers rolle, tidsaspektet og de hensyn reglene i § 4 første ledd skulle ivareta, tilsa et annet resultat enn Høyesteretts standpunkt i dommen inntatt i Rt. 2006 s. 1382. Det ble videre vist til § 16 fjerde ledd i den nye reindriftsloven som krever at avvikling av siidaandel skal skje ved områdestyrets vedtak. Denne bestemmelsen viste ifølge departementet at lovgiver har forutsatt at siidaandel kan avvikles uten at det reiser problemstillinger i forhold til alders tids bruk eller ekspropriasjonsrettslige spørsmål.

Klageren kommenterte deretter departementets anførsler og la frem dokumentasjon som skulle vise at Reindriftsforvaltningen hadde «vært fullstendig klar over eksistensen av driftsenheten», herunder at myndighetene ved tildeling av driftstilskudd i flere år hadde akseptert dødsboet som driftsenhet. Avslutningsvis ble det fremholdt:

«Når departementet har den oppfatning at den nye reindriftsloven åpner adgang for at en siidaandel kan avvikles ”uten at dette reiser problemstillinger i forhold til alders tids bruk eller ekspropriasjonsrettslige spørsmål”, viser det en manglende forståelse for at myndighetene må respektere opparbeidede privatrettslige rettigheter, som bl.a. er beskyttet gjennom grunnloven og folkeretten.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Rettslige utgangspunkter

1.1 Utøvelse av reindrift er en bærebjelke i den samiske kultur og nyter derfor et særskilt vern etter både norsk og internasjonal lov. Sentrale bestemmelser er GrL. § 110 a, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966 (særlig art. 27), ILO-konvensjon nr. 169 og FNs rasediskrimineringskonvensjon 21. desember 1965. FN-konvensjonen er gjort direkte gjeldende som norsk lov ved menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30. Sivilombudsmannen har i flere uttalelser omtalt de forpliktelser disse bestemmelsene pålegger norske myndigheter. I en uttalelse i ombudsmannssak 2007/62, inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2007 s. 337 flg. (Smb-2007-90) fremhevet jeg særlig ILO-konvensjonen artikkel 4 som pålegger myndighetene å treffe «særlige tiltak» for «å sikre enkeltpersoner fra vedkommende folk og deres institusjoner, eiendom, arbeid, kultur og miljø», samt artikkel 8 som foreskriver at det ved anvendelsen av nasjonale lover og forskrifter skal tas «tilbørlig hensyn» til folkets «sedvaner og sedvanerett». Jeg understreket at konvensjonen må forstås slik at ikke bare urbefolkningen som gruppe nyter vern, men også det enkelte individ. I en uttalelse inntatt i årsmeldingen for 1996 s. 30 flg. (Somb-1996-1)

fremholdt jeg blant annet at «saker som vedrører reindriftsnæringen må betraktes som en del av kjerneområdet til Grunnloven § 110 a».

1.2 Rettigheter knyttet til utøvelse av reindrift har vært tema for en rekke avgjørelser i Høyesterett, og det er ikke tvilsomt at utøvelsen av næringen har vern mot inngrep, se for eksempel Rt. 2000 s.1578 som gjaldt erstatning etter vassdragsregulering. Høyesterett har videre lagt til grunn at retten bygger på alders tids bruk, og er en rettighet for slekten, jf. plenumsdommen i Rt. 2001 s.769 og dommen fra 2006 som klageren har vist til (Rt. 2006 s.1382). Så vidt jeg kan se, har departementet lagt tilsvarende synspunkter til grunn. Dette gjelder både i saken her og i den redegjørelsen Landbruks- og matdepartementet ga i ombudsmannssak 2007/62. Saken gjaldt flytting av driftslei for rein, og departementet skrev blant annet:

«Foreligger det en tradisjonell flyttvei brukt gjennom generasjoner, vil situasjonen normalt være den at det er etablert en rett som nyter et vern på linje med andre rettigheter av privatrettslig karakter.» (Brev 13. mars 2007 – departementets ref. 200700300-/TKJ)

1.3 Det rettslige grunnlaget for reindriftens arealbruk er knyttet til alders tids bruk, jf. § 4 annet ledd i den nye reindriftsloven 15. juni 2007 nr. 40 der det fremgår at det innenfor de samiske reinbeiteområdene skal legges til grunn at det foreligger reinbeite, med mindre annet følger av særlige rettsforhold. Retten til reindrift har vært omtalt som en kollektiv rett.

1.4 Selv om reindriften er beskyttet både i forhold til det samiske folk som gruppe, og det enkelte individ som utøver den, har næringen i en årrekke vært regulert gjennom ulike lover, forskrifter og avtaler. Formålet har dels vært å regulere forholdet reineierne imellom, dels forholdet til andre næringer og samfunnsinteresser. Det har også vært viktig å etablere en reindriftsadministrasjon til å forvalte regelverket. Av særlig interesse i saken her er reindriftsloven av 9. juni 1974 nr. 49 § 4 første ledd første punktum. Det bestemmes der at den som vil begynne som selvstendig næringsdrivende i reindrift i reinbeiteområde, må ha samtykke fra områdestyret gjennom registrering av driftsenhet. Ordningen med at all tamrein må tilhøre en driftsenhet, kom inn i loven i 1978, og er innført ut fra ønsket om å regulere tilgangen til reindriftsnæringen, jf. NOU 2001:35 side 60 der det bl.a. fremgår at man ønsket å begrense adgangen til yrket. Reguleringen ble ansett nødvendig for sikre at utøverne av reindrift fikk «trygge og gode økonomiske kår» (Ot.prp. nr. 9 (1976-77) s. 48), og ble ikke ansett å komme i konflikt med samenes rettigheter som urbefolkning. Noe annet er heller ikke hevdet i saken her.

1.5 I lovens § 4 første ledd annet punktum er det gjort et unntak fra kravet om samtykke dersom

«driftsenheten udelt går over til ektefelle eller til noen som i rett nedstigende linje eller i første sidelinje til og med barn av søsken er beslektet med eieren eller eierens ektefelle, forutsatt at overtakeren fyller vilkårene i § 3». Bestemmelsen må ses i sammenheng med at den tidligere reindriftsloven av 1933 ga enhver flyttsame en ubetinget rett til å utøve reindrift. I Ot.prp. nr. 9 (1976-77), som lå til grunn for loven av 1978, er det på side 48 presisert at unntaket for familiemedlemmer vil dempe virkningen av kravet til samtykke som ble innført i første ledd. Det heter deretter:

«Ektefelle vil imidlertid uten videre kunne overta og fortsette reindriften med den udelte driftsenhet, og overføring av den udelte driftsenhet som ledd i vanlig generasjonsskifte til barn eller barnebarn og til søsken eller barn av søsken til eieren eller eierens ektefelle kan skje uten videre bare overtakeren fyller de generelle vilkårene om samisk avstamning m.v. som bestemt i § 3.»

Så vidt jeg kan se, innebærer dette at den som faller innenfor personkretsen i § 4 annet punktum, etter forholdene vil ha en ubetinget rett til å overta driftsenheten. Forutsetningen er at driftsenheten overtas udelt. Dersom innehaveren av driftsenheten går bort, må de etterlatte bli enige seg imellom om hvem som eventuelt skal fortsette driften. Retten kan med andre ord også gjøres gjeldende etter eierens død, og noe annet er heller ikke lagt til grunn i saken her.

1.6 Loven stiller ikke opp noen frist for ektefellen eller slektningene til å overta driftsenheten. Hvis innehaveren er i live og driver aktivt når overføringen skjer, antar jeg at dette ikke vil være noen aktuell problemstilling. Driftsenheten overtas da ganske enkelt fra det tidspunkt partene er enige om. Dersom innehaveren ikke lenger driver aktivt, kan imidlertid avgrensingsproblemer oppstå. Dels kan det spørres om innehaveren har lagt ned driften på en måte som binder ham selv og familien, slik at det av den grunn ikke lenger er noen enhet å overføre. Dels kan det reises spørsmål om den som ønsker å overta enheten, har mistet retten gjennom passivitet eller på andre måter. Høyesterettsdommen fra 2006 berører særlig den første av disse problemstillingene.

2. Reindriftsstyrets og departementets vedtak og begrunnelse

2.1 Reindriftsstyret har i denne saken lagt til grunn at driftsenheten ikke var holdt ved like, og at det derfor ikke var noen driftsenhet å overføre. Det var derfor tale om en nyetablering som krevde samtykke. Også departementet synes i vedtaket 22. juni 2005 å bygge på en slik oppfatning, men understreket samtidig:

«Loven gir ikke klar anvisning på hva som skal til for at en driftsenhet skal anses opphørt. Ved

dødsboskifte må arvingene gis tid til å områ seg før de nødvendige beslutninger tas. Det må i slike overgangsfaser etter omstendighetene aksepteres at driftsenheten har få eller ingen rein.»

Departementet valgte imidlertid ikke å gå nærmere inn på denne problemstillingen med den begrunnelse at driftsenheten «i alle tilfeller nå reelt sett» måtte anses bortfalt. Deretter viste departementet til at Reindriftsforvaltningen i brev 1992, 1993 og 1994 hadde orientert dødsboet om «hvilke skritt som måtte tas dersom driftsenheten skulle opprettholdes», og at boet ikke ga noen tilbakemelding.

2.2 Det departementet anfører om at arvingene må gis tid til å områ seg, og at det da må aksepteres at driftsenheten en periode er uten rein, er jeg ubetinget enig i. Saken her har i så måte likheter med den saken som var oppe for Høyesterett i 2006 (Rt. 2006 s. 1382). Reinflokken hadde der ligget nede i flere år. Reindriftsstyret la til grunn at driftsenheten av den grunn ikke lenger hadde noe innhold, og måtte anses som «faktisk avviklet». Høyesterett var ikke enig i dette. Førstvoterende viste blant annet til at grunnen til overføringen var sykdom, og at man måtte «være varsam» med å trekke slutninger fra den omstendighet at innehaveren hadde slaktet dyrene og deretter ikke hadde drift.

2.3 Departementets begrunnelse for ikke å gå nærmere inn på problemstillingen, har jeg derimot vanskelig for å forstå. Ut fra de dokumentene jeg har fått oversendt, ble det sendt ett brev i hvert av årene 1992, 1993 og 1994. Det første brevet er adressert til C som bes kontakte de øvrige arvingene i dødsboet for deretter å formidle «om ønsket om å beholde driftsenheten er til stede eller ikke». Deretter heter det:

«Om det ikke melder seg inntresse vd. forannevnte vil driftsenheten måtte slettes.»

Det neste brevet er stilet til A, og det vises blant annet til driveplikten, og til at melding ikke er sendt de siste årene. Det opplyses også om at «områdestyret kan frata retten til driftsenhet i medhold av lov om reindrift § 4. 5 ledd». Brevet er nærmest beskrivende i sin form. Det siste brevet til A er skrevet på samisk, uten at jeg har hatt tilgang til norsk oversettelse. Ingen av brevene synes å ha vært fulgt opp fra myndighetenes side på noen måte.

Etter mitt skjønn må det være tålelig klart at unnlåtelsen av å svare i seg selv ikke gir grunnlag for å anse boet for å ha oppgitt retten til driftsenheten med bindende virkning for arvingene. Om man antar at boet i det hele tatt har en slik rett til å binde arvingene, må det i alle fall kreves at myndighetene sier utvetydig fra om at en unnlåtelse anses å ha en slik virkning. Det bør i så fall settes en uttrykkelig frist, og dessuten sendes en bekreftelse om at enheten er

slettet. I saken her har myndighetene ikke gjort dette, men snarere fortsatt korrespondansen. Det synes også å ha vært gitt driftstilskudd til driftsenheten så sent som i 1996, samtidig som enheten også etter dette er oppgitt i enkelte offentlige beretninger og planer. Jeg tilføyer at det ikke er opplyst i saken hvilken stilling hhv. C og A hadde i forhold til boet – dvs. om de kun var to av mange arvinger, eller om – og i hvilken grad – de representerte arvingene utad.

3. *Kan manglende aktivitet gjennom mange år tilsi at driftsenheten må anses som avviklet – departementets vurdering av Høyesteretts dom fra 2006*

3.1 Selv om unnlåtelsen av å svare på brevene neppe alene kan føre til at driftsenheten må anses avviklet, kan det spørres om den manglende aktiviteten gjennom mange år må føre til at driftsenheten likevel ikke lenger kan anses å eksistere.

3.2 I den nevnte dommen fra 2006, som for øvrig var enstemmig, slo Høyesterett fast at «[n]oka uttrykkeleg forankring for at manglende aktivitet fører til bortfall av retten til driftseining, er det ikkje i lova». Høyesterett gikk deretter over til å behandle en anførsel fra staten om at innehaveren ikke hadde sendt inn årlige meldinger. Førstvoterende slo fast at det ikke går frem av loven at en slik unnlåtelse fører til automatisk tap av retten til driftsenheten – tvert imot ga forskriften til loven hjemmel til å treffe vedtak om avvikling – en hjemmel som ikke var benyttet. Høyesterett behandlet videre statens henvisning til reindriftsloven § 20 tredje ledd om at driftsenhet i visse tilfeller kan ivaretas ved fullmektig, men at perioden er begrenset til to år. Deretter må eieren enten fortsette driften selv, overlate den til en annen for godt, eller avvikle den. Høyesterett karakteriserte regelen som «problematisk», og uttalte at den ikke passet for driftsenheter uten dyr. «Noko grunnlag for eit automatisk bortfall av driftseiningar utan dyr, kan eg ikkje sjå at reglane inneheld», konkluderte førstvoterende på dette punkt.

Avslutningsvis i dommen vurderte Høyesterett kravet til lovhjemmel, både etter interne norske rettskilder og etter Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 med tilleggsprotokoller. Retten viste til at saken gjaldt utøvelsen av en næring som var «kulturberande for den samiske kulturen» og mente de beste grunner talte for at det ble stilt krav om «klar lovhjemmel» for at retten til driftsenhet skulle gå tapt. De systemvurderinger som staten hadde vist til, kunne ikke være tilstrekkelige.

3.3 Departementet har i redegjørelsen hit vist til at Høyesteretts dom gjaldt en sak etter en ordning med omstillingslønn, som blant annet innebar at innehaveren stilte driftsenheten i bero i en periode. Jeg har merket meg dette, men slik jeg leser Høyesteretts premisser, er de formulert generelt, og knyttet

direkte til bestemmelsene i reindrifftsloven med forskrifter. I premiss 49 viser førstvoterende til at både lokal forvaltningspraksis og den sentrale ordningen med omstillingsstøtte bygger på at «manglende drift og meldingar i nokre år ikkje fører til bortfall av driftseining». De hensyn Høyesterett har gjort gjeldende, synes med andre ord å gjøre seg gjeldende også i saken her. I tillegg synes argumentasjonen fra reindrifftsmyndighetenes side langt på vei å være likeartet i de to sakene. Således er også A, i tillegg til driftsoppholdet i seg selv, møtt med argumentet om at det ikke er sendt inn årlige meldinger. Til og med henvisningen til at loven kun tillater bruk av fullmektig i inntil to år, ble på et tidspunkt bruk mot henne. Det er da vanskelig å akseptere at departementet i brev til A 6. november 2007 uten noen nærmere begrunnelse kunne «slå fast» at dommen ikke tilsa at saken ble «gjenstand for en fornyet vurdering».

I redegjørelsen hit er standpunktet begrunnet noe nærmere, men uten at det fremgår at departementet har vurdert saken konkret i forhold til Høyesteretts regelforståelse. Det pekes på enkelte forskjeller mellom sakene, men uten at det i nevneverdig grad blir gått inn på hvilken relevans og vekt forskjellene kan antas å ha. Jeg må derfor be departementet gjøre dette nå i etterkant.

4. Avslutning – hver sak må vurderes konkret

For ordens skyld tilføyes at spørsmålet om A hadde rett til å overta driftsenheten etter onkelen, naturlig nok må avgjøres konkret ut fra omstendighetene i hennes sak. Selv om det er flere likheter med den saken som Høyesterett tok stilling til i 2006, er det også klare forskjeller. Det er derfor ikke gitt at resultatet bør bli det samme i de to sakene.

Dommen omhandler således overføring fra en onkel som på grunn av sykdom ikke kunne fortsette som reindrifftsutøver til en nevø som hadde drevet med reindrift i hele sitt voksne liv, og som hadde søkt om egen driftsenhet siden 1987. Onkelen fikk avslag på søknad om avvikling av driftsenheten i 1998. De siste dyrene ble slaktet i 1999/2000, og 3. april 2003 varslet han om overføring av enheten til sin nevø. Det tok m.a.o. noe over 3 år fra reinsdyra ble slaktet/solgt til det ble varslet om overføring. As sak dreier seg derimot om overføring fra et dødsbo. Innehaveren av driftsenheten døde i februar 1989, og det tok ca. 9 år fra reindrifftsforvaltningen ba om at melding ble sendt, til dette ble gjort i februar 2003. Alt før dette hadde arvingene hatt flere år på å bestemme seg.

Det må være opp til departementet å vurdere hvilken betydning forskjellene mellom sakene har. Jeg vil ikke ha noen mening om hva resultatet bør bli. Når jeg ber departementet se på saken på ny, er det fordi den begrunnelsen departementet har gitt til nå, etter mitt skjønn ikke er tilstrekkelig. Mangelen på

begrunnelse kan tyde på at departementet ikke har foretatt de vurderinger som det plikter ut fra loven og den rettsoppfatning Høyesterett har uttalt.

Jeg ber om å bli orientert når departementet har avsluttet den fornyede behandlingen.

Undersøkelsen er etter dette avsluttet her.»

Utdanning og studiefinansiering

37.

Saksbehandlingen ved opptak til Politihøgskolen

(Sak 2008/298)

En søker fikk avslag på opptak til Politihøgskolen fordi han tidligere var domfelt for promillekjøring og dermed ikke oppfylte kravet til plettfriandel. Søkeren anførte at han flere ganger hadde fått opplyst på telefon at han oppfylte vandelskravet fordi det straffbare forholdet lå så langt tilbake i tid. Han hadde derfor gjennomført etterutdanning med mer for å oppfylle de øvrige opptakskravene.

Ombudsmannen kom til at det var grunnlag for å rette innvendinger mot enkelte sider av Politihøgskolens behandling av søknaden om opptak. Politihøgskolen ble bedt om å gjennomgå rutinene for hvilke opplysninger og vurderinger som gis til søkerne på telefon, og rutinene for å gi etterfølgende begrunnelse for vedtak.

Opptaksnemnda for Politi- og lensmannsetaten avslo As søknad om opptak til Politihøgskolen fordi han tidligere var domfelt for promillekjøring og dermed ikke oppfylte kravet til plettfriandel. Av vedtaket fremgikk at det ved utvelgelsen av søkerne hadde vært lagt vekt på tidligere utdanning, praksis, egenerklæringen og personlig skikkethet for yrket. Det ble videre opplyst om muligheten for å be om begrunnelse for vedtaket og om klageadgangen.

A påklaget vedtaket, og ba om en nærmere begrunnelse for avslaget. Klagen ble vurdert av opptaksnemnda i innstilling til Arbeidsutvalget ved Politihøgskolens styre, som stadfestet opptaksnemndas vedtak, og var enig i vurderingen av Asandel.

A klaget til ombudsmannen, og anførte at han av Politihøgskolen var villedet til å tro at hans veitrafikkovertrædelse ikke ville ha betydning for søknad om opptak ved skolen. Han mente videre at hansandel måtte anses plettfri, blant annet fordi trafikforførelsen lå så vidt langt tilbake i tid.

Ombudsmannen ba Politihøgskolens styre om å redegjøre for hvordan kravet til plettfriandel i politiloven 4. august 1995 nr. 53 § 24b første ledd praktiseres, herunder om det ses hen til eventuelle straffbare forholds art og den tid som har gått siden forholdet

dene ble begått. For det tilfelle at det foretas slike konkrete vurderinger, ble det bedt redegjort for vurderingen av As forhold. Det ble også bedt opplyst hvilken informasjon søkerne får om innholdet i vandelkravet, og bedt om kommentarer til As opplysninger om den informasjonen han hadde fått om betydningen av veitrafikkovertrædelsen. Videre ble Politihøgskolen bedt om å opplyse hvorvidt det ble gitt begrunnelse for avslaget. Det ble bedt om at ytterligere saksdokumenter ble oversendt, blant annet opptaksnemndas innstilling.

Politihøgskolen svarte at alle søkere som hovedregel må ha plettfriandel, og at det ikke skal foreligge straffesaker som gir grunn til å tvile på søkerensandel. Videre ble det uttalt følgende:

«Imidlertid er det gjennom årene utviklet seg en praksis på at man kan se bort fra bagatellmessige forhold som ligger 3-5 år tilbake i tid. Som bagatellmessige forhold regnes påtaleunnlatelse eller bot av mindre omfang. En bot vil imidlertid være diskvalifiserende dersom den gir uttrykk for holdning/atferd som ikke er forenlig med politiyret. Det kan for eksempel være naskeri eller tilfelle av vold som avgjøres med forelegg.»

Politihøgskolen viste til adgangen til å påklage avslag på opptak på grunn avandel, og at A hadde fått sin klage behandlet av opptaksnemnda og arbeidsutvalget ved skolen. Det ble opplyst at telefonsamtalen mellom A og Politihøgskolens saksbehandlere verken kunne bekrefte eller avkrefte, og det samme gjaldt innholdet i den informasjon han skal ha fått på telefon. Det ble fremholdt at det er opptaksnemndene og arbeidsutvalget som vurderer vandelskravet.

Vedlagt Politihøgskolens svar var opptaksnemndas innstilling, og herfra siteres:

«Opptaksnemnda har vurdert søkeren på nytt. I klagen redegjør søkeren for de henvendelser han har gjort til Politihøgskolen i forkant av søknaden. Han opplyser å ha kontaktet PHS i 2004 og snakket med B. Under denne samtalen hadde søkeren forklart at han hadde en trafikkforseelse på rullebladet fra 1989. Han hadde fått til svar at sannsynligvis ville ikke denne forseelsen alene være avgjørende. Han søkte opptak til PHS i 2005, men kom ikke inn til opptak pga. for dårlige karakterer. Søkeren ble da rådet til å gjøre noe med karakterene sine. Under denne samtalen var søkerens trafikkforseelse igjen tatt opp og han fikk det samme svaret at denne saken alene neppe ville avgjøre noe siden den lå så langt tilbake i tid.

Søkeren startet på skole høsten 2005 og tok opp alle fagene på nytt med gjennomsnitt på 5,2. Han søkte opptak igjen i 2006, men fikk på nytt avslag pga karakterene. Søkeren tok kontakt med PHS og snakket med C. Han forklarte henne sin historie og ba om at hun kontaktet Opptaksnemnda og ba de sjekke papirene ogandel. Søkeren ble oppringt neste dag og fikk fortalt at hun hadde

snakket med Opptaksnemnda som hadde sagt at søkerens trafikkforseelse fra 1989 ikke ville hefte ved han som søker til PHS. Påskrift på søkerpapirene sier at «snakket med søker 7.3.06 etter vurdering av nemnda vil hansandel ikke hefte ved senere søknad.» Søkeren gjennomførte også en laserkorrigerings på begge øyne sommeren 2006.

Søkeren var til intervju og gjorde en god figur under intervjuet. Han fremstod som moden og reflektert i forhold til det yrket han hadde søkt seg inn i og vil åpenbart være en ressurs for etaten.

Slik saken fremstår for Opptaksnemnda har søkeren ved henvendelse til PHS fått råd om hvordan han burde gå fram for å komme i betraktning for opptak ved PHS. Dette i lys av den trafikkforseelsen han opplyste å ha på «rullebladet». Hvorvidt det i denne dialog har vært klart at det dreide seg om en dom for promillekjøring er uklart for Opptaksnemnda. Det kan opplyses at det på saksomslaget står anført underandel at det dreier seg om forelegg fra 1989. Saken har heller ikke vært forelagt Opptaksnemnda til vurdering før søkeren ble innkalt til intervju. Opptaksnemnda ser at kommunikasjonen mellom søker og Politihøgskolen i denne saken har vært uheldig. Politihøgskolen bør vurdere sine rutiner ved henvendelser av denne typen.

Utgangspunktet i nemndas beslutning er opptaksreglementet pkt 2.2. hvor det fremgår at søkere må ha plettfriandel. Søkeren er dømt for promillekjøring i 1989. Hansandel er således ikke plettfri. Han har sonet en ubetinget fengselstraff. Spørsmålet er om det skal ha betydning for vurderingen at overtrædelsen ligger 18 år tilbake i tid. Slik denne saken står, har den prinsipiell betydning da den vil være retningsgivende for fremtidige saker. Opptaksnemnda ber derfor om at Politihøgskolen styre tar en prinsipiell avgjørelse i saken.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Vurderingen av vandelskravet

Politiloven § 24b første ledd første til tredje punktum, lyder:

«Opptak av studenter til Politihøgskolens grunnutdanning foretas av en opptaksnemnd oppnevnt av styret. Opptak forutsetter at søkeren har plettfriandel, oppfyller fastsatte formelle krav og fremstår som skikket for tjeneste i politi- og lensmannsetaten. Søkerne må fremlegge uttømmende politiattest.»

I Ot.prp. nr. 22 (1994-95) side 67 flg. er det i forbindelse med krav til tilsetting i politiet uttalt følgende om kravet til plettfriandel:

«Plettfriandel innebærer et strengt vandelskrav. Også forseelser som i andre sammenhenger regnes som mindre alvorlige, kan være tilstrekkelig til å forhindre tilsetting i politiet. Likeledes vil forholdet være relevant selv om det ligger langt tilbake i tid. Helt uten betydning er likevel ikke tidsforløpet. Hvis forholdet både er lite alvorlig

og foregikk langt tilbake i tiden, er det mulig at man i dag vil anse vandelen som plettfri.»

Videre fremgår det på side 68:

«Det er ikke noen direkte sammenheng mellom opptak ved Politihøgskolen og tilsetning i politiet, slik det var ved den tidligere Politiskolen, hvor allerede aspirantene hadde et tilsetningsforhold. Siden Politihøgskolen likevel har som sin fremste oppgave å utdanne politifolk, vil det også her være grunn til å se hen til behovene ved senere tilsetning i politiet når opptakskravene fastsettes.»

Departementets uttalelser om innholdet i kravet til plettfri vandel må etter dette også kunne legges til grunn ved fastleggingen av det tilsvarende kravet i politiloven § 24b.

I forarbeidene til politiloven § 24b, Ot.prp. nr. 61 (2003-2004) side 36, er det uttalt:

«I lovteksten er det foreslått at kravet til vandel nevnes særskilt selv om dette kravet faller inn under "formelle krav". Dette for å understreke viktigheten av kravet om plettfri vandel, og for at det ikke skal være grunnlag for noe tvil eller åpnes for noen diskusjon om hvilke vandelskrav som stilles.»

Politihøgskolens redegjørelse for praktiseringen av vandelskravet må anses i tråd med uttalelsene i forarbeidene. Avgjørelsen av hvilke straffbare forhold som eventuelt skal kunne sees bort fra og hvilken vekt tidsmomentet skal tillegges, beror på skjønnsmessige og konkrete vurderinger jeg vanskelig kan overprøve. Jeg har derfor ikke grunnlag for å uttale meg om hvorvidt A burde fått opptak ved Politihøgskolen, men vil påpeke at kravet til vandel i utgangspunktet må vurderes strengt.

Undersøkelsen herfra har tatt sikte på å undersøke Politihøgskolens saksbehandling ved opptak til skolen. Etter gjennomgangen av saken må det legges til grunn at det fra en saksbehandler ved Politihøgskolen ble gitt muntlige opplysninger til A om at hans vandel ikke ville hindre opptak til skolen. Dette fremgikk blant annet av saksbehandlerens påtegning på Politihøgskolens saksomslag. A innrettet seg etter informasjonen som ble gitt, ved å forbedre sine karakterer og gjennomføre laseroperasjon av øynene.

Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å fastslå at uttalelsene fra Politihøgskolen representerte et bindende forhåndstilsagn om utfallet av vandelsvurderingen. Hvilke opplysninger Politihøgskolens muntlige tilbakemelding var basert på, kan jeg vanskelig uttale meg om. Undersøkelsene her kan vanskelig avklare hvorvidt arten av det straffbare forhold A hadde gjort seg skyldig i og reaksjonen han ble idømt, ble kommunisert til og/eller oppfattet av Politihøgskolen. Jeg mener imidlertid det er uheldig at det på te-

lefon gjøres rede for vurderinger som skal ligge til grunn for opptaksnemndas avgjørelser av søknader om opptak, og muntlig gis opplysninger som kan være egnet til å gi søkere en uberettiget forventning om utfallet av søknadene. Jeg finner derfor grunn til å be Politihøgskolen om å gjennomgå og skjerpe rutinene ved telefonsvar, slik at det ikke oppstår lignende situasjoner i fremtiden.

2. Begrunnelse for vedtak

Forvaltningsloven 10. februar 1967 § 24 første ledd fastsetter som hovedregel en plikt for forvaltningen til å gi samtidig begrunnelse for vedtak. Unntak fra denne plikten kan etter annet ledd blant annet gjøres «i saker om fordeling av tillatelser eller andre fordeler mellom flere parter». Tildeling av skoleplass vil falle inn under dette alternativet, jf. Ot.prp.nr. 3 (1976-1977) side 86 flg. Etter bestemmelsens annet ledd tredje punktum kan en part likevel kreve at det gis begrunnelse etter at vedtaket er truffet.

I opptaksnemndas vedtak ble det opplyst om frist og fremgangsmåte for å kreve begrunnelse for vedtaket, og A ba om slik begrunnelse. Politihøgskolen har ikke besvart spørsmålet herfra om begrunnelse ble gitt, og av saksdokumentene fremgår ikke at opptaksnemnda har gitt særskilt begrunnelse. En nærmere begrunnelse for avslaget synes først gitt i opptaksnemndas innstilling 5. juli 2007 i klagesaken til Arbeidsutvalget. Det må således kunne legges til grunn at A ikke fikk etterfølgende begrunnelse for vedtaket, til tross for opptaksnemndas opplysninger i vedtaket om mulighetene for dette.

Plikten til å begrunne vedtak skal blant annet sikre at parten får nødvendig og tilstrekkelig informasjon til å forstå og akseptere vedtaket og for å gi grunnlag for å begrunne en klage. Ivaretagelse av denne plikten er viktig både av hensyn til parten selv, og for å opprettholde tilliten og legitimiteten til forvaltningen. I denne saken må det antas at det var av særlig betydning for A å få en begrunnelse for vedtaket, slik at han fikk kunnskap om grunnlaget for avslaget på søknaden om opptak.

Den manglende begrunnelsen representerer en saksbehandlingsfeil, men kan ikke føre til at vedtaket anses ugyldig, da feilen vanskelig kan sees å ha virket inn på opptaksnemndas avgjørelse.

3. Konklusjon

Jeg mener det er uheldig at det fra Politihøgskolens side ble gitt opplysninger og vurderinger knyttet til utfallet av As søknad om opptak ved skolen, og at det ikke ble gitt begrunnelse for vedtaket om avslag på hans søknad. Innvendingene til saksbehandlingen er ikke av en slik karakter at de kan få betydning for vedtakets gyldighet. Jeg ber imidlertid Politihøgsko-

len vurdere å skjerpe saksbehandlingsrutinene på disse punktene.

38.

Bostipend – undervisning på kveldstid

(Sak 2007/1883)

Elev ved en videregående skole fikk avslag på søknad om bostipend, da Lånekassen mente at skolens organisering av undervisningen ikke kunne tilskrives mangel på lærekrefter. Den obligatoriske undervisningen var én dag i uken lagt til kveldstid, slik at det var umulig for eleven å rekke siste buss mellom skolen og hjemmet, og hun bodde derfor på skolens internat.

Ombudsmannen kom til at det var knyttet tvil til Lånekassens rettsanvendelse, og at vedtaket for øvrig fremsto som klart urimelig, jf. lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. I nytt vedtak innvilget Lånekassen søknaden om bostipend.

A begynte høsten 2006 på B gymnas. Hun søkte Lånekassen om bostipend. Ettersom hennes foreldre var bosatt i samme kommune, kvalifiserte hun ikke for bostipend som var basert på reiseavstand. På grunn av obligatorisk undervisning til kl. 19.00 hver tirsdag, var det imidlertid ikke mulig for henne å rekke den siste bussen, som gikk fra skolestedet kl. 18.35. Foreldrene hadde ikke muligheter for å hente henne, og hun bodde derfor på skolens internat.

Lånekassen avsto søknaden om bostipend. Det ble vist til at skolen ikke på søknadsblanketten hadde bekreftet reiseavstanden eller særlige årsaker til at klageren måtte bo borte. Videre ble det vist til at bostipend kunne vurderes dersom det ble bekreftet at undervisning på ettermiddags- eller kveldstid var en del av den obligatoriske undervisningen, og at denne måtte legges utenom vanlig skoletid. Dessuten måtte de aktuelle rutetidene dokumenteres. Vedtaket ble påklaget, vedlagt bussruter og timeplan.

Skolen hadde tidligere i brev til Lånekassen, vedrørende skoleåret 2005-2006, opplyst at «skolekor/ensembler», som var obligatorisk for alle elevene, ville bli lagt til tirsdag fra kl. 17.30 til 19.00, fordi det pedagogiske personalet skulle arbeide med kompetanseheving i forbindelse med en ny reform. Dette arbeidet var lagt til tirsdag fra kl. 13.00 til 16.00 og ville pågå hele året. Skolen bekreftet i telefonsamtale med Lånekassen at dette var begrunnelsen for kveldsundervisningen også i skoleåret 2006-2007.

Lånekassens klagenemnd tok ikke klagen til følge. Klagenemnda viste til forskriften om tildeling § 17-2 og bemerket at klageren ikke hadde rett til bostipend på grunn av avstand eller reisetid mellom hjemmet og skolen. Det forhold at skolen hadde valgt å

legge obligatorisk undervisning til kveldstid én dag i uken, av hensyn til arbeid med kompetanseheving på dagtid for pedagogisk personale, kunne ikke gi grunnlag for bostipend.

Klageren brakte deretter saken inn for ombudsmannen og fremholdt at Lånekassen måtte ha tolket reglene feil, ut fra intensjonen med stipendordningen. Det forholdet at skolen hadde valgt å legge obligatorisk undervisning til kveldstid, var hun ikke kjent med da hun søkte skolen, og dette forholdet hadde hun som elev heller ingen innvirkning på. Avgjørelsen om å avslå såkalt borteboerstipend var derfor urimelig.

I brev herfra til Lånekassens klagenemnd ble det stilt spørsmål om begrunnelsen og rettsanvendelsen i nemndas vedtak.

1. Når det gjaldt vurderingen og begrunnelsen i forhold til merknadene til forskriftens § 17-2, svarte Lånekassen at klagenemnda hadde tatt stilling til hvorvidt klageren kunne innvilges bostipend, og at den herunder hadde lagt til grunn at de alternative vilkårene om avstand eller reisetid ikke var oppfylt. Spørsmålet ble derfor om klagerens sak kunne falle inn under de unntakene som var etablert gjennom Lånekassens praksis, slik disse fremgikk av merknadene til forskriften. Klagenemnda hadde ment, på grunnlag av merknadene, at det ikke hadde foreligget forhold som kunne gi grunnlag for å tildele bostipend. Den hadde blant annet lagt vekt på at klagerens problemer med transport fra lærestedet til hjemstedet en gang i uken skyldtes skolens disponering av egne ressurser. Den hadde derfor konkludert med at årsaken til klagerens problemer med kommunikasjonen hadde hatt sin årsak i andre forhold enn de som etter Lånekassens praksis danner grunnlag for bostipend.

2. Det ble herfra vist til at det fremgår av merknadene til forskriftens § 17-2 første ledd at søkeren skal kunne følge den undervisningen som er fastsatt i den ordinære timeplanen, og at reisetiden skal beregnes etter de ruteavgangene som er aktuelle. Dessuten fremgår det at undervisningen på ettermiddags- eller kveldstid kan godtas som del av den ordinære timeplanen, dersom undervisningen er obligatorisk, og den er lagt utenom vanlig skoletid på grunn av mangel på lærekrefter.

Det ble bedt redegjort for om klageren kunne ha rett til bostipend etter disse retningslinjene, herunder for om det forholdet at lærerne arbeidet med kompetanseheving på dagtid, i denne sammenheng kunne anses som mangel på lærerkrefter.

Lånekassen svarte at formålet med merknaden om mangel på lærerkrefter var å favne de situasjonene der skolen, på grunn av særlige forhold, ikke hadde tilstrekkelige lærerkrefter til å gjennomføre obligatorisk undervisning innenfor vanlig skoletid. Eksempel på slike situasjoner kunne være at studenten

hadde behov for undervisning på et hovedinstrument som lærestedet selv ikke hadde kompetanse på, og det derfor måtte leie inn ekstern kompetanse utenfor vanlig skoletid.

Når det gjaldt B gymnas, falt situasjonen, etter Lånekassens vurdering, ikke innenfor dette formålet. Det fremgikk ikke av dokumentene at kveldsundervisningen skyldtes at skolen manglet tilstrekkelig kompetanse eller lærerkrefter. Snarere tvert imot fremgikk det at lærestedet hadde tilstrekkelige lærerkrefter, men valgte å disponere disse på en slik måte at elevene fikk undervisningen lagt utenfor vanlig skoletid. Lånekassen mente derfor at denne merkna- den ikke var aktuell i den foreliggende saken.

3. Herfra ble det videre vist til at det fremgår av merknadene til forskriftens § 17-2 første ledd at «[s]elv om foreldrehjemmet til søkeren ligger mindre enn tre timers reisetid tur-retur/40 km reiseavstand en vei fra lærestedet, kan det bli gitt bostipend når ... sø- kerer må bo borte på grunn av særlig vanskelig kom- munikasjon (gjelder også om det er vanskelig deler av året)».

Det ble fremholdt at søknaden om bostipend ikke syntes å ha vært vurdert ut fra disse retningslinjene, og klagenemnda ble bedt om å foreta en slik vurde- ring.

Lånekassen svarte at dette var et snevert unntak, slik ordlyden «særlig vanskelig» indikerte. Det var ment å omfatte de situasjoner der det var et problem med kommunikasjon mellom foreldrehjemmet og lærestedet, som for eksempel ved rasfare, stengte vei- er vinterstid og lignende.

Den vanskelige kommunikasjonen i denne saken var et resultat av lærestedets disponering av lærer- krefter, og kommunikasjonsmulighetene måtte gene- relt anses som tilfredsstillende. Dersom skolen hadde valgt en omvendt løsning, og lagt kompetanseheving hos personalet til kveldstid, ville klageren ikke hatt problemer med å komme seg til lærestedet.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av Lånekassens forskrift om tildeling av utdanningsstøtte for undervisningsåret 2006-2007 § 17-1 at det gis tilskudd til bokostnader med kr 3 450 per måned når søkeren fyller vilkårene i § 17-2. Sist- nevnte bestemmelse lyder slik:

«Søker som ikke bor hos foreldrene, får bosti- pend når reisetiden mellom foreldrehjemmet og skolen er tre timer eller mer samlet per dag, eller avstanden er 40 km eller mer.

Bostipend kan også gis når søkeren må bo utenfor foreldrehjemmet på grunn av andre særli- ge forhold.»

I Lånekassens merknader til § 17-2 første ledd er det blant annet uttalt at «[s]økeren skal kunne følge den undervisningen som er fastsatt i den ordinære ti-

meplanen. Reisetiden blir regnet etter de ruteavgan- gene som er aktuelle». Videre er det uttalt at «[u]ndervisning på ettermiddag- eller kveldstid kan godtas som del av den ordinære timeplanen dersom undervisningen er obligatorisk, og den er lagt utenom vanlig skoletid på grunn av mangel på lærerkrefter». Det er i merknadene til første ledd også uttalt at «[s]elv om foreldrehjemmet til søkeren ligger mindre enn tre timers reisetid tur-retur/40 km reiseavstand en vei fra lærestedet, kan det bli gitt bostipend når ... sø- kerer må bo borte på grunn av særlig vanskelig kom- munikasjon (gjelder også om det er vanskelig bare deler av året)».

I merknad til § 17-2 annet ledd er det uttalt at «[s]ærlige forhold kan være», og deretter nevnt en rekke forskjellige forhold vedrørende søkerens livs- situasjon.

Lånekassen har vist til at klagerens problemer med transport fra lærestedet til hjemstedet en gang i uken skyldes skolens disponering av egne ressurser. Videre har Lånekassen fremholdt at denne saken føl- gelig faller utenfor formålet med merknaden om rett til bostipend ved «mangel på lærerkrefter», samt at merknaden om rett til stipend når søkeren må bo bor- te på grunn av «særlig vanskelig kommunikasjon», er en snever unntaksregel som ikke kan omfatte situa- sjonen i denne saken.

Jeg kan ikke se at ordlyden i forskriftens § 17-2 første ledd, sammenholdt med merknaden til denne om «mangel på lærerkrefter», er til hinder for at be- stemmelsen også omfatter et tilfelle som det forelig- gende. Som en følge av skolens disponering av sine ressurser, ved å legge arbeidet med kompetansehe- ving for lærere til dagtid, har det for de berørte elev- ene oppstått «mangel på lærerkrefter» i det samme tidsrommet. Det fremstår da som lite rimelig at for- skriften i en slik situasjon, som klageren ikke har hatt noen innvirkning på, tolkes i klagerens disfavør. I nevnte merknad er det ikke tatt noe forbehold for til- feller hvor «mangel på lærerkrefter» skyldes under- visningsinstitusjonens egne disposisjoner. Ut fra for- målet med stipendordningen, og merknadens presise- ring om at obligatorisk undervisning skal kunne føl- ges, er det vanskelig å se at det blir logisk sammen- heng i regelverket dersom en slik situasjon holdes utenfor ordningen. For eleven, som må følge obliga- torisk undervisning, fremstår det som urimelig at skolens disponering av personalet får slike økono- miske konsekvenser som avslag på bostipend.

Merknaden om «særlig vanskelig kommunika- sjon» synes, slik Lånekassen fremhever, i første rek- ke å sikte mot andre forhold enn det som er tilfellet i saken her. Imidlertid kan jeg heller ikke på dette punkt se at merknadens ordlyd stenger for å omfatte tilfeller som dette, hvor den vanskelige kommunika- sjonen skyldes manglende bussforbindelse på

kveldstid. Forvaltningen har etter forskriften rom for å utøve konkret skjønn. Adgangen til å utøve skjønn er ytterligere utvidet gjennom bestemmelsen i forskriftens § 17-2 annet ledd, om at bostipend også kan gis når søkeren må bo utenfor foreldrehjemmet på grunn av «andre særlige forhold».

Etter min oppfatning er det tvil knyttet til Lånekassens rettsanvendelse i denne saken. Da avslaget beror på et slikt forhold som ligger helt utenfor klagerens kontroll, og det gjelder en elevs muligheter for å følge obligatorisk undervisning på videregående skole, fremstår også vedtaket som «klart urimelig», jf. lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd.

Under henvisning til dette anbefaler jeg at saken tas opp til ny vurdering. Jeg ber om å bli orientert om utfallet av den fornyede behandlingen, ved oversendelse av kopi av brevet til klageren.»

I nytt vedtak innvilget Lånekassen søknaden om bostipend, med følgende begrunnelse:

«Det var i merknad til § 17-2 i forskriften om tildeling for 2006-2007 fastsatt at undervisning på ettermiddags- eller kveldstid kunne godtas som del av den ordinære timeplanen dersom undervisningen var obligatorisk, og den var lagt utenom vanlig skoletid på grunn av mangel på lærerkrefter.

Vi har nå kommet til at dette vilkåret var til stede selv om årsaken til at skolen valgte å legge obligatorisk undervisning til kvelden var på grunn av at lærerne var opptatt med kompetanseheving på dagtid.»

Trygd, stønad og barnebidrag

39.

Arbeids- og velferdsetatens veiledningsplikt og utrednings- og informasjonsplikt

(Sak 2007/713)

Ombudsmannen har av eget tiltak undersøkt Arbeids- og velferdsetatens (Navs) saksbehandling – i første rekke de lokale Nav-kontorenes overholdelse av veilednings- og opplysningsplikten, informasjonsansvaret og utredningsplikten overfor funksjonshemmede brukere i saker om sykdomsrelaterte ytelser etter folketrygdloven.

Etter ombudsmannens oppfatning avdekket undersøkelsen blant annet at Nav står overfor store utfordringer når det gjelder overholdelse av informasjonsplikten og veiledningsplikten. Ombudsmannen forventer derfor at Arbeids- og velferdsdirektoratet fremover vil legge mye arbeid i å forbedre og utvikle de ansattes fagkunnskap om relasjonen mellom arbeid og helse samt de ansattes evne til å «kartlegge brukernes behov». Den samme forventning har om-

budsmannen når det gjelder forbedring og utvikling av hele Arbeids- og velferdsetatens kompetanse og kultur med sikte på reell brukermedvirkning både for brukerne og deres interesseorganisasjoner.

I etterkant av denne undersøkelsen har Arbeids- og velferdsdirektoratet gitt ombudsmannen en orientering om pågående og planlagte prosjekter og tiltak som direktoratet mener vil forbedre de forholdene som ble påpekt i ombudsmannens uttalelse.

Ombudsmannen kommenterte disse prosjektene og tiltakene i et nytt brev til direktoratet. Han vil – når Nav-reformen har virket en tid – vurdere en ny undersøkelse overfor Nav av eget tiltak, særlig med oppmerksomheten rettet mot hvordan den individuelle brukermedvirkningen i praksis blir implementert i beslutningsprosessene og i utformingen av tjenestetilbudet, spesielt Navs bebudede nye arbeidsevnevurdering.

Etter å ha innhentet synspunkter fra Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon (FFO) henvendte ombudsmannen seg til åtte av de 67 medlemsforeningene under FFO. Til sammen representerte disse åtte medlemsforeningene tilnærmet alle aldersgrupper og et bredt spekter av funksjonshemninger. Ombudsmannen ønsket i tillegg å henvende seg til foreninger av forskjellig størrelse, og hadde derfor ved utvelgelsen også sett hen til antall medlemmer i den enkelte forening.

Hensikten med henvendelsen til de åtte medlemsforeningene var å få informasjon om deres erfaringer når det gjaldt Arbeids- og velferdsetatens (tidligere trygdetaten og Aetat) behandling av medlemmenes søknader og krav etter folketrygdloven. Som et utgangspunkt var ombudsmannen særlig interessert i foreningenes erfaring med trygdeetatens saksbehandling og avgjørelser av søknader og krav etter lov om folketrygd 28. februar 1997 nr. 19 (folketrygdloven) kapittel 6 (grunnstønad og hjelpestønad), § 10-7 (hjelpemidler) og kapittel 12 (tidsbegrenset uførestønad og uførepensjon).

Til oppfølging av disse henvendelsene hadde noen av ombudsmannens medarbeidere møter med Mental Helse Norge, Multippel Sklerose Forbundet i Norge, Norsk Epilepsiforbund og Foreningen for hjertesyrke barn. Ved sammenfatningen av de problemområdene som hver av disse foreningene fremhevet sterkest i møte med ombudsmannens medarbeidere, var det særlig to hovedtemaer som var gjennomgående og fremtredende. Det var Navs veiledningsplikt og informasjonsansvar og Navs utrednings- og undersøkelsesplikt.

Foreningene hadde fått mange tilbakemeldinger fra sine medlemmer om at det lokale Nav-kontoret ofte ga liten og mangelfull informasjon om enkeltpersoners rettigheter. Likeledes ble det ofte gitt lite

generell informasjon om hvilke ytelser eller stønader en person med en nærmere bestemt funksjonshemming vanligvis kan ha rett til. Det syntes også å være en relativt vanlig oppfatning blant foreningenes medlemmer at ansatte i Nav i mange tilfeller kan virke avvisende til spørsmål som stilles muntlig. Flere av foreningene hadde også erfart at deres medlemmer oppfattet at Nav kunne være avvisende til å se helheten i en persons totale sykdoms- og trykkesituasjon, og at det kunne virke fremmed for Nav å etterkomme henstillinger om å betrakte en families situasjon under ett og i sammenheng når det var flere familiemedlemmer som hadde krav på tjenesteytelser etter folketrygdloven. Generelt ga flere av foreningene uttrykk for at informasjonen fra Nav ofte kom for sent fordi den ikke kom i forkant av medlemmenes søknadsprosess.

På bakgrunn av medlemmenes erfaringer med de tidligere trygdekontorene mente foreningene at mange saksbehandlere i Nav ikke hadde tilstrekkelig kompetanse når det gjaldt medlemmenes sykdom og funksjonshemming til å gi den veiledning brukerne har krav på etter loven. Foreningene har til dels stor kompetanse på disse områdene selv, dels har de god kjennskap til hvor slik kompetanse finnes. Likevel var det meget sjeldent at Nav tok kontakt med noen av foreningene for å innhente slik kunnskap.

Det var foreningenes erfaring at mange av deres medlemmer syntes at ordvalg og form kunne gjøre vedtakene unødvendig vanskelig å forstå og derfor også vanskelig å forholde seg til.

Flere av foreningene hadde også fått tilbakemeldinger fra sine medlemmer om at det var liten eller sendrektig informasjonsutveksling mellom forvaltningsorganene horisontalt når en stønadssøker eller stønadsberettiget flyttet fra en kommune til en annen, og vertikalt mellom underordnet og overordnet organ i saker der det råder faglig usikkerhet.

Som en del av forarbeidet i denne saken besøkte ombudsmannen også et lokalt Nav-kontor der han blant annet fikk orientering om Nav-reformens konsekvenser og utfordringer for lokalkontoret, herunder arbeidet med kompetanseheving og brukermedvirkning.

Arbeids- og velferdsdirektoratet ble så i brev herfra bedt om på generelt grunnlag å kommentere de inntrykk, erfaringer og oppfatninger om Navs overholdelse av veiledningsplikt og utrednings- og informasjonsplikt som foreningene på vegne av sine medlemmer hadde formidlet til ombudsmannen, og som er gjengitt ovenfor. Det ble i denne sammenheng spesielt bedt opplyst hvilke rutiner Nav har for å ivareta saksbehandlernes behov for generell kunnskap om virkning og konsekvens av spesielle lidelser, sykdommer og funksjonshemminger og da spesielt for

de som utgjør Navs viktige «førstelinje» og som er de som brukerne har størst kontakt med.

Direktoratet ble videre bedt om å gi en kort redegjørelse for hvilke rutiner Nav har for å ivareta lovens krav om brukermedvirkning på system- og individnivå, jf. lov om arbeids- og velferdsforvaltningen 16. juni 2006 nr. 20 (arbeids- og velferdsforvaltningsloven) §§ 6 og 15. Det ble også bedt opplyst om Nav hadde registrert et ønske eller et behov fra folketrygdens medlemmer om at familien (husstanden) blir sett og vurdert i sammenheng i tilfeller hvor flere familiemedlemmer er samtidige «aktive brukere» av rettigheter etter folketrygden selv om folketrygdloven er innrettet på den enkeltes rettigheter uavhengig av øvrige familiemedlemmers behov. Endelig ble det bedt opplyst om Nav i så fall, så langt som det er mulig innenfor lovens ramme, har generelle retningslinjer med sikte på å imøtekomme disse medlemmenes særlige behov for at ytelsene/tjenestene til det enkelte familiemedlem tilpasses familiens behov og situasjon som helhet.

I svarbrevet henviste Arbeids- og velferdsdirektoratet til saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven 10. februar 1967, som også gjelder i saker etter folketrygdloven, jf. folketrygdloven § 21-1, og uttalte blant annet:

«Arbeids- og velferdsetaten har et selvstendig ansvar for at sakene de har til behandling er tilstrekkelig opplyst før vedtak treffes. Det skal fremskaffes informasjon både til gunst og til ugunst for parten(e) i saken. Hvor langt undersøkelsesplikten går, må vurderes opp mot hensynet til en rask saksbehandling og en forsvarlig bruk av ressursene.

Etaten har også en alminnelig veiledningsplikt innenfor sitt saksområde. Et av hovedmålene med Nav-reformen er å forenkle tilgangen til tjenester og tilpasse disse til brukernes behov. En viktig målsetting er å nå ut til flest mulig med god informasjon. For å frigjøre kapasitet til dette skal man opprette saksbehandlingsenheter. Dette vil gi lokalkontorene mulighet til å fokusere på avklaring av behov og oppfølging av bruker. Innholdet i undersøkelses- og informasjonsplikten og veiledningsplikten er nærmere beskrevet i vårt rundskriv til kapittel 21 (se vedlegg I). Arbeids- og velferdsetaten har hatt og har fortsatt et sterkt fokus på veiledning og informasjon. Vi tar det som et alvorlig signal at grupper av brukerne ikke deler den samme oppfatningen. Ivaretakelsen av informasjons og veiledningsplikten er helt klart en av de store utfordringene Nav står overfor i tiden fremover. Vi har imidlertid tro på at det lokale Nav-kontoret vil ha gode forutsetninger for å ivareta informasjons- og veiledningsplikten.»

På spørsmålet herfra om opplæring av ansatte, svarte direktoratet at:

«Det er et klart mål at ansatte ved Nav-kontorene skal ha god innsikt i fagområdet arbeid og helse og evne til å kartlegge brukernes behov. Nav-re-

formen stiller et klart krav om dette. I tillegg er slik kunnskap blant annet en forutsetning for å lykkes med de utfordringer vi nå får gjennom Ot.prp. nr. 6 (06-07) om sykefraværsoppfølgingen (hvor det er særlig fokus på dialogmøte senest etter seks måneder) og St.meld. nr. 9 (06-07) om arbeid, velferd og inkludering.

Det gjennomgående kravet til arbeids- og funksjonsevnevurdering gjør også at saksbehandlerne blir nødt til å sette seg inn i brukers situasjon.

Det er også en klar oppfordring/krav om dialog med bruker, lege og arbeidsgiver.»

Når det gjaldt hvilke rutiner Nav har for å ivareta lovens krav om brukermedvirkning svarte direktoratet at «[h]ensikten med brukermedvirkning, er at personer som av ulike årsaker er falt ut av eller ikke er kommet inn på arbeidsmarkedet, skal møte et offentlig tjenestetilbud som kan yte rask og individuelt tilpasset hjelp i en slik situasjon. Målet om en helhetlig arbeids- og velferdsforvaltning innebærer at forvaltningen skal ha fokus på hele mennesket og brukerens samlede bistandsbehov». Direktoratet skrev også:

«Arbeids- og velferdsforvaltningsloven § 15 lovfester Nav-kontorets plikt til å få utarbeidet individuell plan for den som har behov for langvarige og koordinerte tjenester, og at kontoret skal samarbeide med brukeren og andre tjenesteytere om planen. Ordningen med individuell plan kan sees som en ny arbeidsmetode ved at den utfordrer tjenesteytere, etater, institusjoner og kommuner om å organisere og samarbeide på nye måter. Arbeidsmetoden forutsetter en målrettet innsats der de samarbeidende har kjennskap og tillit til hverandre og et felles kompetansegrunnlag.

Brakermedvirkning må innarbeides som en arbeidsform i Nav-kontorene. Her har vi en utfordring. Det er nødvendig å utvikle en kompetanse og en kultur som gir brukerne og deres organisasjoner mulighet til deltakelse og innflytelse. På bakgrunn av dette er det iverksatt en rekke opplærings tiltak internt i etaten. Det pågår også flere prosjekter hvorav ett av dem, 'Implementering av brukermedvirkning i Nav', ledes av Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon. Prosjektet skal gjennom brukermedvirkning bidra til at funksjonshemmedes interesser på best mulig måte blir representert i sammenhenger som kan ha innflytelse på den enkeltes situasjon. Tidsrammen for prosjektet er juni 2007 til juni 2008.

Etter sammenslåingen av etatene er det opprettet nye brukerutvalg både sentralt og regionalt i etaten.

Direktoratets sentrale brukerutvalg har konstituert seg og gjennomført to møter i andre halvår (2006), og planlegger en møteplan med minimum et møte hvert kvartal. Brukerutvalget er sammensatt av representanter for store og bredt sammensatte brukerorganisasjoner, samt at utvalget har representanter fra både arbeidsgiver-sammenslutningen (NHO) og fra arbeidstakerorganisasjonene (LO). Det legges opp til at det sentrale brukerutvalget skal behandle saker av en strategisk karakter. Det er også brukerutvalg på regionalt/lokalt nivå. Medvirkning med bruker-

organisasjonene ble også etablert i forbindelse med oppstart av pilotkontor.

I tillegg til brukerutvalgene er det betydelig kontakt med brukerorganisasjoner, både i møter og deltakelse i prosjekter.»

På spørsmålet om Nav hadde registrert et ønske eller et behov om at familien (husstanden) blir sett og vurdert i sammenheng hvis flere familiemedlemmer er samtidig «aktive brukere» av rettigheter etter folketrygdloven, svarte direktoratet:

«I enkelte fylker har man egne kontaktpersoner for familier som har barn med spesielle behov. Målet med å ha en egen kontaktperson ved hvert Nav kontor er at familier med sterkt funksjonshemmede barn skal ha en kontaktperson å forholde seg til. Internt i etaten skal kontaktpersonen fungere som en koordinator for alle stønadskrav/all informasjon vedrørende barnet, slik at familien skal slippe å fortelle sin historie til flere enn sin kontaktperson.

Når det gjelder spørsmålet om etaten har retningslinjer for hvordan etaten skal møte brukere med behov for tilpasning til øvrig families behov er svaret nei. Etaten ser informasjon og veiledning som en av sine kjerneoppgaver. Hovedmålet med den kartleggingen Nav kontoret skal gjøre er nettopp å ta hensyn til brukerens samlede behov og derigjennom ta hensyn til den enkeltes familiesituasjon.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon, Mental Helse Norge, Multippel Sklerose Forbundet i Norge, Norsk Epilepsiforbund og Foreningen for hjertesyrke barn har alle uttrykt bekymring og til dels misnøye i forhold til enkelte sider ved Navs forvaltning av folketrygdloven overfor en del av deres medlemmer som alle er funksjonshemmede brukere. Det gjelder særlig lokalkontorenes ivaretagelse av informasjonsansvaret, veiledningsplikten og utredningsansvaret overfor funksjonshemmede brukere i saker om sykdomsrelaterte ytelser etter folketrygdloven.

Den påståtte veiledningssvikt som ble tatt opp og problematisert av FFOs underorganisasjoner i forbindelse med mine undersøkelser, gjaldt først og fremst svikt ved den personlige veiledning brukeren mottok fra saksbehandler ved Nav-kontoret enten ved personlig fremmøte eller over telefon i forkant av eller i direkte forbindelse med en søknad om en ytelse etter folketrygdloven. Noen ganger førte saksbehandlers veiledningssvikt til at søknadsprosessen ble tyngre for brukeren både mentalt og faktisk/praktisk enn den ellers ville ha vært. Det er uheldig hvis slikt skjer.

Enda mer alvorlig er det hvis veiledningssvikten resulterer i at en bruker søker om og får innvilget en annen ytelse enn den han eller hun burde fått, dersom brukerens reelle behov og muligheter hadde kommet bedre frem i veiledningsfasen. Svært alvorlig er det også at veiledningssvikten ifølge de funksjonshem-

medes interesseorganisasjoner i noen tilfeller førte til at den funksjonshemmede brukeren mistet motet eller troen på at det overhodet nyttet å søke om en ytelse som han eller hun overveiende sannsynlig ville ha krav på etter folketrygdloven.

Etter foreningenes oppfatning kunne den veiledningssvikt en del av deres medlemmer var blitt utsatt for som regel føres tilbake til en av tre hovedkategorier av feilkilder eller en kombinasjon av disse:

- Saksbehandler manglet det foreningene mente var elementær kunnskap om den funksjonshemmedes behov og muligheter som følge av sin funksjonshemming.
- Saksbehandleren hadde en forutinntatt og feilaktig oppfatning av den aktuelle funksjonshemmings innvirkning på brukerens behov og muligheter.
- Brukeren opplevde søkersituasjonen som ydmykende på grunn av det han eller hun oppfattet som en nedlatende holdning fra saksbehandlers side, og klarte derfor ikke å konkretisere sitt veiledningsbehov i tilstrekkelig grad, eventuelt nyttiggjøre seg ellers rett veiledning på en hensiktsmessig måte.

Formålet med veiledningsplikten etter lov om behandlingssmåten i forvaltningsaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 11, jf. folketrygdloven § 21-1 overfor (funksjonshemmede) brukere som oppsøker Nav, er blant annet at brukeren skal få, om nødvendig av Navs eget tiltak, den veiledning de har behov for, for eventuelt å kunne fremme sin søknad på «best mulig måte». Jeg betviler ikke Arbeids- og velferdsdirektoratets forsikring i svarbrevet hit om at Arbeids- og velferdsetaten har et konstant sterkt fokus på veiledning og informasjon. De erfaringer Mental Helse Norge, Multippel Sklerose Forbundet i Norge, Norsk Epilepsiforbund og Foreningen for hjertesyrke barn har formidlet til ombudsmannen, samt min egen erfaring basert på tidligere saker her, viser likevel at dette ikke uten videre er tilstrekkelig for å sikre at brukerne får den veiledning og informasjon de har krav på etter loven. Jeg deler derfor direktoratets syn om at ivaretagelsen av informasjons- og veiledningsplikten vil være en stor utfordring for Nav i tiden fremover.

Den veiledningssvikt som Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon, Mental Helse Norge, Multippel Sklerose Forbundet i Norge, Norsk Epilepsiforbund og Foreningen for hjertesyrke barn mener å ha erfart gjennom sine medlemmers tilbakemeldinger synes nettopp å illustrere og konkretisere denne utfordringen noe nærmere. Det gjelder blant annet at «førstelinjen» synes å trenge bedre innsikt i og forståelse for at én og samme funksjonshemming eller sykdom kan gi svært forskjellig utslag, og derfor ikke behøver å

føre til (tilnærmet) samme (slags) behov hos alle med tilsynelatende samme diagnose.

En søknad om sykdomsrelaterte trygdeytelser vil regelmessig kreve at søkeren må gjøre rede for, nærmest blottlegge, eget strev og det vedkommende selv kanskje kan ha opplevd som egne «nederlag» som følge av sykdommen. Det er naturlig om dette i kombinasjon med sakens betydning for egen økonomisk trygghet kan innvirke på brukerens individuelle opplevelse og personlige håndtering av søknadssituasjonen. Viktigheten av at brukerne konsekvent blir møtt med en respektfull, åpen og lyttende holdning kan derfor vanskelig understrekes sterkt nok. Holdningsarbeidet overfor de ansatte på Nav-kontorene bør derfor fokusere sterkt på at de som er med og forvalter folketrygdloven (og arbeidsmarkedstjenesteloven) i enkeltsaker dermed er delaktige i behandlingen av saker som ofte vil være av stor betydning for brukernes økonomiske trygghet.

Alle involverte kan i utgangspunktet synes enige om at det er en selvfølge at brukerne skal møtes med en respektfull og lyttende holdning. Min erfaring fra andre saker etter folketrygdloven viser likevel at kontinuerlig opplæring og påminnelse om hva som er rett holdning å møte brukerne med synes påkrevd innen Arbeids- og velferdsetaten. Jeg har derfor spesielt merket meg at direktoratet «tar det som et alvorlig signal» at de av FFOs underorganisasjoner som ombudsmannen har vært i kontakt med mener å ha erfaringsgrunnlag for at (en del av) den veiledning noen av deres medlemmer har fått ved henvendelse til sitt tidligere trygdekontor eller lokale Nav-kontor ikke har vært i samsvar med den veiledningsplikt som er nedfelt i folketrygdloven § 21-1 jf. forvaltningsloven § 11. Jeg forventer således at direktoratet i det videre arbeidet med å forbedre og utvikle de ansattes fagkunnskap innen arbeid og helse, de ansattes evne til å «kartlegge brukernes behov», og hele etatens kompetanse og kultur med sikte på reell brukervedvirkning både for brukerne og deres organisasjoner, også tar hensyn til de kritiske synspunktene på førstelinjens overholdelse av veiledningsplikten og informasjonsansvaret som er kommet frem i forbindelse med undersøkelsene herfra.

Så omfattende som Nav-reformen er, har jeg forståelse for at det vil kunne forekomme omstillings- og overgangsproblemer av forskjellig slag. Likevel er det også i forbindelse med omorganiseringer påkrevd at brukernes behov for og rett til løpende informasjon om saksbehandlingen, herunder informasjon om hvor en konkret sak til enhver tid befinner seg og hvilket organ som skal treffe vedtak, blir ivarettatt på en tilfredsstillende måte. Etter det som er kommet frem her i forbindelse med de undersøkelser som har vært gjort i denne saken, kan det synes som om en del brukere ikke har fått tilfredsstillende informasjon om

hvordan omorganiseringen av saksbehandlingen i forbindelse med Nav-reformen har påvirket behandlingen av deres sak. Det gjelder særlig samarbeidet og informasjonsutvekslingen mellom Nav lokalkontor og den Nav forvaltningsenheten som skal treffe vedtak i saken.

Det synes også som om det har vært svært vanskelig for de funksjonshemmedes interesseorganisasjoner på generelt grunnlag å få klarhet i hvorledes det vil påvirke saksgangen i deres medlemmers enkeltsaker at Nav lokal nå kun skal forberede sakene, mens en forvaltningsenhet/spesialenhet skal fatte vedtak. Det er nærliggende å anta at dette kun er et informasjons- eller kommunikasjonsproblem. Jeg ber derfor om at Arbeids- og velferdsetaten så raskt som mulig vurderer om det bør tas kontakt med FFO for å kartlegge om dette er et problem, hvilket omfang det har, og eventuelt løser dette informasjonsproblemet på best mulig måte.

Jeg har ellers merket meg at det nå blant annet er igangsatt en rekke opplæringstiltak internt i Arbeids- og velferdsetaten for å utvikle den kompetansen og kulturen som er nødvendig for å innarbeide brukermedvirkning som en arbeidsform i Nav-kontorene. Direktoratet bør her, selv om det ikke ble utvetydigg uttalt i brevet 31. juli 2007, legge det samme i begrepet «brukermedvirkning» som Arbeids- og inkluderingsdepartementet gjorde i Stortingsmelding nr. 34 1996-97 punkt 7.3.8. Der heter det:

«Brukermedvirkning vil si at de som berøres av en beslutning, eller er brukere av tjenester, får innflytelse på beslutningsprosesser og utforming av tjenestetilbudet.»

Om noe tid – når Nav-reformen har virket en tid – vil jeg vurdere en ny undersøkelse overfor Nav av eget tiltak, særlig i forhold til hvorledes den individuelle brukermedvirkningen i praksis er blitt implementert i beslutningsprosessene og i utformingen av tjenestetilbudene.

Jeg har ellers notert meg at det i enkelte fylker nå finnes egne kontaktpersoner for familier som har barn med spesielle behov, og at kontaktpersonen skal fungere som en koordinator innad i etaten for dette barnets stønadskrav. Arbeids- og velferdsdirektoratet har i svarbrevet hit 31. juli 2007 også opplyst at etaten *ikke* har retningslinjer for hvordan etaten skal møte brukere med behov for at deres tjenestebehov tilpasses den øvrige familiens tjenestebehov. Jeg forstår svaret likevel slik at direktoratet er av den oppfatning at selv om Nav ikke har slike retningslinjer, så blir slike samordningsbehov likevel vurdert og tatt hensyn til i forbindelse med Nav-kontorets kartlegging av den enkelte brukers samlede behov fordi brukers familietsituasjon da er et relevant moment uansett.

Det er ingen grunn til å betvile at Nav har gode intensjoner om å imøtekomme ønsker og behov for harmonisering og samordning av Navs tjenesteytelser i familier hvor flere familiemedlemmer har behov for slike ytelser. Etter de erfaringer Mental Helse Norge, Multippel Sklerose Forbundet i Norge, Norsk Epilepsiforbund og Foreningen for hjertesyke barn har formidlet til ombudsmannen, synes det likevel som om slike familier kan ha vanskelig for å bli hørt hos Nav når det gjelder behovet for se familiens situasjon under ett og i sammenheng når det er flere familiemedlemmer som har krav på tjenesteytelser etter folketrygdloven. Jeg ber derfor direktoratet overveie om det kan være hensiktsmessig å fastsette retningslinjer på dette området, herunder om det tilsvarende for familier med barn med spesielle behov kan etableres egne kontaktpersoner i fylkene for familier som har flere medlemmer med sammensatte tjenestebehov, særlig der det er flere barn i samme familie med slike behov.

Jeg ber om å bli holdt orientert om hvorledes Arbeids- og velferdsdirektoratet vil følge opp de henstillinger og synspunkter jeg har gitt uttrykk for i denne uttalelsen.»

Arbeids- og velferdsdirektoratet svarte med å gi ombudsmannen en orientering om pågående og planlagte prosjekter og tiltak som direktoratet mente ville forbedre de forholdene som ombudsmannen hadde påpekt i sin uttalelse.

I et brev til Arbeids- og velferdsdirektoratet kommenterte ombudsmannen disse prosjektene og tiltakene slik:

«1. Ivaretagelse av veilednings- og opplysningsplikten, informasjonsansvaret og utredningsplikten overfor funksjonshemmede brukere.»

Det opplyses at direktoratet har hatt og fortsatt har oppmerksomheten rettet mot veiledning og informasjon og at det tas som et alvorlig signal at grupper av brukere ikke deler denne oppfatningen. Det fremheves at ett av hovedmålene med Nav-reformen er å gjøre det enklere for brukerne og tilpasse forvaltningen brukernes behov. For å nå dette målet arbeides det med blant annet å utvikle:

- «– organisasjonen, slik at førstelinjen skal kunne konsentrere seg om de brukernære tjenester
- en systematisk arbeidsmetode for veiledning og oppfølging som skal sørge for at veilederne tar utgangspunkt i brukerens helhetlige situasjon og tilby en individuelt tilpasset service fra Nav– kalt arbeidsevnevurdering
- ulike kompetansehevingsprogram for medarbeidere i Nav som skal sikre god brukerkontakt og gjennomføring»

Arbeids- og velferdsdirektoratet opplyste i denne sammenheng at Nav i løpet av et år får ca. 10 millioner brukerhenvendelser per telefon, har ca. 35 milli-

oner registrerte besøk på Internett og at Nav lokalt møter ca. 1 million brukere.

Det byr på utfordringer å informere godt om rettigheter til alle brukerne som på en eller annen måte er i kontakt med Nav. Mange brukere henvender seg til Nav i vanskelige faser av livet og kan da ha akutte behov for ytelser fra folketrygden. Med utgangspunkt i folketrygdloven og forvaltningsloven må det legges til grunn at brukerne har en omfattende rett til informasjon og veiledning. For funksjonshemmede vil ofte den direkte kontakten med Nav nødvendigvis måtte bli av mer langvarig karakter. At disse brukernes første møter med Nav skjer på en måte preget av gjensidig tillit og respekt er derfor viktig. I arbeidet med å forbedre, utvikle og kvalitetssikre de ansattes fagkunnskap innen arbeid og helse, må Nav fortsette å legge vekt på de kritiske synspunktene på førstelinjens overholdelse og praktisering av veiledningsplikten og informasjonsansvaret som kom frem i undersøkelsen.

Ombudsmannen var en av høringsinstansene til Arbeids- og inkluderingsdepartementets høringsbrev 13. desember 2007 om forslag til ny stønad til erstatning for rehabiliteringspenger, attføringspenger og tidsbegrenset uførestønad. Jeg er derfor kjent med at det skal innføres en ny stønad fra 1. januar 2009 kalt «arbeidsavklaringspenger» og at «arbeidsevnevurdering» vil innføres som metodikk i Nav fra høsten 2008. At brukermidvirkning vil inngå som en vesentlig del av denne metodikken synes helt nødvendig for å få til en realistisk vurdering.

2. Holdningsskaping: Viktigheten av at brukerne møtes med respekt og en åpen og lyttende holdning.

Et flertall brukere er fornøyd med Nav, også innen brukergrupper som kan ha sammensatte problemer og behov, for eksempel når det gjelder helserelatert tilpasning til arbeidslivet. Samtidig er det en kjensgjerning at det også er relativt mange brukere som opplever at de ikke er blitt møtt og veiledet på den måten de har krav på etter loven og god forvaltningsskikk.

Jeg har merket meg Navs uttalelse om at møtet mellom veiledere og brukere skal bygge på respekt, forståelse og innlevelsesevne og at Nav i tillegg skal sikre brukernes rett til innflytelse og medvirkning. Dette er nødvendige forutsetninger for at veiledningsplikten og informasjonsansvaret kan utøves på en effektiv og hensiktsmessig måte, jf. også bemerkningene under pkt. 1 ovenfor. Kompetanseløftet som det er lagt opp til i 2008 med henblikk på å utvikle større profesjonalitet i møte og samhandling med brukere for behovsavklaring og handlingsplanlegging vil derfor bli fulgt med stor interesse. Det er for øvrig forståelig at direktoratet i denne forbindelse også påpeker Navs dobbeltrolle ved både å skulle ta

utgangspunkt i brukerens ståsted og ønsker, og samtidig ivareta en «portvokterrolle i forhold til ulike typer stønader, og også de tiltak [Nav] kan benytte i forhold til den enkelte.»

3. Behovet for forbedring og utvikling av de ansattes fagkunnskap innen arbeid og helse og evnen til å kartlegge brukernes behov.

Under dette punktet skrev direktoratet blant annet:

«I Nav skal fokuset dreies fra sykdom og diagnose til det enkelte menneskes evne og muligheter. Sivilombudsmannens rapport etterlyser kompetanse på diagnoser. Nav er klare på at det er brukerperspektiv, brukermidvirkning og fokus på brukeres muligheter og potensialer som skal kjennetegne reformen. Det budskapet og utgangspunktet som promottes internt er at den enkelte er unik, og har unike bistandsbehov – på tvers av en lang rekke potensielle målgrupper (alder, kjønn, etnisitet, type funksjonshemming osv). Vi anser det samtidig som urealistisk og uhensiktsmessig å ha som ambisjon at Nav-kontorene skal ha kompetanse på flere titalls funksjonshemninger. Vi bør imidlertid kjenne til hvor det utenfor Nav finnes slik kompetanse som vi kan spille på lag med.»

Nav må i tillegg sikre at det også faktisk blir gjennomført slike lagspill med fagkompetansen utenfor Nav når Nav-kontorenes egen kompetanse ikke strekker til. Ombudsmannen forutsetter derfor at Nav alt har eller nå sørger for å utarbeide retningslinjer som gjør det lett for saksbehandler rutinemessig å bli oppmerksom på behovet for denne type spesialkompetanse når det dukker opp, og tilsvarende lett da å ta kontakt med de utenfor Nav som besitter den aktuelle kompetansen.

Jeg har ellers merket meg at Nav i samarbeid med Helsedirektoratet har utviklet en egen strategiplan innenfor arbeid og psykisk helse hvor det rettes søkelys mot å møte disse brukernes spesielle behov. Det samme gjelder så vel kompetansehevingsprogrammene for å få ansatte bedre rustet til å koordinere tjenester for personer med psykiske lidelser ved overgang til arbeidsrettede tilbud, og at Nav i noen fylker har igangsatt prosjekter for bedre å bistå unge funksjonshemmede inn i arbeidslivet.

Direktoratet har også opplyst at Nav i større grad enn tidligere ønsker å bruke de rådgivende legene i den første fasen brukeren er i kontakt med Nav. På denne måten mener Nav at den rådgivende legens helsekompetanse kan gjøres nytte av i avklarings- og oppfølgingsprosesser. Rådgivende leger er også ment å være pådrivere i dialogen med behandlerne, slik at brukernes egne leger blir mer bevisst på mulighetene til arbeid og aktivitet.

Jeg er kjent med at brukere i en del tilfeller har opplevd rådgivende leges befatning med egen sak som en vanskelig akseptert og tilsynelatende dårlig fundert overprøving av egen lege/spesialists diagnose/oppfatning av brukerens (rest)arbeidsevne. Det må derfor understrekes at også rådgivende leges virksomhet, selv om den for en stor del skal være av kontrollerende art, også må bygge på brukerens opplevelse og forståelse av den situasjonen hun eller han er i.

4. Utvikling av etatens kompetanse og kultur med sikte på reell brukermedvirkning for brukerne og deres organisasjoner.

Jeg har merket meg direktoratets informasjon om de ulike steder der brukermedvirkning er gjennomført, henvisningen til den nye arbeidsmetoden med arbeidsevnevurdering, og at det i dette arbeidet skal legges opp til å operasjonalisere og sikre faktisk brukermedvirkning på en kvalitativt bedre måte enn tidligere. Nav bes om å informere om hvordan brukermedvirkningen har fungert når ordningen med obligatorisk egenvurdering i tilfelle har vært evaluert.

5. Manglende informasjon om hvordan omorganiseringen av saksbehandlingen i Nav-reformen har påvirket behandlingen av brukernes sak, herunder hvor en konkret sak til enhver tid befinner seg og hvilket organ som skal treffe vedtak.

Under dette punktet skrev Arbeids- og velferdsdirektoratet blant annet:

«Med ny organisering kan det i en innledende fase oppstå tvil både hos ansatte og brukere om hvem som skal gjøre hva. De ulike enhetene skal hele veien bestrebe seg på at det går mest mulig smidig sett fra brukerens ståsted. Det helhetlige ansvaret for å svare brukeren ligger fortsatt på Nav-kontoret. Brukere skal selvfølgelig få korrekt informasjon om status i egen sak uavhengig av hvor i Nav de henvender seg. Brukere som trenger ytterligere bistand fra Nav i form av mer oppfølging rundt egen sak, skal også få det.

Sivilombudsmannen ber om at det vurderes å kontakte FFO for kartlegging av om informasjonen/kommunikasjonen rundt dette er et problem og hvilket omfang det eventuelt har. Arbeids- og velferdsdirektoratet viser til (under punkt 4) at utvikling av nye tjenester i Nav skal skje med reell brukermedvirkning. FFO er en av de mange organisasjonene som er representert i Navs brukerutvalg. Vi ser det som naturlig at FFO spesifiserer og tar opp denne type problemstillinger i dette forum slik at Nav kan få forståelse av om dette er et mer generelt problem som Nav har, eller om dette er et mer spesifikt problem for de brukere som FFO representerer.»

Jeg har ingen merknader til dette.

6. *Hensiktsmessigheten av å fastsette retningslinjer for harmonisering og samordning av Navs tjenesteytelser overfor familier hvor flere familiemedlemmer har behov for tjenester/ytelser (herunder eventuell etablering av egne kontaktpersoner i fylkene for familier med slike behov).*

I noen familier er det flere familiemedlemmer som har behov for sammensatte tjenesteytelser fra Nav.

Arbeids- og velferdsdirektoratets svar under dette punkt forstås slik at direktoratet deler min oppfatning om at disse familiene kan ha behov for at Nav, ved planlegging, organisering og ivaretagelse av tjenesteytelser overfor det enkelte familiemedlem, har rutiner som sørger for å koordinere dette på en måte som også tar hensyn til familiens behov og situasjon som en samlet enhet. Jeg har merket meg at direktoratet på denne bakgrunn vil vurdere mitt forslag om å utarbeide særskilte retningslinjer – herunder opprettelse av egne kontaktpersoner – for å ivareta disse familienes spesielle behov.

Som nevnt i min uttalelse 31. januar 2008, vil jeg – når Nav-reformen har virket en tid – vurdere en ny undersøkelse overfor Nav av eget tiltak, spesielt med henblikk på hvorledes den individuelle brukermedvirkningen i praksis blir implementert i beslutningsprosessene og i utformingen av tjenestetilbudet, særlig Navs bebudede nye arbeidsevnevurdering.»

40.

Bortfall av krav på ventestønad

(Sak 2007/1385)

A fikk stanset ventestønaden sin etter at Nav ved en gjennomgang av saken fant at han var blitt innvilget ventestønad på feil grunnlag. Årsaken var at A etter Navs oppfatning ikke hadde vært «helt ledig» på søknadstidspunktet etter forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 10-2 første ledd nr. 3, ettersom han i perioden det gjaldt hadde utført små daglige oppdrag på cirka en halv time per dag i totalt elleve dager for en potensiell arbeidsgiver. Nav anså oppdragene som utført arbeid.

Ombudsmannen la til grunn at oppdragene som var utført måtte karakteriseres som et grensetilfelle i forhold til vilkåret om «helt ledig», men at de øvrige omstendighetene i saken tilsa at A var «helt ledig». Etter en samlet vurdering kom ombudsmannen til at det forelå begrunnet tvil om stansingen av ventestønaden til A i dette tilfellet var riktig. Det ble i vurderingen lagt vesentlig vekt på forpliktelseselementet i oppdragene, graden av fasthet og varighet, As formål med å utføre oppdragene og formålet bak reglene. Ombudsmannen ba derfor Nav vurdere saken på nytt.

A ble innvilget ventestønad 25. april 2005. Etter en gjennomgang av As sak, fant imidlertid Nav Oslo Vest arbeid at A var blitt innvilget ventestønad på feil grunnlag, og stanset derfor i vedtak 9. mars 2007 ventestønaden fra 5. mars 2007. Årsaken var at Nav Oslo Vest arbeid mente A ikke hadde vært «helt ledig», jf. forskrift om arbeidsmarkedstiltak 20. desember 2001 nr. 1544 § 10-2 første ledd nr. 3, når dagpengeperioden hans ble avsluttet, «dvs. resterende meldeperiode der dagpengene opphører og hele påfølgende meldeperiode». Nav Oslo Vest arbeid viste til at på «det siste meldekortet det ble utbetalt dagpenger for (uke 14 og 15 2005) krysset du av for arbeid 6 dager (0,5 timer 5, 6, 7 samt 12, 14, 15 april 2005), på det neste meldekortet (uke 16 og 17 2005) krysset du for arbeid 5 dager (0,5 timer 19, 21 samt 26, 28, 29 april 2005)». Det ble derfor lagt til grunn at A ikke var «helt ledig» på søknadstidspunktet, og at han dermed ikke fylte inngangsvilkårene for ventestønad. Arbeidet det var krysset av for på meldekortene besto i «små oppdrag for selskap B» og oppdragene var «å anse som utført arbeid». Utførelsen av arbeidet var ikke avtalt på forhånd med selskapet, men ble tilbudt ved at A daglig møtte opp hos selskapet. Arbeidet ble utført dels for å avvikle næringsvirksomhet til A og dels for å vise interesse overfor selskapet i håp om å få jobb der. A var ikke forpliktet til å stille opp hos B, og arbeidet han påtok seg daglig på en halv time forpliktet ham ikke noe ut over det konkrete arbeidet der og da. Tilsvarende var selskapet ikke forpliktet til å tilby ham noe arbeid.

Da det ikke var sendt forhåndsvarsel til A om stans av ventestønad, ble A i april 2007 innvilget ventestønad i fire uker fra opprinnelig stansdato 5. mars 2007, ettersom Nav Oslo Vest arbeid i ettertid anså det «å være for strengt å stanse ventestønaden med umiddelbar virkning». Nav Oslo Vest arbeids vedtak 9. mars 2007 ble påklaget til Nav Klage og anke Sør som 28. juni 2007 opprettholdt Nav Oslo Vest arbeids vedtak.

Nav Klage og anke Sør ble i brev herfra bedt om å redegjøre nærmere for tolkningen og forståelsen av vilkåret «helt ledig» i arbeidsmarkedsforskriften § 10-2 første ledd nr. 3, og praksis i tilknytning til dette vilkåret. Det ble herunder bedt redegjort for hvorvidt «strøjobber» den søkende tar som ikke forplikter den søkende ut over en dag, og heller ikke nødvendigvis ut over en halv time den ene dagen, innebærer at den søkende ikke er «helt ledig». Dessuten ble det stilt spørsmål om det ikke er nødvendig at den søkende inngår et noe fastere, mer langvarig og/eller gjensidig forpliktende forhold med oppdragsgiver/arbeidsgiver for at man ikke skal være «helt ledig» enn det som var tilfellet i denne saken, eller om enhver form for lønnet arbeid hvor enn kortvarig, uforpliktende, løst og usikkert dette er, vil innebære at man ikke er

«helt ledig». Videre ble det stilt spørsmål om hvilken betydning det hadde at det arbeid A påtok seg hos selskapet aldri forhindret ham fra til enhver tid å kunne påta seg (fullt) arbeid andre steder. Det ble også stilt spørsmål om det ville hatt noen betydning for saken dersom A kun hadde utført arbeid hos selskapet en dag, eventuelt kun et par eller et fåtalls dager og ikke elleve dager. Nav Klage og anke Sør ble videre bedt om å redegjøre for hvilken veiledning som normalt gis arbeidssøkende om i hvilken grad og på hvilken måte de kan påta se arbeid og/eller vise interesse hos potensielle arbeidsgivere uten at dette innebærer at de ikke er «helt ledig[e]», samtidig som de skal være reelle arbeidssøkere. Det ble stilt spørsmål om søkerne gis noen forklaring/orientering om hva som ligger i vilkåret «helt» ledig, og om Nav Klage og anke Sør mente at den veiledning som gis er tilfredsstillende. Avslutningsvis ble det også bedt redegjort for hvilken veiledning som ble gitt A i denne saken, og om Nav Klage og anke Sør mente denne veiledningen var tilfredsstillende.

Nav Klage og anke Sør viste innledningsvis til at Nav Klage og anke Sør forholder seg til «fast forvaltningspraksis som er nedfelt i rundskriv om ventestønad gitt av Arbeids- og velferdsdirektoratet», og siterte fra «[f]ast forvaltningspraksis» følgende:

«For å ha rett til ventestønad, må arbeidssøkeren være helt ledig/ikke permittert når dagpengeperioden avsluttes, dvs. i resten av meldeperioden der dagpengene opphører og hele den påfølgende meldeperioden.»

På bakgrunn av dette anførte Nav Klage og anke Sør følgende:

«Det fremgår av A sine meldekort at han har ført arbeidede timer på meldekort i meldeperioden dagpengene opphørte og påfølgende meldeperiode. På denne bakgrunn anses ikke A å være helt ledig, og han fyller derfor ikke kravet til å anses som helt ledig på søknadstidspunktet for ventestønad, jf. forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 10-2 nr. 3.

A har heller ikke vært helt ledig i sin dagpengeperiode, da han har ført timer på nesten samtlige meldekort siden han meldte seg som arbeidssøker til Nav i 2002. På denne bakgrunn anses han å ha vært delvis sysselsatt i dagpengeperioden. Det fremgår av innsendte meldekort fra A at han også har ført timer [på] nesten samtlige meldekort helt frem til januar 2007.»

Nav Klage og anke Sør siterte så videre fra «[f]ast forvaltningspraksis»:

«Person som driver selvstendig næringsvirksomhet, herunder enkeltmannsforetak, fyller ikke inngangsvilkårene for rett til ventestønad når det er aktivitet i virksomheten. Dette gjelder uansett arbeidets omfang eller størrelsen på næringsinntekten. Arbeidssøker som ved utløpet av dagpen-

geperioden har registrert et enkeltmannsforetak, kan ha rett til ventestønad dersom det ikke er aktivitet i virksomheten. Skriftlig egenerklæring om ”sovende selskap” uten aktivitet kan være tilstrekkelig dokumentasjon.»

Det ble så anført:

«Dersom A var i ferd med å avvikle næringsvirksomhet på søknadstidspunktet for ventestønad innebærer dette at han på den bakgrunn ikke fyller vilkåret for rett til ventestønad, jf. forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 10-2 nr. 3.»

Nav Klage og anke Sør viste deretter til kravet i folketrygdloven § 4-5 om at man må være reell arbeidssøker for å ha rett til ventestønad og dagpenger, og at det ved søknad om begge disse ytelsene gis «god informasjon om kravet som stilles til at man må være reell arbeidssøker». Med henvisning til folketrygdloven § 4-5 og forskrift om dagpenger under arbeidsledighet 16. september 1998 nr. 890 § 4-1 viste Nav Klage og anke Sør videre til at disse bestemmelsene innebærer at «dersom A unnlot å vise interesse for potensielle arbeidsgivere, unnlot å påta seg arbeid eller ikke aktivt forsøke å skaffe seg arbeid dersom dette var mulig», så ville A ikke fyller vilkårene i nevnte bestemmelser.

På spørsmålene herfra om veiledningen og veiledningsplikten til Nav opplyste Nav Klage og anke Sør at «Nav lokalt skal informere om plikter og rettigheter den enkelte stønadssøker har». Det ble videre opplyst at «[d]et gis en grundig og god informasjon om utfylling av meldekort og føring av timer da det er dette som danner grunnlag for om ytelse kan innvilges, og dersom ytelse innvilges for at utbetaling av ytelsen skal være korrekt». Nav Klage og anke Sør forklarte at det ikke skal gis «informasjon av en slik karakter at det kan oppfattes som en omgåelse av gjeldende regelverk. Dersom A hadde mulighet for arbeid ved utløpet av dagpengeperioden hadde han plikt til å ta dette arbeidet. Man kan ikke velge å mota ytelser fra Nav fremfor å ta arbeid, da vil ikke vilkårene i folketrygdloven § 4-5, jf. forskriftens § 4-1 være oppfylt, noe som [er] et vilkår for å ha rett til ventestønad». Det ble videre vist til brosjyren «Ventestønad», som A skulle ha mottatt, «hvor det klart fremgår at du blant annet må være helt ledig når du søker og være reell og aktiv arbeidssøker for å ha rett til ventestønad. Personer som søker ventestønad har avsluttet en lang dagpengeperiode, og de er således godt kjent med kravene som stilles for å fyller vilkårene til reell arbeidssøker, jf. folketrygdloven § 4-5». Nav Klage og anke Sør var «derfor av den oppfatning at A har fått god informasjon og veiledning i denne saken».

As advokat kom med merknader til Nav Klage og anke Sørs redegjørelse og anførte fortsatt at veiled-

ningen fra Nav hadde vært mangelfull. Advokaten viste i denne forbindelse til at A, som en «oppegående og erfaren mann», til tross for den veiledning som var gitt hadde fylt ut meldekort «på en måte som senere får svært negative konsekvenser for ham». Videre mente advokaten kommentarene fra Nav Klage og anke Sør om at det ikke skal gis informasjon som kan oppfattes som en omgåelse av regelverket var egnet til å «mistenkeliggjøre» A og fremstille ham som «en som urettmessig forsøker å utnytte systemet». Advokaten mente dette ga et helt feil bilde av saken, og viste til at A ikke var tilbudt arbeid hos selskapet, men at han selv tok initiativ til å møte hos selskapet, og gjennom de daglige møtene forsøkte å skape mulighet for fast ansettelse. Dette mente advokaten ikke var arbeid i seg selv, men innsats for å skaffe arbeid, og at A hadde misforstått dette og ført oppmøtene på meldekortet. Advokaten mente også at As innsats for å skaffe arbeid gikk langt ut over lovens krav.

I forhold til veiledningen som var gitt fra Nav Oslo Vest arbeid mente advokaten at A ikke hadde fått veiledning «tilpasset sin spesielle situasjon, nemlig i forhold til avvikling av enkeltmannsforetak». Advokaten gjenga deretter kommentarer A hadde gitt til den veiledning han hadde mottatt. Av kommentarene fremgikk blant annet:

«Jeg kan ikke se at veiledning er blitt gitt. Forut for utløpet av dagpengeperioden tok jeg kontakt med Nav lokalt for å få informasjon om hva som skjer i og ved utgang av dagpengeperioden. Ved skranken den gangen ble det sagt at jeg kan søke om ventestønad, men saksbehandler (bak skranken) sa seg uenig og sier jeg må søke om utvidet dagpengeperiode, hvilket ble gjort der og da. I ettertid er jeg blitt kjent med at en betingelse for ventestønad er at søknad om utvidet dagpengeperiode er avslått, dette ble jeg ikke informert om. Det ble heller ikke der og da informert om ventestønad, eller betingelser for dette, noe som burde ha funnet sted. Tidspunktet for dette er ca 3 uker fra utløpet av dagpengeperioden, nøyaktig dato er nedfelt i Nav lokalt sitt datasystem på min person. Saksbehandlingstiden for forlenget dagpengeperiode var ca 3 uker og søknaden ble avslått.»

A opplyste at i forbindelse med «søkeprosessen» tilknyttet ventestønad «ble det delt ut infoskriv om ventestønad, men ikke tid til gjennomgang». Videre opplyste A:

«Den aktivitet som da vises på meldekort er ikke relatert til virksomheten, men å betrakte som jobbsøkeraktivitet. Logistikksjefen hos selskapet, som var en oppdragsgiver på den aktivitet som hadde funnet sted tidligere, var interessert i å ansette meg på hel eller deltid. I denne prosessen utførte jeg enkelte oppdrag for å vise interesse og vilje, Altså, aktiviteten var ikke relatert til næringsvirksomheten, men som en jobbsøker aktivitet.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Vilkårene for å ha rett til ventestønad etter å ha avsluttet en lang dagpengeperiode følger av forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 10-2 første ledd nr. 3. Et sentralt vilkår er kravet om at personen som søker om ventestønad må være «helt ledig» når dagpengeperioden avsluttes, dvs. i resten av meldeperioden der dagpengene opphører og hele den påfølgende meldeperioden. Spørsmålet er hvorvidt det arbeidet A utførte for selskapet i de to aktuelle meldeperiodene medførte at han ikke var «helt ledig» etter forskriftens § 10-2 første ledd nr. 3.

Nav Klage og anke Sør mener at vilkåret om «helt ledig» skal forstås slik at «arbeidssøkeren må være helt ledig/ikke permittert når dagpengeperioden avsluttes». Det er opplyst at dette er «fast forvaltningspraksis». Så vidt jeg kan se, gir denne forvaltningspraksisen liten veiledning ved tolkningen av vilkåret ut over det som allerede følger av ordlyden i bestemmelsen. Heller ikke øvrige rettskilder synes å gi særlig veiledning.

Ut fra ordlyden i forskriftens § 10-2 første ledd nr. 3 må utgangspunktet være at enhver form for arbeidsforpliktelse den søkende har påtatt seg mot betaling medfører at denne ikke er «helt ledig», jfr. ordet «helt». Ordlyden er nokså klar og stiller et strengt krav om at den arbeidssøkende ikke innehar noen form for arbeid. Like fullt må det i vilkåret «helt ledig» også ligge et krav, eller snarere en forutsetning, om at det må være tale om en viss grad av forpliktelse og/eller fasthet og/eller varighet på arbeidet for at man ikke skal anses «helt ledig», samt at det må være tale om arbeid som bærer et visst preg av å være et gjensidig forpliktende arbeidsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, jf. ordet «ledig». Det kan riktignok ikke oppstilles krav om noen omfattende forpliktelse eller langt arbeidsforhold for at man anses for ikke å være «helt ledig», men det må trekkes en grense mot de helt sporadiske, uforpliktende og kortvarige tilfeller av utført arbeid. En søker som samtidig påtar seg en times arbeid hos en potensiell arbeidsgiver for å vise sin kompetanse og/eller interesse, eventuelt i kombinasjon med et intervju, og som mottar en godtgjørelse for dette i håp om mer fast arbeid hos denne arbeidsgiveren, må kunne karakteriseres som «helt ledig», til tross for den ene timen med utført arbeid. Det følger av ordlyden, jf. ovenfor om ordet «ledig», og av sammenhengen mellom vilkåret om å være «helt ledig» og vilkåret om å være «reell arbeidssøker». Enhver form for godtgjørelse for enhver form for «arbeid», hvor sporadisk og ubetydelig dette enn er, utført i den hensikt å skaffe seg arbeid, kan ikke medføre at man mister retten til ventestøn-

ad. Dette vil være å stille uforholdsmessig strenge krav til når man er «helt ledig» når man samtidig skal være «reell arbeidssøker». Ventestønad er ment å dekke de grunnleggende og nødvendige utgiftene til livsopphold for den det gjelder. Å nekte eller stanse denne ytelsen får i alminnelighet store konsekvenser for den det gjelder. Det må derfor være en forholdsmessighet mellom det arbeidet som danner grunnlaget for å nekte ventestønad og de konsekvenser en nektelse eller stans av ventestønad får for stønadmottakeren. Dersom ventestønad nektes uansett hvor ubetydelig omfanget av arbeidet er, og uansett hva hensikten med arbeidet er, vil anvendelsen av regelverket lett få klart urimelige og uforholdsmessige konsekvenser.

A arbeidet i løpet av perioden det gjelder totalt 5,5 timer fordelt på en halv times arbeid elleve av dagene i perioden. Dette er for så vidt arbeid av noe omfang og må karakteriseres som et grensetilfelle i forhold til vilkåret om «helt ledig». Like fullt tilsier de øvrige omstendighetene i saken at A var «helt ledig», til tross for det arbeidet han hadde utført for selskapet. Jeg har i denne vurderingen lagt vesentlig vekt på at A i utgangspunktet ikke påtok seg en forpliktelse til å arbeide de elleve dagene, og selskapet ikke var forpliktet til å gi ham arbeid disse dagene. De elleve dagene var med andre ord ikke avtalt på forhånd og var prisgitt arbeidsgivers behov og tilfældigheter. Forpliktelselementet og preget av fasthet og varighet var nærmest fraværende. Det må også tas hensyn til at A i utgangspunktet påtok seg dette arbeidet for å vise interesse og kompetanse i håp om å få fast arbeid hos selskapet, i tråd med vilkåret om å være «reell arbeidssøker». Dersom et såpass sporadisk, uforpliktende og kortvarig arbeid som det A utførte skulle medføre at A ikke var «helt ledig», ville det lett føre til at en arbeidssøker ble tvunget til å innrette seg på en måte som ville være i strid med reglenes formål. Etter en samlet vurdering er jeg kommet til at det foreligger begrunnet tvil om stansingen av ventestønaden til A i dette tilfellet var riktig.

Jeg ber på denne bakgrunn om at saken vurderes på nytt, og ber om å bli underrettet om utfallet av en slik fornyet vurdering.»

Nav Klage og anke Sør opplyste senere at på bakgrunn av presiseringer fra Arbeids- og velferdsdirektoratet som følge av ombudsmannens uttalelse i saken, hadde Nav Klage og anke Sør omgjort vedtaket 28. juni 2007 om avslag på søknad om individstønad for A. Dette innebar videre at vedtaket hos Nav Oslo Vest arbeid 9. mars 2007 var opphevet, og at saken nå skulle vurderes på nytt av Nav lokal.

41.

Veiledende sats for stønad til livsopphold

(Sak 2007/911)

Foreningen Fattignorge m.fl. henvendte seg til ombudsmannen om grunnlaget for og måten beregningen av sosialhjelp skjer på. Søkelyset var særlig satt på de statlige og kommunale veiledende livsoppholdssatsene. Saken ble tatt opp med Arbeids- og inkluderingsdepartementet på generelt grunnlag.

Ombudsmannen understreket at det knytter seg viktige rettssikkerhetsmessige spørsmål til disse sakene. Svake punkter ved sosialhjelpsordningen ble påpekt, og departementet uttalte at disse vil bli fulgt opp.

Foreningen Fattignorge, Juss-Buss og Fagforbundet (heretter Fattignorge) henvendte seg våren 2007 til ombudsmannen om grunnlaget for og måten beregningen av sosialhjelp skjer på. Søkelyset var særlig satt på de statlige og kommunale veiledende satsene for stønaden. Saken ble på generelt grunnlag tatt opp med Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

Utmålingen av stønad til livsopphold etter sosialtjenesteloven er av stor betydning for livskvaliteten til den enkelte stønadsmottaker. Det knytter seg viktige rettssikkerhetsmessige spørsmål til behandlingen av disse sakene. Ombudsmannen behandler klagesaker fra enkeltmennesker om dette og ønsker å bidra til å synliggjøre disse rettssikkerhetsmessige spørsmålene slik at klagemuligheten kan bli brukt mer effektivt.

På denne bakgrunn og på grunn av de viktige rettssikkerhetsspørsmål som gjør seg gjeldende i sosialtjenestesaker generelt, ble flere generelle spørsmål tatt opp herfra med Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID). Jeg vil i det følgende gjennomgå og kommentere disse spørsmålene.

1. Beregning av de veiledende satsene

I sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 5-1 er det bestemt at:

«De som ikke kan sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid eller ved å gjøre gjeldende økonomiske rettigheter har krav på økonomisk stønad.

Stønaden bør ta sikte på å gjøre vedkommende selvhjulpent.

Departementet kan gi veiledende retningslinjer for stønadsnivået».

I AIDs rundskriv A-16/2006 er det gitt statlige veiledende retningslinjer for utmåling av stønad til livsopphold.

Fattignorge har anført at de veiledende satsene ikke har noen sammenheng med hva som faktisk er

nødvendig for å dekke utgifter til livsopphold og har stilt spørsmål om hvordan disse er beregnet.

I brev 18. juni 2007 ba jeg departementet redegjøre for det faktiske grunnlaget som de veiledende satsene bygger på.

Departementet har i brev 14. august og 26. oktober 2007, det siste utarbeidet etter oversendelse av merknader fra Fattignorge på departementets første brev, redegjort for beregningen av de veiledende satsene. Det er opplyst hvilke informasjonskilder som er benyttet, herunder SIFOs standardbudsjett for forbruksutgifter.

Av disse kildene gir forholdet til SIFOs standardbudsjett grunn til nærmere omtale. Det er i flere sammenhenger vist til at det er misforhold mellom dette standardbudsjettet og de veiledende satsene for sosialhjelp. Departementet har gjort rede for flere grunnleggende forskjeller. Stønad etter sosialtjenesteloven skal sikre et *forsvarlig livsopphold*, mens SIFOs standardbudsjett skal gi uttrykk for et *rimelig forbruksnivå*. Videre skal økonomisk stønad gi den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, et minimum av økonomisk trygghet og sikre et forsvarlig, nøkternt levesett, mens ambisjonen med standardbudsjettet er å gi en konkret illustrasjon av en kulturelt definert, nasjonal forbruksstandard for personer i inntektsgivende arbeid.

Det er videre redegjort for at økonomisk stønad i utgangspunktet er en *midlertidig ytelse*, der det i arbeidet med de veiledende satsene er lagt til grunn at disse skal rettes inn mot utgifter til det løpende, daglige livsoppholdet, og at stønad ved langtidsmottak ikke normeres særskilt. Standardbudsjettet er imidlertid et *langtidsbudsjett*, som i tillegg til de daglige, løpende utgifter, blant annet også omfatter utgifter til fornyelse av varige forbruksgjenstander («sparing»).

På bakgrunn av de prinsipielle forskjellene mellom standardbudsjettet og den økonomiske sosialhjelpen, har departementet funnet at de statlige retningslinjene må få en annen utforming enn standardbudsjettet, både med hensyn til hvilke utgiftskomponenter som omfattes av livsoppholdsbegrepet og beløp for de enkelte komponenter.

Departementet har også vist til at det i Rundskriv I-34/2001 til sosialtjenesteloven fremgår at det ved langvarig mottak av stønad vil være større behov for tilskudd til klær, terminvise utgifter, innkjøp av innbo, hvitevarer m.m. i tillegg til løpende ytelser. Videre er det vist til at den veiledende livsoppholdssatsen er ment som et utgangspunkt, og må sees i lys av at utmålingen skal skje på grunnlag av en individuell og konkret behovsvurdering.

Slik sosialtjenesteloven § 5-1 om økonomisk sosialhjelp er utformet, kan jeg ikke på rettslig grunnlag rette innvendinger til hvordan de veiledende satsene er beregnet.

Departementets redegjørelse viser imidlertid at når økonomisk sosialhjelp skal utmåles, er det svært viktig at forvaltningen er seg bevisst at det skal skje etter en konkret, skjønsmessig vurdering der situasjonen for og behovene og hensynet til den hjelpetrequende skal være retningsgivende. Veiledende satser kan være til hjelp ved den beregningen som skal foretas i det konkrete tilfellet, men må ikke automatisk legges til grunn.

2. Kommunenes praktisering av de veiledende satsene

Fattignorge har anført at selv om utmålingen av stønad etter sosialtjenesteloven § 5-1 skal skje etter en konkret, skjønsmessig vurdering, så legges de veiledende satsene likevel rutinemessig til grunn. Det hevdes at dette ikke er i samsvar med sosialtjenestelovens krav til forsvarlighet og rettssikkerhet.

Det ble på denne bakgrunn herfra bedt opplyst om departementet har oversikt over kommunenes praksis.

Departementet har redegjort for at det skjer en rapportering fra kommunene til staten om endringer i de kommunale satsene for økonomisk sosialhjelp (jf. KOSTRA). Dette gir departementet kunnskap om i hvilken grad kommunene har vedtatt satser som samsvarer med de veiledende statlige retningslinjene, og om kommunenes reguleringer av satsene for øvrig. Ut over dette har departementet ikke systematisk kunnskap om i hvilken grad den enkelte kommune utbetaler stønad lik den kommunale satsen. Departementet mener videre at slik informasjon uansett ikke vil kunne dokumentere at utbetalingene var for lave eller i strid med sosialtjenesteloven, da lavere satser enn den statlige veiledende blant annet kan skyldes at det varierer hvilke livsoppholdsutgifter kommunene inkluderer i sine satser og hvilke utgifter som dekkes i tillegg.

Selv om sosialtjenestelovens system er at stønad til livsopphold skal utmåles på grunnlag av en individuell og konkret behovsvurdering, mener departementet at de kommunale satsene vil gi en indikasjon på stønadsnivået. Det er redegjort for at det arbeides med å forbedre departementets grunnlag for å kunne foreta sammenligninger mellom kommunenes satser og mellom kommunale satser og de statlige veiledende satsene, og det pekes på at i den forbindelse vil praksis både når det gjelder inntekter og utgifter, være av betydning.

Jeg har merket meg det som opplyses om at det arbeides med å søke å sikre at departementet har en god oversikt over kommunenes praksis. Dette arbeidet er viktig for sentrale myndigheters mulighet for overordnet kontroll av at intensjonene i sosialtjenesteloven blir fulgt opp, og således for å kunne bidra til å ivareta sosialhjelpmottakernes rettssikkerhet. Også arbeidet med spørsmålet om internkontrollplikt og

tilsyn med forvaltningen av økonomisk sosialhjelp, jf. Ot.prp. nr. 70 (2006-2007) om lov om endringer i sosialtjenesteloven side 12, bør nevnes i denne forbindelse.

Regjeringen har varslet en evaluering av dagens system med veiledende retningslinjer, og det er opplyst at hensiktsmessigheten av en form for minstesats vil bli vurdert i den sammenheng.

Dersom kommunen automatisk legger satsen til grunn og ikke foretar en konkret og individuell vurdering i den enkelte sak, er dette forhold som kan – og bør – tas opp i klager til fylkesmannen i klagesak. En slik innvending kan også bringes inn for ombudsmannen i den enkelte sak.

3. Ulikheter mellom kommunene

Fattignorge har pekt på at de økonomiske levevilkårene til sosialhjelpsmottakere varierer fra kommune til kommune. Departementet ble spurt om det har noen oversikt som viser slike forskjeller, avhengig av oppholdskommune.

Departementet mener at de statlige veiledende retningslinjene har bidratt til å skape et felles utgangspunkt for saksbehandlingen i kommunene, men at det er variasjon fra kommune til kommune. Likevel viser KOSTRA-tall at forskjellene er redusert etter at de veiledende retningslinjene ble gitt, noe som også bekreftes av en undersøkelse gjort av Telemarksforskning i 2006 på oppdrag fra departementet og Sosial- og helsedirektoratet. Videre viser departementet til at det i rundskriv A-16/2006 er presisert hvilke livsoppholdsutgifter de veiledende satsene omfatter.

Som departementet fremholder, har ikke kommunene plikt til å ha satser for økonomisk stønad, og det er heller ikke lovstridig med variasjoner med hensyn til hvilke utgifter som inkluderes. Det er sosialtjenestelovens system at det skal foretas en konkret, individuell vurdering av alle søknader, og kommunene har plikt til å sikre et forsvarlig livsopphold for dem det gjelder. Det er likevel fastlagt hvilke utgifter som skal dekkes innenfor begrepet livsopphold. I den varslede evalueringen fra Regjeringen av dagens system med veiledende satser antar jeg at spørsmålet om ulikheter mellom kommunene vil kunne drøftes nærmere.

4. Forholdet til ØSK og spørsmålet om minstesats

Spørsmålet om staten oppfylder sin plikt etter Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), vedtatt av FN 16. desember 1966, har blant annet vært reist i den juridiske litteraturen. Departementet ble bedt om å kommentere om implementeringen av konvensjonen er tilstrekkelig når det gjelder de mest vanskeligstilte, på grunn av manglende lovgivningstiltak, blant annet man-

glende normering av den økonomiske stønaden på et fast og klart høyere nivå enn dagens. Etter ØSK har konvensjonsstatene forpliktet seg til å sørge for sosial trygghet, herunder sosialtrygd, og retten for enhver til en tilfredsstillende levestandard for seg selv og sin familie, jf. art. 9 og 11. Spørsmålet om hva som kreves for at forpliktelsene etter konvensjonen skal anses oppfylt, vil variere fra stat til stat, og kravene vil kunne endres over tid.

Departementet legger til grunn at Norges forpliktelser etter konvensjonen oppfylles. Det er vist til at implementeringen av konvensjonen og sosialtjenesteloven skjer i kommunene. Videre er det fra statlig hold gitt retningslinjer for stønadsnivå, og det er gitt klageregler for å ivareta den enkeltes rettssikkerhet. I tillegg kommer muligheten for rettslig overprøving ved domstolene.

Jeg har ingen særskilte merknader til dette, utover at domstolsprøving i disse sakene i praksis sjelden vil være aktuelt. Når det gjelder spørsmålet om et minstenivå, er det klart at det her er en grense. Det er derfor viktig at det ses hen til dette når de statlige veiledende satsene beregnes. Ellers vises det på dette punktet til departementets redegjørelse for Norges rapportering til Europarådet og tilbakemeldingene derfra.

5. *Endring av sosialtjenesteloven § 8-7 – om klagebehandlingen*

Etter sosialtjenesteloven § 8-7 kan fylkesmannen, som klageinstans i vedtak om økonomisk stønad etter sosialtjenesteloven, prøve alle sider av vedtaket. Når det gjelder prøvingen av det frie skjønnet, kan fylkesmannen likevel bare endre et vedtak når skjønnet er åpenbart urimelig.

I NOU 2004: 18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene, går et flertall i utvalget inn for at fylkesmannen skal ha rett og plikt til å prøve alle sider av vedtaket, også det frie skjønnet. Det presiseres imidlertid at det i henhold til forvaltningsloven § 34 skal legges vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Mindretallet mener at fylkesmannens kompetanse som klageinstans bør være begrenset til å kontrollere at avgjørelsen er innholdsmessig lovlige, og oppfatter at en slik lovlighetskontroll også omfatter en vurdering av om vedtaket oppfyller krav om faglig forsvarlighet og ikke er urimelig belastende for tjenestemottaker.

I høringsuttalelse 7. april 2005 støttet jeg flertallets forslag om å oppheve fylkesmannens begrensede overprøvingskompetanse. Jeg viste til at en ordning som fraviker forvaltningslovens hovedregel om full overprøving, krever en særlig begrunnelse. Sakene etter sosialtjenesteloven har stor personlig og velferdsmessig betydning for partene, slik at rettssikker-

hetshensyn bør være et tungtveiende argument for ikke å begrense klageinstansens kompetanse.

Departementet har redegjort for oppfølgingen av NOU 2004: 18. Spørsmålet om fylkesmannens kompetanse sees i sammenheng med den nye arbeids- og velferdsforvaltningen NAV, de organisatoriske utfordringene knyttet til dette og Regjeringens målsetting om en mer samordnet forvaltning. Hele klage- og ankesystemet i forvaltningen vurderes i lys av ny organisering, og det er vist til omtalen i St.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 84.

6. *Oppfølging av rapport om fylkesmennenes klagesaksbehandling*

Helsetilsynet har utarbeidet en rapport (6/2007) om fylkesmennenes klagesaksbehandling etter sosialtjenesteloven kapittel 5 i årene 1995 til 2005. Departementet viser til at rapporten dokumenterer forskjeller mellom fylkesmennene når det gjelder utfallet av klagesaksbehandlingen og begrunnelsene som gis for at vedtak enten omgjøres eller oppheves.

Videre viser departementet til at Statens helsetilsyn i 2003 fikk et overordnet ansvar for klager etter sosialtjenesteloven, herunder kapittel 5, hvilket innebærer et faglig ansvar for utvikling av klagesaksbehandlingen. Det er opplyst at rapporten vil bli brukt i Statens helsetilsyns kompetansetiltak på området, blant annet i arbeidet med å utarbeide en veileder for klagesaksbehandlingen.

7. *Oppsummering*

Ordningen med økonomisk sosialhjelp er gitt for å hjelpe vanskeligstilte enkeltmennesker som av ulike grunner ikke kan sørge for eget livsopphold. Den enkelte sak har stor betydning for dem den gjelder. Rettssikkerhetshensyn må derfor etter min mening stå sentralt ved utformingen av regelverket og ved gjennomføringen av det.

Gjennomgangen av de viktige spørsmålene Fat-tignorge har tatt opp har bidratt til å få rettet departementets oppmerksomhet ved svake punkter ved ordningen, som det nå er gitt løfter om at blir fulgt opp. Jeg ber om å bli underrettet om departementets videre arbeid med det som her er omtalt.

42.

Retten til midlertidig husvære etter sosialtjenesteloven

(Sak 2007/2342)

Etter anmodning fra Gatejuristen ble praktiseringen av sosialtjenesteloven § 4-5 om midlertidig husvære og § 10-1 om oppholdskommunens ansvar tatt opp med Oslo kommune på generelt grunnlag.

Undersøkelsen viste at Oslo kommune er enig i den rettslige forståelsen av de aktuelle bestemmelsene. Utfordringene er særlig knyttet til den praktiske gjennomføringen. Ombudsmannen påpekte at behandlingen av saker om retten til midlertidig husvære er viktig for den enkeltes rettsikkerhet og ba kommunen om å ha oppmerksomheten rettet mot sosialtjenestens praktisering av bestemmelsene.

På bakgrunn av Gatejuristens erfaringer fra arbeidet med bostedsløse i Oslo kommune ble ombudsmannen anmodet om å undersøke kommunens praktisering av sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 4-5 om midlertidig husvære og § 10-1 om oppholdskommunens ansvar. Saken ble på generelt grunnlag tatt opp med Byråd for velferd og sosiale tjenester i Oslo kommune.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

Sosialtjenestelovens bestemmelse om retten til midlertidig bolig er viktig for å ivareta den enkeltes grunnleggende behov for et sted å bo. Behandlingen av disse sakene har dermed betydning for enkeltpersoners rettsikkerhet. Retten til et tilfredsstillende sted å bo er blant annet nedfelt i FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

Ombudsmannen ønsker å bidra til å synliggjøre de rettslige spørsmålene knyttet til saksbehandlingen og har sett nærmere på følgende:

- innholdet i forvaltningens plikt til å finne midlertidig husvære
- oppholdskommunens ansvar
- saksbehandling og klageadgang

Undersøkelsen har vist at Oslo kommune er enig i den rettslige forståelsen på de forskjellige punktene. Utfordringene er særlig knyttet til å få gjennomført dette i praksis, og jeg ber kommunen ha oppmerksomheten rettet mot hvordan det kan gjøres på best mulig måte.

Jeg vil i det følgende redegjøre nærmere for og kommentere spørsmålene som ble tatt opp med kommunen.

1. Innholdet i plikten til å finne midlertidig husvære etter sosialtjenesteloven § 4-5

Gatejuristen opplyste i henvendelsen hit at deres klienter har opplevd å få avslag på søknader om midlertidig husvære selv om de står uten annet boligtilbud, at de overlates til selv å undersøke om det er ledige plasser ved døgnovernattingsteder og at det blant annet gis tilbud om overnattingsteder som har tidsbegrensninger for oppholdet.

Kommunen ble bedt om å kommentere opplysningene fra Gatejuristen. Videre ble det stilt spørsmål

om sosialtjenesteloven § 4-5 gir søkerne et rettskrav på midlertidig husvære, og om kommunen har plikt til faktisk å finne et bestemt husvære til den enkelte søker. Det ble også bedt opplyst om overnattingstilbud med tidsbegrensninger for oppholdet oppfyller kravene til midlertidig husvære etter sosialtjenesteloven § 4-5.

Kommunen svarte at den etter sosialtjenesteloven § 4-5 er forpliktet til å fremskaffe midlertidig husvære til den som er i en akutt nødssituasjon, og opplyste:

«Midlertidig husvære skal bare benyttes i akutte situasjoner, for eksempel ved brann, utkastelse, familiebrudd o.l. (opplistingen er ikke uttømmende), jf. *Veileder for kvalitetskrav til midlertidig husvære etter lov om sosiale tjenester § 4-5*, utgitt av Helse- og omsorgsdepartementet 04.06.2003. Dette betyr at et opphold i midlertidig husvære ikke skal strekke seg over lang tid, men at det hele tiden må arbeides for at hver enkelt skal få mer permanente botilbud. Oslo kommunes overordnede mål når det gjelder midlertidig husvære er at bruken skal reduseres til et absolutt minimum, jf. bystyrets vedtak 19.03.2002 sak 92. En av hovedstrategiene er å skaffe brukerne andre tilbud enn opphold i døgnovernattingsteder.

For å løse en akutt nødssituasjon kan det måtte ytes hjelp i form av botilbud i private døgnovernattingsteder, for eksempel i døgnovernattingsteder kommunen har inngått avtale om kvalitetskrav med, private hotell, pensjonat o.l. Kommunen har også egne tilbud som benyttes i slike tilfeller, blant annet Ila hybelhus, Marcus Thranes Hus, Thereses Hus, Dalsbergstien Hus og akutt-tilbudet Prindsen.»

Kommunen anså seg ikke forpliktet til å fremskaffe midlertidig husvære dersom søkeren har et boligtilbud i kommunen som vedkommende ikke ønsker å benytte seg av, eller imøtekomme krav om husvære ved et bestemt overnattingsted.

Videre ble det opplyst:

«Ved bruk av kommunens tilbud må det foreligge en henvisning fra sosialtjenesten. Dette betyr at sosialtjenesten må undersøke om det er ledig plass for søkeren og bestille rom for vedkommende. Ved bruk av private døgnovernattingsteder, hotell, pensjonat og lignende, skal også praksisen i all hovedsak være slik at saksbehandler kontakter aktuelle steder og får bekreftet at vedkommende søker kan møte opp og få leie rom. Oslo kommune har uttalt at ingen skal måtte stå «uten tak over hodet» og det er nødvendig fra sosialtjenestens side å få bekreftet at vedkommende har et konkret tilbud, det vil si finne et sted for vedkommende, for å sikre at plikten etter § 4-5 er oppfylt. Vi vurderer imidlertid ikke § 4-5 dit hen at den ikke tillater at det i enkelte tilfeller kan ytes et pengebeløp til søker, slik at vedkommende selv kan oppsøke et hotell eller et pensjonat for å leie rom. Enkelte søkere foretrekker en slik løs-

ning for å unngå at det kommer frem at de er sosialtjenestebrukere.»

Opplysningene om at søkere overlates til selv å undersøke om det er ledig plass ved overnattingsstedene, og får avslag til tross for at de ikke har annet boligtilbud, var ukjente for kommunen. Det ble fremholdt at påstandene ikke er dokumentert, og at det derfor ikke er mulig å identifisere hvilke sosialsentre dette eventuelt gjelder, om det gjelder ett eller flere sosialsentre og ett eller flere tilfeller. Kommunen var videre ikke kjent med hvilken begrunnelse som blir gitt hvis søknader avslås til tross for at søkerne står uten annet boligtilbud.

På spørsmålet om overnattingstilbud med tidsbegrensninger for oppholdet oppfyller sosialtjenestelovens krav til midlertidig husvære, svarte kommunen:

«Når det gjelder bruk av natthjem er Oslo kommune ikke kjent med at sosialtjenesten henviser søkere til Stiftelsen Kirkens Bymisjons natthjem. SKBOs natthjem er rettet inn mot prostituerte og vi kan ikke se at å drive dette stedet er i strid med sosialtjenesteloven § 4-5. Vi er imidlertid kjent med at Sosial- og helsedirektoratet har tolket lovens § 4-5 dit hen at losji der beboerne er ute-stengt store deler av døgnet, det vil i de fleste tilfeller bety utestenging på dagtid, ikke fyller kravene til midlertidig husvære i § 4-5, jf. direktoratets brev datert 24.10.2007. Ved ett av kommunens steder, Prinds Christian Augusts Minde, var det tidligere en slik ordning at beboerne ikke kunne oppholde seg på stedet på dagtid. Denne ordningen er nå avviklet.»

Mine kommentarer:

Sosialtjenesteloven § 4-5 lyder:

«Sosialtjenesten er forpliktet til å finne midlertidig husvære for dem som ikke klarer det selv.»

Under forberedelsen av sosialtjenesteloven diskuterte sosiallovutvalget hvorvidt sosiale tjenester burde gis som en rettighet til den enkelte, og uttalte blant annet følgende i NOU 1985: 18 side 68 flg.:

«Ordet rettighet skaper som påpekt ingen problemer hvor loven fastsetter at en person 1) i en bestemt definert faktisk situasjon 2) kan kreve en ytelse av en bestemt størrelse eller innhold, og som 3) kan oppfylles uten opphold. En slik rett kan håndheves i praksis og den ansvarlige er forpliktet til å sørge for at rettskravet dekkes. En rett i denne forstand mener utvalget bør fastsettes for så vidt gjelder økonomisk sosialhjelp i visse tilfeller. Etter utvalgets lovforslag skal den som har lav eller liten inntekt kunne kreve økonomisk sosialhjelp slik at han samlet får en inntekt lik folketrygdens minsteytelse, se § 5-1 til § 5-5 i lovforslaget og kapittel 8 i de alminnelige motiver. Opplegget innebærer at kommunen må bevilge tilstrekkelig midler til at alle som er i en slik situasjon som nevnt, umiddelbart får dekket kravet.

I enkelte av bestemmelsene i kapittel 4 om de sosiale tjenestene har utvalget funnet å burde foreslå en rett for klienten til en ytelse. Dette gjelder § 4-3 (om tiltak for den som ikke kan dra omsorg for seg selv), § 4-4 (om adgang til å kreve vedtak om avlastningstiltak, og § 4-5 (om plikt for sosialtjenesten til å skaffe midlertidig husvære) ... Når utvalget i disse bestemmelsene har funnet å burde gi den enkelte et krav (eller sosialtjenesten en bestemt forpliktelse) er det fordi bestemmelsene gjelder mer konkrete og særlig vanskelige situasjoner hvor hjelpebehovet er særlig påtrengende og hvor det også i prinsippet er klart hvilke innsatser som bør settes inn.»

Utvalgets drøftelse av og forslag om å gi den enkelte en rett etter blant annet sosialtjenesteloven § 4-5, ble ikke imøtegått eller nærmere kommentert av departementet i Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) eller av sosialkomiteen i Innst.O. nr. 9 (1991-92).

På denne bakgrunn, og sett hen til utvalgets definisjon av «rettighet», må det legges til grunn at sosialtjenesteloven § 4-5 gir den enkelte et rettskrav på midlertidig husvære når lovens vilkår for øvrig er oppfylt, og at kommunen således er forpliktet til å stille de nødvendige økonomiske ressurser til disposisjon for å ivareta den enkeltes rett. Et slikt synspunkt synes også å ha støtte i juridisk teori, jf. blant annet Kjønstad, Bernt, Kjellebold og Hove, Sosial trygghet og rettferdighet under sosialtjenesteloven og barnevernloven, 2. utg. (2000) side 129 og Kjønstad og Syse, Velferdsrett I, 3. utg. (2005) side 151.

Når det foreligger et rettskrav på midlertidig husvære, må det tilbud som gis tilfredsstillende en forsvarlig minstestandard. Den enkelte søker kan imidlertid ikke selv bestemme hvilket overnattingstilbud som skal benyttes.

Helse- og omsorgsdepartementet har i rundskriv U-5/2003 gitt en veileder for kvalitetskrav til midlertidig husvære, der formålet er å veilede kommunene i arbeidet med å sikre forsvarlig kvalitet ved midlertidige botilbud. Av rundskrivet fremgår at Oslo kommune har utarbeidet kvalitetskrav og inngått kvalitetsavtaler med private døgnovernattingssteder, og det fremheves fra departementets side et ønske om at også andre kommuner utarbeider og inngår slike avtaler. Rundskrivet inneholder forslag til avtaletekst, som blant annet oppstiller krav til overnattingsstedets standard. Jeg legger til grunn at overnattingsstedene som tilbys som midlertidige husvære i Oslo kommune, både private og kommunale, innehar en kvalitet som er i tråd med retningslinjene i departementets rundskriv.

Sosial- og helsedirektoratet har i brev 24. oktober 2007 til Fylkesmannen i Vest-Agder, sendt i kopi til landets øvrige fylkesmenn, uttalt at overnattingssteder der beboerne er utestengt store deler av døgnet, ikke fyller kravene til midlertidig husvære etter sosialtjenesteloven § 4-5. Direktoratet har blant annet be-

merket at slike tidsbegrensninger for oppholdet gjør det vanskelig for beboerne å kunne delta i alminnelige daglige aktiviteter eller arbeid. Det ble også vist til retningslinjene i rundskriv U-5/2003 om hvilket innhold et midlertidig husvære bør ha for å regnes som et forsvarlig tjenestetilbud, og lagt til grunn at boliger der beboerne er utestengt på dagtid, vanskelig kan anses som forenlig med disse retningslinjene.

Jeg er enig i direktoratets vurderinger, og tar til etterretning opplysningene fra kommunen om at tidsbegrensninger for oppholdet nå er avviklet for kommunens egne akuttovernattingssteder. Videre forutsetter jeg at kommunen har sørget for at også øvrige overnattingssteder som tilbys som midlertidige boliger, drives i tråd med uttalelsene i direktoratets brev.

Sosialtjenesteloven § 4-5 oppstiller en plikt til å gi en naturalytelse, noe som innebærer at sosialtjenesten faktisk må finne husvære til den enkelte, jf. blant annet Kjønstad, Bernt, Kjelle vold og Hove, op.cit., side 121. Kommunen har redegjort for hvordan denneplikten praktiseres, og blant annet vist til at sosialtjenesten skal sørge for bekreftelse fra overnattingsstedene på at den enkelte søker har fått plass. Praksisen, slik den er beskrevet i svarbrevet hit, må anses å være i tråd med forpliktelsene etter loven.

Det er uheldig hvis det forekommer tilfeller der sosialtjenesten ikke ivaretar den enkelte søkers rett til midlertidig husvære, og fraskriver seg ansvaret etter loven ved å overlate til søkere å selv finne sted for overnatting. Jeg vil derfor be om at det overfor sosialtjenesten i kommunen presiseres hvilke plikter den er pålagt etter sosialtjenesteloven.

Jeg har merket meg kommunens arbeid med å skaffe bostedsløse et mer varig boligtilbud, og målet om å redusere bruken av midlertidige boliger. Dette vil blant annet være i tråd med internasjonale forpliktelser, pliktene etter sosialtjenesteloven § 3-4 og er også en fremhevet strategi i nasjonalpolitiske retningslinjer for boligsosialt arbeid, men kan samtidig ikke gå på bekostning av ivaretagelse av pliktene etter sosialtjenesteloven § 4-5.

2. Oppholdskommunens ansvar etter sosialtjenesteloven § 10-1

Gatejuristen har vist til at Byråd for velferd og sosiale tjenester, i notat 24. august 2007 til Helse- og sosialkomiteen i Oslo bystyre, uttalte at akuttovernattings-tilbudene i kommunen skal forbeholdes «Oslo-tilhørende bostedsløse rusmisbrukere». Fra Gatejuristen ble det stilt spørsmål om byrådets uttalelser er i overensstemmelse med bestemmelsene i sosialtjenesteloven § 10-1.

Det ble herfra bedt om kommunens redegjørelse for praktiseringen av sosialtjenesteloven § 10-1 i forhold til bestemmelsen i sosialtjenesteloven § 4-5. Det

ble stilt spørsmål om hvem kommunen mener å ha et ansvar for etter sosialtjenesteloven § 10-1, og i hvilken grad oppholdskommunen har adgang til å henvise personer til deres bostedskommune.

Kommunen svarte at plikten til å yte hjelp og tjenester etter sosialtjenesteloven gjelder overfor den som oppholder seg i kommunen, selv om oppholdet er midlertidig. Det ble opplyst at det ikke er adgang til å henvise personer tilbake til bostedskommunen, og at kommunen har plikt til å fremskaffe midlertidig husvære til personer som bor i andre kommuner, men som oppholder seg midlertidig i Oslo og står i en akutt nødssituasjon. For disse personene måtte det etter kommunens oppfatning være adgang til å yte hjelp for en kort periode, inntil vedkommende kan reise tilbake til hjemstedet. Videre uttalte kommunen følgende:

«Når det gjelder rusmiddelmissbrukere som søker inn til Oslo, vil det etter kommunens mening også i flere tilfeller være et hensiktsmessig sosialfaglig virkemiddel å søke å bidra til at de reiser tilbake til bostedskommunen fremfor å etablere seg i Oslos rusmiljøer. Tilbudet ved Prindsen, som det er referert til i Gatejuristens brev, er imidlertid ikke begrenset til bruk for personer som bor permanent i Oslo eller som er folkeregistrert i Oslo. I notatet datert 24.08.2007 til Helse- og sosialkomiteen i Oslo bystyre, var det ment å presisere at stedets plasser nå benyttes i henhold til tidligere bystyrevedtak, det vil si til bostedsløse rusmisbrukere. Denne problemstillingen ble først tatt tak i da vi ble gjort kjent med at akutt-plassene tiltenkt rusmiddelmissbrukere ble forsøkt benyttet av blant annet asylsøkere uten lovlig opphold, østeuropeiske håndverkere samt personer på turistvisum. Oslo kommune vil således vise til at «Oslo-tilhørende borgere» her var ment å skulle presisere skillet mellom den målgruppen plassene var tiltenkt (bostedsløse rusmisbrukere) og de gruppene som hadde begynt å gjøre disse plassene mer utilgjengelige for målgruppen.»

Mine kommentarer:

Etter sosialtjenesteloven § 10-1 skal sosialtjenesten yte tjenester etter loven til alle som oppholder seg i kommunen.

Av forarbeidene til sosialtjenesteloven § 10-1, Ot.prp. nr. 29 (1990-91) side 168, fremgår følgende:

«Denne bestemmelsen legger ansvaret for å yte tjeneste etter loven til oppholdskommunen. Adgangen for oppholdskommunen til å henvise en person til dennes bostedskommune, slik som lov om sosial omsorg § 1 annet ledd hjemler, er ikke opprettholdt. For øvrig er prinsippet i lov om sosial omsorg beholdt. Med oppholdskommune menes der en person til enhver tid oppholder seg. Dette vil vanligvis være personens bostedskommune. Men også ved mer midlertidig opphold vil det være oppholdskommunen som skal gi hjelp etter loven.»

Det er således klart at sosialtjenesten ikke har anledning til å henwise søkere av midlertidig husvære til deres bostedskommuner, eller avslå søknader på bakgrunn av at søkerne ikke bor i Oslo kommune. En slik forståelse av loven har også kommunen lagt til grunn i svarbrevet hit. I byrådets notat 24. august 2007 til Helse- og sosialkomiteen i Oslo bystyre er det imidlertid blant annet uttalt:

«Akuttplassene ved PCAM brukes nå av bystyrets vedtatte målgruppe, altså Oslotilhørende bostedsløse rusmisbrukere slik det fremgår av bystyrets tidligere vedtak ... Det må bero på en misforståelse at sosialtjenesteloven skal tolkes dit hen at alle som oppholder seg i Oslo kommune har krav på overnattingstilbud ved Prinds Chr. August Mindes vernehjem. Å bistå med hjemreise og å knytte kontakt med rusmisbrukerens nettverk og tilbud i hjemkommunen er et viktig sosialpolitisk virkemiddel. Jeg kan ikke som byråd ta ansvar for eller bidra til å hjelpe rusmisbrukere til å etablere seg i rusmiljøet i Oslo sentrum ved hjelp av lett tilgjengelig akuttovernatting. Å arbeide for kontakt med hjemkommune og nettverk er naturligvis også helt i tråd med intensjonene i sosialtjenesteloven og dens forskrifter og merknader.

For Oslo kommunes egne rusmisbrukere, er det uheldig dersom de også skal måtte konkurrere med misbrukere fra andre steder i landet om bruk av disse plassene. Ingen er tjent med at det skapes store rusmiljøer i Oslo fordi misbrukere fra resten av landet gis et gratis eller svært rimelig overnattingstilbud i Oslo som finansieres av Oslo kommune.»

Begrepet «Oslo-tilhørende» gir etter ordlyden inntrykk av at kommunens akuttovernatningsplasser skal forbeholdes personer som har Oslo som bostedskommune. Det fremstår heller ikke ut fra sammenhengen i notatet som klart at målgruppen er den kommunen beskriver i svaret hit, altså bostedsløse rusavhengige generelt. Jeg tar imidlertid til etterretning kommunens presisering av innholdet i notatet, og ber om at denne presiseringen kommuniseres ut til sosialtjenesten, for derved å stanse eller forhindre en praksis i strid med sosialtjenesteloven § 10-1.

Jeg har videre merket meg og har forståelse for kommunens arbeid med å forhindre nyetableringer i Oslos rusmiljø. Dette arbeidet kan imidlertid ikke hindre oppfyllelsen av pliktene som oppholdskommune etter sosialtjenesteloven.

3. Saksbehandling og klageadgang

Gatejuristen har vist til erfaringer med at søknader om midlertidig husvære ofte avgjøres ved muntlige vedtak, og har vist til eksempler på at sosialtjenesten ikke tar imot klager over avslag på søknader om midlertidig husvære.

Det ble bedt om kommunens merknader til dette, og om kommunens vurdering av hvorvidt saksbehandlingen og de vedtak som treffes etter sosialtjenesteloven § 4-5, tilfredsstillende kravene i forvaltningsloven 10. februar 1967 kapittel IV og V. Kommunen ble også bedt om å redegjøre for håndteringen av klager over sosialtjenestens vedtak i saker om midlertidig husvære, og om dette sikrer en reell klagemulighet for den enkelte.

Kommunen svarte at sosialtjenesten skal treffe skriftlige vedtak både ved innvilgelse og avslag på søknader om midlertidig husvære, og opplyste at det er utarbeidet en mal for vedtak etter sosialtjenesteloven § 4-5 i saksbehandlingssystemet til kommunens sosialtjeneste. Det ble fremholdt at det i vedtakene skal gis opplysninger om klageadgang, og at sosialtjenesten verken har anledning til å avvise skriftlige eller muntlige klager.

Dersom en klage fremsettes muntlig, skal den nedtegnes skriftlig. Det ble også fremhevet at sosialtjenesten skal foreta en ny vurdering av saken og oversende en innstilling til Fylkesmannen i Oslo og Akershus for endelig avgjørelse, dersom klagen ikke omgjøres. Kommunen påpekte at klageren skal gis anledning til å komme med kommentarer før saken oversendes fylkesmannen. Videre ble det uttalt:

«Som nevnt tidligere er vi opptatt av at rettssikkerheten for våre brukere ivaretas bedre ved at oppgaver etter sosialtjenesteloven utføres av bydelens sosialtjeneste og ikke delegeres til ulike institusjoner, akutte overnattingstilbud e.l. Dette avhenger selvsagt av en god og korrekt utført tjeneste. Oslo kommune vil imidlertid ha en større mulighet til å gripe fatt i eventuelle avvik ved å få konkrete eksempler på saksbehandlingsfeil som blir begått i bydeler og ved sosialtjenester.

Kommunen ser videre problemet med at det påklagede i gjeldende tilfelle gjelder et akutt behov og det forhold at kompetansen til å behandle klagen tilligger fylkesmannen. Dette medfører lang saksbehandlingstid. Lignende situasjoner foreligger ved avslag på søknad om nødhjelp og klage på dette. En endring av f.eks. kompetansen i klagesaker kan imidlertid ikke iverksettes av kommunen.

Selv om en klage på overnatting foregående natt ikke kan hjelpe klager på kort sikt, ser vi det imidlertid som nyttig å få presedensavgjørelser i klagesaker som kan påvirke sosialtjenestens praksis.»

Mine kommentarer:

Av sosialtjenesteloven § 8-1 første og annet ledd følger at forvaltningsloven får anvendelse med de særregler som er fastsatt i sosialtjenesteloven, og at avgjørelser om tildeling av sosiale tjenester skal regnes som enkeltvedtak. Sosialtjenesten må således treffe enkeltvedtak både ved innvilgelse og avslag på søknader om midlertidig husvære etter sosialtjenesteloven.

ven § 4-5, og søknadene skal da behandles etter reglene i forvaltningsloven kapittel IV til VI.

Dette innebærer blant annet at vedtakene skal være skriftlige og at de skal grunngis, jf. forvaltningsloven §§ 24 og 25. Sosialtjenesteloven åpner ikke for å gjøre unntak fra kravet til skriftlighet. Hvis det ut fra sakenes akutte karakter likevel treffes muntlige vedtak, skal disse senere bekreftes skriftlig. Dette er blant annet lagt til grunn i forarbeidene til forvaltningsloven (Innstilling fra Forvaltningskomiteen 13. mars 1958 side 214).

Sosialtjenesten skal videre opplyse parten om klageadgang, klagefrist, klageinstans og den nærmere fremgangsmåten ved klage, jf. forvaltningsloven § 27, og plikter å ta i mot og forberede klager i tråd med bestemmelsene i forvaltningsloven § 33. Klageretten er en sentral del av de rettssikkerhetsgarantier forvaltningsloven gir de som berøres av vedtak fra den offentlige forvaltning, og det er viktig at sosialtjenesten overholder de krav loven stiller til underinstansen, slik at den enkelte gis en reell klageadgang.

Jeg har ingen særskilte merknader til kommunens redegjørelse, men vil påpeke viktigheten av at kommunen følger opp sosialtjenestens anvendelse av forvaltningslovens saksbehandlingsregler og bidrar til å sikre ivaretagelse av prosessuelle rettssikkerhetsgarantier.

4. Oppsummering

En forsvarlig bosituasjon er en vesentlig forutsetning for å kunne fungere i samfunnet, og retten til et tilfredsstillende sted å bo er nedfelt i FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, som er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven 21. mai 1999.

Plikten til å finne midlertidig husvære vil inngå som et sentralt ledd ved ivaretagelsen av den enkeltes grunnleggende behov for et sted å bo, og det er uheldig hvis det forekommer forsømmelser av denne plikten. Jeg ber kommunen ha oppmerksomheten rettet mot sosialtjenestens praktisering av sosialtjenestelovens bestemmelser på dette området, og at sosialtjenesten gis klar informasjon om hvilke forpliktelser bestemmelsene pålegger.

43.

Utrekning av inntekt ved fastsetjing av tilskot til barn

(Sak 2007/1559)

Spørsmålet om utrekning av inntekt ved fastsetjing av tilskot til barn når den tilskotspliktige er lønsmottakar i selskap som han gjennom eit anna selskap eig alle aksjane i, blei tatt opp i ei sak som tilskotsmottakaren klaga til ombodsmannen.

Ombodsmannen uttalte at tilskotspliktige sjølv kunne bestemme om utbytte skulle takast ut. Dette måtte ha innverknad på spørsmålet om tilskotet skulle fastsetjast etter skjønn, sjølv om ein ikkje kan påleggje tilskotspliktige å ta ut utbytte. Det var tvil knytta til den vurderinga som var gjort, og ombodsmannen bad Nav Klage og anke om å vurdere saka på nytt. Nav Klage og anke handsama saka på nytt, og tilskotspliktige si inntekt blei fastsett etter skjønn.

Tilskotspliktige søkte om at tilskot blei nedsett på grunn av lågare inntekt. Tilskotsmottakaren, A, viste mellom anna til at tilskotspliktige er tilsett i eige aksjeselskap, og at han sjølv kan regulere inntekta si. Han eig alle aksjane i X, kor han er dagleg leiar og styreformann.

I Nav trygd sitt vedtak blei berekningsgrunnlaget for tilskotspliktige fastsett til kr 973 616, på bakgrunn av inntektstal for 2005. Tilskotspliktige meinte at feil inntekt var lagd til grunn, og klaga på vedtaket. Han viste til at skattereglane nokre år innebar gunstige reglar i samband med uttak av utbytte, men at skattereforma har endra dette. Det blei derfor ikkje utbetalt utbytte for rekneskapsåret 2005. Tilskotsmottakaren kravde at inntekta til tilskotspliktige blei fastsette etter skjønn.

Ved oversending til Nav Klage og anke skreiv Nav trygd mellom anna at ein ikkje kunne sjå nokon grunn til at den tilskotspliktige skulle «gå så mykje ned i inntekt, all den tid forlaget går bra og han kan bestemme inntekta si sjølv».

Nav Klage og anke fastsette tilskotet ut frå at tilskotspliktige hadde ei inntekt på kr 398 220.

Tilskotsmottakaren framsette krav om omgjering og viste mellom anna til at aksjane i X er eigd av holdingselskapet Y som tilskotspliktige stifta i desember 2005, og at X utbetalte kr 250 000 i utbytte til Y for rekneskapsåret 2005.

Kravet om omgjering blei avslått av Nav Klage og anke. Det blei vist til at tidlegare store aksjeutbytte som er tekne ut, skuldast skattereglar, og at vilkåra for å bruke skjønn ikkje var oppfylt. Vidare blei det uttalt at det ikkje fører til endring av spørsmålet om skjønnsfastsetjing at «det foreligger to selskap hvor utbytte har blitt overført til et holdingselskap».

Tilskotsmottakaren klaga hit og viste til at tilskotspliktige alltid tidlegare hadde tatt ut alt overskottet i form av løn eller utbytte. Det blei hevda at det høve at personlege aksjonærar no må betale skatt av utbytte, ikkje kan vere god nok grunn til å sjå bort frå den tilskotspliktige sine reelle inntekter.

Det blei funne grunn til å undersøkje saka nærare. I brev herifrå til Nav Klage og anke blei det vist til at tilskotspliktige eig alle aksjane i X gjennom Y, kor han er dagleg leiar og styreformann. Han kan dermed fastsetje si eiga lønn og avgjere om det skal takast ut

utbytte frå selskapa. Nav Klage og anke blei bedt om å gjere greie for om denne posisjonen kan ha innverknad på spørsmålet om skjønnsfastsetjing. Vidare blei det bedt kommentert om det bør takast omsyn til bedrifta sitt årsresultat. Det blei vist til at X sitt årsresultat for rekneskapsåret 2005 var kr 1 276 000.

I brevet herifrå blei det vidare vist til Nav Klage og anke si utsegn om at det ikkje fører til endring av spørsmålet om skjønnsfastsetjing at det ligg føre to selskap kor utbytte har blitt overført til eit holdingselskap. Nav Klage og anke blei bedt om å gjere nærare greie for denne vurderinga. Det blei særleg bedt vurdert om det kan ha noko å seie at tilskotspliktige eig alle aksjane i holdingselskapet.

Det blei vidare bedt opplyst om Nav Klage og anke meiner at det i vurderinga av inntektsevna i denne saka er relevant å ta omsyn til tilskotspliktige si utdanning og dermed til kva inntektsalternativ han elles kunne hatt.

Nav Klage og anke svarte mellom anna at tilskotspliktige sin posisjon i selskapa kan ha innverknad på spørsmålet om skjønnsfastsetjing, men at dette også må sjåast i samheng med dei andre opplysningane i saka:

«Vi kan ikke pålegge den bidragspliktige å ta ut utbytte, han kan innen rimelighetens grenser tilpasse seg skattereglene, danne et holdingselskap, betale ned gjeld og bygge opp reserver/styrke selskapets økonomi. Dette forutsatt at han ivaretar forsørgelsesplikten.

Ut fra disse vurderinger har Nav Klage og anke ... kommet til at den bidragspliktiges inntekt ikke er vesentlig lavere enn det han ut fra utdanning og evner burde kunne oppnå, og vi finner at han med en inntekt på kr.398 200 ivaretar forsørgelsesplikten etter bal § 66.»

Det blei vidare uttalt at Nav Klage og anke ser at tidlegare utbytte har vore av ein viss storleik, og at det i ei slik situasjon kan vere formålstenleg å innhente årsresultat. I denne saka var det likevel tilstrekkeleg dokumentert at inntektsnedgangen i form av manglande utbytte skuldast endring i skattereglane, og at det var orsaka til at det er teke ut eit rikeleg utbytte i åra før 2005.

Nav Klage og anke viste også til at utbyttet som var overført i 2005, var innanfor det som den tilskotspliktige innan rimelege grenser må kunne disponere over for å sikre selskapa økonomisk. Å organisere selskapsdrifta på den måten tilskotspliktige har gjort, er innanfor dei rammer lovgivinga gir. Nav Klage og anke fann ikkje grunnlag for å bruke skjønn i saka, då tilskotspliktige har ein rimeleg grunn til å ikkje ta ut utbytte, samt at lønnsinntekta for 2006 er på eit akseptabelt inntektsnivå sett i forhold til det vanlege inntektsnivået i samfunnet i dag.

Ved avslutninga av saka uttalte eg:

«Etter barnelova 8. april 1981 nr. 7 § 71 skal tilskotsfuten fastsetje tilskot til barn slik at fastsette utlegg til forsyting av barnet blir delte mellom foreldra etter storleiken på inntekta deira. Tilskot skal som hovudregel fastsetjast på grunnlag av aktuell og framtidig inntekt. Inntekta til kvar av foreldra skal setjast til 'personinntekt og positiv netto kapitalinntekt som overstig kr 10.000,- per år', jf. forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostrings-tilskot § 4 første ledd. I § 4 fjerde ledd andre punkt er det bestemt at inntekta skal fastsetjast etter skjønn når inntekta til ein part er vesentleg lågare enn det han eller ho burde oppnå ut frå utdanning og evner, utan at parten kan gi ein rimeleg grunn til at inntekta ikkje er høgare (forskrifta slik ho tidlegare var).

Tilskotspliktige er styreleiar og dagleg leiar i selskapet X. Gjennom holdingselskapet Y eig han alle aksjane i X. Tilskotspliktige kan derfor sjølv bestemme om utbytte skal takast ut, og i tilfelle kor mykje. Som Nav Klage og anke har sagt seg einig i, kan dette ha innverknad på spørsmålet om skjønnsfastsetjing.

Nav Klage og anke har vist til at tilskotspliktige si organisering av selskapsdrifta er innanfor dei rammer lovgivinga gir, og at dei ikkje kan påleggje den tilskotspliktige å ta ut utbytte. Eg er ikkje ueinig i denne vurderinga. Spørsmålet i denne saka er likevel ikkje om ein kan påleggje tilskotspliktige å ta ut utbytte, men om valet å ikkje ta ut utbytte skal ha noko å seie for plikta til å betale tilskot, jf. barnelova § 66.

X hadde i 2005 eit årsresultat på kr 1 276 000, og betalte ut 250 000 i utbytte til Y. I fleire brev til Nav har tilskotspliktige sin advokat vist til at det er skattemessige årsaker som ligg til grunn for den noverande organiseringa av selskapa. Eg kan ikkje sjå at slike omsyn kan leggjast vekt på ved vurderinga av tilskotsplikta. At det blei utbetalt kr 250 000 i utbytte frå X til Y stadfestar at det var grunnlag for utbetaling av utbytte frå X. Eit eventuelt behov for å byggje opp reserver/styrke selskapet si økonomi er ikkje dokumentert nærare. Sjå nærare om dette mine fråsegn i årsmeldinga for 1999 side 209 og side 212 (Somb-1999-60 og Somb-1999-61).

For at regelen om skjønnsfastsetjing i forskrifta § 4 fjerde ledd andre punkt skal kunne nyttast, må to vilkår vere oppfylte. For det første må inntekta vere vesentleg lågare enn det tilskotspliktige ut frå utdanning og evner burde oppnå. I tillegg er det spørsmål om han har ein rimeleg grunn til at inntekta ikkje er høgare. Disse vurderingane vil ofte gli noko over i kvarandre.

Nav Klage og anke har lagt til grunn at tilskotspliktige ikkje har ei lågare inntekt enn han ut frå utdanning og evner burde oppnå. Det er då mellom anna vist til dei skattemessige høve og at tilskotspliktige ikkje kan påleggjast å ta ut utbytte. Drøftinga

gjer inntrykk av at det her og er sett hen til kva som er rimeleg.

Tilskotspliktige har dei føregåande åra hatt langt høgare inntekt enn i 2006. Det ligg ikkje føre opplysningar som skulle tyde på at tilskotspliktige sine arbeidsoppgåver eller stilling har endra seg. Eg er derfor i tvil om det er riktig å seie at han ikkje har lågare inntekt enn det han burde kunne oppnå. Det er mogleg dei skattemessige høve kan gå inn som eit element i denne vurderinga, men eg ser det som meir nærliggande å vurdere dette som eit spørsmål om han har rimeleg grunn til å ha den lågare inntekta.

Uansett har eg kome til at det er begrunna tvil knytta til den vurderinga som er gjort, jamfør ombodsmannslova 22. juni 1962 nr. 8 § 10 andre ledd. Eg ber derfor Nav Klage og anke om å vurdere saka på nytt, i lys av merknadene ovanfor. Tilskotspliktige si uttale må innhentast, da han ikkje har vore part i saka for ombudsmannen. Eg ber om at Nav Klage og anke orienterer meg om utfallet av den nye vurderinga, ved oversending av kopi av brev til tilskotsmottakaren sin advokat.»

På bakgrunn av fråsegna blei saka handsama på nytt. Nav Klage og anke kom til at tilskotspliktige si inntekt var vesentleg lågare enn det han burde oppnå ut frå utdanning og evner, utan at han kunne gi ein rimeleg grunn til det. Tilskotspliktige si inntekt blei derfor fastsett etter skjønn.

44.

Barnebidrag – særtilskudd til briller

(Sak 2007/1683)

Bidragmottakeren hadde søkt om særtilskudd til briller for sønnen, jf. barnelova § 67 annet ledd. Søknaden ble avslått fordi det tidligere var fastsatt tilskudd til dette formålet. Det ble vist til fast praksis for at særtilskudd ble gitt til engangsutgifter og dermed ble det bare fastsatt til førstegangs anskaffelse av briller til barn.

Ombudsmannen uttalte at praksisen bygget på en feil forståelse av regelverket. Verken ordlyden, forarbeidene eller reelle hensyn tilsa en slik innskrenkede tolkning av barneloven § 67 annet ledd og forskriften om særtilskott § 1. Barne- og likestillingsdepartementet ble bedt om å følge opp overfor bidragsmyndighetene. Departementet orienterte senere om at Nav Arbeids- og velferdsdirektoratet hadde endret etatens rundskriv i tråd med ombudsmannens uttalelse og lagt de nye retningslinjene ut på Navs hjemmeside på internett. Departementet opplyste videre at Nav Klage og anke Øst hadde gjort nytt vedtak i saken i tråd med de nye retningslinjene.

Bidragmottakeren satte frem krav om tilskudd til briller for sønnen. Trygdekontoret fastsatte tilskudd til utgiftene med kr 3 315. Etter klage fra bidragspliktige tok Nav Klage og anke Øst klagen til følge, slik at det ikke ble gitt tilskudd. Begrunnelsen for vedtaket var at det ikke gis tilskudd til annengangs anskaffelse av briller.

Bidragmottakeren brakte saken inn for ombudsmannen og anførte at praksis innebærer at en stor og viktig utgift som briller, bare vil falle på en av foreldrene. I dette tilfelle var tidligere briller anskaffet for tre år siden, og sønnen hadde et dokumentert behov for nye.

Saken ble herfra tatt opp med Nav Klage og anke Øst. På bakgrunn av svaret derfra, ble saken tatt opp med Barne- og likestillingsdepartementet. Det ble blant annet spurt om det var forarbeidene til barneloven som ble lagt til grunn for den innskrenkende tolkingen av barneloven 8. april 1981 nr. 7 § 67 annet ledd og forskrift 15. januar 2003 nr. 121 om særtilskott § 1.

I sitt svar viste departementet til barneloven § 67 annet ledd om at foreldrene kan pålegges særtilskudd til særlige utlegg som oppstår så lenge underholdsplikten varer. Videre viste departementet til at særtilskudd kommer i tillegg til det ordinære bidraget, og at det er et vilkår at utgiftene må være rimelige og nødvendige og ikke gå inn under den typen utgifter som det løpende bidraget er ment å dekke. Når det gjaldt praksis, opplyste departementet at den er relativt restriktiv, og at det fastsettes særtilskudd stort sett bare til utgifter i forbindelse med konfirmasjon, leirskole, briller og tannregulering.

Departementet bekreftet at det er riktig at dagens ordning er begrenset på en slik måte at det bare kan fastsettes særtilskudd én gang til samme formål, hvilket betyr at det etter gjeldende rett bare kan fastsettes særtilskudd til for eksempel første gangs kjøp av briller/kontaktlinser, men ikke etterfølgende utskiftinger eller fornyelser. Det rettslige grunnlaget ble anført å være langvarig og festnet praksis, som har sitt grunnlag i forarbeidene til ordningen, jf. blant annet NOU 1977:35 Lov om barn og foreldre side 135, hvor det er lagt til grunn at særtilskudd tar sikte på å omfatte ekstra engangsutgifter til barnet og til formål som skiller seg fra det vanlige underholdet. Departementet fremholdt at dette innebærer at dersom barnet har behov for utskifting av briller, eller abonnement på kontaktlinser, vil ikke utgiftene omfattes av dagens bestemmelse fordi utgiftene ikke kan ses som engangsutgifter, men mer påregnelige og faste utgifter.

Videre ga departementet uttrykk for at det kan stilles spørsmål om rimeligheten av dagens ordning. Det ble opplyst at det vil foreslå at særtilskuddsordningen utvides til å omfatte etterfølgende nødvendige utgifter til blant annet vedlikehold, utskifting eller

fornyelse av utgiftstyper det allerede er fastsatt særtilskudd til, jf. høringsnotat som følger opp St.meld. nr. 19 (2006-2007) Evaluering av nytt regelverk for barnebidrag.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

Foreldres plikt til å forsørge sine barn økonomisk er hjemlet i barneloven § 66. I loven § 67 første ledd er det bestemt at foreldre som ikke bor sammen med barnet, skal betale faste tilskudd til forsørging og utdanning. Bestemmelse om tilskudd til særlige utlegg er gitt i § 67 annet ledd, første og annet punktum, som lyder:

«Til særlige utlegg så lenge underholdsplikta varer, kan foreldra påleggjast å yte særtilskot. Det er eit vilkår at utlegga er rimelege og naudsynte og ikkje går inn under dei utgiftene som det løpende fostringstilskotet skal dekke. ...»

Bestemmelse om særtilskudd er også gitt i forskrift om særtilskot § 1, der det heter:

«Foreldra kan påleggjast å yte særtilskot dersom det oppstår særlege utlegg. Det er eit vilkår at utgiftene er rimelege og nødvendige, og ikkje går inn under dei utgiftene som det ordinære fostringstilskotet skal dekkje».

Ordlyden i loven og forskriften omtaler særlige utlegg og begrenser ikke ordningen med særtilskudd til engangsutgifter.

Departementet viser til lovforarbeidene som grunnlag for den praksisen som har utviklet seg, først og fremst NOU 1977:35 side 135. Det som her sies om særtilskudd, sies i annen spalte, hvor det står:

«Men i enkelte tilfelle kan det være at de løpende underholdsbidrag ikke strekker til p.g.a. uforutsette forhold, eller fordi det av andre grunner blir tale om ekstra engangsutgifter. Annet ledd første punktum gir derfor hjemmel for særtilskudd i slike tilfelle. Bestemmelsen er tatt opp uendret fra gjeldende lover, og tar bl.a. sikte på engangsutgifter i forbindelse med konfirmasjon og tannreguleringer.»

Det er her ordet engangsutgift fremkommer. Ut fra en samlet vurdering av det som sies her, finner jeg det vanskelig å si at særtilskudd bare omfatter engangsutgifter i snever forstand. Jeg oppfatter meningen her å være at det gjelder spesielle utgifter til barnet, og utgifter som har et formål som skiller seg fra det løpende, daglige underholdet. Det kan neppe oppfattes bokstavelig som en utgift som bare kan dekkes en gang. Det må være typen utgift som er avgjørende, slik at engangsutgift står som motstykke til daglige, løpende livsoppholdsutgifter. En annen sak er om utgiften kan sies å være rimelig og nødvendig. Dette blir en egen vurdering. Jeg kan derfor vanskelig se at

lovforarbeidene gir holdepunkter for en slik innskrenkende tolkning av loven og forskriften som departementet legger til grunn.

Reelle hensyn taler etter min mening heller ikke for departementets tolkning. Særtilskuddet skal dekke spesielle utgifter som det løpende bidraget ikke tar høyde for, og utgiftene kan til dels være store. I slike tilfeller fremstår det som naturlig at begge foreldrene må bidra til å dekke barnets behov. Det kan ikke ses å foreligge noen fornuftig begrunnelse for at det ikke skulle være slik, og at bare den ene av foreldrene blir belastet. Det mest typiske vil nok være at den spesielle utgiften bare forekommer en gang, for eksempel konfirmasjon, men noen av de særlige utgiftene som har vært nevnt, som briller, tannregulering og leirskole, kan bli aktuelle flere ganger. For eksempel blir det behov for nyanskaffelse av briller når barnet har vokst og synet har endret seg. Det er vanskelig å se begrunnelsen for at ikke begge foreldrene skal være med å betale en slik utgift. Selv om det er påregnelig at synet vil endre seg og behov for nye briller oppstår, er det ikke holdepunkter for at nyanskaffelse må sies å være omfattet av det løpende bidraget. Det bemerkes at også utgifter til for eksempel konfirmasjon og leirskole må sies å fremstå som påregnelige for ungdom i dag, og disse er det praksis for å gi særtilskudd til.

Jeg har også merket meg at departementet setter spørsmålsteget ved rimeligheten av den praksis som har utviklet seg, og vil foreslå endring, noe jeg finner at også illustrerer at reelle hensyn taler imot departementets tolkning av gjeldende rett. Det opplyses at praksis er langvarig og festnet, uten at dette er nærmere dokumentert. I denne konkrete saken fastsatte trygdekontoret særtilskudd til annen gangs anskaffelse av briller og fulgte således ikke den omtalte praksisen. Heller ikke i rundskriv kan jeg se at det gis retningslinjer for en slik innskrenket praktisering av særtilskuddsordningen. I Ot.prp. nr. 43 (2000-2001) om nye regler for beregning av barnebidrag m.m. er særtilskuddsordningen drøftet under punkt 9. Der er den foran siterte uttalelsen fra NOU 1977: 35 tatt med, uten at dette med engangsutgifter er utdypet. I tillegg er det uttalt at særtilskuddet normalt skal fastsettes som et engangsbeløp, men at det også kan betales i terminer dersom utlegget skal gjøres opp slik. Her er det således betalingsmåten som er knyttet til uttrykket «engangs».

Etter dette er min konklusjon at det ikke er rettslig grunnlag for departementets tolkning av regelverket for særtilskudd. Jeg kan derfor ikke se at det er nødvendig å avvente oppfølgingen av St.meld. nr. 19 (2006-2007) for å endre praksis. Departementet bes vurdere hvilken informasjon som er nødvendig å gi bidragsmyndighetene.

Videre bes Nav Klage og anke Øst om å behandle denne saken på nytt. Behandlingen bør prioriteres, da bidragspliktige har tatt ut forliksklage for å få tilbakebetalt det han har innbetalt. Forliksrådet har utsatt behandlingen i påvente av avslutningen av saken her.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av Nav Klage og anke Østs nye behandling av saken, ved oversendelse av kopi av brevet til klageren. Videre ber jeg om å bli underrettet om Barne- og likestillingsdepartementets oppfølging.

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse ba departementet Arbeids- og velferdsdirektoratet, som overordnet forvaltningsorgan for behandlingen av bidrags saker, om at gjeldende praksis ble endret i tråd med uttalelsen. Departementet la til grunn at ny praksis vil omfatte alle etterfølgende nødvendige utgifter til bl.a. vedlikehold, utskifting eller fornyelse av utgiftstyper det allerede er fastsatt særtilskudd til. Departementet ba videre direktoratet om å sikre at etaten ble informert og gjort kjent med praksisendringen. Etter departementets syn ville det være en fordel om praksisendring ble tatt inn i etatens rundskriv, Hovednr. 55 Nr. 2 – Lov om barn og foreldre. Departementet ba også direktoratet om å følge opp saken som lå til grunn for ombudsmannens uttalelse overfor Nav Klage og anke Øst.

Departementet orienterte senere om at Nav Arbeids- og velferdsdirektoratet hadde endret etatens rundskriv i tråd med ombudsmannens uttalelse og lagt de nye retningslinjene ut på Navs hjemmeside på internett. Departementet opplyste videre at Nav Klage og anke Øst hadde gjort nytt vedtak i saken i tråd med de nye retningslinjene.

45.

Barnebidrag - skjønnsfastsetting av inntekt

(Sak 2008/237)

Bidragsmottakerens inntekt var av bidragsmyndighetene skjønnsfastsatt med utgangspunkt i minstelønnen for lærer.

Ombudsmannen kom til at det var tvil knyttet til Nav Klage og ankes skjønnsberegning av bidragsmottakerens inntekt. I en situasjon hvor inntektseviden ikke er utnyttet, og det er denne evnen som skal danne grunnlaget for bidragsberegningen, syntes det i for stor utstrekning å være lagt vekt på de aktuelle faktiske forholdene.

A var bidragspliktig for ett barn. Nav trygd fastsatte bidraget til kr 4 330 pr. måned. Bidragspliktiges klage medførte at fastsettingen ble endret til kr 3 390 pr. måned. Bidragsmottakerens faktiske inntekt ble lagt til grunn ved beregningen.

Etter ny klage fra bidragspliktige fastsatte Nav Klage og anke bidraget til kr 3 740 pr. måned. Nav

Klage og anke fastsatte bidragsmottakerens inntekt etter skjønn, jf. forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsettning og endring av fostringstilskot § 4 sjette ledd.

Etter en bachelorgrad for flere år siden hadde bidragsmottakeren vært deltidsstudent ved praktisk-pedagogisk utdanning ved et universitet. Hun hadde hatt lærervikariater ved en videregående skole. I tillegg til omsorg for bidragsbarnet hadde hun omsorg for et barn på åtte år med sin samboer. Hun regnet med å avslutte videreutdanningen våren 2008, slik at hun kunne være i fast jobb fra høsten 2008.

Bidragspliktige brakte saken inn for ombudsmannen og anførte at vanlig praksis ikke var fulgt ved fastsettelsen av inntekten, da det var tatt utgangspunkt i minsteinntekt for lærere i grunnskolen. Han mente at dette måtte være feil, da bidragsmottakeren hadde universitetsutdanning og arbeidet i videregående skole. Bidragspliktige mente at det ikke var grunnlag for et måteholdent skjønn, og viste til at bidragsmottakeren hadde vært hjemme med barn, slik at lav eller manglende inntekt på grunn av dette ikke skulle få konsekvenser for han.

Nav Klage og anke ble i brev herfra bedt om å redegjøre for vurderingen som lå til grunn for at det ved fastsettelsen av bidragsmottakerens lønn var tatt utgangspunkt i minstelønn for en lærer i grunnskolen, og det ble vist til opplysningene om hennes utdanning og yrkespraksis. Det ble stilt spørsmål om det var gjort nærmere undersøkelser med for eksempel lokale arbeidslivsmyndigheter om antatt inntektsnivå i et slikt tilfelle.

Videre ble det vist til at det i et notat i saken fra Nav Klage og anke var uttalt at «bidragsmottaker er i grenseland for det som kan skjønnsfastsettes...», noe som hadde medført en «måteholden skjønnsfastsettelse av inntekten». Det ble herfra bedt opplyst om det ved inntektsberegningen kan ses hen til tvil med hensyn til om det er «rimelig grunn» til skjønnsfastsetting.

Nav Klage og anke svarte at det ikke er gitt konkrete retningslinjer som gir nærmere anvisning på hvordan en beregning skal foretas når inntekten fastsettes ved skjønn, og hvilke forhold som er relevante. Innenfor de rammer som er lagt av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, mente Nav Klage og anke at ingen hensyn etter sin art er utelukket i fastsettelsen, men den må bero på et konkret skjønn i den enkelte sak.

Når det gjaldt vurderingen om det er rimelig grunn til å være uten inntekt, viste Nav Klage og anke til at utdanning, som den helt klare hovedregel, vil være grunn til ikke å ha inntekt. Det ble vist til at dette i hovedsak gjelder kvalifiserende utdanning, men at gjeldende rundskriv også åpner for at videreutdan-

ning kan anses som rimelig grunn til ikke å ha inntekt i visse situasjoner.

Til vurderingen i nærværende sak ble det vist til at bidragsmottakeren var i ferd med å avslutte et utdanningsløp for å kvalifisere seg som lærer, og at dette i utgangspunktet var en situasjon der det ikke ville være rimelig å skjønnsfastsette inntekt. Det ble likevel sett hen til at bidragsmottakeren har brukt mer tid på utdanningen enn det som kan anses rimelig, selv når det ble tatt høyde for hennes omsorgssituasjon. Nav Klage og anke viste til at ferdigstillelsen av utdanningen uten tvil ville øke bidragsmottakerens evne til å forsørge sine barn, men fant det likevel, ut fra en konkret vurdering, riktig å skjønnsfastsette inntekten. Nav Klage og anke fant at det aktuelle tilfellet ikke var fullgodt dekket av gjeldende retningslinjer. I vurderingen av kryssende hensyn fant Nav Klage og anke at hensynene for å skjønnsfastsette bidragsmottakerens inntekt, hadde marginal overvekt.

Med hensyn til den konkrete skjønnsfastsettingen av inntekten, opplyste Nav Klage og anke at det ikke var funnet grunn til å innhente opplysninger ut over det som fremgikk av sakens dokumenter. Det ble vist til at det ikke var grunn til å tvile på at bidragsmottakeren hadde tatt de vikariatene hun hadde fått. Dette forhold, sammenholdt med at hun ikke hadde avsluttet utdanningen sin, mente Nav Klage og anke gjorde det vanskelig å legge til grunn den inntekten hun hadde hatt, oppjustert til fulltids inntekt. Det ble derfor funnet relevant å sammenligne med en relativt lav inntekt innenfor hennes fagfelt. Nav Klage og anke mente at det var feil å ta utgangspunkt i en inntekt som ferdig utdannet lærer i den videregående skolen, da bidragsmottakeren ikke hadde slik utdanning og dermed ikke mulighet til å skaffe seg slik inntekt. Nav Klage og anke mente også at saken var opplyst i tråd med forvaltningslovens krav.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

Etter barnelova 8. april 1981 nr. 7 § 66 plikter begge foreldre å forsørge sine barn etter evne, og ifølge § 71 skal bidragsmyndighetene fastsette tilskudd til barn slik at fastsatte utlegg til forsørging av barnet blir delt mellom foreldrene etter størrelsen på inntekten deres. Tilskuddet skal som hovedregel fastsettes på grunnlag av aktuell og fremtidig inntekt. Inntekten til hver av foreldrene skal settes til «personinntekt og positiv kapitalinntekt som overstig kr 10.000,- per år», jf. forskrift om fastsetjing og endring av fostringstilskot § 4 første ledd. I § 4 sjette ledd, annet punktum er det bestemt at inntekten skal fastsettes etter skjønn når en part er uten inntekt, eller inntekten er vesentlig lavere enn det han eller hun burde oppnå ut fra utdanning og evner, uten at parten kan gi en rimelig grunn til at han eller hun ikke har inntekt eller at inntekten ikke er høyere.

Nav Klage og anke har lagt til grunn at bidragsmottakerens inntekt er vesentlig lavere enn det hun burde kunne oppnå ut fra utdanning og evner, uten at det er gitt en rimelig grunn til at inntekten ikke er høyere. Det er derfor vurdert at bestemmelsen om skjønnsmessig fastsetting av inntekten kommer til anvendelse, jf. forskriften § 4 sjette ledd. Spørsmålet som er reist i saken, er beregningen av den skjønnsfastsatte inntekten.

Det siste er en prinsipielt annen vurdering enn spørsmålet om vilkårene for å anvende bestemmelsen om skjønnsfastsetting er til stede.

Nav Klage og anke har vist til at bidragsmottakeren ikke har avsluttet utdanningen som skal kunne gi ansettelse i videregående skole og at hun dermed ikke har mulighet for å skaffe seg slik inntekt. Videre er det lagt til grunn at bidragsmottakeren har tatt de vikariatene hun har fått tilbud om. Ved beregningen av hennes inntekt synes det således å være lagt avgjørende vekt på hennes faktiske situasjon nå, og den inntekt hun med dette utgangspunkt har mulighet for å oppnå.

Det blir spørsmål om dette er et riktig utgangspunkt for skjønnsberegningen av bidragsmottakerens inntekt. Situasjonen er at inntekten skal skjønnsfastsettes fordi faktisk inntekt er vesentlig lavere enn det inntektsevnen tilsier. Dette tilsier at evnen må være mer sentral i vurderingen enn den faktiske situasjonen hun befinner seg i. I Arbeids- og velferdsetatens rundskriv til barneloven kapittel 8 er det da også uttalt at utgangspunktet for vurderingen er partenes inntektsevne.

Det skal gjøres en konkret og individuell vurdering i den enkelte sak av momentene knyttet til inntektsevnen. Dette er en vanskelig vurdering, fordi den dels er hypotetisk og fordi de ulike vurderingssteaene griper noe over i hverandre.

Bidragsmottakeren har en bachelorgrad fra flere år tilbake og har de siste årene tatt videreutdanning for å kvalifisere seg til en fast stilling som lærer i videregående skole. I et slikt tilfelle må det ses hen til årsaken til at hun ikke tidligere har benyttet muligheten til videre kvalifikasjon for yrkeslivet og om hun har benyttet de muligheter tidligere utdanning alene har gitt, eventuelt bakgrunnen for at dette ikke er gjort. Manglende inntekt som følge av omsorg for barn, får i begrenset grad betydning når bidrag skal fastsettes. I bidragsrundskrivet er det i punktet om vilkår for å anvende skjønn, uttalt at foreldrene i utgangspunktet står fritt til å innrette seg slik de måtte ønske, men at det ikke uten videre er gitt at de med sine valg kan fri seg fra den lovbestemte forsørgingsplikten og føre byrdene over på den andre av foreldrene eller det offentlige.

Nav Klage og ankes vurdering synes å bygge på et for snevert utgangspunkt ved fastsettingen av bi-

dragsmottakerens inntektsevne. Det må, i tillegg til å vurdere evnen ut fra de faktisk foreliggende forhold, også ses hen til inntektsevnen i et bredere perspektiv. At utgangspunktet har vært for snevert underbygges også av et notat i saken, der Nav Klage og anke ga uttrykk for at det er en viss usikkerhet rundt hva det kan ventes at bidragsmottakeren hadde oppnådd av faktisk inntekt dersom hun hadde gått ut på arbeidsmarkedet før avsluttet pedagogisk utdanning. I tillegg ga notatet inntrykk av at beregningen av inntekten kan ha vært måteholden som følge av tvil om det var grunnlag for å anvende regelen om skjønnsfastsetting, i så fall en forståelse av reglene om skjønnsfastsetting som det ikke kan ses å være holdepunkter for. Dersom det skal skje en skjønnsfastsetting, skal det tas utgangspunkt inntektsevnen til den aktuelle forelder.

Jeg finner etter dette at det knytter seg tvil til om utgangspunktet for beregningen av den skjønnsfastsatte inntekten er riktig. Nav Klage og anke bes på denne bakgrunn vurdere saken på nytt, i lys av det som fremkommer i min gjennomgang av saken. I den forbindelse minnes det om at bidragsmottakeren ikke har vært part i saken, slik at hennes uttalelse må søkes innhentet.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av Nav Klage og ankes nye behandling av saken, ved oversendelse av kopi av brev til partene.

Helse

46.

Helsetilsynets behandling av klagesak om omgjøring av sykehjemsplass til plass i omsorgsbolig

(Sak 2006/1997)

En kommune vedtok å omgjøre en beboers sykehjemsplass til plass i omsorgsbolig. To av døtrene klaget til ombudsmannen og hevdet at det virket svært urimelig å skulle overføre den sterkt omsorgstrengende moren til et «lavere omsorgsnivå», som ifølge dem ikke ville kunne ivareta et totalansvar for henne. Det ble anført at det syntes å være begått flere saksbehandlingsfeil både av kommunen og Helsetilsynet i fylket, og at det ikke var dokumentert hvilke faglige grunner som talte for utskrivning fra sykehjem.

Det var en klar saksbehandlingsfeil at klagesaken ikke ble behandlet av kollegialt klageorgan i kommunen før den ble vurdert av Helsetilsynet. Videre fremsto det som uklart om Helsetilsynet hadde hatt et riktig rettslig utgangspunkt for sin vurdering, og om saken var tilstrekkelig godt opplyst da tilsynet

traff sitt vedtak. Det ble bedt om at saken ble behandlet på nytt i samsvar med lovens krav, og det ble forutsatt at det i denne forbindelse ble innhentet nye medisinske vurderinger for å avklare behovet for sykehjemsplass.

Helsetilsynet vurderte saken på nytt og opphevet kommunens vedtak. Saken ble returnert til kommunen for ny behandling, og det ble understreket at kommunen måtte sørge for å få opplyst saken på en tilfredsstillende måte, herunder innhente og vurdere opplysninger vedrørende tjenestemottakerens helse-tilstand. Helsetilsynet presiserte videre at en eventuell ny klage over kommunens vedtak måtte behandles av kommunal klagenemnd før oversendelse til Helsetilsynet. Praksis for behandling av saker etter kommunehelsetjenesteloven og pasientrettighetsloven ble innskjerpet og enkelte rutiner endret. I brev til en av klagerens døtre erkjente og beklaget Helsetilsynet sterkt saksbehandlingsfeilene som var gjort.

Ombudsmannen fant også grunn til å gjøre Helse- og omsorgsdepartementet oppmerksom på saken og ba bl.a. departementet om å informere aktuelle instanser om uttalelsen.

A, som er født i 1912, fikk i november 2003 tilbud om langtidsopphold i kommunalt sykehjem «fra 31.10.03 inntil omsorgsbolig i bokollektiv står ferdig til innflytting medio januar 04». Hun flyttet inn i sykehjemmet samme høst. Da de første omsorgsboligene var ferdigstilt, fikk hun ikke plass der. Bakgrunnen skal ha vært at det var nødvendig å benytte noen av omsorgsboligene som sykehjem, og at hun skulle overføres til omsorgsbolig. Hun fortsatte dermed å bo i den gamle sykehjemsenheten og bodde der til denne delen ble revet i september 2004. Deretter ble hun overført til et bofellesskap i en omsorgsbolig med flere fra den gamle sykehjemsavdelingen, men uten at det ble truffet noe formelt vedtak om overføring fra sykehjemmet. Omsorgsboligen ble i en overgangsfase «benyttet som 2-sengs sengerom definert som sykehjem».

I februar 2005 ga kommunen et forhåndsvarsel om endring av vedtak, der det var utarbeidet et forslag til «nytt vedtak om hjemmesykepleie og praktisk bistand i forbindelse med overflytting til omsorgsbolig» med tilbud om nærmere spesifiserte tjenester etter kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 og sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81.

På vegne av moren, som blant annet var senil demens, klaget to av As døtre til kommunen i brev 1. april 2005. Det fremgikk blant annet at de mente hun da var «totalt hjelpetrengende», og at hun hadde behov for tjenester på «sykehjemsnivå». Det ble blant annet vist til forskrift 14. november 1988 nr. 932 for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie

(sykehjemsforskriften) § 4-11 annet ledd og påpekt at det var «opp til kommunen å dokumentere hvilke faglige grunner som taler for utflytting av langtids-plass i sykehjem til omsorgsbolig for A».

Kommunen v/enhetsleder besluttet 3. oktober 2005 ikke å ta klagen til følge.

Saken ble deretter oversendt Helsetilsynet i fylket, som 6. desember 2005 opphevet kommunens «vedtak» og returnerte saken til kommunen «for ny saksutredning og behandling i førsteinstans». Det ble blant annet vist til at det manglet medisinske vurderinger som kunne si noe om As medisinske tilstand. Helsetilsynet ba om tilbakemelding når nytt vedtak var fattet.

Kommunen innhentet en medisinsk vurdering av As helsetilstand fra tilsynslegen på det aktuelle sykehjemmet i januar 2006. I vurderingen ble det konstatert at helsetilstanden hennes hadde vært stabil over lengre tid. Videre het det at det forelå «kognitiv svikt» knyttet til grunnsykdommen senil demens og at den svikten medførte «behov for døgntilsvarende tilsyn av helsepersonell, fortrinnsvis i kjente omgivelser». Det var etter legens vurdering «ingen medisinsk kontraindikasjon mot overføring fra langtids-plass i sykehjem til egnet omsorgsbolig», så lenge behovet for døgntilsvarende oppfølging ble ivare-tatt.

Kommunen fattet deretter et nytt vedtak i saken 18. mai 2006. Vedtaket bygget i hovedsak på forhåndsvarselet 17. februar 2005 om «endring av tjene-ste fra langtidsopphold i sykehjem til tildeling av omsorgsbolig i bokollektiv ved ... », likevel slik at det inneholdt en viss utvidelse av tilbudet om prak-tisk bistand og hjemmesykepleie.

Vedtaket ble påklaget av As døtre i juni 2006. I klagen skrev de blant annet at det virket «uforståelig» for dem at moren skulle flyttes til et «lavere omsorgs-nivå» etter 3 ½ år i sykehjem. Videre fremholdt de at hennes helsetilstand var betydelig redusert i løpet av de årene som da hadde gått siden hun fikk plass på sykehjemmet. De hevdet også at det ikke hadde frem-kommet noen faglige grunner i dokumentasjonen som talte for overflytting til omsorgsbolig.

Helsetilsynet i fylket behandlet klagen 16. okto-ber 2006, og stadfestet kommunens vedtak. Saken ble behandlet med hjemmel i kommunehelsetjeneste-loven § 2-4, under henvisning til at den «i det vesent-lige» omhandlet den helsehjelpen som ble tilbudt A. Tilsynet viste til at det følger av kommunehelsetje-nesteloven § 2-1 at enhver har rett til nødvendig hel-sehjelp, og at kommunen har plikt til å gi alle slik hjelp. Etter Helsetilsynets syn hadde kommunen opp-fyllt denne plikten. Klagen på omgjøringen av vedta-ket om sykehjems-plass til omsorgsbolig ble derfor ikke tatt til følge. Helsetilsynet uttalte at det i ut-gangspunktet er kommunen selv som avgjør i hvilken

form hjelpen skal ytes, og at «ingen har krav på en viss type tjeneste, for eksempel sykehjems-plass». Avslutningsvis ble viktigheten av en «jevnlige vurde-ring av hjelpebehovet» understreket, og det ble i den forbindelse vist til «tjenestemottakers alder, helsetil-stand og totale livssituasjon».

En av As døtre klaget i november 2006 hit på vegne av moren. Hun anførte blant annet at det frem-sto som svært urimelig å flytte en person som får en marginal og til dels utilstrekkelig hjelp og omsorg som sykehjemsbeboer, til omsorgsbolig, som er et la-vere omsorgsnivå. Det ble vist til at moren er en sterkt omsorgstrengende person, og at hun derfor ikke burde flyttes til et omsorgsnivå som, selv om det er omfattende, ikke ivaretar et totalansvar for hennes helse og velferd. Helsetilsynet kunne etter datterens oppfatning ikke ha vært tilstrekkelig informert om morens helsetilstand på vedtakstidspunktet, og det ble i den forbindelse vist til flere hendelser som had-de redusert hennes helsetilstand. Det ble også anført at det var begått flere saksbehandlingsfeil.

Saken ble tatt opp med Helsetilsynet i fylket, og det ble vist til at det ikke syntes å ha funnet sted en slik forutgående klagebehandling i særskilt kommu-nalt klageorgan i kommunen, som kommunehelsetje-nesteloven § 2-4 første ledd gir anvisning på. Helse-tilsynet ble bedt om å opplyse hvorfor dette ikke var påpekt overfor kommunen, og det ble stilt spørsmål om det eventuelt hadde vært vurdert å ta kontakt med klagerne for å høre hvordan de ønsket å få klagen be-handlet.

Videre ble det stilt spørsmål om Helsetilsynet anså at sykehjemsforskriften § 4-11 annet ledd kom-mer til anvendelse i saken. I så fall ble det bedt om en redegjørelse for de faglige grunnene som talte for ut-skrivning i dette tilfellet. I den forbindelse ble det vist til Sosial- og helsedepartementets merknader til be-stemmelsen i rundskriv I-63/90 om somatiske syke-hjem og boform for heldøgns omsorg og pleie. Vide-re ble det vist til uttalelser fra Sosial- og helsedirek-toratet og Statens helsetilsyn til Fylkesmannen i Nordland. Det ble også stilt spørsmål om saken etter Helsetilsynets oppfatning var tilstrekkelig opplyst på vedtakstidspunktet. Endelig ble det stilt spørsmål om det ut fra utviklingen i klagerens helsetilstand kunne være grunn til å be kommunen om å foreta en ny vur-dering av om det fortsatt var faglig forsvarlig å yte tjenester utenfor institusjon.

Helsetilsynet i fylket bekreftet innledningsvis i sitt svar at klagesaker som omhandler utskrivning fra sykehjem behandles i medhold av kommunehelsetje-nesteloven § 2-4. Det ble videre opplyst at det var riktig at det ikke fremgikk av saksdokumentene at klagen hadde vært behandlet i eget kommunalt klage-organ. Helsetilsynet opplyste også at det ved behand-lingen av klagesaken «forutsatte» at kommunen fulg-

te regelverket, og at det derfor ikke ble foretatt nærmere undersøkelser for å bringe på det rene om klagesaken hadde vært til behandling i riktig organ. Det het deretter at det ville bli vurdert «om det skal utarbeides rutiner som sikrer at saksbehandlingen i kommunene gjennomføres i medhold av de bestemmelser som gjelder».

Helsetilsynet opplyste at forholdet til sykehjemsforskriften § 4-11 første og annet ledd var vurdert i forbindelse med klagebehandlingen, men at det i ettertid fremsto «som noe uklart hvorfor forskriftsbestemmelsen ikke konkret ble nevnt». Det het videre:

«Helsetilsynets vurdering av saken på vedtakstidspunktet var at A mottok adekvat hjelp i omsorgsboligen i forhold til de hjelpebehov hun hadde på daværende tidspunkt. I så fall sto X kommune relativt fritt til å vurdere om de nødvendige tiltak skulle ytes i sykehjem eller omsorgsbolig. Tilbud i en omsorgsbolig kan i seg selv dekke behov på et høyt nivå, avhengig av blant annet bemanning.

Helsetilsynet vurderte det tilbudet A mottok i omsorgsboligen som faglig forsvarlig i forhold til hennes konkrete hjelpebehov. Det kan imidlertid synes som om hennes helsetilstand var skrøpeligere enn det Helsetilsynet hadde opplysninger om på det aktuelle tidspunkt. ... »

Avslutningsvis i svaret understreket Helsetilsynet igjen viktigheten av at hjelpeapparatet kontinuerlig vurderer det behov enhver bruker har for pleie- og omsorgstjenester. Helsetilsynet påpekte også at vedtak ikke fattes en gang for alle, men at det skal tas hensyn til endringer i livssituasjonen for den enkelte. Det ble understreket at det spesielt gjelder eldre brukere hvor helsetilstanden som regel svekkes over kort tid.

Av svaret til Helsetilsynet fremgikk det også at tilsynet hadde vært i kontakt med kommunen, og bedt om en tilbakemelding vedrørende klagebehandlingen av saken. Helsetilsynet opplyste at det ville vurdere gyldigheten av vedtaket etter å ha fått tilbakemelding fra kommunen.

As datter kom med merknader, og påpekte to misforståelser/feil i Helsetilsynets svar. Hun viste for det første til at tilsynets svar kunne gi inntrykk av at moren allerede fikk tjenester i omsorgsbolig på vedtakstidspunktet, noe som ikke var tilfellet. I denne forbindelse ble det vist til en bekreftelse fra sykehjemmet om at A har sykehjemsplass. For det andre ble det anført at det var tvilsomt om moren fikk adekvat og forsvarlig hjelp som sykehjemsbeboer.

Helsetilsynet kom tilbake til saken, og presiserte at det som var vurdert var det fremtidige tilbudet som A vil få i omsorgsbolig. Det ble beklaget at tilsynets formuleringer var blitt misforstått på dette punktet.

Vedlagt tilsynets brev fulgte en redegjørelse fra kommunalsjefen i kommunen vedrørende kommu-

nens saksbehandling. Det fremgikk av redegjørelsen at kommunen i møte 20. juni 2001 vedtok å legge ned det såkalte «klientutvalget», som var et rent klageorgan for saker etter kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven, fra 1. august 2001. Samtidig ble det besluttet av kommunestyret at rådmannen skulle behandle klager i medhold av kommunehelsetjenesteloven § 2-4 og sosialtjenesteloven §§ 4 og 5. Dette ble revidert 30. januar 2002, men revisjonen skal ikke ha blitt «tilstrekkelig informert om til saksbehandlere og ledere» som behandlet saker etter kommunehelsetjenesteloven. Disse skulle følgelig ha fortsatt å behandle saker/klagesaker i tråd med vedtaket som var fattet 20. juni 2001.

Kommunalsjefen erkjente at saken nok skulle ha vært lagt frem for kommunens egen klagenemnd, og konstaterte at det «i sakens anledning [er] begått en saksbehandlingsfeil». Ifølge kommunalsjefen kunne imidlertid ikke feilen anses å ha hatt innvirkning på selve resultatet i saken «da Helsetilsynet har akseptert å ta saken til behandling som en klagesak videre sendt fra kommunen, og gitt kommunens fornyete behandling av saken den samme vurdering og det samme resultatet».

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Saksbehandlingen – manglende behandling i kommunalt kollegialt klageorgan

Det følger av kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 2-1 fjerde ledd at forvaltningslovens regler gjelder for vedtak om hjemmesykepleie og vedtak om tildeling eller bortfall av plass i sykehjem eller boform for heldøgns omsorg og pleie. Videre følger det av kommunehelsetjenesteloven § 2-4 første ledd at den som søker helsehjelp, kan påklage avgjørelser etter samme lov § 2-1 til det organ kommunestyret bestemmer. I kommunehelsetjenesteloven § 2-4 første ledd tredje punktum er det slått fast at klageorganet i kommunen skal ha tre til fem medlemmer ved behandlingen av en slik sak. Går avgjørelsen klageren imot eller avvises klagen, kan det etter § 2-4 annet ledd klages til Helsetilsynet i fylket.

Klagene i den foreliggende saken ble fremsatt overfor X kommune henholdsvis 1. april 2005 og 3. juni 2006, og oversendt til Helsetilsynet i Y etter forutgående behandling i kommunen. Helsetilsynet har behandlet saken i medhold av kommunehelsetjenesteloven § 2-4 annet ledd, men har ikke påpekt at kommunen ikke synes å ha behandlet klagen på den måten som er forutsatt i samme lov § 2-4 første ledd. I svaret hit er det opplyst at Helsetilsynet forutsatte at X kommune fulgte regelverket, og at det derfor ikke ble foretatt nærmere undersøkelser for å bringe på det rene om klagesaken hadde vært til vurdering i riktig organ.

Ut over de unntakene som bestemmelsen selv fastsetter, gir kommunehelsetjenesteloven § 2-4 tredje ledd tredje punktum forvaltningslovens regler om klage tilsvarende anvendelse. Det følger av forvaltningsloven § 34 første ledd at klageinstansen skal avvise saken dersom vilkårene for å behandle saken ikke foreligger. I dette ligger en plikt for klageinstansen til å foreta en selvstendig vurdering av om vilkårene for å behandle klagen foreligger, se Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer, 4. utgave 2006, s. 515. I dette tilfellet var klagen fremsatt overfor kommunen, og den skulle derfor i første omgang ha vært behandlet av kommunalt klageorgan med fra tre til fem medlemmer, jf. kommunehelsetjenesteloven § 2-4 første ledd. At dette ikke var gjort, burde ha fremstått som relativt klart for Helsetilsynet, ettersom kommunens fornyede vurdering var undertegnet av en saksbehandler (enhetsleder), og det ikke var noe i saksdokumentene ellers som tydet på at klagesaken hadde vært vurdert av et kollegialt kommunalt klageorgan. Helsetilsynets utsagn i svaret hit om at tilsynet «forutsatte» at kommunen hadde fulgt regelverket, viser at det ikke er foretatt en slik selvstendig vurdering som klageinstansen er pliktig til etter forvaltningsloven § 34. Det forhold at tilsynet tidligere hadde vært nødt til å returnere saken til kommunen for ny behandling på grunn av saksbehandlingsfeil, ga for øvrig grunn til særskilt årvåkenhet i forhold til kommunens saksbehandling i den nye klagesaken.

Ettersom klagen ikke hadde vært behandlet på foreskrevet måte i kommunen, skulle den i utgangspunktet ha vært returnert dit for ny behandling. Det er en klar saksbehandlingsfeil at dette ikke ble gjort.

Pasienter m.v. har rett til å klage direkte til Helsetilsynet i fylket etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 7-2. Helse- og omsorgsdepartementet har i brev 30. mai 2002 lagt til grunn at det må stå en pasient fritt å velge hvilken klageordning han eller hun vil benytte. I denne aktuelle situasjonen kunne det muligens ha vært et alternativ å ta kontakt med klagerne for å høre hvordan de ønsket å få klagen behandlet. Dette ble imidlertid ikke gjort, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

I forbindelse med undersøkelsen herfra har det fremkommet at X kommune la ned sitt klientutvalg fra 1. august 2001 og at det deretter ble overlatt til rådmannen å behandle klager i saker etter kommunehelsetjenesteloven § 2-4 og enkelte bestemmelser i sosialtjenesteloven. Dette skal ha blitt revidert i januar 2002, men denne endringen skal ikke ha blitt meddelt saksbehandlerne på en tilstrekkelig klar måte, noe som skal være bakgrunnen for den behandlingen som har funnet sted i den foreliggende saken. Det nærmere innholdet i kommunens revisjon av reglene er ikke opplyst, men jeg legger til grunn at disse nå

gir anvisning på en behandling i overensstemmelse med kommunehelsetjenesteloven § 2-4 første ledd.

Det er lite tillitvekkende at saksbehandlerne i kommunen her synes å ha forholdt seg til et feilaktig regelverk, som ble endret for flere år siden. Helsetilsynet har i svaret hit opplyst at det vil bli vurdert å utarbeide rutiner som sikrer at saksbehandlingen i kommunene gjennomføres i samsvar med de bestemmelser som gjelder. Jeg forutsetter at dette arbeidet igangsettes raskt dersom det ikke allerede er gjort. I denne forbindelse legges det til grunn at det også vil bli tatt tak i ovennevnte problemstilling, som i tillegg bes fulgt opp særskilt overfor X kommune.

2. *Det rettslige utgangspunktet for vurderingen av kommunens vedtak*

Det sentrale spørsmålet i saken gjelder kommunens adgang til å beslutte overføring av A fra sykehjem til omsorgsbolig. Med bakgrunn i kommunens vedtak 4. november 2003 om innvilgelse av langtidsopphold i sykehjem, og det faktum at A aksepterte denne plassen og flyttet inn på sykehjemmet, er det naturlig å ta utgangspunkt i de rettighetene som en sykehjemsbeboer har.

Sykehjem som institusjon er hjemlet i kommunehelsetjenesteloven § 1-3 annet ledd nr. 6, og det er gitt nærmere regler for virksomheten i forskrift, herunder blant annet sykehjemsforskriften, forskrift 27. juni 2003 nr. 792 om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene etter kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven (kvalitetsforskriften) og forskrift 26. april 1995 nr. 392 om vederlag for opphold i institusjon m.v. (vederlagsforskriften).

Det er sykehjemsforskriften kapittel 4 som i første rekke er av interesse i denne saken.

Spørsmålet om når en beboer kan tas ut av sykehjem er regulert i sykehjemsforskriften § 4-11, der det heter:

«En beboer kan flytte ut når vedkommende selv ønsker det. For beboer som er senil dement eller som av annen grunn ikke kan ivareta sine egne interesser må ønsket utflytting besluttes i samråd med eventuelle pårørende. Beboer som er inntatt for rehabilitering/avlastning skal normalt skrives ut til fastsatt tid.

Utflytting mot beboerens ønske kan bare finne sted når faglige grunner taler for det og det er ordnet med annet opphold.»

X kommunes vedtak 4. november 2003 var ut fra ordlyden tidsbegrenset «inntil omsorgsbolig i bokollektiv står ferdig til innflytting medio januar 2004». Oppholdet skulle således i utgangspunktet ha vært midlertidig, og A kunne dermed formodentlig ha vært utskrevet til fastsatt tid i medhold av bestemmelsens første ledd tredje punktum. Den angitte tidsbegrensningen slo imidlertid ikke til, og oppholdet i

sykehjemmet vedvarte i lang tid ut over dette. Det synes dermed klart at spørsmålet om overføring (utskrivning) må vurderes etter forskriften § 4-11 annet ledd.

Etter det jeg forstår har det ikke vært tale om å flytte A fra det rommet der hun nå bor i ... som følge av vedtaket om omgjøring av sykehjems plass til omsorgsbolig. Det som i tilfelle synes å skulle skje dersom vedtaket settes ut i livet, er en omdefinering av bo- og pleieforholdet i tillegg til en del faktiske endringer. Sosial- og helsedirektoratet skal i en lignende sak ha konkludert med at dette må regnes som utflytting i forskriftens forstand. Direktoratet har redegjort nærmere for sitt standpunkt i brev 17. november 2006 til Fylkesmannen i Nordland, og brev 21. mai 2007 til Helse- og omsorgsdepartementet. I det førstnevnte brevet heter det blant annet følgende om dette:

«En endring av tilbud fra sykehjem hjemlet i kommunehelsetjenesteloven til omsorgsbolig med alminnelig husleieordning m.v. må likestilles som en utskrivning av sykehjem i sykehjemsforskriftens forstand. Dette må gjelde selv om bruker ikke fysisk flyttes. Direktoratet begrunner dette ut fra at en utskrivning medfører en rekke juridiske, økonomiske og praktiske endringer av et slikt omfang at en endring av tilbudet må likestilles med en utskrivning. De alminnelige forvaltningsrettslige regler kommer således til anvendelse, herunder forhåndsvarsling om endring i tjenestetilbudet og krav om at vedtak skal begrunnes.»

Jeg er enig i direktoratets konklusjon. Uavhengig av om beboeren flyttes fysisk, vil overføringen innebære at pasienten fratras nærmere spesifiserte rettigheter og plikter som pasient i sykehjem, og at vedkommende får andre rettigheter og plikter som beboer i en omsorgsbolig. Direktoratets redegjørelser viser at disse endringene vil kunne være betydelige.

Den foreliggende saken gir ikke grunn til å gå inn på alle disse forskjellene. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at beboeren gjennom et slikt vedtak overføres fra en lovregulert boform med omsorgs- og helsetjenester som en integrert del av tilbudet, til en bolig som i utgangspunktet er ment å være vedkommendes «egen» og uten fast tilknyttede tjenester og personell, jf. rundskriv I-29/1997. Etter vedtaket vil beboeren dermed være avhengig av at det treffes enkeltvedtak om tildeling av helse- og omsorgstjenester og vedkommende, eller i praksis ofte de pårørende, vil måtte overta ansvaret for en rekke forhold som tidligere har vært ivaretatt av sykehjemmet eller representanter for dette, eller som ikke gjorde seg gjeldende da. Det gjelder forhold som oppfølging i forhold til lege, betaling av egenandeler, husleie, innkjøp av mat og medisiner mv. Finansieringen av de tjenestene som ytes fra kommunens side vil også være en annen i og med at forholdet ikke lenger er regulert av vederlagsforskriften.

Disse endringene må antas å inntre uavhengig av om beboeren flyttes fysisk. Det ville virke lite rimelig om forskriftens krav ikke skulle komme til anvendelse der det skjer en slik omdefinering av pleie- og boforholdet, som ikke nødvendiggjør fysisk flytting. Hvis det skulle være tilfellet, ville § 4-11 annet ledd i forskriften lett kunne bli illusorisk, og det ville bero på tilfeldigheter hvilket vern beboerne har mot vesentlige endringer i det enkelte tilfellet. Reelle hensyn taler derfor for at forskriftens bestemmelse kommer til anvendelse, slik også Sosial- og helsedirektoratet har konkludert.

3. *Vurderingen av kommunens vedtak – Helsetilsynets begrunnelse og vurdering m.v.*

Sosial- og helsedepartementet har i rundskriv I-63/90 om somatiske sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie, kommet med merknader til sykehjemsforskriften § 4-11. I rundskrivet heter det blant annet:

«Når en beboer har fått permanent plass i boform, kan vedkommende få beholde plassen med mindre sterke faglige grunner taler for utskrivning. Eksempel på slike sterke faglige grunner kan være:

- beboer er blitt så frisk at vedkommende ikke lenger trenger døgnkontinuerlig pleie og omsorg
- beboer er blitt feilplassert og kan gis mer egnet behandling et annet sted, f.eks. i en psykiatrisk institusjon
- beboer er så umotivert for oppholdet i boformen at vedkommende skaper problemer for andre beboere og for den daglige drift.»

Dette viser at departementet har vært av den oppfatning at det ikke bare skal faglige grunner til for å beslutte en slik utskrivning (omgjøring), men «sterke» faglige grunner. Spørsmålet er ikke avgjørende i den foreliggende saken og det er derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på det. Rundskrivet er imidlertid fortsatt gjeldende, og uttalelsen må derfor tillegges vekt ved den vurderingen som skal foretas.

Helsetilsynet har i sitt vedtak vist til retten til nødvendig helsehjelp etter kommunehelsetjenesteloven § 2-1. Den vurderingen som fremkommer er i hovedsak også knyttet opp mot dette vilkåret. Sykehjemsforskriften § 4-11 annet ledd er ikke nevnt. Det fremkommer heller ingen vurdering i forhold til vilkårene i denne bestemmelsen. Helsetilsynet skriver i svaret hit at vilkårene i forskriftsbestemmelsen ble vurdert, men at det er «noe uklart hvorfor ... [den] ikke konkret ble nevnt» i vedtaket. Noen nærmere redegjørelse knyttet opp mot vilkårene i forskriften er ikke gitt. Jeg forstår det slik at Helsetilsynet anser at forskriften er relevant, men at den sentrale vurderingen er knyttet til om A fikk «adekvat hjelp ... i forhold til de hjelpebehov hun hadde på daværende tidspunkt».

Forholdet til sykehjemsforskriften § 4-11 annet ledd burde ha vært kommentert i tilsynets vedtak. I klagen 3. juni 2006 var bestemmelsen uttrykkelig nevnt, og klagerne må forstås slik at de mente vilkåret for omgjøring til omsorgsbolig (utskrivning) ikke var oppfylt. Det følger av forvaltningsloven § 33, jf. § 25, at det som hovedregel skal vises til de reglene et vedtak bygger på. Sykehjemsforskriften § 4-11 annet ledd er videre, som jeg har vært inne på, den sentrale bestemmelsen ved omgjøring av sykehjemsplass til omsorgsbolig, og det er klart ikke tilstrekkelig å vise til kommunehelsetjenesteloven § 2-1 i en slik sammenheng. Manglede henvisning til sykehjemsforskriften § 4-11 er egnet til å etterlate tvil med hensyn til om Helsetilsynet har foretatt en riktig vurdering av saken.

I foreleggelsen herfra ble det stilt spørsmål om hvilke (sterke) faglige grunner som eventuelt talte for utskrivning i dette tilfellet. Helsetilsynet synes ikke å ha gitt et uttrykkelig svar på dette. Spørsmålet synes heller ikke å være direkte belyst i den medisinske dokumentasjonen som foreligger i saken. Det fremgår riktignok av tilsynslegens journalnotat 10. januar 2006 at det på det tidspunktet ikke var noen «medisinsk kontraindikasjon mot overføring fra sykehjem til egnet omsorgsbolig» (utheving herfra). Utsagnet bidrar imidlertid ikke til å belyse den problemstillingen som er nevnt over. På bakgrunn av dette kan det også stilles spørsmål om saken var tilstrekkelig opplyst på vedtakstidspunktet, jf. forvaltningsloven § 33 femte ledd.

I klagen hit er det vist til at As helsetilstand skal ha blitt svekket i stadig større grad i løpet av de tre siste forutgående årene. Særlig det siste halve året forut for klagen hit skal ha vært problematisk. Det er i brevet hit vist til flere konkrete eksempler som Helsetilsynet ikke synes å ha hatt kjennskap til da vedtaket ble truffet 16. oktober 2006. Undersøkelsen som er foretatt herfra har ikke tatt sikte på å klarlegge disse forholdene nærmere. Det er imidlertid notert at Helsetilsynet i svaret hit har opplyst at det kan se ut som As helsetilstand «var skrøpeligere enn det Helsetilsynet hadde opplysninger om» på vedtakstidspunktet. Utsagnet viser at det også på dette grunnlaget kan stilles spørsmål om saken var tilstrekkelig godt opplyst da Helsetilsynet vurderte saken. I den forbindelse kan det også vises til Helsetilsynets påpekning i vedtaket av «viktigheten av en jevnlig vurdering av hjelpebehovet» i denne saken, særlig ut fra «tjenestemottakerens alder, helsetilstand og totale livssituasjon». Til tross for dette generelle utgangspunktet innhentet ikke Helsetilsynet en oppdatert vurdering av disse forholdene, selv om det gikk et halvt år mellom kommunens og Helsetilsynets vedtak.

Samlet sett gir gjennomgangen av saken her grunnlag for begrunnet tvil både med hensyn til Helsetilsynets rettslige utgangspunkt for den vurderingen som er foretatt, og om saken har vært tilstrekkelig opplyst. Dette gir i seg selv grunn til fornyet behandling.

4. Den konkrete vurderingen av As hjelpe- og omsorgsbehov m.v.

Undersøkelsen herfra har som nevnt ikke tatt sikte på å klarlegge klagerens medisinske tilstand eller det konkrete hjelpe- og omsorgsbehovet. Vurderingen av om det i dette tilfellet hadde vært «faglig forvarlig å yte tjenester utenfor institusjon» etter hennes tilstand på vedtakstidspunktet, er det derfor ikke grunnlag for å ta klart standpunkt til. Jeg forutsetter imidlertid at det i forbindelse med en fornyet vurdering av saken innhentes ny medisinsk dokumentasjon som er egnet til å klargjøre dette.

Det er antatt at kommunen, innenfor rammen av hva som er faglig forvarlig, har en viss valgfrihet med hensyn til om tjenester skal ytes i eller utenfor institusjon. I den sammenheng kan det imidlertid være grunn til å minne om pasientens rett til medvirkning, jf. pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 3-1. Videre kan det være grunn til å vise til noen av de synspunktene som fremkommer i rundskriv I-29/97 fra det daværende Sosial- og helsedepartementet, der det blant annet heter følgende i punkt 2.2:

«Mange eldre med omfattende funksjonssvikt har behov for pleie og omsorg hele døgnet. Funksjonssvikten kan være forårsaket av sykdommer som krever behandling og omfattende pleie, og/eller alvorlig aldersdemens. For mange brukere med svært omfattende behov for pleie- og omsorgstjenester vil ikke hjemmetjenester kombinert med tilrettelagt bolig alltid gi tilstrekkelig trygghet. I lovregulerte boliger etter kommune-tjenesteloven (sykehjem e l) er det et krav at det skal være personale tilstede hele tiden. Det er også et krav at legetjeneste og fysioterapitjeneste skal knyttes til virksomheten. I tillegg skal lovregulerte boliger være underlagt tilsyn. Det er spesielt viktig å føre tilsyn med tjenester der tjenestemottakeren ikke selv er i stand til å hevde sine interesser.

Aldersdemens utvikler seg over tid med stadig sterkere svekkelse av personens funksjonsnivå. På et tidlig stadium vil hjemmetjenester kombinert med ulike dagtilbud kunne bidra til at personer med demens fungerer i sin egen bolig. Etersom sykdommen utvikler seg, vil de få behov for heldøgns pleie og omsorg. De vil ha redusert evne til å gi samtykke til behandling og vil i mindre grad kunne styre hverdagen i sitt eget hjem. Dette taler for at pleien og omsorgen for personer med alvorlig demens bør foregå i lovregulerte boliger, fortrinnsvis i form av bokollektiv eller skjærmede enheter i sykehjem. Små og oversiktlige miljøer og stabilt personell er viktig i omsorgen for personer med demens.»

Det som her er uttalt må tas i betraktning ved den vurderingen som skal foretas.

5. Oppsummering

Helsetilsynet har behandlet den oversendte klagesaken fra kommunen, til tross for at den ikke på forhånd hadde vært klagebehandlet av kollegialt klageorgan i kommunen. Tilsynet har i for stor grad hatt tillit til kommunen saksbehandling, og ikke i tilstrekkelig grad etterprøvd denne. Klagesaken skulle ha vært returnert til kommunen for ny behandling.

Gjennomgangen etterlater videre begrunnet tvil i forhold til Helsetilsynets, og for så vidt også kommunens, rettslige utgangspunkt for vurderingen av saken. Saken synes heller ikke å ha vært tilstrekkelig opplyst på vedtakstidspunktet til å kunne vurdere As pleie- og omsorgsbehov, og om det var tilstrekkelig sterke faglige grunner til å overføre henne fra sykehjem til en omsorgsbolig.

På bakgrunn av det ovennevnte må jeg be Helsetilsynet i Y sørge for at saken blir behandlet på nytt på en måte som er i samsvar med lovens krav, i første omgang av kommunens klagenemnd og deretter eventuelt også av Helsetilsynet. Jeg forutsetter at det i denne forbindelse innhentes nye medisinske vurderinger som bidrar til å avklare As behov, og eventuelt om vilkårene for overføring til plass i omsorgsbolig kan sies å være til stede.

Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre behandlingen og oppfølgingen av saken, herunder Helsetilsynets arbeid med retningslinjer for å sørge for at kommunene behandler slike saker på foreskrevet måte, se punkt 1.»

I brev 19. juni 2008 opplyste Helsetilsynet at det var fattet nytt vedtak i saken 17. april 2008. Vedtaket innebar at kommunens vedtak 18. mai 2006 ble opphevet og saken returnert til kommunen for ny behandling. Helsetilsynet presiserte overfor kommunen at det måtte fattes nytt vedtak og at kommunen i denne forbindelse måtte sørge for å få opplyst saken på en tilfredsstillende måte, herunder innhente og vurdere opplysninger vedrørende As helsetilstand. Helsetilsynet presiserte videre at en eventuell ny klage over kommunens vedtak måtte behandles av kommunal klagenemnd før oversendelse til Helsetilsynet, jf. kommunehelsetjenesteloven § 2-4. Det fremgikk at Helsetilsynet i brev 17. april 2008 til en av klagerens døtre hadde erkjent og sterkt beklaget saksbehandlingsfeilene som var gjort fra tilsynets side.

Om tilsynets praksis for behandling av slike saker het det i brevet hit:

«Praksis for behandling av saker etter kommunehelsetjenesteloven og pasientrettighetsloven, herunder valg av rettsgrunnlag, er innskjerpet i samsvar med veileder fra Statens helsetilsyn.

Viktigheten av å sikre korrekt saksgang ved klager etter kommunehelsetjenesteloven er tatt opp internt blant aktuelle saksbehandlere, eksempelvis vil Helsetilsynet fremover sørge for rutinemessig innhenting av protokoll fra klagenemnd i klagesaker etter kommunehelsetjenesteloven.»

Ombudsmannen ga i brev til Helsetilsynet uttrykk for at oppfølgingen av saken så langt virket tilfredsstillende. Han ba om å bli orientert om utfallet av den videre behandlingen av saken.

Ombudsmannen fant grunn til å gjøre Helse- og omsorgsdepartementet oppmerksom på den aktuelle saken. I brev til departementet 1. september 2008 viste ombudsmannen til at det var hans inntrykk at det fortsatt rådet usikkerhet i enkelte kommuner og lokale Helsetilsyn med hensyn til hvilke rettigheter sykehjemsbeboere har ved omlegging av det kommunale tjenestetilbudet. På denne bakgrunn ble departementet bedt om å informere aktuelle instanser om ombudsmannen uttalelse, og eventuelt også på annen måte følge opp synspunktene i uttalelsen i den grad det ble ansett nødvendig.

Helse- og omsorgsdepartementet sendte deretter brev 3. desember 2008 til landets kommuner og fylkesmenn, hvor det ble informert om ombudsmannens uttalelse og vist til det som fremgår der om vilkårene for omdanning av sykehjems plass til plass i omsorgsbolig. Departementet forutsatte i brevet at disse hensynene ville bli ivaretatt av kommunene ved eventuell omlegging av sykehjem til omsorgsbolig.

47.

Behandling av krav om sletting av opplysninger i pasientjournal

(Sak 2006/928)

A klaget til ombudsmannen over et sykehus og Helsetilsynet i fylkets behandling av hans krav om sletting av opplysninger i hans pasientjournal.

Ombudsmannen kritiserte flere sider både ved sykehusets og Helsetilsynets behandling av kravet om sletting. Sykehusets beslutning om å nekte sletting ga ikke inntrykk av at kravet var vurdert opp mot helsepersonellovens vilkår for sletting av journalopplysninger. Videre skulle kravet ha vært vurdert av den journalansvarlige ved sykehuset. Ombudsmannen uttalte også at Helsetilsynet med fordel kunne ha gitt en nærmere begrunnelse for sitt vedtak, og at det hadde vært en fordel om både sykehuset og Helsetilsynet hadde undersøkt om pasienten ønsket retting av journalopplysningene, dersom sletting ikke var aktuelt. Helsetilsynet ble bedt om å behandle saken på nytt.

A fremsatte i brev 3. november 2004 krav overfor et sykehus om sletting av opplysninger i sin pasientjournal. Opplysningene var knyttet til en «vurde-

ringssamtale» som A hadde hatt hos overlege B ved voksenpsykiatrisk poliklinikk i 1999. I brevet redegjorde A for en rekke konkrete opplysninger i journalen som han mente var uriktige. Avslutningsvis skrev han:

«Slik overlegen har skrevet historien hvor mye er misvisende blir hele vurderingen/konklusjonen utført på helt feil grunnlag.

Jeg krever følgelig på bakgrunn av at det er flere faktiske feil og misvisende forståelser/tolkninger fra overlegens side i journalen at alle journalopplysninger slettes.»

A mottok et svært kortfattet svar fra overlege B, der det het:

«Ditt brev av 03.11.04 er mottatt. Vi tar til etterretning de feil i vår journal som du påpeker, og ditt brev arkiveres i vår journal».

Etter dette henvendte A seg på nytt til sykehuset med spørsmål om journalopplysningene ville bli slettet. Han fikk et nytt brev fra overlegen 17. januar 2005, der kravet om sletting ble avslått. I brevet het det:

«Pas. har vært til en vurderingssamtale hos undertegnede den 16.02.99. Ut i fra samtaler med pas. ble det skrevet en journal hvor journalopplysningene utelukkende er bygget på pas. egen historie og det han fortalte i timen. Vurderingen som ble gjort er også utelukkende bygget på pas. egen historie og på pas. symptomer og tilstand den dagen han var til undersøkelse. Pas. ble henvist til ..., hvor han senere var til behandling og hvor min diagnose ble bekreftet. Jeg har senere ikke sett pasienten.

Den 15.02.02 skrev pas. et brev til poliklinikken her og ba om utskrift av sin journal, noe han fikk. I nov. -04 fikk vi så et brev til poliklinikken hvor pas. påpekte en rekke feil i journalen vår. Han ba om at dette ble rettet. Dette ble gjort på den måten at pas. brev ble lagt i journalen og det ble skrevet et journalnotat om pas. rettelse.

Når det gjelder sletting av journal vises til lov om helsepersonell med videre av 2001 § 42 og 43. Ut i fra min vurdering kan jeg ikke se at det er grunnlag for å slette journalen selv om jeg skulle ha misforstått pas. på enkelte detaljer. Jeg har nedtegnet journalen etter pas. egne utsagn og har ikke hatt opplysninger [av] noen annen art. Min konklusjon ble derfor at journalen ikke slettes, men pas. egne kommentarer ligger tilgjengelig i journalen».

Det het avslutningsvis i brevet at vedtaket kunne påklages til «fylkeslegen». Øvrige opplysninger om fremgangsmåten ved klage m.v. fremkom ikke.

A påklaget vedtaket til Helsetilsynet i fylket, som 19. mai 2005 konkluderte med at klagen ikke kunne føre frem. I begrunnelsen ble det, under henvisning til helsepersonelloven § 43, blant annet uttalt:

«Det følger av ovennevnte bestemmelse at opplysninger bare kan slettes der det foreligger feilaktige eller misvisende opplysninger og at opplysningene føles belastende for pasienten eller andre som nevnes i journalen. Helsetilsynet har forståelse for at De føler opplysningene som er dokumentert av overlege B belastende, men kan ikke se at opplysningene er feilaktige eller misvisende. Deres kommentarer til dokumentasjonen er også vedlagt journalen.

Helsetilsynet viste også til at journalopplysninger kan slettes hvis de åpenbart ikke er nødvendige for å gi pasienten helsehjelp, men at det etter tilsynets oppfatning ikke kunne utelukkes at de aktuelle opplysninger kunne være til nytte ved senere vurderinger av As helsetilstand.

A ba deretter Helsetilsynet i fylket om en ny vurdering av saken. Han utdypet blant annet begrunnelsen for kravet om sletting, og vedla dokumentasjon for å underbygge dette. Anmodningen ble på nytt avslått.

Etter dette klaget As advokat til ombudsmannen over avslaget på kravet om sletting.

Etter å ha gjennomgått de innhentede saksdokumentene, ble det besluttet å undersøke saken nærmere, og Helsetilsynet i fylket ble bedt om å redegjøre for sin vurdering av sykehusets behandling av kravet om sletting. Helsetilsynet ble også bl.a. bedt om å redegjøre for de faktiske og rettslige vurderingene som lå til grunn for konklusjonen om at de enkelte journalopplysningene ikke var «feilaktige eller misvisende».

I svaret uttalte Helsetilsynet følgende om sykehusets behandling av kravet om sletting:

«... helsetilsynet har akseptert sykehusets vurdering av kravet slik det fremkommer. Det er begrunnet med at As krav om å få slettet hele journalen slik det fremgår i hans brev av 03.11.04 i 2 avsnitt. Et slikt krav vil ikke på noen måte være mulig å etterkomme ut fra vilkårene i helsepersonelloven § 43. Vi ser at denne vurderingen burde vært bedre belyst og begrunnet i vårt vedtak. Av prosessøkonomiske hensyn er saken heller ikke sendt tilbake til sykehuset med krav om at saken skal være behandlet av journalansvarlig lege ved sykehuset».

Om de faktiske og rettslige vurderingene som lå til grunn for tilsynets konklusjon het det videre:

«Helsetilsynet har også vurdert kravet om sletting av de enkeltopplysninger som fremkommer av As brev. De faktiske og rettslige vurderingene som ligger til grunn for helsetilsynets konklusjon om at opplysningene i journalen ikke anses feilaktige eller misvisende er basert på at dette dreier seg om vurderinger som er gjort i en enkelt vurderingssamtale på en psykiatrisk poliklinikk. I en slik situasjon vil mulighet for unøyaktigheter oppstå når pasienten er den som gir alle opplysninger. Muligheten til å innhente andre opplysninger er også svært begrenset av hensyn til tillit mellom lege og pasient under behandlingen og tiden en slik innhenting eventuelt vil ta. ... Opplysningene er legens oppfatning av pasientens fremstilling og faglige vurderinger av As tilstand

på behandlingstidspunktet, og at ordbruken her kan være annerledes enn det pasienten selv ville ha brukt i ettertid er ikke uvanlig».

Helsetilsynet viste også til at det ble vurdert om opplysninger om As mor og søster skulle slettes. Saken ble imidlertid av «prosessøkonomiske hensyn» ikke sendt tilbake til sykehuset for å få foretatt nærmere undersøkelser for å påvise om opplysningene var uriktig gjengitt.

Det ble stilt en del oppfølgingsspørsmål og Helsetilsynet ble på nytt bedt om å redegjøre nærmere for de konkrete rettslige og faktiske vurderingene som ble foretatt knyttet til hver enkelt av opplysningene i journalnotatet. Videre ble det bedt om en redegjørelse for uttalelsen om at opplysningene om As mor og søster av «prosessøkonomiske hensyn ... ikke [ble] sendt tilbake til sykehuset for å foreta nærmere undersøkelser for å påvise om dette var uriktig gjengitt».

Det ble også vist til Helsetilsynets uttalelse om at saken «av prosessøkonomiske hensyn» ikke ble sendt tilbake til sykehuset «med krav om at saken skal være behandlet av journalansvarlig lege ved sykehuset». I brevet ble det pekt på at uttalelsen kunne forstås slik at kravet om sletting ikke hadde vært vurdert av den journalansvarlige. Det ble bedt om Helsetilsynets merknader til dette.

I Helsetilsynet svar het det:

«Helsetilsynet i ... forstår det slik at opplysninger i journal må, for å fremstå som riktige, være i samsvar med etterprøvbare faktiske forhold. I denne saken er det krevd sletting av hele journalen, samt gjort noen presiseringer av hvilke opplysninger i journalen som anføres som feil. Slik helsetilsynet har tolket As klage var dette i realiteten en klage over de vurderinger som var foretatt på poliklinikken, og at de feil som anføres har vært avgjørende for disse».

Det ble deretter redegjort mer konkret for vurderingene av de enkelte opplysningene som klageren hadde krevd å få slettet. Helsetilsynet viste for det første til at en rekke av opplysningene var av en slik art at det ble ansett umulig å etterprøve dem. Dette gjaldt for eksempel opplysninger om hvorfor A sluttet i en stilling og hvorfor han fikk økonomiske vanskeligheter i forbindelse med driften av sin virksomhet. Videre skrev Helsetilsynet at noen av opplysningene vedrørende klagerens mor og søsters sykdomsforhold var mulig å etterprøve, men at Helsetilsynet ikke hadde funnet det nødvendig å foreta en slik etterprøving og innhente samtykke fra mor og søster for å få tilgang til deres journaler. Opplysningene ble ikke ansett for å være relevante for de vurderingene som ble gjort overfor A ved samtalen på poliklinikken og et krav om sletting ville etter Helsetilsynets

oppfatning være avhengig av om As mor og søster oppfattet opplysningene som belastende.

Det ble deretter vist til at A hadde dokumentert at enkelte opplysninger i journalen, bl.a. om at hans firma gikk konkurs, var faktisk feil, men at tilsynet ikke kunne se at dette var opplysninger som kunne føles belastende for ham. Helsepersonellovens vilkår for å slette opplysningen ble derfor ikke ansett oppfylt.

Helsetilsynet presiserte at retting av opplysningene ikke ble vurdert, ettersom A ikke hadde fremsatt krav om dette.

Avslutningsvis bekreftet Helsetilsynet at kravet om sletting ikke hadde vært behandlet av sykehusets journalansvarlige. Tilsynet la imidlertid til grunn at den journalansvarlige hadde stilt seg bak overlege Bs vurdering, og det ble derfor ikke ansett nødvendig å oversende saken til sykehuset for ny vurdering.

Svaret ble oversendt til As advokat, som kom med enkelte merknader. Helsetilsynet kom deretter med supplerende merknader, og uttalte bl.a.:

«I tillegg vil vi bemerke at vurderingen av utsagn fra pasienten bygger på en faglig psykiatrisk vurdering, og at det nettopp er dette som er undersøkelsen av pasienten».

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Sykehusets behandling og vurdering av kravet om sletting

1.1. Etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 5-2 kan en pasient kreve sletting eller retting av journalopplysninger etter reglene i helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 §§ 42 til 44. Opplysninger kan *rettes* dersom de anses «feilaktige, mangelfulle eller utilbørlige», jf. § 42. *Sletting* av opplysninger kan foretas etter § 43 dersom det er ubetenkelig ut fra allmenne hensyn, ikke strider mot bestemmelser i eller i medhold av arkivloven §§ 9 eller 18, og opplysningene enten er «feilaktige eller misvisende og føles belastende for den de gjelder» eller «åpenbart ikke er nødvendig for å gi pasienten helsehjelp».

Når en pasient fremsetter krav om sletting av opplysninger i sin journal, er det i helseinstitusjoner den som er utpekt som journalansvarlig som skal ta stilling til kravet. Avgjørelsen skal, der det er praktisk mulig, tas i samråd med det helsepersonellet som har gjort nedtegnelsen i journalen. Dette fremgår av helsepersonelloven § 43, jf. § 39, og forskrift om pasientjournal 21. desember 2000 nr. 1385 § 13 annet ledd. Journalansvarlig er den som er utpekt av vedkommende helseinstitusjon til å ha ansvaret for den enkelte journal, jf. helsepersonelloven § 39 annet ledd og forskriften § 6, jf. § 3 bokstav e.

As krav om sletting ble fremsatt overfor Sykehuset ... og behandlet av overlege B, som hadde nedtegnet de aktuelle journalopplysningene. Helsetilsynet har opplyst at B ikke var den journalansvarlige ved

sykehuset. Ved sin behandling av klagen har imidlertid Helsetilsynet lagt til grunn «at avdelingsoverlege C, som er sykehusets journalansvarlige, har stilt seg bak B i hans vurdering i brev av 17.02.05 [antatt feilskrift for 17.01.05] til A». Tilsynet har av denne grunn ikke ansett det nødvendig å oversende saken til sykehuset for ny vurdering av den journalansvarlige.

På bakgrunn av saksdokumentene er det vanskelig å se på hvilket grunnlag Helsetilsynet har trukket konklusjonen om at den journalansvarlige har stilt seg bak overlege Bs vurderinger. Under enhver omstendighet tilsier loven og forskriftens bestemmelser om avgjørelsesmyndighet at det i vedtaket sykehuset fatter bør fremgå at den journalansvarlige har foretatt en selvstendig vurdering av slettingskravet opp mot vilkårene i helsepersonelloven § 43. Vedtaket 17. januar 2005 gir berettiget grunn til å tvile på om den journalansvarlige i dette tilfellet har foretatt en slik vurdering.

I Helsetilsynets brev hit 24. oktober 2006, er det opplyst at saken «av prosessøkonomiske hensyn» ikke ble sendt tilbake til sykehuset med krav om at den skulle behandles av den journalansvarlige. Jeg har vanskelig for å se at «prosessøkonomiske hensyn» i dette tilfellet kan gi tilstrekkelig grunnlag for å fravike lovens og forskriftens bestemmelser om at det er den journalansvarlige som skal ta stilling til krav om sletting. Det foreligger på dette punktet en klar saksbehandlingsfeil.

1.2. As krav om sletting i brev 3. november 2004 ble i første omgang tilsynelatende ikke underlagt noen nærmere vurdering overhodet fra sykehusets side. Også sykehusets vedtak 17. januar 2005 gir grunn til å tvile på om sykehuset har foretatt en tilstrekkelig grundig vurdering av saken. A har i sitt krav om sletting vist til en rekke konkrete opplysninger av ulik art i journalnotatet, som han mener er uriktige. Det er i begrunnelsen for sykehusets avslag ikke redegjort for om sletting er vurdert for de enkelte opplysningene samt for diagnosen som fremkommer i notatet/legens vurderinger. Det heter derimot at «[u]t fra min vurdering kan jeg ikke se at det er grunnlag for å slette journalen selv om jeg skulle ha misforstått pas. på enkelte detaljer». Utsagnet gir for det første grunn til tvil om legen har vurdert kravet om sletting i forhold til de vilkårene § 43 oppstiller. For det annet gir det inntrykk av at legen først og fremst har vurdert om journalen skulle slettes i sin helhet, uten å ta konkret stilling til sletting av de enkelte opplysningene samt diagnosen som fremkommer i notatet.

Selv om pasienten har formulert sitt krav slik at det gjelder sletting av hele journalen, vil en naturlig forståelse av hans henvendelse være at han ønsker at journalen ikke skal inneholde det han mener er uriktige opplysninger. Jeg viser særlig til at han i brevet til sykehuset har spesifisert en rekke opplysninger

som han mener er feil. For at saksbehandlingen skal være forsvarlig, er det da nødvendig å ta stilling til de konkrete opplysningene pasienten fremhever som feil og til selve diagnosen/legens vurdering. Dersom pasientens henvendelse er uklar med hensyn til hva som ønskes slettet, vil det være best i samsvar med god forvaltningsskikk, og plikten til en forsvarlig saksopplysning, å avklare dette med pasienten før det tas stilling til slettingskravet. Uten en slik avklaring vil det vanskelig kunne forsvares å avslå slettingskravet under henvisning til at journalen som sådan ikke kan slettes.

1.3. Det hefter betydelige svakheter ved sykehusets vedtak 17. januar 2005, herunder uklarhet med hensyn til den journalansvarliges befatning med saken. På bakgrunn av dette burde Helsetilsynet, bl.a. ut fra hensynet til en betryggende saksbehandling og muligheten for en reell toinstansbehandling, ha opphevet sykehusets vedtak og sendt saken tilbake dit for en ny behandling. En slik fremgangsmåte ville også ha vært fornuftig av pedagogiske hensyn, for å gi nødvendig veiledning om helsepersonellovens regler om sletting til sykehuset og overlegen som behandlet saken på sykehusets vegne.

2. Nærmere om Helsetilsynet i ... behandling av saken

Av Helsetilsynets vedtak fremgår det at de konkrete opplysningene i journalnotatet er vurdert i forhold til vilkårene i både helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1 og nr. 2. Vedtaket er imidlertid knapt. Dette gjør det vanskelig å se om tilsynet har foretatt den konkrete vurderingen som er påkrevd av de enkelte opplysningene som ønskes slettet, og om tilsynet har anvendt riktige vurderingstemaer. Det hadde vært en klar fordel om det fra Helsetilsynets side var gitt uttrykk for hvordan de enkelte opplysningene var vurdert i forhold til vilkårene i helsepersonelloven § 43 første ledd. Tilsvarende gjelder vurderingen av kravet om å få slettet diagnosen, sett på bakgrunn av de anførselene A har kommet med i brev 2. februar 2005 og 20. juni 2005 til Helsetilsynet.

I brev hit 24. oktober og 22. desember 2006 har Helsetilsynet redegjort nærmere for en del av de vurderingene som er gjort etter helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1. Kravet om å få slettet selve diagnosen er i tillegg kort berørt i tilsynets brev 12. mars 2007. Tilsynet har bl.a. vist til at «De faktiske og rettslige vurderingene som ligger til grunn for helseilsynets konklusjon om at opplysningene i journalen ikke anses feilaktige eller misvisende er basert på at dette dreier seg om vurderinger som er gjort i en enkelt vurderingssamtale på en psykiatrisk poliklinikk. I en slik situasjon vil mulighet for unøyaktigheter oppstå når pasienten er den som gir alle opplysninger». Som jeg har uttalt i en tidligere sak som er referert i årsmeldingen for 2006 side 114-121 (Somb-

2006-26), må likevel det sentrale temaet ved vurderingen av om opplysninger kan kreves slettet etter helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1 være om det på et senere tidspunkt kan sannsynliggjøres at opplysningene er «feilaktige eller misvisende».

3. *Nærmere om enkelte av opplysningene som kreves slettet*

Jeg er enig med Helsetilsynet i at flere av opplysningene som A har krevd å få slettet er av en slik art det er vanskelig eller umulig å sannsynliggjøre i ettertid at de er «feilaktige eller misvisende». Spørsmålet om sletting av selve diagnosen er et medisinskfaglig spørsmål, som jeg ikke har grunnlag for å vurdere. Når det gjelder de øvrige opplysningene som er etterprøvbare, finner jeg bare grunn til å komme med nærmere merknader til Helsetilsynets vurdering av helseopplysningene vedrørende klagerens mor og søster.

Helsetilsynet har vist til at det ikke er funnet nødvendig å innhente samtykke fra klagerens mor og søster til innsyn i deres journaler for å kunne etterprøve opplysningene, fordi opplysningene ikke er «ansett for å være av en slik art at de vil være relevante for de vurderinger som er gjort overfor A ved samtalen 16.02.99 på poliklinikken». Jeg kan ikke se at dette er et riktig vurderingstema etter helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1, og viser til mine merknader om dette i ovennevnte uttalelse fra 2006 (Somb-2006-26). Helsetilsynets uttalelse synes derfor noe uheldig, og kan gi grunnlag for tvil om hvorvidt tilsynet har lagt til grunn en korrekt lovforståelse ved sin vurdering av kravet om sletting.

Jeg finner videre grunn til å sette spørsmålstegn ved Helsetilsynets utsagn om at «[e]t krav om å slette disse opplysningene vil ... være avhengig av om As mor og søster føler de belastende». For å kunne slettes etter § 43 første ledd nr. 1 må opplysningene «føles belastende for den de gjelder». Selv om dette er opplysninger om As familie, kan jeg ikke se at det er åpenbart at opplysningene ikke også kan sies å «gjelde» A selv, i et tilfelle der han som pasient har redegjort for sine familiemedlemmers helseforhold i forbindelse med en konsultasjon hos lege om egen helsestilstand. Det kan etter mitt syn være grunn for Helsetilsynet til å vurdere om ikke begrepet bør tolkes noe videre enn det som her er lagt til grunn.

Et annet spørsmål er i hvilken grad det kan kreves at sykehusets journalansvarlige eller Helsetilsynet skal innhente dokumentasjon for at opplysninger i journalen er feilaktige. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 123, at det etter omstendighetene vil kunne være behov for at den som skal foreta vurderingen av kravet om sletting, må innhente informasjon fra andre kompetente fagpersoner. Utgangspunktet må likevel, slik

jeg ser det, være at kravet vurderes på grunnlag av den foreliggende dokumentasjonen som pasienten som fremsetter kravet selv har fremskaffet. Jeg antar at hvorvidt den som foretar vurderingen av kravet om sletting selv plikter å innhente ytterligere informasjon, vil måtte bero på en konkret vurdering av hva som kreves slettet. Jeg finner i dette tilfellet ikke grunn til å kritisere Helsetilsynet for ikke å ha forsøkt å innhente samtykke fra klagerens mor og søster til å få innsyn i deres journaler for å etterprøve opplysningene som var gitt om dem. Det synes naturlig i en slik situasjon at klageren selv må være ansvarlig for å fremskaffe den nødvendige dokumentasjonen.

4. *Retting i stedet for sletting?*

A har i sitt brev til sykehuset med krav om sletting ikke krevd å få rettet opplysninger i journalen dersom vilkårene for sletting ikke er oppfylt. Helsetilsynet har heller ikke vurdert dette.

Når det ikke fremkommer klart av pasientens henvendelse at retting er ønsket dersom sletting ikke lar seg gjøre, og retting fremstår som aktuelt for den som tar stilling til kravet, vil det etter min oppfatning være best i samsvar med kravene til god forvaltningsskikk at dette avklares med pasienten. I dette tilfellet mener jeg at det burde ha vært tatt initiativ overfor A for å få avklart om han subsidiært var interessert i å få foretatt en retting av journalen.

5. *Oppsummering*

Det er grunn til å kritisere flere sider ved sykehusets behandling av As krav om sletting. Kravet er for det første ikke vurdert av den journalansvarlige ved sykehuset, slik helsepersonelloven legger opp til. For det annet gir avdelingsoverlegens behandling av saken ikke et betryggende inntrykk av at vurderingen av kravet er i samsvar med lovens bestemmelser om sletting av journalopplysninger.

Helsetilsynet må kritiseres for ikke å ha sendt saken tilbake til sykehuset for ny vurdering fra den journalansvarliges side. Videre burde tilsynet ha gitt en nærmere begrunnelse for sin vurdering av kravet om sletting. Dette gjelder også vurderingen av selve diagnosen.

Det hadde også vært en fordel om både sykehuset og Helsetilsynet hadde undersøkt om A ønsket retting, dersom sletting ikke var aktuelt.

I de redegjørelsene som Helsetilsynet har gitt i forbindelse med saksbehandlingen her har tilsynet i en viss utstrekning underbygget de vurderingene som har vært gjort. På bakgrunn av de forholdene jeg har pekt på, finner jeg likevel å måtte be Helsetilsynet om å foreta en ny behandling av saken. Det vil være en fordel om saken returneres til sykehuset for en grundig vurdering fra den journalansvarliges side av om vilkårene for sletting i lovens § 43 er oppfylt, slik at

kravet om sletting kan undergis den behandlingen som loven legger opp til.

Slik jeg ser det, vil det være naturlig at det i forbindelse med den fornyede behandlingen av saken også tas stilling til om det kan være aktuelt med retting av opplysninger som ikke kan slettes.

Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre behandlingen av saken.»

48.

Statens legemiddelverks uttalelser om markedsføring av legemiddel

(Sak 2006/1952)

I et brev til en legemiddelprodusent påpekte Statens legemiddelverk ulovlig markedsføring av et legemiddel uten at produsenten hadde vært gitt anledning til å uttale seg om saken på forhånd. Legemiddelverket konstaterte at informasjonsmateriellet representerte et «brudd på regelverket» og anmodet om at markedsføringen ble stanset, samt at det ble gitt en «omgående tilbakemelding» på at anmodningen ville bli tatt til følge. Brevet ble etter kort tid lagt ut på Legemiddelverkets hjemmesider under overskriften «Avgjørelser fra Statens legemiddelverk om reklame».

Ombudsmannen ga uttrykk for at Legemiddelverket hadde uttalt seg på en måte som lå tett opp mot et pålegg. Den valgte uttrykksformen var uheldig, selv om det ikke var truffet noe enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Almennelige forvaltningsrettslige prinsipper tilsa at parten burde ha vært gitt anledning til å uttale seg om sakens rettslige og faktiske sider før Legemiddelverket så tydelig ga uttrykk for sin mening. Det burde også kommet klarere frem i korrespondansen med selskapet at det bare var Legemiddelverkets syn som kom til uttrykk. Offentliggjøringen av brevet var etter ombudsmannens syn betenkelig, bl.a. på bakgrunn av den forutgående saksbehandlingen, og sto i et tvilsomt forhold til almennelige regler om god forvaltningsskikk.

Statens legemiddelverk tok ombudsmannens syn til etterretning, og endret sine saksbehandlingsrutiner.

I et brev til legemiddelprodusenten X AS påpekte Statens legemiddelverk «ulovlig markedsføring av reseptpliktig legemiddel rettet mot allmennheten». Legemiddelverket konstaterte at det aktuelle informasjonsmateriellet, som ble ansett å være utformet i den hensikt å fremme salget av en ny type p-piller, representerte et «brudd på regelverket». Det ble anmodet om at markedsføringen ble stanset, og bedt om «omgående tilbakemelding på at X AS vil ta anmodningen til følge». Brevet ble etter kort tid lagt ut på Legemiddelverkets internettsider. Under overskriften «Avgjørelser fra Statens legemiddelverk om re-

klame» kunne man deretter klikke seg inn på saken, som var gitt følgende overskrift: «Brudd på reklame-regler – P-piller, X AS».

Grunnlaget for Legemiddelverkets konklusjon skal ha vært informasjonsmateriell som ble fremlagt i et møte 25. september 2006 mellom produsenten og representanter for Legemiddelverket. I informasjonsmateriellet het det:

«Til Y brukere

Fra 1. januar 2007 avregistreres Y, nyere og mer moderne p-piller overtar.

Kontakt lege/helsesøster for ny resept så snart som mulig.
01.01.07»

Ovennevnte er fra produsentens side benevnt som en huskelapp, og var ment utdelt til brukere av Y i forbindelse med at de hentet ut legemiddelet fra apoteket i perioden før avregistreringen 1. januar 2007.

Produsenten svarte Legemiddelverket i brev 13. oktober 2006. I svaret ble det opplyst at Legemiddelverkets anmodning ville bli tatt til følge, og at all bruk av materiellet ville bli stanset. Samtidig ble det anmodet om et møte da «vi ikke forstår argumentasjonen for tilbaketrekkningen». Det ble også vist til at materiellet var presentert på møtet mellom produsenten og Legemiddelverket og at det der «ikke ble fremsatt noen innvendinger mot å bruke dette».

Legemiddelindustriforeningen klaget hit 2. november 2006. I klagen ble det blant annet vist til den ovennevnte korrespondansen. Det fremgikk av klagen at foreningen i brev 19. oktober 2006 til Statens legemiddelverk hadde tatt opp Legemiddelverkets fremgangsmåte i denne og andre lignende saker. Foreningen hadde blant annet stilt spørsmål om «hvordan Legemiddelverket betrakter slike saker i forhold til grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper om kontradiksjon og forvaltningslovens bestemmelser om enkeltvedtak for øvrig». Det ble også opplyst at foreningen fant det høyst beklagelig at Legemiddelverkets konklusjon ble offentliggjort uten at parten hadde fått mulighet til å uttale seg.

I Legemiddelverkets svar 31. oktober 2006 til produsenten het det blant annet.:

«Statens legemiddelverk ... legger til grunn at uttalelser om hvorvidt et tiltak utgjør ulovlig reklame i henhold til legemiddellovgivningen er å anse som lovforklaring og ikke enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b). Vår uttalelse gir kun uttrykk for hva som anses å være gjeldende rettstilstand og gjør ingen endring i denne.»

Om offentliggjøring het det videre:

«Det er et politisk ønske ... at informasjon om myndighetenes praktisering av legemiddellov-

givningens regler om legemiddelreklame blir lettere tilgjengelig for berørte aktører og interesserte. Det er bakgrunnen for at vi mer systematisk vil publisere lovforklaringer og eventuelle vedtak i reklamesaker på vår internettside. Publiseringsen skjer innenfor offentlighetslovens rammer.»

Etter en gjennomgang av dokumentene i saken, ble det besluttet å undersøke enkelte spørsmål nærmere. I brev herfra 1. februar 2007 ble Legemiddelverket innledningsvis bedt om å redegjøre kort for de vurderingene som lå til grunn for konklusjonen om at konstateringen av ulovlig markedsføring ikke var et enkeltvedtak. Deretter ble det vist til uttalelsen om at det bare var tale om «lovforklaring» og et «uttrykk for hva som anses å være gjeldende rettstilstand» og påpekt herfra at lovforklaringen i dette tilfellet knyttet seg til et konkret saksforhold. Det ble bedt om Legemiddelverkets merknader til dette, både i forhold til karakteren av uttalelsen, og i forhold til hvilke saksbehandlingsregler som det kan være grunn til å følge for at saksbehandlingen i et slikt tilfelle skal fremstå som forsvarlig.

Deretter ble det vist til at det ikke syntes å ha vært noen kontakt mellom den aktuelle produsenten og Legemiddelverket i tiden mellom 25. september 2006 og oversendelsen av brevet 11. oktober 2006, der selskapet ble bedt om å stanse «ulovlig markedsføring av reseptpliktig legemiddel». Det ble bedt om å få opplyst om det var riktig at selskapet ikke ble gitt anledning til å uttale seg om saken før Legemiddelverket ga uttrykk for sitt syn. Legemiddelverket ble også bedt om å redegjøre for hvorfor dette i tilfelle ikke ble gjort. Videre ble Legemiddelverket bedt om å kommentere om det kan være grunn til å gi parten anledning til å uttale seg om et slikt forhold ut fra hensynet til sakens opplysning og alminnelige prinsipper om kontradiksjon. Legemiddelverket ble også bedt om å redegjøre for om saken ble ansett tilstrekkelig opplyst da produsenten ble anmodet om å stanse «markedsføringen». I den forbindelse ble det bedt om å få redegjort nærmere for grunnlaget for konstateringen av at informasjonsmaterialet var «utformet i den hensikt å fremme salget av Z p-piller».

I brevet het det deretter:

«Selv om Legemiddelverkets brev 11. oktober 2006 til X AS ikke formelt sett er utformet som et pålegg, kan det hevdes at brevet kan være egnet til å etterlate et slikt inntrykk hos mottakeren. Det bes om Legemiddelverkets merknader til dette. Har det vært vurdert å gi denne typen brev en noe annen utforming, slik at det fremkommer tydeligere at det at det i første rekke er Legemiddelverkets syn som kommer til uttrykk?»

I brevet er det ikke gitt informasjon om eventuell videre saksgang i den grad tiltakshaveren skulle være uenig i Legemiddelverkets lovforstå-

else eller konklusjon. Det bes opplyst om det har vært vurdert å gi slik informasjon.»

Avslutningsvis ble Legemiddelverket bedt om å opplyse om det så betenkeligheter med å publisere slike uttalelser som i det foreliggende tilfellet før parten hadde fått anledning til å komme med sitt syn.

I sitt svar 26. februar 2007 opplyste Legemiddelverket at det mottar reklamemateriell for vurdering, og informerer det aktuelle legemiddelselskapet om hvordan materialet vurderes i forhold til legemiddel-lovgivningens reklameregler. Det aktuelle selskapet anmodes om å innrette seg etter tilsynsmyndighetens fortolkning. Legemiddelverkets henvendelse «må kun ses på som et uttrykk for Legemiddelverkets forståelse av at aktiviteten er i strid med regelverket og en anmodning om å innrette seg lovlig». Det ble påpekt at en slik anmodning ikke i seg selv endrer selskapets rettstilstand, selv om den knyttes opp mot et konkret saksforhold. Det ble i den forbindelse vist til definisjonen av enkeltvedtak i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2. I forhold til den konkrete saken skrev Legemiddelverket at «legemiddelforskriften i tolket stand» nedlegger forbud mot den type «reklamekampanjer» som det her er tale om.

Det het videre at dersom selskapet ikke følger anmodningen, kan det føre til at Legemiddelverket følger opp saken med et reklameforbud, jf. legemiddelforskriften 22. desember 1999 nr. 1559 § 13-10, eventuelt at det ilegges tvangsgebyr etter legemiddel-loven 4. desember 1992 nr. 132 § 28. Legemiddelverket viste til at disse avgjørelsene «vil være bestemmende for selskapets rettigheter og plikter og treffes i henhold til forvaltningslovens regler om enkeltvedtak, herunder forhåndsvarsling og klageadgang». Legemiddelverket uttalte deretter:

«Det følger av forvaltningsloven § 17 at saker skal være så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Hvorvidt det er behov for å innhente ytterligere opplysninger før det fattes vedtak (som i denne sammenheng relaterer seg til å iverksette sanksjoner) vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Aktørene på markedet har et selvstendig ansvar for å sette seg inn i, og innrette sin virksomhet etter regelverket. En praksis der en reklameaktivitet først blir ulovlig etter at Legemiddelverket har fattet et enkeltvedtak er ikke forenlig med regelverkets formål. Konsekvensen av at det måtte fattes enkeltvedtak ville være at ingenting er ulovlig før Legemiddelverket i enkeltvedtak har fastslått at det er det.»

I forhold til offentliggjøring opplyste Legemiddelverket at det publiserer uttalelser knyttet til enkelt-saker på Internett i den hensikt «å gi aktørene best mulig veiledning i forhold til hvordan regelverket er å forstå». Publiseringsen skal gjøre informasjonen om «rammene i lovgivningen og myndighetenes prakti-

sering av legemiddelavgivningen lettere tilgjengelig for aktører og andre interesserte». Det ble også opplyst at publiseringen skal skje konsekvent i forhold til saker «som vurderes å ha generell interesse». Legemiddelverket uttalte videre:

«Denne type saksdokumenter er normalt ikke unntatt offentlighet, det være seg uttalelser om lovforklaringer eller forhåndsvarsler og vedtak i henhold til forvaltningsloven. Dokumentene er således offentlige og kan begjæres utlevert av enhver. Hensett til at publiseringen skal fylle et informasjonsbehov også innenfor legemiddelindustrien og således er et tiltak for bedre lovetterlevelse, anser vi publisering som et konstruktivt myndighetstiltak.»

I forhold til den konkrete saken uttalte Legemiddelverket:

«I henhold til reklamematerialet skal nye og bedre p-piller overta etter Y. På omtrent samme tidspunkt som Y ble trukket fra markedet lanserte X AS sin nye p-pille Z. Firmaet oppfordrer brukerne av Y til å bytte til Z. Z er en langt dyrere p-pille som firmaet vil ha betydelig høyere inntjening på enn forgjengeren Y. Statens legemiddelverk finner det på denne bakgrunn åpenbart at reklamematerialet er utformet i den hensikt å fremme salget av Z, jf legemiddelforskriften § 13-2. Det aktuelle reklamematerialet for Y/Z innebærer således et brudd på forbudet mot å reklamere for reseptpliktige legemidler mot allmennheten, jf legemiddelforskriften § 13-5.

På denne bakgrunn fant ikke Legemiddelverket grunnlag for å innhente ytterligere uttalelser fra X AS i forkant av at ulovligheten ble påpekt i brev datert 11. oktober 2006 og publisert på vår internettside.

Reklamematerialet ble ikke forevist jurister hos Statens legemiddelverk i forkant av kampanjen.»

Vedlagt brevet fulgte en uttalelse 31. mai 2002 fra det daværende Helsedepartementet vedrørende oppsettende virkning i forhold til en uttalelse 29. mai 2002 fra Statens legemiddelverk om at en konkret kampanje ble oppfattet å være «ulovlig». Departementet kom til at det ikke kunne gi oppsettende virkning fordi det ikke var truffet noe «vedtak» i forvaltningsloven § 42s forstand. I avgjørelsen uttalte departementet blant annet at legemiddelforskriften § 13-5, jf. § 13-2 «i tolket stand ... nedlegger forbud mot kampanjen» og at en beslutning om å forby reklamen før denne har vært brukt «i seg selv ikke [vil] gi noe mer enn det som allerede følger av regelverket».

Legemiddelverkets svar ble oversendt til Legemiddelindustriforeningen, som kom med merknader i brev 23. mars 2007. Statens legemiddelverk hadde ikke merknader til brevet, men oversendte 10. april 2007 en uttalelse fra Statens apotekklagenemnd

27. februar 2007. I uttalelsen konkluderes det med at Legemiddelverkets konstatering av avvik etter et apotektilsyn ikke er å anse som enkeltvedtak i henhold til forvaltningsloven § 2. Nemnda bemerker imidlertid at «det også i fremtiden vil være hensiktsmessig om det etableres en ordning som sikrer bedre kontradiksjon i forbindelse med utarbeidelse av tilsynsrapporter».

I brev herfra 26. april 2007 ble det påpekt overfor Legemiddelverket at flere av de spørsmålene som var stilt i brevet herfra 1. februar 2007, fortsatt fremsto som ubesvart. Spørsmålene ble derfor gjentatt, hvorpå Legemiddelverket svarte på nytt 13. juni 2007.

Til spørsmålet om hvilke saksbehandlingsregler det kan være grunn til å følge ved den «lovforklaringen» som foretas når det konstateres at et konkret saksforhold er i strid med legemiddelforskriften, svarte Legemiddelverket at «saksbehandling av enkelt saker bør følge de generelle forvaltningsrettslige prinsippene som følger av lovfestet og ulovfestet rett, herunder kravene til rettsikkerhet og effektivitet». Deretter uttalte Legemiddelverket blant annet følgende om parten bør gis anledning til å uttale seg om et slikt forhold ut fra hensynet til kontradiksjon:

«Dersom det rettslige og/eller faktiske grunnlaget for å kunne avgi en uttalelse om 'lovforklaring' er uklart, tilsier det større grad av kommunikasjon med selskapet i forkant enn hvor dette er klart for selskapet.

Statens legemiddelverk sørger i sin saksbehandling for et godt beslutningsgrunnlag for sine uttalelser. Behovet for å innhente ytterligere informasjon fra legemiddelindustrien avveies mot behovet for raskt å komme med tilbakemeldinger som kan endre tiltakets utforming og effekt. Uavhengig av reklametilskottets umiddelbare konsekvenser for pasientenes/brukernes helse, ser vi alvorlig på overtredelse av grunnleggende bestemmelser som må forutsettes å være godt kjent av aktørene, ikke minst av hensyn til like konkurransevilkår i markedet.

Dersom selskap ikke har tilstrekkelig kunnskap om regelverket, eller ønsker å reklamere på måter som ikke klart er tillatt etter loven, bør de rettslige spørsmålene avklares før tiltak iverksettes.»

Når det gjaldt grunnlaget for at Legemiddelverket i dette tilfellet konkluderte med det aktuelle firmaet oppfordret brukere av Y til å bytte til Z, ble det vist til at legemiddelavgivningens definisjon av legemiddelreklame er vid og at den omfatter «enhver form for skriftlig og muntlig omtale, bilde samt utdeling av gratisprøver av legemidler for mennesker og dyr samt naturlegemidler, som er utformet i den hensikt å fremme salget eller bruken/anvendelsen». Deretter ble det påpekt:

«Informasjonen som omhandles i foreliggende sak inneholder i tillegg en oppfordring om å kontakte lege/helsepersonell for resept på reseptpliktig legemiddel, informasjonen om at p-pillen Y ikke lenger vil være tilgjengelig og vil bli erstattet av nye og mer moderne p-piller (som det aktuelle selskapet selger). Etter etablert praksis er slik informasjon, som kobler oppfordring om anskaffelse (resept) av legemiddel til informasjon om bestemt produktalternativ (*nytt preparat*), å anse som *skriftlig omtale av legemiddel utformet i den hensikt å fremme salget/bruken* av dette. Det kan ikke være avgjørende at Z ikke nevnes ved navn.»

Som svar på spørsmålet om formuleringene i brevet til X AS 11. oktober 2006 kunne være egnet til å etterlate et inntrykk av å være et pålegg, viste Legemiddelverket til at det i brevet ikke er gitt uttrykk for at selskapets rettsstilling endres eller at manglende etterlevelse av føringene som fremkommer gir rettslige konsekvenser. Legemiddelverket presiserte samtidig at denne fortolkningen, i mangel av andre holddepunkter for rettsstillingen, «bør følges». Legemiddelverket kunne ikke se at det i brevet er gitt uttrykk for mer enn det.

I brevet het det videre:

«Det er viktig at brev ikke utformes på en måte som tilslører den rettslige statusen. Samtidig er det viktig at det fremkommer at det forventes at myndighetenes føringer etterleves. I lys av de innsigelser som er fremkommet i denne saken, vil vi i det videre arbeidet legge vekt på å gjøre det tydeligere at konklusjonen er Legemiddelverkets syn på saken.

I den grad tiltakshaveren er uenig i Legemiddelverkets lovforståelse og konklusjon ser vi at det kan være grunn til å informere om eventuell videre saksgang, herunder mulighet for reklameforbud og tvangsgebyr. I slike saker som den foreliggende vil vi derfor tilføye informasjon om videre saksgang.»

I forhold til spørsmålet om Legemiddelverket ser noen betenkeligheter med å publisere denne typen uttalelser før parten har fått fremkomme med sitt syn, skrev Legemiddelverket:

«Ulovlig legemiddelreklame og reklamepåvirkning bør stanses så raskt som mulig. For at myndighetenes budskap skal kunne få reell innflytelse i forhold til ulovlig iverksatte reklametiltak, kan snarlig publisering av uttalelser på internett være et viktig virkemiddel.

Tidsmomentet i disse sakene taler etter vårt syn for at publisering bør kunne skje før selskapet har uttalt seg i saken. Som nevnt over ser vi imidlertid hen til flere faktorer når vi vurderer prosessen. At selskapene har mulighet til å søke veiledning på forhånd dersom det er usikkerhet mht om et konkret tiltak er lovlig eller ikke, taler etter vårt

syn også for at en slik fremgangsmåte bør tillates.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Statens legemiddelverks virkemidler i forhold til ulovlig reklame

Det følger av legemiddeloven 4. desember 1992 nr. 132 § 28 at Helse- og omsorgsdepartementet fører tilsyn med bestemmelsene i loven og regler gitt i medhold av den. Tilsynsansvaret i forhold til blant annet reklame er delegert til Statens legemiddelverk, jf. legemiddelforskriften 22. desember 1999 nr. 1559 § 13-10 der det i første og annet ledd heter at:

«Statens legemiddelverk skal overvåke reklame for legemidler. Ved overtredelse av reklamebestemmelsene kan Statens legemiddelverk kreve den konkrete reklamen stoppet eller inndratt og pålegge den som driver reklamen å sende ut en beriktigelse til alle som mottok den ulovlige reklamen.

Ved gjentatte overtredelser kan Statens legemiddelverk forby all reklame for vedkommende produkt for kortere eller lengre tid ev. gi permanent forbud. Statens legemiddelverks reaksjoner skal begrunnes og vedtak offentliggjøres.»

Om klage heter det videre i forskriften § 15-7:

«Enkeltvedtak truffet av Statens legemiddelverk i medhold av denne forskrift, kan påklages til departementet i samsvar med forvaltningslovens regler. Klagen skal sendes til Statens legemiddelverk.»

Statens legemiddelverk er (etter delegasjon) i medhold av legemiddeloven § 28 fjerde ledd også gitt adgang til å gi pålegg om retting dersom bestemmelser i loven, eller forskrifter gitt i medhold av den, ikke overholdes. Videre kan Legemiddelverket i medhold av femte ledd ilegge tvangsgebyr dersom en fastsatt frist for oppfyllelse av pålegget ikke overholdes.

I legemiddeloven § 28 åttende ledd er det også gitt en bestemmelse om at Legemiddelverket (etter delegasjon) «[v]ed overtredelse av legemiddeloven § 19 og 21 eller forskrifter gitt med hjemmel i disse bestemmelsene kan ... kreve skriftlig bekreftelse fra overtrederen på at det ulovlige forholdet skal opphøre». Denne bestemmelsen i legemiddeloven § 28 ble tilføyd ved endringslov 16. februar 2007 nr. 6, som trådte i kraft 1. mars 2007. Bestemmelsen gjaldt således ikke da Statens legemiddelverk skrev det aktuelle brevet til X AS i oktober 2006. I forarbeidene til lovendringen er det presisert at det ikke finnes uttrykkelige bestemmelser om offentliggjøring av en slik tilbakemelding. Videre heter det at ingen «taushetsplikt ... hindrer Legemiddelverket i» å gjøre det, jf. Ot.prp. nr. 102 (2005-2006) side 24.

2. *Tolkningen av Statens legemiddelverks uttalelser i brevet 11. oktober 2006 til X AS – spørsmål om det er gitt et pålegg, truffet enkeltvedtak eller foretatt lovtolkning*

Det har i denne saken vært reist spørsmål om Legemiddelverket i brevet 11. oktober 2006 traff et enkeltvedtak, eventuelt i form av et pålegg. Statens legemiddelverk har opplyst at det bare er gitt en uttalelse om «lovfortolkning», og at forvaltningsloven kapittel IV – VI dermed ikke kommer til anvendelse.

Ved avgjørelsen av spørsmålet om det er truffet et vedtak, eventuelt i form av et pålegg, må det tas utgangspunkt i brevetts ordlyd. Brevet har overskriften «Ulovlig markedsføring av p-piller». Deretter står det bl.a. følgende:

«Statens legemiddelverk vil med dette påpeke ulovlig markedsføring av reseptpliktig legemiddel rettet mot allmennheten.

Legemiddelverket legger til grunn at informasjonen til Y brukere er utformet i den hensikt å fremme salget av Z p-piller. På denne bakgrunn blir informasjonen å anse som reklame for et reseptpliktig legemiddel rettet mot allmennheten, jf. forskrift om legemidler § 13-2.

Det er således forbudt å reklamere for reseptpliktige legemidler til allmennheten og Deres markedsføringsmateriale representerer et brudd på regelverket.

Legemiddelverket anmoder på denne bakgrunn om at markedsføringen stanses. Vi ber om en omgående tilbakemelding på at X AS vil ta anmodningen til følge.»

Ved tolkningen av det som står i brevet kan det ikke utelukkende tillegges vekt hvordan det aktuelle organet, eller de aktuelle tjenestemennene, har ment det som er skrevet. Det må også vektlegges hvordan innholdet i brevet med rimelighet kan forventes å bli oppfattet. Dessuten må det bl.a. sees hen til hvilken myndighet det aktuelle forvaltningsorganet har til å gripe inn, jf. punkt 1 over.

Det følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav b at et enkeltvedtak er et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer. Vedtak er i første ledd bokstav a definert som en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet, og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter). Det er antatt at det med «bestemmende for» siktes til avgjørelser som med bindende virkning avgjør om en rett eller plikt foreligger.

Et påbud er en type pliktregel, som angir hva man har plikt til å foreta seg. Når det treffes en individuell avgjørelse om hva den enkelte har plikt til å foreta seg, foreligger det et enkeltvedtak. Et pålegg om å

opphøre med en viss type informasjonsvirksomhet, vil således være et vedtak som kan påklages.

Ut fra ordlyden i Statens legemiddelverks brev 11. oktober 2006, har jeg forståelse for at Legemiddelindustriforeningen har reist spørsmål om forholdet til forvaltningslovens regler om enkeltvedtak.

Som nevnt i brevet herfra 1. februar 2007 til Statens legemiddelverk, kan utsagnene i brevet være egnet til å etterlate et inntrykk av at det gis et pålegg om å innrette seg i samsvar med den aktuelle konstateringen. I den forbindelse kan det dels vises til at Legemiddelverket ba om «en omgående tilbakemelding» på at anmodningen om å stanse markedsføringen ville bli tatt til følge. Ut fra de formuleringene som ble valgt kan det videre synes som om Statens legemiddelverk hadde tatt endelig standpunkt til spørsmålet om informasjonsmaterialet representerte et brudd på regelverket, jf. påpekningen av at det forelå «ulovlig markedsføring», som representerte «brudd på regelverket». Samtidig fremgikk det som en viktig premiss for vurderingen at Legemiddelverket la til grunn at informasjonen til Y brukere var utformet i den hensikt å fremme salget av Z p-piller. Det var også vist til de relevante bestemmelsene i forskriften. Selv om det ikke fremgikk at det var truffet noe vedtak, og det bare ble anmodet om stansning av markedsføringen, kunne mottakeren lett få det inntrykket. I den forbindelse kan det også vises til at brevet etter kort tid ble lagt ut på Legemiddelverkets hjemmesider under overskriften «Avgjørelser fra Statens legemiddelverk om reklame», angitt som eksempel på «Brudd på reklameregler», noe som naturlig nok kunne bidra til å forsterke inntrykket av at det var truffet en bindende avgjørelse.

Med en slik utforming vil det kunne være vanskelig for mottakeren å ha en sikker formening om det Statens legemiddelverk gir uttrykk for i brevet er selvstendig forpliktende (uavhengig av hvilket syn selskapet måtte ha) eller ikke. Det er uansett uheldig, og noe forvaltningen bør tilstrebe å unngå.

Ved vurderingen av om det foreligger et enkeltvedtak, vil det være avgjørende om påpekningen kan sies å utgjøre et «selvstendig rettsgrunnlag». Det er lagt til grunn i en uttalelse 25. februar 1998 fra Justisdepartementets lovavdeling, som jeg er enig i. Det er henvist til denne uttalelsen i Statens apotekklagenemnds avgjørelse 27. februar 2007, som Legemiddelverket har oversendt hit. I lovavdelingens uttalelse er det lagt til grunn at det ikke er nok (for å konstatere at et enkeltvedtak foreligger) at forvaltningens påpekning innbefatter et element av bevisvurdering. Det sentrale er om selskapets rettigheter og plikter er endret gjennom den påpekningen som er gjort, noe som jeg må konstatere ikke er tilfellet her. Konklusjonen må etter dette bli at det ikke er truffet et vedtak i dette tilfellet.

3. Spørsmålet om hvilke saksbehandlingsregler som må følges ved en påpekning av plikt

Det er et grunnleggende krav til forvaltningen at den skal treffe avgjørelser m.v. på grunnlag av forsvarlig saksbehandling. I norsk forvaltningsrett regnes dette kravet som en ulovfestet rettsregel, som supplerer de lovfestede kravene til saksbehandlingen i forvaltningsloven og andre lover, jf. Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave 2007, side 79 flg. Forsvarlighetskravet ligger til grunn for de kravene som er stilt til forvaltningens saksbehandling i forvaltningsloven, men har et bredere nedslagsfelt. Det må antas at prinsippene, i alle fall et stykke på vei, også kommer til anvendelse når forvaltningen uttaler seg om et konkret rettsforhold på den måten som det er gjort i denne saken.

Et sentralt hensyn er at den enkeltes rettssikkerhet må ivaretas. Både hensynet til kontradiksjon og sakens opplysning inngår i dette. Den enkelte må gis mulighet til å øve innflytelse på de avgjørelsene som treffes, og til å fremlegge sine synspunkter på de spørsmålene som saken reiser. Videre må både sakens faktiske og rettslige sider avklares på en betryggende måte, før avgjørelse treffes.

I den foreliggende saken ble det avholdt et møte mellom X AS og Statens legemiddelverk 25. september 2006, der det aktuelle informasjonsmateriellet ble presentert. Det er ikke opplyst hva som ble sagt i møtet ut over at det fra Legemiddelverkets side ikke skal ha blitt «frem satt noen innvendinger mot å bruke» det aktuelle materiellet, jf. selskapets brev 13. oktober 2006 til Legemiddelverket. Deretter skal det ikke ha vært noen kontakt mellom Statens legemiddelverk og selskapet, før Legemiddelverket 11. oktober 2006 sendte brevet der det blant annet konstateres at legemiddelforskriften er brutt og at tiltaket utgjør «ulovlig reklame». I svaret hit 13. juni 2007 har Legemiddelverket opplyst at det er grunn til større grad av kommunikasjon med et selskap i tilfeller der det rettslige- og/eller faktiske grunnlaget for å avgi en uttalelse om «lovfortolkning» er uklart, enn i de tilfellene hvor dette er klart. Det har jeg forståelse for. Men jeg kan ikke si meg enig i at det i dette tilfellet bare ble foretatt «lovfortolkning», og at det bare er avgitt en uttalelse i den forbindelse.

I brevet uttalte ikke Legemiddelverket seg bare om hvordan den aktuelle forskriften etter verkets syn skulle forstås, men også om hvordan den konkrete reklamekampanjen ble vurdert opp mot forskriften. Det forutsetter ikke bare vurderinger knyttet til hvordan forskriften skal forstås, men også en vurdering av faktiske sider knyttet til det konkrete informasjonsmateriellet. Både hensynet til kontradiksjon, og hensynet til sakens opplysning, tilsier at selskapet burde ha vært gitt mulighet til å kommentere begge disse sidene av saken, før Legemiddelverket konkluderte, og

– i alle tilfelle – før denne konklusjonen ble publisert på Internett, se nærmere om dette i punkt 5 nedenfor. At dette ikke ble gjort står i et tvilsomt forhold til det ulovfestede prinsippet om forsvarlig saksbehandling. Spørsmålet om legemiddelforskriften er brutt i dette tilfellet, kan neppe sies å ha vært så opplagt at det ikke var behov for å innhente partens syn på dette. Det fremgår blant annet av Legemiddelverkets brev at det måtte tas standpunkt til om informasjonen til Y-brukere var «utformet i den hensikt å fremme salget eller bruken/anvendelsen» av Z p-piller, jf. legemiddelforskriften § 13-2. Ved denne vurderingen antas det å være nødvendig å trekke inn opplysninger og informasjon også ut over det skriftlige informasjonsmaterialet som er fremlagt i saken her.

Statens legemiddelverk har i brevet hit 26. februar 2007 gitt uttrykk for at legemiddelforskriften «i tolket stand nedlegger forbud mot den type reklamekampanjer» som saken gjelder. Det er i beste fall misvisende, og jeg kan ikke se at det er grunnlag for en slik konklusjon. Uttalelsen er ikke gjentatt i Legemiddelverkets brev 13. juni 2007, og det er uansett ikke nødvendig å gå nærmere inn på det. Jeg finner imidlertid grunn til å presisere at all form for rettsanvendelse forutsetter at det foretas en subsumsjon. Det innebærer at reglene som er gitt må anvendes på det konkrete saksforholdet, og det forutsetter at det foretas vurderinger som parten kan ha behov for å kommentere.

4. Burde brevet ha vært gitt en annen utforming?

I den nevnte uttalelsen fra lovavdelingen 25. februar 1998, påpekte departementet at i situasjoner hvor tilsynsmyndigheten har valget mellom såkalte «presiserende vedtak» og påpekning av plikt, «bør tilsynsmyndigheten gjøre det klart om det er tale om det ene eller andre». I den foreliggende saken burde det derfor ha kommet tydeligere frem at det bare var Legemiddelverkets syn som kom til uttrykk, og at det ikke nødvendigvis ville være avgjørende i saken. Jeg tar til etterretning at Statens legemiddelverk i det videre arbeidet vil legge vekt på å gjøre det tydeligere at det bare gis uttrykk for Legemiddelverkets syn, samt at det vil bli orientert om videre saksgang. Dette burde også ha vært gjort i den foreliggende saken.

5. Publiseringen på Internett

Når det gjelder offentliggjøringen av brevet, vil jeg for det første peke på at det ikke er noe i det materialet som er oversendt hit som tyder på at brevet ble begjært utlevert før Legemiddelverket publiserte dette av eget tiltak. Forholdet til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69, som Legemiddelverket var inne på i brevet hit 26. februar 2007, synes dermed å være av mindre interesse i denne sammenheng, jf. lovens § 2 annet ledd.

Så lenge taushetsplikt ikke er til hinder for det, vil forvaltningen i utgangspunktet kunne ha rett – og i visse tilfeller plikt – til å offentliggjøre saksdokumenter for å gi informasjon til publikum m.v. Det må imidlertid alltid foretas en avveining forut for publiseringen. Hensynet til eventuelle parter må i denne forbindelse tas i betraktning. Videre må det vurderes om det finnes andre rettslige skranker for offentliggjøringen. Slike skranker kan følge av lov, forskrift eller ulovfestet rett.

Som Legemiddelindustriforeningen har påpekt i brevet hit 23. mars 2007 kan offentliggjøring av Legemiddelverkets syn på et slikt saksforhold være negativt for parten, og sågar ha større reelle virkninger enn et formelt vedtak. Et minstekrav må derfor være at det standpunktet som publiseres er basert på betryggende saksbehandling. I dette tilfellet fikk parten verken uttale seg om saksforholdet eller publiseringen før denne fant sted, noe som er klart utilfredsstillende. Vurderingen av saksforholdet kan dermed ha vært foretatt på et ufullstendig grunnlag, noe som kan gi grunnlag for å sette spørsmålsteget ved den konklusjonen som er publisert.

Jeg stiller også spørsmål ved måten brevet ble publisert på. I dette tilfellet var brevet 11. oktober 2006 til X AS, som bare skal ha vært ment som «en anmodning om å innrette seg lovlig», omtalt som en «avgjørelse» i saken på Legemiddelverkets internettsider. Ut fra det som er opplyst i svarene hit, synes dette å være misvisende. Jeg legger til grunn at også Legemiddelverket selv har sett det uheldige i dette og jeg har merket meg at den aktuelle overskriften nå er endret til «Nyheter fra Statens legemiddelverk om reklame». Overskriften på den siden der selve brevet er lagt ut er imidlertid fortsatt «Brudd på reklame-regler...».

Det ble også foretatt en skyldkonstatering i brevet, noe offentlige instanser generelt bør være varsomme med så lenge det ikke har funnet sted en betryggende saksbehandling. På denne bakgrunn synes offentliggjøringen av det aktuelle brevet å stå som et tvilsomt forhold til alminnelige prinsipper om god forvaltningsskikk.

Legemiddelverket har vist til at tidsmomentet i disse sakene taler for at publisering (av såkalte uttalelser om «lovfortolkning») bør kunne skje før selskapet har uttalt seg i saken. Jeg har vanskelig for å se at dette uten videre vil være nødvendig. Legemiddelverket kan uavhengig av eventuell offentliggjøring formidle sitt syn til selskapet, noe som i dette tilfellet ble gjort ved oversendelsen av brevet 11. oktober 2006 per telefaks. Videre vil andre aktører på legemiddelmarkedet, som Legemiddelverket er inne på i svarene hit, kunne få informasjon om myndighetenes praktisering av regelverket ved å henvende seg dit. Behovet for å publisere myndighetenes foreløpi-

ge vurderinger i konkrete saker kan dermed synes noe begrenset. I særdeleshet gjelder dette der selskapet skriftlig har bekreftet at bruken av det aktuelle informasjonsmateriellet allerede er stanset.

6. Oppsummering

Jeg har kommet til at Legemiddelverket i brevet 11. oktober 2006 til X AS, har uttalt seg på en måte som ligger tett opp til et pålegg. Den valgte uttrykksformen er uheldig, selv om det ikke kan sies å ha vært truffet et vedtak i forvaltningslovens forstand. Alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper kommer uansett til anvendelse. Ut fra hensynet til sakens opplysning, og prinsippet om kontradiksjon, burde selskapet ha vært gitt anledning til å uttale seg om sakens rettslige og faktiske sider, før Legemiddelverket så tydelig ga uttrykk for i sin konklusjon. Det burde også ha kommet klarere frem i korrespondansen med selskapet at det bare var Legemiddelverkets syn som kom til uttrykk. Offentliggjøringen av brevet er betenkelig sett i lys av den forutgående saksbehandlingen, og står i et tvilsomt forhold til alminnelige prinsipper om god forvaltningsskikk.

Jeg tar til etterretning at Statens legemiddelverk vil legge vekt på å uttale seg på en klarere måte i fremtiden, og at det vil bli orientert om videre saks-gang m.v. For øvrig ber jeg Legemiddelverket om å merke seg de synspunktene jeg har gitt uttrykk for.»

I etterkant av uttalelsen opplyste Legemiddelverket på sine internettsider at det hadde tatt Legemiddelindustriforeningens klage og ombudsmannens uttalelse til etterretning, og at rutinene ble endret fra midten av 2007. Om den nye praksisen uttalte Legemiddelverket bl.a. følgende:

«Ved konstatering av brudd på legemiddelovens reklameregler, vil Legemiddelverket illegge et reklameforbud. Fremgangsmåten vil følge forvaltningslovens bestemmelser for enkeltvedtak. Det vil bli sendt ut et forhåndsvarsel om forbud mot en reklame. Dette gjelder både en enkelt reklame og reklame for et aktuelt produkt i sin helhet. Firmaet får en relativt kort frist til å uttale seg, slik at man raskt kan få stoppet et ulovlig reklamebudskap. I lys av tilbakemeldingen vil Legemiddelverket vurdere om det er grunn til å fatte et vedtak.

Vedtaket om reklameforbud vil bli publisert på Legemiddelverkets nettside.»

49.

Statens legemiddelverks saksbehandling i klassifiseringssaker – spørsmål om enkeltvedtak og forskriftsendring

(Sak 2008/191)

Statens legemiddelverk omklassifiserte produktet X fra handelsvare til legemiddel. Markedsføreren av

produktet påklaget avgjørelsen, men klagen ble avvist av Helse- og omsorgsdepartementet. Avvisningen ble begrunnet med at omklassiferingen ikke var å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2, men en «ren subsumsjon» under legemiddelloven § 2. Saken reiste også spørsmål om omklassifisering av produkter oppført i klassifiseringsforskriften.

Ombudsmannen uttalte at Legemiddelverkets klassifisering og omklassifisering av legemidler er å anse som enkeltvedtak. Forvaltningslovens saksbehandlingsregler for slike vedtak, herunder reglene om klage, må derfor følges. Endringer i listen over stoffer, droger, preparater eller urter i klassifiseringsforskriften må følge forvaltningslovens bestemmelser om forskriftsendringer.

Statens legemiddelverk klassifiserte i 2003 produktet X som handelsvare, og ikke som legemiddel. Bakgrunnen for klassifiseringen var en søknad fra A, som markedsfører produktet i Norge. Etter at det i 2005 ble mottatt bekymringsmeldinger om virkningene av X, ba Legemiddelverket i brev 5. juli 2005 om nærmere dokumentasjon fra A med hensyn til de aktive ingrediensene i produktet.

Legemiddelverket utførte deretter i mai til september 2006 en nærmere innholdsanalyse, som konkluderte med at X inneholdt betydelige mengder av nærmere bestemte virkestoff.

På bakgrunn av analysen varslet Legemiddelverket om omklassifisering av produktet til legemiddel i brev 13. november 2006 til Bransjerådet for naturmidler, som på dette tidspunktet representerte A. Standpunktet ble opprettholdt i brev 6. desember 2006. I brev 9. januar 2007 til A fastsatte Legemiddelverket utløpet av en «overgangsperiode» for salg av X, og uttalte blant annet følgende:

«De har tidligere mottatt kopi av vårt brev til Bransjerådet 13. november 2006 der det redegjøres for bakgrunnen for omklassifiseringen og der det opplyses at vi vil fastsette en overgangsperiode innen salget av X må opphøre.

Statens legemiddelverk har bestemt at overgangsperioden utløper 15. februar 2007. Vi ber Dem bekrefte at salget av produktet da vil være avsluttet.»

Det hadde også forut for disse brevene vært korrespondanse mellom Legemiddelverket og A og selskapets representanter vedrørende grunnlaget for omklassifiseringen.

As advokat kom med innsigelser mot omklassifiseringen i brev 16. januar 2007 til Legemiddelverket, og i klage 25. januar 2007 til Helse- og omsorgsdepartementet. I klagen ble det også vist til at produktet Solhatt hadde blitt omklassifisert fra handelsvare til legemiddel, selv om det fortsatt var oppført som handelsvare i forskrift om legemiddelklassifisering

(klassifiseringsforskriften) 27. desember 1999 nr. 1565 § 4. Det ble anført at endringen ikke hadde skjedd i tråd med forvaltningslovens saksbehandlingsregler.

Departementet avviste klagen 8. august 2007, og begrunnet dette med at omklassiferingen ikke er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav a og b. Det ble vist til at avgjørelsen etter departementets oppfatning ikke er en «avgjørelse som treffes under utøvelse av offentlig myndighet», men en ren subsumsjon under legemiddelloven 4. desember 1992 nr. 132 § 2.

Klagen hit 16. januar 2008 gjaldt både spørsmålet om Legemiddelverkets klassifisering og omklassifisering av produkter er å anse som enkeltvedtak, og Helse- og omsorgsdepartementets beslutning 8. august 2007 om ikke å ta til følge de innvendinger som var fremsatt mot Legemiddelverkets omklassifisering av produktet X fra handelsvare til legemiddel. Sammen med klagen fulgte en betenkning fra professor dr. juris Erik Boe 27. september 2007 vedrørende spørsmålet om Legemiddelverkets klassifisering av produkter er å anse som enkeltvedtak.

I brev herfra ble Helse- og omsorgsdepartementet bedt om å redegjøre nærmere for sitt standpunkt om at Legemiddelverkets avgjørelser etter legemiddelloven § 2 ikke er å anse som enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b, og at saksbehandlingsreglene og klageadgangen ved slike vedtak dermed ikke gjelder. Det ble særskilt bedt om en omtale av konsekvensene av at Legemiddelverket i tvilstilfeller klassifiserer et produkt som legemiddel.

Videre ble det bedt om departementets syn på om Legemiddelverkets beskjed til A om å opphøre med salget av X innen en gitt frist er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Endelig ble departementet bedt om å redegjøre for Legemiddelverkets praksis i forbindelse med omklassifisering av produkter som er opplistet i klassifiseringsforskriften. I denne forbindelse ble det særskilt bedt om en redegjørelse for saksbehandlingen i forbindelse med omklassifiseringen av Solhatt.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Spørsmålet om Legemiddelverkets klassifisering er enkeltvedtak

Statens legemiddelverk har fått delegert myndighet til å avgjøre i tvilstilfeller om et produkt skal regnes som et legemiddel, jf. legemiddelloven 4. desember 1992 nr. 132 § 2 tredje ledd og legemiddelforskriften 22. desember 1999 nr. 1559 § 2-3. Spørsmålet er om en slik avgjørelse er å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav a og b. Det følger av disse bestemmelsene at et enkeltvedtak er en «avgjørelse» som treffes under

utøving av offentlig myndighet og som er «bestemende for rettigheter eller plikter» til en eller flere bestemte personer.

Kravet om at det må foreligge en avgjørelse innebærer en avgrensning mot rene meningsutsagn som ikke innebærer noen avgjørelse, men som inneholder råd, veiledning, uttalelser, innstillinger og forslag, se blant annet Graver, Alminnelig forvaltningsrett 3. utgave 2007 s. 396–398.

Helse- og omsorgsdepartementet har i sin redegjørelse hit blant annet uttalt følgende:

«Klassifisering av et legemiddel innebærer at Legemiddelverket gjør en vurdering av om et stoff, en droge eller et preparat omfattes av definisjonen i legemiddeloven § 2. Hvorvidt stoffet, drogen eller preparatet omfattes av bestemmelsen følger direkte av loven. Dette innebærer at stoffet, drogen eller preparatet vil være et legemiddel uavhengig av om Legemiddelverket har foretatt en konkret vurdering. Departementet viser i den forbindelse til at det i regelverket ikke stilles krav om at Legemiddelverket skal gjøre en vurdering av et preparat før det plasseres på markedet. Legemiddelverkets vurdering av om X falt innunder definisjonen for legemiddel hadde således karakter av lovtolkning der faktum subsumeres under bestemmelsen. Etter departementets syn kan slik lovtolkning ikke anses som en *avgjørelse som treffes under utøvelse av offentlig myndighet*, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav a. Det faktum at den som ber Legemiddelverket om en vurdering vil føle seg bundet av denne, medfører ikke at det er stiftet nye rettigheter eller plikter.»

Jeg forstår redegjørelsen slik at departementet er av den oppfatning at klassifiseringen av et produkt følger direkte av legemiddeloven. Loven nøyer seg imidlertid med å sette opp generelle krav til klassifikasjonen. For å avgjøre om et produkt faller inn under denne klassifikasjonen, må Legemiddelverket i enkelttilfeller vurdere konkret om produktet faller inn under de generelle kravene loven stiller opp. Denne subsumsjonen er en avgjørelse av om lovens vilkår er oppfylt. Også vurderinger som er mer eller mindre åpenbare fordi loven opererer med klare lovbetingelser er «avgjørelser» i forvaltningslovens forstand. Boe uttaler i sin betenkning at juridisk litteratur er entydig på dette punktet og viser til Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett 7. utgave s. 226, Graver, Alminnelig forvaltningsrett 1999 s. 364 og 371, Woxholth, Forvaltningsloven 1999 s. 54 og 60 og Boe, Innføring i juss bind 2 s. 739.

I dette tilfellet er det etter min mening klart at Legemiddelverkets klassifisering ikke er en uforbindende uttalelse, men en avgjørelse om at vilkårene i legemiddeloven § 2 er oppfylt.

Det er også et vilkår at avgjørelsen er «bestemende» for partens rettigheter eller plikter. Departementet har vist til en uttalelse fra Justis- og politide-

partementets lovavdeling (sak 1998/554), der det blant annet heter følgende:

«Vilkåret ‘bestemende for rettigheter eller plikter’ omfatter for det første avgjørelser som går ut på å stifte, oppheve eller begrense en plikt eller rett. Videre omfattes avgjørelser som går ut på å slå fast med bindende virkning om en rett eller plikt foreligger og hvilket innhold den i så tilfelle har. Det følger av forarbeidene til forvaltningsloven at uttrykket vedtak betegner realitetsavgjørelser og må avgrenses mot forskjellige prosessledende beslutninger. (Ot.prp. nr. 38 (1964–65) s. 32 og Forvaltningskomiteens innstilling (1958) s. 207–208.»

Som det fremgår av dette er også avgjørelser som med bindende virkning *slår fast* om en rett eller plikt *foreligger* å anse som enkeltvedtak, se også Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett 8. utgave 2006 s. 240. Når Legemiddelverket avgjør om et produkt er å anse som legemiddel etter legemiddeloven § 2, slås det nettopp fast at de rettigheter og plikter som følger av at produktet er et legemiddel foreligger. At det ikke stiftes nye rettigheter og plikter, slik departementet har vist til, er således ikke avgjørende.

Departementet har i sin redegjørelse gitt uttrykk for at Legemiddelverkets klassifisering ikke er endelig bindende for markedsføreren selv om «den som ber Legemiddelverket om en vurdering *vil føle seg bundet* av denne» (utheving gjort herfra). Dette kan ikke være riktig. Dersom Legemiddelverket har klassifisert et produkt som legemiddel kan det, som klagerens advokat påpeker i brev hit 21. juli 2008, blant annet nedlegges salgsforbud. En klassifisering må således anses bindende både for Legemiddelverket og markedsfører inntil det eventuelt foretas en omklassifisering. Det kan i denne forbindelse ikke ha noen betydning at domstolene har anledning til å ta stilling til om et produkt er omfattet av legemiddeldefinisjonen, slik departementet har vist til.

Videre har departementet fremholdt som et moment at Legemiddelverket ikke er forpliktet til å foreta en vurdering av et produkt før det settes i distribusjon i markedet. Forvaltningsloven oppstiller ikke vilkår om at forvaltningen må være forpliktet til å fatte vedtak for at avgjørelsen skal kunne anses som enkeltvedtak. Det som er avgjørende for om avgjørelsen er å anse som et enkeltvedtak er om vilkårene i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b er oppfylt, hvilket jeg på bakgrunn av vurderingen ovenfor har kommet til at de er.

Helse- og omsorgsdepartementet har i sin redegjørelse hit påpekt en del praktiske utfordringer det vil ha å anse Legemiddelverkets klassifisering som enkeltvedtak. Det er blant annet vist til at myndighetene ikke har mulighet til «å komme salgsaktørene i forkant og foreta klassifisering av alle stoffer, droger og preparater med sikte på å forby alt salg av produk-

ter som omfattes av legemiddeldefinisjonen, men som er på markedet uten forhåndsgodkjenning».

Som departementet selv påpeker, har ikke de praktiske konsekvensene av å anse klassifiseringen som enkeltvedtak noen betydning for den rettslige vurderingen av spørsmålet. Videre vil jeg igjen vise til at det å anse klassifiseringen som enkeltvedtak ikke medfører noen plikt til forhåndsgodkjenning av alle preparater slik departementet synes å legge til grunn. Selv om Legemiddelverkets klassifiseringsavgjørelse er å anse som enkeltvedtak innebærer ikke dette noe pålegg om å fatte et slikt vedtak der markedsføreren på forhånd ikke har bedt om en slik klassifisering eller Legemiddelverket på eget initiativ velger å foreta en slik klassifisering. Det vil således fremdeles påligge markedsføreren å «ta aktive skritt med henblikk på å avklare egne produkters innhold og virkninger og dokumentere dette overfor myndighetene med sikte på å bringe på det rene hvilket regelverk produktet skal omsettes i henhold til».

Legemiddelverket klassifiserte produktet X som handelsvare i 2003. Avgjørelsen om å omklassifisere produktet vil måtte anses som et enkeltvedtak uavhengig av om avgjørelsen anses som et nytt vedtak eller en omgjøring av det tidligere enkeltvedtaket. Hvorvidt forvaltningslovens vilkår for omgjøring er oppfylt i det aktuelle tilfellet har ikke vært gjenstand for undersøkelse herfra, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

2. *Legemiddelverkets beskjed til A om å avslutte salget av X*

Legemiddelverket opplyste i brev 9. januar 2007 til A at det var besluttet at «overgangsperioden» for salg av X skulle utløpe 15. februar 2007, og det ble bedt om bekreftelse på at salget ville opphøre innen den tid.

I sin redegjørelse hit har departementet vist til at denne innvilgelsen av overgangsordning ble gitt for å imøtekomme markedsføreren praktiske behov knyttet til fjerning av produktet fra butikkhyllene. Det er vist til at hensikten ikke var å gi tillatelse til salg i den aktuelle perioden. Formelt sett mener departementet at salg var ulovlig også i overgangsperioden, men at markedsføreren ved dette brevet ble gitt et løfte om at myndighetene ikke vil forfølge dette i den aktuelle perioden. Orienteringen i brev 9. januar 2007 innebærer derfor, etter departementets syn, ingen rettigheter i forvaltningslovens forstand.

Hva som utgjør en rettighet etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a er i utgangspunktet uavhengig av formålet med avgjørelsen. Ut fra innholdet i brev 9. januar 2007 ble A gitt rett til å fortsette salget fram til den fastsatte fristen. Videre innebærer avgjørelsen en plikt til å avslutte salget innen den samme fristen. Avgjørelsen må således sies å være be-

stemmende for As rettigheter og plikter, og må anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b.

3. *Omklassifisering av produkter omhandlet i klassifiseringsforskriften*

I klagen til Helse- og omsorgsdepartementet 25. januar 2007 er det vist til at produktet Solhatt har blitt omklassifisert fra handelsvare til legemiddel selv om det fremdeles står oppført som handelsvare i forskrift om legemiddelklassifisering (klassifiseringsforskriften) 27. desember 1999 nr. 1565 § 4. Det ble anført at endringen ikke hadde skjedd i tråd med forvaltningslovens saksbehandlingsregler.

Departementet har i sin redegjørelse hit vist til at listene i klassifiseringsforskriften er eksempler, og at de ikke er uttømmende. Ifølge departementet er målsettingen «at listene til enhver tid skal gi et korrekt uttrykk for gjeldende klassifisering, for på den måten å sikre forutberegnelighet i størst mulig grad». Når det gjelder Legemiddelverkets saksbehandling i forbindelse med omklassifisering av produkter som er listet opp i klassifiseringsforskriften uttaler departementet følgende:

«En klassifiseringsprosess kan settes i gang fra ulike hold: henvendelse fra salgsaktører, spørsmål fra publikum, ny informasjon innkommet til legemiddelverket mv. Klassifisering skjer på grunnlag av den kunnskap som foreligger på vurderingstidspunktet.

For å ivareta hensynet til forutberegnelighet, kontradiksjon samt sikre et godt beslutningsgrunnlag vil det som hovedregel bli informert på internett når klassifiseringsprosesser (vurdering av produkter som ikke er legemidler) igangsettes. Berørte aktører varsles og gis anledning til å gi innspill (som ved enkeltvedtak). Listene oppdateres uten forutgående høring.»

Det er ikke opplyst hvordan listene oppdateres og hvor de oppdaterte listene publiseres. Forutsetningsvis skjer dette ved endringsforskrift i henhold til legemiddeloven § 2, jf. delegeringsvedtak 23. desember 1999 nr. 1651.

I klassifiseringsforskriften § 2 listes det opp en rekke stoffer, droger og preparater som er klassifisert som legemidler. Videre følger det av forskriften § 4 at urter er legemidler, men at dette ikke gjelder urter som i den påfølgende listen er klassifisert som handelsvare (H). Øvrige urter i listen er oppført som legemiddel (L) eller reseptpliktig legemiddel (LR).

En forskrift er en «avgjørelse» truffet under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er «bestemmende for rettigheter eller plikter» til «et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og c. Klassifisering (eller omklassifisering) av en urt som kan inngå i forskjellige produkter er en av-

gjørelse som er bestemmende for en ubestemt krets av markedsførere og produsenter m.v. En omklassifisering av et stoff, drog, preparat eller urt som allerede er klassifisert som enten handelsvare eller legemiddel i klassifiseringsforskriften § 2 eller § 4 er således en forskriftsendring.

Om forhåndsvarsling om innhenting av uttalelser fra interesserte i forbindelse med forskriftsarbeide heter det i forvaltningsloven § 37 annet ledd:

«Offentlige og private institusjoner og organisasjoner for de erverv, fag eller interessegrupper som forskriftene skal gjelde eller gjelder for eller hvis interesser særlig berøres, skal gis anledning til å uttale sig før forskriften blir utferdiget, endret eller opphevet. Så langt det trenges for å få saken allsidig opplyst, skal uttalelse også søkes innhentet fra andre.»

Forhåndsvarsling kan unnlates dersom dette ikke vil være praktisk gjennomførlig, kan vanskeliggjøre gjennomføring av forskriften eller svekke dens effektivitet, eller må anses åpenbart unødvendig, jf. § 37 tredje ledd.

Det fremgår av departementets redegjørelse at «berørte aktører» varsles og gis anledning til å komme med innspill før eventuell omklassifisering. Ifølge departementet kunngjøres igangsetting av klassifiseringsprosesser «som hovedregel» på internett. Når det gjelder klassifiseringsprosessen knyttet til urten Solhatt har denne ifølge departementet vært drøftet med Bransjerådet for Naturmidler både i møter og gjennom korrespondanse. Det er videre opplyst på Legemiddelverkets hjemmeside at Echinaceae-arter er under vurdering for omklassifisering og at det i denne forbindelse kan sendes inn skriftlig dokumentasjon innen en gitt frist. Fristen er på legemiddelverkets side oppgitt til april 2007. Ifølge departementet har utredningsprosessen med hensyn til klassifiseringen av solhatt trukket ut fordi man har avventet en endelig monografi fra EUs Committee for Herbal Medicinal Products (HMPC).

Jeg forutsetter at departementet er seg bevisst at bestemmelsene om forskrifter, herunder saksbehandlingsreglene, følges i forbindelse med endring av listene i klassifiseringsforskriften § 2 og § 4. Dette bes om nødvendig fulgt opp overfor Legemiddelverket.

4. Oppsummering

Legemiddelverkets omklassifisering av X fra handelsvare til legemiddel etter legemiddeloven § 2 er å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b. Forvaltningslovens bestemmelser, herunder kapittel VI om klage, kommer dermed til anvendelse. Legemiddelverkets fastsetting av en overgangsperiode i forbindelse med avslutningen av salget av produktet i markedet må også anses som et enkeltvedtak.

Departementet bes følge opp dette overfor Legemiddelverket for å sikre at forvaltningslovens regler blir fulgt ved fremtidige klassifiseringssaker etter legemiddeloven § 2. Videre bes departementet om å vurdere As klage 25. februar 2007 på nytt i samsvar med det syn jeg har lagt til grunn ovenfor. Ettersom klagen nå må undergis en ny ordinær vurdering som klagesak, går jeg ikke i denne omgang nærmere inn på innholdet i departementets beslutning 8. august 2007 om ikke å ta til følge de innvendinger som var fremsatt mot Legemiddelverkets omklassifisering av X.

Omklassifisering av stoffer, droger, preparater eller urter listet i klassifiseringsforskriften § 2 eller § 4 er å anse som forskriftsendring, og må følge forvaltningslovens bestemmelser om forskriftsendring. Jeg legger til grunn at departementet er seg dette bevisst og sørger for at endringer i forskriften skjer på foreskrevet måte og i samsvar med gjeldende saksbehandlingsregler.»

Barnevern

50.

Barnevernets omsorgsansvar for enslige mindreårige asylsøkere

(Sak 2008/1963)

På generelt grunnlag ble Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet bedt om å gi en orientering om situasjonen for enslige mindreårige asylsøkere. Redegjørelsen fra direktoratet ga et nyttig grunnlag for å vurdere eventuell videre oppfølging fra ombudsmannens side.

Ombudsmannen ba på generelt grunnlag i brev 25. september 2008 Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet om en orientering om situasjonen for enslige mindreårige asylsøkere. Fra brevet gjengis:

«Ved lov 30. mai 2008 nr. 36 ble det gitt et nytt kapittel 5A i barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100. Endringene i loven, som trådte i kraft 1. juli 2008, inneholder regulering av barnevernets omsorgsansvar for enslige mindreårige asylsøkere. Ansvar for enslige asylsøkere under 15 år ble overtatt av barnevernet i desember 2007, mens ansvaret for enslige asylsøkere mellom 15 og 18 år trolig først vil overtas av barnevernet i løpet av 2009.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har det faglige og administrative styrings-, koordinerings- og utviklingsansvaret for statlig regional barnevernmyndighet (Bufetat). Det bes om at direktoratet redegjør for erfaringene så langt med gjennomføringen av pliktene Bufetat er pålagt etter barnevernloven kapittel 5A. Det er av særlig interesse å få belyst følgende forhold:

1. Statlig regional barnevernmyndighet har etter barnevernloven § 5A-1 første ledd plikt til å tilby alle enslige mindreårige asylsøkere plass på et omsorgssenter, og har ansvaret for at omsorgssentre etableres og drives på tilsvarende måte som ordinære barneverninstitusjoner, jf. barnevernloven § 5A-8. Direktoratet bes redegjøre for omsorgssentrene som er etablert. Det bes opplyst hvorvidt driften og kapasiteten ved sentrene er tilstrekkelig til at pliktene etter barnevernloven §§ 5A-1 og 5A-8 faktisk oppfylles, og hvilke tiltak som eventuelt planlegges gjennomført dersom pliktene ikke ivaretas.
2. Av barnevernloven § 5A-2 første ledd fremgår at statlig regional barnevernmyndighet har omsorgen for enslige mindreårige asylsøkere som oppholder seg på omsorgssentrene, og at omsorgssentrene skal utøve omsorgen på vegne av statlig regional barnevernmyndighet. Det bes opplyst om og i tilfelle hvilke rutiner som er etablert for Bufetat's oppfølging og kontroll av omsorgssentrenes utøvelse av omsorg for det enkelte barn.
3. Etter barnevernloven § 5A-4 skal statlig regional barnevernmyndighet innen seks uker etter barnets ankomst ved omsorgssenteret treffe et vedtak om oppfølging av barnet. Som grunnlag for vedtaket, skal det foretas en utredning av barnets situasjon og behov og utarbeides et forslag til oppfølging. Videre har omsorgssenteret og statlig regional barnevernmyndighet plikt til å følge barnets utvikling nøye under hele oppholdet på senteret, jf. barnevernloven § 5A-5 første ledd.

Direktoratet bes gi en redegjørelse for hvordan utredningen og saksbehandlingen knyttet til oppfølgingsvedtakene gjennomføres, herunder i hvilken grad seksukersfristen overholdes. Videre bes redegjort for hvordan ansvaret for oppfølging av barnets utvikling fordeles mellom Bufetat og omsorgssentrene».

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet svarte i brev 24. oktober 2008:

«Stortinget vedtok i forbindelse med statsbudsjettet for 2007 at de statlige barnevernmyndighetene fra høsten 2007 skulle overta ansvaret for enslige, mindreårige asylsøkere under 15 år i fasen fra ankomst til landet og fram til bosetting i en kommune eller retur (mottaksfasen). Barne-, ungdoms- og familieetaten (Bufetat), region øst, fikk ansvaret for å utvikle og etablere et omsorgssenter lokalisert til Eidsvoll kommune. Eidsvoll omsorgssenter for enslige, mindreårige asylsøkere under 15 år åpnet den 03.12.07.

Senteret var dimensjonert for 30 barn og med en mulighet for et visst overbelegg. Ved åpningen ble det overført 22 barn fra utlendingsmyndighetene. I perioden fram til 08.02.08 kom det ytterligere 27 barn og fram til d.d. har det ankommet 170 enslige mindreårige asylsøkere under 15 år.

Eidsvoll omsorgssenter har pr d.d 37 barn plassert. Senteret består av fire avdelinger med til sammen 22 plasser. Det er etablert to eksterne avdelinger som også ligger i Eidsvoll kommune,

disse med henholdsvis seks + fire plasser. Ytterligere seks barn er plassert i to midlertidige avdelinger lokalisert på Hamar og Gjøvik.

Skiptvedt omsorgssenter ble åpnet 31.03.08 og har pr d.d. 20 barn plassert. Det planlegges totalt 24 plasser tilknyttet Skiptvedt omsorgssenter. Det er ervervet tomter via Statsbygg. Bygningene skal dimensjoneres for et mulig overbelegg på 30 %.

På bakgrunn av at antallet enslige mindreårige asylsøkere under 15 år har vært langt høyere enn forventet har det planlagte antall omsorgsplasser ikke vært tilstrekkelig i forhold til behovet. Pr d.d. er 144 enslige mindreårige asylsøkere under 15 år under barnevernets omsorg, av disse er 74 barn plassert midlertidig i statlige og private barneverninstitusjoner. Disse plasseringene skjer både innenfor og utenfor det geografiske området til Bufetat, region øst. Enslige mindreårige asylsøkere oppholder seg på institusjonen med hjemmel i barnevernloven kapittel 5A og Bufetat, region øst fatter vedtakene. Statlig regional barnevernmyndighet har det samme ansvar for disse barna som for barn som bor på et omsorgssenter. Den daglige omsorgen ivaretas av tiltaket.

I og med at det etablerte antallet plasser ved omsorgssentrene har vært for få i forhold til det som viser seg å være behovet planlegges utbygging av flere omsorgssentre fortløpende.

Gjøvik omsorgssenter åpner en avdeling med åtte plasser i løpet av november -08. Flere avdelinger åpnes fortløpende. Omsorgssenteret planlegges med totalt 30 plasser og dimensjoneres for et mulig overbelegg på 30 %.

Hønefoss omsorgssenter, Bufetat, region sør planlegges åpnet med 5 plasser den 01.12.08.

Sandnessjøen omsorgssenter, Bufetat, region nord planlegges åpnet med 20 plasser fra januar -09.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet er invitert til å delta i prognosemøter for asyl- og mottaksfeltet hos Utlendingsdirektoratet (UDI). Deltagelse i disse møtene vil gi oss bedre innsikt i hvordan behovet for antall plasser kan forventes å bli kommende år og med det bedre anledning til å planlegge etablering og drift.

Sivilombudsmannen ber om opplysninger vedrørende om det er og i tilfelle hvilke rutiner som er etablert for Bufetat's oppfølging og kontroll av omsorgssentrenes utøvelse av omsorg for det enkelte barn.

Det er utarbeidet en rutineperm for Eidsvoll omsorgssenter. Denne inneholder rutiner for de ansatte, som eksempel rapporteringsrutiner, rutiner for kontakt med barnevernvakt, politi og leder utenfor arbeidstid, rutiner for tolkebruk, opplæring av nyansatte osv. Rutiner som skal følges overfor barna er for eksempel husstruktur, dagstruktur, besøksavtaler, samtaler, klær og utstyr, rutiner ved mistanke om overårighet, ved mistanke om menneskehandel, ved ekstern plassering på bakgrunn av manglende kapasitet og ved plassering hos slekt. Rutinepermen skal evalueres i løpet av høsten 2008.

UDI, Bufdir og Bufetat, region øst har utarbeidet samarbeidsrutiner for enslige mindreårige asylsøkere under 15 år som ikke ønsker å bo på omsorgssenter. Det er etablert en arbeidsgruppe med deltakere fra Inkluderings- og mangfoldsdirektoratet.

rektoratet (IMDi), UDI, Bufetat, region øst og Bufdir som har som mandat å utarbeide samarbeidsrutiner ved ankomst, under opphold og ved bosetting.

Det skal gjennomføres årlige *styringssamtaler* ved omsorgssentrene. På Eidsvoll omsorgssenter er det gjennomført to styringssamtaler, en våren -08 og en høsten -08. Ved Skiptvedt omsorgssenter skal det avholdes styringssamtale i november -08. Styringssamtalene ledes av den seksjonssjefen ved regionkontoret som har ansvar for omsorgssentrene, i tillegg deltar en representant fra avdeling for plan og økonomi og en fra personalavdelingen. Bufetat, region øst har etablert samme rutiner for styringssamtalene ved omsorgssentrene som de som benyttes overfor barneverninstitusjoner.

Fylkesmannen skal føre *tilsyn* med omsorgssentrene på lik linje med barneverninstitusjoner.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus har gjennomført tilsyn på individuelt nivå og ved omsorgssenteret som helhet på Eidsvoll. I forbindelse med tilsyn av Eidsvoll omsorgssenter opplyser Fylkesmannen i Oslo og Akershus at de gjennomgår aktuelle dokumenter som oppfølgingsplaner og vedtak, har gruppesamtaler og samtaler med hvert enkelt barn som ønsker det.

Fylkesmannen i Østfold har foreløpig ikke gjennomført tilsyn ved Skiptvedt omsorgssenter, men planlegger å gjøre det innen årsskifte.

Barne-, ungdoms- og familieetaten, region øst har foreløpig ikke gjennomført internkontroll av Eidsvoll omsorgssenter.

Sivilombudsmannen etterspør en redegjørelse for hvordan utredningen og saksbehandlingen knyttet til oppfølgingsvedtakene gjennomføres, herunder i hvilken grad seksukersfristen overholdes. Videre bes redegjort for hvordan ansvaret for oppfølging av barnets utvikling fordeles mellom Bufetat og omsorgssentrene.

Eidsvoll omsorgssenter åpnet den 03.12.07. Saksbehandlingen og rutiner ble basert på Ot.prop. nr. 28 (2007-2008) Om lov om endringer i lov 17.juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester mv. (Omsorgen for enslige mindreårige asylsøkere inntil bosetting eller retur). Ved overtagelse av ansvaret for enslige mindreårige asylsøkere under 15 år valgte statlig regional barnevernmyndighet å ta utgangspunkt i den individuelle kartleggings- og tiltaksplanen (IKTP) som utlendingsmyndighetene hadde benyttet for å kartlegge hvert enkelt barn. IKTP ble endret noe og videreført som en oppfølgingsplan for hvert enkelt barn. Barnets hovedkontakt ved omsorgssenteret starter kartleggingen av barnet kort tid etter at barnet har ankommet senteret, dette danner grunnlaget for innholdet i oppfølgingsplanen. Oppfølgingsplanen sendes statlig regional barnevernmyndighet innen tre uker etter at barnet har ankommet omsorgssenteret. Saksbehandler ved regionkontoret skriver forslag til vedtak basert på opplysningene i oppfølgingsplanen. Vedtaket legges frem for seksjonssjefen ved regionkontoret, som er gitt fullmakt til å fatte vedtak i henhold til barnevernloven.

Statlig regional barnevernmyndighet fatter oppfølgingsvedtaket innen seks uker etter at barnet har ankommet omsorgssenteret. Bufetat, region øst har etablert klare rutiner for hvordan dette

arbeidet skal gjennomføres og melder om at når barnet oppholder seg på et omsorgssenter fungerer dette arbeidet bra og fristene overholdes. Den første tiden etter at Eidsvoll omsorgssenter var etablert var det imidlertid et problem å overholde fristene. Årsaken til dette var at mange barn flyttet inn samtidig, personalgruppen var ny og rutinene var ukjente for de ansatte.

På bakgrunn av mangel på plasser ved omsorgssentrene er mange barn plassert på statlige og private institusjoner utenfor omsorgssentrene. Bufetat, region øst melder at dette har medført fristoverskridelser. Dette forklares med at de statlige og private institusjonene mangler erfaring med å lage denne type oppfølgingsplaner, oppfølgingsplanene ble sendt til omsorgssenteret i stedet for til statlige regional barnevernmyndighet og at denne type samarbeid krever god kommunikasjon mellom omsorgssentrene og de aktuelle institusjonene når det gjelder ansvarsfordeling. Bufetat, region øst melder om at de nå har utarbeidet gode rutiner for samarbeidet med de aktuelle institusjonene og at de derfor forventer at tidsfristene skal overholdes i tiden som kommer».

Ombudsmannen meddelte at direktoratets redegjørelse var nyttig for å vurdere eventuell videre oppfølging senere.

51.

Barneverntjenestens oppfølgingsansvar overfor barnets mor etter omsorgsovertakelsen

(Sak 2008/1018)

En mor ønsket oppfølging fra barneverntjenesten etter omsorgsovertakelsen, jf. barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100 § 4-16, men fylkesmannen var enig med kommunen i at det ikke forelå plikt til slik oppfølging før saken var endelig avgjort.

Etter at det herfra ble stilt spørsmål om denne lovforståelsen, kom fylkesmannen til at kommunens oppfølgingsansvar inntrådte før det forelå rettskraftig dom, noe ombudsmannen var enig i. Ombudsmannen hadde likevel kritiske bemerkninger til at fylkesmannen ikke kunne se at kommunen hadde opptrådt i strid med lovbestemmelsen.

Fylkesnemnda for sosiale saker traff vedtak om å overta omsorgen for et barn født i 2000. Tingretten stadfestet vedtaket, og dommen ble påanket til lagmannsretten.

Morens advokat anmodet kommunen om at det av barneverntjenesten ble gitt veiledning til moren. Kommunen avsto anmodningen og uttalte at spørsmålet ville bli vurdert på nytt dersom tingretten besluttet at omsorgen for barnet skulle tilbakeføres til moren. Advokaten brakte deretter spørsmålet inn for fylkesmannen, som i svarbrev uttalte blant annet:

«I aktuelle sak er fylkesnemndas vedtak anket inn for det ordinære rettsapparatet. Fylkesmannen kan ikke se at det foreligger pliktbrudd fra barneverntjenestens side når de vil avvente med å ta stilling til hvilket foreldreveiledningsprogram mor skal få inntil det foreligger endelig avgjørelse i saken. Det fremgår av lovteksten at kommunens plikter på dette området inntre etter omsorgsovertakelsen. Det må da kunne forutsettes at lovgiver har ment at det skal foreligge et endelig vedtak fra fylkesnemnda, ev. rettskraftig dom.»

Fylkesmannen fant på denne bakgrunn ikke grunnlag for å gå nærmere inn i saken som tilsynsmyndighet, jf. barnevernloven § 2-3 tredje ledd. Etter fornyet henvendelse fra advokaten fastholdt fylkesmannen standpunktet.

Advokaten henvendte seg deretter til ombudsmannen og ba om en vurdering av kommunens oppfølgingsansvar overfor moren etter barnevernloven § 4-16.

Det ble herfra funnet grunn til å undersøke nærmere den lovforståelsen som kom til uttrykk i fylkesmannens brev. Herunder ble det bedt kommentert hvorvidt fylkesmannens standpunkt var i overensstemmelse med retningslinjene i Barne- og likestillingsdepartementets rundskriv Q-1036.

I svaret uttalte fylkesmannen blant annet:

«Barneverntjenesten skal «kort tid» etter omsorgsovertakelsen kontakte foreldrene med tilbud om veiledning og oppfølging slik at de igjen kan bli i stand til å ha omsorgen for barnet. Ved ny gjennomgang av saken kan vi ikke se at det er avgjørende om saken er rettskraftig avgjort. Barneverntjenesten har en generell oppfølgingsplikt gjennom hele prosessen. Eksempelvis vil det på ethvert trinn kunne reise seg spørsmål om barneverntjenesten skal formidle kontakt med andre hjelpeinstanser.

Barnevernloven § 4-16 gir ikke rett til konkrete hjelpetiltak. Hjelpetiltak hjemles i lovens § 4-4.

I dette tilfellet har mor anmodet kommunen om at det vurderes å oppnevne støttekontakt for barnet og at hun blir tilbudt et foreldreveiledningsprogram så som PMT (Parent Management Training) eller liknende. Dette er hjelpetiltak som forutsetter at barnet har omsorgsbasis i hjemmet og som først er aktuelt å sette inn dersom barneverntjenesten ikke får medhold i sitt krav om omsorgsovertakelse i siste instans.

På bakgrunn av ovenstående vil vi korrigere vår tidligere uttalelse i saken. Vi kan likevel ikke se at (X) kommune har opptrådt i strid med barnevernloven § 4-16 i foreliggende sak.»

Ved sakens avslutning uttalte jeg:

«Ifølge barnevernloven § 4-16 skal barneverntjenesten «nøyte følge utviklingen til de barn som det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse for, og likeledes utviklingen til deres foreldre. Barneverntjenesten skal kort tid etter en omsorgsovertakelse kontakte

foreldrene med tilbud om veiledning og oppfølging. Dersom foreldrene ønsker det, skal barneverntjenesten som en del av oppfølgingen formidle kontakt med de øvrige hjelpeinstanser».

Barne- og likestillingsdepartementet har i rundskriv Q-1036 22. april 2002 uttalt følgende om denne lovbestemmelsen:

«Dette oppfølgingsansvaret gjelder uavhengig av om foreldrene har satt frem krav om tilbakeføring av barnet eller ikke. Når det gjelder oppfølgingsansvar i forhold til foreldrene er det viktig at barneverntjenesten bistår dem som ønsker hjelp/oppfølging etter en omsorgsovertakelse. Det fremgår av forarbeidene til § 4-16 at barneverntjenesten har et slikt ansvar, både generelt og ut fra det formål å hjelpe foreldrene til å komme i en slik posisjon at de igjen kan ha omsorgen for barnet.»

Det fremgår av forarbeidene til barnevernloven § 4-16 at bestemmelsen, foruten å pålegge barneverntjenesten ansvar for en fortløpende vurdering av foreldrenes situasjon etter omsorgsovertakelsen, også innebærer at barneverntjenesten har et selvstendig ansvar for å hjelpe foreldrene til å komme i en slik posisjon at de igjen kan makte omsorgen for barnet, jf. Ot.prp. nr. 44 (1991-92) s. 47 og Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 25.

I denne saken anmodet morens advokat i brev 10. oktober 2007 kommunen om foreldrebasert veiledning overfor moren i forhold til barnet. Det ble bedt om at «kommunen vurderer å søke mor inn på veiledning etter PMT-metoden eller liknende, da det erfaringsmessig tar noe tid før en får plass i et slikt opplegg. I mellomtiden bes kommunen om å se på muligheten for samtaleveiledning hjemme hos mor den tid hun er gravid». Kommunen svarte i brev 12. oktober 2007 at «i det tilfelle tingretten ikke opprettholder fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse av barnet, og det blir besluttet tilbakeføring, vil barneverntjenesten vurdere aktuelle hjelpetiltak når dette blir aktuelt». Etter at advokaten i brev 25. oktober 2007 hadde gjentatt og utdypet anmodningen om foreldreveiledning, svarte kommunen i brev 15. november 2007 at den «vurderer det ikke hensiktsmessig å etablere et omfattende foreldreveiledningsprogram knyttet til (barnets) behov slik situasjonen er i dag», og det ble vist til «sakkyndigutredning med vurdering av mors evne til å nyttiggjøre seg veiledning, samt at det pr i dag legges opp til begrenset samvær mellom (barnet) og mor», samt uttalt at spørsmålet vil «bli vurdert på nytt dersom tingretten beslutter at barnet skal tilbakeføres til mor».

Fylkesmannen har i brevet 1. juli 2008 endret sin lovforståelse og lagt til grunn at barneverntjenestens plikter etter barnevernloven § 4-16 inntre etter omsorgsovertakelsen, selv om saken er brakt inn for domstolene og ikke er rettskraftig avgjort. Jeg er enig

i denne lovforståelsen, men er kritisk til fylkesmannens uttalelse om at man likevel ikke kan se at kommunen i denne saken har optrådt i strid med barnevernloven § 4-16. Korrespondansen mellom kommunen og morens advokat indikerer at kommunen har avslått å gi veiledning til moren, til tross for gjentatte anmodninger om dette. Dette standpunktet strider etter min oppfatning mot kommunens plikt etter barnevernloven § 4-16 til å kontakte foreldrene med tilbud om veiledning og oppfølging. Som redegjort for foran, innebærer lovbestemmelsen at barneverntjenesten har et selvstendig ansvar for å hjelpe foreldrene til å komme i en slik posisjon at de igjen kan ha omsorgen for barnet. Det nærmere innholdet av et eventuelt tilbud om hjelp og veiledning vil likevel bero på barneverntjenestens skjønn.

På denne bakgrunn vil jeg be fylkesmannen om på ny å vurdere kommunens behandling av saken, i lys av mine bemerkninger foran. Jeg ber om å bli orientert om resultatet av fylkesmannens fornyede behandling av saken.»

Fengselsforhold

52.

Sittetid i politiets arrester – forholdet til forskriftens krav om overføring innen to døgn m.v.

(Sak 2007/1097)

Ombudsmannen ba av eget tiltak om en redegjørelse fra Politidirektoratet for utviklingen i sittetiden i politiets arrester etter 1. juli 2006. Av Politidirektoratets svar fremgikk det at alle landets politidistrikter hadde oversittet overføringsfristen på to døgn i den aktuelle ettårsperioden. Det samlede antallet fristoversittelser var på 2 592, med store variasjoner mellom politidistriktene.

Ombudsmannen uttalte at det samlede antallet fristbrudd var betydelig og i seg selv meget urovekkende. Han ga også uttrykk for at det ga grunn til bekymring at antallet fristbrudd så ut til å ha økt betydelig i mange av politidistriktene fra 2005 til 2006/2007. Ombudsmannen understreket at politiet og kriminalomsorgen har et felles ansvar for å sørge for at overføring fra politiarrest til fengsel skjer innen fristen på to døgn. Det ble videre pekt på betydningen av at politidistriktene har egnede verktøy for å registrere sittetiden i politiarrestene, som det er enkelt å hente tallmateriale og statistikk ut av. Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) ble i eget brev bedt om å understreke overfor fengslene deres plikt til også å ta imot pågrepne personer. Det ble samtidig

bedt om retting av feil i retningslinjene for kriminalomsorgen.

KSF kom tilbake til saken og opplyste at fengselsplikter i forhold til pågrepne var innskjerpet. Det fremkom videre at retningslinjene ville bli revidert.

Ombudsmannen har ved flere anledninger undersøkt forholdene i de norske politiarrestene. Sittetiden før overføring til fengsel har vært et tilbakevendende tema. Forholdene i de norske politiarrestene har også vært gjenstand for undersøkelser og til dels kritikk fra Den europeiske torturforebyggingskomiteen (CPT).

Forskrift om bruk av politiarrest 30. juni 2006 nr. 749 trådte i kraft 1. juli 2006. Det følger av forskriften § 3-1 at innsatte skal overføres fra politiarrest til fengsel innen to døgn etter pågripelsen, med mindre dette av praktiske grunner ikke er mulig. På bakgrunn av tidligere saker, flere oppslag i media om tilfeller der overføring til fengsel ikke hadde funnet sted innen fristen på to døgn og henvendelser fra forsvarsadvokater som uttrykte bekymring over at pågrepne personer ble sittende lenge i politiarrest, besluttet ombudsmannen å undersøke utviklingen i sittetiden i politiarrest etter forskriftens ikrafttreden.

I brev 20. juni 2007 ba ombudsmannen Politidirektoratet om en generell redegjørelse for utviklingen i sittetiden i landets politiarrester. Det ble videre bedt om oppdaterte tall for perioden fra og med 1. juli 2006 over total gjennomsnittlig sittetid, antall brudd på bestemmelsen om overføring til fengsel innen to døgn og gjennomsnittlig sittetid for de som sitter lenge enn dette i hvert enkelt politidistrikt. Maksimal sittetid ble også bedt opplyst. Direktoratet ble bedt om å kommentere utviklingen fra 2005, og å redegjøre for årsakene til at sittetiden i de enkelte politiarrestene eventuelt ikke er i samsvar med det som følger av gjeldende regler og retningslinjer. Til slutt ble direktoratet bedt om å redegjøre for hvilke tiltak som eventuelt var iverksatt for å avhjelpe situasjonen på kort og lang sikt.

Politidirektoratet svarte i brev 31. august 2007, og vedla en oversikt over sittetiden i politiarrestene i de ulike politidistriktene for perioden 1. juli 2006 - 1. juli 2007. Ifølge direktoratet viste oversikten at de fleste politidistriktene hadde hatt tilfeller med sittetider over to døgn. Direktoratet opplyste at flere distrikter mente at dette likevel var i tråd med forskriften om bruk av politiarrest § 3-1, som åpner for unntak fra fristen på to døgn der overføring «av praktiske grunner ikke er mulig».

Ifølge direktoratet viste tilbakemeldingene fra politidistriktene at «vanskelighetene med å skaffe ledige fengselsplasser» er den vesentligste årsaken til at noen sitter lengre enn to døgn i politiarrestene. Andre årsaker ble opplyst å være at personer blir pågre-

pet i forbindelse med en helg, at enkelte fengsler ikke mottar innsatte uten kjennelse fra retten og at slik kjennelse på de fleste steder ikke kan fremskaffes før neste hverdag. Ifølge direktoratet hadde enkelte distrikter også vist til at fengselsplassene som stilles til disposisjon fra kriminalomsorgen i en del tilfeller ligger så langt unna at det vil medføre urimelig store kostnader å transportere den fengslede til og fra fengselet.

Direktoratet opplyste at det i løpet av 2007 ville bli etablert lokale tilsyn for politiarrestene og bruken av disse under politimesteren i hvert distrikt. Politimesteren skal rapportere en gang i året til et sentralt tilsynsutvalg bestående av representanter fra Politidirektoratet og lokal statsadvokat. Utvalgets primære oppgave vil være å etterse at politiarrestene innrettes og driftes i tråd med gjeldende regelverk, og bidra til kvalitetssikring og utvikling av arrestfunksjonen i politiet.

Ved avslutningen av saken hadde jeg følgende merknader til Politidirektoratets redegjørelse:

«Ifølge forskrift om bruk av politiarrest § 3-1, skal den innsatte overføres fra politiarrest til fengsel «innen to døgn etter pågripelsen, med mindre dette av praktiske grunner ikke er mulig». Forskriften er hjemlet i straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 183. I denne bestemmelsens første ledd første punktum fremgår det at påtalemyndigheten må fremstille en pågrepet person for tingretten «snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen», dersom den ønsker å beholde vedkommende. Selv om fremstilling skal skje så snart som mulig, vil det i en del tilfeller forekomme at det går mer enn to døgn før fengslingskjennelse foreligger. I disse tilfellene skal den innsatte likevel overføres til fengsel selv om kjennelse ikke foreligger.

Fremstillingsfristen i straffeprosessloven § 183 første ledd første punktum ble utvidet med virkning fra 1. juli 2006, og det ble fastsatt en absolutt frist på tre dager. I forarbeidene til endringen var det klart forutsatt at utvidelsen av fristen ikke skulle medføre økt bruk av politiarrest, jf. Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) s. 35 og 134. I Innst. O. nr. 68 (2001-2002) s. 4 viste Justiskomiteen til kritikken mot bruken av politiarrest som var reist fra flere hold, blant annet FNs torturkomité (CAT). Under henvisning til dette understreket komiteen behovet for klare retningslinjer, og imøteså den da varslede forskriften om politiarrest.

I Europarådets torturforebyggingskomité (CPT) rapport 28. mars 2006 fra komiteens seneste besøk i Norge, berømmet komiteen i punkt 10 norske myndigheters innsats for å redusere lengden på varetektsinnsattes opphold i politiarrest. Det ble imidlertid samtidig understreket at målsetningen må være å få

slutt på bruken av politiarrest for varetektsfanger, bortsett fra i unntakstilfeller.

Jeg har flere ganger tidligere undersøkt forholdene i landets politiarrester. I 2003 ble forholdene i politiarresten i Oslo undersøkt, og jeg presiserte da bl.a. viktigheten av at bruken av politiarrest begrenses, se ombudsmannens årsmelding for 2003 side 174-176. Videre avga jeg i 2004 en høringsuttalelse på bakgrunn av et høringsbrev fra Justis- og politidepartementet med utkast til forskrift om politiarrest.

Sist forholdene i landets politiarrester ble undersøkt var i 2005. Hovedtemaet var spørsmålet om hvor lang tid det går fra innsettelse i politiarrest til den innsatte blir overført til fengsel. Etter å ha mottatt redegjørelser og tallmateriale fra Politidirektoratet, konkluderte jeg med at det syntes å ha vært en positiv utvikling. Det fremgikk imidlertid at det fortsatt forekom en del tilfeller der innsatte ble sittende i politiarrest lenger enn det de daværende retningslinjene til straffegjennomføringsloven og den da foreslåtte forskriften om politiarrest ga anvisning på. Jeg understreket derfor viktigheten av at politiet, i samarbeid med kriminalomsorgen, fortsatte arbeidet med å redusere sittediden i politiarrestene. Det ble også forutsatt at det ble innført rutiner i alle politidistriktene for å sikre at de opplysningene som foreligger om hver enkelt innsatts sittedid i arresten er korrekte. Undersøkelsen herfra er omtalt i ombudsmannens årsmelding for 2005 side 197-199.

Det fremgår av den tilsendte oversikten at alle politidistrikt som det er oppgitt tall for, bortsett fra ett, har en total gjennomsnittlig sittedid i politiarrest i perioden 1. juli 2006 - 1. juli 2007 som er godt under forskriftens frist på to døgn. Gjennomsnittlig total sittedid i Salten politidistrikt er imidlertid oppgitt å være 62 timer, og distriktet har i 16 tilfeller brutt bestemmelsen om overføring til fengsel innen to døgn. Det er ikke gitt noen begrunnelse for den høye gjennomsnittlige sittediden i distriktet. Jeg må be om at Politidirektoratet undersøker de høye gjennomsnittstallene fra dette politidistriktet, og om nødvendig treffer tiltak for å redusere sittediden. For Sør-Trøndelag politidistrikt er det oppgitt en total gjennomsnittlig sittedid på «1830», uten at det er opplyst noe nærmere hvordan dette tallet skal forstås. Jeg legger til grunn at politidirektoratet avklarer dette, og for øvrig også foretar nødvendig oppfølging overfor Østfold, Vestfold og Nord-Trøndelag politidistrikter, som ikke ser ut til å ha oppgitt tall på dette punktet overhodet.

Alle landets politidistrikter oppgir å ha oversittet overføringsfristen på to døgn i den aktuelle perioden. Antall fristoversittelser varierer fra 748 i Oslo politidistrikt til 2 i Vestfinnmark politidistrikt. Oversikten viser ellers at det i tillegg til Oslo er Hordaland (306), Agder (203), Østfold (194) og Romerike (185) poli-

tidistrikter som har flest fristbrudd. Det må antas at antallet brudd har en viss sammenheng med folketallet og aktivitetsnivået i de enkelte politidistriktene. Samlede tall for antallet innsatte i politiarrest er imidlertid ikke oppgitt, og det er dermed ikke mulig å si noe om forholdet mellom antallet fristbrudd og antallet personer innsatt i politiarrest. Tallene gir likevel en indikasjon på hvilke politidistrikter som sliter mest med å overholde fristen for overføring fra politiarrest til fengsel.

Antallet brudd er betydelig (2592) og er i seg selv meget urovekkende. Det er også meget bekymringsfullt at antallet fristbrudd synes å ha økt fra 2005 til 2006/2007 i mange av distriktene som har oppgitt tall for begge perioder. Etter telefonhenvendelse herfra er det avklart at tallene som direktoratet har oppgitt i alle fall er sammenlignbare med hensyn til periodenes lengde, selv om regelverket for hva som regnes som brudd er endret. For enkelte politidistrikter synes det å være tale om markante økninger. Antallet fristbrudd for Søndre Buskerud politidistrikt har for eksempel økt fra 68 til 126 ifølge oversikten, og i Sogn- og Fjordane politidistrikt har det også nesten vært en fordobling fra 25 til 48 brudd. Flere andre politidistrikter har økninger som i antall overstiger dette. Økningen i Oslo politidistrikt har for eksempel vært på 110 tilfeller. Tallene tilsier at politiet, i samarbeid med kriminalomsorgen, har en betydelig jobb å gjøre i forhold til å redusere antallet fristbrudd.

Ifølge Politidirektoratet er vanskeligheter med å få stilt fengselsplasser til disposisjon av kriminalomsorgen den viktigste årsaken til at overføringsfristen oversittes. Det skal også være et problem at enkelte fengsler ikke mottar nye innsatte uten kjennelse fra retten. Dersom en person blir pågrepet i forbindelse med en helg eller høytid, kan slik kjennelse ofte ikke fremskaffes før neste hverdag. Etter forskriftsendring 2. juli 2007 fremgår det nå uttrykkelig av forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 § 4-1 første ledd at kriminalomsorgen skal stille fengselsplass til disposisjon innen to døgn etter pågripelsen, og at dette gjelder både i forhold til varetektsinnsatte og andre som er pågrepet. Kriminalomsorgen og politiet plikter sammen å sørge for at slik overføring fra politiarrest til fengsel finner sted. På bakgrunn av direktoratets opplysninger, og forhold som herfra er notert med hensyn til retningslinjene til straffegjennomføringsloven, har jeg i eget brev til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning funnet grunn til å kommentere en del forhold vedrørende kriminalomsorgens plikt til å ta imot pågrepne personer før varetektskjennelse foreligger. ...

Politidirektoratets redegjørelse for hvilke tiltak som er iverksatt for å avhjelpe situasjonen på kort og lang sikt, fremstår samlet sett som tynn. Problemene knyttet til å få stilt til veie plasser for varetektsfengs-

ling i kriminalomsorgen må formentlig sees i sammenheng med det presset som har vært på fengselsplassene de senere årene, herunder ikke minst soningskøen for rettskraftige dommer. Køen er nå vesentlig redusert og bruken av flere av de tidligere køavviklingstiltakene er i disse dager i ferd med å bli avviklet eller redusert, herunder dublering og bruk av fremskutt løslatelse. Jeg antar at den bedre situasjonen med hensyn til presset på eksisterende fengselsplasser i noen grad vil kunne avhjelpe problemet med å få stilt fengselsplasser til disposisjon for varetektsfengsling. Ytterligere kapasitet som er under utbygging i kriminalomsorgen vil trolig også kunne bedre situasjonen på sikt. Det er likevel klart at politiet, og direktoratet som overordnet organ, i samarbeid med kriminalomsorgen må fortsette arbeidet med å redusere sittediden i politiarrestene. Den fastsatte overføringsfristen på to døgn skal følges, og det fastsatte unntaket der «praktiske grunner» ikke gjør det mulig kan bare benyttes unntaksvis. Jeg kan ikke se at unntaket åpner for regelmessige brudd på overføringsfristen, og finner det beklagelig dersom en slik oppfatning har festet seg i politidistriktene.

I Oslo politidistrikt er maksimal sittedid i politiarrest oppgitt å være 15 dager, mens den i Hordaland politidistrikt er 8 dager. Flere av politidistriktene oppgir en maksimal sittedid på 6-7 dager. Det oversendte tallmaterialet gir ikke grunnlag for å si noe om dette er enkeltstående tilfeller eller om det finnes andre tilfeller som ligger tett opp til dette. Jeg er ikke kjent med de konkrete forholdene i disse tilfellene og hva som er begrunnelsen for at overføring til fengsel ikke har kunnet skje tidligere. Det er imidlertid grunn til å fremheve at så vidt betydelige oversittelser av overføringsfristen vil kunne fremstå som problematiske i forhold til Norges menneskerettighetsforpliktelser. Overordnede politimyndigheter, og tilsynsorganene, må forutsettes å gjøre seg kjent med slike betydelige fristbrudd med tanke på å sette i verk nødvendige tiltak.

I min uttalelse 16. september 2005 ble det forutsett at Politidirektoratet innførte rutiner i alle politidistriktene for å sikre tilfredsstillende registrering av sittedid i politiarrestene. I FNs torturkomité's siste rapport om Norge 22. november 2007 uttrykkes det i punkt 8 bekymring over mangelen på tilstrekkelig statistikk som kan bekrefte effektiviteten av den siste tids regelendringer. Jeg forutsetter at direktoratet har merket seg dette. Det er av stor betydning at samtlige politidistrikter har egnede verktøy for å registrere sittediden i arrestene og systemer som det er enkelt å hente ut tall og statistikk fra, slik at dette kan analyseres nærmere. Politidirektoratets svar hit og den vedlagte oversikten kan tyde på at dagens systemer har en del begrensninger. Jeg ber om at direktoratet

holder meg orientert om den videre oppfølgingen på dette punkt.

Etter forskrift om politiarrest § 3-1 annet punktum skal begrunnelsen for at en overføring fra politiarrest til fengsel eventuelt ikke har skjedd innen to døgn, nedtegnes i arrestjournalen. Politidirektoratet har i svaret hit opplyst at flere politidistrikter hittil ikke har vært nøyaktige med slike nedtegninger. Nøyaktige skriftlige opplysninger om dette er viktig for å avdekke årsakene til at overføringsfristen oversittes, og vil også være avgjørende for at de lokale tilsynene og det sentrale tilsynsutvalget skal kunne utøve sin kontroll. Det er ikke akseptabelt dersom politidistriktene ikke følger forskriftens krav på dette punkt. Direktoratet bes derfor om å presisere denne plikten overfor politidistriktene.

Jeg har merket meg Politidirektoratets opplysninger i svaret hit om at det i løpet av 2007 ville bli etablert lokale tilsyn for politiarrestene og et sentralt tilsynsutvalg som politimestrene skal rapportere til. Ved telefonhenvendelse herfra til Politidirektoratet er det opplyst at tilsynsordningene nå er etablert og i funksjon. Jeg ber om å bli holdt orientert om tilsynsutvalgets virksomhet i form av oversendelse av årsrapport eller lignende.»

I brev samme dag til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning uttalte jeg:

«Politidirektoratet opplyser i svaret hit at det er enkelte fengsler som ikke mottar pågrepne til innsettelse uten at det foreligger kjennelse om varetektsfengsling fra retten. Politiets svar forstås slik at dette i noen tilfeller har vært medvirkende til at innsatte ikke har kunnet overføres fra politiarrest til fengsel innen gjeldende tidsfrist. I svaret er det ikke presisert ved hvilke fengsler eller regioner/distrikter dette har vært et problem.

Det følger av straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 183 første ledd første punktum, slik bestemmelsen lyder fra 1. juli 2006, at den absolutte fristen for å fremstille en pågrepet for varetektsfengsling er tre døgn. Samtidig fastslår forskrift om bruk av politiarrest 30. juni 2006 nr. 749 § 3-1 at innsatte i politiarrest som hovedregel skal overføres til fengsel innen to døgn etter pågripelsen. Dette innebærer at kriminalomsorgen i en del tilfeller vil måtte ta imot pågrepne personer før det foreligger fengslingskjennelse. Forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 ble endret med virkning fra 2. juli 2007 for også å omfatte disse tilfellene. Det følger nå av forskriften § 4-1 første ledd at kriminalomsorgen «skal stille fengselsplass til disposisjon for varetektsinnsatte og personer som politiet har pågrepet innen to døgn etter pågripelsen, med mindre dette av praktiske grunner ikke er mulig. Kriminalomsorgen og politiet plikter sammen å sørge for at slik overføring

fra politiarrest til fengsel finner sted». Det må etter dette legges til grunn at fengslene ikke har grunnlag for å nekte å ta imot pågrepne personer under henvisning til at det ikke foreligger fengslingskjennelse.

Forskriftsendringen hadde bare vært i kraft et par måneder da Politidirektoratet sendte sitt svar hit. Jeg ber likevel KSF vurdere om det kan være behov for å informere fengslene særskilt om deres plikter på området, dersom dette ikke allerede er gjort, jf. det som fremgår nedenfor.

KSF har på sine hjemmesider publisert retningslinjer til straffegjennomføringsloven og forskriften til loven. De retningslinjene som nå ligger ute er opplyst å være revidert per 15. januar 2008. Under punkt 4.2 i retningslinjene er likevel § 4-1 første ledd i forskriften til straffegjennomføringsloven gjengitt med den tidligere ordlyden:

«Kriminalomsorgen skal stille fengselsplass til disposisjon uten unødig opphold etter at fengslingskjennelse foreligger. Kriminalomsorgen og politiet plikter sammen å sørge for at slik overføring fra politiarrest til fengsel finner sted.»

Det må antas at mange innenfor kriminalomsorgen i betydelig grad forholder seg til den lov- og forskriftsteksten som fremgår av retningslinjene, og det er da uheldig at forskriftsteksten, slik den er gjengitt i retningslinjene, ikke er oppdatert i tråd med endringen som trådte i kraft 2. juli 2007.

I retningslinjene punkt 4.2 annet avsnitt heter det for øvrig også følgende:

«Varetektsfengslede skal i samarbeid med politiet overføres direkte fra politiarrest til ordinær fengselscelle etter at det foreligger fengslingskjennelse og i alle tilfeller senest innen 24 timer etter at det foreligger slik kjennelse, med mindre dette er praktisk umulig. Se forskriften § 4-1, første ledd: '...uten unødig opphold'. Fristen gjelder uavhengig av hvorvidt fengslingskjennelsen påkjæres. Brudd på '24-timers regelen' skal rapporteres til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning.»

Heller ikke denne teksten synes tilstrekkelig oppdatert i lys av bestemmelsene i forskrift om bruk av politiarrest og forskrift til straffegjennomføringsloven, slik disse nå lyder.

KSF må endre de delene av retningslinjene som er sitert ovenfor, og eventuelt også foreta andre endringer i retningslinjene i den grad dette er nødvendig som følge av forskriftsendringene. Jeg ber om tilbakemelding når KSF har revidert retningslinjene. KSF bes også om å holde meg orientert om hva som gjøres for å oppdatere fengslene om regelverket slik det nå lyder.

Avslutningsvis finner jeg grunn til å understreke det felles ansvaret kriminalomsorgen og politiet har

for å sørge for at overføring fra politiarrest til fengsel skjer innen to døgn.»

Kopi av brevene til Politidirektoratet og Kriminalomsorgens sentrale forvaltning ble oversendt Jus- tis- og politidepartementet ved departementsråden til orientering.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning kom tilbake til saken i brev 2. mai 2008, og uttalte:

«Det har vært ukjent for Kriminalomsorgens sentrale forvaltning at enkelte fengsler ikke har fulgt opp forskriftsendringen. Vi er enig med Sivilombudsmannen i at noe av forklaringen kan skyldes den korte tid som gikk mellom forskriftsendringen og Politidirektoratets svar. For ordens skyld blir regelverket nå innskjerpet. Oppdatering av retningslinjene vil bli foretatt så raskt som mulig.»

Vedlagt fulgte kopi av brev samme dag til regionene i kriminalomsorgen, der det ble innskjerpet at fengslene har plikt til å ta imot pågrepne personer på lik linje med varetaktsinnsatte.

53.

Soningsforholdene for en krevende innsatt – langvarig utelukkelse fra fellesskapet

(Sak 2007/1493)

Klageren hadde sonet en lang rekke dommer og ble oppfattet som en vanskelig innsatt. Under siste soning ved fire forskjellige fengsler var han i praksis utelukket fra fellesskapet helt eller delvis i nesten ett år, med unntak av 16 dager i en fellesskapsavdeling. Klagen til ombudsmannen gjaldt blant annet bruken av isolasjon og manglende aktivitets- og fritidstilbud.

Ombudsmannen uttalte at de lange periodene med begrenset fellesskap ga grunn til bekymring. I perioder med isolasjon må innsattes særlige behov søkes ivaretatt etter en individuell vurdering, og kriminalomsorgen ble oppfordret til å gi soningen innhold også for krevende innsatte. Ombudsmannen ga uttrykk for at det var positivt at Kriminalomsorgen region sør ville se nærmere på fengslenes bruk av vedtak om delvis utelukkelse fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37. På generelt grunnlag ble kriminalomsorgen oppfordret til å arbeide videre med å forebygge uønsket atferd fra krevende innsatte slik at lengre perioder med isolasjon så langt som mulig kan unngås.

A ble 8. september 2006 innsatt i Ringerike fengsel. Frem til løslatelsen 16. august 2007 ble han overført mellom ulike fengsler tre ganger: Fra Ringerike fengsel til Drammen fengsel 26. januar 2007, videre til Skien fengsel 13. mars 2007 og til Sem fengsel 7. juni 2007. Med unntak av 16 dager i Ringerike fengsel satt A i hele soningstiden på avdelinger med begren-

set fellesskap. I tillegg var han flere ganger helt utelukket fra fellesskapet i henhold til særskilte vedtak og han hadde flere innsettelse i sikkerhetscelle. Plasingen i avdelinger med begrenset fellesskap og vedtakene om utelukkelse fra fellesskapet var i hovedsak begrunnet med at A var en urolig og krevende innsatt, som hadde negativ innflytelse på sine medinnsatte og miljøet der han oppholdt seg. Innsettelse i sikkerhetscelle var begrunnet i selvskading eller trusler om selvdrap.

As advokat hevdet i klagen hit at den innsatte var utsatt for en rekke brudd på straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 med tilhørende forskrift og retningslinjer, blant annet ved at han var blitt urettmessig underlagt isolasjon, og at han ikke hadde fått noe tilfredsstillende aktivitets- og fritidstilbud. Han anførte også at soningsforholdene var i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 artikkel 3 og 5.

Etter å ha innhentet og gjennomgått hendelsesjournal og saksdokumenter, ble det besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere. Kriminalomsorgen region sør ble bedt om å kommentere overføringene mellom fengslene og ulike forhold knyttet til vedtakene om hel eller delvis isolasjon. Det ble blant annet stilt spørsmål om fengslene hadde vurdert andre alternativer for å håndtere As problemer med å sone i fellesskap med andre innsatte. Ivaretakelse av hans behov for sosial kontakt og aktivitet var også et tema samt fengselets plikt til å melde fra til regionen ved utstrakt bruk av utelukkelse, jf. straffegjennomføringsloven § 37 femte ledd.

Kriminalomsorgen region sør innhentet uttalelser fra fengslene. I svarbrevet presiserte regionen at «det reelle soningsinnholdet» for A «var rimelig likt i de forskjellige fengslene», uavhengig av bygningsmessige forhold og formelle vedtak om delvis utelukkelse fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37. På de aktuelle avdelingene i fengslene var det ingen eller begrensede sysselsettingsmuligheter og et begrenset aktivitetstilbud. Ifølge regionen hadde imidlertid fengslene «ulik praksis på om opphold på slik avdeling bør hjemles» i lovens § 37. Regionen opplyste at den var i gang med «å gjennomgå praksisen mht bruken av § 37 vedtak ved opphold på disse avdelingene».

I brevet understreket regionen at bruk av hel eller delvis utelukkelse fra fellesskapet «er inngripende tiltak som skal anvendes med forsiktighet». Fengslene hadde her forsøkt ulike alternativer for å redusere bruken av utelukkelse eller begrense skadevirkningene av et slikt tiltak. I Skien fengsel ble klageren for eksempel «tilbudt turer i luftegård utenom ordinær luftetid» og «betjentene prioriterte å føre samtaler med innsatte» på cella.

Regionen opplyste videre at utelukkelse fra fellesskapet ved straffegjennomføring i ulike fengsler sees i sammenheng dersom de samme forholdene er grunnlag for utelukkelsen.

Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«1. Overføring mellom fengsler

Vedtak om overføring til Drammen fengsel ble truffet av Ringerike fengsel 24. januar 2007 og er ikke påklaget. Vedtaket er begrunnet i hensynet til «medinnsatte (skriking m.v.) og hensyn til ansatte» samt hensynet til innsatte selv med tanke på miljøforandring. Videre ble overføring ansett nødvendig av plasshensyn. Overføringen til Skien fengsel er begrunnet i at «A hadde en særlig negativ innflytelse på miljøet i fengslet» og hensynet til å opprettholde ro, orden og sikkerhet ... A skal også selv ha ønsket å bli overført til et annet fengsel. Den siste overføringen til Sem fengsel skjedde etter ønske fra A.

Ut fra de redegjørelser som er gitt har jeg ikke funnet grunn til å gå videre med overføringsvedtakene. Jeg har imidlertid merket meg at Ringerike fengsel i vedtak 24. januar 2007 uttalte at hensynet til medinnsatte og ansatte «tilsier at A ikke er for lenge om gangen i ett fengsel». Denne uttalelsen, som er svært generell, synes vanskelig å forsvare. Om overføring i en gitt situasjon både er rettmessig etter regelverket og hensiktsmessig, må bero på en konkret vurdering. Også krevende og utagerende innsatte må selvsagt vurderes konkret. Jeg minner om at overføring i strid med innsattes ønske etter straffegjennomføringsloven § 14 bare kan skje hvis vilkårene er til stede, for eksempel fordi det er nødvendig for å opprettholde «ro, orden og sikkerhet i fengslet», jf. første ledd bokstav d, som fengselet selv viser til. Jeg kan vanskelig se at hensynet til de tilsatte – som jeg forstår som hensynet til arbeidsmiljøet – er relevant i denne sammenheng.

2. Utelukkelse fra fellesskapet: Hel eller delvis isolasjon

2.1. Kriminalomsorgen region sør har opplyst at det er ulik praksis mellom fengslene med hensyn til om plassering i ordinære celler med lite eller begrenset sysselsetting og begrenset fritidsfellesskap krever vedtak etter straffegjennomføringsloven § 37 ... (delvis utelukkelse). Lovbestemmelsen gjelder etter ordlyden i overskriften: «Utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak». Bruk av nevnte celler er vanlig ved soningsstart, og de innsatte blir vanligvis overført til boenhetene ved de nyere fengslene (Ringerike og Skien) etter noe tid. Ettersom det reelle soningsinnholdet ifølge regionen er «rimelig likt», er det uheldig at det er ulike syn mellom fengslene på behovet for hjemmel og for å fatte enkeltvedtak. Uttrykkelig vedtak om delvis utelukkelse utløser retts-

følger av betydning for den enkeltes rettssikkerhet, nemlig retten til å klage og fengselets plikt til å melde utelukkelse ut over 30 dager til regionalt nivå. Det er derfor på sin plass at regionen nå gjennomgår praksisen på dette området.

Jeg er for øvrig enig med regionen i at en overføring fra en ordinær fellesskapsavdeling til en mottaksavdeling eller avdeling med begrenset tilbud uansett vil oppleves som inngripende av den innsatte og kreve hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37. Realiteten i en slik overføring vil etter regionens beskrivelse være en delvis utelukkelse fra fellesskapet med andre innsatte og kan så vidt jeg forstår også medføre bortfall av arbeids- eller skoletilbud.

2.2. Som nevnt har hvert fengsel meldeplikt til regionalt nivå dersom «delvis utelukkelse fra fellesskapet overstiger 30 dager». Slik melding gir regionalt nivå mulighet for kontroll med bruken av utelukkelse.

A var delvis utelukket fra fellesskapet i Ringerike fengsel i perioden 3. – 22. desember 2006 og 5. – 9. januar 2007. I den mellomliggende perioden var han helt utelukket fra fellesskapet, og han tilbrakte også to døgn i sikkerhetscelle. Han var videre helt utelukket fra 9. januar – 26. januar 2007. Samlet sett var han altså utelukket fra fellesskapet helt eller delvis fra 3. desember 2006 til 26. januar 2007. Denne perioden med utelukkelse ble imidlertid først innrapportert til regionen 19. januar 2007. I fengselets brev heter det at opphold med hel utelukkelse ikke har vart ut over 14 dager, og perioden med «delvis utelukkelse i medhold av § 37 har heller ikke sammenhengende vart utover 30 dager i det jeg viser til opphold i sikkerhetscelle». Fengselet synes altså å legge til grunn at opphold i sikkerhetscelle avbryter fristen for melding etter lovens § 37 femte ledd. Dette kan åpenbart ikke være riktig. Perioder med hel utelukkelse og opphold i sikkerhetscelle må regnes med ved beregning av fristen for melding til regionalt nivå. Hensynet bak regelen tilsier en slik tolkning.

Det fremgår for øvrig av saksdokumentene at regionen ble varslet om oppholdet på avdeling A (delvis utelukkelse) henholdsvis 7. og 20. oktober og 8. november 2006.

3. Spørsmål om hvilket nivå i kriminalomsorgen som hadde avgjørelsesmyndighet

Etter straffegjennomføringsloven § 37 fjerde ledd skal regionalt nivå ta stilling til om den innsatte fortsatt skal utelukkes helt fra fellesskapet hvis utelukkelsen overstiger 14 dager. Etter 14 dagers hel utelukkelse i Ringerike fengsel (22. desember 2006 – 5. januar 2007) var A delvis utelukket i 4 dager før han igjen ble helt utelukket som et forebyggende tiltak. Dette reiser spørsmål om det i et slikt tilfelle løper en ny 14-dagers frist, dvs. om fengselet beholder

sin avgjørelsesmyndighet til å beslutte hel utelukkelse fra fellesskapet etter en delvis utelukkelse av kort varighet. På spørsmål herfra uttalte regionen:

«...vi legger avgjørende vekt på de reelle forholdene. Det kan vanskelig oppstilles absolutte tidsfrister for hvor lang tid det må gå før bruk av hel utelukkelse må anses som ny sak hvor ny tidsfrist begynner å løpe. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Eksempel; Hvis det er kort tid siden en innsatt var utelukket fra fellesskapet og nytt vedtak om utelukkelse er begrunnet i tilsvarende forhold som det opprinnelige vedtaket, skal dette anses som sammenhengende bruk av utelukkelse.»

Jeg har ingen merknader til at det må gjøres en konkret vurdering. Det er likevel grunn til å minne om at hel utelukkelse fra fellesskapet er et inngripende tiltak som må brukes med varsomhet, slik regionen erkjenner. De ulike kontroll- og tilsynsmekanismene i loven understreker dette. Etter mitt syn kan det være betenkelig å skille mellom ulike grunnlag for utelukkelsen i denne sammenheng, idet virkningen for den innsatte – hel isolasjon – er den samme. Jeg minner om at regelen om avgjørelsesmyndighet i lovens fjerde ledd og bestemmelsen om meldeplikt til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning er uavhengig av hva som er grunnlaget for utelukkelse.

Jeg har for øvrig merket meg at den siste perioden med hel utelukkelse fra fellesskapet i Ringerike fengsel varte i 17 dager (9. – 26. januar 2007), uten at regionen ble koblet inn. Det fremgår at det tok to dager å effektivere vedtaket om overføring som ble truffet 24. januar. Ut over denne påpekningen finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om avgjørelsesmyndighet.

4. Avsluttende bemerkninger om soningen og ivaretagelsen av krevende innsattes behov

Vedtaket om hel eller delvis utelukkelse fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37 i Ringerike og Skien fengsel er i stor grad begrunnet i hensyn til ro, orden og sikkerhet. A oppfattes som en krevende og utagerende innsatt som påvirker miljøet og øvrige innsatte på en svært negativ måte. Han er blitt vurdert som uegnet til å sone i en boenhet. De fengselsfaglige vurderingene som ligger til grunn for vedtakene, kan jeg i liten grad etterprøve. Det samme gjelder vedtak om innsetting i sikkerhetscelle i Ringerike fengsel.

Dersom man ser oppholdene i de fire fengslene i sammenheng, er det bekymringsfullt at en innsatt har et så vidt begrenset innhold i soningen over et så vidt langt tidsrom (nesten 1 år). Uten nærmere kjennskap til den innsatte og soningen av hans mange tidligere fengselsdommer, er det nærliggende å tenke at noe av atferden kan ha en sammenheng med selve sonings-

situasjonen. På generelt grunnlag vil jeg understreke betydning av at kriminalomsorgen søker å ivareta klagerens og andre krevende innsattes behov og at gjennomføringen av straffen foregår i omgivelser som i alle fall et stykke på vei kan ivareta behovene.

I forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 § 3-35 heter det:

«Skadelige følger av utelukkelse fra fellesskapet skal så vidt mulig forebygges eller bøtes på.»

Jeg har merket meg redegjørelsene fra fengslene til regionen og ulike skriv fra Ringerike fengsel, som blant annet omhandler forebyggende tiltak. Hendselsjournalen inneholder også nedtegnelser over ulike tiltak, slik som konsultasjoner og samtaler med ulike tilsatte og innkjøp av relevant hobbymateriell. Slik forholdene ligger an, har jeg funnet å kunne la saken bero med de svarene og den dokumentasjonen som foreligger. Jeg vil likevel oppfordre kriminalomsorgen til videre arbeid med å søke å forebygge uønsket atferd hos klageren og andre krevende innsatte slik at lengre perioder med isolasjon i form av utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak så langt som mulig kan unngås. I perioder med hel eller delvis utelukkelse må de særlige behovene søkes ivare tatt etter en individuell vurdering. Også for krevende innsatte skal soningen ha et innhold.»

54.

Reaksjon grunnet urinprøvenekt – kravet til vurdering av individuelle forhold

(Sak 2007/504)

A ble utelukket fra fritidsfellesskapet i fengselet og fratatt retten til å ha TV på cella i 10 dager, fordi han nektet å etterkomme et pålegg om å avlegge urinprøve. Det ble ikke tatt hensyn til hans påstand om at han i en tidligere ombudsmannssak hadde fått et generelt fritak fra plikten til å avlegge urinprøve under opphold i fengsel grunnet psykiske problemer. I klagen hit ble det bl.a. stilt spørsmål ved grunnlaget for illegalsen av reaksjonen.

Det ble presisert overfor klageren at ombudsmannen ikke har myndighet til å gi noe generelt fritak fra å avlegge urinprøve i fengsel, og at det var vanskelig å se at tidligere uttalelser kunne oppfattes slik at dette var gjort. Ombudsmannen fant ikke grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot reaksjonsvedtaket, men presiserte at kriminalomsorgen har plikt til å foreta en konkret vurdering av om den innsatte kan sies å ha tilstrekkelig grunn til å nekte å avgi urinprøve. Plikten skjerpes dersom psykiske problemer anføres som grunnlag for nektelsen. Ombudsmannen uttalte også at innsatte som anfører personlige forhold eller psykiske problemer som

grunnlag for en slik nektelse, må få informasjon om at slike forhold vil kunne få betydning for reaksjonsfastsettelsen dersom de dokumenteres, enten på forhånd eller i rimelig tid etter at nektelsen har funnet sted. Regionalt nivå i kriminalomsorgen ble bedt om å følge opp synspunktene i uttalelsen overfor fengslene i regionen, både når det gjaldt plikten til å foreta en konkret vurdering av grunnlaget for urinprøve- nektelse og med hensyn til informasjonsansvaret overfor de innsatte. Regionen oversendte senere kopi av et brev til enhetene i regionen, der de ble bedt om å studere og innrette seg etter uttalelsen og bekrefte at særskilt fremhevede punkter var fulgt opp.

A ble avkrevd urinprøve mens han var innsatt i X fengsel. Han nektet å avlegge prøven under henvisning til at han i en tidligere ombudsmannssak skulle ha fått fritak fra plikten til å avlegge urinprøve i fengsel på grunn av psykiske problemer.

Fengselet traff vedtak om å utelukke A fra fritidsfellesskapet i 10 dager og frata ham retten til å ha TV på cella i samme periode, jf. straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 40 første ledd og annet ledd bokstav c og d. Begrunnelsen var at han ifølge fengselet hadde nektet å avgi urinprøve på den foreskrevne måten, og at fengselet «ikke festet lit til» påstanden om at han hadde fritak fra å avgi slike prøver.

Vedtaket ble påklaget til regionalt nivå i kriminalomsorgen, som opprettholdt fengselets avgjørelse. Regionen uttalte bl.a. følgende:

«Vi har i avgjørelsen vektlagt at innsatte ikke har etterkommet pålegg fra tjenestemenn om å avlegge urinprøve. Han ble gjort oppmerksom på hvilke følger dette ville få.

Vi kan ikke se at det i saken foreligger dokumentasjon fra innsatte om at Sivilombudsmannen i 2001 har besluttet at han skal fritas fra å avlegge urinprøver.»

Regionen hadde for øvrig ikke noe å bemerke til den begrunnelsen som var gitt fra fengselets side.

I klagen hit opplyste A at han opplever det som svært vanskelig og ydmykende å avgi urinprøve, og han redegjorde kort for bakgrunnen for dette. Han stilte også spørsmål ved fengselets og regionens bruk av bestemmelsene om «ro, orden og disiplin» i straffegjennomføringsloven § 40, og spurte om han «virkelig bryter fengselsloven med å være syk».

I brev herfra ble A informert om at selv om ombudsmannen i en tidligere sak (sak 2001/678) hadde kommet med enkelte kritiske merknader til et tilfelle der han var blitt avkrevd urinprøve etter en permisjon, var det vanskelig å se at denne eller senere saker har vært egnet til å gi inntrykk av at ombudsmannen har gitt ham et generelt fritak fra å avlegge urinprøver i fengsel. Det ble også vist til at ombudsmannen ikke har myndighet til å bestemme dette.

I brev herfra samme dag ble regionen bedt om å redegjøre for sitt syn på kriminalomsorgens adgang, og eventuelt plikt, til å foreta en konkret vurdering av ubehaget knyttet til urinprøvetaking. Det ble spurt om regionen anser det som utelukket ved urinprøvetaking å ta hensyn til særskilte personlige forhold som gjør seg gjeldende hos den innsatte, og som kan tilsis en annen vurdering av ubehag m.v. enn det som generelt er tilfellet i forhold til andre innsatte. Regionen ble også bedt om å opplyse hvilke vurderinger som eventuelt ble foretatt i forbindelse med pålegget om at A skulle avgi urinprøve. Det ble videre stilt spørsmål om bakgrunnen for at verken fengselet eller regionen syntes å ha foretatt nærmere undersøkelser på bakgrunn av As anførsler om at han var «fritatt» fra å avlegge urinprøve, og at han hadde psykologisk/ medisinsk grunnlag for sin nektelse. Endelig ble det stilt spørsmål om Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings retningslinjer til straffegjennomføringsloven m.v. punkt 3.43, der det blant annet fremgår at «[d]ersom handlingen antas å være utløst av åpenbare og alvorlige psykiske problemer skal det utvises varsomhet før reaksjon på brudd ilegges», kunne ha noen betydning i denne saken.

På spørsmålet om kriminalomsorgen plikter å foreta en konkret vurdering av om urinprøvetaking medfører «særlig ubehag», svarte regionen følgende:

«Innsatte kan velge å avgi prøven i enerom eller under tilsyn. Denne valgmuligheten gir innsatte muligheten til å vurdere ubehaget. Av den grunn vil det normalt heller ikke foreligge grunnlag for å hensynta særskilte personlige forhold som innsatte ikke kan dokumentere.»

I lys av As anførsler om at han var fritatt fra å avgi urinprøve, vedgikk regionen at det kunne reises tvil om saken var tilstrekkelig opplyst på det tidspunktet fengselet fattet sitt vedtak. Det ble imidlertid påpekt at det fremgikk av fengselets redegjørelse at A, som et ledd i behandlingen av hans klage på vedtaket, «fikk rikelig med tid for å fremskaffe nødvendig dokumentasjon» på dette. Fengselet opplyste også at det ble tatt kontakt med fengselet der A tidligere hadde sonet, og at han selv ble bedt om å kontakte helseavdelingen ved X fengsel.

Regionen påpekte videre at det ikke forelå dokumentasjon eller opplysninger i saken som tilsa at As nektelse av å avgi urinprøve var et utslag av åpenbare og alvorlige psykiske problemer. Etter dette kunne regionen «ikke se at det er grunnlag for å klandre verken fengselet eller regionalt nivå for måten saken ble behandlet på».

Det ble også opplyst at fengselet ville vurdere om den ilagte reaksjonen skulle omgjøres, fordi det hadde gått så lang tid fra vedtaksdato uten at reaksjonen var iverksatt.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 29 første ledd bestemmer at kriminalomsorgen kan pålegge innsatte «å avgi urinprøve, utåndingsprøve eller blodprøve eller å medvirke til andre undersøkelser som kan skje uten fare eller særlig ubehag» for å avdekke bruk av rusmidler m.v. Etter straffegjennomføringsloven § 40 første ledd kan den innsatte ilegges reaksjon ved forsettlig eller uaktsomt brudd på reglene for ro, orden og disiplin m.v. Det er herfra lagt til grunn at manglende etterlevelse av lovlig fastsatt pålegg om å avgi urinprøve vil kunne gi grunnlag for ileggelse av reaksjon.

Nærmere regler om avgivelse av urinprøve er gitt i forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 § 3-26 og Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings retningslinjer til loven og forskriften punkt 3.32. Det følger av forskriften § 3-26 første ledd at gjennomføringen av urinprøvekontrollen enten skal skje under tilsyn, eller uten tilsyn i «nakent» rom dersom den innsatte på forhånd har tatt av seg alt tøy. Av retningslinjene punkt 3.32 fremgår det videre at urinprøvetaking forutsettes å medføre et visst ubehag for den innsatte, men at den ikke må medføre «fare eller særlig ubehag». Det presiseres at det med «særlig ubehag» menes «smerte utover det som er vanlig ved blodprøve eller krenkelse av bluferdighet utover det som urinprøvetaking vanligvis medfører».

A har også tidligere klaget hit over ileggelse av reaksjon som følge av nektelse av å avlegge urinprøve, se sak 2001/678 som er omtalt i årsmeldingen for 2001 s. 176-178. I mitt avsluttende brev konkluderte jeg med at det var uklart om det var grunnlag for å ilegge A en reaksjon i det aktuelle tilfellet. Etter en fornyet vurdering fastholdt imidlertid fengselsmyndighetene sitt standpunkt, og jeg fant å kunne la saken bero med den utfyllende forklaringen som var gitt. Om vurderingen av om urinprøvetaking medførte «særlig ubehag» uttalte jeg bl.a.:

«Det fremgår at A samtykket i at urinprøve ble satt som vilkår for permisjon. En slik avtale er med på å ansvarliggjøre den innsatte, og må også kunne sees som en indikasjon på at den innsatte ikke opplever en slik prøve som et uforholdsmessig inngrep. Etter min mening må det imidlertid i tillegg kreves at fengselsmyndighetene i det enkelte tilfelle foretar en konkret vurdering av om den innsatte ved tilbakekomst fra permisjon kan sies å ha tilstrekkelig grunn til å nekte urinprøve fordi det ville medføre særlig ubehag e.l. Det er noe uklart for meg om As problemer knyttet til urinprøven i tilstrekkelig grad ble vurdert da han kom tilbake fra permisjon, selv om det fremgår at fengselet, og senere regionen, var vel kjent med As situasjon.»

Fengselets redegjørelse til regionen i den foreliggende saken kan tyde på at det er lagt til grunn at

urinprøvetaking ikke vil medføre «særlig ubehag» så lenge den innsatte får velge mellom de to beskrevne måtene å avlegge prøven på. Regionen synes derimot å åpne for å ta hensyn til særskilte personlige forhold dersom innsatte kan dokumentere slike forhold. Jeg finner grunn til å understreke at fengselet i det enkelte tilfelle må foreta en konkret vurdering av om den innsatte kan sies å ha tilstrekkelig grunn til å nekte urinprøve fordi det ville medføre «særlig ubehag», og at dette må gjelde uavhengig av at innsatte får velge mellom de to måtene å avlegge urinprøven på. Denne plikten skjerpes dersom psykiske problemer anføres som grunnlaget for urinprøvenekten, jf. retningslinjene punkt 3.43 der det i forhold til spørsmålet om etterfølgende reaksjon blant annet fremgår at «[d]ersom handlingen antas å være utløst av åpenbare og alvorlige psykiske problemer, skal det utvises varsomhet før reaksjon på brudd ilegges».

Regionen har henvist til at det normalt ikke vil være grunn til å ta hensyn til udokumenterte personlige forhold i vurderingen av om urinprøve kan avkreves, og at det i dette tilfellet ikke forelå dokumentasjon på at As nektelse av å avgi urinprøve var et utslag av åpenbare og alvorlige psykiske problemer. I slike tilfelle er det viktig at innsatte som anfører personlige forhold eller psykiske problemer som grunnlag for urinprøvenekt, blir opplyst om at reaksjon eventuelt ikke vil bli ilagt dersom de i ettertid kan dokumentere slike personlige forhold. Innsatte må også få tilstrekkelig tid og mulighet til å fremskaffe slik dokumentasjon. I dette tilfellet gikk det bare tre dager fra urinprøvenekten til fengselet fattet vedtak om reaksjon. Fengselet burde her ha ventet med å fatte vedtak til A hadde fått rimelig tid og mulighet til å fremskaffe nødvendig dokumentasjon.

Fengselets redegjørelse til regionen og regionens svarbrev hit tyder på at A, i forbindelse med behandlingen av klagen på reaksjonsileggelsen, fikk tid og mulighet til å fremskaffe dokumentasjon for sine anførsler. Fengselet tok også skritt for å undersøke anførselene om at han hadde vært fritatt for urinprøvetaking i Y fengsel. Ettersom det i hovedsak var tale om å dokumentere helsemessige forhold, synes det ikke unaturlig at A, bl.a. ut fra hensynet til taushetsplikt, ble bedt om å fremskaffe den aktuelle dokumentasjonen. Tilbakemeldingene til A om å fremskaffe dokumentasjonen synes i all hovedsak å ha blitt gitt muntlig. Av hensyn til notoriteten og ordenen burde dette ha vært gjort skriftlig, og det burde ha vært fastsatt en konkret frist for tilbakemelding. Det er herfra notert at A ikke fremla den etterspurte dokumentasjonen i klagegangen, og at han heller ikke har gjort dette i ettertid. Det er vanskelig å se at kriminalomsorgen i denne situasjonen skulle ha gjort noe ytterligere for å innhente mer informasjon, og det må legges til grunn

at saken var tilstrekkelig opplyst da regionen fattet sitt klagevedtak.

Slik saken er opplyst, har jeg etter dette ikke funnet grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot reaksjonsvedtaket. X fengsel har i telefonsamtale med mitt kontor opplyst at vedtaket i ettertid er blitt omgjort og at reaksjonen dermed aldri ble iverksatt.

Jeg ber Kriminalomsorgen region ... presisere overfor fengslene i regionen plikten til å foreta en konkret vurdering av om den innsatte kan sies å ha tilstrekkelig grunn til å nekte urinprøve fordi det ville medføre «særlig ubehag». Videre ber jeg regionen sørge for at fengslene, ved urinprøvetaking, gir innsatte som anfører personlige forhold eller psykiske problemer som grunnlag for urinprøvenekt, informasjon om at slike forhold vil kunne få betydning for reaksjonsfastsettelsen dersom de dokumenteres, enten på forhånd eller i rimelig tid etter at nektelsen har funnet sted. Jeg ber om å bli holdt orientert om regionens videre oppfølging av dette.»

Regionen oversendte senere kopi av et brev til enhetene i regionen, der de ble bedt om å studere og innrette seg etter uttalelsen, med særlig vekt på følgende punkter:

«1) I forbindelse med pålegg om urinprøver m.v. skal det alltid foretas en konkret vurdering av om den innsatte kan sies å ha tilstrekkelig grunn til å nekte urinprøve fordi dette ville medføre 'særlig ubehag', jf. straffegjennomføringsloven § 29.

Det må alltid vurderes om det foreligger særskilte personlige forhold som gjør seg gjeldende hos den innsatte, og som kan tilsi en annen vurdering av ubehag mv. enn det som generelt er tilfelle i forhold til andre innsatte.

2) Det må innarbeides rutinebeskrivelser om at innsatte som anfører personlige forhold eller psykiske problemer som grunnlag for urinprøvenekt, skal gis informasjon om at slike forhold vil kunne få betydning for reaksjonsfastsettelsen dersom de dokumenteres.

Det presiseres i denne sammenheng at innsatte må gis rimelig tid til å fremskaffe nødvendig dokumentasjon før det treffes vedtak om reaksjon.»

Enhetene i regionen ble bedt om å bekrefte at de ovennevnte forholdene var fulgt opp.

55.

Glassvegg som kontrolltiltak ved besøk i fengsel fra utenlandske statsborgere

(Sak 2007/447)

En varetektsinnsatt utlending ble innvilget besøk fra sin mor og samboer. Kriminalomsorgen fattet samtidig vedtak om at det skulle benyttes glassvegg som kontrolltiltak. Vedtaket var blant annet begrunnet med at de besøkende var utenlandske statsborgere og

at deres vandel ikke lot seg kontrollere. Det var på vedtakstidspunktet ikke gjort undersøkelser for å avklare om vandelen faktisk lot seg kontrollere. I klagen hit ble det anført at vedtaket var i strid med straffegjennomføringsloven og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8.

I lys av diskrimineringsforbudet i EMK og det grunnleggende forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i norsk forvaltningsrett, uttalte ombudsmannen at en forskjellsbehandling av norske og utenlandske besøkende vil mangle saklig begrunnelse dersom det viser seg at det er mulig å kontrollere vedkommendes vandel. Ettersom det ikke var undersøkt om vandelen lot seg kontrollere i dette tilfellet, kunne saken ikke sies å ha vært godt nok opplyst på vedtakstidspunktet. Sett i sammenheng med den manglende vurderingen av om mindre inngripende kontrolltiltak ville være tilstrekkelig for å ivareta kontrollhensynet, knyttet det seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken. Ombudsmannen ba derfor regionen om å vurdere spørsmålet på nytt i den grad klageren fortsatt var underlagt glassvegg som kontrolltiltak ved besøk. Kriminalomsorgens sentrale forvaltning ble i eget brev bedt om å undersøke mulighetene for kontroll av utenlandske statsborgeres vandel og eventuelt etablere rutiner for fengslenes gjennomføring av slik kontroll.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning undersøkte deretter praksis på området og konstaterte at den fremsto som lite ensartet. I brev til alle regionene i kriminalomsorgen ble det på denne bakgrunn gitt en nærmere regulering av fremgangsmåten for kontroll av utenlandske statsborgeres vandel i forbindelse med besøk til norske fengsler.

Regionen opplyste senere at klageren først var blitt overført til et fengsel tilhørende en annen region, og deretter til soning i hjemlandet.

Etter å ha sittet varetektsfengslet i tre måneder i et norsk fengsel, ble A, som er borger av X, innvilget besøk fra sin mor og samboer med glassvegg som kontrolltiltak. Hans advokat påklaget vedtaket og pekte bl.a. på at vedtaket om bruk av glassvegg ikke var begrunnet.

Fengselet opprettholdt sitt vedtak og viste i begrunnelsen til at de «besøkendes vandel ikke lar seg kontrollere» fordi det var tale om utenlandske borgere bosatt i X. Det fremgikk videre at påsyn som kontrolltiltak ikke ble ansett tilstrekkelig.

Advokaten kom med tilleggsmerknader, hvorpå fengselet på nytt opprettholdt beslutningen om glassvegg som kontrolltiltak. I brevet het det bl.a. følgende:

«For å kunne ta stilling til om det er sikkerhetsmessig forsvarlig å tillate besøk uten glassvegg, må en kunne sjekke den besøkendes vandel hos

politiet. Når dette ikke lar seg gjøre, f.eks. dersom den besøkende er utlending som ikke har oppholdt seg i Norge i tilstrekkelig tid til at vandelen kan la seg sjekke hos norsk politi, kan da heller ikke besøk tillates uten kontroll i form av glassvegg.»

Klagen over fengselets vedtak ble avslått av Kriminalomsorgen region sørvest, som ga følgende begrunnelse:

«Det følger av straffegjennomføringsloven § 31 at besøk i fengsel med høy sikkerhet som hovedregel skal kontrolleres. Det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle hvor både forhold på den innsattes side og forhold ved den besøkende har betydning for hvilket kontrolltiltak som anses sikkerhetsmessig forsvarlig. Også narkotikasituasjonen i fengselet vektlegges i denne vurderingen.

Regiondirektøren har ved avgjørelsen lagt vekt på narkotikasituasjonen i fengselet og faren for innsmugling.

Innsatte er varetektsfengslet for bl.a. grov narkotikaforbrytelse. På denne bakgrunn og det forhold at det ikke lar seg gjøre å undersøke vandelen til ... mor og samboer som bor i X finner regiondirektøren at ... vedtaket om glassvegg ved besøk i dette tilfelle opprettholdes.»

På vegne av A ble det klaget hit over regionens vedtak. Det ble anført at kontroll i dette tilfellet var i strid med straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 31 og at valget av glassvegg som kontrolltiltak uansett måtte være i strid med bestemmelsen. Videre ble det anført at vedtaket var i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) 4. november 1950 artikkel 8 første ledd, jf. annet ledd, om retten til privatliv.

Etter en gjennomgang av klagen og sakens dokumenter, ble det besluttet å undersøke saken nærmere. I brev herfra ble Kriminalomsorgen region sørvest bedt om å gi en nærmere beskrivelse av narkotikasituasjonen i fengselet. Regionen ble også bedt om å redegjøre for hvorvidt det foretas en løpende vurdering av narkotikasituasjonen og om eventuelle endringer i denne vil påvirke innsattes mulighet til å bli innvilget besøk uten kontrolltiltak eller med tiltak som er mindre inngripende enn glassvegg. Videre ble regionen bedt om å redegjøre for bakgrunnen for utsegnene om at vandelen til utenlandske statsborgere ikke kan kontrolleres. Det ble stilt spørsmål om dette er tilfellet for utlendinger av alle nasjonaliteter, og eventuelt hvilke undersøkelser som gjøres for å undersøke om vandelen til den aktuelle utlendingen kan kontrolleres. Regionen ble også bedt om å opplyse hva som var gjort for å undersøke de utenlandske besøkendes vandel i dette konkrete tilfellet. Til slutt ble regionen bedt om å redegjøre nærmere for i hvilken grad det var vurdert om andre kontrolltiltak, for eksempel påsyn eller forbud mot kontakt mellom den

innsatte og de besøkende, kunne ha vært tilstrekkelig for å ivareta kontrollhensynet.

I sitt svarbrev opplyste regionen at narkotikasituasjonen «til enhver tid er slik at en i forhold til besøk til innsatte med narkotikalovbrudd i doms- eller varetektsgrunnlag, praktiserer en utvidet aktsomhetssnorm». På bakgrunn av «omfanget av siktelsen» i denne saken, anførte regionen at det «kan foreligge innsmuglingsfare». Om muligheten til å kontrollere vandelen til utenlandske statsborgere og hvilke undersøkelser som ble gjort i dette tilfellet, skrev regionen:

«Måten man kan kontrollere vandelen til utenlandske statsborgere på er å gjøre henvendelse til det stedlige politi, i dette tilfellet X. I dette tilfellet har fengselet av språklige hensyn og fordi anstalten ikke visste hvor og hvordan henvendelsen skulle rettes, ikke gjort nærmere undersøkelser. Imidlertid opplyser fengselet at de nå har henvendt seg til ambassaden i ... for å få klarlagt om den kan være hjelpelig med å fremskaffe slike opplysninger. Regiondirektøren har gjennom henvendelse til norsk politi heller ikke lyktes med å få opplysninger om de besøkendes vandel.»

Regionen opplyste at fengselet ikke hadde vurdert om andre tiltak kunne ha vært tilstrekkelig for å ivareta kontrollhensynet. Det ble vist til at det ikke var gjennomført besøk av samboer og mor og at «man har da heller ikke fått noe inntrykk av disse som har gitt grunnlag for å vurdere andre kontrolltiltak». I forhold til EMK artikkel 8 første ledd, jf. annet ledd, hevdet regionen at «avgjørelsen er i 'samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn' for bl.a. å forebygge kriminalitet». Videre het det bl.a.:

«Når det gjelder forbudet mot diskriminering viser regiondirektøren til at det foretas en konkret vurdering både av alle utenlandske statsborgere og nordmenn. Det avgjørende er hvorvidt det er en innsmuglingsfare, ikke om man er norsk eller utenlandsk statsborger. Her ser man også på hvilke type lovbrudd innsatte er siktet eller dømt for og omfanget av forholdene.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 31 annet ledd at besøk i fengsel med høyt sikkerhetsnivå som utgangspunkt skal kontrolleres, men at «kontroll kan unnlates dersom sikkerhetsmessige grunner ikke taler mot det». Etter § 31 tredje ledd første punktum kan kontroll under besøk blant annet skje «ved påsyn av tilsatt under besøket, ved overhøring av samtale, ved bruk av glassvegg eller ved å forby fysisk kontakt mellom innsatte og den besøkende». Det følger av fjerde punktum at det ikke

skal iverksettes strengere kontrolltiltak enn nødvendig.

Bruk av kontrolltiltak ved besøk er nærmere regulert i Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings retningslinjer til straffegjennomføringsloven m.v. punkt 3.34. Etter retningslinjene kan besøkskontroll i fengsel med høyt sikkerhetsnivå iverksettes «generelt av sikkerhetsmessige grunner, herunder for å forebygge straffbart forhold eller ureglementert atferd, uten konkret begrunnelse i det enkelte tilfellet». Det skal likevel alltid vurderes om det kan gis adgang til ukontrollert besøk fordi sikkerhetsmessige forhold ikke taler mot. Kontroll kan unnlates der det ikke foreligger «grunn til å mistenke innsatte eller den besøkende for mulige ulovligheter» og der «situasjonen i fengselet ikke nødvendiggjør kontroll». I den konkrete vurderingen vektlegges «narkotikasituasjonen i fengslet, fangesammensetningen, foreliggende opplysninger om innsatte og den besøkende, samt opplysningene ellers». Kontrolltiltak må være saklig begrunnet og ikke mer omfattende enn formålet tilsier. Fengselet må begrunne hvorfor et konkret tiltak anses nødvendig.

Bruk av glassvegg kan benyttes «når det anses nødvendig for å hindre fysisk kontakt på grunn av faren for overlevering av gjenstander, herunder beskjeder og narkotika», og særlig «i tilfeller der det foreligger opplysninger som indikerer at det kan skje forsøk på ulovlig innsmugling av gjenstander osv. ved et konkret besøk, eller i tilfeller hvor forholdene i fengselet tilsier at det må være en generell, effektiv og omfattende kontroll for å forhindre for eksempel innsmugling av narkotika».

Det følger av dette at kontrolltiltak som hovedregel skal benyttes ved besøk i fengsel med høyt sikkerhetsnivå, men at kriminalomsorgen har en skjønsmessig adgang til å beslutte å la være «dersom sikkerhetsmessige grunner ikke taler mot det».

«Sikkerhetsmessige grunner» er et vidt begrep som må anses å gi kriminalomsorgen en vid adgang til å anvende kontrolltiltak uten konkret begrunnelse i det enkelte tilfellet, for å forebygge straffbart forhold eller ureglementert atferd m.v., jf. retningslinjene pkt. 3.34. På bakgrunn av dette synes det ikke å være grunnlag for å rette innvendinger mot fengselets vurdering av at narkotikasituasjonen «til enhver tid er slik at en i forhold til besøk til innsatte med narkotikalovbrudd i doms- eller varetektsgrunnlag, praktiserer en utvidet aktsomhetsnorm». Den unntaksadgangen som fremgår av ordlyden tilsier imidlertid at kriminalomsorgen i hvert enkelt tilfelle har plikt til å foreta en konkret vurdering av om sikkerhetsmessige grunner tilsier at kontroll kan unnlates.

Ved valg av kontrolltiltak gjelder strengere krav til vurdering og begrunnelse. Ifølge retningslinjene må kontrolltiltak «være saklig begrunnet og ikke mer

omfattende enn formålet tilsier». Dette tilsier at fengselet ikke kan ta i bruk et strengere kontrolltiltak dersom et mildere tiltak må antas å være tilstrekkelig for å ivareta kontrollhensynet. Fengselet må videre «begrunne hvorfor et konkret tiltak anses nødvendig». Samlet sett medfører dette at kriminalomsorgen har plikt til å vurdere om andre og mindre inngripende tiltak kan være tilstrekkelig for å ivareta kontrollhensynet. Regionen har opplyst at fengselet ikke har vurdert dette, og det fremgår heller ikke eksplisitt av regionens vedtak at dette er vurdert. Dette utgjør en klar mangel ved vedtakene.

Kriminalomsorgen region sørvest har «lagt vekt på narkotikasituasjonen i fengselet og faren for innsmugling», samt at innsatte er varetektsfengslet mistenkt for blant annet grov narkotikaforbrytelse. Videre fremheves det forhold at det ikke lar seg gjøre å undersøke vandelen til hans mor og samboer fordi de bor i X.

EMK artikkel 8 første ledd, jf. annet ledd, beskytter borgerne mot inngrep i retten til respekt for privat- og familieliv «unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn» for blant annet å forebygge kriminalitet. Videre oppstiller EMK artikkel 14 et forbud mot diskriminering blant annet på grunnlag av nasjonal opprinnelse i utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i konvensjonen. Den Europeiske menneskerettsdomstolen har lagt til grunn at forskjellsbehandling vil være diskriminerende dersom den ikke har en saklig og rimelig begrunnelse. Videre kreves det at forskjellsbehandlingen må forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig, jf. avgjørelse 23. juli 1968 i sak mot Belgia vedrørende lovene om språkbruk i belgisk utdanning.

Et forbud mot usaklig forskjellsbehandling er også et ulovfestet prinsipp i norsk forvaltningsrett. Ulik behandling av saker fra forvaltningens side er tillatt når forskjellsbehandlingen fremstår som saklig begrunnet, f.eks. ut fra ulikheter i faktum som er relevante i forhold til den lovbestemmelsen som anvendes. Det er først når forvaltningen ikke kan gi noen saklig grunn til forskjellsbehandlingen, at denne innebærer en overskridelse av forvaltningens myndighet, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett (8. utgave) s. 383.

Det er i seg selv et inngrep i retten til privat- og familieliv å bli satt i fengsel, både for den innsatte og vedkommendes familie. Bruk av kontrolltiltak ved besøk må anses som en ytterligere begrensning i retten til privat- og familieliv under fengselsoppholdet. Jeg har ikke grunnlag for å uttale meg om sikkerhetsmessige grunner i dette tilfellet gjør at glassvegg som kontrolltiltak må anses nødvendig. Det må imidlertid påpekes at vektleggingen av at det ikke lar seg gjøre å undersøke vandelen til de besøkende utgjør en for-

skjellsbehandling av As mor og samboer i forhold til norske statsborgere og utlendinger som har oppholdt seg tilstrekkelig lenge i Norge til at man kan undersøke vandelen deres hos norsk politi. Spørsmålet er om denne forskjellsbehandlingen har en saklig begrunnelse.

Kriminalomsorgen region sørvest har vist til at fengselet av språklige hensyn og fordi anstalten ikke visste hvordan henvendelsen skulle fremsettes og hvor, ikke gjorde nærmere undersøkelser for å avklare om vandelen til de aktuelle personene lot seg kontrollere. Regionen har opplyst at fengselet, etter henvendelsen herfra, henvendte seg til Den norske ambassaden i ... for å få klarlagt om den kan være behjelpelig med å fremskaffe slike opplysninger, uten at dette ga ytterligere avklaring. Regiondirektøren skal heller ikke ha lyktes i å få opplysninger om de besøkendes vandel gjennom henvendelse til norsk politi.

Jeg tar ikke stilling til om en slik forskjellsbehandling som det her er tale om vil være saklig dersom det viser seg å være umulig å få kontrollert utenlandske statsborgeres vandel. Dersom slik vandelskontroll derimot lar seg gjennomføre, må det være klart at denne forskjellsbehandlingen av utenlandske statsborgere mangler saklig begrunnelse og således vil kunne være diskriminerende. Ansvar for å oppklare spørsmålet om hvorvidt og i hvilken grad kontroll av utenlandske statsborgeres vandel lar seg gjennomføre, og eventuelt for å etablere rutiner for slik vandelskontroll, må ligge på overordnet nivå, i dette tilfellet Kriminalomsorgens sentrale forvaltning. Jeg har derfor i brev dit i dag bedt om at mulighetene for vandelskontroll av utenlandske besøkende undersøkes og at det eventuelt etableres rutiner for fengslenes gjennomføring av slik kontroll.

På grunn av de manglende opplysningene om As mor og samboers vandel, har jeg ikke grunnlag for å si om avgjørelsen om å anvende kontrolltiltak i form av glassvegg i dette tilfellet er diskriminerende eller utgjør usaklig forskjellsbehandling. Selv om kriminalomsorgen i ettertid har gjort enkelte undersøkelser for å undersøke mulighetene for vandelskontroll, var det på tidspunktet for regionens vedtak ikke gjort noen undersøkelser av om de aktuelle personenes vandel lot seg kontrollere. Saken kan derfor ikke sies å ha vært «så godt opplyst som mulig», jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17 første ledd første punktum. Sett i sammenheng med at verken fengselet eller regionen synes å ha vurdert om andre og mindre inngripende tiltak kunne ha vært tilstrekkelig for å ivareta kontrollhensynet jf. ovenfor, har jeg kommet til 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 kjenner ikke til om A fremdeles er underlagt glassvegg som kontrolltiltak ved besøk fra sin mor og samboer. Regionen må vurdere spørsmålet på nytt dersom dette er tilfellet. Dersom det fremkommer informasjon fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning som tilsier at vandelen til utenlandske statsborgere kan kontrolleres, må regionen besørge at slik kontroll foretas.

Jeg ber om å bli holdt orientert om regionens videre oppfølging av saken.»

I et brev samme dag til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning skrev ombudsmannen bl.a. følgende:

«Under undersøkelsen av saken har mitt kontor fått opplyst at enkelte fengsler i dag får hjelp av stedlig politi til å kontrollere utenlandske statsborgeres vandel. Det synes imidlertid ikke som det finnes sentrale rutiner eller retningslinjer for om, og eventuelt hvordan, slik vandelskontroll kan gjennomføres. Etter min mening vil en forskjellsbehandling av norske og utenlandske besøkende på grunnlag av manglende mulighet til å kontrollere deres vandel ikke ha saklig begrunnelse, og således kunne være diskriminerende, dersom det viser seg at slik kontroll faktisk er mulig. På denne bakgrunn har jeg funnet grunn til å be KSF om å undersøke kriminalomsorgens mulighet til å kontrollere vandelen til utenlandske statsborgere i deres hjemland. I den grad dette viser seg å være mulig, anmodes KSF om å treffe de nødvendige tiltak med tanke på å gi en nærmere regulering av fengslenes fremgangsmåte i slike saker. Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre oppfølgingen av dette.»

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning fulgte i første omgang opp anmodningen i brev 25. april 2008 til regionene i kriminalomsorgen, der det ble bedt om å få redegjort for de ulike regionenes praksis på området. I nytt brev til regionene 12. november 2008 konstaterte KSF at praksis ved kontroll av utenlandske statsborgeres vandel i deres hjemland fremstod som lite ensartet. På denne bakgrunn fant KSF grunn til å gi en nærmere regulering av fremgangsmåten for slik kontroll. I brevet het det blant annet følgende:

«Kriminalomsorgens sentrale forvaltning anbefaler at utenlandske statsborgere som søker om å få besøke innsatte i norske fengsler anmodes om å medbringe vandelsattest fra hjemlandet. Dette vil i vesentlig grad kunne lette arbeidet med å sjekke den besøkendes vandel, samtidig som det understrekes at KSF ikke finner grunnlag for å oppstille et generelt krav om at slik attest må medbringes for at besøk kan innvilges.

I en del tilfeller vil det enkelte fengsel selv, gjennom direkte kontakt med andre lands politimyndigheter, få kontrollert den besøkendes vandel. Dersom direkte kontakt med andre lands politimyndigheter ikke fremstår som hensiktsmessig, må stedlig politidistrikt kontaktes for van-

delskontroll. Det er viktig at fengselet bringer klarhet i om politiets vandelsjekk kun innebærer norske registre, eller om de også kontakter politimyndighetene i den besøkenes hjemland. Politiet skal alltid anmodes om å foreta vandelskontroll i vedkommendes hjemland, med mindre det synes ubetenkelig å unnlate dette. Det bør avklares i hvilken grad Kripes, eventuelt via Interpol, kan bistå.

Dersom de muligheter som er nevnt over er forsøkt, og det likevel har vist seg umulig å foreta kontroll av den besøkenes vandel, må fengselet vurdere i hvilken grad besøket kan gjennomføres, eventuelt hvilke kontrolltiltak som ansees nødvendige. KSF viser i denne sammenheng til retningslinjer til straffegjennomføringsloven punkt. 3.34 hvor det fremgår at det i forbindelse med innhenting av vandelsopplysninger bør vurderes å innhente faglige vurderinger fra politiet.

Det må foretas en helhetsvurdering hvor den besøkenes relasjon til innsatte tillegges stor vekt. Likeledes er det av betydning om det dreier seg om sporadiske besøk eller besøk av en viss hyppighet. Årsaken til at vandelsattest ikke er medbragt, bør søkes klarlagt. Manglende fremleggelse av vandelsattest vil i noen tilfeller være et moment i vurderingen av om kontrolltiltak er nødvendig.

KSF minner om at det ikke skal iverksettes strengere kontrolltiltak enn nødvendig.»

Det ble videre understreket at det bør fremgå av vedtaket hva som er gjort for å kontrollere vandelen i de tilfellene det ikke lykkes å kontrollere denne.

Ombudsmannen fant etter dette ikke grunn til ytterligere oppfølging overfor Kriminalomsorgens sentrale forvaltning.

Etter at regionen i brev 11. desember 2008 ble minnet om ombudsmannens anmodning om å bli holdt orientert om regionens videre oppfølging av saken, opplyste regionen i brev 13. januar 2009 at klageren først var blitt overført til et fengsel tilhørende en annen region, og deretter til soning i sitt hjemland. Ombudsmannen merket seg at det av regionens brev ikke fremgikk hvordan saken om bruk av glassvegg som kontrolltiltak ved besøk til klageren fra hans mor og samboer hadde vært fulgt opp. Sett på bakgrunn av at klageren var overført til soning i hjemlandet, fant ombudsmannen likevel ikke grunn til å forfølge saken videre.

56.

Påstand om forhåndsdomming i avslag på søknad om permisjon fra fengsel

(Sak 2007/1869)

Under soning i en åpen avdeling ble A siktet for nye straffbare forhold og tilbakeført til soning på høyt sikkerhetsnivå. Klagesaken gjaldt primært Kriminalomsorgen region nord avslag på As senere søknad om velferdspermisjon. Begrunnelsen inneholdt utta-

lelser om de nye straffbare forholdene. A hevdet at uttalelsene var en forhåndsdomming i strid med blant annet uskyldskravet i Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 6 nr. 2.

Ombudsmannen kritiserte regionens formuleringer knyttet til siktelsen. Det samme gjaldt lignende formuleringer i fengselets avslag på søknad om ordinær permisjon. Begrunnelsene var neppe konvensjonsstridige slik forholdene lå an, men de var uansett i strid med god forvaltningsskikk. Det var imidlertid ikke rettslig grunnlag for å kritisere at A ikke fikk innvilget permisjoner.

I klagen og senere korrespondanse med ombudsmannen anførte A blant annet at fengselet og regionen hadde forhåndsdomt ham etter at han ble siktet for nye straffbare forhold. Dette konkretiserte han ved å vise til begrunnelsen for ulike avslag fra kriminalomsorgen, deriblant avslag på flere søknader om permisjoner.

Saksdokumenter ble innhentet og det ble besluttet å undersøke primært begrunnelsen for regionens avslag på As søknad om velferdspermisjon. I avslaget het det:

«Kriminalomsorgen region nord legger i likhet med fengselet betydelig vekt på at innsatte mens han sonet straff på åpen soning på X fengsel, Y avdeling, har begått alvorlige kriminelle handlinger som har ledet til siktelse.»

I brev herfra ble Kriminalomsorgen region nord gjort oppmerksom på As påstand om forhåndsdomming. Det ble også gitt uttrykk for at regionen, i begrunnelsen for avslaget, syntes å konstatere ansvar uten noe forbehold. Ombudsmannen viste videre til et senere avslag fra fengselet på søknad om ordinær permisjon. I avslaget henviste fengselet til siktelsen for de nye straffbare forholdene og uttalte:

«Den kriminelle virksomheten er bedrevet fra den åpne soningen ved Y i perioden november 2006 til februar 2007. ...

- - -

De handlingene som danner grunnlag for de nye forholdene begikk du mens du sonet ved avdeling Y. Gjennom dine handlinger misbrukte du den tilliten og muligheten du ble gitt når du fikk sone ved åpen avdeling, samtidig som du viste en manglende evne eller vilje til å bryte med en kriminell livsførsel.»

Det ble spurt om regionen ville foreta seg noe overfor fengselet dersom formuleringene ble ansett som uheldige.

I svarbrevet fremhevet regionen at kriminalomsorgen må legge politiets vurdering til grunn, og at det var sannsynlighetsovervekt for at A hadde begått handlingene «jf. kravet om skjellig grunn til mistanke». Regionen hevdet derfor at det var belegg for ord-

lyden i begge sitatene og at uttalelsene klart var «innenfor loven og det som er relevant ved skjønnsutøvelsen...». Det var «helt åpenbart» og i samsvar med «fast praksis og følger av retningslinjene til straffegjennomføringsloven» at kriminalomsorgen må ta hensyn til nye straffbare forhold ved vurdering av innsattes sonings situasjon.

A hevdet deretter at regionens uttalelser knyttet til de straffbare handlingene var et brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 2 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14. Han anførte at regionens tolkning representerte en «grov krenkelse» og «direkte misbruk av makt». Regionen ble forelagt As brev, men hadde ikke ytterligere merknader.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Kriminalomsorgens vedtak om permisjon

Innsatte kan gis permisjoner etter straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 33 dersom «sikkerhetmessige hensyn ikke taler mot det». Det kreves at «særlige og vektige grunner taler for det» eller at permisjon «anses formålstjenlig for den videre gjennomføring av straffen». Nærmere bestemmelser er gitt i straffegjennomføringsforskriften og i retningslinjer.

I regionens avslag på velferdspermisjon 27. juni 2007 legges det betydelig vekt på at domfelte handlinger er en «klar indikasjon på at gjentakelsesfaren er klar og påtagelig» og at det må antas å være «overveiende sannsynlig» at domfelte vil kunne begå nye straffbare handlinger ved en permisjon. Søknaden var begrunnet i et vanskelig forhold mellom innsatte (domfelte) og hans samboer. I avslag 27. september 2007 på søknad om ordinær permisjon vurderer X fengsel det som «påregnelig og overveiende sannsynlig» at A kan begå nye straffbare handlinger under permisjon. Videre mener fengselet det er grunn til å anta at det foreligger unndragelsesfare. Bakgrunnen for disse vurderingene er særlig siktelsen for nye straffbare forhold og at A soner dommer for alvorlig kriminalitet. Hans behov for kontakt med sine barn anses ivaretatt på annen måte.

I vedtakene foretar fengselet og regionen en sviktfarevurdering, der siktelsen spiller en sentral rolle. Det kan vanskelig rettes avgjørende rettslige innvendinger mot dette, slik forholdene ligger an.

Regionen henviser i sitt svarbrev til at «det er helt åpenbart at Kriminalomsorgen ved vurdering av soningen til en innsatt må ta hensyn til nye straffbare forhold, selv om disse ikke er kommet til endelig avgjørelse i domstolene». Jeg er enig i at det i en vurdering av sikkerhetsmessig forsvarlighet må legges vekt på at innsatte er mistenkt, siktet eller tiltalt for nye straffbare forhold. Dette fremgår av straffegjennomføringsloven § 33 tredje ledd. Det skal «ut fra

den kjennskap kriminalomsorgen har til innsatte og innsattes atferd under gjennomføringen, særlig legges vekt på om det er grunn til å anta at innsatte vil begå ny straffbar handling, unndra seg gjennomføringen eller bryte forutsetninger og permisjonsvilkår...». Dette innebærer imidlertid ikke at kriminalomsorgen kan formulere sine vedtak som om spørsmålet om straffeskyld er avklart og avgjort.

Slik saken ligger an, og med de begrunnelser som A har gitt for sine søknader, kan avslagene vanskelig kritiseres herfra på rettslig grunnlag.

2. Begrunnelsen for avslag

Det sentrale spørsmålet i denne saken er om fengslets og regionens formuleringer i sine avslag kan sees som en forhåndsdomming av A og slik sett utgjøre en urett mot ham, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 3. A har anført at formuleringene i de ovennevnte vedtakene utgjør brudd på bestemmelsene i Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 (EMK) artikkel 6 nr. 2 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966 (SP) artikkel 14. Begge bestemmelsene knesetter prinsippet om at enhver skal anses uskyldig inntil skyld er bevist. Dette uskyldskravet, også kalt uskyldspresumsjonen, er et grunnleggende rettsstatsprinsipp og utgjør et grunnprinsipp i norsk straffeprosess. Konvensjonsbestemmelsene gjelder som norsk lov etter menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 § 2. Bestemmelsene har også forrang foran andre lovbestemmelser ved motstrid, jf. loven § 3.

Jeg nøyer meg med å drøfte forholdet til EMK artikkel 6 nr. 2, som det er mest rettspraksis knyttet til. I norsk oversettelse lyder bestemmelsen:

«Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.»

Regelen innebærer at ingen kan bli ansett som skyldig på annen måte enn ved fellende dom avsagt i samsvar med loven etter en rettfærdig rettergang (se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 1995, s. 355 flg.). Uskyldskravet er et utslag av kravet til rettfærdig rettergang i art. 6 nr. 1, og kjerneområdet er derfor straffeprosessen. Etter praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har imidlertid prinsippet anvendelse utover selve rettergangen, både før dom er avsagt og etter at dom er falt. Uskyldskravet inneholder også et forbud mot å *konstatere* skyld før det foreligger fellende dom og å *behandle* den mistenkte eller siktede som skyldig før dette tidspunktet (Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, 2003, s. 29 flg.). EMD har i flere rettsavgjørelser uttrykt dette tydelig, for eksempel i *Bøhmer v. Germany* (Application nr. 37568/97):

«54. The presumption of innocence will be violated if a judicial decision or a statement by a public official concerning a person charged with a criminal offence reflects an opinion that he is guilty before he has been proved guilty according to law.»

Aall uttrykker det slik på s. 357 i sin bok:

«Begrunnelsen i rettslige eller administrative vedtak, for eksempel for innstilling eller en henleggelse av saken, eller uttalelser forut for eller uten dom, kan derfor krenke artikkel 6.2 om ikke de nødvendige forbehold tas.»

Ikke bare domstolene, men også andre offentlige myndigheter omfattes av regelen, se bl.a. Møse, *Menneskerettigheter*, 2002, s. 370.

Kriminalomsorgen er altså forpliktet etter uskyldskravet, selv om dette ikke følger av straffegjennomføringsloven. I retningslinjer fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002 pkt. 1.7 heter det imidlertid: «Ved all behandling av innsatte skal det tas hensyn til norsk lovgivning og til internasjonale lover og konvensjoner som Norge er forpliktet til å følge, se lov av 21. mai 1999 nr. 30 (mennekerettsloven) med vedlegg.»

Kriminalomsorgen kan avslå søknader om permisjoner m.v. når det foreligger mistanke om eller siktelse for nye straffbare forhold, uten at dette strider mot uskyldspresumsjonen. Forutsetningen er at det i slike avgjørelser ikke blir konstatert straffeskyld i en sak som ennå ikke er rettskraftig avgjort. Regionen og fengselet har her uttalt at innsatte «har begått alvorlige kriminelle handlinger som har ledet til siktelse» og «handlingene ... begikk du mens du sonet ved avdeling Y». Dette fremstår som en skyldkonstatering, uten noen forbehold, og uten at det foreligger tilståelse. Verken i regionens eller i fengselets vedtak foretas det reservasjoner av noe slag. I fengselets vedtak blir det også vist til følger av handlingene: «Gjennom dine handlinger misbrukte du den tilliten og muligheten du ble gitt når du fikk sone ved åpen avdeling, samtidig som du viste en manglende evne eller vilje til å bryte med en kriminell livsførsel.» Det er derfor god grunn til å vurdere formuleringene opp imot uskyldskravet i EMK art. 6 nr. 2.

Vedtakene, som er unntatt offentlighet, er etter det jeg kjenner til formidlet kun til A og var derfor i utgangspunktet ikke kjent for andre enn ham selv og kriminalomsorgen. Koblingen til en fremtidig rettergang er svak og det er tvilsomt om begrunnelsen for avslagene innebærer en krenkelse av konvensjonsbestemmelsen. Hadde utsagnene blitt fremført i det offentlige rom eller til en videre krets, kunne konklusjonen lett ha blitt konvensjonsbrudd. Jeg viser for øvrig til artikkelen «Uskyldspresumsjonen og uttalelser om straffeskyld før skyldspørsmålet er avgjort» i *Tidsskrift for strafferett* nr. 4 2006. Jorun I. Pedersen

fremhever der at en skyldkonstaterende uttalelse «som kun når et fåtall personer, har et mindre potensial til å påvirke utfallet av en senere straffesak» (s. 283). Dessuten gjør belastningshensyn og hensynet til omdømmet, som også vernes av konvensjonsbestemmelsen, seg ikke gjeldende i så stor grad der nedslagsfeltet er begrenset.

Uavhengig av rekkevidden til EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2, er formuleringene i vedtakene et klart brudd på god forvaltningsskikk og må unngås. Begrunnelsene i avslagene fremstår nemlig som en forhåndsdømming, slik A har fremhevet.

Regionen bes merke seg mine synspunkter og rette seg etter dem i fremtiden. Jeg forutsetter at regionen i nødvendig grad orienterer underordnede enheter, og i alle fall X fengsel.»

57.

Undersøkelse av forholdene i Vadsø fengsel

(2007/1089)

I etterkant av ombudsmannens besøk i Vadsø fengsel 27. september 2007, ble Kriminalomsorgen region nord bedt om å besvare en rekke spørsmål. Disse var knyttet til fengselets bruk av dobbeltceller generelt sett og særlig bruk av en dobbeltcelle uten toalett, bruken av åpne telefonbokser, mulighetene for fysisk aktivitet ved de lukkede avdelingene og bemannings-situasjonen.

Ombudsmannen var kritisk til de materielle forholdene i fengselet, særlig fengselets bruk av dobbeltcellen uten andre toalettfasiliteter enn en dobøtte. Regionen var ikke kjent med denne cellen fra før og tok straks affære. Ombudsmannen uttalte at verken tilsynsordningen eller interne rapporteringsrutiner innen kriminalomsorgen hadde vært gode nok og oppfordret Kriminalomsorgens sentrale forvaltning til å se nærmere på eventuelle tiltak på disse områdene.

Mangelfullt renhold, slik det var beskrevet i en tilsynsrapport fra kommunen etter forskrift om miljørettet helsevern, indikerte vedvarende bemanningsproblemer og utilstrekkelig styring over tid. Ombudsmannen understreket at lav bemanning, høyt sykefravær og stor bruk av ufaglærte i kombinasjon er særlig problematisk. Videre hadde ombudsmannen merknader til bruken av telefonbokser for de innsatte og til muligheten for fysisk aktivitet ved de lukkede avdelingene.

Ombudsmannen besøkte Vadsø fengsel, som er Finnmarks eneste fengsel, 27. september 2007. Besøket omfattet en samtale med en representant for fengselet, omvisning ved de ulike avdelingene og enkelte fellesrom og samtaler med to innsatte. Kriminalomsorgen region nord ble deretter stilt en rekke spør-

mål knyttet til fengselets bruk av dobbeltceller, plassering og utforming av telefonbokser til bruk for innsatte, mulighetene for fysisk aktivitet på de lukkede avdelingene og bemanningssituasjonen.

I brev 23. november 2007 svarte regionen på flere av spørsmålene etter å ha innhentet en redegjørelse fra fengselet. Dette gjaldt bruken av en bestemt dobbeltcelle uten toalett og plassering og utforming av telefonbokser (pkt. 2 og 3 nedenfor). Videre redegjorde regionen for bemanningen, herunder bruken av pliktårsbetjenter (pkt. 5). Regionen opplyste blant annet at det hadde vært vanskelig å få kvalifiserte søkere til stillinger som fengselsbetjent i fengselet. Spørsmål knyttet til bruken av dobbeltceller og muligheten for fysisk aktivitet på de lukkede avdelingene ble tatt opp på nytt i brev herfra og deretter besvart mer utfyllende av regionen, se pkt. 1 og 4 nedenfor.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Bruk av dobbeltceller.

Vadsø fengsel har dobbeltceller både på de lukkede og den åpne avdelingen. Fengselet har opplyst at sittetiden på de lukkede avdelingene sjelden overstiger 2-3 uker. Lengre sittetid kan forekomme etter innsattes eget ønske. Det føres imidlertid ikke statistikk over dette. Ved den åpne avdelingen «må de innsatte påregne å sitte på dobbeltcelle over noe lenger tid».

Jeg har ved flere anledninger undersøkt forholdene i flermannsceller generelt, og særlig forholdene på dublerter celler. I ombudsmannssak 2006/105, inntatt i årsmeldingen for 2007 på side 207 flg., har jeg gjennomgått relevante nasjonale og internasjonale rettskilder på dette området og fremhevet blant annet helsemessige forhold, hensynet til sikkerheten for innsatte og tilsatte, muligheten for uheldig påvirkning mellom innsatte og hensynet til innsattes privatliv. Bruk av dobbeltceller var et naturlig tema også under besøket i Vadsø fengsel.

Så vidt jeg forstår er alle dobbeltcellene i Vadsø fengsel beregnet for to innsatte, slik at trangbodddet ikke er noe aktuelt tema. Likevel vil jeg minne om at ordinære dobbeltceller også kan gi helsemessige og sikkerhetsmessige utfordringer, både for innsatte og for tilsatte. Det er videre en fare for at innsatte på slike celler kan påvirke hverandre negativt for eksempel ved bruk av ulovlige rusmidler eller medisiner. Under besøket ble jeg orientert om at deling av medisiner var utbredt blant innsatte. Jeg antar at risikoen for slik atferd kan øke ved deling av celle. Uønsket bruk av dobbeltceller vil også frata de innsatte privatliv. Det er derfor viktig å være bevisst de uheldige sidene ved slik deling av celler og å ta de nødvendige forholdsregler.

Etter å ha forelagt saken for Vadsø fengsel, har regionen opplyst at fengselet tar hensyn til innsattes ønsker når det gjelder plassering på dobbeltceller.

Det tas også hensyn til fangesammensetningen, slik at alder, kriminalitetskategori og språk/nasjonalitet vurderes. Innsatte på dobbeltceller blir prioritert for overføring til enkeltcelle når man får ledige rom.

Redegjørelsen gir ikke grunn til noe herfra.

2. Toalettforholdene på dobbeltcellene.

2.1 Jeg ble gjort oppmerksom på at Vadsø kommune hadde gjennomført et tilsynsbesøk i fengselet etter forskrift om miljørettet helsevern 25. april 2003 nr. 486, med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66. Tilsynet ble avsluttet med en omfattende rapport 9. oktober 2007, kort tid etter mitt besøk. Kommunen påpekte en rekke uheldige forhold i fengselet, blant annet at toalettet i en bestemt dobbeltcelle bare hadde en enkel skillevegg med åpning over og under veggen. Det ble ansett «kritikkverdige at toalettene ... ikke har tette skillevegger, både med tanke på støy, lukt og privatliv» (s. 8). På spørsmål herfra refererte regionen fengselets svar om at slike utette skillevegger var i bruk i to dobbeltceller. Det ble opplyst at regionen hadde pålagt fengselet å utbedre forholdene, og fengselets verksted skulle «bytte ut skilleveggene rundt toalettene med en delvis lydisolert vegg». De andre dobbeltcellene ble opplyst å ha tilfredsstillende toalettforhold.

Det er positivt at forholdene nå blir utbedret, etter et betimelig initiativ fra kommunelegen. Slik toalettforholdene er beskrevet, er de lite tilfredsstillende. Jeg inspiserte ikke selv de to cellene, men bygger her på kommunelegens beskrivelse. Ettersom fasilitetene tilsynelatende enkelt kan utbedres ved bruk av fengselets egne ressurser, er det noe overraskende at dette ikke vært gjort på et tidligere tidspunkt.

2.2 Under besøket inspiserte jeg imidlertid en dobbeltcelle uten andre toalettfasiliteter enn en dobbøtte. Cellen var ikke innrettet med et avlukke, forheng eller lignende som visuell skjerming. Representanten for fengselet opplyste at innsatte på denne cellen måtte bruke bøtte i tiden mellom innlåsing om kvelden og utlåsing om morgenen. Det ble ikke vurdert som sikkerhetsmessig forsvarlig ut fra bemanningssituasjonen å låse ut innsatte i denne perioden slik at toaletter kunne brukes. Både fengselet og regionen har understreket at denne cellen er den siste som blir fylt opp.

På nærmere spørsmål herfra omkring denne cellen opplyste Kriminalomsorgen region nord:

«Vi har ikke tidligere vært kjent med at den nevnte cellen ikke har toalett. Selv om Vadsø fengsel opplyser at man så langt det er mulig unngår å sette inn to innsatte på denne cellen, er det klart at denne cellen ikke kan brukes som dobbeltcelle. Vi vil i første omgang gå i en dialog med Vadsø fengsel om mulighetene for å sette denne cellen i tilfredsstillende stand. Dersom dette ikke er praktisk mulig, vil vi forelegge saken for Kriminal-

omsorgens sentrale forvaltning [KSF], og anmode om at den ene soningsplassen som cellen gir blir tatt ut av tallet. Vadsø fengsel har fått instruks om at innsatte på cellen må låses ut for toalettbesøk inntil vi får en avklaring. Det sikkerhetsmessige aspektet finner vi kan ivaretas ved at fengslet viser skjønn ved utvelgelsen av de innsatte som blir satt på denne cellen. Alternativt må fengselet inntil videre unnlate å sette inn to fanger på denne cellen.»

I senere brev opplyste regionen at det vil «bli fremmet forslag overfor KSF om at denne cellen omgjøres til enkeltcelle. Inntil videre unnlates det å ta i bruk begge plassene på denne cellen». Det ble i brevet blant annet vist til sentrale myndigheters generelle krav om et belegg på 94 %. Ifølge regionen skal det ikke være gitt noe fritak fra dette for anstalter med dobbeltceller eller med få soningsplasser.

Jeg er tilfreds med at regionen reagerte raskt da den først ble kjent med ordningen på dobbeltcellen og at ordningen med dobøtte som eneste mulighet for avtrede etter innlåsing om kvelden har opphørt. Tilfredsstillende hygieniske forhold og muligheten for i det minste å gjøre sitt fornødne uten påsyn av andre innsatte må sies å være grunnleggende krav til en forsvarlig drift av en institusjon. Det er ikke gitt nærmere regler om sanitære innretninger i straffegjennomføringsloven eller i straffegjennomføringsforskriften. Sanitærforholdene på den aktuelle dobbeltcellen i Vadsø fengsel kan imidlertid ikke sies å være forenlig med lovens formål om at straffen skal gjennomføres på en måte som blant annet «sikrer de innsatte tilfredsstillende forhold», jf. straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 2. De er heller ikke i tråd med de europeiske fengselsreglene, som ble revidert av Europarådets ministerkomité 11. januar 2006. I pkt. 19.3 heter det i norsk oversettelse at innsatte «skal ha lett tilgang til sanitæranlegg som er hygieniske og i pakt med retten til privatliv».

Bruk av dobøtte på cellen er uttrykkelig vurdert av the European Committee for the Prevention of Torture or Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – Europarådets torturforebyggingskomité (CPT). Komiteen skal undersøke statenes behandling av blant annet innsatte i fengsler i lys av artikkel 3 i Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 (EMK). Denne konvensjonen er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30. I rapporten oversendt 28. mars 2006 etter besøket i Norge i oktober 2005 uttaler CPT følgende på s. 31:

«Ready access to proper toilet facilities and the maintenance of good standards of hygiene are essential components of a humane environment. In this connection, the CPT deplors the practice found in certain countries of prisoners discharging human waste into buckets in their cells

(which are subsequently ‘slopped out’ at appointed times).»

Komiteen anbefalte at «immediate steps be taken» for at de (kvinnelige) innsatte ved Trondheim fengsel, som har eneceller, «enjoy unrestricted access to the lavatory at all times, day or night». Lignende uttalelser fremgår på s. 18 i «The CPT standards», som er utdrag av komiteens årsrapporter. Uttalelser og anbefalinger fra CPT er ikke rettslig bindende, men norske myndigheter bør likevel være lydhøre overfor anbefalingene.

Dobøtter på dobbeltceller gir den ekstra belastningen som mangelen på privatliv for svært private gjøremål innebærer. Ved fullt belegg på cellen kan forholdene vurderes opp imot EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatliv. Denne retten gjelder i prinsippet også for innsatte i fengsler, innenfor rammen av frihetsberøvelsen. Jeg tilføyer for ordens skyld at KSF i brev om dublering av celler 24. juli 2006, stilet til direktørene på regionalt nivå innen kriminalomsorgen, uttalte: «Bruk av dobøtter på dubberte celler er ikke akseptabelt.» Jeg kan ikke se at det kan gjøre noen forskjell i denne sammenheng om det er tale om dubberte celler (eneceller som brukes av to) eller ordinære dobbeltceller.

Sett i lys av både alminnelige ulovfestede standarder for forsvarlig drift av institusjoner og de nevnte konvensjonsbestemmelsene, er jeg overrasket over at sanitærinnetningen på dobbeltcellen ikke har vært kjent for regionen. Så vidt jeg forstår har ikke fengselet rapportert om cellen til overordnet nivå. Det er imidlertid opplyst, på spørsmål fra mitt kontor, at det har vært et tema for tilsynsrådet, som har tatt opp forholdene med fengselet. Sanitærforholdene er imidlertid ikke omhandlet i årsmelding for Tilsynsrådet for Kriminalomsorgen region nord i 2005 eller 2006, som jeg har hatt tilgang til. Regionen har opplyst at dette heller ikke har vært omtalt i meldingene for 2003 og 2004. I meldingen for 2005 har tilsynsrådet imidlertid påtalt mangelen på toaletter i Trondheim fengsel og bruken av dobøtter, som den fant «lite tilfredsstillende».

I samme melding etterlyses «mer utfyllende retningslinjer og veiledning for tilsynsrådets arbeid» og det foreslås en konferanse for tilsynsrådene for blant annet erfaringsutveksling. Jeg oppfordrer de sentrale myndigheter til å vurdere tiltak for å ivareta behovet for veiledning av tilsynsrådene. Både tilsynsordningen og interne rapporteringsrutiner har her åpenbart ikke vært gode nok. Jeg understreker også at strenge, sentrale «resultatkrav» i form av gjennomsnittlig belegg ved anstaltene i kriminalomsorgen ikke må hindre forsvarlige løsninger for den enkelte celle og den enkelte innsatte. Hvis dette er tilfellet, må de sentrale myndigheter (Kriminalomsorgens sentrale forvalt-

ning) få klar og tydelig tilbakemelding fra underliggende instanser.

3. Telefonbokser.

De lukkede avdelingene hadde åpne telefonbokser i de relativt små felleslokalene. Jeg tok opp spørsmålet om bruken av disse boksene og innsattes behov for diskresjon og privatliv i forhold til andre innsatte. I svarbrevet uttalte regionen:

«Det bekreftes at telefonboksene på avdelingene i utgangspunktet er de innsattes eneste mulighet til å bruke telefon. Vadsø fengsel bekrefter videre at dette medfører at det er vanskelig for innsatte å ivareta diskresjon og privatliv. Vi vil nå gå i dialog med Vadsø fengsel for å finne en løsning på dette problemet. Vi kan se for oss at en lukket innretning i tre og plexiglass kan gi tilfredsstillende forhold for de som ringer, men kostnader samt sikkerhets- og bygningsmessige forhold må vurderes nærmere av Vadsø fengsel.»

Jeg er tilfreds med at regionen nå vil søke å finne løsninger på problemet gjennom en dialog med fengselet. Inntil en god og varig løsning er funnet, anmoder jeg fengselet om å finne midlertidige ordninger som ivaretar både hensynet til diskresjon og hensynet til sikkerhet (avlyttingsmuligheter).

Jeg forstod fengselets representant under mitt besøk slik at tekniske problemer under avlytting kunne gjøre det vanskelig med god kommunikasjon mellom innsatte og samtalepartneren. Hvis dette er korrekt oppfattet, er det selvsagt uheldig og bør også søkes løst.

4. Mulighetene for fysisk aktivitet på de lukkede avdelingene.

Omvisningen i fengselet inkluderte et lite trimrom i kjelleren, som var utstyrt med treningsapparater. I tillegg observerte jeg sammenslåtte bordtennisbord på små fellesområder og en ergometersykkel med ødelagt sete. Fengselets representant opplyste at trimrommet er åpent for innsatte ved de lukkede avdelingene to dager i uka for hver avdeling. Ifølge kommunelegens tilsynsrapport er treningstiden en time hver gang. Søndager er rommet ikke i bruk av bemanningsmessige grunner. Luftegården syntes å være av tilfredsstillende størrelse. Fengselets representant opplyste for øvrig at det brøytes en gangvei i luftegården når det er snø og at denne gården dermed kan brukes hele året, selv om mulighetene for ballspill m.v. da er begrenset.

Jeg tok opp de innsattes muligheter for fysisk aktivitet i brevet til regionen, etter samtaler med innsatte under besøket. I brevet viste jeg til pkt. 3.19 i KSFs retningslinjer til straffegjennomføringsloven og straffegjennomføringsforskriften. Her heter det:

«De innsatte bør gis anledning til å drive gymnastikk og idrett i fritiden, fortrinnsvis under kyndig veiledning. Unge innsatte bør i særlig grad motiveres og oppmuntres til å drive gymnastikk og idrett, og forholdene bør søkes lagt til rette for egne fysiske aktiviteter.»

På spørsmål om etterlevelsen av denne bestemmelsen i Vadsø fengsel, uttalte regionen at tilbudet var i samsvar med retningslinjene. Regionen viste blant annet til at innsatte fikk utlevert baller til bruk i luftegården, som har ballmål. Skoleavdelingen disponerer trimrommet på dagtid, og de som går på skolen – som gjerne er unge innsatte – trener i skoletiden. Jeg forstår det slik at denne trainingen kommer i tillegg til den avdelingsvise treningstiden. Dessuten har fengselet ifølge regionen besluttet å «kunne utvide treningstiden noe, slik at den enkelte innsatte gis anledning til å benytte treningsrommet i til sammen 1 time mer per uke». Denne utvidelsen av tilbudet skal ha skjedd etter henvendelse fra regionen i etterkant av brevet herfra. Det skal av bemanningsmessige grunner ikke være mulig å tilby hyppigere trening. Fengselet arbeider imidlertid med planer om å bygge en gymnastikksal, men det er foreløpig ikke midler til en slik investering.

Kommunelegen har i sin tilsynsrapport påpekt at fengselet ikke er godt tilrettelagt for fysisk trening, og at dette bør utbedres etter § 10 d i forskrift om miljørettet helsevern (s. 7 i rapporten). På s. 5 står det at mange av de innsatte «sliter med psykiske og fysiske plager som kan forebygges og lindres ved jevnlig fysisk aktivitet». Jeg er enig med kommunelegen i vurderingen av tilretteleggingen for fysisk trening. Trimrommet i kjelleren er lite, uten dagslys og uten mulighet for direkte utlufting. Selv om rommet inneholdt ulike treningsapparater, var det likevel etter mitt skjønn mindre innbydende. Spørsmål herfra om hvordan fengselet søker å motivere og inspirere (unge) innsatte til fysisk aktivitet i tråd med retningslinjene, er i liten grad besvart. Jeg har imidlertid merket meg regionens opplysning om at den har «særlig henstillet fengselet om å fokusere på at unge innsatte motiveres og oppmuntres til å utnytte de mulighetene til trening som faktisk finnes ved fengselet». Videre har jeg merket meg fengselets muntlige opplysninger om kort gjennomsnittlig soningstid for domfelte og regionens påpekning av relativt kort gjennomsnittlig domslengde. Domfelte med lengre dommer blir i stor utstrekning overført til åpen soning eller til andre fengsler. Jeg forstår det slik at dette skyldes de begrensede fasilitetene og tiltakene overfor de innsatte som fengselet rår over.

Bygningsmassen kombinert med bemannings- og budsjettforhold ser i stor grad ut til å begrense fengselets muligheter for å tilrettelegge godt for fysisk aktivitet ved de lukkede avdelingene. Dette er

uheldig, særlig overfor unge innsatte, som retningslinjene særlig ivaretar, og for de innsatte som måtte ha relativt lang varetekts- eller soningstid. Det er, som kommunelegen påpeker, også spesielt uheldig for innsatte med fysiske eller psykiske plager som kan lindres eller forebygges med fysisk aktivitet. Jeg vil derfor oppfordre kriminalomsorgen til å arbeide videre med slik tilrettelegging. For eksempel er det for meg ikke innlysende at treningsrommet nødvendigvis må være stengt hver søndag, hvor behovet for aktivitet og trim kanskje kan være særlig stort. Ergometersykkel på fellesareal med ødelagt sete gir heller ingen god motivasjon for å benytte sykkelen. Jeg viser også til de europeiske fengselsreglene, som i norsk oversettelse fastslår:

«27.1 Hver innsatt skal gis mulighet til minst én times daglig mosjon i friluft når været tillater det.
27.2 Under strenge værforhold skal det sørges for alternative mosjonsmuligheter for de innsatte.»

Jeg antar at værforhold, gjerne kombinert med mørketiden, i perioder kan gjøre det vanskelig eller lite fristende å benytte luftgården til fysisk aktivitet. Bruk av trimrom bare to dager i uka og aldri på søndager vil i slike perioder neppe være i tråd med de europeiske reglene. Selv om disse ikke er rettslig bindende, bør de etter mitt syn være retningsgivende for norsk kriminalomsorg.

5. *Bemanningsrapport.*

Under besøket fikk jeg opplyst at bemanningen ved fengselet er lav og sykefraværet blant de tilsatte svært høyt. Det er dessuten vanskelig å rekruttere faglært personell og fengselet er avhengig av ufaglærte. Disse opplysningene ga grunn til enkelte spørsmål fra min side knyttet til krav til ufaglærte og opplæring.

Regionen har i sitt svarbrev opplyst at det i 2007 ble opprettet to midlertidige stillinger, en i administrasjonen og en førstebetjentstilling, og at det også er opprettet en 2-årig prosjektstilling for å ivareta koordinering av samarbeid mellom offentlige etater i forbindelse med løslatelse. Dessuten er fengselet nå tildelt 5 pliktårsbetjenter for ett år. Bemanningen må imidlertid fortsatt «styrkes med tilførsel av midler til faste stillinger i turnus, og dette er prioritert i forbindelse med utarbeidelsen av neste års budsjett». Rekrutteringsproblemer erkjennes og det opplyses at ufaglærte blir opplært internt i henhold til en opplæringsplan. Selv om utgangspunktet er en opplæringsperiode på to uker før ufaglærte settes inn i selvstendig tjeneste, har det forekommet at vikarer har gjennomgått en kortere opplæring. Fengselet ønsker å forbedre opplæringssystemet.

«Hele institusjonen preges av dårlig bemanning», heter det i kommunelegens tilsynsrapport.

Rapporten tar for seg en rekke mangler som blant annet kan sees i lys av bemanningsforhold. Dette gjelder for eksempel det kommunelegen betegner som «ytterst kritikkverdig» renhold med «overhengende fare for helseskade» og manglende internkontroll på sentrale områder (brannvern, avfallshåndtering, renhold m.v.). Mitt inntrykk fra besøket er også at fengselet selv opplever bemanningen som et problem og en sterkt begrensende faktor på sentrale områder.

Tilsynsrapporten fra kommunen og den informasjonen som jeg nå har fått, gir grunn til uro. De forholdene kommunelegen har avdekket indikerer etter mitt syn vedvarende bemanningsproblemer og utilstrekkelig styring over tid. Forhold som manglende renhold, rutiner og retningslinjer må nå tas alvorlig av fengselet og av overordnet myndighet. Jeg nevner for ordens skyld at forholdene også er i strid med Retningslinjer for hygiene og smittevern i kriminalomsorgen fastsatt av Justis- og politidepartementet i 2001. Mangelfullt renhold er også i strid med de europeiske fengselsreglene pkt. 19.1 flg., der det blant annet heter i norsk oversettelse at «[a]lle deler av et fengsel skal til enhver tid være ordentlig vedlikeholdt og rengjort».

Lav bemanning, høyt sykefravær og stor bruk av ufaglærte i kombinasjon er særlig problematisk i et rettssikkerhetsperspektiv. Bruken av ufaglærte i betjentstillinger reiser dessuten spørsmål om kvalifikasjoner og opplæring. Jeg har merket meg at det gjelder et krav til vandel også for ufaglærte og at vikarer som utgangspunkt må «fylle vilkårene med hensyn til alder og generell studiekompetanse for opptak ved fengselsutdanningen ved KRUS». Regionen har likevel opplyst at det ved «enkelte fengsler unntaksvis [har] forekommet at man har funnet å måtte se bort fra kravet om generell studiekompetanse». Jeg forstår dette slik at vandels- og alderskrav uansett må oppfylles. For øvrig har jeg merket meg regionens uttalelse om at det ikke gjelder noen generelle retningslinjer om opplæring av ufaglærte vikarer. Siden spørsmål om krav til opplæring av ufaglærte vikarer mest hensiktsmessig kan belyses i en bredere sammenheng, går jeg ikke nærmere inn på dette her. Jeg vil imidlertid vurdere å ta initiativ overfor de sentrale myndigheter vedrørende disse spørsmålene, som jeg også nylig har mottatt en henvendelse om fra Kriminalomsorgens yrkesforbund.

6. *Avslutning.*

Flere forhold ved Vadsø fengsel gir grunn til uro og videre oppfølging. Jeg antar at Vadsø kommune vil følge opp de helsemessige svakhetene som kommunelegen har påpekt på egnet måte. Dessuten forutsetter jeg at Kriminalomsorgen region nord også holder seg orientert og eventuelt treffer de tiltak som måtte være nødvendig. Jeg forutsetter videre at regionen vil

følge nøye med på bemannings situasjonen og de problemer eventuell underbemanning og fortsatt høyt sykefravær gir. For egen del ønsker jeg å bli orientert om den endelige løsning på dobbeltcellen uten toalett og eventuelle tiltak som måtte settes i verk på de områdene som jeg har tatt opp.

Dobbeltcellen uten toalett og til dels også standarden på renhold, slik kommunelegen har vurdert den, har avdekket både mangler ved rapportering internt innen kriminalomsorgen og mangler ved den eksterne tilsynsordningen. Jeg vil oppfordre Kriminalomsorgens sentrale forvaltning til å se nærmere på eventuelle tiltak på disse viktige områdene.»

Ombudsmannen ba i et eget brev om å bli holdt orientert om eventuelle tiltak fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning.

58.

Undersøkelse av forholdene i Skien fengsel

(Sak 2007/894)

Etter et besøk i Skien fengsel i juni 2007 tok ombudsmannen opp fengselets bruk av innelåsing på cellen av bemanningsmessige årsaker, enkelte sider ved helsetjenesten i fengselet, særlig det psykiske helse tilbudet, og bruk av utdaterte opplysninger om ombudsmannen i fengselets informasjonsmaterieil til de innsatte.

Ombudsmannen uttalte at straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd, som åpner for å begrense fellesskapet der «akutte bygningsmessige- eller bemanningsmessige forhold gjør det nødvendig», bare kan begrunne utelukkelse der fellesskap som følge av ekstraordinære omstendigheter ikke vil være sikkerhetsmessig forsvarlig. Det ble videre stilt spørsmål om enkelte sider av fengselets helse tilbud, herunder rutinene for gjennomføring av kartleggingssamtale med lege og sykepleier etter innkomst.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF), som hadde fått oversendt kopi av det avsluttende brevet til Kriminalomsorgen region sør, kom tilbake til saken og opplyste at KSF hadde merket seg ombudsmannens synspunkter. KSF sa seg enig i ombudsmannens forståelse av straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd, og presiserte at det er tale om en unntaksbestemmelse som skal benyttes med varsomhet. KSF opplyste også at forståelsen av bestemmelsen ville bli understreket overfor de øvrige regionene i kriminalomsorgen.

Ombudsmannen besøkte Skien fengsel 13. juni 2007, og hadde bl.a. møter med fengselsledelsen og representanter for de innsatte. På bakgrunn av opplysninger som ble gitt i møtene, og øvrig informasjon som fremkom under besøket, ble det bedt om en skriftlig

redegjørelse for fengselets bruk av innelåsing på cellen av bemanningsmessige årsaker og enkelte sider ved helsetjenesten i fengselet, særlig det psykiske helse tilbudet. Ombudsmannen ba dessuten fengselet om å foreta nødvendige oppdateringer i utdatert informasjon til de innsatte om ombudsmannsordningen.

I avsluttende brev til Kriminalomsorgen region sør uttalte jeg:

«Spørsmålene som har vært tatt opp herfra er av generell karakter, og jeg har ut fra dette ikke grunnlag for å uttale meg om konkrete enkeltsaker ved fengselet. Jeg vil imidlertid komme med noen generelle bemerkninger til de forholdene som har vært tatt opp.

1. Begrensninger i fellesskapet – innelåsing på cellen av bemanningsmessige årsaker

Representantene for de innsatte gjorde gjeldende at fengselet i for stor grad låser de innsatte inne på cellene sine fordi bemanningen er for lav til å opprettholde fellesskapet på forsvarlig måte.

Fengselet ble på bakgrunn av dette bedt om å redegjøre for sitt syn på forholdet mellom gjeldende regelverk og institusjonens bruk av innelåsing. Det ble bedt om å få opplyst hvor ofte og hvor lenge de innsatte låses inne på cellen på dagtid, og fengselet ble bedt om å oversende eventuelle oversikter over bruk og/eller planlagt bruk av innelåsing. Dersom innelåsing ble benyttet ut over det som gjeldende regelverk gir anvisning på, ble fengselet bedt om å redegjøre for årsakene til dette og opplyse hvilke tiltak som eventuelt var iverksatt for å løse problemet. Det ble stilt spørsmål om det kunne være et alternativ til innelåsing å arrangere flere fellesaktiviteter der større grupper innsatte deltar.

I sitt svarbrev opplyste regionen at spørsmålet om begrensninger i fellesskapet av bemanningsmessige årsaker i Skien fengsel flere ganger har vært behandlet på regionalt nivå. Det ble vist til vedtak 16. oktober 2006 der regionen blant annet uttalte:

«En av kriminalomsorgens store utfordringer er å hindre skadevirkningene ved isolasjon. Det er således strengt lovregulert i hvilke tilfeller innsatte kan besluttes innlåst på celle. Slike beslutninger fattes i medhold av varetektskjennelser, reaksjoner etter straffegjennomføringsloven eller i skadereduserende/forebyggende øyemed etter samme lov. Dette innebærer at lovgiver har satt krav om hjemmel i lov for å beslutte isolering av innsatte.»

Under henvisning til Den europeiske torturforebyggingskomiteens (CPT) rapport 28. mars 2006, der Norge bl.a. kritiseres for utstrakt isolasjon av fengselsinnsatte, uttalte regionen videre:

«Etter vårt syn kan ikke situasjonen i Skien fengsel direkte sammenlignes med de forhold som komiteen kritiserer, fordi innlåsningen er begrenset til enkelthelger og spredt over tid. Med andre ord anser vi ikke at praktiseringen er i strid med fortolkningen av EMK artikkel 3. Innlåsningen er allikevel uheldig sett i lys av kriminalomsorgens verdier og den fortolkning som torturovervåkingskomiteen har lagt seg på. Det kan også reises spørsmål om innlåsning av dette omfanget krever hjemmel i lov.

På denne bakgrunn har vi bedt om at Skien fengsel opphører med å bruke innlåsning i dette omfanget som sparetiltak. Innlåsning kan etter dette ikke skje over så mange timer og begge dager i helgene. Regionalt nivå vil i dialog med Skien fengsel arbeide med å finne alternative metoder for å oppnå nødvendig innsparing.»

Regionen opplyste at Skien fengsel etter dette bare begrenser fellesskapet ved akutt mannskapsmangel. Det fremgikk videre at regionens behandling av klager over enkelte slike episoder ikke hadde gitt grunnlag for bemerkninger til fengselets begrunnelser.

I brev 27. september 2007 til regionen bekreftet fengselet at fellesskapet per i dag bare begrenses på denne måten «ved akutt mannskapsmangel», og at hver boenhet bare hadde vært stengt i 14 – 17 timer i perioden 1. januar til 20. mars 2007. Det ble videre opplyst at slik innelåsning «ikke ble sett på som en utelukkelse fra fellesskapet», og at slike avgjørelser ikke ble tatt «i form av enkeltvedtak».

I henhold til straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 17 første ledd skal de innsatte, så langt det er praktisk mulig, ha adgang til fellesskap under arbeid, opplæring, program eller andre tiltak, og i fritiden. Ifølge Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings retningslinjer til loven m.v. punkt 3.15, skal de innsatte som hovedregel være i fellesskap «[i]nnefor rammen av det enkelte fengsels innredning og bemanningsmessige ressurser». Begrensninger i, eller utelukkelse fra, det alminnelige daglige fellesskap kan bare vedtas hvis vilkårene i straffegjennomføringsloven §§ 17 annet ledd, 29 annet ledd, 37, 38, 39 eller 40 annet ledd bokstav d er oppfylt.

Regionens brev er noe tvetydig i forhold til spørsmålet om innelåsning krever hjemmel i lov. Det følger imidlertid klart av KSFs retningslinjer at begrensninger i, eller utelukkelse fra, fellesskapet bare kan besluttes med hjemmel i de opplistede bestemmelsene i straffegjennomføringsloven. Slike begrensninger kan dermed bare skje med hjemmel i lov.

Det følger av straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd at kriminalomsorgen kan beslutte at «alle eller enkelte innsatte» skal utelukkes helt eller delvis fra fellesskapet blant annet dersom «akutte bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold gjør det nødvendig».

Fengselslovutvalget foreslo i NOU 1988: 37 å fjerne adgangen til å utelukke fra fellesskapet som følge av bemanningsmessige eller bygningsmessige forhold, blant annet fordi slike situasjoner bør løses ved hjelp av andre tiltak, som for eksempel overføring til andre fullbyrdelsesalternativer.

Departementet ønsket imidlertid å opprettholde bygningsmessige og bemanningsmessige forhold som grunnlag for å kunne beslutte hel eller delvis utelukkelse fra fellesskapet, jf. Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) side 103. Der presiseres det at grunnlaget bare skal brukes unntaksvis, og at fengslene skal strekke seg langt for å tilrettelegge for fellesskap mellom innsatte. Videre uttaler departementet:

«Det kan imidlertid oppstå situasjoner der bemanningsmessige eller bygningsmessige forhold fører til at fellesskap ikke vil være sikkerhetsmessig forsvarlig. Et eksempel på det kan være ekstraordinært stort sykefravær blant de tilsatte. Utelukkelse på dette grunnlag kan ramme flere innsatte samtidig. Dette er bakgrunnen for at departementet i lovutkastet § 37 nest siste ledd nå har tatt inn bygnings- og bemanningsmessige forhold også i regelen som gir adgang til kollektiv utelukkelse.»

Internasjonale overvåkningsorganer har ved flere anledninger uttrykt bekymring over omfanget av isolasjon i norske fengsler, se blant annet FNs menneskerettighetskomités rapport 25. april 2006, FNs torturkomités (CAT) rapporter 8. juni 1989 og 22. november 2007 og FNs arbeidsgruppe mot vilkårlig frihetsberøvelses rapport 11. oktober 2007. Også departementet har, med referanse til forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, gitt uttrykk for at bruken av isolasjon skal begrenses til «de tilfellene hvor det er absolutt nødvendig», jf. Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) side 15. I CPTs rapport fra komiteens siste besøk i Norge, uttales følgende om omfanget av innsattes rett til fellesskap (pkt. 66):

«The CPT considers that the aim should be to ensure that all prisoners are able to spend a reasonable part of the day (8 hours or more) outside their cells, engaged in purposeful activities of a varied nature. Regimes for sentenced prisoners [i motsetning til varetektsinnsatte] should of course be even more favourable.»

Det fremgår av de oversendte dokumentene at Skien fengsel sommeren 2006 gjorde bruk av utvidet innelåsning i helgene i uke 24, 26, 28, 31, og 33, samt søndag i uke 30. Dagsorden for disse helgene viser at innsatte tilbrakte fire timer og tre kvarter utenfor cellene sine disse dagene. Innelåsningen ble begrunnet med store budsjettmessige underskudd, og ble gjennomført for å bøte på dette.

I lys av regelverket, forarbeidene og uttalelsen fra CPT gjengitt ovenfor, var det på sin plass at Krimi-

nalomsorgen region sør i brev 16. oktober 2006 ba fengselet om å slutte «å bruke innlåsning i dette omfanget som sparetiltak». Den gjengitte forarbeidsuttalelsen tilsier at § 37 sjuende ledd om «akutte bygningsmessige- eller bemanningsmessige forhold» bare kan begrunne utelukkelse der fellesskap som følge av ekstraordinære omstendigheter ikke vil være sikkerhetsmessig forsvarlig. Det kan derfor ikke være adgang til å begrense de innsattes fellesskap med innsparingsbehov som begrunnelse. Med disse forutsetningene, har jeg ikke funnet grunn til å kritisere Skien fengsels bruk av innelåsning «ved akutt mannskapsmangel», for eksempel der uforutsette omstendigheter krever ekstra bemanning. CPTs uttalelse tilsier imidlertid at § 37 sjuende ledd, uansett begrunnelse, ikke kan hjemle innelåsning av det omfanget som Skien fengsel praktiserte sommeren 2006. Dersom bemanningsmessige forhold er slike at en så omfattende bruk av innelåsning er aktuelt, må dette søkes løst på andre måter, for eksempel ved organisatoriske eller budsjettmessige skritt.

2. Helsetjenesten i fengselet – det psykiske helsetilbudet m.v.

Representantene for de innsatte uttrykte stor bekymring for det de hevdet er et stort antall innsatte med behov for psykisk helsehjelp. De hevdet at ventetiden for å få hjelp er lang, og at den hjelpen som eventuelt tilbys ikke er tilstrekkelig. Det ble anført at dette, i tillegg til å være skadelig for den enkelte, skaper redsel ved at de øvrige innsatte frykter voldelige angrep.

Det ble i brevet herfra bedt om en redegjørelse for antall henvendelser om psykisk helsehjelp til helseavdelingen i fengselet, omfanget av den hjelpen som gis og eventuelt hvor mange henvendelser som avvises. Videre ble det bedt om å få redegjort for ventetiden ved helseavdelingen, både for somatisk og psykisk helsehjelp. Det ble også stilt spørsmål om det finnes rutiner for å følge opp de innsattes psykiske helsetilstand etter ankomst, eventuelt hvilke, og da særlig knyttet til de som ikke selv er i stand til å be om hjelp.

Vedlagt Skien fengsels svarbrev til regionen fulgte en uttalelse fra helseavdelingen i fengselet. Av denne fremgikk det at avdelingen har tre psykiatriske sykepleiere og én sykepleier i full stilling, samt en fysioterapeut i 40 prosent stilling og en fengselslege én dag per uke. I tillegg mottar fengselet tjenester fra andrelinjetjenesten i form av psykolog én dag per uke og psykiater 3-4 timer hver 14. dag. Det ble opplyst at innsatte tilbys kartleggingsamtale med sykepleier i løpet av den første uken etter innkomst, og at utenlandske statsborgere får dette i løpet av 1-2 dager. De som under samtalen oppgir at de ønsker legetime, settes på venteliste. Ventetiden til lege ble oppgitt til 4-6 uker «i verste fall», men under en uke dersom det

vurderes som en hastesak. Ved behov for øyeblikkelig hjelp vil innsatte fremstilles til fastlege eller legevakt. Legen vil ved behov henvise til psykiater eller psykolog. Innsatte vil da få en vurderingssamtale, der behovet for videre oppfølging vurderes. Det ble opplyst at ventetiden for en slik samtale «som regel» vil være 3-4 uker, og tilsvarende for eventuell videre oppfølging. I tillegg får cirka 25 innsatte til enhver tid ukentlig oppfølging av sykepleier eller psykiatrisk sykepleier. Ifølge helseavdelingen finnes det ikke eksakte tall på antall forespørsler om psykisk helsehjelp. Det ble opplyst at de innsatte som vurderes som «særlig trengende» i utgangspunktet får tilbud om oppfølging fra helseavdelingen. Hva gjelder de som ikke ønsker det, eller som ikke er i stand til å be om hjelp, er avdelingen avhengig av tilbakemelding fra fengselsbetjenter og øvrige ansatte.

Skien fengsel oppga i brevet til regionen at fengselet mottar «en stor andel av de minst friske domfelte», men ga uttrykk for at helsetjenesten i fengselet fungerer godt. Det ble anført at det er umulig å gi et helsetilbud som tilfredsstillende alle innsatte, og at tilbudet i sin helhet framstår som bedre enn det tilbudet som gis personer som ikke er i en soningsinstitusjon.

Regionen uttalte at tilbakemeldingene fra fengselet tydet på at «ressursene er gode her sammenliknet med andre fengsler» i regionen. Det ble påpekt at helseregionen og spesialisthelsetjenesten ikke har øremerkede midler til fengselsinnsatte, og at innsatte ikke kan prioriteres i forhold til behandlingstrengende ellers i samfunnet. Regionen ga uttrykk for at i den grad det er avsatt ressurser til psykolog og psykiater i fengsel, synes dette å være historisk betinget eller avhengig av spesialisthelsetjenesten eller helseregionens velvilje.

Kriminalomsorgen har det overordnede ansvaret for de innsatte så lenge de er under straffegjennomføring, og er derfor pålagt å samarbeide med andre offentlige etater, herunder helsetjenesten, jf. straffegjennomføringsloven § 4 og Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) side 33 første spalte. Helsetilbudet til innsatte er også omtalt i forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2001 nr. 183 § 3-16, med tilhørende retningslinjer. Helsetjenesten i fengselet er i utgangspunktet en såkalt importert tjeneste som i første rekke administreres av kommunen. I årsmeldingen for 2005 s. 201 flg. understreket jeg i etterkant av et besøk til Ullersmo fengsel, at kriminalomsorgen har ansvaret for å legge til rette for at de innsatte får de tjenestene som lovgivningen gir dem krav på, mens de instansene som sørger for de importerte tjenestene har ansvaret for selve innholdet i tjenesten.

CPT understreker i sin rapport etter det siste besøket til Norge at viktigheten av en grundig medisinsk undersøkelse av nyinnkomne innsatte ikke kan overdrives (punkt 73). Slike undersøkelser antas å

være essensielle blant annet for å hindre spredning av smittefarlige sykdommer, hindre selvmord og identifisere personer med rusmiddelproblemer. Under henvisning til blant annet rutineene ved Trondheim fengsel, der innsatte ble undersøkt av sykepleiere tidligst et par dager etter ankomst, uttalte komiteen at nyankomne innsatte (både varetektsinnsatte og domfelte) bør intervjues og undersøkes av lege på ankomstdagen. Det ble åpnet for at undersøkelsen kan gjøres av en fullt kvalifisert sykepleier, men påpekt at dette ikke må forsinke undersøkelse hos lege.

I lys av dette kan det stilles spørsmål om rutineene i Skien fengsel, der innsatte som hovedregel tilbys kartleggingssamtale med sykepleier i løpet av den første uken etter innkomst, men der ventetiden for å komme til lege kan være minst 4-6 uker, er tilfredsstillende. Helseavdelingen i fengselet bør arbeide for å korte ned tiden både før den nyankomne undersøkes av sykepleier og av lege.

Helseavdelingens redegjørelse tyder på at ventetiden for å få påbegynt behandling hos psykolog eller psykiater kan være opp til tre og en halv måned i en del tilfeller. Selv om fengselsinnsatte etter helseovngivningen ikke har krav på helsehjelp ut over det de ville hatt hvis de ikke satt i fengsel, stiller soningssituasjonen særlige krav til årvåkenhet fra fengselets side, spesielt i forhold til psykisk ustabile innsatte som kan utgjøre en fare for andre. Fengselsinnsatte er innelåst sammen over lengre tid, noe som reduserer deres muligheter til å beskytte seg selv mot fysiske angrep. Dette kan åpenbart utgjøre en mental belastning for de øvrige innsatte. Videre må det antas at den påkjennning en innsettelse i fengsel i seg selv innebærer, vil kunne medføre en økning i psykiske problemer ut over det som ville skjedd i frihet. I denne forbindelse kan det spørres om terskelen for øyeblikkelig hjelp må anses noe lavere for personer i fengsel, særlig der behovet grunner i at personen utgjør en fare for andre.

3. *Fengselets informasjon om ombudsmannsordningen*

Fengselet oversendte ved brev hit 1. juni 2007 diverse informasjonsmateriell m.v., herunder «Informasjonsmappe for innsatte i Skien fengsel» (versjon 01-2007). I et vedlegg til mappen var det inntatt informasjon om ombudsmannsordningen. Det ble i brevet herfra gjort oppmerksom på at en del av det som fremgikk der var utdatert og foreldet, og fengselet ble bedt om å foreta nødvendige endringer i informasjonsmaterialet til de innsatte.

Ny og oppdatert informasjon om ombudsmannen fulgte vedlagt Skien fengsels brev 27. september 2007 til regionen. Det er etter dette ikke grunn til å kommentere forholdet nærmere.

Ut over de merknader som fremgår ovenfor, finner jeg å kunne avslutte saken herfra med de redegjørelser som regionen og fengselet har gitt.»

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning ble i eget brev bedt om å merke seg det som var påpekt overfor regionen.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning ga i brev 28. april 2008 uttrykk for at KSF hadde merket seg de forholdene som ble påpekt i brevet herfra til Kriminalomsorgen region sør. Det fremgikk videre at KSF var enig i den fortolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd om utelukkelse på grunn av bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold, som var lagt til grunn i ombudsmannens avsluttende brev til regionen. Om bruken av bestemmelsen uttalte KSF videre:

«Vi vil understreke at dette er en unntaksbestemmelse som skal benyttes med varsomhet. Utelukkelse fra fellesskap skal kun skje dersom gjennomføring av ordinært fellesskap ikke vil være sikkerhetsmessig forsvarlig som følge av ekstraordinære omstendigheter. Innlåsnings av innsatte skal dermed ikke benyttes som et alminnelig spærtiltak.

Vi vil også understreke dette overfor de øvrige regionene i kriminalomsorgen.»

Utlendingsaker

59.

Utlendingsdirektoratets behandling av søknader om statsborgerskap fra mistenkte krigsforbrytere m.fl. – behandlingstid, informasjon og innsyn

(Sak 2007/721, 2007/740 og 2007/741)

Klagene gjaldt i første rekke Utlendingsdirektoratets lange behandlingstid knyttet til søknader om norsk statsborgerskap for seks søkere fra Rwanda og deres barn. Kripos hadde bedt om at enkelte slike saker skulle stilles i bero etter at rwandiske myndigheter hadde oversendt lister over mistenkte krigsforbrytere i Norge. Søkerne var ikke gjort kjent med årsaken til forsinkelsen (berostillelsen) av hensyn til etterforskningen.

Ombudsmannens undersøkelser knyttet seg til saksbehandlingstiden, manglende underretning om forsinkelsen til søkerne og spørsmål om partenes innsyn i korrespondansen i ombudsmannssaken.

Ombudsmannen fant ikke å kunne rette rettslige innvendinger mot at adgangen til å stille saker i bero ble benyttet overfor søkere som var mistenkt for alvorlige forbrytelser. Forutsetningen måtte være at det pågikk etterforskning, og utlendingsmyndighete-

ne hadde en viss aktivitetsplikt for å påse at dette var tilfellet når påtaleavgjørelse ikke forelå. Grunnlaget for å berostille søknadene fra familiemedlemmene var derimot uklart, og lengden på berostillelsen kunne vanskelig forsvares. Utlendingsdirektoratets informasjon til samtlige søkere var utilfredsstillende og ikke dekkende for de faktiske forhold. Behandlingen av ombudsmannens henvendelser var heller ikke god nok.

Seks borgere av Rwanda klaget i april 2007 over sen saksbehandling i Utlendingsdirektoratet av deres og deres barns søknader om norsk statsborgerskap. Bakgrunnen var at søknader om norsk statsborgerskap levert våren 2005 fortsatt ikke var avgjort. Utlendingsdirektoratet hadde sendt automatisk genererte meldinger (foreløpig svar) til søkerne i mai og juni 2005 og opplyst at forventet saksbehandlingstid var 8 måneder. Klagerne anførte i brevene hit at de ikke hadde hørt noe fra direktoratet etter dette, selv om det var gått nesten 2 år.

Utlendingsdirektoratet ble bedt om å gi en redegjørelse for forsinkelsen og tidsperspektivet for den videre behandlingen av sakene. Direktoratet ble også spurt om hvorfor søkerne ikke hadde mottatt en orientering om forsinkelsen, slik god forvaltningsskikk tilsier.

Etter en purring bekreftet Utlendingsdirektoratet i brev 10. juli 2007 at søkerne ikke var blitt informert om forsinkelsen. Direktoratet var enig i at søkere skal få slik informasjon dersom saksbehandlingstiden viser seg å bli vesentlig lengre enn først antatt. Unnlattelsen ble opplyst å være «en feil som har sammenheng med stor saksmengde». Direktoratet opplyste at søkerne ville bli informert om at søknadene «vil bli behandlet så snart som mulig». Ifølge direktoratet lot det seg «for tiden ikke gjøre å si når ressursituasjonen tillater at søknadene blir behandlet».

Forsinkelsesmelding til en av klagerne (søkerne), sendt i kopi hit, ble først gitt i direktoratets brev 4. september 2007, og meldingen til de øvrige skal ha kommet like sent. Meldingen inneholdt en beklagelse og en henvisning til at «ressursituasjonen» ikke gjorde det mulig å angi når søknaden ville bli behandlet.

Direktoratet ble deretter på nytt bedt om å redegjøre for årsaken(e) til den lange saksbehandlingstiden i statsborgerskapssakene. Klagerne hadde gitt uttrykk for at bakgrunnen for den lange behandlingstiden antakelig var at de stod på en liste oversendt fra rwandiske myndigheter over mistenkte krigsforbrytere. Dette ble direktoratet gjort kjent med. I brevet ble direktoratet også gitt anledning til å forklare tidsbruken for utsendelse av forsinkelsesbrev til søkerne.

I svarbrevet viste direktoratet til sitt brev samme dag til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, der

det fremkom at direktoratet hadde mottatt to lister med navn på rwandiske borgere i Norge som var mistenkt for delaktighet i folkemord i hjemlandet. Listene skrev seg fra rwandiske myndigheter og Kripos hadde bedt Utlendingsdirektoratet om ikke å gjøre statsborgerskapssøkere kjent med at de var oppført på listen. Ut fra «hensynet til etterforskningen» hadde direktoratet tidligere besluttet å stille de aktuelle sakene i bero. Berostillelsen gjaldt også familiemedlemmenes søknader. Til sammen 39 personer var omfattet av beslutningen, og det fremgikk at direktoratet hadde mottatt «en rekke purringer». I brevet ga direktoratet uttrykk for at grunnlaget for den generelle berostillelsen nå var falt bort og at behandlingen av sakene skulle gjenopptas. Ved behandlingen av enkeltsaker ville Kripos bli kontaktet. I svarbrevet hit presiserte direktoratet at det ikke var aktuelt med berostillelse i den grad det ikke pågår etterforskning.

Brevet var påført unntatt offentlighet, og på spørsmål herfra uttalte direktoratet at brevet ikke burde gjøres kjent for klagerne av hensyn til Norges forhold til Rwanda. Ombudsmannen ba om en nærmere redegjørelse for dette synet, og påpekte at årsaken til forsinkelsen ikke var Utlendingsdirektoratets ressursituasjon, slik direktoratet tidligere hadde opplyst, men hensynet til etterforskningen. Videre ba ombudsmannen om mer informasjon om forventet saksbehandlingstid i klageres saker og om hvordan deres informasjonsbehov ville bli ivaretatt hvis berostillelsen ble opprettholdt.

Utlendingsdirektoratet opplyste at det ved flere anledninger hadde kontaktet Det nasjonale statsadvokatembetet og Kripos om utviklingen i sakene. Direktoratet viste til et vedlagt brev fra statsadvokatembetet, der det fremgikk at det var beordret etterforskning mot personene på listene. Statsadvokatembetet hadde ikke innvendinger mot at begrunnelsen for (eventuell) berostillelse ble meddelt søkerne. Direktoratet opplyste at søkerne ville bli informert om bakgrunnen for berostillelsen over nyttår.

På ytterligere spørsmål herfra redegjorde direktoratet for spørsmålet om partsinnsyn i korrespondansen med ombudsmannen, informasjon til søkerne (klagerne i ombudsmannssaken) om forsinkelsen og forventet saksbehandlingstid. Det fremgikk at direktoratet likevel hadde besluttet ikke å informere søkerne om årsaken til forsinkelsen, etter en anmodning fra Kripos begrunnet i hensynet til etterforskningen. Behandlingen av søknadene var imidlertid påbegynt etter en avklaring med Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Etter departementets syn, og etter anbefaling fra direktoratet, kunne familiemedlemmene til søkere under etterforskning behandles «som selvstendige søkere».

Direktoratet uttalte følgende om fremdriften og informasjon til søkerne:

«For søkere som står på listene fra Kripos vil vi henvende oss til Kripos/Statsadvokatembetet i hver enkelt sak, og på bakgrunn av tilbakemeldingen derfra avgjøre om søknadene formelt skal berostilles med hjemmel i statsborgerloven § 30 annet ledd. I de tilfeller hvor søknaden eventuelt blir berostilt etter denne bestemmelsen, vil søkerne i utgangspunktet underrettes om dette. Direktoratet kan imidlertid komme i en situasjon hvor en søknad bør berostilles, selv om personen ikke har vært inne til avhør og dermed ikke er kjent med straffesaken. I et slikt tilfelle vil det kunne ta ytterligere tid før søkeren kan underrettes om berostillelsen, men direktoratet vil anmode Kripos om å prioritere avhør.»

Klagerens fullmektig ble holdt orientert skriftlig og muntlig om sakens gang og kom med merknader ved flere anledninger. Han understreket blant annet at det var en stor belastning for klagerne å leve i uvisshet om utfallet av søknadene. Fullmektigen oversendte også kopi av to brev fra Utlendingsdirektoratet til to av klagerne fra mai 2008. I begge brevene opplyste direktoratet at den aktuelle søknaden var til behandling, men at direktoratet «på det nåværende tidspunkt [ikke] kan si nøyaktig når søknaden kan ferdigbehandles». Det het videre at det «arbeides aktivt med å få på plass de nødvendige avklaringer» for å ferdigbehandle søknaden. Direktoratet beklaget også saksbehandlingstiden. Klagerne anså det meget utilfredsstillende at direktoratets brev ikke inneholdt «så mye som en antydning av forventet gjenstående saksbehandlingstid». Det var heller ikke gitt noen informasjon om hva slags avklaringer det er tale om.

Ombudsmannen aksepterte direktoratets anmodning om å unnta mesteparten av korrespondansen fra partenes innsyn, jf. Stortingets instruks for Sivilombudsmannen 19. februar 1980 § 6 tredje ledd, jf. forvaltningsloven § 19 annet ledd bokstav b. Klagerne ble informert om temaene i korrespondansen og gjort kjent med at innsyn kunne påregnes på et senere tidspunkt.

I et felles brev 18. juli 2008 til Det nasjonale statsadvokatembetet og Kripos, som ble oversendt hit i kopi, orienterte Utlendingsdirektoratet om at søknadene om statsborgerskap «stilles i bero i medhold av statsborgerloven § 30 annet ledd, og at søkerne ikke underrettes om berostillelsen». Berostillelsen gjaldt i seks måneder, og det fremgikk at en eventuell fortsatt berostillelse «vil måtte underrettes søkerne». Direktoratet anmodet sterkt om at avhør av navngitte personer ble prioritert. Dette gjaldt blant annet to av de som hadde klaget til ombudsmannen.

Utlendingsdirektoratet opplyste muntlig at søknadene fra de tre kvinnelige klagerne ble innvilget i september 2008. Medfølgende umyndige barn var etter det opplyste omfattet av vedtakene.

Ved avslutningen av sakene uttalte jeg:

«1. Saksbehandlingstiden.

1.1 Navngitte personer på listene.

Søknadene om statsborgerskap ble etter det opplyste registrert mottatt i Utlendingsdirektoratet i mai og juni måned 2005. De er ennå ikke avgjort. Årsaken er, som det er redegjort for over, at søknadene er stilt i bero etter anmodning fra Kripos, sist ved en formell og midlertidig berostillelse i brev 18. juli 2008.

Da søknadene innkom og frem til den nye statsborgerloven trådte i kraft 1. september 2006, gjaldt statsborgerloven av 1950 (Lov om norsk riksborgarrett 8. desember 1950 nr. 3). Praksis etter denne loven var at søknader om statsborgerskap kunne stilles i bero for søkere som var *siktet* for et straffbart forhold, jf. Justis- og politidepartementets rundskriv G-28/99 VII pkt. 7.4. Det var også adgang til midlertidig å berostille saker der søkeren var *mistenkt* for et straffbart forhold. Selv om utgangspunktet her var at statsborgerskapsaken ikke skulle stilles i bero, understreket departementet betydningen av at søknader ikke ble innvilget «dersom det gjelder et alvorlig straffbart forhold som søkeren senere kan bli straffet for, og som deretter kan danne grunnlag for utvisning etter utlendingsloven». Dersom politiet mente at søkeren «av hensyn til etterforskningen ikke bør gjøres kjent med mistanken, må politiet vurdere om en midlertidig berostillelse som ikke meddeles søkeren er tilrådelig», heter det i rundskrivet.

Statsborgerloven 10. juni 2005 nr. 51 § 30 annet ledd har lovfestet en generell adgang til å berostille søknader dersom «søkeren er under etterforskning for et straffbart forhold som kan få betydning for søknaden, jf. § 9». Henvisningen til § 9 refererer seg til bestemmelser om karenstid ved ilagt straff eller strafferettslig særreaksjon. Lovfestingen er ment som en videreføring av gjeldende rett. I Ot.prp. nr. 41 (2004-2005) side 193 heter det blant annet at en lovfesting «vil synliggjøre adgangen til å stille en søknad i bero, selv om det samme følger av forvaltningsloven § 11a». Departementet uttaler videre at selv om en siktelse for et straffbart forhold ikke foreligger, «vil en påbegynt etterforskning indikere at en sak ikke er tilstrekkelig opplyst, jf. forvaltningsloven § 17».

Jeg tar ikke stilling til om statsborgerloven § 30 var anvendelig da sakene i sin tid ble stilt i bero eller kan anvendes nå, jf. overgangsregelen i lovens § 36. Uansett kan det vanskelig rettes innvendinger på rettslig grunnlag mot at denne adgangen benyttes overfor søkere som er under etterforskning for slike alvorlige forbrytelser som det her er tale om. Jeg har ikke nærmere kjennskap til listene eller til anmodningen fra rwandiske myndigheter og Kripos, og har derfor ikke grunnlag for å uttale meg om forsvarligheten av direktoratets berostillelse. I utgangspunktet antar jeg at direktoratet må kunne bygge på slike an-

modninger. Jeg er for øvrig enig i Kommunal- og regionaldepartementets uttalelser i de siterte forarbeidene om at en berostillelse etter omstendighetene kan forankres i forvaltningsloven § 11a eller § 17.

Forutsetningen for en forsvarlig berostillelse, med påfølgende lang behandlingstid for søknadene, er at etterforskning pågår. Det er opplyst at etterforskningsordre er utstedt, noe som i utgangspunktet må være tilstrekkelig. Når en berostillelse varer over tid, antar jeg imidlertid at en etterforskningsordre også må etterfølges av konkrete etterforskningskritt innen rimelig tid. Ellers kan søkerne vanskelig sies å være «under etterforskning», og oppholdet i saksbehandlingen kan neppe begrunnes etter forvaltningsloven § 11a. Behandlingen av en sak kan ikke uten videre «fryses» ved en beslutning om etterforskning. Som beslutningstaker må Utlendingsdirektoratet ha et ansvar for å undersøke regelmessig om grunnlaget for berostillelsen fortsatt er til stede. Direktoratet har med andre ord en viss aktivitetsplikt når søknader er besluttet stilt i bero uten at en påtaleavgjørelse foreligger.

Utlendingsdirektoratet har i brev til mitt kontor opplyst at direktoratet «ved flere anledninger» har kontaktet Det nasjonale statsadvokatembetet og Kripos «om utvikling i sakene». Skriftlig tilbakemelding ble først gitt i brev 12. desember 2007 fra Det nasjonale statsadvokatembetet. Nærmere informasjon om direktoratets undersøkelser og kommunikasjon for øvrig med påtalemyndigheten er ikke gitt, og jeg har derfor ikke grunnlag for å uttale meg om dette. Jeg har imidlertid merket meg at direktoratet nå innstendig har anmodet om at avhør av de mistenkte prioriteres. Direktoratet har også besluttet å tidsbegrense berostillelsen, noe som synes å være et fornuftig og hensiktsmessig grep. Selv om det i utgangspunktet kan være på sin plass å stille visse søknader i bero, er det en grense for lenge en slik berostillelse kan vare.

1.2. Familiemedlemmene.

Berostillelsen av søknadene fra familiemedlemmene til de navngitte personene på listene over mistenkte krigsforbrytere har et annet grunnlag. Direktoratet har i brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 2. november 2007 opplyst at disse søknadene ikke behandles fordi «hovedpersonene da ville be om å få opplyst hvorfor deres søknader ikke samtidig ble behandlet, og at orientering om bakgrunnen ville kunne skade etterforskningen». I senere brev til departementet 8. februar 2008 anbefalte imidlertid direktoratet at søknadene fra familiemedlemmer «tas til ordinær behandling». Det «fremstår ikke som rimelig at disse fortsatt skal ha en uavklart situasjon i forhold til sin søknad om statsborgerskap», heter det i brevet. Departementet ga sin tilslutning til dette synet 7. mars 2008.

Familiemedlemmene omfattes ikke av praksis knyttet til den tidligere statsborgerloven (rundskriv G-28/99) eller av den nye statsborgerloven § 30. Rundskrivet og den nye lovbestemmelsen knytter seg til søkere som selv er under etterforskning for et straffbart forhold. Jeg kan ikke se at familiemedlemmer kan identifiseres med den mistenkte søkeren. Spørsmålet er ikke omtalt i lovforarbeidene.

Det fremstår som noe uklart hva som er det rettslige grunnlaget for berostillelsen av familiemedlemmenes søknader. Etter forvaltningsloven § 11a skal et forvaltningsorgan «forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold». Det er vanskelig å se at et «opphold» på flere år kan forsvares med den begrunnelsen som direktoratet har gitt. Hvis familiemedlemmers søknader blir behandlet, står det i direktoratets makt å møte de mistenkte («hovedpersonenes») mulige ønske om en orientering på en måte som ikke eller i minst mulig grad vil skade etterforskningen. En skade eller ulempe for etterforskningen av et mulig straffbart forhold hos *andre søkere* vil uansett neppe kunne begrunne en berostillelse over et så vidt langt tidsrom som det her er tale om. Forvaltningsloven § 17 om at saken skal være «så godt opplyst som mulig før vedtak treffes» kan heller ikke anvendes til skade for familiemedlemmer som har selvstendig opphold i Norge og et selvstendig grunnlag for søknad om statsborgerskap.

Anmodning om etterforskning av saker som gjelder mistenkte krigsforbrytere må selvsagt tas alvorlig. Hensynet til etterforskningen av Rwanda-sakene har imidlertid her fått svært stor gjennomslagskraft i forvaltningssaker som ikke berøres av en eventuell straffesak. På søknadstidspunktet var forventet saksbehandlingstid oppgitt å være 8 måneder, mens den i dag ligger på 10 måneder. Her gikk det over tre år før søknadene ble avgjort. Jeg har bare overflatisk kjennskap til bakgrunnen for den sterke vektleggingen av hensynet til etterforskningen. Når eksistensen av lister over mistenkte krigsforbrytere fra Rwanda må antas å være alminnelig kjent i de aktuelle miljøene gjennom blant annet medieomtale, er dette overraskende. Direktoratet er også gjort uttrykkelig kjent med at klagerne i ombudsmannssakene selv tror at den lange saksbehandlingstiden har sammenheng med disse listene.

2. Informasjon om behandlingstiden.

Utlendingsdirektoratet har bekreftet at det ikke ble sendt ut forsinkelsesmeldinger til søkerne (klagerne) i sakene og heller ikke til de øvrige søkerne av statsborgerskap som har vært omfattet av berostillelsen. Direktoratet har på forespørsel herfra uttalt at «søkere skal informeres dersom saksbehandlingstiden viser seg å bli vesentlig lengre enn først antatt», jf. brev 10. juli 2007. Forventet saksbehandlingstid var på

søknadstidspunktet angitt til 8 måneder, og direktoratet skulle åpenbart ha informert søkerne om forsinkelsen. Dette følger av alminnelige prinsipper for god forvaltningsskikk. Årsaken til unnlåtelsen skal ha vært «stor saksmengde», en forklaring som ikke er holdbar. Det er heller ikke holdbart dersom vansker med å utforme et slikt brev har gjort at det ikke ble informert om forsinkelsen.

I brevet hit opplyser direktoratet at «søkerne vil nå bli informert om at forventet saksbehandlingstid beklageligvis ikke er blitt overholdt». Slik informasjon ble så vidt jeg forstår først gitt i september 2007. Det er ikke gitt noen forklaring på hvorfor det tok rundt 8 uker før slik informasjon ble sendt. Denne tidsbruken er i seg selv kritikkverdig.

Kopi av informasjonsbrevet til en av klagerne er oversendt mitt kontor. Dette brevet, og så vidt jeg forstår tilsvarende brev til de øvrige søkerne, inneholder en betimelig beklagelse over at informasjon ikke er gitt tidligere. Dessuten heter det at søknaden vil bli behandlet «så snart det er mulig» og at «ressurssituasjonen» ikke gjør det mulig å si når søknaden kan behandles. Det er ikke gitt noen forklaring på den lange behandlingstiden. Henvisningen til ressurssituasjonen er bare delvis dekkende for de av søkerne som ikke står på listene over mistenkte krigsforbrytere (familiemedlemmene). Direktoratet hadde behov for en avklaring med Arbeids- og inkluderingsdepartementet omkring behandlingen av disse søknadene, og en slik avklaring kom på et senere tidspunkt. For de navngitte personene på listene er henvisningen til ressurssituasjonen ikke dekkende. Det er i alle fall ikke *direktoratets* ressurssituasjon som har vært avgjørende for behandlingstiden, men eventuelt politiets. Jeg er ikke kjent med årsaken til at avhør av de mistenkte ikke er gjennomført og dermed den bakenforliggende årsaken til at de mistenkte ikke er gjort kjent med mistanken og etterforskningen. Det er gitt noe mer dekkende informasjon i direktoratets brev fra mai 2008, som jeg har fått kopi av fra klagerens fullmektig. Her heter det at det «arbeides aktivt med å få på plass de nødvendige avklaringer for å ferdigbehandle din søknad».

Utlendingsdirektoratet har åpenbart hatt vansker med å håndtere søknadene om statsborgerskap, etter at Kripos anmodet om at sakene ble stilt i bero og at bakgrunnen for berostillelsen ikke måtte bli kjent av hensyn til etterforskningen. Det har trolig ikke gjort situasjonen enklere at Kripos og Det nasjonale statsadvokatembetet på et tidspunkt hadde ulike oppfatninger om behovet for hemmelighold. I en situasjon der saksbehandlingen på denne måten ble forsinket av forhold utenfor direktoratets kontroll, burde direktoratet i det minste ha vært påpasselig med å gi adekvat informasjon til søkerne om forsinkelsen. Det er

ingen god løsning å møte en vanskelig situasjon med passivitet og taushet.

Den nøytrale informasjonen som nå er gitt om behovet for «nødvendige avklaringer», gir ikke grunn til merknader fra min side i forhold til de navngitte personene. For familiemedlemmene måtte det imidlertid på det aktuelle tidspunktet ha vært mulig for direktoratet å gi en antydning om forventet behandlingstid.

3. Behandlingen av ombudsmannssaken.

Direktoratets besvarelse av henvendelsene herfra har ikke vært tilfredsstillende. Det gjelder særlig direktoratets første svarbrev 10. juli 2007. I brevet herfra var det blant annet bedt om en kortfattet redegjørelse for forsinkelsen. I det svært knappe svaret forklares manglende underretning om forsinkelsen med stor saksmengde. Det fremgår videre at det for tiden ikke lar seg gjøre «å si når ressurssituasjonen tillater at søknadene blir behandlet». Ut fra sammenhengen kan dette leses slik at direktoratets ressurssituasjon og store saksmengde er forklaringen på den lange saksbehandlingstiden, og at ressurssituasjonen dessuten vanskeliggjør en angivelse av når vedtak vil foreligge. Svaret er slik sett misvisende og kan oppfattes som et forsøk på å tilbakeholde informasjon. Berostillelsen og etterforskning nevnes ikke i svarbrevet og henvisning til «ressurssituasjonen» er lite opplysende. Dette er beklagelig. Dersom ombudsmannen skal kunne utføre sin oppgave slik Stortinget har bestemt, må forvaltningsorganer gi dekkende redegjørelser som muliggjør etterprøving fra min side.

Behandlingen av spørsmålet om partsinnsyn har heller ikke vært tilfredsstillende. Svarbrevet 2. november 2007 er påført unntatt offentlighet etter blant annet forvaltningsloven § 19 (partsoffentlighet). Dette er senere presisert til å være § 19 første ledd bokstav a, det vil si opplysninger som er av betydning for forholdet til fremmede stater (Rwanda). Spørsmål herfra omkring denne hjemmelsbruken er ikke besvart. I brev 3. april 2008 skriver imidlertid direktoratet at det «ser også» at forvaltningsloven § 19 annet ledd bokstav b og § 20 første ledd annet punktum «er aktuelt hjemmelsgrunnlag i dette tilfellet». Direktoratet viser deretter til brev fra Kripos 24. januar 2008. I dette brevet angis § 19 annet ledd bokstav b som hjemmel for at partsinnsyn i de aktuelle dokumenter ikke gis. Dermed er det, slik saken ligger an, fortsatt uavklart hvordan innsyn vil kunne skade forholdet til Rwanda.

Jeg har for egen del akseptert at det for tiden ikke gis innsyn, under henvisning til Stortingets instruks for Sivilombudsmannen 19. februar 1980 § 6 tredje ledd, jf. forvaltningsloven § 19 annet ledd bokstav b. Her heter det at en part ikke har krav på å få gjøre seg kjent med de opplysninger i et dokument som gjelder

«andre forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre», med mindre det er av vesentlig betydning for parten.

4. Avslutning.

Saksbehandlingstiden for søknadene om statsborgerskap har vært svært lang og det er fortsatt uvisst når Utlendingsdirektoratet vil avgjøre søknadene til søkerne som er mistenkt for delaktighet i krigsforbrytelser. Direktoratet har stilt sakene i bero, noe som i utgangspunktet er forsvarlig overfor disse søkerne så lenge det pågår etterforskning. Det vil likevel være en grense for hvor lenge saksbehandlingen kan utstå. Overfor familiemedlemmene til de navngitte personene var imidlertid en så vidt lang berostillelse å trekke hensynet til etterforskningen svært langt og saksbehandlingen kan vanskelig forsvares, jf. forvaltningsloven § 11a om forvaltningens plikt til å avgjøre saker uten ugrunnet opphold.

Selv om berostillelse vil kunne forsvares i en periode, er det ikke akseptabelt å unnlate å informere søkerne om at behandlingen av sakene er blitt forsinket. Innholdet i en slik underretning må imidlertid etter en konkret vurdering kunne tilpasses den enkelte søker og det midlertidige behovet for hemmelighold som politiet har formidlet.

I Utlendingsdirektoratets rundskriv 2008-040 Retningslinjer for behandling av statsborgersaker fastslås at politiet skal berostille søknader dersom søkeren er under etterforskning (pkt. 6). Det samme fulgte av det nå opphevede rundskrivet 2006-020 pkt. 5. For søkere under etterforskning kan underretning ifølge rundskrivene unnlates dersom politiet mener det er nødvendig av hensyn til etterforskningen. Underretning om at behandlingen av sakene er forsinket, er ikke omtalt. Jeg forutsetter imidlertid at utlendingsmyndighetene har rutiner som ivaretar søkeres legitime informasjonsbehov om forsinkelse, selv om informasjon om berostillelsen og bakgrunnen for den eventuelt vil måtte utstå.

Jeg har i eget brev i dag bedt Utlendingsdirektoratet om å holde meg orientert om fremdriften i de uavsluttede sakene. Videre har jeg bedt om å få kopi av fremtidig korrespondanse mellom Utlendingsdirektoratet og de tre aktuelle klagerne inntil spørsmålet om statsborgerskap er avgjort. I brevet har jeg også gjort det klart at klagerne forventes å kunne få innsyn i korrespondansen mellom direktoratet og mitt kontor og i denne uttalelsen etter at de er gjort kjent med etterforskningen. En eventuell begjæring om innsyn i øvrige dokumenter vil bli forelagt direktoratet.

Klagerne ved deres fullmektig orienteres i eget brev, som direktoratet mottar kopi av. Arbeids- og inkluderingsdepartementet får tilsendt en kopi av uttalelsen til orientering.»

I brev 17. desember 2008 opplyste Utlendingsdirektoratet at de navngitte personene var blitt underrettet om etterforskningen og at direktoratet ikke hadde innvendinger mot at det ble gitt innsyn i ombudsmannens uttalelse og i korrespondansen. Deretter het det:

«På bakgrunn av den pågående etterforskningen, har direktoratet konkludert med at fortsatt berostillelse av sakene er nødvendig, jf. statsborgerloven § 30 annet ledd, som fastslår at behandlingen av en søknad kan stilles i bero dersom søkeren er under etterforskning for et straffbart forhold som kan få betydning for søknaden, jf. lovens § 9 om betydningen av straffbare forhold.

Brev til søkerne om berostillelsen blir nå utarbeidet, og kopi vil bli sendt Sivilombudsmannen.»

Vedlagt brevet fulgte kopi av underretningsbrev til de tre navngitte søkerne. Ombudsmannen ga deretter klagerne innsyn.

60.

Undersøkelse av Utlendingsdirektoratets generelle erfaringer med retursvikt

(Sak 2005/790)

Mange søknader om besøksvisum avslås på bakgrunn av utlendingsmyndighetenes generelle erfaringer med manglende overholdelse av den returforpliktelsen som er knyttet til et visum. Med utgangspunkt i en rekke klagesaker der dette har vært et sentralt tema, ønsket ombudsmannen å undersøke bakgrunnen for Utlendingsdirektoratets utsagn om slike generelle erfaringer med søkere fra ulike land.

På forespørsel redegjorde direktoratet blant annet for erfaringene og praksis, for praksisnotater og bakgrunnen for slike notater, for Schengensamarbeidet og det lokale konsulære samarbeidet og for mulighetene til å skaffe sikker informasjon om retursvikt.

Det er lite tilfredsstillende at utlendingsmyndighetene henviser til generell erfaring med retursvikt og risikofaktorer uten å kunne underbygge dette nærmere. Slike generelle erfaringer synes imidlertid å ha en relativt bred forankring. Sammenholdt med de metodiske problemene som foreligger i dag, er det ikke rettslig grunnlag for å kreve konkret dokumentasjon. Utlendingsmyndighetene har imidlertid en utfordring når det gjelder å møte publikums opplevelser av forskjellsbehandling og diskriminering, og i å formidle avslag på en måte som er forståelig for søkerne. Utlendingsdirektoratet oppfordres til å arbeide videre med dette feltet.

Ombudsmannen har gjennom mange år behandlet en rekke klager over avslag på søknader om besøksvisum fra borgere av ulike land. Et fellestrekk har vært

at avslagene i stor grad har vært begrunnet med utlendingsmyndighetenes generelle erfaringer med at søkere fra de respektive landene ikke returnerer ved utløpet av visumperioden. Dette har vært formulert på relativt standardiserte måter, og følgende formulering er vanlig:

«Where our experience with specific groups and nationalities indicates that many fail to leave Norway upon expiration of their visas, it has become our practice to issue a visa only in exceptional cases.»

Visum utstedes med andre ord bare unntaksvis for visse grupper og nasjonaliteter der erfaringer tilsier at mange ikke overholder sin returforpliktelse (kalt returforutsetningen). Dette kalles gjerne retursvikt eller «visumavhopp» og kan omfatte ulike realiteter, slik som fremsetting av søknad om asyl eller andre tillatelser under visumoppholdet, retur etter utløpet av fristen og manglende utreise fra Norge og Schengenområdet uten at det fremsettes noen søknad overhodet, med påfølgende ulovlig opphold.

Myndighetenes generelle erfaringer blir ikke søkt dokumentert eller på andre måter underbygget i den enkelte sak og kan derfor vanskelig etterprøves eller imøtegås av søkerne. Mange opplever dette som en uforvarlig forvaltningspraksis. Videre oppfattes praksisen av mange som en urimelig forskjellsbehandling ut fra nasjonalitet, i og med at søkere fra fattige land med emigrasjonspotensial oftere får avslag enn søkere fra mer velstående land. Opplevelsen av eller mistanken om diskriminering må i seg selv tas alvorlig.

Ombudsmannen har i enkelte saker bedt om en nærmere redegjørelse for grunnlaget for utsagnene om slike erfaringer, for eksempel i sak 2001/834 (Somb-2001-45) og 2004/1386 (Somb-2005-52), som gjaldt pakistanske søkere, og i sak 2002/2159 (Somb-2003-61), som gjaldt irakiske søkere. Et begrenset tallmateriale har da vært presentert fra utlendingsmyndighetene, herunder asylstatistikk og visumstatistikk for de respektive land, registrering av asylsøkere med visum i begrensede tidsperioder, utreisekontroll i en begrenset periode og Utlendingsdirektoratets interne statistikk over retursvikt («visumavhopp»), også i en begrenset periode. Direktoratet har imidlertid gitt uttrykk for at denne dokumentasjonen har klare begrensninger og inneholder feilkilder, noe det er lett å si seg enig i.

Det har vært stor medieinteresse rundt disse problemstillingene, særlig knyttet til den høye avslagsprosenten for pakistanske borgere. Svært mange norske borgere med pakistansk bakgrunn blir naturlig nok berørt av den restriktive praksisen. En rekke organisasjoner, blant annet det tidligere Senter mot etnisk diskriminering (SMED) og Organisasjonen mot offentlig diskriminering (OMOD), har vært kritiske

til visumpraksisen på dette området. Likestillings- og diskrimineringsombudet har stilt spørsmål til direktoratet om diskriminering av særlig pakistanske borgere, men fant i august 2007 grunn til å stille saken i bero (ref. 06/7311-acl).

Ombudsmannens undersøkelser

Ombudsmannen ønsket på denne bakgrunn å få belyst nærmere utlendingsmyndighetenes generelle erfaringer med visumsøkere fra ulike land. Utlendingsdirektoratet ble derfor bedt om å gi en generell orientering om arbeidet med å systematisere erfaringer med visumsøkere i forhold til manglende oppfyllelse av returforutsetningen. Ombudsmannen ønsket å få belyst hvilke tekniske muligheter for slikt arbeid som finnes gjennom utlendingsforvaltningens dataverktøy DUF og det nye elektroniske saksbehandlingssystemet for visumsaker, NORVIS, samt betydning av Schengensamarbeidet på dette området. Videre ble det bedt om en særskilt redegjørelse for norske myndigheters praksis knyttet til pakistanske søkere i forhold til praksis i andre Schengenland. Det ble også bedt om å få oversendt praksisnotater for Pakistan og Iran, og et tilfeldig utvalg av klagesaker fra de to landene til gjennomsyn.

I svarbrevet mottatt 9. januar 2007 redegjorde Utlendingsdirektoratet for de vurderingene som foretas i visumsaker. Direktoratet opplyste at erfaringer og praksis knyttet til de enkelte land er sammenfattet i praksisnotater som blant annet er bygget på «landkunnskap, asylstatistikk, statistikk over familieinnvandring og visum gitt av direktoratet og erfaring opparbeidet ved utenriksstasjonene, direktoratet og Utlendingsnemnda, samt det lokale konsulære samarbeidet mellom medlemslandene i Schengen». Om mulighetene for informasjon om retursvikt het det videre:

«Direktoratet har hatt en viss mulighet til å få oversikt over manglende retur ved hjelp av tilbakemeldinger fra politiet og asylavdelingen i direktoratet, når de i sin behandling av enkeltsaker, oppdager at søker har reist inn i landet på et visum og så søker asyl. Denne manuelle muligheten til å oppdage manglende retur begrenser seg til de asylsøkerne som ikke har kvittet seg med reisedokumentene de brukte for å reise inn i riket. Videre bes enkelte søkere, hvor man er noe i tvil om returforutsetningene, om å møte på utenriksstasjonen etter endt opphold. Dette er med på å opparbeide erfaring både i forhold til hvem som returnerer og hvem som ikke returnerer.

Når det gjelder muligheten for å innhente statistikk på søkere som ikke har returnert i tråd med visumet enten fordi de har søkt asyl eller familieinnvandring, så ble inntil nylig alle visumsaker behandlet i vårt elektroniske saksbehandlingssystem DUF, og vi hadde kun mulighet til å se manglende retur i forhold til visum gitt av direktoratet. Det forelå ingen elektronisk oversikt

over visum utstedt fra utenriksstasjonene som søknader om ulike oppholdstillatelser kunne kobles mot.

Direktoratet har lenge arbeidet med å utvikle et nytt og forbedret elektronisk saksbehandlingsverktøy for behandling av visumsøknader blant annet med tanke på å få en bedre statistikk til nytte også for det materielle innholdet i vedtakene.

Våren 2006 tok alle norske utenriksstasjoner, politiet og direktoratet i bruk det nye elektroniske saksbehandlingssystemet; NORVIS. NORVIS representerer en stor forbedring på dette feltet, og direktoratet har nå tilgang til å se alle visumsøknader som er behandlet ved norske utenriksstasjoner. Dette gjør at vi fremover kan ta ut statistikker vedrørende søkere som har søkt om en tillatelse i Norge under visumoppholdet. Dette vil være en stor forbedring, med tanke på at ca 90 % av alle søknader om visum behandles ved utenriksstasjonene.

Statistikken vil likevel ikke være helhetlig, da vi ikke fanger opp søkere som har fått visum ved norske utenriksstasjoner og som ikke har returnert i tråd med forutsetningene for visumet, men som enten har søkt om oppholdstillatelse i et annet Schengenland eller som oppholder seg på Schengen-territoriet illegalt. Tilsvarende har vi pr i dag ikke tilgang til informasjon på personnivå vedrørende visum gitt av andre Schengenland, med mulighet for å se om søker ikke returnerer og blir værende i Norge.

Medlemslandene i Schengen arbeider imidlertid med utviklingen av en felles database for visumsøkere i Schengen, VIS, som er tenkt å tas i bruk sommeren 2008. NORVIS er utviklet med dette for øyet og skal være vårt nasjonale saksbehandlingsverktøy som fremtidig skal kobles mot VIS-databasen. Våre svenske kollegaer har vist stor interesse for vårt nasjonale system.

Innen Schengensamarbeidet arbeides det også med innføringen av biometriske kjennetegn. Innføringen av biometri vil blant annet gjøre det enklere med hensyn til kontrollhensynet og id-problematikken, samt bidra til å forenkle visumprosessen for de som har reist i Schengen tidligere. De biometriske kjennetegnene skal lagres i VIS.»

Schengensamarbeidet innebærer at det skal følges en felles politikk på visumfeltet og det lokale konsulære samarbeidet er viktig i denne sammenheng. Direktoratet har videre opplyst at mange utenriksstasjoner, gjerne de nordiske, «samarbeider tett og utveksler informasjon», selv om harmonisering av praksis innen Schengenområdet for øvrig foreløpig ikke fungerer optimalt. På nasjonalt plan er regionale samlinger, hospiteringsordninger og opplæringstiltak viktige virkemidler.

I Pakistan er det regelmessige møter med andre Schengenland om visumspørsmål. Nordisk visumpraksis opplyses å være «ganske sammenfallende», men det er enkelte utfordringer i forhold til harmonisering med de andre landene. Direktoratet viste i sitt svarbrev også til et forskningsprosjekt knyttet til visumpraksis ved familiebesøk blant annet ved Den

norske ambassaden i Islamabad. Prosjektet «Visitor's visas in connection with family visits. Norwegian visa practice compared to a selection of Schengen countries» ble fullført 1. mars 2007 og presentert på Utlendingsdirektoratets vårkonferanse i mai 2007, se nedenfor.

Praksisrapportene for Pakistan og Iran er gjennomgått her. Rapportene er ikke offentliggjort fordi direktoratet ikke anser dem som egnet til publisering. Mer kortfattede praksisnotater er imidlertid i den senere tid publisert på nettstedet www.udiregelverk.no (PN 2008-012 og PN 2008-010). Atten av Utlendingsdirektoratets klagesaker knyttet til Pakistan og Iran er også gjennomgått, hvorav 10 saker var stadfestelser av avslag fra utenriksstasjonene og 8 omgjøringer (innvilgelser). Alle sakene var avgjort før forespørselen herfra. Hensikten med denne gjennomgangen har vært å få et inntrykk av behandlingen og begrunnelsene fra henholdsvis ambassadene og direktoratet i tilfeldig utvalgte saker. Ombudsmanden har også innhentet og gjennomgått generell informasjon om visumpraksis m.v. fra tilgjengelige kilder.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Den rettslige rammen rundt visumbehandlingen

Det følger av utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 25 første ledd at en utlending som utgangspunkt må ha visum for å kunne reise inn i Norge. Gjennom Schengensamarbeidet og visumfrihetsavtaler er det gjort unntak for borgere fra en rekke nasjoner. Visumordningen og det samlede regelverket på feltet innebærer med andre ord en ønsket forskjellsbehandling ut fra nasjonalitet. Dette er viktig å ha for øyet når ordningen drøftes.

Etter utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 106 første ledd kan besøksvisum bl.a. gis for turistbesøk og familiebesøk. I sjettede ledd heter det at visum «skal ... gis med mindre utenrikspolitiske, sikkerhetsmessige eller innvandringspolitiske hensyn taler mot det, eller det er grunn til å tvile på det oppgitte formål med reisen eller på riktigheten av de øvrige opplysninger som er gitt». I praksis er det særlig kriteriet «innvandringspolitiske hensyn» som har ført til klager og opplevelse av forskjellsbehandling. Det er ikke angitt i loven eller forskriften hva som menes med innvandringspolitiske hensyn. Jeg legger til grunn at dette litt upresist må forstås som hensynet til å håndheve den til enhver tid gjeldende innvandringspolitikken. Ett av utlendingslovens formål er å gi «grunnlag for kontroll med inn- og utreise og med utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk», jf. § 2. Utstedelse av visum brukes ikke bare for å kontrollere innreisende, men er i stor grad også et middel for å kontrollere og begrense

innvandringen til Norge. Dette er altså et legitimt hensyn etter loven.

I den nye utlendingsloven 15. mai 2008 nr. 35, som ikke er trådt i kraft, brukes begrepet «innvandringsregulerende hensyn» blant annet i § 10 annet ledd om unntak fra retten til Schengenvisum. Begrepet er nærmere forklart i lovens § 38 fjerde ledd, som omhandler visse typer oppholdstillatelser. Innvandringsregulerende hensyn er her angitt til å omfatte blant annet mulige konsekvenser for omfanget av søknader på lignende grunnlag, de samfunnsmessige konsekvensene, hensynet til kontroll og hensynet til respekten for lovens øvrige regler. Dette må anses som relevante (innvandringspolitiske) hensyn også etter dagens utlendingslov.

I Norge er det innført sterke begrensninger i adgangen til innvandring til riket, og et sentralt innvandringspolitisk hensyn er derfor å motvirke at utlendinger tar opphold her i landet uten særskilt tillatelse. Sannsynligheten for at en visumsøker forlater Norge og Schengenområdet innen utløpet av visumperioden (returforutsetningen) vil derfor stå sentralt i vurderingen av om søknaden skal innvilges. Dette vil være en usikker og fremtidsrettet vurdering av risiko basert på både generelle og individuelle forhold. I forarbeidene til någjeldende utlendingslov er blant annet følgende risikofaktorer fremhevet som sentrale, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 117:

- «Søkeren tilhører en nasjonalitet, eller gruppe innenfor en nasjonalitet, hvor en erfaringsmessig vet at mange ikke vil forlate landet igjen når de først er kommet inn.
- Søkeren kommer fra slike kår at det er langt mer sannsynlig at en reise til Norge er en investering for fremtiden enn en turistreise.
- Søkeren mangler arbeid eller faste bånd for øvrig i hjemlandet.
- Søkeren befinner seg i et tredje land hvor han ikke lenger har adgang til opphold, eller hvor utsiktene er usikre.»

Slike risikofaktorer må vurderes i forhold til øvrige relevante hensyn i saken. Faren for retursvikt må bl.a. avveies mot de velferdshensyn som måtte gjøre seg gjeldende i det enkelte tilfellet.

I tillegg til denne nasjonale reguleringen av visuminstituttet, har Norge som nevnt forpliktet seg til et europeisk samarbeid gjennom Schengenkonvensjonen og tilhørende avtaleverk.

2. Utlendingsmyndighetenes generelle erfaringer

Temaet for undersøkelsene herfra har i første rekke vært utlendingsmyndighetenes erfaringer med retursvikt og risiko for retursvikt blant ulike nasjonaliteter og grupper. I denne saken og i tidligere enkeltsaker har det herfra vært stilt spørsmål om de påberopte erfaringene kan dokumenteres og underbygges. Når slike erfaringer langt på vei er avgjørende for utfallet

av en rekke visumsøknader, sier det seg selv at grunnlaget for erfaringene er av stor interesse for så vel søkere som for referanser, slektninger og andre kontakter i Norge. Dette er også av interesse for allmennheten.

Jeg har merket meg at utlendingsmyndighetene over lang tid har ønsket å frembringe tallmateriale knyttet til retursvikt. Allerede før utlendingslovens tid skal ansvarlig utlendingsmyndighet (Justis- og politidepartementet) ha hatt ambisjon om å utarbeide statistikk over utlendinger med besøksvisum som ikke oppfylte returforutsetningen, se saken som er omtalt i ombudsmannens årsmelding for 1985 på s. 77 flg. (Somb-1985-30). Utlendingsmyndighetene har forsøkt å fremskaffe dokumentasjon i de påfølgende årene ved hjelp av ulike metoder, men pålitelige tall skal etter det jeg forstår ha vært vanskelig å fremskaffe. I rapporten «Visitor's visa in connection with family visits. Norwegian visa practice compared to a selection of Schengen countries», utarbeidet av Long Litt Woon, er det påpekt at ingen av landene i hennes undersøkelse har systematiske rutiner for å avsløre såkalt visumavhopp. De aktuelle landene var Norge, Sverige, Danmark, Belgia og Nederland. Jeg forstår det slik at det knytter seg store metodiske utfordringer til det å skulle foreta pålitelige undersøkelser, slik teknologien, organiseringen av utlendingsforvaltningen og praksisen inntil nå har vært. Det praktiseres blant annet ikke systematisk utreisekontroll og det er da vanskelig å få et totalbilde av de ulike formene for retursvikt. Utlendingsdirektoratet har imidlertid redegjort for at innføringen av NORVIS saksbehandlingssystem gir økte muligheter, og at planene for en felles database for visumsøkere innenfor Schengensamarbeidet (VIS) og fremtidig bruk av biometriske kjennetegn gir ytterligere muligheter.

Det er lite tilfredsstillende at utlendingsmyndighetene henviser til generell erfaring med retursvikt uten å kunne underbygge dette nærmere. Søkere fra enkelte nasjonaliteter eller grupper kan da bli nektet besøksvisum på et mangelfullt grunnlag. Dette er selvsagt uheldig og er med styrke blitt kritisert av blant annet Bente Puntervold Bø i avhandlingen *Immigration Control, Law and Morality: Visa Policies towards Visitors and Asylum Seekers* (2002) og i *Søkelys på den norske innvandringspolitikken – etiske og rettslige dilemmaer* (2004).

Innvilgelse av besøksvisum er formulert som en rettighet på bestemte vilkår etter utlendingsforskriften § 106 sjette ledd. Vilråene (unntakene) er imidlertid så vidt vage og vide at det i stor grad vil bero på myndighetenes skjønn om visum skal gis. Dette skjønn er nært knyttet opp til innvandringspolitikken og behovet for kontroll med og regulering av innvandringen. Slik har det vært i en årrekke. I forarbeidene til gjeldende utlendingslov redegjøres det nokså

utførlig for praksis med å veie risikomomenter opp mot søkerens interesser i å få visum, se Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 115 flg. Det heter blant annet at for nasjonaliteter og grupper «der en har alminnelig erfaring for at det er problemer av innvandringsmessig art, vil utgangspunktet bli at en er forsiktig med å utstede besøksvisum». Det er naturlig å forstå forarbeidene slik at Stortinget som lovgiver, i alle fall et stykke på vei, har akseptert en visumpraksis som blant annet bygger på «alminnelig erfaring».

Handlingsrommet ved skjønnsutøvelsen er i dag også begrenset gjennom Schengensamarbeidet, som forutsetter en harmonisering av visumpraksis. Visum til ett Schengenland innebærer nemlig som utgangspunkt rett til innreise og opphold i de andre Schengenlandene i visumperioden. I forarbeidene til den nye utlendingsloven heter det blant annet følgende om konsekvensen av dette samarbeidet, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 251-252:

«Norges deltakelse i Schengensamarbeidet innebærer at vi i realiteten har liten handlefrihet på visumfeltet. Artikkel 9 i Schengenkonvensjonen forutsetter en harmonisering av de enkelte lands visumpraksis og forplikter deltakerlandene til å føre en felles visumpolitikk.»

Det er ikke holdepunkter i dag for å anta at norsk praksis er strengere enn i andre Schengenland, jf. Woons rapport. Direktoratet har opplyst at det foregår et lokalt konsulært samarbeid ved de ulike utenriksstasjonene og at erfaringer fra utenriksstasjonene innhentes ved utarbeidelse av praksisnotatene for de ulike landene. Jeg forstår det slik at disse notatene igjen i stor grad er styrende for praksisen i hvert enkelt land og for de sentrale utlendingsmyndighetene i Norge. Etter dette antar jeg at de generelle erfaringene med retursvikt og risikofaktorer for retursvikt har en relativt bred forankring, selv om konkret tallmateriale er begrenset. I lys av dette, og med de metodiske problemene som foreligger, kan jeg vanskelig se at det er rettslig grunnlag for å kreve konkret dokumentasjon for de påberopte erfaringene, selv om dette hadde vært ønskelig. Jeg har derfor funnet å kunne la spørsmålet om nærmere dokumentasjon bero med den redegjørelsen som direktoratet har gitt.

I den nye utlendingsloven er det ikke lagt opp til noen vesentlig endring av visumpraksis. Formuleringene av vilkår for ulike typer av visum er imidlertid noe endret og presisert, for eksempel ved at det gjøres unntak fra retten til visum der «innvandringsregulerende hensyn» taler mot at visum gis. Det angis videre som et vilkår for Schengenvisum at «utlendingen kan sannsynliggjøre det planlagte formålet med oppholdet» (§ 10 første ledd bokstav b). Etter dagens regelverk skal det gis visum med mindre det blant annet «er grunn til å tvile på det oppgitte formål med reisen ...» (§ 106 sjette ledd i utlendingsforskriften).

En annen forskjell er at det blir lovfestet at det må «være i samsvar med kriteriene for visumutstedelse som følger av Schengensamarbeidet å utstede visum» (§ 10 annet ledd i ny utlendingslov).

Innvandringsregulerende hensyn er grundig behandlet i pkt. 12.6.3 i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 257 flg., der det listes opp eksempler på ulike typer av generelle erfaringer og individuelle forhold. En generell erfaring kan være at «utlendingen tilhører en nasjonalitet, eller gruppe innenfor en nasjonalitet, som man har erfaring med at i en del tilfeller ikke forlater landet innen utløpet av visumtiden». Dette er en mer forsiktig formulering enn i forarbeidene til dagens utlendingslov, hvor den generelle erfaringen knyttes til at «mange» ikke vil forlate landet (se punkt 1, foran). Spørsmål om det faktiske grunnlaget for generelle erfaringer er etter det jeg kan se ikke berørt i proposisjonen, men det presiseres at «de generelle erfaringene [må] kunne konkretiseres, og de kan ikke anvendes som begrunnelse for avslag uten at også individuelle forhold er vurdert». Dette er i overensstemmelse med dagens ordning.

3. Avveiningen

Det er likevel grunn til å mane til varsomhet med å legge for stor vekt på generelle erfaringer, særlig slike som har et usikkert grunnlag. Hver enkelt søknad må alltid undergis en individuell og konkret vurdering. Utlendingsmyndighetene må ha for øyet at risikovurderingene er av usikker karakter og at forholdene i den enkelte sak kan tilsi at den konkrete risikoen er liten. Gjennomgangen av klagesaker tyder på at Utlendingsdirektoratet legger stor vekt på tidligere besøk til, og rettidig retur fra, Schengenområdet og andre sammenlignbare land (Storbritannia, USA, Canada). En slik tilnærming er nettopp et eksempel på at den konkrete risikoen anses forholdsvis liten, selv om det skulle foreligge generelle risikoindikatorer, slik som utvandringspotensial i søkerens hjemland og antatt svak tilknytning til landet.

Spørsmål om mulig retursvikt må uansett veies mot de velferdshensyn som gjør seg gjeldende. Sterke velferdsgrunner vil for eksempel kunne veie opp for vurderingen av en relativt svak tilknytning til hjemlandet. Slike avveininger må foretas i hver enkelt sak og dessuten fremgå tydelig av vedtakene. Det er imidlertid et dilemma at mange utenriksstasjoner må håndtere en stor søkermasse med begrenset saksbehandlingskapasitet og med et til dels vanskelig vurderingstema i sakene. I noen grad synes visumbehandlingen å fremstå som masseforvaltning, med forståelige behov for sjablonmessige kriterier. Anvendelse av slike kriterier kan imidlertid lett slå urimelig ut for den enkelte. Denne utfordringen bør etter mitt syn søkes møtt med blant annet god informasjon til søkere og referanser om vilkår og vurderingskriteri-

er, og om myndighetenes behov for informasjon og dokumentasjon fra søkeren selv. Betydningen av god dokumentasjon på arbeid, inntekt, formue og annen tilknytning til hjemlandet må klart fremgå. God informasjon vil kunne bidra til å sikre et best mulig grunnlag for de avveiningene som må gjøres.

4. Begrunnelse

Det er også grunn til å påpeke betydningen av en tilstrekkelig konkret og for søkeren forståelig begrunnelse. Her har utlendingsforvaltningen en betydelig pedagogisk utfordring, noe som kommer klart frem i mange av klagen til ombudsmannen. Som også Puntervold Bø har påpekt, kan avslag oppleves som en beskyldning om usannheter; søkeren blir ikke trodd når han eller hun opplyser om formålet med besøket (Søkelys s. 110). Dette kan skape stor og forståelig frustrasjon. Etter mitt syn bør avslag utformes med dette for øyet.

Mitt inntrykk er at utlendingsmyndighetene har et klart forbedringspotensiale her. Formuleringen som er sitert innledningsvis om innvilgelse av visum bare i «exceptional cases» er ikke alltid like dekkende. For eksempel er formuleringen brukt i vedtak til søkere fra Russland, som begrunnelse for avslag. Statistikken viser at innvilgelsesprosenten for visumsøknader avgjort ved de norske utenriksstasjonene i Russland er nesten 99 prosent. (UDI: Tall og fakta: Visumstatistikk 2006-2007). Uten en nærmere forklaring vil en slik standard (del)begrunnelse for avslag være helt uforståelig. Det må også fremstå som uforståelig for eldre søkere med et langt liv i Pakistan bak seg at visumsøknader avslås under henvisning til at søkerne mangler tilstrekkelig tilknytning til hjemlandet («lack necessary ties to country of origin»). Når ulike søknader sees i sammenheng, kan denne standardbegrunnelsen for avslag også være vanskelig å forstå. Eksempelvis kan en visumsøker bli ansett å mangle «necessary ties» til hjemlandet, mens de samme myndighetene kan fremheve sterk tilknytning til nære slektninger i den samme søkerens sak om familiegjenforening.

I det hele tatt er begrunnelsene for avslag både ved utenriksstasjonene og i Utlendingsdirektoratet i stor grad standardiserte. Særlig synes dette å gjelde utenriksstasjonene. En slik bruk av standardformuleringer forutsetter en kritisk holdning fra de aktuelle organene og fra den enkelte saksbehandler og en bevissthet om behovet for individualisering. Utformingen av standardene er av stor betydning for avslagenes legitimitet og for utenlandske og norske borgeres tillit til norsk utlendingsforvaltning. Når mange oppfatter avslagene som diskriminerende eller krenkende, bør utlendingsforvaltningen etter mitt syn være særlig påpasselig med utformingen av sine vedtak.

For eksempel er det forståelig at søkere og referanser opplever det som støtende når avslaget begrunnes i at det ikke er «probable that she will leave Schengen after the expiry of the visa», som det heter i et vedtak fra en utenriksstasjon. I en klagesak hit ble utsagnet oppfattet som en beskyldning om løgn; både søker selv om referansen innesto jo for at søkeren ville reise tilbake. Det synes unødvendig å henvise til en slik vurdering når det sentrale er hvilke risikomomenter som foreligger i forhold til regelverk, praksis og politikk på området.

Jeg vil oppfordre Utlendingsdirektoratet til å arbeide videre med disse spørsmålene.

5. Søkere fra Pakistan

Avslagsprosenten for saker avgjort ved Den norske ambassaden i Islamabad har over tid vært høy. I 2006 ble halvparten av søknadene om visum innvilget, mot 45 % i 2005. Det har vært reist kritikk fra mange hold mot visumpraksisen. Mange pakistanske søkere mener seg forskjellsbehandlet og diskriminert i forhold til søkere fra andre land. Jeg har derfor ønsket en særskilt redegjørelse for praksisen ved denne utenriksstasjonen.

Utlendingsdirektoratet har understreket at en sammenligning av avslagsprosjenter mellom ulike utenriksstasjoner ikke alltid indikerer en reell forskjell i praksis. Dette kan skyldes blant annet sammensetning av søkermassen. Synet støttes av Woon, som i sin rapport uttaler at «avslagsprosenten er usikre indikatorer for Schengen harmonisering» (pkt. 9 bokstav p i oppsummeringen). Woon har på oppdrag fra Utlendingsdirektoratet sammenlignet visumpraksis for besøksvisum/familiebesøk ved de norske utenriksstasjonene i Islamabad og Ankara med praksis fra utvalgte Schengenland. Woon uttaler at det var vanskelig å finne sammenlignbar statistikk og få sikker kunnskap.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet vedtok i 2007 en oppmykning i praksis for borgere av Pakistan med søsken i Norge. I rundskriv AI-31/07 instrueres Utlendingsdirektoratet om å «justere praksis for når besøksvisum utstedes til borgere av Pakistan, slik at flere søsken får innvilget visum, og sikre at det iverksettes kontrollrutiner for å få klarhet i at visuminnehavere returnerer tilbake til Pakistan innen visumperioden». Det skal blant annet tillegges større vekt at søkeren er «godt voksen», har etablert familie og kan dokumentere arbeid eller eiendom av en viss verdi. Returkontrollen skal samtidig styrkes gjennom krav om personlig fremmøte for ambassaden etter retur. Det er også gitt instruks om statistikkføring, rapportering og evaluering. Jeg antar at denne praksisendringen vil imøtegå noe av den kritikken som har vært reist mot den restriktive praksisen.

Jeg har ikke funnet grunnlag for å gå videre med spørsmål omkring visumpraksisen for pakistanske søkere.

6. Avslutning

Visuminstituttet er et svært politisert område i norsk forvaltning. Det politiske preget fremgår blant annet av lovens formål. I motsetning til de fleste andre forvaltningsområder, er forskjellsbehandling etter nasjonalitet selve utgangspunktet for visumordningen. Som det fremheves både i forarbeidene til någjeldende utlendingslov og til den nye loven, vil de generelle forholdene som vektlegges på dette området kunne slå ulikt ut for borgere av ulike land. Dette kan oppleves som urimelig forskjellsbehandling eller nasjonal diskriminering og er i seg selv en utfordring for norske utlendingsmyndigheter. Hvis denne utfordringen ikke tas tilstrekkelig på alvor, kan det føre til at store grupper her i landet og utenlands vil kunne få svekket tillit til norske myndigheter.

Norge er forpliktet til å harmonisere sin visumpraksis med praksis i de øvrige Schengenlandene. I motsetning til mange av disse landene må norske utlendingsmyndigheter gi en individuell begrunnelse for sine avslag, etter de alminnelige reglene i forvaltningsloven. En henvisning til generell erfaring kan være på sin plass, men er ikke tilstrekkelig i den enkelte sak. Hver sak må vurderes individuelt og begrunnelsen for avslag må i tilstrekkelig grad reflektere de vurderinger som er gjort.

Etter den redegjørelsen Utlendingsdirektoratet har gitt og det materialet jeg har gjennomgått, har jeg ikke grunn til å gå videre med disse spørsmålene nå. Jeg vil imidlertid oppfordre Utlendingsdirektoratet til å arbeide videre med dette området av utlendingsforvaltningen, i tråd med synspunktene over. Det kan også være grunn til å se nærmere på den informasjonen som gis til visumsøkere om behovet for tilstrekkelig dokumentasjon som kan sannsynliggjøre formålet med søknaden.»

61.

Oslo politidistrikts rutiner for mottak av søknader og behandlingsgebyr i utlendingssaker – saksbehandlingstid

(Sak 2007/276)

I forbindelse med behandlingen av As søknad om bosettingstillatelse oppstod det uklarhet om behandlingsgebyret for søknaden var betalt. Ombudsmannen fant grunn til å undersøke politidistriktets rutiner for mottak og registrering av søknader og behandlingsgebyr. Det ble også stilt spørsmål om saksbehandlingstiden og politiets veiledning til søkeren.

Ombudsmannen merket seg at politidistriktet hadde endret sine saksbehandlingsrutiner etter at sa-

ken ble tatt opp, og ga uttrykk for at endringene syntes påkrevde og formålstjenlige. Politiets saksbehandlingstid ble kritisert, og på generelt grunnlag ble betydningen av nødvendig veiledning til søkere i utlendingssaker understreket.

A hadde i flere år hatt arbeidstillatelse i Norge på grunnlag av familiegjeforening med herboende ektefelle/partner. Ved Oslo politidistrikts vedtak 19. juli 2004 ble han gitt arbeidstillatelse på dette grunnlag frem til 26. juni 2005. I 2005 fremsatte A søknad om bosettingstillatelse. Ifølge ham selv ble søknaden innlevert ved politidistriktet allerede i april 2005, dvs. før utløpet av arbeidstillatelsen, men det var ikke registrert noen søknad på dette tidspunkt hos politiet. A hevdet at han etter å ha purret på svar, fikk opplyst fra politiet at kvitteringen for betalt behandlingsgebyr var borte. Han hadde ikke selv noen kvittering som kunne dokumentere at det ble betalt behandlingsgebyr i forbindelse med søknaden.

I brev 16. november 2005 klaget han til politidistriktet over sen behandling av søknaden om bosettingstillatelse. Brevet ble sendt i kopi til ombudsmannen og Utlendingsdirektoratet. Etter dette var det muntlig kontakt mellom A og politiet, der han på nytt hevdet at søknaden om bosettingstillatelse ble fremsatt i april 2005.

A fremsatte 9. desember 2005 ny søknad om bosettingstillatelse ved Oslo politidistrikt, men uten å betale behandlingsgebyr. I et vedlegg til søknaden viste han til at han allerede hadde betalt gebyr for søknadsbehandlingen og ikke hadde mulighet til å betale samme gebyr to ganger «grunnet forsømmelse/rot i forvaltningen». Det ble i dette tilfellet opprettet sak ved politidistriktet, til tross for manglende gebyrinnbetaling. Spørsmålet om gebyrinnbetaling kunne unnlates ble vurdert av Utlendingsdirektoratet, som 6. oktober 2006 besluttet å returnere søknaden til A med anmodning om at den ble fremmet på riktig måte sammen med dokumentasjon på betalt gebyr. Søknaden ble dermed ikke tatt under behandling av utlendingsmyndighetene.

Etter dette innleverte A en ny søknad om bosettingstillatelse 7. november 2006 og betalte behandlingsgebyret. Politidistriktet noterte på søknaden at gebyret var betalt.

A klaget til ombudsmannen over Oslo politidistrikts saksbehandling av søknaden. Han anførte i klagen at han hadde måttet betale behandlingsgebyret for søknad om bosettingstillatelse to ganger, og at han i november 2006 for tredje gang måtte levere en ny søknad. A opplyste at søknaden fortsatt ikke var avgjort, til tross for flere purringer til Oslo politidistrikt, og at han som en «direkte konsekvens av denne kaotiske saksbehandling» ikke hadde hatt arbeidsinnpekt i 2006.

Det ble i første omgang tatt muntlig kontakt med politidistriktet, som i telefonsamtale opplyste at søknaden var ferdigbehandlet hos politiet og at saken var sendt til Utlendingsdirektoratet for videre behandling. Ombudsmannen mottok senere kopi av direktoratets vedtak 14. mai 2007, der As søknad om bosettingstillatelse ble avslått.

Etter en gjennomgang av saksdokumentene ble A orientert om at det var funnet grunn til å undersøke enkelte sider ved Oslo politidistrikts saksbehandling nærmere. Han fikk samtidig opplyst at ombudsmannen vanskelig kunne få avklart uenigheten om de faktiske omstendighetene i saken.

I brev herfra ble politidistriktet bedt om å besvare en rekke spørsmål knyttet til sine rutiner i forbindelse med mottak av søknader, per post og ved personlig innlevering. Videre ble det bedt om en redegjørelse for rutinene ved mottak av gebyrinnbetaling, både ved kontantbetaling og på annet vis.

Det ble også vist til at spørsmålet om As søknad mottatt 9. desember 2005 kunne behandles uten dokumentasjon på betalt gebyr først ble oversendt Utlendingsdirektoratet for endelig avgjørelse 16. mai 2006. Politidistriktet ble bedt om å redegjøre for årsaken til at saksbehandlingen av dette spørsmålet tok fem måneder, og det ble bedt om en kort begrunnelse for fremgangsmåten som ble valgt. Politiet ble også spurt om A fikk veiledning om hvilke konsekvenser en slik fremgangsmåte kunne få.

I svaret hit redegjorde Oslo politidistrikt først for sine rutiner vedrørende gebyr ved kontantinnbetaling:

«Ved kontantinnbetaling i vår publikumsekspedisjon gis hver enkelt gebyrinnbetaling et eget løpenummer i vårt datasystem som også fremkommer på kvitteringsutskrifter. Det tas to kvitteringsutskrifter, den ene vedlegges saken og den andre gis til søker. Innbetalingens løpenummer registreres inn på eget felt i datasystemet på saken og anmerkes som kontantinnbetaling. Disse rutinene ble iverksatt 7. desember 2006, etter at en egen betalingsprotokoll var implementert i datasystemet.

Før denne dato ble kontantinnbetalinger anmerket på selve saken med dato og gebyr betalt samt at det ble innregistrert kontantinnbetaling i eget felt i datasystemet på saken, men uten eget løpenummer på innbetalingen.

Det kan nevnes at før 7.12.2006 var det i vår publikumsekspedisjon kun søknader som ble *innlevert* som det ble krevet gebyr for. Det var ikke mulig å betale gebyr og *ikke* levere søknad. Alle søknader som ble betalt kontant ble merket med dato og gebyr betalt på selve søknaden av saksbehandler i ekspedisjonen».

Det ble deretter redegjort for rutinene ved søknader innsendt pr. post. Politidistriktet opplyste at det krever at original kvittering er vedlagt søknaden, og

viste til Rundskriv 2003/022 fra Politidirektoratet. Deretter uttalte politidistriktet:

«Når søknad mottas pr. post sjekkes søkegrunnlaget, om gebyr er betalt, om gebyret er korrekt og om kvittering er originalkvittering. Deretter registreres gebyret inn i datasystemet på aktuell søknad med innbetalingsnummer, betalingsdato og betalingstype. Alle søknader mottatt pr. post stemples mottatt med Utlendingsseksjonens datostempel.

Det tas utskrifter av betalingsprotokollen til vedlegg ved regnskapet hvor det fremgår når gebyret er betalt og hvordan.

Søknader som er gebyrpliktige og hvor det ikke er betalt gebyr eller gebyret er mangelfullt returneres som beskrevet i RS 2003/022.

Søknadene har i slike tilfeller ikke blitt registrert inn i vårt datasystem. Vi har nå innsett at dette gir grunnlag for diskusjoner hvorvidt en søknad virkelig er returnert eller kommet bort i posten. Vi har derfor pr. 2.7.2007 endret vår praksis slik at alle søknader registreres inn i vårt datasystem, og på de som returneres, anmerkes manglende/for lite betalt gebyr/kvittering mangler».

På spørsmål om muligheten til å «spore» gebyrinnbetalinger til riktig søker/betaler, svarte politidistriktet:

«Vi har muligheter til å sjekke innbetalinger inn til vår gebyrkonto, men det krever at vi får opplysninger om nøyaktig dato for innbetalingen og hvor innbetalingen har skjedd. Dessverre betales mange gebyr inn som kontantbetaling (ikke overføring fra konto) i post eller bank med manglende opplysninger om avsender. Dette gjør det svært vanskelig å spore en enkeltinnbetaling ut fra motakerkonto når kvittering mangler og det er usikre opplysninger om når betalingen faktisk skjedde.

Alle innbetalinger blir ved vårt økonomikontr registrert inn med blankettnummer og kan spores via dette selv om avsender mangler, men dette fordrer da at det foreligger en kopi av kvitteringen slik at blankettnummeret fremkommer».

Politidistriktet uttalte deretter følgende om behandlingen av As søknad 9. desember 2005:

«Når det gjelder As søknad av 9.12.2005 så ble det sjekket opp mot innbetalte gebyrer fra postkontoret i den aktuelle perioden. Det var flere kontantinnbetalinger fra posten i denne perioden uten at noen kunne knyttes spesifikt til A.»

Om saksbehandlingstiden i As sak het det videre:

«Når det gjelder selve saksbehandlingstiden av sak 005 så ble den videresendt til UDI den 16.5.2006 etter at saksbehandler pr. tlf. den 28.4. etterlyste manglende dokumentasjon. Vi hadde i 2006 en ordinær behandlingstid på fornyelses-søknader på ca. 3 måneder, i dette tilfellet ble saken dessverre liggende i 4,5 måned før den ble behandlet. Dette skyldes utskiftning av ansatte med påfølgende opplæring av nyansatte, noe som

dessverre har gjort at saksbehandlingstiden for søknadene på denne tiden ble ekstra lang.

Vi anser at dette er en beklagelig sak både for søker og oss idet det er vanskelig å få utredet hva som egentlig har skjedd. Og på bakgrunn av dette har vi som nevnt over endret våre rutiner på flere områder for om mulig å unngå en lignende sak i fremtiden».

På spørsmålet om A fikk veiledning om hvilke konsekvenser det kunne få at han innleverte ny søknad om bosettingstillatelse 9. desember 2005 uten å innbetale behandlingsgebyret viste politidistriktet til at det hadde vært flere telefonsamtaler mellom A og politiets saksbehandlere, uten at saksbehandlerne i ettertid kunne huske nøyaktig hva som ble sagt til ham om dette. Politiet fant det derfor ikke mulig å utdype spørsmålet om veiledning nærmere.

Utlendingsnemnda opprettholdt 19. oktober 2007 Utlendingsdirektoratets avslag på As søknad om bosettingstillatelse. Vedtaket ble ikke brakt inn for ombudsmannen til vurdering.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Saksbehandlingen av As søknad 9. desember 2005

1.1 Saksbehandlingstiden

Det tok over 5 måneder fra A leverte sin søknad om bosettingstillatelse 9. desember 2005 til saken ble oversendt til Utlendingsdirektoratet for endelig avgjørelse av om den kunne behandles uten dokumentasjon på betalt gebyr. Politidistriktet har opplyst at saken ble liggende hos politiet i 4 ½ måned før det ble klart at det var behov for å avklare den med direktoratet. Samlet gikk det ca. 10 måneder fra A leverte søknaden, til han 6. oktober 2006 fikk beskjed fra direktoratet om at han måtte betale gebyr for å få søknaden behandlet.

Politidistriktet har i brevet hit 5. september 2007 beklaget den lange saksbehandlingstiden og uttalt at saken skulle ha vært gitt prioritet og blitt behandlet med en gang. Dette er jeg enig i.

Jeg har forståelse for at saksbehandlingstiden kan påvirkes av en situasjon med stor utskiftning av ansatte, slik politidistriktet har redegjort for i svaret hit. Det er imidlertid viktig at behandlingen av søknadene innrettes slik at det så snart som mulig avklares om formelle vilkår for å få søknadene behandlet, som for eksempel innbetaling av gebyr, er oppfylt. Dersom slike forhold ikke avklares raskt, slik at søker kan ha mulighet til å rette opp forholdet, vil saksbehandlingstiden fort kunne bli uakseptabel lang. At saken har ligget i 4 ½ måned hos politiet før det ble avklart at dokumentasjon manglet, er ikke tilfredsstillende. Politidistriktets beklagelse er på sin plass.

1.2 Veiledning om fremgangsmåte ved søknad og saksbehandlingen

As søknad 9. desember 2005 ble innlevert til politiet uten dokumentasjon på betalt behandlingsgebyr, men med en skriftlig forklaring fra ham om årsaken til dette. Han anførte at han hadde betalt gebyret tidligere, uten å få søknaden behandlet. At A leverte søknaden uten å betale gebyr bidro til at søknadsprosessen ble forsinket, ettersom Utlendingsdirektoratet ikke aksepterte at søknaden ble behandlet uten dokumentasjon på gebyrinnebetaling.

Politidistriktet har ikke kunnet redegjøre nærmere for om A, da søknaden ble levert 9. desember 2005 uten kvittering på betalt gebyr, fikk veiledning om hvilke konsekvenser dette kunne få for saksbehandlingstiden. På generelt grunnlag vil jeg imidlertid bemerke at det er viktig at søkere gis veiledning, slik at de selv kan ta et informert valg i tilfeller hvor det er mulig å velge ulike fremgangsmåter ved søknadsprosessen. Dersom det gis muntlig veiledning om slike særskilte problemstillinger, vil det også være best i samsvar med god forvaltningsskikk å notere på saken hvilken informasjon som har blitt formidlet til søkeren, slik at dette senere lar seg bringe på det rene.

Jeg har for øvrig merket meg at politiet i brevet 16. juli 2007 uttaler at det på grunnlag av Utlendingsdirektoratets avgjørelse av gebyrspørsmålet i denne saken, heretter ikke anses å ha «noen hensikt å forsøke å få en søknad behandlet hvis det kan stilles tvil om gebyr er betalt».

2. Politidistriktets rutiner for mottak av søknader og gebyrinnebetaling

Oslo politidistrikt har redegjort for rutinen ved mottak av søknader og gebyrinnebetalinger. Det fremgår at gebyrpliktige søknader som mottas per post, og hvor dokumentasjon på betalt gebyr mangler eller gebyret er mangelfullt, tidligere har blitt returnert uten at søknaden er blitt registret inn i politiets datasystem. Jeg har merket meg at politidistriktet i juli 2007 endret praksis slik at samtlige søknader heretter registreres i datasystemet, også de som returneres på grunn av for lite betalt/manglende dokumentasjon på betalt behandlingsgebyr. Endringen synes påkrevet og formålstjenlig, og vil formodentlig kunne bidra til å avklare usikkerheten som i enkelte tilfeller kan oppstå om hvorvidt en søknad faktisk er mottatt og returnert til søker på grunn av manglende gebyrinnebetaling. Dette vil igjen bidra til å øke tilliten til systemet. Jeg har for øvrig ingen merknader til de rutinen som er beskrevet, og lar denne siden av saken bero med den redegjørelsen som politidistriktet har gitt.»

62.

Politiets og Utlendingsdirektoratets saksbehandling i bortvisningssak

(Sak 2007/236)

I en bortvisningssak ble utlendingens advokat i utgangspunktet gitt en uttalelsesfrist på 18 minutter. Etter anmodning ble fristen forlenget noe. Etter at bortvisningsvedtak var fattet, ble utlendingen gitt en frist på 10 minutter til å begjære utsatt iverksetting. Advokaten ble ikke informert om vedtaket før dagen etter, og da var utlendingen allerede uttransportert. Utlendingsdirektoratets vedtak i klagesaken forelå først etter neste tre år.

De særskilte hensynene som gjør seg gjeldende i bortvisningssaker tilsier at det må kunne settes korte frister i forbindelse med saksbehandlingen. Fristene må imidlertid være lange nok til at muligheten til å reagere blir reell. I dette tilfellet var de fristene som politiet i utgangspunktet satte for korte. Advokaten burde videre ha vært informert om vedtaket før fristen for begjæring av utsatt iverksetting utløp. Utlendingsdirektoratets behandlingstid på nesten tre år i klagesaken var klart uakseptabel. Det burde også ha vært sendt foreløpig svar og forsinkelsesmelding under sakens gang.

A ankom en norsk flyplass om ettermiddagen 24. februar 2004. Hun ble stoppet av politiet fordi hun ikke kunne fremvise gyldig visum til Norge. Forhåndsvarsel om mulig bortvisning etter utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 27 første ledd bokstav a ble mottatt av As fullmektig, advokat B, kl. 18.42. I varselet var det satt frist for uttalelse til kl. 19.00. Det fremgikk også at effektueringen av bortvisningen var planlagt å skulle skje kl. 21.45.

I telefonsamtale med politiet fikk advokaten utsatt uttalelsesfristen, og kl. 19.48 ble uttalelse sendt via telefaks til politidistriktet. Det ble akseptert at A ikke hadde hatt påkrevd visum, men ettersom det berodde på en misforståelse at det ikke var søkt om visum på forhånd og A skulle besøke nærstående i Norge, ble politiet anmodet om å utstede et nødvisum, jf. utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 113. Advokaten ga videre uttrykk for at dersom det ble fattet vedtak om bortvisning, skulle uttalelsen betraktes som en klage på bortvisningsvedtaket. Klagen ble forutsatt behandlet av Utlendingsdirektoratets hjemmевakt før det varslede utreisetidspunktet kl. 21.45.

A fikk kl. 19.50 overlevert politiets vedtak om bortvisning. Frist til å begjære utsatt iverksetting var satt til kl. 20.00. Hun ble utsendt klokken 21.45. Bortvisningsvedtaket ble først oversendt og mottatt av hennes advokat dagen etter.

Utlendingsdirektoratet vedtok 5. februar 2007 å opprettholde politiets bortvisning og avslaget på anmodningen om nødvisum.

Advokaten klaget til ombudsmannen over politidistriktets fremgangsmåte og Utlendingsdirektoratets saksbehandlingstid i bortvisningssaken. Det ble stilt spørsmål om fristene som var gitt A var tilfredsstillende for å kunne ivareta hennes interesser i saken. Videre ble det spurt om det var kurant at politiet bare meddelte bortvisningsvedtaket til parten selv, med ti minutters frist til å begjære utsatt iverksetting, i en situasjon der hun var representert av fullmektig. Endelig ble det satt spørsmålsteget ved direktoratets saksbehandlingstid på nesten tre år. Det ble også vist til at det ikke var gitt noen underretning om fremdriften under sakens gang.

Etter en gjennomgang av saksdokumentene innhentet fra Utlendingsdirektoratet ble det besluttet å undersøke bortvisningssaken nærmere. I brev herfra ble direktoratet bedt om å opplyse om det er vanlig at det gis så vidt korte frister i saker om bortvisning ved innreise, og å redegjøre for sitt syn på om slike frister er forenlig med grunnleggende krav til forsvarlig saksbehandling. Direktoratet ble også bedt om å komme med sitt syn på om politiets kommunikasjon med advokaten var i tråd med gjeldende regler og retningslinjer. Til slutt ble direktoratet bedt om å redegjøre for den lange saksbehandlingstiden og opplysningene om at det ikke var gitt noen tilbakemelding om fremdriften under sakens gang.

I sitt svarbrev opplyste Utlendingsdirektoratet at det hadde innhentet en rapport fra politidistriktet om de spørsmålene som gjaldt politiets saksbehandling. Ifølge rapporten hadde politiet ikke funnet grunnlag for å fremme spørsmålet om utstedelse av nødvisum for Utlendingsdirektoratets hjemmевakt. Avgjørelsen om ikke å fremme advokatens klage på bortvisningsvedtaket for direktoratets hjemmевakt ble begrunnet på følgende måte:

«Politiet planla uttransport av A til X med fly kl. 21.45. På grunn av tidsaspektet ble det vurdert slik at politiets kapasitet måtte brukes til å få A uttransportert samme kveld. Alternativet hadde vært å la A sitte i politiets sentralarrest hele natten for så å iverksette bortvisningsvedtaket i løpet av neste dag. Politiet mente at resultatet av en klage var så åpenbar at dette ikke ville være forsvarlig, ikke minst av hensyn til den bortviste selv.»

På bakgrunn av dette mente politiet at fristene som ble gitt var forsvarlige, og opplyste «at de ikke avviker fra mange andre slike saker, hvor man er avhengig av flyselskapenes rutetider for ikke å belaste de bortviste for mye ved å sitte i politiets arrest unødige lenge». Politiet opplyste at «dersom det hadde vært den minste tvil i saken, ville utsendelsen ikke

blitt foretatt før klagen var blitt behandlet av Utlendingsdirektoratet».

Om lengden på tilsvarsfristene som settes i saker om bortvisning ved innreise uttalte direktoratet følgende:

«Direktoratet mener at det i bortvisningssaker skal forhåndsvarsles i tråd med forvaltningsloven § 16 første ledd, men at det kan settes en kort tilsvarsfrist ettersom det ofte vil være ønskelig å ordne en rask uttransport. Politiet må sørge for at utlendingen får tilstrekkelig mulighet til å fremlegge sine synspunkter. Etter at utlendingen har hatt anledning til å uttale seg, kan det fattes et eventuelt vedtak om bortvisning. Etter direktoratets mening vil de konkrete omstendighetene i saken avgjøre hvor lang tilsvarsfrist som gis, og i nærværende sak mener direktoratet at tilsvarsfristen som ble satt totalt sett var forsvarlig etter at denne ble utsatt.»

Direktoratet uttalte videre om fristen for å begjære utsatt iverksetting at «fristens lengde må avveies mot hensynet til at det fra et utlendingskontrollsynspunkt ikke er ønskelig å underlegge utlendinger unødig frihetsberøvelse», og at en kort frist for begjæring av utsatt iverksetting i bortvisningssaker dermed er forsvarlig. Om fristen som ble satt i denne saken het det bl.a.:

«Selv om uttransport var planlagt til samme kveld, ser imidlertid direktoratet at det i denne saken hadde vært mulig å sette en frist for begjæring av utsatt iverksettelse til noe senere enn til kl. 20.00.

Direktoratet er imidlertid av den oppfatning at omstendighetene i nærværende sak etterlater et inntrykk av at A hadde hatt tilstrekkelig tid til å overveie om hun ville begjære utsatt iverksettelse av bortvisningsvedtaket. Utsatt iverksetting vil normalt ikke gis dersom begjæringen eller klagen ikke inneholder nye opplysninger av betydning for saksutfallet. Det fremkommer ikke av saken at advokat B hadde ytterligere innsigelser til et bortvisningsvedtak utover ønsket om at det ble utstedt nødvisum, ettersom han i tilsvaret til forhåndsvarselet hadde bedt om at dette også var å anse som en klage på et eventuelt vedtak.»

På spørsmålet om underretningen om vedtaket svarte direktoratet følgende:

«A var i saken representert ved advokat, og selv om hun personlig ble underrettet om vedtaket, mener Utlendingsdirektoratet at politiet i henhold til UDIs rundskriv 2001-024 skulle ha underrettet advokat B om vedtaket og fristen for begjæring om utsatt iverksettelse allerede 24.2.2004, og ikke dagen etter at vedtaket hadde blitt fattet.»

Om saksbehandlingstiden skrev direktoratet:

«Hva gjelder den generelle saksbehandlingstiden vedrørende politiets bortvisningsvedtak, har saksbehandlingstiden på grunn av en betydelig

arbeidsmengde, vært lang. Klagene er behandlet etter når de er fremsatt, med mindre det har vært særskilt grunnlag for å prioritere enkelte saker. Dette er for øvrig saker hvor effektivering av vedtaket er gjennomført.

I henhold til Arbeids- og inkluderingsdepartementets tildelingsbrev, er det gitt føringer med hensyn til hvilke sakstyper som skal prioriteres. Klagebehandling av politiets bortvisningsvedtak er ikke blant de prioriterte sakstyper.»

Utlendingsdirektoratet erkjente imidlertid at en saksbehandlingstid på nesten tre år ikke var tilfredsstillende. Den lange saksbehandlingstiden kunne, ifølge direktoratet, delvis forklares med at klagen i saken ved en inkurie ikke ble ekspedert til utvisningsenheten da den kom inn, men i stedet ble liggende i sentralarkivet i nesten 13 måneder. Dette ble sannsynligvis oppdaget ved en rutinemessig gjennomgang av datasystemet. Videre het det:

«Direktoratet beklager den lange saksbehandlingstiden, men vil bemerke at det med en så stor saksmengde som den som ekspederes inn til direktoratets arkivtjeneste hver dag, ikke er mulig å sikre at menneskelig svikt ikke skjer og at feilekspederinger som den ovennevnte beskrevne kan inntreffe.»

Direktoratet opplyste at det ikke gis rutinemessige opplysninger under sakens gang om når en bortvisningssak kan forventes behandlet, men at direktoratets opplysningstjeneste ved forespørsel gir informasjon om fremdriften.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Innledning

Ifølge utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 27 første ledd bokstav a kan en utlending bortvises ved innreise blant annet dersom vedkommende ikke viser gyldig visum når dette er nødvendig. Vedtak om bortvisning på dette grunnlaget treffes av politiet, jf. § 31 første ledd første punktum, og kan påklages til Utlendingsdirektoratet, jf. § 38 annet ledd første punktum.

En utlending som vurderes bortvist skal forhåndsvarsles etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 16, jf. Utlendingsdirektoratets rundskriv 2001-024 OPA pkt. II 2. Politiet skal gjøre utlendingen oppmerksom på retten til fullmektig og rettshjelp, jf. utlendingsloven § 34 og forvaltningsloven § 12. Politiet skal også bistå med å ta kontakt med advokat dersom utlendingen ønsker det, jf. utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 147 første ledd.

Ifølge direktoratets rundskriv 2001-024 OPA pkt. II 2 skal politiet «underrette utlendingen/utlendingens advokat om vedtaket, klageadgang og frist for begjæring om utsatt iverksetting». Politiet må

også «sørge for at advokat/fullmektig er tilgjengelig ifm. underretningen».

Vedtaket om bortvisning kan iverksettes straks, jf. utlendingsloven § 39 første ledd første punktum, men det kan begjæres utsatt iverksetting etter forvaltningsloven § 42, jf. utlendingsloven § 39 første ledd siste punktum. Det er opp til forvaltningen, i dette tilfellet politiet, å avgjøre om utsatt iverksetting skal gis, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) side 157.

2. *Politiets frister i forbindelse med bortvisningen*

I dette tilfellet ble forhåndsvarsel om utvisning sendt advokaten på telefaks klokken 18.42, med uttalefrist til klokken 19.00. Etter telefonsamtale ble fristen utsatt og tilsvar ble sendt politiet kl. 19.48. Utlendingsdirektoratet har uttalt at fristen «totalt sett var forsvarlig etter at denne ble utsatt». Dette forstås dit hen at direktoratet erkjenner at en uttalefrist på 18 minutter, som det i første omgang var lagt opp til, ikke ville ha vært forsvarlig.

Politiets vedtak om bortvisning ble overlevert A kl. 19.50 med frist til å begjære utsatt iverksetting kl. 20.00. Direktoratet har vedgått at «det i denne saken hadde vært mulig å sette en frist for begjæring av utsatt iverksettelse til noe senere enn til kl. 20.00».

I saker om bortvisning ved innreise gjør det seg gjeldende særskilte hensyn som tilsier at det må kunne settes korte frister. Formålet med ordningen er bl.a. å forhindre at personer som ikke fyller vilkårene for innreise i riket, kommer inn, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) side 154 og 157. Jeg kan slutte meg til Utlendingsdirektoratets utsagn om at «fristens lengde må avveies mot hensynet til at det fra et utlendingskontrollsynspunkt ikke er ønskelig å underlegge utlendinger unødige frihetsberøvelse». Fristene må imidlertid være lange nok til at muligheten for utlendingen selv, eller hans fullmektig, til å komme med tilsvar eller begjære utsatt iverksetting, blir reell. Bare slik vil utlendingens rettsikkerhet kunne ivaretas. Dette innebærer at det må gis tilstrekkelig tid for fullmektigen til å sette seg inn i saken, faktisk og rettslig, og til å konferere med sin klient om dennes ønsker og vurderinger.

Fristen til uttalelse på 18 minutter som ble satt i forhåndsvarselet fremstår som svært kort. Med tanke på at fristen i dette tilfellet ble utsatt, har jeg imidlertid ikke grunnlag for å kritisere at vedtaket ble fattet. Fristen på 10 minutter til å begjære utsatt iverksetting var også kort, og den kunne med fordel ha vært noe lengre. Jeg forstår det slik at direktoratet deler dette synet.

Direktoratet bes merke seg mine synspunkter på politiets fristfastsettelse og følge opp dette slik at de frister som settes gir en reell mulighet for utlendingen til å komme med sine synspunkter og hevde sine rettigheter.

3. *Politiets plikt til å informere advokat eller fullmektig*

Advokat B ble ikke informert om bortvisningsvedtaket før dagen etter det var fattet, og hans klient allerede var uttransportert. I telefaks til advokaten begrunnet politiet dette med at han ikke hadde bedt om dette i sitt tilsvar på forhåndsvarselet, og at «dette var lenge etter normal arbeidstid».

Det fremgår av forvaltningsloven § 12 tredje ledd annet punktum at «[a]lle meddelelser og henvendelser fra forvaltningsorganet skal skje til partens fullmektig for såvidt forholdet dekkes av fullmakten». Ifølge direktoratets rundskriv 2001-024 OPA pkt. II 2 skal politiet «underrette utlendingen/utlendingens advokat om vedtaket, klageadgang og frist for begjæring om utsatt iverksetting». Det følger av dette at det, der parten er representert ved fullmektig, ikke er tilstrekkelig at parten selv informeres om vedtak og andre hendelser i saken.

Saker om bortvisning «er preget av rask saksbehandling og rask iverksetting, samtidig som sakene ... som regel gjelder utlendinger med svært begrensede eller ingen kunnskaper om norsk språk og lovverk», jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 376. Om den ti minutter lange fristen til å begjære utsatt iverksetting skriver direktoratet at «omstendighetene i nærværende sak etterlater et inntrykk av at A hadde hatt tilstrekkelig tid til å overveie om hun ville begjære utsatt iverksettelse av bortvisningsvedtaket». Direktoratets vurdering er lite treffende all den tid utlendingens forutsetninger for selv å vurdere dette i mange tilfelle vil være dårlige. De hensyn som er trukket frem ovenfor understreker hvor viktig det er at advokat eller annen fullmektig underrettes tidsnok til at de kan reagere innenfor de frister politiet har satt. Det er også avgjørende at politiet forsikrer seg om at advokaten er tilgjengelig i forbindelse med underretningen. I dette tilfellet burde advokaten, som direktoratet har vedgått, vært informert om vedtaket og fristen for å begjære utsatt iverksetting før denne fristen utløp. Det er en klar feil at dette ikke ble gjort.

Om det i det enkelte tilfellet skal gis utsatt iverksetting vil bero på en fri skjønnsmessig vurdering fra forvaltningens side. Slik saken er opplyst, fremstår det som lite sannsynlig at politiet ville ha gitt utsatt iverksetting selv om det hadde vært bedt om dette. Saken gir ikke foranledning til å gå nærmere inn på virkningene av politiets handlemåte.

Direktoratet må merke seg det som her er sagt om politiets plikt til å varsle utlendingens fullmektig om vedtak og hendelser i saken, og forsikre seg om at politiet følger de anvisninger som er gitt i direktoratets rundskriv 2001-024 OPA.

4. Direktoratets saksbehandlingstid i klagesaken

Bortvisningsvedtaket ble påklaget av advokat B i telefaks 24. februar 2004. Saken ble, etter det oppgitte, mottatt ved direktoratets sentralarkiv 15. mars 2004, mens vedtak først ble fattet 5. februar 2007. Behandlingstiden i klagesaken har dermed vært nesten tre år.

Det kan forstås at klager i saker der vedtaket allerede er effektivert ikke er høyest prioritert av de sakstypene som behandles i direktoratet. At behandlingen av klager på bortvisningsvedtak tar noe tid, har i de fleste tilfeller neppe umiddelbare konsekvenser for klagerne. En saksbehandlingstid på tre år er likevel klart uakseptabel og kritikkverdig. I sitt brev hit har direktoratet beklaget den lange saksbehandlingstiden. Beklagelsen er på sin plass, og det kunne med fordel vært inntatt en beklagelse også i det vedtaket som ble oversendt klagerens advokat.

Direktoratet har opplyst at innkomne klager i utgangspunktet behandles i den rekkefølgen de er fremsatt. Samtidig har direktoratet vist til at den lange saksbehandlingstiden delvis kan forklares med at klagen, ved en inkurie, ikke ble ekspedert til utvisningsenheten da den kom inn, men ble liggende ubehandlet i sentralarkivet i nesten 13 måneder. Jeg har merket meg at det også etter at saken ble gjenfunnet i sentralarkivet tok 22 måneder før saken ble avgjort. Det fremstår som noe uklart hvilken prioritet saken ble gitt etter at feilen ble avdekket. Saken skulle på dette tidspunkt i alle fall ha vært behandlet slik at vedtak ble fattet senest innen det tidspunkt andre klager fra samme tidsperiode ble avgjort. Det fremstår ut fra direktoratets redegjørelse som uklart om dette har skjedd.

Det er kritikkverdig at klagesaker blir forlagt slik som her. Selv om feil selvsagt kan forekomme, må direktoratet fortløpende følge opp sine rutiner med sikte på å hindre slike feil.

Etter forvaltningsloven § 11 a tredje ledd skal forvaltningen, i saker som gjelder enkeltvedtak, sende parten et foreløpig svar dersom saken ikke kan avgjøres innen en måned etter at den er mottatt. I det foreløpige svaret skal det så vidt mulig opplyses når svar kan forventes, og redegjøres for hvorfor henvendelsen ikke kan behandles tidligere. Forvaltningsorganet kan ta nødvendige forbehold i den grad det er usikkert hvor lang saksbehandlingstiden vil bli.

I 2004 gjennomførte jeg av eget tiltak en undersøkelse av enkelte saksbehandlingsrutiner i Utlendingsdirektoratet, se sak 2004/1281 som er omtalt i årsmeldingen for 2004 s. 166-172. Ved avslutningen av saken uttalte jeg på generelt grunnlag bl.a.:

«God forvaltningsskikk tilsier at parten orienteres dersom de opplysninger om forventet saksbe-

handlingstid 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.»

Direktoratet har opplyst at det ikke gis rutinemessige opplysninger om når en bortvisningssak kan forventes behandlet. Dette forstås slik at det verken sendes foreløpig svar eller forsinkelsesmelding under sakens gang. Tatt i betraktning den tilsynelatende lange behandlingstiden for klager på bortvisningsvedtak, er dette i strid med forvaltningslovens regler om foreløpig svar. Direktoratet må derfor sørge for å ha rutiner som sikrer at foreløpig svar sendes ut i slike saker, i alle fall i de tilfeller adressen til klageren eller vedkommendes fullmektig er kjent. Det bør også være rutiner som sikrer at klagerne blir informert dersom saksbehandlingstiden viser seg å bli vesentlig lengre enn tidligere forespeilet. Direktoratet bes om å holde meg orientert om arbeidet med å etablere slike rutiner.»

I et senere brev opplyste Utlendingsdirektoratet at det ble arbeidet med å etablere en teknisk løsning i DUF for utsendelse av automatisk melding om forventet saksbehandlingstid ved opprettelse av nye saker. Ifølge direktoratet ville det i denne forbindelse også bli innført rutiner for utsendelse av forsinkelsesmeldinger.

Direktoratet opplyste videre at det arbeidet med en revisjon av rundskriv 2001-024, og at det i det reviderte rundskrivet blant annet ville komme tydeligere frem at utlendingen skal gis en reell mulighet til å uttale seg, herunder gis tid til å konferere med sin advokat. I rundskrivet ville det også bli gjort presiseringer i forhold til utlendingenes rett til en advokat og understreket at politiet må påse at advokaten er tilstede/tilgjengelig ved behandlingen av utvisningssaken, herunder behandling av begjæring om utsatt iverksetting. Utlendingsdirektoratet redegjorde også for informasjonsarbeidet som var planlagt i forbindelse med ikrafttredelsen av det nye regelverket.

Ombudsmannen fant etter dette å kunne la saken bero med den redegjørelsen som var gitt av direktoratet. Det ble for ordens skyld bedt om å få oversendt et eksemplar av det reviderte rundskrivet når det var ferdigstilt.

Utlendingsdirektoratet ga 13. oktober 2008 rundskriv RS 2008-049 med nærmere retningslinjer for saksbehandlingen i forbindelse med saker om bortvisning etter innreise og utvisning i hastesaker. Rundskrivet erstatter rundskriv 2001-024.

63.

Innhenting og bruk av spesifikk landinformasjon i asylsak

(Sak 2007/435)

Utlendingsnemnda v/nemndleder av slo en omgjøringsbegjæring i en asylsak etter at nemnda hadde innhentet spesifikk landinformasjon gjennom Landinfo og den norske ambassaden i vedkommende land (Landinfo-respons). Klageren, som først fikk innsyn i responsen etter at avslaget var truffet, var kritisk til blant annet utformingen av informasjonen.

Ombudsmannen kritiserte nemnda for manglende journalføring av forespørselen til Landinfo og Landinfo-responsen. Det ble også kritisert at klageren ikke fikk innsyn på et tidligere tidspunkt. Ombudsmannen ga uttrykk for at det kunne settes spørsmålsteget ved flere sider ved ambassadens svar, og manglende mulighet for kontroll av svaret ble ansett som lite tilfredsstillende. Det ble imidlertid ikke funnet grunn til å gå videre med den konkrete saken.

As søknad om asyl i Norge ble avslått av Utlendingsdirektoratet og deretter av Utlendingsnemnda v/nemndleder 15. april 2004. Nemnda fant det ikke sannsynliggjort at A risikerte forfølgelse ved en retur til Etiopia på grunn av sin tilknytning til organisasjonen B. En begjæring om omgjøring ble ikke tatt til følge av nemnda v/nemndleder senere samme år.

Etter en ny begjæring om omgjøring rettet nemnda en henvendelse via Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon (Landinfo) til Den norske ambassaden i Addis Abeba. I svaret – formidlet gjennom Landinfo-respons – ble det uttalt at det ikke var noen studentdemonstrasjoner i byen Y på de tidspunktene som A hadde hevdet. Siden demonstrasjonene var «en svært sentral del av klagerens asylforklaring», fant nemnda v/nemndleder i juli 2006 det klart at forklaringen ikke kunne legges til grunn. Nemnda besluttet i november 2006 og februar 2007 ikke å ta til følge nye omgjøringsbegjæringer fremsatt i saken.

Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS) klaget hit på vegne av A. Klagen gjaldt nemndas bevisvurdering, behandlingsformen i nemnda og utformingen av Landinfo-respons. NOAS var kritisk til utformingen av og innholdet i denne responsen, som ikke ble oversendt klageren til uttalelse før omgjøringsbegjæringen ble avslått. As forklaring ble ifølge NOAS støttet av vitneuttalelser fra to etiopiske asylsøkere i andre europeiske land, og forklaringen om fengsling og mishandling ble støttet av en uttalelse fra en psykologspesialist. NOAS viste også til at nemndas oppfatning av den generelle risikoen for sympatisører med organisasjonen B i Etiopia ble imøtegått av flere, blant annet en uavhengig forsker med særlige kunnskaper om Etiopia. Videre ble det anført at de motstridende bevisene og nye opplysningene i saken burde ha vært vurdert av full nemnd i nemndsmøte, ikke bare av nemndleder alene.

gene i saken burde ha vært vurdert av full nemnd i nemndsmøte, ikke bare av nemndleder alene.

Etter å ha innhentet og gjennomgått saksdokumenter fra Utlendingsdirektoratet, ble det besluttet å undersøke saken nærmere. Utlendingsnemnda ble bedt om å besvare en rekke konkrete og generelle spørsmål. Svarbrevet er delvis referert nedenfor.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:*«1. Ombudsmannens prøving*

Fristen for å klage til ombudsmannen er ett år, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 6 tredje ledd. Nemndas avslag 15. april 2004 på søknaden om asyl eller om opphold på humanitært grunnlag er derfor foreldet for ordinær klagebehandling her. Det samme gjelder avgjørelsen 16. juni 2004 om ikke å omgjøre avslaget. Undersøkelsene herfra har derfor konsentrert seg om de tre øvrige avgjørelsene av omgjøringsbegjæringer truffet 18. juli 2006, 21. november 2006 og 21. februar 2007. Avgjørelsene må vurderes i forhold til bestemmelsen i utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 38 c om vilkår for omgjøring av nemndvedtak, som gjaldt på vedtakstidspunktene, men senere er opphevet. Omgjøring av gyldige vedtak var da bare aktuelt der det forelå «omstendigheter som nevnt i utlendingsloven § 15 første ledd» eller «særlig sterke menneskelige hensyn». I tillegg var omgjøring aktuelt hvis det var «nødvendig som følge av internasjonale regler Norge er bundet av». Utlendingsnemnda foretok med andre ord en begrenset prøving av saken og min etterprøving av nemndas vurderinger har vært deretter.

Ombudsmannens etterprøving av asylvedtak generelt vil ofte måtte begrenses til spørsmål knyttet til saksbehandlingen. Asylvedtak avgjøres i stor grad på grunnlag av utlendingsmyndighetenes kunnskap om det aktuelle landet, regionen eller distriktet. Siden mitt kontor ikke innehar spesifikk landkunnskap, er det vanskelig å etterprøve vurderingen av selve asylforklaringen og av risikoen for mulig forfølgelse ved en retur. Jeg kan likevel stille kritiske spørsmål ut fra klagen og foreliggende dokumentasjon, slik som i denne saken.

2. Saksbehandlingen**2.1 Henvendelser til Landinfo – journalføring og innsyn**

Nemndas forespørsel til Landinfo forut for avgjørelsen 18. juli 2006 og svaret (Landinfo-respons) ble ikke journalført. Videre ble verken forespørselen eller svaret oversendt klageren og kom først til klagerens kunnskap gjennom avgjørelsen. På spørsmål herfra om disse forholdene viste nemnda til interne retningslinjer om partsinnsyn og begrepet «sakens dokumenter», der det heter:

«Dokumenter om generell landkunnskap faller som klar hovedregel utenfor forvaltningslovens saksdokumentbegrep. Med landinformasjonsdokumenter forstås dokumenter om landforhold som ikke er utarbeidet til bruk i én bestemt sak, dvs. ikke er partsspesifikke. Svar fra Landinfo på henvendelse fra saksbehandler i UNE i forbindelse med en enkeltsak (Landinfo-respons), *kan* imidlertid etter omstendighetene være av en så *partsspesifikk* karakter at det i realiteten er å betrakte som et saksdokument i forvaltningslovens forstand, og skal følgelig dokumentføres (i 0-dok).»

Videre uttalte nemnda:

«Landinfo-responsen i dette tilfellet ble ansett å inneholde generell landkunnskap, som kunne benyttes igjen i tilsvarende saker og ikke var knyttet direkte til klagerens person. Den ble ikke ansett å være av en slik partsspesifikk karakter at journalføring ville være påkrevet i henhold til de interne retningslinjene.

Av samme grunn ble heller ikke forespørselen fra UNE til Landinfo journalført. Henvendelsen fra UNE til Landinfo anses i hht til interne retningslinjer kun som sakens dokumenter dersom selve responsen gjør det.

UNE ser at dette sannsynligvis ikke var riktig, selv om innholdet ble ansett å være generelt, all den tid responsen ble utarbeidet til bruk i en bestemt sak, og at det riktige ville vært å journalføre både Landinfo-responsen og henvendelsen fra UNE til Landinfo».

Nemnda uttalte videre at partsspesifikke opplysninger skal sendes til parten for gjennomlesning og eventuell uttalelse i henhold til interne retningslinjer. Følgende ble sitert fra retningslinjene:

«Dersom en Landinfo-respons er saksdokument i en enkeltsak, vil den i utgangspunktet falle inn under unntak fra partsoffentlighet i fvl § 18 annet ledd bokstav b. Ettersom svaret i all hovedsak må forutsettes å inneholde faktiske opplysninger som ikke kan gjenfinnes i andre dokumenter klageren har krav på innsyn i, er unntaket likevel ikke særlig anvendelig, jf tredje ledd. Landinfo-responsen vil således som hovedregel være gjenstand for innsyn med mindre noen av unntakene kommer til anvendelse.»

Deretter het det:

«UNE ser i ettertid at Landinfo-responsen ihht dette skulle vært gjenstand for innsyn, og skulle vært sendt til klager og advokat for uttalelse».

Landinfo-responsen inneholdt nye og vesentlige opplysninger som ble tillagt stor betydning av nemndelederen i avgjørelsen 18. juli 2006. Det ble blant annet uttalt at svaret gjorde det «klart at klagerens asylforklaring ikke kan legges til grunn». Nemnda hadde så vidt jeg kan se ikke tidligere stilt spørsmål ved asylforklaringen og klagerens troverdighet.

Responsen burde klart ha vært oversendt klageren etter reglene i forvaltningsloven § 18 tredje ledd om innsyn i faktiske opplysninger, sammenholdt med § 17 tredje ledd om forvaltningens informasjonsplikt. Responsen var utarbeidet til bruk i denne saken og var knyttet til konkrete episoder i en liten by. Det kan da ikke være avgjørende at det ikke var gitt partsspesifikke opplysninger verken i forespørselen eller i svaret. Responsen må etter mitt syn klart anses som en del av «sakens dokumenter», slik begrepet brukes i forvaltningsloven § 18. Klageren hadde en åpenbar og legitim interesse i å få innsyn i dokumentet før avgjørelsen ble truffet for å kunne benytte sin rett til å uttale seg om svaret.

I ettertid har klageren v/NOAS, etter henvendelse til Landinfo, fått innsyn i responsen, men med navnet på kilden anonymisert. Nemnda har på spørsmål herfra uttalt at anonymisering var nødvendig av hensyn til kildevern, og henvist til Landinfos opplysning om at kilden stadig er blitt «forsøkt hindret i sitt arbeid som menneskerettsorganisasjon av etiopiske myndigheter». NOAS synes på sin side å ha akseptert kildevern som begrunnelse, men anfører at klageren må ha et «berettiget krav på å få vite så mye av grunnlaget for kildens uttalelse som hensynet til kildevern tillater».

Manglende innsyn i faktiske opplysninger i form av anonymisering må ha rettslig forankring, noe som ikke er angitt i saken (og heller ikke etterspurt, så vidt jeg kan se). Særlig aktuell er bestemmelsen i forvaltningsloven § 19 annet ledd bokstav b, som omhandler unntak fra innsynsretten for opplysninger som gjelder «forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre». I forarbeidene er nettopp kildevern fremhevet som et eksempel på en slik særlig grunn, jf. Ot.prp. nr. 38 (1964–65) s. 67. Unntaket etter denne bestemmelsen er bare aktuelt der innsyn ikke «er av vesentlig betydning for en part». Spørsmål rundt anonymiseringen har ikke stått sentralt under behandlingen her og er heller ikke godt belyst. Jeg har derfor ikke grunnlag for å uttale meg om vurderingene i saken. Det er imidlertid grunn til å påpeke at det etter omstendighetene kan være nødvendig å gi nærmere opplysninger om kilden og dens grunnlag for sin uttalelse fordi det nettopp er av vesentlig betydning for parten. Uansett må nemnda foreta en nærmere vurdering av disse spørsmålene før oversendelse av slike responser til parten etter reglene om informasjonsplikt eller ved innsynsbegjæringer.

Jeg er for øvrig enig med nemnda i at både forespørselen til Landinfo og Landinfo-responsen burde ha vært journalført på linje med andre saksdokumenter.

Det er ikke grunn til å gå nærmere inn på Utlendingsnemndas retningslinjer omkring partsinnsyn og journalføring av dokumenter som vedrører landinfor-

masjon i denne saken. Jeg vil likevel oppfordre nemnda til å praktisere retningslinjene slik at hensynet til ryddighet i saksbehandlingen og mulighet for innsyn og kontradiksjon blir best mulig ivaretatt. En snever forståelse av begrepet «sakens dokumenter» i forvaltningsloven med den konsekvens at dokumenter som inneholder viktige faktaopplysninger ikke blir koplet til den konkrete saken og partsinnsyn m.v. ikke gitt, vil kunne undergrave grunnleggende rettsikkerhetsgarantier og tilliten til UNEs saksbehandling. Partenes tilgang til premissene for myndighetenes vedtak er et sentralt prinsipp i vår forvaltningsrett. Dette er viktig for å sikre at en sak skal bli forsvarlig opplyst, for muligheten for etterprøvbarehet og for publikums tillit til avgjørelsen.

2.2 Landinfo-responsen – utforming og kontroll

Det fremgår av Landinfo-respons at fire korte og konkrete spørsmål ble stilt på engelsk til Den norske ambassaden i Addis Abeba. Bestilleren var en saksbehandler i Utlendingsnemnda, og jeg forstår det slik at det er hun som har formulert spørsmålene rundt «student demonstrations» i byen Y. Bakgrunnen er As forklaring om sin deltakelse i forbindelse med demonstrasjoner på skolen og fengsling i etterkant. I svaret, som er innberettet av ambassaden og formidlet gjennom Landinfo, står det i anonymisert versjon:

«Ambassaden har avholdt møte med X.

X kunne opplyse at byen Y, som ligger i ... regionene i ..., ikke hadde studentdemonstrasjoner våren 2001. Det er heller ikke noe universitet i byen, som teller ca. 40.000 innbyggere. Byen har visstnok et 'Teachers Training College' med Diploma nivå.

I forbindelse med studentdemonstrasjonene april 2001 ble det opprettet mobile fengsler rundt om i Etiopia. Dvs. at en skole til eksempel ble benyttet som forvaringssted/fengsel. I følge X skal det ha vært et slikt mobilt fengsel i Y, hvor demonstranter fra Addis ble fengslet i Y.

X opplyser videre at det heller ikke var studentdemonstrasjoner i Y våren 2000.»

Verken nemnda eller Landinfo har stilt spørsmål eller på andre måter kontrollert svaret og det ligger ikke ved underliggende dokumenter på saken. Landinfos funksjon synes for øvrig bare å ha vært mellomledd og formidler. Det er herfra stilt enkelte spørsmål knyttet til kontroll og kvalitetssikring av svaret og om nemndas nærmere kjennskap til kilden og dens arbeid. I svarbrevet har nemnda redegjort for utlendingsattachéens arbeid og kilden, som er «en nasjonal menneskerettighetsorganisasjon med nettverkskontorer over hele Etiopia». Kilden er blitt «kvalitetssikret via flere tjenestereiser foretatt av UNE og Landinfo gjennom flere år» og anses som «en seriøs kilde av norske og andre europeiske myn-

digheter». Responsen var «i overensstemmelse med den informasjonen UNE allerede satt med via en rekke rapporter og kilder inkludert Landinfo», og nemnda så ikke noen grunn til å foreta ytterligere undersøkelser eller kvalitetssikring.

Som klageren har påpekt, kan det stilles en rekke spørsmål ved utformingen og bruken av ambassadens svar. Selv om kilden generelt sett er kvalitetssikret og anses seriøs, og selv om det nå er opplyst at den har nettverkskontorer over hele landet, er det ingen informasjon om kildens arbeid med saken og forutsetninger for å uttale seg om demonstrasjoner i den lille byen Y flere år tilbake i tid. Dette er lite tilfredsstillende, særlig sett i lys av den betydningen uttalelsen tilsynelatende har blitt tillagt.

Det synes også uklart om det kan ha vært en svikt i kommunikasjonen mellom nemnda og ambassaden/kilden. A har opplyst at demonstrasjonene var knyttet til (den videregående) skolen, mens kilden skal ha opplyst at det ikke fant sted studentdemonstrasjoner og at det ikke finnes noe universitet i byen. Opplysningen om at Y ikke har noe universitet, noe nemnda ikke hadde spurt om, kan tyde på at kilden og ambassaden ikke hadde forstått spørsmålet korrekt. I nemndas forespørsel er det blant annet spurt hvilken rolle byen og «the high school named Y» spilte i «student demonstrations». Hvis svaret leses i sammenheng med spørsmålene, er det naturlig å tolke responsen slik at det verken var elev- eller studentdemonstrasjoner i Y. Svaret er imidlertid svært kortfattet og uten noen referanse til den videregående skolen, og ingen instans har stilt kontrollspørsmål til kilden eller ambassaden. Det kan etter mitt syn ikke utelukkes at det kan ha vært en misforståelse i kommunikasjonen.

3. Utfallet av omgjøringsbegjæringene

Asylsøknaden ble avslått i 2004 fordi nemnda v/nemndleder ikke fant det tilstrekkelig sannsynliggjort at klageren «vil stå i fare for å bli utsatt for forfølgelse på grunn av B-sympati ved retur til Etiopia». Nemnda tok utgangspunkt i klagerens forklaring om sin rolle ved studentdemonstrasjonene i Y og fengslinger i 2000 og 2001. Han ble ikke ansett for å være spesielt i myndighetenes søkelys ved en retur på grunn av deltakelse i demonstrasjonene, og det ble heller ikke ansett sannsynliggjort at han vil bli forfulgt på grunn av farens aktiviteter. Standpunktet ble opprettholdt i beslutningen 16. juni 2004.

Nemnda v/nemndleder har, så vidt jeg kan se, ikke vurdert dette spørsmålet særskilt i de etterfølgende avgjørelsene. Disse omhandler andre sider ved saken, særlig betydningen av Landinfo-respons. Jeg forstår det slik at nemnda opprettholder sitt syn på asylgrunnlaget, som altså er uavhengig av om det virkelig foregikk demonstrasjoner i Y. Dette standpunktet kan jeg ikke etterprøve, se punkt 1 foran. Det er

derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på nemndas vurdering av de fremlagte støtteskrivene fra andre etiopiske asylsøkere, som hevdes å ha «lav troverdighet». Jeg vil imidlertid påpeke at støtteskrivene, vurdert isolert, fremstår som et noe tynt grunnlag for å begjære omgjøring. Det synes imidlertid også å være et tynt grunnlag for nemndlederens konklusjon om at de har lav troverdighet. Uten nærmere undersøkelser kan jeg vanskelig se at det er mulig å trekke noen sikker konklusjon eller å tillegge skrивene særlig betydning i noen retning.

I de etterfølgende avgjørelsene har nemnda v/ nemndleder vurdert om A har vern mot utsendelse etter utlendingsloven § 15 første ledd. Konklusjonen er at han verken på generelt eller på individuelt grunnlag har et slikt vern. Jeg har merket meg de fremlagte uttalelsene fra ulike hold omkring forholdene for B-sympatisører i Etiopia og de ulike oppfatningene omkring risikoen ved en retur. Dette er imidlertid forhold jeg vanskelig kan ha noen selvstendig oppfatning om. Den skriftlige behandlingen her er lite egnet til å belyse slike forhold i tilstrekkelig grad.

Nemnda v/nemndleder har også undersøkt om det foreligger «særlig sterke menneskelige hensyn» etter utlendingsloven § 38 c, som kan gi grunnlag for omgjøring. Klagerens helsemessige problemer er vurdert, men ikke funnet avgjørende. Jeg har ikke grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot denne konklusjonen, som i stor grad beror på et skjønn. Min mulighet til rettslig kritikk av slike skjønnsmessige avgjørelser er begrenset.

4. Avslutning

Klagen hit har satt søkelyset på rutiner knyttet til innhenting og bruk av spesifikk landinformasjon formidlet via Landinfo gjennom Landinfo-respons. På spørsmål herfra har nemnda uttalt at svaret fra ambassaden «var i overensstemmelse med den informasjonen UNE allerede satt med» og at «ytterligere undersøkelser eller kvalitetssikring» derfor ikke var aktuelt. Det kan som nevnt foran settes spørsmålsteget ved flere sider ved kilden og utformingen av svaret, blant annet knyttet til kildens arbeid med saken. Ambassadens innrapporterte svar er snaut og gir ikke mulighet for kontroll og etterprøving. Dette er i seg selv lite tilfredsstillende. Slik forholdene ligger an, har jeg likevel ikke funnet grunn til å gå videre med dette i denne omgang.

Det kan imidlertid være aktuelt å vurdere rutiner for innhenting, bruk og kontroll av informasjon på mer generelt grunnlag. God kvalitet på så vel landinformasjon som rene verifiseringer er av avgjørende betydning for at en avgjørelse som bygger på slik informasjon blir korrekt. Gode rutiner og mulighet for kontroll kan et stykke på vei sees som en garanti for et kvalitativt godt svar. Partens svært begrensede mu-

lighet til etterprøving kombinert med sakens betydning for den enkelte, gjør dette særlig påkrevd på dette området. En slik gjennomgang vil imidlertid gå ut over rammene for denne saken. Jeg vil imidlertid vurdere å ta opp dette på mer generelt grunnlag.»

64.

Utlendingsnemndas behandling av begjæringer om utsatt iverksetting

(Sak 2006/2320)

I forbindelse med en klagesak om avslag på arbeidstillatelse og utvisning, fremsatte utlendingen og hans advokat flere begjæringer om utsatt iverksetting. Begjæringene ble ikke besvart før klagesaken ble avgjort.

Ombudsmannen kom til at de to begjæringene om utsatt iverksetting som var fremsatt av advokaten, ikke var behandlet i samsvar med forvaltningslovens bestemmelser og alminnelige prinsipper om god forvaltningsskikk. Han viste til at det ikke var nedtegnet noe skriftlig om hvordan Utlendingsnemnda hadde vurdert begjæringene, og at det ikke var gitt noen begrunnelse. Det var heller ikke gitt noen tilbakemelding til parten før flere måneder etter at begjæringene ble fremsatt, og da bare indirekte gjennom det endelige vedtaket i klagesaken. Nemndas behandling av klagerens egen begjæring om utsatt iverksetting fremsto heller ikke som fullt ut tillitvekkende. Ombudsmannen ba Utlendingsnemnda om å endre sin praksis på området.

Utlendingsnemnda opplyste senere at de interne retningslinjene for klagesaksbehandlingen ville bli endret.

A søkte i juni 2003 om arbeidstillatelse i familiegjennforeningsøyemed med sin herboende mindreårige sønn. Utlendingsdirektoratet avslo søknaden i juni 2004, bl.a. under henvisning til manglende samværsrett med sønnen. Avslaget ble påklaget av As advokat i september samme år. Før det var tatt stilling til klagen, besluttet direktoratet i februar 2006 å utvise A fra Norge med innreiseforbud i fem år på grunn av en domfellelse for flere straffbare forhold.

As advokat påklaget utvisningsvedtaket og ba samtidig om at det ble gitt utsatt iverksetting av vedtaket i påvente av klagebehandlingen. Kravet ble avslått av direktoratet 2. mai 2006. Klagesakene ble deretter oversendt til Utlendingsnemnda senere samme måned. Advokaten ba nemnda om en revurdering av spørsmålet om utsatt iverksetting i brev 8. mai 2006 og gjentok senere kravet i brev 5. juli 2006. Etter at A hadde orientert nemnda om at han ikke lenger var representert av advokat, anmodet han selv i brev 6. november 2006 nemnda om å «fatte hastevedtak

om utsatt iverksetting av utreiseplikten slik at jeg kan få delta i rettssaken om samværsrett i ... tingrett».

Utlendingsnemnda v/nemndleder opprettholdt 7. november 2006 direktoratets avslag på søknaden om familiegjengenforening og utvisningsvedtaket. Begjæringene om utsatt iverksetting ble nevnt i vedtaket, men det fremgikk ikke hvordan de eventuelt var vurdert og om det var tatt uttrykkelig stilling til dem.

A klaget til ombudsmannen og ba om at det ble undersøkt om Utlendingsnemndas vedtak 7. november 2006 «er feil og/eller strider mot mine menneskerettigheter til å føre sivilsak». Klageren ga videre uttrykk for at han oppfattet nemndas vedtak som en stor urett mot ham, og han ba om ombudsmannens bistand til å få omgjort vedtaket og få utsatt iverksettingen.

Etter en gjennomgang av saksdokumentene ble det funnet grunn til å undersøke Utlendingsnemndas håndtering av begjæringene om utsatt iverksetting. I brev til nemnda ble det vist til at det ut fra saksdokumentene ikke kunne sees at nemnda hadde tatt stilling til de to begjæringene som var fremsatt av As advokat. Videre ble det vist til at nemnda bare syntes å nevne As begjæring 6. november 2006 om «hastevedtak om utsatt iverksetting» i forhold til spørsmålet om utvisning, men at det ikke kunne sees at nemnda hadde kommentert denne henvendelsen i forhold til tidspunktet for iverksetting av utvisningsvedtaket.

Nemnda ble bedt om å opplyse om det var riktig at det ikke var tatt stilling til advokatens begjæring. I så fall ble det bedt om å få redegjort for bakgrunnen for dette. I forhold til As begjæring 6. november 2006 ble det bedt om å få opplyst hvordan nemnda hadde forstått anmodningen. Det ble nevnt som en mulig fortolkning at begjæringen måtte forstås som en anmodning om utsatt iverksetting også for det tilfellet at utvisningsvedtaket skulle bli opprettholdt. Nemnda ble bedt om å opplyse om den hadde oppfattet henvendelsen som en begjæring om utsatt iverksetting av klagevedtaket, uten at det hadde kommet til uttrykk i vedtaket. Videre ble det stilt spørsmål om nemndas eventuelle vurderinger i denne forbindelse burde ha kommet tydeligere frem i avgjørelsen. I brevet herfra ble nemnda også bedt om å redegjøre for sin praktisering av utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 41 niende ledd, og gi sitt syn på om bestemmelsen kunne ha gitt hjemmel for å gi utsatt iverksetting dersom As anmodning hadde blitt forstått slik som nevnt ovenfor.

I sitt svar 10. august 2007 viste nemnda v/sekretariatet til at det å avslå en begjæring om utsatt iverksetting er en prosessuell beslutning, og ikke et enkeltvedtak. Under henvisning til at beslutninger om utsatt iverksetting ikke kan påklages, ble det opplyst at besvarelsen av begjæring om utsatt iverksetting fremsatt overfor Utlendingsnemnda ikke gis priori-

tet. Det ble imidlertid opplyst at nemnda «som hovedregel [pleier] å behandle begjæring om utsatt iverksettelse av UDIs vedtak», og at i de tilfeller hvor Utlendingsnemnda finner grunn til å gi utsatt iverksetting, blir klageren og andre aktuelle etater underrettet om beslutningen. Nemnda uttalte videre:

«I de tilfeller hvor UNE ikke finner grunn til å samtykke i utsatt iverksettelse, blir ikke begjæringen besvart før UNE fatter sitt endelige vedtak. En slik behandlingsmåte vil også gjelde selv om det ikke fremkommer eksplisitt av vedtaket at UNE har tatt stilling til begjæringen. Siden UNE opprettholdt UDIs vedtak, ble dette ikke ansett nødvendig.»

I forhold til forståelsen av As egen begjæring, uttalte nemnda at det ut fra ordlyden i vedtaket 7. november 2006 var mest nærliggende å tolke det slik at nemnda vurderte anmodningen hans i forhold til om han skulle utvises eller ikke, dvs. som en del av forholdsmessighetsvurderingen. Nemnda ga uttrykk for at det ikke fremstår som naturlig at spørsmålet om utsatt iverksetting av det endelige utvisningsvedtaket behandles i nemndas vedtak. Det ble videre vist til at spørsmålet om opphold i riket frem til den bebudede rettssaken starter/adgang til riket i forbindelse med rettssaken «eventuelt [må] tas opp – og tas stilling til – når saken er berammet».

Om praktiseringen av utlendingsloven § 41 niende ledd het det til slutt:

«Etter UNEs praksis anvendes utlendingsloven § 41 niende ledd i tilfeller hvor UNE har fattet et endelig vedtak, og det eksempelvis kommer en omgjøringsanmodning som UNE trenger tid på å vurdere. Ved søksmål gjelder forvaltningsloven § 42 annet punktum. En slik praksis er også i samsvar med forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 17 1998-99 s 89.

Ordlyden taler for at utlendingsloven § 41 niende ledd ville vært riktig hjemmel dersom UNE hadde funnet grunn til å gi utsatt iverksettelse av utvisningsvedtaket. Forarbeidene (Ot.prp. nr. 17 1998-99) sier lite om problemstillingen. Reelle hensyn taler imidlertid for at spørsmålet om utsatt iverksettelse av det endelige utvisningsvedtaket ikke avgjøres i UNEs vedtak i tilfeller hvor det forholdet som det søkes om utsatt iverksettelse for ikke direkte har betydning for en eventuell omgjøring av UNEs vedtak.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Rettsgrunnlaget

Det følger av utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 41 tiende ledd at Utlendingsnemnda «kan instruere Utlendingsdirektoratet om å utsette iverksettingen av et vedtak truffet av direktoratet på nemndas sakområde, når vedtaket innebærer at utlending må forlate riket». Videre kan Utlendingsnemnda etter § 41 niende

ledd instruere politiet om å utsette iverksettingen når nemnda har truffet vedtaket. Utlendingsdirektoratet kan for øvrig gjøre det samme når slikt endelig vedtak er truffet av direktoratet.

Utlendingsloven § 32 slår fast at forvaltningsloven 10. februar 1967 kommer til anvendelse i den utstrekning «ikke annet følger av utlendingsloven». Dette gjelder bl.a. de generelle bestemmelsene om utsatt iverksetting. I forvaltningsloven § 42 første ledd fjerde punktum er det bestemt at anmodninger om utsatt iverksetting «skal avgjøres snarest mulig». Videre følger det av forvaltningsloven § 42 annet ledd annet punktum at «[a]vslag på anmodning om utsetting skal være grunnlagt». Begrunnelse skal i henhold til tredje punktum gis samtidig med avslaget.

2. Utlendingsnemndas praksis knyttet til behandlingen av begjæringer om utsatt iverksetting

I Utlendingsnemndas svar hit 10. august 2007 er det opplyst at *besvarelsen* av begjæringer om utsatt iverksetting ikke prioriteres, men at Utlendingsnemnda «som hovedregel [pleier] å behandle» begjæringer om utsettelse av Utlendingsdirektoratets vedtak. Det følger av grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper og forvaltningsloven § 42 første ledd fjerde punktum at nemnda har *plikt til å behandle* alle slike begjæringer. At nemnda «som hovedregel» pleier å behandle slike henvendelser, er således ikke tilstrekkelig. Videre må *behandlingen* av slike begjæringer nødvendigvis prioriteres. Det må stilles strenge krav til behandlingstiden, noe som også kommer til uttrykk i ovennevnte bestemmelse, der det fremgår at slike begjæringer skal avgjøres «snarest mulig». Jan Fridtjof Bernt gir i siste utgave av Norsk lovkommentar note 972 uttrykk for at forvaltningen har en plikt til å avgjøre slike spørsmål «særlig raskt».

Som nevnt skal avslag på begjæring om utsatt iverksetting også være *grunnlagt*. Begrunnelsen skal gis *samtidig* med avslaget. Kravet til god forvaltningsskikk tilsier dessuten at den avgjørelsen som treffes, blir nedtegnet skriftlig. Skriftlighet bidrar til å sikre dokumentasjon for den avgjørelsen som er truffet. Den som har anmodet om utsatt iverksetting bør dessuten underrettes skriftlig om avslaget og begrunnelsen for det når avgjørelsen først er truffet. På denne bakgrunn er det ikke tilfredsstillende som generell regel å la være å *besvare* begjæringer om utsatt iverksetting som det ikke imøtekommes, til det treffes endelig vedtak i saken. En slik praksis er klart kritikkverdigg.

3. Behandlingen av begjæringene om utsatt iverksetting i den foreliggende saken

Selv om det fremstår som noe uklart, oppfatter jeg Utlendingsnemndas svar på spørsmålene som er stilt herfra slik at advokatens to begjæringer om utsatt iverksetting er vurdert, men at det ikke er funnet grunn til å gi parten underretning om utfallet (avslag) før indirekte gjennom det endelige vedtaket i saken som ble truffet 7. november 2006. Som nevnt over synes det lite tilfredsstillende at parten ikke gis underretning om avslaget før gjennom vedtaket i den underliggende saken.

Gjennomgangen av dokumentene i saken gir ikke holdepunkter for at avgjørelsen(e) knyttet til advokatens begjæringer om utsatt iverksetting har kommet til uttrykk skriftlig, noe som i tilfelle er i strid med kravet til god forvaltningsskikk. Det fremgår heller ikke når avgjørelsen(e) skal ha blitt truffet, og hva som var begrunnelsen for å gi avslag. Nemndas svar hit gir ikke nærmere opplysninger om dette. Manglende skriftlighet gjør at det ikke er mulig å ta stilling til om kravene til saksbehandlingstid m.v. er oppfylt.

Nemndas behandling av advokatens begjæringer om utsatt iverksetting etterlater samlet sett et lite til litevekkende inntrykk.

Når det gjelder As egen begjæring 6. november 2006 til nemnda om å «fatte hastevedtak om utsatt iverksetting av utreiseplikten», synes ikke Utlendingsnemnda å ha kommentert denne i forhold til tidspunktet for iverksetting av utvisningsvedtaket. Nemnda har i svaret hit 10. august 2007 opplyst at det ikke anses «naturlig at spørsmålet om utsatt iverksetting av det endelige utvisningsvedtaket ble behandlet i Utlendingsnemndas vedtak». Bakgrunnen synes å være at nemnda skal ha oppfattet anmodningen som (utelukkende) å være relatert til spørsmålet om han skulle utvises eller ikke, dvs. som en del av forholdsmessighetsvurderingen. Videre er det vist til at spørsmålet først burde ha vært tatt opp når den aktuelle rettssaken om samværsrett var berammet.

Jeg kan ikke se at det var grunnlag for å oppfatte As begjæring som utelukkende å være relatert til spørsmålet om han skulle utvises eller ikke. Etter ordlyden gjaldt anmodningen «utsatt iverksetting av utreiseplikten» og hadde dermed en selvstendig betydning ut over dette. I nemndas avgjørelse på side 3 tredje avsnitt er anmodningen for øvrig omtalt som en anmodning om «utsatt iverksettelse» og det er på den bakgrunn noe vanskelig å forstå at den ikke ble behandlet som sådan.

Formelt kan det ikke ha vært noe til hinder for at nemnda hadde behandlet spørsmålet om utsatt iverksetting i det endelige vedtaket. Videre har jeg noe vanskelig for å se at det ikke skulle være naturlig, så lenge det var fremsatt en slik anmodning før vedtaket

ble truffet og nemnda ikke omgjorde Utlendingsdirektoratets vedtak om utvisning. Jeg viser i den forbindelse til det som er skrevet over om krav til behandlingstiden for slike anmodninger, og kravet om (samtidig) begrunnelse for et eventuelt avslag. Videre viser jeg til at nemnda synes å ha hatt hjemmel til å treffe en beslutning om utsatt iverksetting i utlendingsloven § 41 niende ledd.

Videre kan det ikke sees at tidspunktet for sakens berømmelse har noen betydning i denne sammenheng. Berømmelsestidspunktet vil nok kunne ha betydning for den vurderingen som skulle ha vært foretatt, men gir ikke i seg selv noe grunnlag for å la være å behandle en slik anmodning.

Det må etter dette konkluderes med at heller ikke As egen begjæring om utsatt iverksetting har vært behandlet på tilfredsstillende måte. I og med at Utlendingsnemnda 11. desember 2006 av slo en begjæring om omgjøring av utvisningsvedtaket, synes det ikke å være grunn til å be nemnda om å vurdere spørsmålet på nytt. Jeg ber imidlertid om at nemnda merker seg mine synspunkter.

4. Konklusjon

Gjennom undersøkelsene i denne saken har det fremkommet at Utlendingsnemnda har en tvilsom praksis knyttet til behandlingen av begjæringer om utsatt iverksetting. Jeg viser til opplysningen om at nemnda ikke behandler *alle* slike henvendelser, noe nemnda har plikt til. Videre viser jeg til at avslagene heller ikke synes å bli skriftlig *begrunnet samtidig* med at avgjørelse treffes, noe som er i strid med kravene til god forvaltningsskikk og forvaltningsloven § 42 annet ledd. Det er heller ikke tilfredsstillende at anmodninger om utsatt iverksetting først *besvares* indirekte gjennom det endelige vedtaket i klagesaken.

Jeg forutsetter at Utlendingsnemnda endrer sin praksis slik at den bringes i samsvar med lovens krav og alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Nemnda bes holde meg orientert om sin oppfølging av de forholdene som her er påpekt.»

Utlendingsnemnda kom tilbake til saken i brev 6. februar 2008 og uttalte bl.a. følgende:

«Det følger av forvaltningsloven § 42 første ledd at når UNE mottar anmodning om å omgjøre UDIs beslutning om ikke å gi en klage oppsettende virkning, skal det så snart som mulig tas stilling til spørsmålet om utsatt iverksetting, og av § 42 annet ledd at et avslag skal være begrunnet. Vi er selvsagt enig med ombudsmannen i at disse bestemmelsene skal følges i alle saker.

Anmodningene kommer i første omgang til sekretariatet, og den enkelte seksjonssjef er blitt bedt om å se til at det i saker der UDI ikke har gitt klagen oppsettende virkning og klageren/advokaten har anmodet om at UNE omgjør denne beslutningen, så snart som mulig tas stilling til dette spørsmålet. Det skal gis skriftlig svar på anmod-

ningen, og et endelig avslag skal begrunnes. Vi vil videre endre våre interne retningslinjer om klagesaksbehandlingen slik at prosedyren fremgår der.»

Ombudsmannen ba i brev til nemnda om å få oversendt et eksemplar av de nye reviderte retningslinjene etter at disse var ferdige.

Skatt, ligning, toll og avgift

65.

Virksomhetskontroll i medhold av lov om merverdiavgift § 46 – særlig om «speilkopiering»

(Sak 2008/80)

Spørsmål om hvorvidt et pålegg fra avgiftsmyndighetene til avgiftspliktig om å gi adgang til såkalt «speilkopiering» av PC gyldig kunne forankres i merverdiavgiftsloven § 46 annet ledd. Etter det som fremkom i forbindelse med undersøkelsen av saken hos ombudsmannen, ble det konkludert med at merverdiavgiftsloven § 46 – slik den lyder i dag – ikke ga tilstrekkelig hjemmel til å kunne pålegge avgiftspliktig å medvirke til speilkopiering. Skattedirektoratet ble derfor bedt om å vurdere saken på nytt.

Klagen ble fremmet av advokat A på vegne av et selskap, og gjaldt Skatt Midt-Norges virksomhetskontroll avholdt i selskapets lokaler 5. april 2006, og især pålegget om å gi adgang til å speilkopiere en av virksomhetens PC-er for senere gjennomgang på skattekontoret av innholdet på harddisken. I vedtak 29. oktober 2007 hadde Skattedirektoratet fastholdt at merverdiavgiftsloven § 46 ga tilstrekkelig hjemmel for slikt pålegg.

Selskapet ble registrert i merverdiavgiftsmanntallet 28. februar 2006. I brev 16. mars 2006 varslet Skatt Midt-Norge om at det ville bli foretatt oppgavekontroll hos selskapet for 1. termin, med hjemmel i merverdiavgiftsloven § 46. Selskapet ble i brev 3. april 2006 varslet om at kontrollen ville utvides til også å omfatte grunnlaget for registreringer i merverdiavgiftsmanntallet. Den varslede kontrollen ble gjennomført 5. april 2006.

Under kontrollen ga selskapets daglige leder adgang til kontorlokalene. Daglig leder opplyste om at hun ikke lenger kunne logge seg på egen arbeids-PC idet den var sperret av styrelederen gjennom et påloggingspassord. Skatt Midt-Norge besluttet da å gi pålegg om å medvirke til speilkopiering av den angjeldende PC. Pålegget ble etterkommet av daglig leder, og det ble heller ikke klaget over pålegget innen tre dager, jf. forskrift (nr. 17) om avgiftsforvaltningen

og avgiftskontrollen av 1969 § 12 og forvaltningsloven §§ 14 og 15.

Ved en gjennomgang på skattekontoret av innholdet på harddisken, avdekket Skatt Midt-Norge at fakturaen som dokumenterte at omsetningsgrensen på kr 50 000,- var nådd, var fiktiv. Dette fremgikk av en e-post fra selskapets styreleder til en «kjøper» i Spania, med kopi til daglig leder. E-posten var datert 22. februar 2006, og ble funnet lagret i daglig leders innboks (Outlook).

Siden e-posten etter Skatt Midt-Norges oppfatning viste at selskapet ikke hadde omsatt for mer enn kr 50 000,- i en periode på 12 måneder, jf. vilkåret i merverdiavgiftsloven § 28, ble vedtaket om registrering i merverdiavgiftsmanntallet omgjort 6. august 2006. Resultatet var at selskapet ble slettet fra avgiftsmanntallet. Vedtaket ble opprettholdt av Skattedirektoratet 29. oktober 2007.

I klagen hit 9. januar 2008 ble det av advokat A anført at merverdiavgiftsloven § 46 ikke ga tilstrekkelig hjemmel for den fremgangsmåte som hadde blitt benyttet av Skatt Midt-Norge i denne saken. Siden en her befinner seg på legalitetsprinsippets område, måtte det stilles krav om en klar og utvetydig hjemmel for tiltaket. Det ble anført at i tilfeller der den avgiftspliktige ikke kan eller vil oppfylle de pliktbud som § 46 oppstiller, for eksempel fordi PC-en er låst av styreleder gjennom et påloggingspassord, har avgiftsmyndighetene ikke anledning til å ta seg til rette på egen hånd ved å «bryte» seg inn i harddisken, som de i realiteten hadde gjort i denne saken. En slik fremgangsmåte måtte sidestilles med ransaking og beslag, en kompetanse som tilligger påtalemyndigheten etter straffeprosesslovens regler. Det riktige i dette tilfellet ville i stedet være at avgiftsmyndighetene tok kontakt med styreleder for en gjennomgang av PC-en. Det ble også anført at merverdiavgiftsloven § 46 oppstiller en saklig begrensning for hvilke opplysninger avgiftspliktig er pålagt å legge frem. Ved speilkopiering får avgiftsmyndighetene tilgang på all informasjon på harddisken, også dokumenter av privat karakter. Dette kan uansett ikke være i henhold til lovgivers intensjon.

I brev herfra ble Skattedirektoratet bedt om å redegjøre for hvorvidt opplysningsplikten i merverdiavgiftsloven § 46 første ledd etter direktoratets oppfatning også omfattet e-post, og om dette var dokumenter som «generelt anses for å inneholde opplysninger som er av betydning for avgiftsplikten», det siste med henvisning til Høyesteretts bemerkninger i saken i Rt. 2000 s. 788 som gjaldt den tilsvarende bestemmelsen i ligningsloven. Videre ble Skattedirektoratet bedt om å opplyse hvorvidt direktoratet var enig i at tolkingen av ligningsloven § 4-10 også får betydning for forståelsen av merverdiavgiftsloven § 46, og at ligningsmyndighetenes kontrollbeføyelser

etter ligningsloven § 4-10 går noe lenger enn de som er tillagt avgiftsmyndighetene etter merverdiavgiftsloven § 46, blant annet ved at førstnevnte bestemmelse også åpner for «gjennomsyn av virksomhetens arkiver», jf. ligningsloven § 4-10 nr. 1 litra b. I forlengelsen av dette ble direktoratet bedt om å kommentere hvilken betydning Høyesteretts dom 20. november 2007, publisert i Rt. 2007 s. 1612 (Bernh. Larsen Holding saken) fikk for vurderingen av denne saken. Der hadde Høyesterett kommet med uttalelser som kunne tas til inntekt for at ligningsloven § 4-10 ikke gir tilstrekkelig hjemmel for å gi pålegg om å medvirke til speilkopiering.

I svaret hit gikk Skattedirektoratet først inn på dokumentbegrepet i merverdiavgiftsloven § 46 første ledd. Det ble vist til at Finansdepartementet i brev 20. mai 1997 (inntatt i Utv. 1997 s. 887), i relasjon til den tilsvarende bestemmelsen i ligningsloven, hadde uttalt at dokumentbegrepet ikke er «...begrenset til opplysninger og meningsinnhold som fysisk fremtrer på papir, plastkort m.v. Dokumentbegrepet omfatter også tekster og tallmateriale m.v. som er lagret på annen måte, også elektronisk i en datamaskin. En kan bruke begrepet datadokument om dette. Dokumentbegrepet omfatter imidlertid ikke materiale som ennå ikke er lagret eller produsert i datamaskinen, men som kunne vært fremskaffet gjennom en arbeidsprosess ved/i datamaskinen. Departementet viser for øvrig til de dokumentasjonskrav som følger av regnskapsloven.»

Direktoratet viste til at det ovennevnte var blitt fulgt opp av Høyesterett i Bernh. Larsen Holding saken, der det i premiss 25 ble fremholdt at det avgjørende var om dokumentene hadde betydning for skattyterens ligning og kontrollen av den, og at «det er på det rene at også elektronisk lagrede dokumenter omfattes av bokstav a».

Etter Skattedirektoratets oppfatning måtte de samme hensyn gjøre seg gjeldende i relasjon til merverdiavgiftsloven § 46 første ledd, slik at dokumentbegrepet i nevnte bestemmelse i utgangspunktet også omfattet e-post. Direktoratet uttalte videre:

«Det legges til grunn at korrespondanse relatert til eventuell registrering i mva-manntallet er dokumenter som kan være av betydning for avgiftskontrollen. E-post erstatter i stor utstrekning den kommunikasjon som tidligere foregikk i brev form, og vil i likhet med annen korrespondanse derfor kunne være dokument av betydning for avgiftskontrollen.»

Skattedirektoratet fortsatte deretter med å sammenholde ordlyden i ligningsloven § 4-10 litra b med den motsvarende bestemmelsen i merverdiavgiftsloven § 46 annet ledd, og konkluderte med at det «antas således at ligningslovens bestemmelse er noe videre enn den tilsvarende bestemmelse i merverdiavgifts-

loven § 46, men så vidt Skattedirektoratet kjenner til foreligger det ikke praksis fra domstolene eller forvaltningen som kan belyse grensen nærmere.» Direktoratet kom så med noen generelle bemerkninger om adgangen til kopiering:

«Ved en kontroll av om selskapet har oppfylt sine plikter etter merverdiavgiftsloven herunder om kravet til registrering er oppfylt, vil det etter Skattedirektoratets oppfatning være av grunnleggende betydning og nødvendig for kontrollen å få oversikt over hvilke dokumenter som kan være relevant for saken. Selskapets egen vurdering av hvilke dokumenter som er av betydning kan ikke være avgjørende. Skattedirektoratet legger derfor til grunn at merverdiavgiftsloven § 46 må forstås slik at den åpner for at det må gis tilgang til dokumenter i en slik form og utstrekning at avgiftsmyndighetene gis en reell mulighet for å danne seg en oversikt over hvilke dokumenter det er relevant å kreve utlevert. Direktoratet antar at det da er tilstrekkelig at den aktuelle type dokumenter generelt anses for å inneholde opplysninger som er av betydning for avgiftskontrollen.»

For så vidt gjaldt betydningen av Bernh. Larsen Holding saken, uttalte Skattedirektoratet:

«På bakgrunn av nevnte uttalelse [premiss 43 i høyesterettsdommen] har Skattedirektoratet i interne retningslinjer til skattekontorene gitt uttrykk for at det er grunn til å vise forsiktighet ved gjennomgang av speilkopiert materiale. Vi har gitt uttrykk for at usikkerheten om ligningsloven § 4-10 gir adgang til gjennomsyn av mer informasjon enn det backupkopi/filkopiering ville ha gitt, tilsier at gjennomsyn av elektronisk lagret materiale etter ligningsloven § 4-10 begrenses til den informasjonen som ville vært tilgjengelig ved backupkopi/filkopiering, selv om datasikringen er foretatt ved speilkopiering. Vi har derfor bedt om at det inntil videre ikke foretas rekonstruksjoner av slettet materiale.»

Advokat A fremholdt sterkt at direktoratets praksis med fortsatt speilkopiering – i lys av dommen fra Høyesterett – måtte anses ulovlig. Det ble anført at den overskuddsinformasjon som gjøres tilgjengelig ved speiling, rettslig sett innebærer et straffeprosesuellt beslag. Avgiftsmyndighetene er i stedet henvist til backupkopi/filkopiering.

I brev fra Skattedirektoratet ble det vist til Finansdepartementets høringsnotat 4. juni 2008 om «Forslag om presiseringer i virksomhetskontrollbestemmelsene i skatte-, toll- og avgiftslovgivningen», der departementet også gjennomgår gjeldende rett, herunder departementets forståelse av merverdiavgiftsloven § 46.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Spørsmålet er hvorvidt pålegget om å gi adgang til speilkopiering har tilstrekkelig forankring i merverdiavgiftsloven § 46.

Merverdiavgiftsloven § 46 første og annet ledd – som er plassert i lovens kapittel XII Om alminnelig opplysningsplikt og om plikt til å gi kontrollopplysninger, kontrolloppgaver m.v. – lyder:

«Den som er pliktig å sende oppgave over omsetning m.v. etter denne lov eller i henhold til bestemmelser gitt med hjemmel i denne lov, skal uten opphold legge fram, utlevere eller sende inn registrerte og dokumenterte regnskapsopplysninger, regnskapsmateriale og andre dokumenter av betydning for avgiftskontrollen når avgiftsmyndighetene forlanger det. ...

Den næringsdrivende og de personer som er i hans tjeneste eller bistår ham, skal yte nødvendig veiledning og bistand og gi adgang til kontor- og bedriftslokaler. ...»

Første ledd gir avgiftsmyndighetene adgang til å kreve utlevert konkret angitte dokumenter av betydning for avgiftsplikten. Annet ledd pålegger den avgiftspliktige å bistå avgiftsmyndighetene med kontrollen, særlig ved å gi tilgang til kontor- og bedriftslokaler. Tiltak etter merverdiavgiftsloven § 46 skjer som ledd i en alminnelig forvaltningsrettslig undersøkelse og kontroll. Tiltakene kan iverksettes uavhengig av mistanke om straffbare forhold. De kan imidlertid ikke tvangsgjennomføres. Dersom den avgiftspliktige ikke etterkommer pålegg om å gi opplysninger eller medvirke til kontroll, er sanksjonene utelukkende av forvaltningsmessig art, nemlig at avgiften kan forhøyes etter merverdiavgiftsloven § 54.

Etter merverdiavgiftsloven § 46 første ledd kan avgiftsmyndighetene bare kreve utlevert dokumenter som har betydning for avgiftskontrollen. I forbindelse med vedtakelsen av ligningsloven § 4-10 nr. 1 litra a ble det forutsatt at bestemmelsen hadde «i det alt vesentlige samme innhold som merverdiavgiftsloven § 46 første ledd», jf. Ot.prp. nr. 29 (1978-1979) s. 82. I saken i Rt. 2000 s. 788 tok Høyesterett stilling til den saklige begrensningen av opplysningsplikten i ligningsloven § 4-10 nr. 1 litra a. Høyesterett slo fast at det «er imidlertid ikke tvilsomt at bestemmelsen ikke er begrenset til dokumenter som i snever forstand kan karakteriseres som regnskapsmateriale», og fortsatte:

«Det kreves ikke at opplysningene i dokumentet vil få betydning for resultatet av ligningen, men dokumentet må kunne være egnet som kontrollmiddel for ligningen. Utgangspunktet for denne vurderingen må etter mitt syn være om den aktuelle type dokumenter generelt anses for å inneholde opplysninger som er av betydning for ligningen.»

Det er på det rene at også elektronisk lagrede dokumenter omfattes av dokumentbegrepet. Jeg kan slutte meg til direktoratets merknader om at e-post i dag i stor utstrekning har erstattet den kommunikasjon som tidligere foregikk i brevform, og at elektronisk korrespondanse som omhandler grunnlaget for registrering i merverdiavgiftsmanntallet, derfor må være dokumenter av betydning for avgiftskontrollen og således omfattet av opplysningsplikten i merverdiavgiftsloven § 46 første ledd. Til støtte for dette synspunktet vises det også til at tolloven § 17 – som er skåret over samme lest som ligningsloven § 4-10 og merverdiavgiftsloven § 46 – uttrykkelig nevner «korrespondanse» som et eksempel på den type dokumenter som tollmyndighetene kan kreve innsyn i.

En forutsetning for å kreve utlevert dokumenter etter merverdiavgiftsloven § 46 første ledd, er kjennskap til dokumentenes eksistens. Dette synspunktet ble fremholdt under vedtagelsen av ligningsloven § 4-10 nr. 1 litra b, jf. Innst. O. nr. 44 (1979-1980) s. 18. Det kan anføres at en adgang til kontor- og bedriftslokalene er lite verdt dersom avgiftsmyndighetene ikke samtidig kan kreve å få gjennomgå regnskapsmateriale, arkiver m.v. for å finne frem til dokumenter som eventuelt kan kreves utlevert etter første ledd.

Selv om det ikke direkte følger av ordlyden, er det derfor antatt at merverdiavgiftsloven § 46 annet ledd gir avgiftsmyndighetene rett til å kreve stedlig bokettersyn, jf. MVA kommentaren (3. utgave, 2005) s. 502. Dette følger for øvrig nå også av bokføringsloven § 14. Bokettersynet vil være et forberedende skritt for å vurdere pålegg etter første ledd. Både sammenhengen mellom første og annet ledd, og formålet med bestemmelsen, tilsier en slik løsning.

Det har vært antatt at avgiftsmyndighetenes kontrollbeføyelser etter merverdiavgiftsloven § 46 annet ledd ikke rekker like langt som de tilsvarende for ligningsmyndighetene etter ligningsloven § 4-10 nr. 1 litra b. Sistnevnte bestemmelse gir blant annet ligningsmyndighetene rett til å kreve «gjennomsyn av virksomhetens arkiver». I høringsnotat 4. juni 2008 reiser Finansdepartementet spørsmål om riktigheten av denne oppfatning. Det hevdes at formålet med å gi avgiftsmyndighetene adgang til kontor- og bedriftslokalene må være å gi anledning til å undersøke nærmere alt som befinner seg der som vil være av interesse/betydning for avgiftskontrollen, herunder vurdere om det finnes dokumenter som kan pålegges fremlagt etter § 46 første ledd. Departementet anfører således at formålsbetraktninger tilsier at adgangen til kontor- og bedriftslokaler også må innebære en adgang til å gjennomgå virksomhetens arkiver. Ut fra den løsning jeg er kommet til i denne saken, er det ikke nødvendig for meg å gå inn på hvorvidt merver-

diavgiftsloven § 46 annet ledd gir avgiftsmyndighetene adgang til å kreve generelt arkivgjennomsyn. Tilstrekkelig er å slå fast at adgangen til å kopiere iallfall ikke kan rekke lenger etter merverdiavgiftsloven. Når det er sagt, antar jeg at gode grunner taler for at bestemmelsen gir avgiftsmyndighetene rett til å kreve å få gjennomgå arkivene. En slik adgang følger av ordlyden i ligningsloven § 4-10 og tolloven § 17. Jeg kan heller ikke se at tidsrekkefølgen ved vedtakelsen av tolloven, merverdiavgiftsloven og ligningsloven gir noen sikker veiledning om dette spørsmålet. Uten sikre holdepunkter i forarbeidene har det formodningen mot seg at lovgiver bevisst har ønsket å begrense avgiftsmyndighetenes kontrollbeføyelser i forhold til lignings- og tollmyndighetene. Det er også vanskelig å finne gode reelle grunner som taler for en differensiering her. I denne sammenheng vises det i tillegg til at ligningsloven § 6-15 nr. 2, som er plassert i lovens kapittel 6. Kontrollopplysninger og ligningsoppgaver fra tredjemann, benytter samme formulering som i merverdiavgiftsloven, men her tilføyes at den oppgavepliktige skal «gi adgang til kontor- og bedriftslokaler, arkiver m.v.» (min uth.) En lik tolking og praktisering av bestemmelsene i toll-, avgifts- og ligningsloven har videre en egenverdi. Jeg har således ikke funnet tilstrekkelig sterke holdepunkter for at lovgiver har ment å gi bestemmelsene ulik rekkevidde når det gjelder myndighetenes rett til å kreve gjennomgang av arkivene. Legalitetsprinsippet er etter min mening ikke til hinder for det som hittil er sagt. Som tidligere nevnt, ville en adgang til kontor- og bedriftslokalene være lite verdt dersom avgiftsmyndighetene ikke samtidig skulle ha adgang til å finne frem til dokumenter som er relevante for avgiftskontrollen.

I Bernh. Larsen Holding saken, som altså direkte gjaldt ligningsloven § 4-10, men som også får betydning for forståelsen av merverdiavgiftsloven § 46, tok Høyesterett blant annet stilling til om ligningsmyndighetene kunne kreve adgang til hele innholdet på en server, samt hvorvidt retten til arkivgjennomsyn også omfattet adgang til kopiering for senere gjennomgang på ligningskontoret av innholdet på serveren.

Høyesterett uttalte innledningsvis at det var naturlig å forstå bestemmelsen i ligningsloven § 4-10 nr. 1 litra b ut fra formålet. Siktemålet med gjennomsynet måtte være å finne ut om arkivet inneholdt dokumenter av betydning for skattyters ligning, som det kunne være aktuelt å gi pålegg om å utlevere etter bokstav a. Høyesterett kom til at adgangen til gjennomsyn måtte omfatte alle arkiver der ligningsmyndighetene hadde holdepunkter for å anta at det kunne finnes opplysninger av betydning for ligningen, ikke bare de arkiver eller deler av arkiver som spesielt omfattet regnskapsmateriale. Hensynet til en effektiv

ligningskontroll tilsa at adgangen på et slikt foreløpig stadium burde være forholdsvis vid. Det kunne ikke være opp til skattyter å gi bindende anvisning på hvilke deler av arkivet som kunne inneholde dokumenter av betydning for ligningen. Høyesterett konkluderte med at en arkivtilgang innenfor de skisserte rammer, ikke kunne sammenlignes med ransaking og beslag.

Vanskeligere var spørsmålet om på hvilken måte gjennomsynet skulle finne sted. I den aktuelle saken hadde ligningsmyndighetene tatt en backupkopi av alt materiale på serveren, som ble forseglet og tatt med til ligningskontoret i påvente av utfallet av dommen. En backupkopi inneholder – i motsetning til en speilkopi som var det ligningsmyndighetene prinsipielt ønsket – alle lagrede filer, men ikke dataprogram og slettet materiale. Spørsmålet om kopiering hadde ifølge Høyesterett to fasetter: Hadde ligningsmyndighetene i det hele tatt rett å kreve kopiering, og kunne i så fall gjennomsyn finne sted på ligningskontoret?

Ut fra formålsbetraktninger, kom Høyesterett til at det var liten grunn til å forstå bestemmelsen slik at den hindret pålegg om kopiering der gjennomsyn på kopier fremsto som mest hensiktsmessig. Høyesterett måtte likevel ta stilling til om det var adgang til å medbringe det kopierte materialet til ligningskontoret for en nærmere gjennomgang der.

Det ble først pekt på at lovens forutsetning om at gjennomgangen skulle skje i skattyters lokaler, åpenbart bygget på en antagelse om at det var her arkivet var å finne. Høyesterett uttalte at ved elektroniske arkiver var det mer tilfeldig om denne forutsetningen var til stede. I en slik situasjon kunne det virke mindre naturlig at hele prosessen skulle måtte gjennomføres i skattyters lokaler.

Høyesterett erkjente at det å medbringe kopiert arkivmateriale mot skattyters protest hadde likhetspunkter med straffeprosessuelt beslag, som det nettopp var lovgivers mening ikke å etablere rett til, jf. Ot.prp. nr. 12 (1983-1984). Likevel var det ifølge Høyesterett klare forskjeller, først og fremst formålet med undersøkelsen, men også det forhold at pålegget ikke kunne tvangsgjennomføres, skilte det fra straffeprosessuelt beslag.

Videre måtte hensynet til en effektiv ligningskontroll veie tungt. Det ble vist til Skattedirektoratets opplysninger om at en gjennomgang på stedet ville være svært tidkrevende, og at ligningsmyndighetene ville få problemer med å gjennomføre kontrollene om man ikke skulle ha adgang til kopiering for gjennomgang på ligningskontoret.

Høyesterett gikk deretter nærmere inn på om en adgang til kopiering ville innebære en slik tilleggsbelastning for skattyter, at tolkingen ikke ville være forsvarlig etter legalitetsprinsippet. Dette kunne imidlertid vanskelig sees å være tilfellet. Det ble frem-

holdt at selve gjennomgangen ble mindre belastende for skattyter ved at han ikke på noe tidspunkt ble fratatt tilgangen til arkivet. De nødvendige rettssikkerhetsgarantier ble varetatt ved at skattyter etter ligningsloven § 3-5 nr. 1 hadde rett til å varsles om og være til stede ved gjennomgangen. Dersom pålegget ble påklaget, skulle dessuten materialet forsegles inn til klagesaken var behandlet, jf. ligningsloven § 3-6 nr. 4 siste punktum. Totalt sett kunne en ikke se at skattyter hadde tilstrekkelig sterke grunner til å motsette seg at gjennomsynet fant sted på ligningskontoret.

Høyesterett innrømmet at personvern hensyn kunne trekke i motsatt retning siden gjennomsynet ikke var begrenset til regnskapsdokumenter alene, men også omfattet annet arkivmateriale der ligningsmyndighetene hadde holdepunkter for å anta at det kunne finnes dokumenter som var relevante ved ligningen. Heller ikke dette kunne imidlertid være utslagsgivende. Slike sensitive opplysninger ville ligningskontoret også ha tilgang til ved gjennomgang hos skattyter. Og selv om misbruksfaren teoretisk alltid var til stede, og muligens kunne øke noe hvis kopiert materiale ble medbrakt til ligningskontoret, var den neppe så stor at dette burde være avgjørende.

Høyesterett kom deretter inn på adgangen til speilkopiering, og førstvoterende uttalte i premiss 43 i dommen:

«At ligningsmyndighetene ved kopiering får praktisk mulighet til en grundigere gjennomgang enn hva det ville blitt anledning til i skattyters lokaler, og at adgangen dermed kan øke kontrollintensiteten, kan etter min mening ikke tillegges betydning som motargument. Annerledes vil det være dersom denne type kontroll gir tilgang på informasjon myndighetene ellers ikke ville fått tilgang til. Det er opplyst at såkalt speilkopiering, som er vanlig praksis i dag, også gir mulighet for tilgang til dataprogram og slettede dokumenter. Jeg kan vanskelig se at hjemmelen kan strekkes så langt ut fra formålet med kontrollen, jf. hva jeg tidligere har sagt om formålet betydning ved tolkingen. Det står således ikke for meg som opplagt at adgangen til gjennomsyn av papirarkiver også omfatter adgang til rekonstruksjon av slettet arkivmateriale. Spørsmålet ble imidlertid ikke utdypet under forhandlingene for Høyesterett, og jeg går derfor ikke nærmere inn på det.»

Det hadde ikke vært anført for Høyesterett at backupkopien inneholdt mer informasjon enn hva som ville vært tilgjengelig ved gjennomsyn på stedet. Staten hadde også gitt forsikringer om at kopien etter endt gjennomsyn enten ville bli returnert eller destruert, og at alle spor etter innholdet således ville slettes fra ligningsmyndighetenes maskiner og lagringsmedier. Høyesterett presiserte avslutningsvis at gjennomsynet altså skulle gi grunnlag for pålegg etter ligningsloven § 4-10 nr. 1 litra a, og at ligningsmyndig-

hetene derfor ikke ville ha adgang til å holde tilbake dokumenter fra det medbrakte materialet med mindre skattyter godtok pålegget.

På grunnlag av sin gjennomgang konkluderte Høyesterett med at ligningsmyndighetenes pålegg om å gi adgang til kopiering for senere gjennomsyn på ligningskontoret, var gyldig.

For den nærmere vurderingen i vår sak er det hensiktsmessig å benytte samme disposisjon som Høyesterett gjorde i Bernh. Larsen Holding saken. Det første spørsmålet blir da om avgiftsmyndighetenes rett til gjennomgang av arkivene gir adgang til å gå gjennom *hele* innholdet på harddisken. Det må antas at dette vil gi tilgang til en ikke ubetydelig mengde overskuddsinformasjon, typisk private dokumenter o.l. Her kan jeg for så vidt tiltre Høyesteretts vurderinger ovenfor, som altså direkte gjaldt den tilsvarende bestemmelsen i ligningsloven. Formålet med gjennomsynet må være å gi avgiftsmyndighetene mulighet til å finne frem til dokumenter som er relevante for avgiftsplikten, og som kan pålegges utlevert etter merverdiavgiftsloven § 46 første ledd. Hensynet til en effektiv kontroll tilsier at adgangen ikke begrenses til arkiver som spesielt omfatter regnskapsmateriale, men omfatter alle arkiver der avgiftsmyndighetene har holdepunkter for å anta at det finnes dokumenter av betydning. I en tid da det meste av virksomhetens materiale lagres elektronisk, antar jeg at en tilgang til hele innholdet på harddisken ikke vil være for vidtgående, men derimot må anses som nødvendig for at avgiftsmyndighetene skal gis en reell mulighet til å finne frem til de nevnte dokumenter. Jeg finner også grunn til å tilføye at det aktuelle dokumentet som førte til omgjøringsvedtaket i denne saken (e-posten), ble funnet lagret i daglig leders innboks (Outlook). Selv om en må anta at innboksen også inneholdt e-post av mer privat karakter, finner jeg det ikke særlig tvilsomt at dette er en samling dokumenter som må falle innenfor rammene av det som forstås med arkiv og gjennomsyn av arkiv. Her viser jeg også til det jeg tidligere har sagt om virksomhetens korrespondanse.

Det neste spørsmålet er vanskeligere, og dreier seg om hvordan gjennomsynet mer spesifikt skal skje. I denne saken ga avgiftsmyndighetene pålegg om å medvirke til speilkopiering av den angjeldende PC, for senere gjennomgang på skattekontoret av innholdet på harddisken. Jeg tar først stilling til om merverdiavgiftsloven § 46 annet ledd i det hele tatt tillater kopiering.

Her vil jeg først presisere at det etter mitt syn ikke er opplagt at adgangen til kopiering rekker like langt etter merverdiavgiftsloven som etter ligningsloven. I Bernh. Larsen Holding saken understreket Høyesterett blant annet at rettsikkerhetshensyn var varetatt gjennom skattyters rett til å varsles om og være til

stede under gjennomgangen av det kopierte materiale på ligningskontoret, jf. ligningsloven § 3-5. En tilsvarende bestemmelse finnes ikke i merverdiavgiftsloven, noe som kan tale for å anlegge et mer restriktivt syn på adgangen til kopiering her. At en slik uttrykkelig rett til å være til stede med vitne ikke eksplisitt er nedfelt i merverdiavgiftsloven, betyr imidlertid ikke at en slik adgang ikke kan utledes av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Forvaltningsloven § 15 har regler om fremgangsmåten ved bokettersyn som ikke foregår på et offentlig kontor. Det følger av annet ledd at den som forretningen angår, skal ha rett til å ha et vitne til stede under kontrollen. Det kan hevdes at de samme rettsikkerhetshensyn som ligger til grunn for regelen i forvaltningsloven § 15, i minst like stor grad gjør seg gjeldende ved arkivgjennomsyn på skattekontoret.

Når jeg er kommet til at merverdiavgiftsloven § 46 annet ledd gir adgang til å gi pålegg om kopiering, er det først og fremst begrunnet i hensynet til en effektiv avgiftskontroll. Det er fremholdt av Skattedirektoratet at en gjennomgang i den avgiftspliktiges lokaler ofte vil være en svært tidkrevende prosess, og vil kunne gå ut over kontrollen. Også for den avgiftspliktige kan det være hensiktsmessig at gjennomgangen skjer på skattekontoret. På denne måten fratas han ikke tilgangen til arkivene mens kontrollen løper. Likevel understreker jeg at rettsikkerhets- og personvernens hensyn taler for at avgiftspliktige bør ha adgang til å være til stede med vitne under gjennomgangen. Dette er nødvendig for å begrense farene for spredning og misbruk av overskuddsinformasjon. Jeg vil her antyde at en slik rett kan utledes av forvaltningsloven § 15 og alminnelige krav til forsvarlig fremgangsmåte i forvaltningssaker. Imidlertid forutsetter jeg at avgiftsmyndighetene av eget tiltak vurderer disse spørsmål.

Etter dette gjenstår det for meg å vurdere om saken stiller seg annerledes når det gis pålegg om å medvirke til speilkopiering. Jeg har funnet det hensiktsmessig først kort å redegjøre noe nærmere for hva speilkopiering innebærer, og hva som skiller speilkopiering fra alminnelig backupkopi/filkopiering.

På alle datasystemer er datalagret informasjon organisert i filer i en bestemt filstruktur. Hver fil har et filnavn, en filtype og tidsstempler som viser når filen er opprettet, oppdatert og sist lest. En bruker lagrer sine dokumenter inn i dette systemet. Ved filkopiering fra et datalagringsmedium (f.eks. en harddisk) får den som kopierer kun med de filer som spesifikt angis. Ved speilkopiering lager man imidlertid kopi av et helt medium, ulikt filkopiering der man kopierer utvalgte deler av kildemediet. Når man sletter data på et lagringsmedium, vil dataene bli markert som overskrivbare. De aktuelle dataene vil ikke være

tapt før området på lagringsmediet hvor dataene ligger blir overskrevet med nye data. Når man benytter speiling som kopieringsform, vil filer som tilsynelatende er «slettet», være tilgjengelig på målmediet etter kopiering. Man kan således rekonstruere slettede filer og dokumenter som man ikke har mulighet til å avdekke dersom man skulle ta utgangspunkt i de eksisterende filene i filstrukturen.

Rent praktisk foregår normalt speilingen ved at en demonterer datamaskinen som inneholder de relevante opplysningene, og fysisk fjerner harddisken, som deretter plasseres i speilkopieringsmaskinen. Programmet som utfører selve kloningen kopierer samtlige data fra kildeharddisken over til en tom harddisk. Når speilkopieringen er ferdig, er innholdet på måldisken identisk med innholdet på kildedisken. I motsetning til det som er tilfellet ved alminnelig backupkopi/filkopiering, er avgiftsmyndighetene ved speilkopiering således ikke avhengig av å logge seg på den angjeldende PC for å foreta kopieringen. Den avgiftspliktiges medvirkning er i et slikt tilfelle kun nødvendig for å gi anvisning på hvor datamaskinen fysisk befinner seg i bedriftslokalet.

Det er ikke opplyst at daglig leder i selskapet motsatte seg selve kopieringen. Dersom det hadde vært tilfellet, antar jeg at det må være rimelig klart at avgiftsmyndighetene ikke kunne tatt seg til rette på egen hånd, jf. det jeg tidligere har sagt om tvangsgjennomføring. Siden jeg uansett er kommet til at et pålegg om å medvirke til speilkopiering ikke gyldig kan forankres i merverdiavgiftsloven § 46, er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til anførselen om at hennes opplysninger om at hun var utestengt fra egen arbeids-PC av styrelederen, fratok henne rett eller legitimasjon til å opptre på vegne av selskapet overfor avgiftsmyndighetene.

Når det gjelder adgangen til å gi pålegg om speilkopiering, vil jeg innledningsvis bemerke at selve integritetsinngrepet for meg fremstår som langt mer påtagelig ved speilkopiering enn hva tilfellet er med alminnelig backupkopi/filkopiering. Ved fysisk å demontere datamaskinen og fjerne harddisken, har tiltaket vesentlig større likhetspunkter med straffeprosessuelle tiltak. Legalitetsprinsippet må i et slikt tilfelle gjøre seg særlig gjeldende.

Det er likevel formålsbetraktninger som har veid tyngst når jeg har kommet til at merverdiavgiftsloven § 46 annet ledd ikke åpner for å gi pålegg om speilkopiering. Som jeg har redegjort for tidligere, er formålet med bestemmelsen å gi avgiftsmyndighetene adgang til å undersøke om den avgiftspliktige har i sin besittelse dokumenter som eventuelt kan kreves utlevert etter første ledd. En gjennomgang av alle lagrede filer på harddisken faller således innenfor det jeg naturlig forbinder med «arkivgjennomsyn». Imidlertid har jeg vanskelig for å se at et arkivgjennomsyn innenfor disse rammer også omfatter adgang til rekonstruksjon av slettet materiale. Dette er etter mitt syn noe annet og langt mer enn en gjennomgang av eksisterende filer. For meg fremstår det også som en noe kunstig betraktningssmåte å skulle kreve utlevert slettede dokumenter som myndighetene selv har frembrakt og rekonstruert ved hjelp av avansert data-teknikk. Så vidt jeg har forstått forutsetter slik rekonstruksjon en aktiv prosess fra myndighetenes side, der man benytter analyseprogrammer og forskjellige søkemekanismer for å få opp alle filer på harddisken som ikke er overskrevet med nye data. Dette er etter min mening å trekke adgangen til arkivgjennomsyn for langt, og vil – slik jeg ser det – i realiteten nærme seg en form for beslag.

En beslagsadgang for myndighetene ble opprinnelig tatt inn i ligningsloven under vedtagelsen i 1980, under henvisning til at «flere hendelser i det siste har vist at viktige dokumenter gjemmes/forsviner (bl.a. brennes) hvis ikke skattemyndighetene kan foreta ransaking/beslag», jf. Innst. O. nr. 44 (1979-1980) s. 21. Bestemmelsen ble imidlertid opphevet i 1984, før ligningsloven trådte i kraft, under henvisning til rettsikkerhets- og personvern hensyn, jf. Ot. prp. nr. 12 (1983-1984) s. 4. At stortingsflertallet i relasjon til ligningsloven § 4-10 uttrykkelig har gjort det klart at myndighetene ikke skal gis beslagsadgang, begrunner etter mitt syn bare i enda større grad at spørsmålet om speilkopiering bør forelegges lovgiver før avgiftsmyndighetene gis slik adgang.

På bakgrunn av det ovennevnte kan jeg ikke være enig med Finansdepartementet i at «et dokument ikke kan anses for å være ”ikke-eksisterende” – i forhold til skatte-, toll- og avgiftskontrollen – når det med eksisterende teknologi er mulig å rekonstruere de aktuelle dokumentene», jf. høringsnotat 4. juni 2008 s. 22. Personvern hensyn taler mot å utvide myndighetenes dokumenttilgang på denne måten før lovgiver har tatt stilling til spørsmålet, et synspunkt som forsterkes ved at merverdiavgiftsloven ikke har noen bestemmelse om at den avgiftspliktige har rett til å være til stede ved vitne under gjennomgangen av materialet, jf. mine tidligere bemerkninger. Jeg legger til at jeg også finner støtte for mitt restriktive syn i Høyesteretts uttalelser i Bernh. Larsen Holding saken, selv om den saken ikke direkte gjaldt speilkopiering.

Jeg konkluderer derfor med at merverdiavgiftsloven § 46 annet ledd ikke gir tilstrekkelig hjemmel for avgiftsmyndighetene til gyldig å kunne gi pålegg om å medvirke til speilkopiering.

Til slutt vil jeg berøre et annet spørsmål som ikke synes å ha blitt tatt opp i klagen hit. Det er på det rene at gjennomsynet skal danne grunnlag for pålegg etter merverdiavgiftsloven § 46 første ledd. Annet ledd gir imidlertid avgiftsmyndighetene ingen rett til å holde tilbake dokumenter fra det medbrakte materialet med

mindre den avgiftspliktige har godtatt pålegget, sml. premiss 44 i Bernh. Larsen Holding saken og det jeg har sagt ovenfor om beslagsadgang. Det er uklart i vår sak hvorvidt det speilkopierte materialet har blitt destruert eller returnert til selskapet. Det er heller ikke opplyst hvorvidt dokumentet som foranlediget omgjøringsvedtaket (e-posten), ble beholdt av avgiftsmyndighetene, og i så fall om dokumentet uttrykkelig ble krevd utlevert. Det er opplyst av advokat A i brev hit 26. mai 2008 at det aktuelle dokumentet ikke var slettet fra daglig leders arbeids-PC. Siden denne siden av saken ikke har blitt undersøkt, går jeg imidlertid ikke nærmere inn på det.

På bakgrunn av min uttalelse ber jeg Skattedirektoratet om å vurdere denne saken på nytt. Jeg presiserer at saken for meg har vært begrenset til å undersøke gyldigheten av pålegget om å medvirke til speilkopiering. Jeg har ingen foranledning for å uttale meg om eventuell bruk av det etterfølgende beviset.»

66.

Tilbakegående avgiftsoppgjør – omgjøring av ugyldig avslag

(2007/1312)

Selskap X oppførte i 1993-1994 en idretts- og flerbrukshall og søkte 1995 om frivillig registrering via dispensasjonsbestemmelsen i merverdiavgiftsloven § 70 blant annet for å kunne få fradragført inngående merverdiavgift i forbindelse med utgifter til oppføring av hallen i form av tilbakegående avgiftsoppgjør. Søknaden ble avslått av Finansdepartementet i 2002. På bakgrunn av den rettsavklaring innen avgiftsretten som fulgte av Hunsbedt-dommen (Rt. 2003 s. 1821) søkte selskapet på nytt om frivillig registrering i 2004 direkte etter forskrift nr. 80. Søknaden ble behandlet som en ny søknad da den gjaldt et annet rettsforhold. Skattedirektoratet innvilget i 2006 søknaden, men tilbakegående avgiftsoppgjør ble som følge av departementets praksisendring 18. mai 2006 kun innrømmet for tre år tilbake i tid fra søknadstidspunktet, som ble satt til søknaden i 2004 og ikke søknaden i 1995 da avgiftsmyndighetene mente søknadene gjaldt to forskjellige rettsforhold. Tilbakegående avgiftsoppgjør var dermed avskåret for oppføringskostnadene i 1993-1994 grunnet endringen i praksis. Finansdepartementet opprettholdt i 2007 direktoratets vedtak.

Ombudsmannen mente en søknad om frivillig registrering etter forskrift nr. 80 og etter merverdiavgiftsloven § 70 var ett og samme rettsforhold, noe departementet for så vidt sluttet seg til i forbindelse med ombudsmannens undersøkelser i saken. Videre mente ombudsmannen at søknaden i 2004 derfor skulle vært behandlet som en anmodning om omgjøring av departementets vedtak i 2002. Grunnlaget for

omgjøring var at det opprinnelige vedtaket var ugyldig som følge av materiell innholdsmangel da avgiftsmyndighetene opprinnelig hadde lagt en feil forståelse av merverdiavgiftsloven § 21 til grunn, jf. den rettsavklaring som fulgte av Hunsbedt-dommen (og den senere Porthuset-dommen) der avgiftsmyndighetenes praksis (primærbrukslæren) ble underkjent da praksisen var i strid med gjeldende rett. Den nye søknaden i 2004 ble nettopp innvilget som følge av denne rettsavklaringen av avgiftsmyndighetenes feilaktige forståelse og praktisering av merverdiavgiftsloven § 21. Ombudsmannen mente det opprinnelige avslaget i 2002 var ugyldig og at avslaget burde vært omgjort. Ved en slik omgjøring viste ombudsmannen til at det opprinnelige søknadstidspunktet i 1995 måtte legges til grunn i forhold til fristen for tilbakegående avgiftsoppgjør.

Selskap X oppførte en idretts- og flerbrukshall i perioden 1993-1994. Selskapet og Vest-Agder fylkeskattekontor avholdt møter 18. juni og 23. juni 1993 for å klargjøre hvilke rettigheter og muligheter selskapet hadde for å kunne få fradrag for inngående merverdiavgift i forbindelse med oppføringen av hallen. Fylkesskattekontoret presiserte at vilkårene for frivillig registrering etter forskrift (nr. 80) om frivillig registrering av utleier av bygg eller anlegg til bruk i virksomhet som er registrert etter merverdiavgiftsloven 3. mai 1983 nr. 918, ikke var oppfylt direkte, men at det var etablert en praksis etter dispensasjonsbestemmelsen i merverdiavgiftsloven § 70 som på nærmere vilkår tillot registrering etter forskrift nr. 80. I brev 28. februar 1995 søkte selskapet derfor Skattedirektoratet om delvis avgiftsfradrag for inngående avgift på investerings- og byggekostnader i tilknytning til hallen. Saken ble behandlet som en søknad etter merverdiavgiftsloven § 70. Skattedirektoratet av slo søknaden 25. november 1998, og avslaget ble etter klage stadfestet av Finansdepartementet 15. mai 2002. På bakgrunn av den rettsavklaring innen avgiftsretten som fulgte av Høyesteretts avgjørelse inn tatt i Rt. 2003 s. 1821, den såkalte Hunsbedt-dommen, søkte selskapet 27. april 2004 på nytt om frivillig registrering og tilbakegående avgiftsoppgjør, denne gangen direkte hjemlet i forskrift nr. 80, og ikke via den praksis som var etablert i tilknytning til merverdiavgiftsloven § 70. Fylkesskattekontoret fant at søknaden måtte behandles som en anmodning om omgjøring av Finansdepartementets vedtak 15. mai 2002, mens Skattedirektoratet mente søknaden om frivillig registrering direkte etter forskriften måtte anses å gjelde et annet rettsforhold enn søknaden basert på praksis i tilknytning til merverdiavgiftsloven § 70. Fylkesskattekontoret måtte derfor behandle saken i første instans, og fylkesskattekontoret fattet vedtak 18. februar 2005 om å nekte registrering. Ved

taket ble påklaget, og i vedtak 8. juni 2006 fant Skattedirektoratet at vilkårene for frivillig registrering etter forskrift nr. 80 var oppfylt, blant annet på bakgrunn av den rettsavklaring som var kommet med Hunsbedt-dommen, samt også avgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 951, den såkalte Porthuset-dommen. Derimot fant Skattedirektoratet ikke å kunne innrømme selskapet tilbakegående avgiftsoppgjør for oppføringskostnadene påløpt i 1993-1994. Årsaken var at Finansdepartementet i brev 18. mai 2006, det vil si mens saken var under klagebehandling hos Skattedirektoratet, hadde endret praksis for hvor langt tilbake i tid det kan kreves tilbakegående avgiftsoppgjør. Tilbakegående avgiftsoppgjør var etter brevet 18. mai 2006 begrenset til tre år fra tidspunktet en søknad blir fremsatt. Som søknadstidspunkt la Skattedirektoratet til grunn den «nye» søknaden 27. april 2004, og ikke den opprinnelige søknaden 28. februar 1995, ettersom den nye søknaden etter forskrift nr. 80 ble ansett å gjelde et annet rettsforhold enn den opprinnelige søknaden etter merverdiavgiftsloven § 70. Tilbakegående avgiftsoppgjør var dermed avskåret for oppføringskostnadene i 1993-1994 grunnet endringen i praksis. Skattedirektoratets vedtak ble påklaget til Finansdepartementet som 8. mai 2007 opprettholdt Skattedirektoratets vedtak. Finansdepartementet la i sitt vedtak 8. mai 2007 til grunn at «[e]n søknad om avgiftsfritak etter merverdiavgiftsloven § 70 vil være et annet rettsforhold bygget på andre vurderinger, enn en søknad om frivillig registrering etter forskrift nr. 80». Videre fremholdt departementet blant annet at «[d]ersom selskapet i 1995 var av den oppfatning at de hadde rett til frivillig registrering var det ingenting i veien for å fremme en slik søknad direkte, i stedet for å gå veien om merverdiavgiftsloven § 70».

I brev 26. juni 2007 klaget selskapet over Finansdepartementets vedtak 8. mai 2007 om ikke å innrømme selskapet tilbakegående avgiftsoppgjør. Klagen ble fremmet av advokat A.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og i brev herfra 12. oktober 2007 ble departementet i forhold til spørsmålet om søknadstidspunkt for frivillig registrering bedt om å redegjøre nærmere for hvorvidt det var noen forskjell i det faktiske grunnlaget for søknaden 28. februar 1995 og søknaden 27. april 2004, og i så fall hva forskjellene i de faktiske forhold besto i. Videre ble det bedt nærmere redegjort for hvorvidt det er noen forskjell i det rettslige grunnlaget for en søknad om frivillig registrering etter dispensasjon basert på praksis etter merverdiavgiftsloven § 70, og en søknad om frivillig registrering etter forskrift nr. 80, og hva disse eventuelle forskjellene besto i.

Dernest ble departementet bedt om å redegjøre for om det er noen forskjell i rettsvirkningene av å bli

frivillig registrert etter forskriften og etter lovens § 70 i samsvar med den praksis som forelå. Det ble stilt spørsmål om det ikke generelt sett i begge tilfeller er tale om å bli frivillig registrert, eller om det er noen realitetsforskjell mellom det selskapet søkte om i 1995 og i 2004. Videre ble det bedt redegjort for hvilke vurderingskriterier departementet legger til grunn når det skal avgjøre hvorvidt søknader om frivillig registrering bygger på samme rettsforhold eller ikke, og det rettslige grunnlaget for disse vurderingskriteriene. I tillegg ble det bedt opplyst hva som hadde vært avgjørende for at det i denne saken ikke var tale om samme rettsforhold.

Dessuten ble departementet spurt om det kunne redegjøre noe nærmere for sammenhengen mellom forskrift nr. 80 og den praksis som knyttes til lovens § 70 vedrørende frivillig registrering. Det ble stilt spørsmål om praksisen er en utvidelse av adgangen til registrering etter forskrift nr. 80, og således en utvidelse eller snarere en lemping av vilkårene etter forskriften. Videre ble det stilt spørsmål om en vurdering av registrering med hjemmel i lovens § 70 også forutsetter en vurdering av forskriftens vilkår. Det ble også stilt spørsmål om hvilken eventuell «tilknytning» praksisen har til forskriften og hvilken forskjell det i realiteten utgjør at praksisen formelt er tilknyttet lovens § 70 og ikke direkte regulert inn i forskriften i form av «alternative» vilkår. Departementet ble spurt om praksisen like gjerne kunne vært regulert inn som vilkår i forskriften.

Det ble deretter vist til at selskapet ikke søkte direkte om registrering etter forskriften fordi fylkesskattekontoret ga uttrykk for at det ikke ville være aktuelt å innvilge en slik søknad. Derimot anbefalte fylkesskattekontoret at det ble søkt om frivillig registrering etter merverdiavgiftsloven § 70 og den praksis som var utviklet i tilknytning til denne. Resultatet skulle bli det samme for selskapet, nemlig frivillig registrering med mulighet for å fradragsføre oppføringskostnadene i tilknytning til hallen. De anbefalinger og standpunkt fylkesskattekontoret hadde, baserte seg på en feilaktig forståelse av rettstilstanden, jf. Hunsbedt-dommen. Det ble stilt spørsmål om departementet etter dette mente, sett hen til korrespondansen mellom fylkesskattekontoret og selskapet, avgiftsmyndighetene feilaktige rettsoppfatning, samt departementets svar på spørsmålene ovenfor, at søknadene i 1995 og 2004 gjaldt helt forskjellige rettsforhold. Videre ble det stilt spørsmål om det var riktig å forstå departementet dit hen at selskapet, til tross for anbefalingene fra fylkesskattekontoret, formelt burde ha søkt prinsipielt på det grunnlaget som ikke ville føre frem for å være «føre var» i forhold til senere avklaringer av rettstilstanden og endringer i myndighetenes praksis, og subsidiært på det grunnlag som muligens ville føre frem. Departementet ble

også bedt om å kommentere i hvilken grad selskapet gjennom dialogen med fylkesskattekontoret kunne sies å ha søkt om frivillig registrering etter forskrift nr. 80, og muntlig fått tilsagn om avslag.

I brevet herfra ble det – i forbindelse med endringen i praksis om tilbakegående avgiftsoppgjør – vist til at det følger av Grunnloven § 97 at «[i]ngen Lov maa gives tilbakevirkende Kraft». At § 97 taler om lover, kan ikke forstås bokstavelig til kun å gjelde formelle lover. Også skattebeslutninger, provisoriske anordninger og alle forskrifter gitt i kraft av delegasjon omfattes av forbudet, jf. Johs. Andenæs, Statsforfatningen i Norge (10. utg. 2006), s. 443. Forvaltningspraksis faller derimot som utgangspunkt utenfor bestemmelsens direkte anvendelsesområde, uten at det dermed er sagt at prinsippene bak bestemmelsen ikke får betydning for myndighetenes adgang til å endre praksis. Eckhoff/Smith fremholder at forvaltningspraksis kan endres med virkning for fremtiden, jf. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (8. utg. 2006), s. 145. Videre fremholder Frihagen at «forvaltningsmyndighetene kan bli ansett forpliktet til å gi et visst forhåndsvarsel eller til å gjennomføre en overgangsordning dersom det skal foretas en omlegning av en festnet og kjent praksis som vedkommende borgere har innrettet seg etter», jf. Frihagen, Forvaltningsrett Bind I (3. utg. 1991), s. 204. Det ble deretter vist til at i praksis skjedde endringen i saken ved Finansdepartementets brev 18. mai 2006, det vil si etter at selskapet hadde søkt «på nytt» 27. april 2004, etter at søknaden var ferdigbehandlet i første instans ved fylkesskattekontorets vedtak 18. februar 2005 og etter at avslaget var påklaget samme dag til Skattedirektoratet. Skattedirektoratet fattet vedtak 8. juni 2006, det vil si ca. tre uker etter endringen i praksis ble foretatt.

Finansdepartementet ble bedt om å redegjøre noe nærmere for sitt syn på den adgang (eller de skranke) som foreligger for å endre praksis med tilbakevirkende kraft når det gjelder tilbakegående avgiftsoppgjør, herunder eventuelle begrensninger i hvem endringen kan gjøres gjeldende overfor og eventuelle krav til selve gjennomføringen av endringen. Videre ble det bedt redegjort for departementets syn på om det i denne saken, sett hen til redegjørelsen ovenfor og til det svar departementet gir på spørsmålet ovenfor, var foretatt en endring i praksis som hadde fått tilbakevirkende kraft. Det ble vist til at selskapet, selv om søknaden fra 2004 ble lagt til grunn som søknadstidspunktet, hadde søkt og fått urettmessig avslag samt påklaget avslaget før endringen i praksis ble foretatt. Uavhengig av om det var tale om endring i praksis med tilbakevirkende kraft, og uavhengig av om denne endringen i så fall var urettmessig eller ikke, ble departementet videre bedt om å gi sitt syn på om departementet var av den oppfatning at det var i

tråd med god forvaltningsskikk å gjøre gjeldende endringen i praksis i denne saken.

Finansdepartementet besvarte henvendelsen i brev 30. november 2007. Departementet hadde også oversendt ombudsmannens henvendelse til Skattedirektoratet for uttalelse, og kopi av direktoratets uttalelse 8. november 2007 til departementet fulgte vedlagt. Innledningsvis viste departementet til direktoratets redegjørelse hva gjaldt søknadsrunden i 1995 og fremover, som departementet sluttet seg til. Direktoratet skrev blant annet følgende om dette:

«Hovedproblemet er at [selskapets] første brev av 28. februar 1995 i saken, ble behandlet som en søknad etter merverdiavgiftsloven § 70, og ikke en søknad direkte etter forskrift nr. 80. Bakgrunnen for at søknaden var formulert og behandlet som en § 70-søknad, var at fylkesskattekontoret forut for søknaden hadde presisert overfor [selskapet] at vilkårene for frivillig registrering etter forskrift nr 80 ikke var oppfylt direkte, men at det var etablert en praksis som på nærmere vilkår tillot registrering etter forskrift nr 80, jf "Skattedirektoratets Meldinger", Av nr 8/1986 av 10. juni 1986 og nr 10/1994 av 16. august 1994. Skattedirektoratet avsto søknaden 25. november 1998, og avslaget ble etter klage stadfestet av Finansdepartementet 5. mai 2002.

Søknaden av 27. april 2004 gjaldt derimot uttrykkelig etter forskrift nr 80, fordi man i mellomtiden fikk Hunsbedt-dommen av 22. desember 2003 (og senere også Porthusetdommen av 30. juni 2005) og avgiftsmyndighetene som følge herav anser arealer utleid til idrettslag mv, hvor leietaker eksponerer reklame, å være delvis til bruk i leietakers avgiftspliktige reklamevirksomhet, jf Skattedirektoratets fellesskriv av 26. september 2005.

I og med at en har ansett at søknaden av 27. april 2004 om frivillig registrering etter forskrift nr 80 gjaldt et annet rettsforhold enn søknaden om fritak etter merverdiavgiftsloven § 70, har en altså lagt til grunn at det er 27. april 2004 som er søknadstidspunktet for tilbakegående avgiftsoppgjør.»

Departementet fremhevet at selskapets søknad 28. februar 1995 om frivillig registrering med hjemmel i merverdiavgiftsloven § 70 var et annet rettsforhold som bygger på andre vurderinger enn selskapets søknad 27. april 2004 om frivillig registrering etter forskrift nr. 80. Videre antok departementet «at en alternativ måte å se dette på kan være å se på søknaden av 27. april 2004 som en ny søknad - ikke om et annet, men om det samme rettsforhold». Departementet mente dette like fullt ville lede til samme resultat og anførte følgende:

«En ny søknad om et forhold som allerede er avgjort av forvaltningen, kan i utgangspunktet avvises. I dette tilfellet anførte imidlertid søker nye omstendigheter som grunnlag for frivillig registrering og søknaden ble da behandlet. Departementet anser likevel at hver søknad må vurderes

for seg, og at det dermed ikke er grunnlag for å legge datoen for den første søknaden til grunn. Som nevnt er datoen for den nye søknaden 27. april 2004, hvilket innebærer at søknaden etter vår oppfatning må vurderes etter den nye praksis om tilbakegående avgiftsoppgjør. Departementet har på denne bakgrunn valgt å ikke gå nærmere inn på de konkrete spørsmål Sivilombudsmannen har om den første begrunnelsen. Det bes om Sivilombudsmannens tilbakemelding dersom han ikke er enig i denne vurderingen.»

Direktoratet gjorde i sitt brev til departementet rede for at det «ikke er noen forskjell i det faktiske grunnlaget for» de to søknadene. Videre påpekte direktoratet at en søknad «etter mval. § 70 innebærer en dispensasjon fra vilkårene for registrering etter forskrift nr 80, og forutsetter således samtidig at vilkårene for registrering direkte etter forskrift nr 80 ikke er til stede». Direktoratet siterte i denne forbindelse fra «Skattedirektoratets Meldinger, Av nr 8/1986 av 10. juni 1986» følgende:

«Det er reist spørsmål om avgiftsbelastningen og forholdet til forskrift nr. 80 for et nyoppført utleiebygg som deler av året leies ut til avgiftspliktig virksomhet, og deler av året eksklusivt leies ut til virksomhet utenfor merverdiavgiftsloven. I et slikt tilfelle vil det ikke være adgang til frivillig registrering. Finansdepartementet har imidlertid i brev av 16. april 1986 til Skattedirektoratet uttalt at det i slike tilfelle med hjemmel i merverdiavgiftsloven § 70 vil praktisere en fritaksordning når det vesentligste av eierens leieinntekter stammer fra bruk av lokalene i avgiftspliktig omsetningsvirksomhet, eller bygget i den vesentligste del av året benyttes i avgiftspliktig virksomhet.»

Om rettsfølgene opplyste direktoratet at de er de «samme enten man blir registrert direkte etter forskrift nr 80 eller med hjemmel i mval § 70, idet fradragsrett alltid gis tilsvarende bruken av bygningen/anlegget innenfor avgiftsområdet hos leietaker(ne)». Direktoratet viste også til at dette var forutsatt i «Skattedirektoratets Meldinger, Av nr 8/1986 av 10. juni 1986», og siterte følgende derfra:

«Avgiftsbehandlingen blir i ovennevnte tilfeller i prinsippet den samme som ved frivillig registrering. Fritaket gis på vilkår av at byggherren underkaster seg de reglene av kontrollmessig art som gjelder ved frivillig registrering. Fritaket gjennomføres ved refusjon.

Byggherrene registreres i avgiftsmanntallet og skal innlevere omsetningsoppgave etter de regler som gjelder for frivillig registrerte etter forskrift nr. 80.»

Direktoratet fremhevet deretter:

«Mval § 70 – ordningen dispenserer fra arealkravet [i forskrift nr. 80], men stiller i stedet to alternative vilkår som må være oppfylt, nemlig enten at det vesentligste av eierens leieinntekter stam-

mer fra bruk av lokalene i avgiftspliktig omsetningsvirksomhet, eller bygget den vesentligste del av året benyttes i (kun) avgiftspliktig virksomhet. Ingen av delene trenger nødvendigvis være oppfylt for å bli registrert direkte etter forskrift nr 80.

I realiteten innebærer det altså to forskjellige regelsett. Det er derfor intet i veien for, slik saksbehandlingen også har lagt til grunn, å fremme krav om registrering direkte etter forskrift nr 80 selv om man først har fått avslag på en § 70 - søknad. Det taler for å dekke søknader direkte etter forskrift nr 80 og dispensasjon med hjemmel i mval § 70, som to forskjellige rettsforhold.»

I forhold til spørsmålene herfra om endringen av praksis om innrømmelse av tilbakegående avgiftsoppgjør uttalte departementet blant annet:

«Som det framkommer av Finansdepartementets brev 18. mai 2006, er bakgrunnen for endringen av praksis at manglende retningslinjer for hvor langt tilbake i tid det kan innrømmes tilbakegående avgiftsoppgjør, skaper uklarhet om rammene for ordningen. Praksisen kan få store proveny-messige konsekvenser og anslagene for inntektene fra merverdiavgiften kan bli usikre. Departementet la også til grunn at det innenfor dette fagområdet ikke forelå spesielle hensyn som tilsa så vide rammer rundt ordningen med tilbakegående avgiftsoppgjør. I tillegg vil en liberal praksis med tilbakegående avgiftsoppgjør kunne undergrave pliktene i merverdiavgiftsloven om at næringsdrivende som fyller vilkårene, i størst mulig grad skal registreres i avgiftsmanntallet. En aksept av fradragsrett i slike tilfeller vil dessuten kunne innebære et brudd på prinsippet i merverdiavgiftssystemet om en rettferdig og nøytral likebehandling av næringsdrivende. Avslutningsvis viste departementet til den omleggingen Finansdepartementet nylig hadde gjort i forhold til praksis om frafallelse av foreldelsesinnsigelser på merverdiavgiftsområdet, og at det ville stride mot intensjonene med ordningen om frivillig registrerte skulle få større rettigheter enn ordinært registrerte når det gjaldt muligheten for å rette opp forhold bakover i tid.

Sivilombudsmannen har også stilt Finansdepartementet spørsmål om endringen av praksis med frafallelse av foreldelsesinnsigelse. Finansdepartementet har gitt sin redegjørelse i brev 15. januar 2007 til Sivilombudsmannen (Sivilombudsmannens referanse 2006/1028). Departementet har mottatt Sivilombudsmannens uttalelse i denne saken og vil vurdere den nærmere.

Det opplyses for øvrig at spørsmålet om adgangen til å endre praksis er under behandling ved domstolene. Så langt har staten vunnet fram med sitt syn om at avgiftsmyndighetene har adgang til å endre praksis. Endring av praksis med tilbakegående avgiftsoppgjør er behandlet i Oslo tingsretts dom 15. juni 2007 (Periscopus AS). Dommen er påanket. Endring av praksis med frafallelse av foreldelsesinnsigelse er behandlet av Oslo tingrett i dommer 3. desember 2006 (Victoria Hotell AS, Periscopus AS, Hegnar Hotell AS), 12. desember 2006 (Union Hotell AS m.fl.) og 2. februar 2007 (Olavsgaard Hotell Eiendom

AS). Også disse dommene er påanket. Sistnevnte ble for øvrig behandlet i Borgarting lagmannsrett 25.-26. oktober 2007.»

Departementet opplyste at det mente at «staten har adgang til å endre sin forvaltningspraksis om frafallelse av foreldelsesinnsigelse og tilbakegående avgiftsoppgjør», og kunne ikke «se at den tidligere praksis gir avgiftspliktige en ervervet rettighet som er beskyttet etter Grunnloven § 97». Videre viste departementet «til Oslo tingretts dom av 15. juni 2007 side 19 der det uttales at retten finner det ‘klart at en slik praksisendring ikke strider mot forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft, jf. Grunnloven § 97’». Departementet fremhevet også at praksisendringen «ikke innebærer at adgangen til slikt avgiftsoppgjør fjernes, men at den begrenses til å gjelde 3 år tilbake i tid», og at denne begrensningen var i tråd med foreldelseslovens alminnelige foreldelsesfrist. I forhold til at praksisendringen trådte i kraft umiddelbart og med virkning for alle saker som ikke var ferdigbehandlet ved ikrafttredelsen, opplyste departementet at skjæringstidspunktet «ble valgt med sikte på å skape størst mulig grad av likebehandling blant de avgiftspliktige. Skjæringstidspunktet er dermed også det samme som ble satt for endring av praksis med frafallelse av foreldelsesinnsigelse».

Advokat A kom med merknader til departementet og direktoratets redegjørelse i brev 15. januar 2008. I forhold til spørsmålene tilknyttet søknadstidspunktet og hvorvidt det var tale om forskjellige rettsforhold, påpekte advokaten blant annet at det var tale om det samme faktiske forhold, de samme rettsfølger, det samme beløp, den samme tekniske gjennomføring ved refusjon, samme forvaltningsorgan som behandlet søknaden og de samme sanksjonsmuligheter. Advokaten mente det var tale om samme rettsforhold og at «[h]ele saken dreier seg om å få innvilget en frivillig registrering og derigjennom en rett til å føre en andel av inngående merverdiavgift på oppføringskostnadene til fradrag». Han fremhevet at det «aldri i praksis ble operert med noe tosporsystem for behandlingen av søknader» etter forskrift nr. 80 og loven § 70. Å kalle dette forskjellige rettsforhold var kun «en ekstremt formell tilnærming». Advokaten anførte at dersom «man ser på realiteten er det ikke tvilsomt at den etablerte dispensasjonsordningen må ses på som en del av regelsettet rundt forskrift nr. 80», og at «dispensasjonsordningen i realiteten er en utvidelse av ordningen om frivillig registrering». Han mente det verken var holdepunkter «i teori, forvaltningspraksis eller rettspraksis for at formalistiske tilnærminger som myndighetene her foretar, er holdbare i forhold til spørsmålet om avgrensningen mellom hva som regnes som samme eller forskjellige rettsforhold», og at dispensasjonsadgangen like gjerne kunne vært regulert inn som et alternativt vilkår i

forskriften. Videre mente advokaten at det avgjørende «for om det dreier seg om samme rettsforhold må være at selskapets henvendelser bygger på det samme faktiske grunnlaget og at rettsvirkningene av en innvilget søknad er de samme enten søknaden rettes med direkte henvisning til forskrift nr. 80 eller søknaden rettes med henvisning til forskrift nr. 80 basert på særskilt fritak etter merverdiavgiftsloven § 70». Han anførte deretter at det i denne forbindelse ikke kunne være avgjørende eller få noen betydning hvorvidt man i søknaden viste til den ene «hjemmelen» for frivillig registrering, i motsetning til begge eller for så vidt ingen av dem. Det avgjørende måtte være det faktiske grunnlaget som lå til grunn for søknaden og hva man ønsket å oppnå med søknaden, frivillig registrering og refusjon. At man i denne saken, som følge av avgiftsmyndighetenes instruksjoner, formelt kun hadde vist til en av de to «hjemlene» i søknaden mente advokat A ikke kunne medføre at det var tale om forskjellige rettsforhold. Advokaten mente en slik forståelse ville medføre formelle skranker som var «fallgruver for næringsdrivende som etter lovens system og Stortingets intensjon er tiltenkt krav på refusjon av merverdiavgift», og at disse skrankene fremstår som «direkte meningsløse hindringer for at merverdiavgiftslovgivningen skal fungere slik den er tiltenkt». I tillegg mente advokaten en slik tilnærming heller ikke harmonerte med avgiftsmyndighetenes veiledningsplikt, men snarere undergravde den «hvis forvaltningen i slike saker kan lene seg tilbake og se på at de næringsdrivende ‘trår feil’ ved å foreta en ‘uheldig’ lovhenvvisning» formelt sett.

Advokat A kunne ikke se at det forelå reelle hensyn som tilsa at søknadene skulle behandles som to forskjellige rettsforhold, og mente for øvrig at selskapet uansett måtte anses for å ha søkt direkte etter forskrift nr. 80 gjennom dialogen med fylkesskattekontoret. Han viste blant annet til overskriften i Vest-Agder fylkesskattekontors brev til Skattedirektoratet 5. september 2007 som både viste til søknad etter forskrift nr. 80 og «eventuell» søknad etter loven § 70.

I forhold til departementets alternative innfallsvinkel om at søknadene gjaldt det samme rettsforholdet, var advokaten ikke enig i betraktningen om at «en ny henvendelse om en sak som allerede er avgjort av forvaltningen, i utgangspunktet kan avvises». Advokaten anførte at ugyldige vedtak som utgangspunkt skal omgjøres, og siterte blant annet fra Graver, Alminnelig forvaltningsrett (3. utg. 2007), s. 610. Dette måtte særlig gjelde når «forvaltningsorganet, som selv er regelprodusent, har hatt helt feilaktige oppfatninger med hensyn til tolkningen av aktuell lovgivning». Advokaten pekte også på at omgjøring ikke var til ugunst for andre private parter, og mente det ikke var noen «gode argumenter for å unnlate å omgjøre vedtaket». Etter dette mente advokaten at

avgiftsmyndighetene ikke står «fritt til å avvise nye henvendelser om avgjørelser som viser seg å være ugyldige, og man hadde derfor en plikt til å ta saken opp til ny behandling i 2004. Under denne synsvinkelen er det opplagt at den nye behandlingen av saken ikke kan ses under synsvinkelen at det er fremmet en ny, men for sent fremsatt søknad». Advokaten anførte at det «eneste naturlige i en sak som denne er å se på den som en fornyet behandling av samme sak». Det ble vist til at det ikke var anført nye faktiske omstendigheter eller fremsatt andre krav eller rettsvirkninger enn tidligere, og at de «nye omstendighetene» det var tale om kun gjaldt «en påvisning av at staten har tolket regelverket feil ved at det henvises til ny Høyesterettspraksis». Videre viste advokaten «også til at reelle hensyn tilsier en slik tilnærming. Spørsmålet i denne sak er om man har avbrutt en søknadsfrist i tide. En søknadsfrist er typisk oppstilt for å stille krav til at den avgiftspliktige opptrer aktivt overfor myndighetene for å ivareta sine rettigheter. Er det en ting som er sikkert, så er det at [selskapet] har gjort akkurat det».

I forhold til spørsmålet om endring av praksis viste advokaten til at saken dreide seg om hvorvidt det var adgang til å gi praksisendringen anvendelse «på en klagesak hvor det faktiske grunnlaget for søknaden ligger forut i tid og hvor det allerede foreligger et urettmessig og påklaget avslag på søknaden». Deretter kom advokaten med en rekke kommentarer og anførsler til spørsmålet om adgangen til endring av praksis, og anførte herunder blant annet at det forelå provenymessig hensyn som tilsa at man endret praksis slik den var gjennomført, og at argumentet om at en liberal praksis med tilbakegående avgiftsoppgjør vil kunne undergrave «pliktene i merverdiavgiftsloven» ikke hadde relevans i denne saken. Videre mente advokaten at praksisendringen nettopp brøt med prinsippet i merverdiavgiftsretten om rettferdig og nøytral likebehandling av næringsdrivende dersom det ikke ble gitt refusjon til selskapet, og påpekte også hvor lenge saken hadde versert for avgiftsmyndighetene. Advokaten anførte videre at skjærings-tidspunktet for praksisendringen ikke fremmet likebehandling, men tvert imot dannet grunnlag for tilfeldige og vilkårlige resultater, blant annet fordi hvor langt behandlingen av en søknad var kommet før skjærings-tidspunktet i stor grad berodde på saksbehandlingstiden hos den enkelte saksbehandler og organ. Videre mente han man kunne miste sitt rettskrav dersom man hadde fått uriktig avslag i første instans og klageinstansen ikke rakk å treffe et korrekt vedtak før praksisendringens «ikrafttredelse». Advokaten mente at dersom likebehandling hadde vært målet «ville det eneste fornuftige vært å legge avgjørende vekt på hvorvidt det var søkt på tidspunktet for praksisomleggningen».

Advokat A anførte deretter at de tingrettsdommene departementet hadde vist til hadde mindre relevans for saken, med unntak av dom 15. juni 2007 i Oslo tingrett (Periscopusdommen). I forhold til Periscopusdommen viste advokaten til at dommen «bare tar stilling til en begrenset del av problematikken rundt spørsmålet om forvaltningens adgang til å foreta tilbakevirkende praksisomlegginger. Som det fremgår av gjengivelsen av saksøkers anførsler og rettens premisser, ble det kun anført at den tidligere praksisen og statens praksisomleggelse var forskrifter, og at Grunnloven § 97 og forvaltningslovens kunngjøringskrav medførte ugyldighet». Advokaten mente dommen derfor kun berører «en liten del av vår argumentasjonen vedrørende praksisomleggningen», og at «forskriftsspørsmålet [utgjør] kun en liten del av problematikken rundt statens adgang, og eventuelle skranker, ved praksisomleggelser». Det ble vist til at når «Frihagen, [Forvaltningsrett Bind I (3. utg. 1991), s. 204], legger til grunn at det foreligger skranker for myndighetene når de foretar praksisomleggelser, fremstår det som åpenbart at han sikter til noe mer enn de tilfeller hvor praksisen må sies å utgjøre forskrifter, og som dermed reguleres direkte av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97».

Sett hen til «den lange saksbehandlingstiden og statens misforståelser når det gjelder de materielle bestemmelsene om fradragsrett» mente advokaten videre at det måtte være i strid med god forvaltningsskikk å nekte selskapet «de fradragene som hele merverdiavgiftens system bygger opp under», og viste også til enkelte uttalelser fra ombudsmannen i tilknytning til saker om frafallelse av foreldelsesinnsigelse grunnet lang saksbehandlingstid.

Departementet kom med merknader til advokatens brev 6. mars 2008, og anførte blant annet at den endrede rettstilstanden som følge av Hunsbedt- og Porthuset-dommene ikke innebar «at den første saken 'vekket til live' igjen slik at dato for den første søknaden legges til grunn». Vedlagt brevet fulgte også dom 27. november 2007 i Borgarting lagmannsrett (Union Hotell mfl.).

I brev 13. mars 2008 kommenterte advokaten departementets merknader, og anførte blant annet at hva gjaldt departementets henvisning til avgjørelser fra Høyesterett som «gjorde at rettstilstanden ble 'endret'», så hadde det ikke «funnet sted noen endring av rettstilstanden. Verken lovtekst eller forskriftstekst er endret. Det som har skjedd er at Høyesterett, gjennom presiseringer av hvordan bestemmelser i merverdiavgiftsloven er å forstå, har slått fast at Finansdepartementet og det resterende av avgiftsadministrasjonen har tolket reglene om fradragsrett for inngående merverdiavgift feil. Å tale om endringer i rettstilstanden blir da lite passende».

Departementet opplyste deretter i brev 16. april 2008 at det ikke hadde ytterligere merknader i saken, ut over enkelte kommentarer tilknyttet relevansen av en tidligere uttalelse hos ombudsmannen som advokat A hadde vist til. Vedlagt brevet fulgte Høyesteretts beslutning 27. mars 2008 om ikke å tillate anken fra Union Hotell AS m.fl. fremmet. Videre oversendte departementet i brev 24. april 2008 dom 11. april 2008 i Borgarting lagmannsrett (Periscopus AS, Victoria Hotell AS, Hegnar Hotell AS, nå opprettholdt under dissens 3-2 ved Høyesteretts dom 1. desember 2008).

I brev 9. mai 2008 bemerket advokat A at dommen 11. april 2008 i Borgarting lagmannsrett «ikke gjelder praksisomleggingen vedrørende tilbakegående avgiftsoppgjør. Sakens hovedspørsmål er hvorvidt en rekke hoteller hadde krav på fristutsettelse etter foreldelseslovens bestemmelser. Saken berører Finansdepartementets omleggelse av sin praksis vedrørende frafall av foreldelsesinnsigelsen. De private parter i den aktuelle sak hadde imidlertid ikke søkt om frafall av foreldelsesinnsigelsen, men forsøkte å påberope seg denne praksisen direkte overfor domstolen». Advokaten mente saken derfor skilte seg fra «vår sak både i forhold til hvilken praksis som omhandles og ved at de private parter ikke hadde inngitt noen søknad om frafall av foreldelsesinnsigelsen til myndighetene på tidspunktet for praksisendringen». Det ble også presisert at «dommen gjelder et annet saksforhold enn dommen vedrørende Periscopus AS som var vedlagt Skattedirektoratets brev til Finansdepartementet av 8. november 2007».

Det ble herfra funnet nødvendig å stille ytterligere noen spørsmål i saken til departementet. I brev 17. juli 2008 ble det vist til at da selskapet søkte om frivillig registrering i brev 27. april 2004 til Vest-Agder fylkesskattekontor, mente fylkesskattekontoret saken måtte behandles som en omgjørings sak. Fylkesskattekontoret anså seg derfor ikke å ha myndighet til å vurdere omgjøring, og mente dette måtte gjøres av departementet som hadde fattet det endelige vedtaket om avslag 15. mai 2002 i forbindelse med den første søknaden, jf. fylkesskattekontorets brev 8. juni 2004 til departementet. Skattedirektoratet behandlet saken og konkluderte med at søknaden 27. april 2004 måtte behandles av fylkesskattekontoret da søknaden om frivillig registrering direkte etter forskrift nr. 80 gjaldt et annet rettsforhold enn den opprinnelige søknaden om fritak etter merverdiavgiftsloven § 70. Det var dermed ikke fattet noe vedtak om avslag på søknad om frivillig registrering etter forskrift nr. 80, jf. direktoratets brev til fylkesskattekontoret 21. oktober 2004. Deretter ble det vist til at departementet i brevet hit 30. november 2007 derimot la til grunn at «en alternativ måte å se dette på kan være å se på søknaden av 27. april 2004 som en ny søknad» om «det

samme rettsforhold», slik ombudsmannen hadde vært inne på i saken. Det ble vist til at ettersom departementet dermed syntes å fravike synspunktet som lå til grunn for direktoratets opprinnelige begrunnelse for at saken skulle behandles som en ny søknad, og ikke som en sak om omgjøring, aktualiserte dette spørsmålet om saken skulle vært vurdert som omgjørings sak, slik fylkesskattekontoret opprinnelig la til grunn. Grunnlaget for omgjøring ville i så fall være at departementets vedtak 15. mai 2002 var ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, som følge av feil rettsanvendelse, jf. Hunsbedt-dommen.

Det ble videre opplyst at departementet i brevet 30. november 2007 hadde vist til at en ny søknad om et forhold som allerede er avgjort i forvaltningen kan avvises, men at søker i denne saken anførte «nye omstendigheter». Like fullt mente departementet at hver søknad «må vurderes for seg, og at det dermed ikke er grunnlag for å legge datoen for den første søknaden til grunn». Videre hadde departementet i brev 6. mars 2008 hit vist til at «på det tidspunkt vedtak ble truffet (15. mai 2002) var det departementets oppfatning at [selskapet] ikke hadde rett til tilbakegående avgiftsoppgjør. Høyesteretts dom i Hunsbedt- og Porthuset-sakene endret rettstilstanden på området, jf. også Skattedirektoratets vedtak 8. juni 2006. Departementet kan ikke se at den endrede rettstilstanden innebærer at den første saken 'vekkes til live' igjen slik at dato for den første søknaden legges til grunn».

Herfra ble det vist til at i Hunsbedt-dommen underkjente Høyesterett avgiftsmyndighetenes praksis med å skille mellom primær og sekundær bruk av vare eller tjeneste. Høyesterett uttalte blant annet «en slik tolking av merverdiavgiftsloven § 21 representerer en klart innskrenkende fortolkning til borgernes ugunst», og at praksis derfor ikke kunne tillegges «nevneverdig vekt». Høyesterett kom til at avgiftsmyndighetenes praksis var i strid med gjeldende rett. Det kunne ikke oppstilles andre vilkår for fradragsrett for inngående avgift enn at oppofrelsen «er relevant og har en naturlig og nær tilknytning til den avgiftspliktige virksomhet». I den senere Porthuset-dommen uttalte Høyesterett også der at avgiftsmyndighetene hadde bygget på «feil lovforståelse av merverdiavgiftsloven § 21 første ledd første punktum, slik denne bestemmelse har blitt presisert av Høyesterett i flere avgjørelser», herunder Hunsbedt-dommen. Departementet hadde vist til at de nevnte dommene endret rettstilstanden, mens Høyesterett selv synes å ha sett på dette som en presisering.

Departementet ble bedt redegjøre for hvorvidt departementet mente Hunsbedt-dommen, og den senere Porthuset-dommen, innebar en endring av rettstilstanden og gjeldende rett innen avgiftsretten og retten til å kreve fradrag for inngående merverdiavgift, eller om dommene innebar en presisering/avklaring

av hva som var gjeldende rett. Videre ble departementet bedt redegjøre for sitt syn på hvilken betydning dette skillet mellom hvorvidt dommene skal anses å ha endret eller presisert/avklart rettsstilstanden fikk i forhold til vurderingen av om departementets vedtak 15. mai 2002 må anses ugyldig på grunn av feil rettsanvendelse. Uavhengig av om departementet mente skillet fikk betydning for ugyldighetsspørsmålet ble departementet bedt redegjøre nærmere for sitt syn på hvorvidt departementets vedtak 15. mai 2002 måtte anses ugyldig som følge av feil rettsanvendelse, jf. de nevnte dommene. Det ble stilt spørsmål om vedtaket, dersom det måtte anses ugyldig, da i stedet skulle blitt vurdert omgjort, ut fra det departementet i svarene hit la til grunn om at søknaden 27. april 2004 gjaldt det samme rettsforholdet som ble avgjort i vedtaket 15. mai 2002. Videre ble også bedt redegjort for hvilket søknadstidspunkt departementet mente skulle legges til grunn dersom vedtaket 15. mai 2002 var ugyldig og eventuelt skulle vært omgjort. Endelig ble departementet bedt redegjøre for hvilken betydning departementet mente det hadde, dersom vedtaket måtte anses ugyldig, at selskapet ikke uttrykkelig begjærte omgjøring av vedtaket i søknaden 27. april 2004.

Finansdepartementet besvarte henvendelsen i brev hit 5. september 2008, og opplyste blant annet at departementet la til grunn at Hunsbedt-dommen og Porthuset-dommen «innebar en klargjøring av rettsstilstanden», og at rettsstilstanden var «ytterligere klarlagt» i to Høyesterettsdommer avsagt 20. juni 2008 (Bowling 1 Strømmen og Tønsberg Bolig AS) og i Agder lagmannsretts dom avsagt 10. juli 2008 (Kristiansand Dyrepark ASA). Departementet opplyste at som «følge av dette har enkelte avgiftspliktige blitt ansett å ha krav på utbetaling av til gode merverdiavgift», men at departementet imidlertid ikke hadde «lagt til grunn at de nevnte dommene innebærer at alle tidligere fattede vedtak om fradragsrett, herunder departementets vedtak 15. mai 2002, er ugyldige på grunn av feil rettsanvendelse». Departementet mente Høyesteretts dom avsagt 20. juni 2008 (Bowling 1 Strømmen) illustrerte dette, og at i denne dommen «avviste Høyesterett å legge til grunn en så vid forståelse av merverdiavgiftsloven § 21 som flere teoretikere og avgiftspliktige hadde argumentert for».

Til de øvrige spørsmålene ombudsmannen hadde stilt til departementet i brevet 17. juli 2008 mente departementet spørsmålene «forutsetter at vi anser vårt vedtak 15. mai 2002 for å være ugyldig». Departementet fant derfor ikke grunn til å svare på ombudsmannens spørsmål i denne forbindelse ettersom departementet ikke fant det «naturlig å vurdere saken ut fra andre forutsetninger enn det som er lagt til grunn».

For øvrig anførte departementet at det ikke hadde «noen rettslig plikt til å gå flere år tilbake i tid og vurdere om det er grunn til å omgjøre tidligere fattede vedtak, helt uavhengig av foreldelsesreglene». Departementet viste i denne forbindelse til Borgarting lagmannsretts dom 3. mars 2008 (Olavsgaard Hotell Eiendom AS) der departementet mente «staten fikk medhold i at det ikke foreligger noen plikt til å omgjøre vedtaket».

Departementet viste også til at staten så langt hadde vunnet fram i sakene som verserte for domstolen hva gjaldt adgangen til å endre praksisen om frafølelse av foreldelsesinnsigelser og praksisen om tilbakegående avgiftsoppgjør.

I brev 22. september 2008 kom advokat A med merknader til departementets siste brev, og anførte blant annet at departementets vedtak 15. mai 2002 var ugyldig fordi det var fattet i strid med gjeldende rett, jf. at det bygget på en rettsforståelse i strid med den Høyesterett legger til grunn i Hunsbedt-dommen og Porthuset-dommen. Videre anførte advokaten at høyesterettsdommen avsagt 20. juni 2008 (Bowling 1 Strømmen) ikke begrenser rekkevidden av de to førstnevnte dommene, men «regulerer spørsmålet om en rent bedriftsmessig tilknytning mellom avgiftspliktig virksomhet og unntatt virksomhet er tilstrekkelig til å begrunne fradragsrett for inngående mva på anskaffelser til den unntatte virksomhet. I vår sak er denne problemstillingen ikke særlig aktuell, da [hallen] er til direkte faktisk bruk i den avgiftspliktige virksomheten». Deretter anførte advokaten at det «klare utgangspunkt er at et forvaltningsorgan plikter å omgjøre et ugyldig vedtak når det ugyldige vedtaket er til ugunst for en privat part. Dette gjelder med særlig tyngde når omgjøring ikke er til ugunst for andre private parter». Advokat A anførte også at «forvaltningsorganet som utgangspunkt [må] være forpliktet til å foreta en slik omgjøring på eget tiltak når forvaltningsorganet blir oppmerksomt på ugyldigheten. Hvorvidt en privat part som ønsker at forvaltningsorganet skal se på hans sak på nytt, fremmer saken som en begjæring om omgjøring eller en ny søknad, bør ikke få betydning for hans rettighetssituasjon. Herunder må ugyldighet føre til at det opprinnelige søknadstidspunktet er avgjørende».

Departementet hadde ikke ytterligere merknader.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Da selskap X søkte om frivillig registrering i brev 27. april 2004, mente fylkesskattekontoret saken måtte behandles som en omgjøringssak. Fylkesskattekontoret anså seg derfor ikke å ha myndighet til å vurdere omgjøring, og mente dette måtte gjøres av departementet som hadde fattet det endelige vedtaket om avslag 15. mai 2002 i forbindelse med den første søknaden, jf. fylkesskattekontorets brev 8. juni 2004

til departementet. Skattedirektoratet behandlet saken og konkluderte med at søknaden 27. april 2004 måtte behandles av fylkesskattekontoret da søknaden om frivillig registrering direkte etter forskrift nr. 80 gjaldt et annet rettsforhold enn den opprinnelige søknaden fra 28. februar 1995 om fritak etter merverdiavgiftsloven § 70. Det var dermed ikke fattet noe vedtak om avslag på søknad om frivillig registrering etter forskrift nr. 80, jf. direktoratets brev til fylkesskattekontoret 21. oktober 2004.

I henvendelsen herfra 12. september 2007 til Finansdepartementet ble det stilt en rekke spørsmål rundt hvorvidt en søknad etter forskriften og loven var to forskjellige rettsforhold. Finansdepartementet valgte ikke å gå nærmere inn på disse spørsmålene, men la derimot til grunn at «en alternativ måte å se dette på kan være å se på søknaden av 27. april 2004 som en ny søknad - ikke om et annet, men om det samme rettsforhold», slik ombudsmannen hadde vært inne på. Departementet syntes dermed å fravike synspunktet som lå til grunn for direktoratets opprinnelige begrunnelse for at saken skulle behandles som en ny søknad, og ikke som en sak om omgjøring. Dette aktualiserte spørsmålet om saken skulle vært vurdert som omgjøringssak, slik fylkesskattekontoret opprinnelig la til grunn. Grunnlaget for omgjøring ville i så fall være at departementets vedtak 15. mai 2002 var ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, som følge av feil rettsanvendelse, jf. Hunsbedt-dommen. På bakgrunn av dette ble det derfor rettet en ytterligere henvendelse til departementet med flere spørsmål tilknyttet spørsmålet om omgjøring og ugyldighet.

Om en søknad etter forskrift nr. 80 og en søknad etter merverdiavgiftsloven § 70 utgjør samme rettsforhold synes etter dette ikke å være en særlig aktuell problemstilling i saken. Departementet har ikke vært entydig i sin oppfatning av dette, men synes ut fra korrespondansen hit nå å legge til grunn at det er tale om ett og samme rettsforhold. Jeg finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på vurderingen av dette ut over å påpeke at jeg mener en søknad etter forskrift nr. 80 og merverdiavgiftsloven § 70 i denne saken vanskelig kan karakteriseres som annet enn ett og samme rettsforhold.

Det sentrale spørsmålet i saken er etter dette hvorvidt den «nye» søknaden til selskapet skulle vært vurdert som en anmodning om omgjøring og eventuelt omgjort etter forvaltningsloven § 35. Grunnlaget for en eventuell omgjøring vil være at det opprinnelige avslaget var ugyldig, jf. § 35 bokstav c, fordi det var beheftet med en materiell innholdsmangel som følge av at avgiftsmyndigheten hadde lagt til grunn en feil rettsanvendelse ved avslaget på registrering. Hvorvidt avslaget var beheftet med materiell innholdsmangel beror først og fremst på en tolkning av

Høyesteretts uttalelser i Hunsbedt-dommen og for så vidt Porthuset-dommen.

Både de faktiske forhold og rettsreglene som lå til grunn for behandlingen av den opprinnelige søknaden og den fornyede vurderingen, var de samme. Etter den fornyede vurderingen var det utvilsomt at selskapet, på bakgrunn av disse faktiske forholdene og regelverket som gjaldt, hadde rett til å bli registrert. Årsaken til dette var Hunsbedt- og Porthuset-dommene, der avgiftsmyndighetenes praksis med den såkalte primærbrukslæren ble underkjent, jf. Skattedirektoratets vedtak 8. juni 2006:

«Under behandlingen av søknaden om avgiftsfritak etter merverdiavgiftsloven § 70 ble det lagt til grunn at hallen i vinterhalvåret kun var til bruk i [Y] fotballkrets/[Zs] virksomhet med idrettsaktiviteter utenfor merverdiavgiftsloven.

På bakgrunn av Hunsbedt- og Porthuset dommene anses imidlertid arealer utleid til idrettslag mv, hvor leietaker eksponerer reklame, å være delvis til bruk i leietakers avgiftspliktige reklamevirksomhet, jf. Skattedirektoratets fellesskriv 26. september 2005 vedrørende fradragsrett for inngående merverdiavgift etter Hunsbedt- og Porthuset-dommene pkt. 3.2. Skattedirektoratet legger derfor til grunn at utleide arealer til [Y] fotballkrets/[Z] er delvis til bruk innenfor avgiftsområdet, og at [hallen] hele året leies ut til avgiftspliktig virksomhet.»

I Hunsbedt-dommen uttalte Høyesterett blant annet følgende om avgiftsmyndighetenes praksis tilknyttet primærbrukslæren og forholdet til merverdiavgiftsloven § 21 i premiss 38 flg.:

«Staten har under henvisning til praksis fra merverdiavgiftsmyndighetene anført at det av relevanskravet må følge at det er et vilkår for fradragsrett for inngående avgift at den primære bruk av oppofrelsen må være i den avgiftspliktige virksomhet, og at det ikke kan gjøres krav på fradrag dersom bruken i den avgiftspliktige virksomhet er avledet fra og bare er en refleksvirkning av bruk i avgiftsfri virksomhet. Etter min oppfatning kan det ikke oppstilles noen generell regel med et slik innhold.

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.

Etter min oppfatning kan det ikke oppstilles andre vilkår for fradragsrett for inngående avgift enn at oppofrelsen er relevant og har en naturlig og nær tilknytning til den avgiftspliktige virksomhet. Hvorvidt det ved vurderingen av om en oppofrelse har tilstrekkelig tilknytning til virksomheten, i enkelte tilfeller kan være et moment

om primærbruken skjer i avgiftsfri virksomhet, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på.»

Høyesterett gir etter min mening uttrykk for at avgiftsmyndighetenes praksis var i strid med lovregelen og at det var feil rettsanvendelse å anvende primærbrukslæren, ettersom dette innebar en klart innskrenkende fortolkning til borgernes ugunst av merverdiavgiftsloven § 21. Dette ble også bekreftet av Høyesterett i Porthuset-dommen jf. dommens premiss 46:

«Jeg er etter dette kommet til at Sør-Trøndelag fylkesskattekontors vedtak må oppheves fordi det bygger på feil forståelse av merverdiavgiftsloven § 21 første ledd første punktum, slik denne bestemmelse har blitt presisert av Høyesterett i flere avgjørelser.»

I Høyesteretts dom fra 1. desember 2008 – som gjaldt foreldelse – er det sagt (i førstvoterendes votum premiss 5) at primærbrukslæren for delte virksomheter ble «underkjent» av Høyesterett i Hunsbedt-dommen.

Slik jeg leser dommene, klargjorde dermed Høyesterett rettstilstanden og forståelsen av merverdiavgiftsloven § 21, og satte til side avgiftsmyndighetenes praksis angående primærbrukslæren. Høyesterett ga ikke uttrykk for at det var tale om noen rettsutvikling ved domstolen eller noen endring av en forvaltningspraksis som i utgangspunktet var forsvarlig og/eller korrekt frem til dommen(e) ble avsagt. Saken her ligger således annerledes enn saksforholdene i dommen i Rt. 2003 s. 1345 om Lunner Allmenning (investeringsavgift) og plenumskjennelsen i Rt. 2003 s. 359 om gjenopptakelse av skattesak, i den grad det kan være tale om en overføringsverdi. Det Høyesterett gjorde var å klargjøre at avgiftsmyndighetenes praksis var basert på feil rettsanvendelse og dermed ikke var holdbar.

Etter dette mener jeg det er vanskelig å se det annerledes enn at departementets opprinnelige avslag på selskapets søknad om frivillig registrering led av en innholdsmangel. Årsaken til at selskapet ikke kunne bli frivillig registrert etter forskrift nr. 80 var nettopp begrunnet i primærbrukslæren, og dermed utslag av feil rettsanvendelse.

Utgangspunktet er at innholdsmangler som regel vil måtte lede til ugyldighet. Som eksempel kan det vises til Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (8. utg. 2006), s. 447, der det gis uttrykk for at det skal mye til for at vedtak som er beheftet med slike feil ikke er ugyldige. Det fremheves at det kan tenkes at vedtaket like fullt anses gyldig der ugyldighet vil være til ugunst for den private part, men at selv her går tendensen i retning av ugyldighet. I vår sak vil ugyldighet nettopp være til gunst for selskapet. Det er videre vanskelig å se andre momenter som skulle begrunne

at vedtaket er gyldig til tross for at det lider av en innholdsmangel og er til selskapets ugunst.

Det neste spørsmålet blir hvorvidt departementet ved selskapets nye henvendelse skulle omgjort det opprinnelige vedtaket. Som utgangspunkt har forvaltningen adgang, men ikke en generell plikt, til å omgjøre egne vedtak dersom vedtaket er ugyldig. Riktignok går juridisk teori lenger i å statuere en omgjøringsplikt dersom det er tale om ugyldighet. Selv om det generelt antakelig ikke kan oppstilles en slik plikt, er det utvilsomt at ugyldighet på grunn av innholdsmangler med tyngde taler for å omgjøre et vedtak. Eventuelle mothensyn vil være dersom omgjøringen er til ugunst for den private parten. I saken vår er som nevnt dette ikke tilfellet. Selv om jeg har forståelse for at hensynet til masseforvaltning samt hensynet til provenyet er forhold som kunne tilsi tilbakeholdenhet med å omgjøre vedtak som følge av Hunsbedt- og Porthuset-dommene i denne type saker, er like fullt det forhold at et ugyldig vedtak er til «ugunst» for forvaltningen neppe noe som etter mitt syn kan tillegges stor vekt ved omgjøringsvurderingen i denne saken.

Jeg kan heller ikke se at det er øvrige momenter som taler imot å omgjøre departementets avslag i denne saken. Departementet har vist til dom avsagt i Borgarting lagmannsrett 3. mars 2008 (Olavsgaard Hotell Eiendom AS) som argument for at departementet ikke har noen plikt til å omgjøre vedtaket i denne saken. Hva gjelder spørsmålet om plikt til å omgjøre, viser jeg til det jeg har uttalt ovenfor. For øvrig har jeg vanskelig for å se relevansen av lagmannsrettsdommen for saken vår. I dommen var spørsmålet om forvaltningen hadde plikt etter merverdiavgiftsloven § 56 til å omgjøre et krav til tross for at kravet var foreldet. Domstolen kom til at foreldelsen var et avgjørende moment for ikke å statuere plikt til omgjøring. Dette synes ikke å ha relevans, eller bare liten vekt, i vår sak.

Jeg er etter dette kommet til at de beste grunner taler for at departementet burde omgjort det opprinnelige vedtaket sitt grunnet ugyldighet da selskapet henvendte seg på nytt, ettersom Høyesterett hadde avklart at den avgiftspraksis som lå til grunn for vedtaket var feil og at vedtaket dermed led av materielle innholdsmangler. Konsekvensen vil være å innvilge registrering for selskapet. Ved innvilgelsen synes det som det opprinnelige søknadstidspunktet 28. februar 1995 må bli lagt til grunn, og selskapet vil dermed etter det jeg kan se ha krav på refusjon for utgiftene sine til tross for endringen i praksis med tilbakegående avgiftsoppgjør.

Det synes som en rekke av spørsmålene knyttet til avgiftsmyndighetenes adgang til å endre praksis slik det ble gjort har funnet sin løsning ved domstolen, som i stor grad har godtatt praksisendringen, her-

under spørsmålet tilknyttet Grunnloven § 97 og spørsmålet om endringen skulle vært gjort i forskrifts form. Det vises bl.a. til Høyesteretts beslutning 27. mars 2008 om å nekte anke fremmet fra Union Hotell AS mfl. over Borgarting lagmannsretts dom 27. november 2007. Jeg finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om adgangen til å endre praksis generelt. At domstolene generelt synes å ha akseptert praksisendringen i forhold til de spørsmål som har vært prosedert og behandlet for domstolen, tilsier derimot ikke at det nødvendigvis i denne saken er rimelig og i samsvar med god forvaltningsskikk å gjøre endringen gjeldende overfor selskapet. Etter som jeg mener departementets opprinnelige avslag må anses ugyldig og at avslaget derfor skulle vært omgjort, har jeg ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på praksisendringen i forhold til denne saken. Ett særlig moment – både i forhold til omgjøringsvurderingen, og også uavhengig av denne – er likevel at saksbehandlingstiden ut fra god forvaltningsskikk kan tale for at selskapet burde innvilges refusjon til tross for praksisendringen. Utgangspunktet var at fylkesskattekontorets fornyede vurdering og avslag var feil. Etter at saken ble påklaget, tok det deretter nesten ett år og fire måneder før Skattedirektoratet fattet vedtak i saken hvor som kjent søknaden om registrering ble innvilget. En saksbehandlingstid på ett år og fire måneder i klagebehandlingen fremstår i denne saken som lang, og kanskje uforholdsmessig lang. Det fremgår heller ikke noe av sakens dokumenter eller av departementets redegjørelser hit som tilsier at denne saksbehandlingstiden eventuelt var saklig begrunnet. Når det i tillegg har vist seg at selskapet ville fått refusjon dersom vedtaket til Skattedirektoratet hadde vært truffet kun få uker tidligere (før Finansdepartementets brev 18. mai 2006 om praksisendringen i stedet for 8. juni 2006) enn det faktisk ble truffet, kan det fremstå som urimelig at den lange saksbehandlingstiden hos avgiftsmyndighetene skal gå ut over selskapet i dette tilfellet. Selv om jeg ikke har funnet grunn til å gå nærmere inn på hvorvidt saksbehandlingstiden i saken alene tilsier at avgiftsmyndighetene burde innvilget refusjon uavhengig av hvilket søknadstidspunkt som ble lagt til grunn, mener jeg saksbehandlingstiden hos direktoratet i det minste, i tillegg til det som jeg har tatt til orde for om omgjøring ovenfor, tilsier at saken burde omgjøres slik at refusjon gis.

Jeg ber på denne bakgrunn departementet vurdere saken på nytt og underrette meg om utfallet av den fornyede vurderingen.»

67.

Ettergivelse av restskatt – psykisk sykdom

(Sak 2007/2055)

A hadde flere ganger fått avslag på søknad om ettergivelse av restskatt. Skatteoppkreveren og skatteutvalget la til grunn at det ikke ville virke «særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende» å fastholde skattekravet.

Ombudsmannen mente det var klart urimelig ikke å ettergi skattekravet. På bakgrunn av de opplysningene som forelå da det ble søkt om ettergivelse, ville det vært nærliggende å legge vekt på As helsesituasjon. Den begrunnelse som var gitt i forbindelse med ombudsmannens undersøkelser kunne tyde på at As alvorlige psykiske sykdom ikke hadde blitt tilstrekkelig vektlagt i vurderingen av om skatten skulle ettergis. Ut fra As spesielle situasjon var verken konsekvenshensyn, likhetshensyn eller hensynet til ikke å svekke den alminnelige betalingsviljen for skattytere flest avgjørende innvendinger mot ettergivelse.

Etter en fornyet vurdering vedtok skatteutvalget å ettergi restskatten.

I sak 2007/678 ble saksbehandlingen hos skatteoppkreveren i X kommune i forbindelse med innkrevingen av As restskatt for inntektsårene 1997 og 1999 vurdert av ombudsmannen. As far hadde på vegne av sønnen søkt om ettergivelse av skattekravet ved flere anledninger. Søknadene hadde blitt avslått av kommunens skatteutvalg.

Ved avslutningen av saken ble det funnet grunn til å ta spørsmålet om ettergivelse burde vært innvilget både for restskatten og for gjenstående del av rentene opp til nærmere behandling her. I utgangspunktet var skatteutvalgets avgjørelser foreldet for behandling her ettersom lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 6 tredje ledd setter en frist på ett år for å klage til ombudsmannen. Etter instruks for ombudsmannen, fastsatt av Stortinget 19. februar 1980 § 4, er klagefristen likevel ikke til hinder for at ombudsmannen tar opp et forhold av eget tiltak på tross av foreldelsen.

Spørsmålet ble tatt opp med skatteoppkreveren i X kommune. På bakgrunn av skatteutvalgets siste vedtak og skatteoppkreverens innstilling til skatteutvalget, syntes det å fremgå at avslaget i skatteutvalget var basert på en oppfatning om at selv om vilkåret i skattebetalingsloven 21. november 1952 nr. 2 § 41 om «særlig alvorlig eller langvarig sykdom, varig invaliditet eller andre årsaker» var oppfylt, ville det ikke virke «særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende» å fastholde skatten. Skatteoppkreveren i X kommune ble, forutsatt at dette var en riktig forståelse av begrunnelsen for avslaget, bedt om en nærmere redegjørelse for at det i klagerens situasjon, med varig uførepensjon på grunn av en alvorlig sykdom og

uten utsikter til inntektsgivende arbeid i overskuelig fremtid, ikke var «særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende» å fastholde skatten. Det ble bedt om en redegjørelse for klagers økonomiske situasjon, herunder utgifter til selvstendig bolig, samt til hans mulighet til å dekke utgifter som påløper en uføretrygd med sikte på en akseptabel livskvalitet sett i lys av sykdommen i den perioden påleggstrekket på kr 1 500 ville gjelde.

I tillegg ble skatteoppkreveren bedt om å kommentere om ikke A på grunn av sin sykdom i depressiv fase ville oppleve et restskattekrav og særlig inn drivelsen av dette som en uforholdsmessig økonomisk belastning med forsterkende negativ betydning for hans helsetilstand sammenlignet med hvordan de fleste andre ville oppleve en lignende økonomisk situasjon. Om mulig ble det også bedt redegjort noe for bakgrunnen for at restskatten oppsto for de to årene.

I svarbrevet opplyste skatteoppkreveren at det ikke kan være tvil om at skatteutvalget har lagt til grunn at lovens krav til billighetsårsak var oppfylt. Det ble vist til at skattyter var 100 % ufør på grunn av sin psykiske tilstand. Videre synes det på det rene at skatteoppkrever og skatteutvalget var av den oppfatning at det ikke ville virke «særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende» å fastholde hele skatten, dette ut fra en vurdering av størrelsen på skattekravet sammenholdt med skattyters inntekt etter innvilget uføretrygd. En økonomisk beregning som forelå som vedlegg til saken for skatteutvalget viste et betalingsoverskudd på kr 2 194 etter at det med utgangspunkt i skattyters uførepensjon var gjort fradrag for skatt, underholdsbidrag, husleie, strøm, innboforsikring og utgifter til livsopphold etter fastsatt norm. Det var opplyst at skattyter 31. desember 2001 hadde bankinnskudd på kr 11 000 og ingen gjeld. På bakgrunn av disse opplysningene vedtok skatteutvalget å nedlegge et påleggstrekk i As uførepensjon på kr 1 500 per måned.

Bakgrunnen for at skattekravet oppsto, var at skattetrekket var satt for lavt. Skatteoppkreveren viste til at etter skattebetalingsloven § 46 har skattyter selv plikt til å sende inn de meldinger og opplysninger som er nødvendig for at ligningsmyndighetene skal få fastsatt og regulert forskuddstrekket. Det ble også vist til at Y skattefogdkontor i brev 18. februar 2003 la til grunn at skattefogdkontoret ikke kunne se at avgjørelsen led av saksbehandlingsfeil som kan ha hatt betydning for resultatet. Etter skatteoppkreverens syn, talte også Y skattefogdkontors vurdering for at skattyter hadde fått en korrekt behandling av sin klage og at skatteutvalgets avgjørelse var i samsvar med de vilkår for lemping som fremgår av skattebetalingsloven § 41 og SKDs melding nr. 12/02.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Etter lov 21. november 1952 nr. 2 om betaling og innkreving av skatt § 41 kan skatt settes ned eller ettergis «når det ellers på grunn av dødsfall, særlig alvorlig eller langvarig sykdom, varig invaliditet eller andre årsaker virker særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende å fastholde hele skatten». Det synes å være enighet om at As helsesituasjon kommer inn under betegnelsen «særlig alvorlig eller langvarig sykdom, varig invaliditet eller andre årsaker». På bakgrunn av det som er opplyst om As tilstand er dette neppe tvilsomt.

Derimot har skatteoppkreveren og skatteutvalget kommet til at det ikke vil virke «særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende» å fastholde skatten. Synspunktet er særlig basert på en vurdering av skattyters økonomi. Det vises til at størrelsen på skattekravet har blitt sammenholdt med skattyters inntekt etter at uføretrygd ble innvilget. Som vedlegg til saken forelå en økonomisk beregning som gjennomgikk skattyters økonomiske situasjon, og hvor utgifter som skatt, underholdsbidrag, husleie, strøm, innboforsikring og utgifter til livsopphold etter fastsatt norm var tatt i betraktning.

De innteks- og utgiftsposter som var tatt med i beregningen som gjennomgikk skattyters økonomiske forhold fremstår som relevante momenter i en vurdering av As situasjon. Jeg har derfor ingen merknader til at disse momentene ble trukket inn i vurderingen. Det forhold at skattetrekket hadde vært satt for lavt og at skattyter i slike tilfeller selv har plikt til å medvirke til at skattetrekket blir riktig fastsatt, vil også normalt kunne tillegges en viss vekt. Imidlertid må det i denne forbindelse tas i betraktning at manisk-depressive i depressiv fase er preget av redusert evne til å ta initiativ, og at dette begrenser de krav som kan stilles til aktiv opptreden fra skattyter for å få justert skattetrekket.

Ut fra de opplysninger som forelå da det ble søkt om ettergivelse, ville det være nærliggende å legge vekt på As helsesituasjon. Skatteutvalget var kjent med at A hadde fått innvilget varig uførepensjon på grunn av alvorlig sykdom da det siste avslaget ble truffet. For personer som er rammet av manisk-depressiv lidelse, vil inndrivelsen av et restskattekrav kunne ha negativ betydning for helsetilstanden. Personer som lever med denne lidelsen vil kunne oppleve prosessen knyttet til skattekravet som mer tyngende enn andre skattytere, noe som etter omstendighetene kan være et særlig viktig moment i vurderingen av om det vil være ubillig eller uforholdsmessig trykkende å fastholde skatten.

I undersøkelsen av saken herfra ble skatteoppkreveren bedt om å kommentere om ikke A på grunn av sin sykdom i depressiv fase vil oppleve et ikke ubetydelig restskattekrav og særlig inndrivelsen av dette

som en uforholdsmessig økonomisk belastning med forsterkende negativ betydning for hans helsetilstand sammenlignet med hvordan de fleste andre ville oppleve en lignende økonomisk situasjon. Skatteoppkreveren har i sitt svar hit ikke kommentert dette særskilt. Dette kan tyde på at As alvorlige sykdom ikke har blitt tilstrekkelig vektlagt i vurderingen av om skatten skulle ettergis.

Ut fra det som var opplyst om As totale livssituasjon, var det etter min mening særlig ubillig eller uforholdsmessig trykkende å fastholde skatten da søknad om ettergivelse ble behandlet. Jeg har i den vurderingen lagt særlig vekt på As helsetilstand som synes å ha fått en mindre fremtredende plass i vurderingen enn alvorlighetsgraden skulle tilsi.

Spørsmålet om ettergivelse må avgjøres etter en helhetsvurdering. Konsekvenshensyn, likhets hensyn og hensynet til ikke å svekke den alminnelige betalingsviljen for skattytere flest tilsier at terskelen for å ettergi skatt ikke bør være for lav. I denne saken kan disse hensynene neppe være avgjørende innvendinger mot ettergivelse. As sykdomsbilde fremstår tilstrekkelig alvorlig til at faren for at ettergivelse i dette tilfellet vil føre til for liberal ettergivelsespraksis ikke fremstår som særlig stor.

Etter en helhetsvurdering av saken har jeg kommet til at det etter min mening var klart urimelig ikke å ettergi skattekravet. Jeg viser her til ombudsmannsloven § 10 annet ledd.

På bakgrunn av gjennomgangen av saken her, ber jeg derfor om at saken behandles på nytt. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede vurderingen.»

Etter en fornyet vurdering vedtok skatteutvalget at restskatten skulle ettergis.

68.

Skattedirektoratets avvisning av anmodning om å kreve overprøving i fylkesskattenemnda av vedtak fra overligningsnemnda.

(Sak 2007/1262)

Overligningsnemnda i Oslo avviste å realitetsbehandle As klage over ligningen for inntektsårene 1999 og 2000. As klage for inntektsåret 2001 som var bygget på tilsvarende anførsler som for inntektsårene 1999 og 2000 ble realitetsbehandlet av ligningsnemnda. Overligningsnemndas avvisning ble påklaget under henvisning til at skattyter hadde fått medhold i endringssak for inntektsåret 2001 på grunnlag av samme argumentasjon som klagen for 1999 og 2000 bygget på. Skattedirektoratet var kommet til samme resultat som overligningsnemnda og ville derfor ikke kreve at fylkesskattenemnda overprøvde overligningsnemndas vedtak.

Ombudsmannen hadde ingen avgjørende innsigelser til Skattedirektoratets standpunkt om at det følger av ligningslovens system at vurderingen av om en sak skal tas opp til endring i henhold til ligningsloven § 9-5 nr. 1 eller nr. 3 til 6 skal ta utgangspunkt i saksforholdet det enkelte inntektsår. Ligningsbehandlingen av skattyter for andre inntektsår med tilnærmet samme faktisk grunnlag vil være et relevant moment, men hvilken vekt dette momentet skal tillegges vil måtte vurderes konkret i den enkelte sak.

Saken gjaldt Skattedirektoratets saksbehandling og skjønnsutøvelse ved behandling av anmodning om overprøving av Oslo overligningsnemnds avslag på å realitetsbehandle klage på skjønnslikning for inntektsårene 1999 og 2000.

A leverte selvangivelse for lønnstakere for inntektsårene 1999 og 2000. Ved den ordinære ligningen ble han påstandslignet. Etter at ligningsmyndighetene, på bakgrunn av innhentede kontrollopplysninger, oppdaget at A hadde drevet drosjevirksomhet, ble skattyter varslet om endring av ligningen for 1999 og 2000. Varselbrevet ble ikke kommentert/besvart av skattyter. Ligningene for 1999 og 2000 ble så endret av ligningsnemnda. Netto næringsinntekt ble skjønnsmessig økt med kr 171 000 for 1999 og kr 616 700 for 2000. Tilleggsskatt ble ilagt med 60 % fordi ligningsnemnda mente skattyter med forsett hadde holdt omsetning utenfor regnskapet. A ble også skjønnsliknet for inntektsåret 2001.

Skjønnslikningen for inntektsårene 1999, 2000 og 2001 ble påklaget. Personlige forhold og helsetilstand ble opplyst å være årsaken til at det ikke tidligere hadde blitt innlevert korrekt selvangivelse for de tre aktuelle årene. Fullstendige selvangivelser med tilhørende næringsoppgaver skulle være innsendt rett i forkant av klagen. Det ble anført at selv om skattyter hadde tapt sin klagerett burde klagen realitetsbehandles etter ligningsloven § 9-5 nr. 7. Klagen for inntektsårene 1999 og 2000 ble behandlet av overligningsnemnda i Oslo, og klagen for 2001 ble behandlet av ligningsnemnda. Overligningsnemnda i Oslo avviste å realitetsbehandle klagen på skjønnslikningen for 1999 og 2000. I en helhetsvurdering ble det særlig lagt vekt på skattyters forhold og sakens opplysning. Ligningsnemnda besluttet under tvil at klagen for inntektsåret 2001 skulle realitetsbehandles. Ligningsnemnda la spesielt vekt på spørsmålets betydning og sakens opplysning.

Overligningsnemndas avvisning av å realitetsbehandle klagen på skjønnslikningen for 1999 og 2000 ble påklaget 2. juli 2004. Det ble bl.a. vist til at klagen for inntektsåret 2001 skulle realitetsbehandles. Oslo likningskontor oversendte klagen til Skattedirektoratet 15. november 2004. As advokat purret skriftlig flere ganger via Oslo likningskontor, en pur-

ring ble sendt direkte til Skattedirektoratet. Skattedirektoratet opplyste i brev 21. juni 2007 at fylkesskattenemnda ikke ville bli anmodet om å overprøve Oslo overligningsnemnds vedtak. Dette fordi Skattedirektoratet hadde kommet til samme resultat som overligningsnemnda. Det ble beklaget at det hadde tatt lang tid å besvare anmodningen.

I klage til ombudsmannen anførte As advokat bl.a. at flere forhold enn de som uttrykkelig er nevnt i ligningsloven § 9-5 nr. 7 vil kunne være relevante i helhetsvurderingen. Det ble særlig vist til at skattyter hadde fått medhold i endringssaken for 2001 etter å ha fremsatt samme argumentasjon som for 1999 og 2000.

Saken ble tatt opp med Skattedirektoratet. Saksdokumentene viste at det gikk ca. to og et halvt år fra saken ble oversendt Skattedirektoratet til direktoratet besvarte skattyters anmodning om overprøving av overligningsnemndas vedtak. Det ble derfor bedt om en nærmere forklaring på den lange saksbehandlingstiden. I tillegg ble Skattedirektoratet bedt om å kommentere anførselene om at det ikke fremgikk av direktoratets begrunnelse i brevet 21. juni 2007 at det var foretatt en helhetsvurdering i samsvar med ligningsloven § 9-5 nr. 7, og betydningen av likebehandling.

I svarbrevet opplyste Skattedirektoratet at en anmodning fra skattyter om å fremme saken for fylkesskattenemnda alltid blir nøye gjennomgått. Ordinært behandles saken i to nivåer og som regel utarbeider saksbehandler et internt notat til den som kvalitetssikrer saken. I notatet fremgår hvilke vurderinger som er gjort. Når Skattedirektoratet er enig i overligningsnemndas resultat, foretas ikke noen nærmere vurdering av momentene i ligningsloven § 9-5 nr. 7.

I saker hvor det kan være tvil om overligningsnemndas vedtak er riktig, blir det foretatt en konkret helhetsvurdering ut fra ligningsloven § 9-5 nr. 7 og Finansdepartementets veiledende retningslinjer 26. januar 1984 nr. 13 om endring uten klage før det tas stilling til om saken skal fremmes for fylkesskattenemnda. Hvis Skattedirektoratet ikke finner grunn til å fremme saken for fylkesskattenemnda etter en vurdering av § 9-5 nr. 7, selv om det kan være tvil om hvorvidt overligningsnemndas resultat er riktig, blir skattyter opplyst om hvilke momenter som har blitt særlig vektlagt. Det ble presisert at svarbrev til skattyter er relativt standardisert utformet når det ikke finnes grunn til å fremme saken, og at det ikke redegjøres i særlig grad for konkrete vurderinger. Dette fordi saken skal være tilstrekkelig belyst gjennom den regulære klagebehandlingen.

Skattedirektoratet beklaget sterkt den lange saksbehandlingstiden. Saksbehandlingstiden for saker hvor skattyter har uttømt klagemulighetene blir generelt noe lengre enn ved regulære klager, da Skattedirektoratet i sin prioritering legger vekt på at skattyter

i førstnevnte tilfelle har fått prøvet sin sak gjennom den regulære klageordningen. Den konkrete saken hadde blitt ferdigbehandlet og avsluttet i februar 2005. Årsaken til at skattyter måtte vente to og et halvt år på svar var at Skattedirektoratet hadde trodd avgjørelsen var sendt i brev 17. februar 2005. Undersøkelser Skattedirektoratet hadde foretatt hadde gitt grunn til å tro at brevet likevel ikke var sendt ut.

As advokat kom med merknader til Skattedirektoratets svar.

I nytt brev herfra ble så Skattedirektoratet bedt om å gi sitt syn på hvilken betydning hensynet til likebehandling bør ha når skattyter på tilnærmet samme faktiske grunnlag ønsker å få endret ligningen for flere inntektsår. Det ble også bedt om Skattedirektoratets syn på om det i den konkrete saken forelå relevante forskjeller mellom inntektsårene som kunne tilsi at de ble behandlet ulikt. Videre ble det bedt opplyst om det var aktuelt å fremlegge det interne notatet.

Skattedirektoratet anførte bl.a. at ligningslovens system er at det tas utgangspunkt i hvert enkelt inntektsår når det vurderes om en sak skal tas opp til endring. Det ble vist til ligningsloven § 9-6, og til momentet «den tid som er gått» i ligningsloven § 9-5 nr. 7. Da oppregningen av momenter i ligningsloven § 9-5 nr. 7 ikke er uttømmende, ble det lagt til grunn at hvordan skattyter er behandlet andre inntektsår med tilnærmet samme faktiske grunnlag vil være et relevant moment i vurderingen av om en sak skal tas opp.

I den konkrete saken hadde Skattedirektoratet etter en gjennomgang av overligningsnemndas vedtak og skattyters anmodning kommet til at direktoratet var enig i nemndas konklusjon med utgangspunkt i gjeldende regler og retningslinjer. Direktoratet viste særlig til denne uttalelsen i Finansdepartementets veiledende retningslinjer 26. januar 1984:

«Endringer i skattyterens favør bør som hovedregel forbeholdes skattytere som har oppfylt sin opplysningsplikt. En skjønnsligning på grunn av manglende opplysninger fra skattyter som var forsvarlig på grunnlag av de opplysninger som var tilgjengelige ved ligningen, kan senere vise seg å gi for høye ansettelse i forhold til de virkelige forhold. Skjønnsligningen bør i slike tilfeller fastholdes, selv om skattyter senere godtgjør at hans formue har vært lavere.»

Oppfatningen var derfor at dette ikke var en sakstype der Skattedirektoratet som overordnet myndighet burde benytte sin særskilte initiativkompetanse til å gripe inn overfor de lokale ligningsmyndighetenes avgjørelse.

Skattedirektoratet mente også at det fastsatte skjønnet fremstod som forsvarlig. Det var heller ikke uten videre klart at ligning basert på skattyters opp-

gaver ville gi en mer korrekt ligning. Derfor ble ikke hvordan skattyter var behandlet andre inntektsår et spesielt viktig moment. Det ble i tillegg bemerket at det ikke er uvanlig at næringsinntekter kan variere mye fra et inntektsår til et annet. Skattedirektoratet understreket at to ulike nemnder som foretar en selvstendig vurdering av de skjønsmessige kriteriene i § 9-5 nr. 7 kan komme til ulik konklusjon uten at vurderingene av den grunn kan sies ikke å være forsvarlige.

I denne saken hadde ikke Skattedirektoratet utarbeidet noe internt notat.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Saksbehandlingstiden

Skattedirektoratet har opplyst at saksbehandlingstiden i saker hvor skattyter ber om at saken bringes inn for en ny nemnd selv om den ordinære klageadgangen er uttømt kan bli noe lengre enn ved regulære klager. Når skattyter alt har utnyttet de ordinære klagemulighetene synes det naturlig med en slik prioritering. Jeg har derfor ingen merknader til Skattedirektoratets generelle redegjørelse på dette punkt.

Skattedirektoratet har sterkt beklaget saksbehandlingstiden i den konkrete sak. Årsaken til at overprøvingsanmodningen som ble sendt Skattedirektoratet 15. november 2004 ikke ble besvart før 21. juni 2007 synes å være at et brev som var ment å avslutte saken og som er opplyst å være datert 17. februar 2005 ikke ble sendt ut. Beklagelsen er på sin plass. Det er kritikkverdig at den angivelige manglende utsendelsen av det nevnte brevet ikke ble oppdaget på et langt tidligere tidspunkt. I den forbindelse vises særlig til advokatens skriftlige purringer.

[...]

2. Skattedirektoratets standardiserte svar når en overprøvingsanmodning ikke tas til følge

Skattedirektoratet har opplyst at svarbrevene er relativt standardmessig utformet i de sakene hvor det ikke finnes grunn til å fremme saken. Forutsatt at disse sakene tidligere vil ha vært gjennom ordinær klagebehandling er det neppe grunn til å kritisere en slik praksis på et rettslig grunnlag. Det forutsettes likevel, slik direktoratet også har redegjort utførlig for, at det foretas en reell og grundig vurdering av alle anmodninger om overprøving av ordinært endelig nemndsvedtak.

Gjennom undersøkelsene av saken har det kommet frem at det ikke ble utarbeidet noe internt notat da overprøvingsanmodningen i denne saken ble vurdert i Skattedirektoratet. Skattedirektoratets redegjørelse i sitt første brev hit kan på dette punkt derfor fremstå som noe misvisende idet det der ble opplyst at det vanligvis utarbeides et internt notat i slike saker uten at det samtidig ble gitt til kjenne at det ikke ble

gjort i denne saken. Når skattyter gjøres kjent med at det vanligvis utarbeides et vurderingsnotat som en del av Skattedirektoratets saksbehandling, vil det faktum at det ikke ble utarbeidet noe notat i hans sak lett kunne svekke tilliten til de undersøkelser og vurderinger som er foretatt. Oppfølgingssvaret fra Skattedirektoratet burde derfor også ha inneholdt en nærmere begrunnelse eller forklaring på hvorfor det ikke ble skrevet noe vurderingsnotat i denne saken.

3. Behandlingen av overprøvingsspørsmålet

Da As advokat i 2004 sendte inn anmodningen om overprøving i fylkesskattenemnda fulgte det fortsatt av ligningsloven § 9-2 nr. 1 bokstav c at skattyter kunne klage til fylkesskattenemnda over overligningsnemndas vedtak når det på noe punkt førte til økt skatte- eller avgiftsgrunnlag. Overligningsnemndas vedtak hadde ikke ført til økt skatte- eller avgiftsgrunnlag, og det forelå dermed ikke klagerett. Etter ligningsloven § 9-5 nr. 4 kunne fylkesskattekontoret og for Oslo Skattedirektorat på eget initiativ kreve at fylkesskattenemnda overprøvde overligningsnemndas vedtak.

Ligningsloven § 9-5 nr. 7 første punktum lyder:

«Før spørsmål om endring tas opp etter nr. 1 eller nr. 3-6 skal det vurderes om det er grunn til det under hensyn til blant annet spørsmålets betydning, skattyterens forhold, sakens opplysning og den tid som er gått».

Bestemmelsen gir således anvisning på at det skal foretas en helhetsvurdering hvor også andre momenter enn de hensyn som er uttrykkelig nevnt kan være relevante.

Jeg har merket meg den generelle redegjørelsen om at det ikke ble foretatt noen nærmere vurdering av momentene i ligningsloven § 9-5 nr. 7 hvis Skattedirektoratet var enig i overligningsnemndas resultat. I denne saken er det opplyst at Skattedirektoratet etter en gjennomgang av overligningsnemndas vedtak og skattyters anmodning kom til at direktoratet var enig i nemndas konklusjon om å avvise klagen fra realitetsbehandling. Jeg forstår videre oppfølgingssvaret slik at det ved vurderingen av om Skattedirektoratet burde benyttet sin særskilte initiativkompetanse til å gripe inn overfor de lokale ligningsmyndighetenes avgjørelse i denne saken, særlig ble sett hen til at skattyter var blitt skjønnsignet som følge av at han ikke hadde oppfylt sin opplysningsplikt og at det fastsatte skjønnet fremstod som forsvarlig.

Partene synes enige om at skattyter ikke har fremlagt noen legeattest for å underbygge egne opplysninger om sin dårlige helsetilstand de aktuelle årene. Overligningsnemnda bestred likevel ikke at skattyter hadde vært syk og hatt personlige problemer, men fant det «vanskelig å feste lit til» at dette var ho-

vedårsaken til at skattyter hadde unnlatt å levere selvangivelser med næringsoppgaver de aktuelle årene. I følge overligningsnemndas vedtak hadde skattyter i tillegg til mangelfulle/feilaktige selvangivelser for 1999, 2000 og 2001 heller ikke levert pliktig selvangivelse for 1996, 1997 og 1998. Av ligningsnemndas og overligningsnemndas vedtak for inntektsårene 1999 og 2000 fremgår at den fastsatte skjønns ligningen bygget på oppgaver innhentet fra Oslo Taxi over kredittkjøringen på skattyters løyver i de aktuelle tidsrom, samt bransjestatistikk og Oslo ligningskontors bransjekunnskap om kredittkjøringens gjennomsnittlige andel av en drosjeeiers totale kjøreinntekter. Slik saken er opplyst, har jeg derfor ingen bemerkninger til Skattedirektoratets vurderinger så langt.

Jeg har heller ikke avgjørende rettslige innsigelser til Skattedirektoratets standpunkt om at det fulgte (og fortsatt følger) av ligningslovens system å ta utgangspunkt i det enkelte inntektsår når det før omorganiseringen av ligningsetaten per 1. januar 2008 ble vurdert om en sak skulle tas opp til endring i henhold til § 9-5 nr. 1 eller nr. 3 til 6. Såvel fristene for å ta en sak opp til endring i ligningsloven § 9-6, som bestemmer at utgangspunktet for disse fristene er inntektsåret, og det forhold at «den tid som er gått» uttrykkelig er nevnt som et eget moment som skal med i en § 9-5 nr. 7 vurdering, viser at i enkelte tilfeller kan tidsmomentet alene gi en forsvarlig rettslig begrunnelse for at en og samme skattyters *ellers* (svært) like saker blir vurdert forskjellig av ligningsmyndighetene og således kan få forskjellig utfall. For øvrig deler jeg Skattedirektoratets oppfatning om at hvordan skattyter er behandlet andre inntektsår med tilnærmet samme faktiske grunnlag er et relevant moment i vurderingen av hvorvidt en sak skal tas opp. Hvilken vekt dette momentet skal tillegges vil måtte vurderes konkret i den enkelte sak.

I denne saken har Skattedirektoratet anført at det ikke uten videre var klart at ligning basert på skattyters oppgaver ville gi en mer korrekt ligning enn skjønns ligningen. Derfor ble ikke måten skattyter var behandlet på i andre inntektsår et spesielt viktig moment. Det ble også bemerket at det ikke er uvanlig at næringsinntekter kan variere mye fra et inntektsår til et annet. I tillegg understreket Skattedirektoratet at to ulike nemnder som foretar en selvstendig vurdering av de skjønsmessige kriteriene i § 9-5 nr. 7, kan komme til ulik konklusjon uten at vurderingene av den grunn kan sies ikke å være forsvarlige. De standpunkter og oppfatninger som Skattedirektoratet har gitt uttrykk for her gir ikke grunn til avgjørende rettslige innsigelser fra min side.

Jeg vil således la saken bero med de redegjørelser og beklagelser som Skattedirektoratet har gitt.»

69.

Beskatning av utenlandstillegg - ligningslovens endringsfrister når ombudsmannen har anbefalt at skattyters ligning bør behandles på nytt

(Sak 2007/642)

A som fra 2001 til 2004 var utenrikskorrespondent i [...] ble beskattet for utetilleggene han mottok fra sin arbeidsgiver, selv om utetilleggene var fastsatt i henhold til satsene i Utenriksdepartementets særavtale.

Da ombudsmannen tok saken opp med Skatt øst, ble det erkjent at skattleggingen av As utenlandstillegg bygget på uriktig lovanvendelse, men samtidig anført at treårsfristen for å ta ligningen av A opp til ny endring nå var oversittet. Etter ligningsloven § 9-6 nr. 5 d) gjelder ikke lovens endringsfrister når ombudsmannen, slik som i denne saken, uttaler at skattyters ligning bør tas opp til endring.

A var utenrikskorrespondent i [...] fra 2001 til og med 2004. Utetilleggene han mottok fra sin arbeidsgiver under dette arbeidsoppholdet var fastsatt slik at de til enhver tid skulle tilsvare Utenriksdepartementets satser for ambassadesekretær (forholdstall 135) i Utenriksdepartementets særavtale. Dette gikk klart frem av As ansettelseskontrakt. Utenriksdepartementets særavtale har status som tariffavtale. Ved siden av utetilleggene fikk A også tilskudd fra arbeidsgiver til husleien i [...] under arbeidsoppholdet der.

Ved den ordinære ligningen for årene 2001-2004 ble utetilleggene og husleietilskuddet ansett fullt ut skattepliktig som lønnsinntekt. Da A påklaget ligningen for disse årene på dette punktet innrømmet ligningsnemnda ham fradrag for beregnede merutgifter ved arbeidsoppholdet i [...] etter en sats på kr 164 per dag. Størstedelen av utetilleggene og husleietilskuddene ble således ansett som skattepliktig overskudd. Overligningsnemnda fastholdt vedtakene i ligningsnemnda.

I klagebrev hit anførte A blant annet at utgiftsgodtgjørelsene han mottok fra sin arbeidsgiver under oppholdet i [...] 2001–2004 skulle vært beskattet etter «nettometoden» i henhold til skatteloven § 5-11 annet ledd bokstav a, og ikke etter skatteloven § 5-11 annet ledd bokstav b slik overligningsnemnda hadde lagt til grunn.

Klagen over X overligningsnemnds vedtak ble forelagt for Skatt øst. Det ble særlig bedt om Skatt østs syn på hvilken betydning det burde ha for ligningen av A for inntektsårene 2001 - 2004 at Høyesterett i «KOGAS-dommen», se særlig avsnitt 48, anså gjeldende rett for inntektsåret 2000 slik at også utenlandstillegg gitt til arbeidstakere i privat virksomhet måtte anses som godtgjørelse for ikke-skattepliktige merkostnader under forutsetning av at arbeidsgiver benytter ordningene i Utenriksdepartementets særavtale eller lignende tariffavtaler. Tilsvarende ble det

bedt om en kort redegjørelse for Skatt østs syn på hvilken betydning Høyesteretts uttalte oppfatning i «KOGAS-dommen», se særlig avsnitt 67, om at privat ansatte som er utestasjonert har krav på lik skattemessig behandling som utestasjonerte offentlig ansatte, burde ha for beskatningen av det husleietilskudd A mottok fra sin arbeidsgiver under arbeidsoppholdet i [...].

I svarbrevet erkjente Skatt øst at utgiftsgodtgjørelsene som A mottok fra arbeidsgiver under oppholdet i [...] i 2001-2004 skulle vært behandlet etter nettomtoden, jf. skatteloven § 5-11 annet ledd bokstav a. Når det gjaldt den skattemessige behandlingen av arbeidsgivers tilskudd til As husleie i Storbritannia, erkjente Skatt øst også at Høyesteretts uttalte krav i «KOGAS-dommen» om likebehandling av offentlig og privat ansatte med hensyn til fri bolig i utlandet kunne ha avgjørende betydning i denne saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Jeg deler fullt ut det syn på gjeldende rett i denne saken som Skatt øst har gitt uttrykk for i svarbrevet hit. Det kan således vanskelig være tvil om at vedtakene i X overligningsnemnd bygget på uriktig lovanvendelse for så vidt gjaldt beskatningen av utenlandstilleggene og husleietilskuddene som A mottok fra arbeidsgiver under arbeidsoppholdet i [...] 2001-2004. Jeg forstår videre Skatt østs svar slik at det i utgangspunktet kunne vært nærliggende for skattekontoret i denne saken å vurdere et initiativ overfor Skattedirektoratet til å fremme saken for Riksskattenemnda, jf. ligningsloven § 9-5 nr. 5, forskrift 23. november 2007 nr. 1285 om når vedtak kan bringes inn for overprøving i Riksskattenemnda § 1 d), Skattedirektoratets retningslinjer til denne forskriften fastsatt 4. januar 2008 og forskrift 16. november 2007 nr. 1258 om overgangsbestemmelser ved iverksettelse av ny organisering av ligningsmyndighetene 1. januar 2008 § 3 annet ledd annet punktum. Grunnen til at skattekontoret likevel ikke har vurdert å ta et slikt initiativ overfor Skattedirektoratet synes å være at Skatt øst legger til grunn at fristen for å ta ligningen for inntektsårene 2001 – 2004 opp til endring nå er oversittet i denne saken. Jeg har ingen innsigelser til Skatt østs oppfatning om at den aktuelle endringen i denne saken gjelder ligningsmyndighetenes rettsanvendelse og at den ordinære fristen for å ta saken opp til endring derfor er tre år etter inntektsåret, jf. ligningsloven § 9-6 nr. 2.

I brevet hit bestrider A Skatt østs standpunkt om at treårsfristen etter ligningsloven § 9-6 nr. 2 er oversittet for inntektsårene 2001 – 2004 i denne saken. Dette fordi ligningen for hvert av disse årene etter hans mening har vært under «kontinuerlig klagebehandling» siden første gang spørsmålet om beskatning av utenlandstilleggene ble tatt opp. For inntektsåret 2001 skal det ha vært i desember 2002, og

da i forbindelse med ligningskontorets forberedelse av klagesaken for ligningsnemnda. For inntektsårene 2002, 2003 og 2004 er det As oppfatning at dette endringsspørsmålet ble tatt opp i klagebrev henholdsvis 27. oktober 2003, 27. oktober 2004 og 27. oktober 2005. A synes å mene at i relasjon til fristberegningen etter ligningsloven § 9-6 nr. 2 må ombudsmannens undersøkelser anses som en direkte forlengelse eller fortsettelse av ligningsmyndighetenes klagebehandling av disse sakene. Jeg har forståelse for dette synspunktet, men finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette tvistes spørsmålet i denne saken. Dette fordi det følger av ligningsloven § 9-6 nr. 5 d) at tre års fristen i § 9-6 nr. 2 ikke er «til hinder for at spørsmål om endring tas opp som følge av uttalelse fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen, i sak der skattyteren er part».

Undersøkelsene herfra førte til at Skatt øst, tilsynelatende først og fremst på bakgrunn av Høyesteretts uttalelser i «KOGAS-dommen», erkjente at vedtakene i X overligningsnemnd bygget på uriktig lovanvendelse for så vidt gjaldt beskatningen av utenlandstilleggene og husleietilskuddene som A mottok fra arbeidsgiver under arbeidsoppholdet i [...] 2001 - 2004. På disse punkter er således de aktuelle vedtakene ugyldige. Saksdokumentene viser at A klaget over skattleggingen av utenlandstilleggene og husleietilskuddene for hvert av inntektsårene 2001 - 2004 til både ligningsnemnd og overligningsnemnd uten å vinne frem. As rettslige anførsler i de aktuelle klagenes synes langt på vei og i hovedsak å være de samme som Høyesterett i «KOGAS-dommen» la til grunn for sitt syn på gjeldende rett for inntektsåret 2000 vedrørende skattlegging av utenlandstillegg og fri bolig i utlandet for private utestasjonerte. I svarbrevet hit har Skatt øst bekreftet at det som var gjeldende rett på disse punkter for inntektsåret 2000 også var gjeldende rett for inntektsårene 2001 - 2004.

I hvert enkelt tilfelle var As klager til ligningsnemnda og overligningsnemnda rettidige, og ble således alle fremmet før «KOGAS-dommen» forelå. Den falt som kjent 27. februar 2007. Også As klage til ombudsmannen var rettidige i forhold til foreldelsesfristen på ett år regnet fra overligningsnemndas endelige vedtak i saken, jf. ombudsmannsloven § 6 tredje ledd.

På denne bakgrunn er det min mening at vedtakene i X overligningsnemnd bør overprøves av Riksskattenemnda i den utstrekning Skatt øst i brevet hit har erkjent at disse vedtakene bygger på uriktig lovanvendelse. For ordens skyld finner jeg det i denne sammenheng riktig igjen å vise til ligningsloven § 9-6 nr. 5 d), ligningsloven § 9-5 nr. 5, forskrift 23. november 2007 nr. 1285 om når vedtak kan bringes inn for overprøving i Riksskattenemnda § 1 d), Skattedirektoratets retningslinjer til denne forskriften fastsatt

4. januar 2008 og forskrift 16. november 2007 nr. 1258 om overgangsbestemmelser ved iverksettelse av ny organisering av ligningsmyndighetene 1. januar 2008 § 3 annet ledd annet punktum.

Jeg ber om å bli holdt orientert om skattemyndighetenes videre behandling av min overprøvningsanmodning i dette brev.»

70.

Fastsettelse av antall liggeplasser (og sitteplasser) i campingbil ved avgjørelse av avgiftsgruppe for engangsavgift

(Sak 2007/1461)

Toll- og avgiftsdirektoratet godkjente kun tre liggeplasser (og sitteplasser) i campingbilen som A og hans samboer hadde importert fra utlandet, ved vurderingen av avgiftsgruppe for engangsavgift.

Etter en gjennomgang av saken, anbefalte ombudsmannen toll- og avgiftsmyndighetene å behandle saken på nytt med sikte på å fastsette fire liggeplasser (og sitteplasser) i campingbilen.

Toll- og avgiftsdirektoratet vurderte etter dette vedtaket om fastsettelse av liggeplasser på nytt, og kom i tråd med ombudsmannens anbefaling til at campingbilen kunne tillates registrert med fire liggeplasser (og sitteplasser).

A fremstilte campingbilen som fra fabrikk kom med fire sitteplasser, for Stavanger trafikkstasjon. Stavanger trafikkstasjon, Region vest, godkjente ikke at deler av føreriset ble brukt som liggeplass og campingbilen ble registrert med tre sitteplasser. Det er et vilkår for å få godkjent en campingbil i avgiftsgruppe c (som var 13 prosent av engangsavgiften som betales for avgiftsgruppe a der blant annet personbil er plassert) at antall sitteplasser ikke skal overstige antall liggeplasser. A påklaget vedtaket og Statens vegvesen, Region vest, oversendte saken til Vegdirektoratet som støttet Region vests vedtak, og oversendte saken til Toll- og avgiftsdirektoratet for behandling. Toll- og avgiftsdirektoratet fastholdt vedtak om å godkjenne kun tre liggeplasser i campingbilen av typen Trigano Eurocamp. Direktoratet begrunnet vedtaket med at liggeplassene basert på tilpasning av bl.a. føreriset (forsetene ble snudd 90 grader slik at de vendte mot hverandre og et bord ble senket mellom forsetene og sittegruppen bak) ikke oppfylte forskriftfastsatt vilkår om «fastmonterte bobekvemmeligheter». Dette innebar at A fikk kjøretøyet avgiftsbelagt etter den gunstigere avgiftsgruppen c campingbil, men registrert med kun tre sitteplasser i vognkortet.

I klagen hit ble det blant annet anført at vedtaket var truffet på bakgrunn av feil lovforståelse, og at

Toll- og avgiftsdirektoratet hadde «pålagt krav som de ikke har hjemmel til å pålegge.» Det ble videre anført at formålet til engangsavgiften og reelle hensyn taler imot toll- og avgiftsetatens forståelse av forskriftens krav til liggeplasser da A likevel hadde fått godkjent bilen i avgiftsgruppen campingbil og at det derfor ikke hadde vært et forsøk på en omgåelse av regelverket for eventuelt å kunne oppnå å få bilen registrert i en gunstigere avgiftsgruppe. Videre anførte A at regelverket ble praktisert ulikt ved forskjellige trafikkstasjoner i landet og at forskjellig forståelse av regelverket, samt at Stavanger trafikkstasjon og Toll- og avgiftsdirektoratet hadde truffet vedtak med forskjellig begrunnelse, førte til en lite forutsigbar situasjon for kjøpere av campingbil.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere herfra og Toll- og avgiftsdirektoratet ble blant annet stilt spørsmål tilknyttet forståelsen og praktiseringen av forskrift om engangsavgift 19. mars 2001 nr. 268 (engangsavgiftsforskriften) § 2-5. I denne sammenheng ble det vist til at Vegstasjon Vest og Vegdirektoratet syntes å ha en annen begrunnelse for vedtaket enn Toll- og avgiftsdirektoratet. Videre ble det bedt oppgitt på hvilke punkter praksis «har vært noe liberalt» med hensyn til kravet om fastmonterte bobekvemmeligheter, slik direktoratet hadde opplyst i vedtaket.

Dernest ble direktoratet bedt om å gi sine merknader (eventuelt i samråd med Vegdirektoratet) til at det ved vurderingen av hvilken avgiftsgruppe motorvogner skal avgiftsbelegges etter, skal definisjonene av motorvogngruppene og de øvrige tekniske krav gitt i kjøretøyforskriften legges til grunn, og om kjøretøyforskriften hjemler registrering av færre sitteplasser enn det som bilen kommer med fra fabrikkanten.

Det ble videre bedt opplyst hvilken ansvarsdeling og hvilke samarbeidsrutiner det er mellom Vegdirektoratet og Toll- og avgiftsdirektoratet vedrørende beregning, oppkreving og kontroll av engangsavgift for motorvogner.

Direktoratet ble til sist bedt opplyse hvor langt arbeidet med en varslet forskriftsendring på området var kommet.

I sitt svar viste Toll- og avgiftsdirektoratet til at forskrift om engangsavgift § 2-5:

«forutsetter bruk av skjønn jf. hovedvilkåret 'innrettet til boformål' og videre eksempelvis bestemmelsens punkt 3 som sier at liggeplassene skal være 'funksjonelle for voksne personer', uten å angi nærmere kriterier om hva som kan godtas som minstemål. Det samme gjelder kravene i punkt 2 som angir hvilke bobekvemmeligheter campingrommet skal være utstyrt med, uten å nevne nærmere målekrav. Dette har resultert i at det har blitt utviklet en praksis for hva som kan godtas som campingbil etter forskriftens § 2-5.»

Videre skrev direktoratet:

«Når regelverket er av en slik skjønsmessig karakter, har det derfor vært viktig å ha en konsekvent praksis for hva som kan godtas. For de aller fleste campingbiler, har reglene ikke voldt noen problemer. Det er bare i grensetilfellene som slike spørsmål kommer opp. Direktoratet mottar årlig svært få saker til avgjørelse, men har hatt et tett samarbeid med Vegdirektoratet vedrørende forståelsen og praktiseringen av reglene.»

Om praktiseringen av forskriftens krav om «fast monterte bobekvemmeligheter», herunder liggeplasser svarte direktoratet:

«Dersom en foretar en streng fortolkning av bestemmelsen, innebærer dette blant annet at sengeplassene ikke må nødvendigvis være noen form for opprigging for de kan tas i bruk. I moderne bobiler er det imidlertid slik at produsentene følger mye av de samme løsninger som i campingvogner, ved at liggeplassene arrangeres slik at eksisterende sitteanordning tas i bruk som liggeplasser ved hjelp av at det benyttes plater eller ved hjelp av at salongbordet senkes ned og utgjør en del av sengeplassens fundament. Slike løsninger ville ikke kunne godtas dersom en etter en streng fortolkning av forskriftens krav om fast montering skulle følges.

Toll- og avgiftsdirektoratet har i nært samarbeid med Vegdirektoratet derfor til en viss grad tillatt at slike løsninger inngår som liggeplasser også etter forskriftens § 2-5 selv om dette innebærer en viss 'opprigging' i forhold til kravet om fast montering. På dette punkt er altså praksis liberalisert noe i forhold til forskriftens krav. Når en først tillater enkelte slike løsninger, oppstår det et press på bestemmelsen. I det foreliggende tilfellet ønsker eieren å ta i bruk forsetet som en del av sengeløsningen. Etter direktoratets oppfatning kommer man i slike tilfeller for langt unna kravet til fast montert liggeplass.»

Til spørsmål herfra om det forekommer forskjellsbehandling, svarte direktoratet at Toll- og avgiftsdirektoratet og Vegdirektoratet konsekvent ikke har tillatt førerstedet brukt som en del av liggeplassen og skrev videre:

«Når det gjelder de avgiftsmessige klassifiseringer av kjøretøy i sin alminnelighet, gjøres dette av de lokale trafikkstasjoner rundt om i Norge.

Direktoratet kan ikke utelukke at enkelte trafikkstasjoner har hatt en avvikende oppfatning og praktisering av regelverket. Direktoratet gjøres i alminnelighet ikke kjent med enhver avgjørelse som fattes hos trafikkstasjonene. Vi har imidlertid som oppgave å rette feil praksis når vi får orientering om dette. Når det vises til konsekvent praksis, er dette derfor den praksis som direktoratet har for egne, samt Vegdirektoratets avgjørelser.»

Det ble til slutt opplyst at forslag til endring i forskrift om engangsavgift ble sendt på høring 23. oktober 2007 og at høringsfristen var 25. januar 2008.

A kom etter dette med sine merknader til direktoratets svar og oversendte kopi av kjøretøyets vognkort og det internasjonale godkjenningsbeviset. Statens vegvesen, Stavanger trafikkstasjon oversendte sakens dokumenter inkludert kopier av fotografier av kjøretøyet innvendig.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Innledning

Ved første gangs registrering av motorvogner i det sentrale motorvognregisteret skal det betales engangsavgift for motorvogner, jf. forskrift 19. mars 2001 nr. 268 om engangsavgift på motorvogner (heretter engangsavgiftforskriften) § 1-2, jf. lov 19. juni 1959 nr. 2 om avgifter vedrørende motorkjøretøyer og båter og Stortingets avgiftsvedtak. Motorkjøretøyene er inndelt i ulike avgiftsgrupper og størrelsen på pliktig avgift avhenger av hvilken avgiftsgruppe motorvognen blir plassert i. Avgiftsgruppene er definert i engangsavgiftforskriften kapittel 2. Utgangspunktet er at det er «definisjonene av motorvogngruppene og de øvrige tekniske krav» i forskrift 4. oktober 1994 nr. 918 om tekniske krav og godkjenning av kjøretøy, deler og utstyr (kjøretøyforskriften) som legges til grunn i vurderingen av hvilken avgiftsgruppe motorvognen tilhører, jf. engangsavgiftforskriften § 2-1 første ledd.

Etter kjøretøyforskriften faller en campingbil inn under den tekniske definisjonen «Bil gruppe M 1 (personbil)», jf. § 2-2 nr. 2 a. Imidlertid er det oppstilt en egen avgiftsmessig gruppe for campingbiler, jf. vedtak om særavgifter til statskassen kapittel I § 2 og engangsavgiftforskriften § 2-5, der det er nærmere beskrevet vilkårene for hvilke kjøretøy som faller inn under denne avgiftsgruppen. Engangsavgiftforskriften § 2-5 Campingbil lyder:

«Som campingbil anses motorvogn som bak førerstedet hovedsakelig er innrettet til boformål.

For at motorvognen skal gis avgiftsmessig status som campingbil, må følgende vilkår være oppfylt:

1. Campingrommet skal ha takhøyde på minst 130 cm.
2. Campingrommet skal være utstyrt med fast monterte bobekvemmeligheter som minst omfatter kjøkkenbenk/ -skap, klesskap, liggeplasser og bord.
3. Liggeplasser skal være funksjonelle for voksne personer.
4. Antall registrerte sitteplasser skal ikke overstige 9 medregnet førerstedet.
5. Antall registrerte sitteplasser skal ikke overstige antall liggeplasser.»

Vurderingstemaene i denne saken er tilknyttet kravet om «fast monterte bobekvemmeligheter», herunder liggeplasser og kravet om at «[a]ntall registrerte sitteplasser skal ikke overstige antall liggeplasser.»

As bil kom fra fabrikken med sitte- og liggeplasser til fire personer. Da trafikkstasjonen i Stavanger ikke fant å godkjenne liggeplassene som delvis var basert på føreraset, fikk A bygget en ny løsning, men fikk kjøretøyet kun godkjent med tre liggeplasser. Trafikkstasjonen registrerte kjøretøyet så med tre sitteplasser i vognkortet og plasserte kjøretøyet i avgiftsgruppe c: campingbil.

Jeg vil vurdere på et mer generelt grunnlag eventuelt å opprette en sak av eget tiltak om den tilsynelatende innvirkningen den avgiftsmessige klassifiseringen får for den tekniske godkjenningen av kjøretøy etter kjøretøyforskriften og hjemmelsgrunnlaget for dette. Det vises også til kjøretøyforskriften § 6-3 nr. 6 om at «[k]jøretøy skal ved registrering godkjennes for det antall personer kjøretøyet maksimalt har sitteplass for». Spørsmålet ble tatt opp med Toll- og avgiftsdirektoratet i brev herfra 1. november 2007, men da jeg vil vurdere å ta spørsmålet særskilt opp med Vegdirektoratet, går jeg ikke nærmere inn på det her.

Fastsettelse av antall liggeplasser – kravet om «fast monterte bobekvemmeligheter»

Den nærmere fastsettelsen av hva som ligger i forskriftens vilkår om «fast monterte bobekvemmeligheter», må gjøres ved en alminnelig språklig fortolkning. Jeg deler direktoratets oppfatning om at en streng fortolkning av ordlyden vil tilsi at det ikke er rom for noen form for «tilrigging», men jeg kan ikke fullt ut være enig i direktoratets uttalelse om at «regelverket er av en slik skjønsmessig karakter». Imidlertid gir lovens ordlyd (som nevnt) rom for tolkning og i mangel av andre relevante rettskilder, vil forvaltningens praksis måtte tillegges vekt.

Direktoratet har i begrunnelsen hit for å nekte å godkjenne forsetene i campingbilen som del av liggeplass, i hovedsak vist til konsekvent praksis. Imidlertid har direktoratet godkjent liggeplasser basert på øvrige eksisterende sitteanordninger som forlenges med for eksempel forsenket salongbord. Direktoratet har videre vist til at det på bakgrunn av det er «liberalisert noe i forhold til forskriftens krav» og har oppstått «press på bestemmelsen». Grensen må derfor settes ved de tilfellene der forsetene ønskes benyttet som del av liggeplassene da direktoratet mener at en i «slike tilfeller [kommer] for langt unna kravet til fast montert liggeplass». Det er viktig, der bestemmelsen åpner for tolkningsskjønn, at det søkes å sikre en ensartet praksis. Imidlertid kan ikke grensen for hva som skal godtas som «fast montert» settes vilkårlig i den forstand at det må være saklige grunner som tilsier at skillet settes akkurat ved bruk av forsetene. Det er ikke tilstrekkelig å vise til en konsekvent praksis i så måte. A har i denne saken også vist til at en-

kelte trafikkstasjoner har godkjent liggeplasser som er basert på forseter.

Det er flere momenter som taler for en ikke for streng fortolkning av «fast montert» i vurderingen av om forsetene kan godtas som del av liggeplass. Formålet bak kravene i engangsavgiftforskriften § 2-5 er å hindre omgåelse av avgiftsplikten. Direktoratet har ikke godtgjort egenskaper ved kjøretøyet som skulle tilsi at det var et forsøk på å omgå avgiftsplikten for personbil eller at dette kjøretøyet på annen måte er i grenseland av hva som kan karakteriseres som campingbil i engangsavgiftforskriftens forstand. Videre må det i vurderingen sees hen til at campingbiler vanligvis fra fabrikanten er innredet med flerbruksmøbler for å utnytte plassen optimalt. På lik linje med å tolke unntaket fra full engangsavgift for vidt, vil det være å ta for lite hensyn til Stortingets vilje å tolke unntaket for snevert, slik at det kjøretøy som normalt karakteriseres som campingbil vil falle utenfor ordningen med redusert avgift.

I denne saken har direktoratet ikke i tilstrekkelig grad godtgjort hensyn som taler for avgjørelsen om at forsetene ikke skal godtas som del av liggeplass. Jeg kan videre ikke umiddelbart se at det er tungveiende grunner som tilsier at forsetene ikke kan brukes som del av liggeplass, og legger vekt på at direktoratet har godtatt at det gjøres enkelte «tilrigginger» av øvrige sitteplasser i kjøretøyet. Så langt jeg kan se, foreligger det ikke momenter som skulle tilsi at forskriften åpner for å stille strengere krav til fast monteringen av forsetene enn øvrige sitteplasser. Praktiseringen av gjeldende regelverk kan på denne bakgrunn synes å ha fått et klart urimelig utslag i As sak, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd.

På bakgrunn av ovenstående ber jeg Toll- og avgiftsdirektoratet vurdere fastsettelsen av antall liggeplasser i campingbilen på nytt.

Jeg har merket meg at engangsavgiftforskriften nå er foreslått endret i høringsbrev 23. oktober 2007 ved at det blant annet foreslås innført målkrav som er lettere å kontrollere. Fra høringsbrevet hitsettes:

«Kravene til liggeplasser har særlig vært gjenstand for oppmerksomhet, da disse er avgjørende for hvor mange sitteplasser kjøretøyene kan registreres med. [Det] ... foreslås at sengeplassene enten skal være permanente, eller være basert på sittegrupper eller seter. Sistnevnte er også i tråd med EU-definisjonen av campingbil. Praksis til nå har vært at en liggeplass må ha minimumsmålet 50 cm bredde og 180 cm lengde for kunne anses som funksjonell for voksne personer. Det foreslås at disse målene forskriftfestes for 2 av sengeplassene. For øvrige sengeplasser er lengdekravet redusert noe, på bakgrunn av at slike kjøretøy normalt blir produsert med enkelte mindre sengeplasser spesielt egnet for barn.

I punkt 8 er det inntatt en bestemmelse om at dobbeltsenger eller bredere liggeanordninger kan tillates avsmalnet noe i fotenden. Dette er ofte til-

felle for ferdigproduserte bobiler bygget i utlandet.»

Forskriftens krav til liggeplasser synes nå eksplisitt å være senket noe, og det søkes nå å få bestemmelsene enklere å praktisere. Det er derfor nærliggende å tro at Toll- og avgiftsdirektoratet har ønsket en oppmykning av reglene og at det tilstrebes en enda større grad av likebehandling ved trafikkstasjonene.

Samarbeidsrutiner

A har i klagen hit avdekket at praksis i noen grad har vært ulik ved de forskjellige trafikkstasjonene vedrørende hvor strengt vilkåret om «fast monterte bobekvemmeligheter» tolkes. Direktoratet som overordnet forvaltningsorgan har ansvar for å ha rutiner for å sikre at trafikkstasjonenes praksis er så enhetlig som mulig, og at det gis informasjon til organet som skal treffe vedtak i første instans om prinsipielle avgjørelser fra klageinstansen. Dette er viktig for å unngå usaklig forskjellsbehandling. Det er derfor ikke tilstrekkelig å vise til en konsekvent praksis i Toll- og avgiftsdirektoratet og Vegdirektoratet i så måte, slik direktoratet har gjort i svarbrevet hit. Videre viser denne saken at Stavanger trafikkstasjon og Vegdirektoratet har hatt en annen begrunnelse for fastsettelsen enn Toll- og avgiftsdirektoratet ved at trafikkstasjonen og Vegdirektoratet begrunnet fastsettelsen med den innledende definisjonen i engangsavgiftforskriften § 2-5 av campingbiler som motorvogner som bak førerretet hovedsakelig er innrettet til boformål, mens Toll- og avgiftsdirektoratet har foretatt mer konkrete vurderinger i forhold til bestemmelsens utfyllende vilkår. Jeg er derfor ikke overbevist om at rutinene for å sikre samarbeid mellom etatene er gode nok. Hensynet til forutberegnelighet for bilimportører tilsier også at det er viktig at begrunnelsene for vedtak også fremstår som entydige. Direktoratet bes på denne bakgrunn om å vurdere rutinene for informasjonsutveksling med trafikkstasjonene om forståelsen og anvendelsen av engangsavgiftforskriften.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet i saken etter direktoratets fornyede vurdering.»

Toll- og avgiftsdirektoratet vurderte etter dette vedtaket om fastsettelse av liggeplasser på nytt, og kom i tråd med ombudsmannens anbefaling til at campingbilen kunne tillates registrert med fire liggeplasser (og sitteplasser).

71.

Avslag på søknad om fritak for dokumentavgift – tinglysningslovens regler om ekstinksjon

(Sak 2007/1061)

Saken gjaldt spørsmål om det er adgang til å dispensere og bør dispenseres fra dokumentavgiften etter dokumentavgiftsloven § 3 der det foreligger dobbeltsalg (dobbeltstaksjon) av fast eiendom, og den som har tinglyst kjøpet av fast eiendom og betalt dokumentavgift ikke vinner rett til eiendommen på grunn av manglende god tro i forhold til første erverver, jf. tinglysningsloven § 20 og § 21.

Selv om dispensasjonsadgangen etter dokumentavgiftsloven § 3 skal være snever, og selv om det ikke direkte følger av forarbeidene at det bør dispenseres i tilfeller av «dobbeltsalg», mente ombudsmannen saken var så vidt spesiell og hadde så vidt mange likhetstrekk med de situasjoner der dispensasjon innvilges (blant annet ugyldige avtaler), at det i dette tilfellet ville være klart urimelig ikke å innrømme dispensasjon, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd.

Advokat D klaget på vegne av A på Finansdepartementets opprettholdelse av Toll- og avgiftsdirektoratets avslag på søknad om fritak for dokumentavgift. Bakgrunnen for saken var at A i 2003 kjøpte en eiendom av B, tinglyste ervervet, og ble avkrevd dokumentavgift. Imidlertid var eiendommen allerede solgt til en annen, C, og siden A ikke hadde vært i aktsom god tro med hensyn til Cs erverv, ble han i Borgarting lagmannsrett dømt til å overskjøte eiendommen til C. A ba etter dette Toll- og avgiftsdirektoratet om fritak for dokumentavgiften, men fikk avslag.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og i brev herfra ble Finansdepartementet bedt om å redegjøre nærmere for flere forhold knyttet til anvendelsen av dispensasjonsbestemmelsen i dokumentavgiftsloven.

På spørsmål herfra om forståelsen av uttalelser i forarbeidene til dokumentavgiftsloven skrev departementet blant annet følgende i svaret på henvendelsen:

«Uttalelsen i Ot.prp. nr. 11 (1975-76) har gjennom fast praksis blitt tolket slik at fritak kun gis dersom det foreligger rettskraftig dom eller rettsforlik som kjenner dokumentbeskrevet rettsstiftelse ugyldig fra først av. Etter departementets oppfatning vil «rettighetsstiftelse eller overføring» etter en rent språklig forståelse bety at det stiftes eller overføres en rett til fordel for en eller flere personer. Tinglysning av hjemmelsoverføring til fast eiendom er et eksempel på en slik rettighetsstiftelse, mens det er mindre naturlig å omtale den underliggende kjøpsavtalen som en rettighetsstiftelse eller overføring. Departementet har likevel vanskelig for å se at uttalelsen i forarbeidene skal tolkes så snevert at avgift kun refunderes der det på behørig måte blir fastslått at

selve tinglysingen er ugyldig. At 'rettighetsstiftelse' her må forstås som den underliggende avtalen om rettighetsstiftelse mellom kjøper og selger, støttes av at forarbeidene omtaler problemstillingen som 'spørsmålet om refusjon av avgift for annullerte kontrakter', jf. Ot.prp. nr. 11 (1975-76) s. 19.

Videre taler bruken av både 'annullerte' og 'ugyldig' etter departementets syn for at det kun var meningen å omfatte tilfeller av avtalerettslig ugyldighet der avtalen i sin helhet er ugyldig på avtaletidspunktet, jf. avtaleloven §§ 28-33. Hensynet til et regelverk med få og lett kontrollerbare fritak taler også i denne retning. I samsvar med denne forståelsen har dispensasjon etter dokumentavgiftsloven § 3 for eksempel ikke vært gitt i tilfeller av heving som følge av kontraktsbrudd, som bygger på en gyldig inngått avtale.

Når det gjelder avtaleloven § 36, der avtalen helt eller delvis kan settes til side, ble den først tatt inn i loven i 1983, etter at Ot.prp. nr. 11 (1975-76) ble skrevet. Bestemmelsen omfatter som kjent tilfeller der avtalen er gyldig inngått, men hvor etterfølgende omstendigheter fører til ugyldighet. Departementet mener gode grunner taler for at dispensasjonshjemmelen i dokumentavgiftsloven § 3 også kan komme til anvendelse i slike tilfeller, forutsatt at ugyldigheten er fastslått i rettskraftig dom eller rettsforlik.

Etter departementets syn er det ikke grunnlag for å tolke forarbeidene slik at tilsidesettelse etter tinglysningslovens regler i såkalte tredjemannskonflikter er ment omfattet av begrepet 'ugyldighet', og således berettiger til avgiftsrefusjon. Det har heller ikke etter vår kjennskap blitt dispensert i slike tilfeller tidligere.»

I forhold til hvorvidt det er relevant å se hen til eller vurdere om det er fastslått at «rettighetsstiftelsen eller -overføringen» er ugyldig ved vurderingen av om fritak skal gis etter dokumentavgiftsloven § 3, og i forhold til spørsmålet om innholdet i «kan»-skjønnet, skrev departementet:

«Departementet vil her innledningsvis vise til at dokumentavgiftsloven § 3 og dispensasjonsbestemmelsene i Stortingets øvrige særavgiftsvedtak hadde samme følgende ordlyd inntil 1985:

'Departementet kan i enkelttilfeller fritta for eller sette ned avgift når særlige forhold taler for det'.

For å bringe ordlyden i bedre samsvar med den strenge fortolkningen av bestemmelsen som ble lagt til grunn i praksis, foreslo departementet i St.prp. nr. 1 (1985-1986) Skatte-, avgifts- og tollvedtak å omformulere dispensasjonsbestemmelsene i stortingsvedtakene for særavgiften i samsvar med denne fortolkningen. Følgende ordlyd ble foreslått:

'Departementet kan fritta for eller sette ned avgift når det oppstår enkelttilfeller eller situasjoner som ikke var overveid da avgiftsvedtaket ble truffet og avgiften i det spesielle enkelttilfellet får en utilsiktet virkning'.

Stortinget fulgte departementets forslag for alle særavgiftsvedtakene, men ettersom dispen-

sasjonsbestemmelsen for dokumentavgift står i dokumentavgiftsloven i stedet for i vedtaket, ble tilsvarende omformulering ikke gjort for denne avgiften. Dokumentavgiftsloven § 3 har imidlertid gjennom fast praksis blitt tolket på tilsvarende måte som for de øvrige særavgiftene. Dette synes også Sivilombudsmannen å legge til grunn i en uttalelse fra 29. mai 1990, som også gjaldt dokumentavgiftsloven § 3.

Selv om forarbeidene gir anvisning på at avgift refunderes dersom det på behørig måte blir fastslått at rettighetsstiftelsen eller -overføringen er ugyldig, må dispensasjonsvurderingen etter dokumentavgiftsloven § 3 ta utgangspunkt i en konkret helhetsvurdering, der vilkårene angitt i St.prp. nr. 1 (1985-86) må være oppfylt. Uttalelser i forarbeidene vil etter departementets syn være et relevant argument i vurderingen, men vil i hvert enkelt tilfelle måtte avveies mot øvrige relevante momenter.

Videre må det etter departementets oppfatning trekkes et prinsipielt skille mellom vurderingen av om det foreligger særlige forhold, og om departementet i tilfeller hvor slike særlige forhold foreligger, skal fritta for avgiften eller ikke, jf. skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningens frie skjønn. Departementet legger til grunn at det frie skjønnet er underlagt begrensninger i medhold av den såkalte myndighetsmisbrukslæren, som blant annet innebærer at departementet ikke kan treffe avgjørelser som virker sterkt urimelige, er basert på utenforliggende hensyn, innebærer usaklig forskjellsbehandling eller lignende.»

Hva gjaldt spørsmål om departementet alltid legger til grunn at det vil være et vesentlig moment i forhold til vurderingen av om det foreligger særlige forhold, alternativt i forhold til «kan»-skjønnet, at akt-som god tro foreligger i forhold til konkurrerende erverv, svarte departementet:

«Som nevnt over, beror vurderingen av om særlige forhold foreligger på en konkret helhetsvurdering, der vilkårene er at det oppstår et enkelttilfelle eller en situasjon som ikke var overveid da stortingsvedtaket ble truffet, og der avgiften etter avgiftsmyndighetenes vurdering får en utilsiktet virkning. Hvilke momenter som vil være relevante å legge vekt på i denne vurderingen, og deres relative vekt, vil derfor nødvendigvis variere fra sak til sak. Tilsvarende vil gjelde for vurderingen av om fritak skal gis i forhold til 'kan'-skjønnet. Departementet kan derfor vanskelig gi noe generelt svar på hvilken vekt aktsom god tro vil ha i hvert enkelt tilfelle.

For øvrig vil departementet vise til at begge parter i de langt fleste tilfeller er i god tro i forhold til konkurrerende erverv på tinglysingstidspunktet, og at det heller er i tilfeller en av partene ikke er i god tro at dette kan bli et relevant moment. Heller ikke i slike tilfeller vil det kunne gis et generelt svar på hvordan dette vil bli vektlagt. Etter departementets oppfatning bør det imidlertid ikke tale for fritak på vedkommende søker var i ond tro i forhold til konkurrerende erverv på tinglysingstidspunktet.»

Advokat D kom med merknader til departementets redegjørelse og skrev blant annet:

«Vi er enige med departementet i at ugyldighet etter avtaleloven §§ 28-33 faller klar[t] innenfor bestemmelsen og at annullasjon i form av heving faller utenfor. Vi deler også departementets syn når det gjelder avtaleloven § 36, men har imidlertid en helt annen oppfatning enn departementet om hvordan en tilsidesettelse etter tinglysningslovens regler skal forstås i denne sammenheng, og mener fortsatt at departementet legger en altfor snever forståelse av loven og forarbeidene til grunn.

Som påpekt i klagen til Dere av 5. juni 2007 så er det store likheter mellom avtl. § 33 og tingl. § 21 både på vilkårsiden og når det gjelder rettsvirkningene. Eneste reelle forskjell er at ugyldigheten gjøres gjeldende av tredjemann i relasjon til tingl. § 21 uten at det kan tillegges noen særlig betydning i denne sammenheng. Etter vår oppfatning må tingl. § 21 ses som et utslag av, eventuelt som *lex specialis*, i forhold til avtl. § 33. Det er slik vi ser det liten grunn til å vurdere forholdet annerledes fordi ugyldigheten skyldes tingl. § 21 enn hvis den hadde vært en utslag av avtl. § 33. Til støtte for dette syn taler også uttalelsen i Ot.prp.nr.11 (1975-76) på side 3, hvor det fremgår at 'Avgiftsordningen må være rettfærdig i den forstand at like tilfelle behandles likt'. Dersom ugyldigheten i henhold til tingl. § 21 behandles annerledes enn ugyldighet etter avtl. § 33 kan dette sies å være en form for forskjellsbehandling, som i tillegg strider med formålsbetraktninger i forarbeidene.

Selv om departementet ikke kjenner til at det er blitt dispensert i slike tilfeller tidligere, kan dette ikke utelukke at det kan være aktuelt med en slik dispensasjon i det foreliggende tilfellet eller senere lignende tilfeller. Hvorvidt refusjon skal gis må som de selv uttaler, bero på en konkret helhetsvurdering av forholdene i den foreliggende sak. Da må departementet også foreta en slik helhetsvurdering, og ikke gjemme seg bak at det ikke er dispensert i slike tilfeller tidligere. Fast praksis er uansett uten relevans, dersom den bygger på en feil fortolkning av loven. Ettersom forvaltningspraksis etter dokumentavgiftsloven § 3 helt klart slås ut negativt for borgerne så kan det også være grunn til å se med skepsis på denne.

Lovgivers formål om å lage et enkelt regelverk uten for mange unntak og dispensasjonstilfeller kan ikke trekkes så langt at det aldri skal kunne gis dispensasjon.

Vi er fortsatt av den oppfatning av at det er klart at forarbeidenes forutsetning om refusjon ved ugyldighet omfatter et tilfelle som det foreliggende.»

I forhold til spørsmålet om hvorvidt det er relevant å se hen til eller vurdere om det er fastslått at «rettighetsstiftelsen eller -overføringen» er ugyldig ved vurderingen av om fritak skal gis etter dokumentavgiftsloven § 3, og i forhold til spørsmålet om innholdet i «kan»-skjønnet, skrev advokat D videre:

«Det departementet skriver i forhold til den konkrete helhetsvurderingen er for så vidt korrekt. De uttaler seg imidlertid svært diffust når det gjelder hvilke momenter som vil være relevante i denne vurderingen. Departementet burde presisert klarere hvilke øvrige momenter i tillegg til de som er angitt i forarbeidene, som vil kunne være relevante i vurderingen. Dersom departementet står fritt til å legge vekt på de momenter som de selv mener er relevante, så blir avgjørelsen svært uforutsigbar for søkeren, og blir også vanskelig å kontrollere hvorvidt det har blitt lagt vekt på utenforliggende hensyn.

I den konkrete helhetsvurderingen, bør det helt klart kunne legges vekt på rimelighets hensyn. Slike hensyn taler i dette tilfellet for at avgiften vår klient har betalt absolutt bør refunderes. Når det gjelder den nærmere begrunnelsen for dette så vises til klagen av 5. juli 2007.

Departementets oppfatning når det gjelder betydningen av særlige forhold og 'kan' skjønnet i dokumentavgiftsloven § 3 bestrides ikke. Vi bemerker imidlertid at forvaltningens subsumsjon også må ha sitt grunnlag i en rimelig fortolkning i loven, og det mener vi den ikke har i det foreliggende tilfellet. Som departementet selv påpeker så er forvaltningens frie skjønn underlagt begrensninger i medhold av myndighetsmisbrukslæren. Det vises i denne forbindelse til klagen av 5. juni 2007 hvor det fremgår at vi er av den oppfatning at departementet har lagt for stor vekt på utenforliggende hensyn, og således handlet i strid med nettopp myndighetsmisbrukslæren.»

Avslutningsvis fremholdt advokat D blant annet følgende om departementets svar på spørsmålet knyttet til betydningen av om «god tro/ond tro» foreligger:

«I følge departementet beror vurderingen av om særlige forhold foreligger på en konkret helhetsvurdering, der vilkårene er at det oppstår et enkelttilfelle eller en situasjon som ikke var overveid da stortingsvedtaket ble truffet og der avgiften etter avgiftsmyndighetenes vurdering får en utilsiktet virkning. På dette punktet er vi enige med departementets oppfatning. Vi mener imidlertid at den foreliggende situasjon nettopp oppfyller disse vilkårene.

Når det gjelder betydningen av at søkeren var i ond tro, så kan det bemerkes at ugyldige rettsstiftelser i følge forarbeidene ikke skal medføre avgiftsplikt, noe som i veldig mange tilfeller vil medføre at også den 'uredelige' parten blir berettiget refusjon. Dersom refusjon nektes utelukkende på grunnlag av at vedkommende var i ond tro, så vil dette medføre usaklig forskjellsbehandling i forhold til andre 'uredelige' parter ved ugyldighet etter avtl. §§ 28-33. Slik forskjellsbehandling vil også rammes av myndighetsmisbrukslæren.»

Departementet kom ikke med ytterligere merknader.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Utgangspunktet er at det skal betales dokumentavgift ved «tinglysning av dokument som overfører hjemmel til fast eiendom», jf. Stortingets vedtak om dokumentavgift § 1. Avgiftsplikten inntreder ved den formelle tinglysningen, jf. dokumentavgiftsloven § 6. Etter dokumentavgiftsloven § 3 er Finansdepartementet gitt adgang til i enkelttilfeller å dispensere fra eller sette ned avgiften «når særlige forhold taler for det». Departementet har vist til at «[e]tter fast og langvarig praksis blir denne dispensasjonsadgangen praktisert meget restriktivt», og at dispensasjon som utgangspunkt bare kan gis «i tilfeller der det oppstår situasjoner som ikke var overveid før lovens vedtakelse, og hvor loven får en utilsiktet og urimelig virkning». Videre har departementet vist til at «[e]t sentralt formål med dokumentavgiftsregelverket er at det skal være så enkelt, kontrollerbart og oversiktlig som mulig. Dette tilsier klare regler med få, avgrensede unntak. Det gis av denne grunn blant annet ikke fritak av helsemessige, sosiale eller økonomiske årsaker». Jeg har ikke funnet grunn til å rette innsigelser mot det departementet her generelt legger til grunn.

Hvorvidt det skal gis dispensasjon etter dokumentavgiftsloven § 3, må avgiftsmyndighetene avgjøre ut fra en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfellet. Vilåret «særlige forhold» er utpreget skjønsmessig. Vilåret tilsier i kombinasjon med hensiktsmessighetsskjønnet til avgiftsmyndighetene, jf. «kan», at det, i hvert fall ut fra ordlyden, i stor grad må være opp til avgiftsmyndighetene å avklare og bestemme nærmere for hvilke tilfeller dispensasjon fra dokumentavgift skal gis. Tidligere praksis vil i så måte være viktig, men slik departementet opplyser, gir praksis liten veiledning for det tilfellet det her er tale om.

Forarbeidene gir imidlertid visse føringer for når det kan være aktuelt med dispensasjon. Spørsmålet er hvorvidt og i hvilken grad disse føringene har betydning for saken. Det nevnes i denne sammenheng, slik departementet også har anført, at selv om forarbeidene gir visse føringer så «må dispensasjonsvurderingen etter dokumentavgiftsloven § 3 ta utgangspunkt i en konkret helhetsvurdering, der vilkårene angitt i St.prp. nr. 1 (1985-86) må være oppfylt. Uttalelser i forarbeidene vil etter departementets syn være et relevant argument i vurderingen, men vil i hvert enkelt tilfelle måtte avveies mot øvrige relevante momenter».

I Ot.prp. nr. 11 (1975-1976) Om lov om dokumentavgift s. 19-20 fremgår blant annet følgende:

«Når det spesielt gjelder spørsmålet om refusjon av avgift for annullerte kontrakter, har praksis skiftet noe fra tid til annen. Det er departementets forutsetning at det med den ordning som her er

foreslått for avgiftspliktens inntreden, skal det ikke refunderes avgift ved annullasjoner, med mindre det på behørig måte blir fastslått at rettighetsstiftelsen eller -overføringen er ugyldig.»

Et sentralt poeng i klagen hit har vært hvordan forarbeidenes uttalelse om at «det på behørig måte blir fastslått at rettighetsstiftelsen eller -overføringen er ugyldig» skal forstås. Advokat D har blant annet anført at departementet «legger en altfor snever forståelse av loven og forarbeidene til grunn».

Begrepet «ugyldighet» er i første rekke et koblingsbegrep, og dets innhold må knyttes til og klarlegges ut fra det rettsområdet det benyttes innen. Forutsetningene for og virkningene av at for eksempel forvaltningsvedtak og privatrettslige avtaler er ugyldige har likehetstrekk ved at de ikke gis rettsvirkninger etter sitt innhold, men er også forskjellige. I forarbeidene vises det i utgangspunktet kun til ugyldighet, et begrep som kan utlegges i mer eller mindre vid eller generell forstand. Men sammenhengen gir etter min mening like fullt, slik departementet også har anført, uttrykk for at det har vært avtalerettslig ugyldighet man har hatt i tankene. Setningen «[n]år det spesielt gjelder spørsmålet om refusjon av avgift for annullerte kontrakter» taler for at dette er et særlig spørsmål som gjelder avtaler og at ugyldighet dermed relaterer seg til ugyldige avtaler etter avtalelovens ugyldighetsregler. Helt bokstavelig kan man likevel ikke ta dette. Den ulovfestede regelen om at sinnsykt motiverte avtalerettslige disposisjoner kan være ugyldige, må likestilles med de uttrykkelige ugyldighetsregler i avtaleloven. At det her skal være tale om noe generelt privatrettslig ugyldighetsbegrep, er likevel vanskelig å se. Det er også vanskelig å se at «annullerte kontrakter» omfatter tinglysning og rettighetskollisjoner etter tinglysningsloven § 20 og § 21.

Heller ikke begrepene rettighetsoverføring og rettighetsstiftelse synes ut fra sammenhengen i forarbeidene å relatere seg til selve tinglysningen. Det skilles mellom rettighetsoverføring og tinglysning i for eksempel følgende uttalelse på side 19 i forarbeidene:

«Bestemmelsen om at avgiftsplikten først skal inntre ved tinglysningen antas å ville bety en vesentlig forenkling administrativt. Med denne ordning unngås en rekke saker man nå har om tilleggsavgift ved for sen avgiftserleggelse og om avgiftsrefusjoner fordi rettighetsoverføringen annulleres før hjemmelsoverføringen blir tinglyst.»

Selve tinglysningsordningen tilsier at rettighetsoverføring og rettighetsstiftelse er noe annet enn tinglysning, nærmere bestemt det underliggende forhold som tinglysningen skal befeste overfor omverdenen. Tinglysning er nettopp en offentlig registrering/registreringsforretning av dokumenter som gir publisitet

og notoritet, og har til formål å sikre rettsvern for rettsstiftelser som dokumentet inneholder, se for eksempel Falkanger/Falkanger, Tingsrett (6. utg. 2007) s. 503-504. Med andre ord er tinglysning ikke en rettighetsstiftelse/-overføring i seg selv, men en registrering av en rettighetsstiftelse/-overføring (uttrykt i et dokument) for å verne den mot tredjeparter. En rettighetsstiftelse som vinner frem etter sitt innhold på grunn av ekstinksjon som følge av tinglysning i aktsom god tro, har imidlertid likhetstrekk med en avtalt rettighetsstiftelse i fast eiendom som gis virkning etter sitt innhold enten den er tinglyst eller ikke. Jeg er likevel ikke enig med departementet i at «[t]inglysning av hjemmelsoverføring til fast eiendom er et eksempel på en slik rettighetsstiftelse, mens det er mindre naturlig å omtale den underliggende kjøpsavtalen som en rettighetsstiftelse eller overføring», men mener det derimot er omvendt. Riktignok får tinglysingsloven §§ 20 og 21 betydning for partenes rettigheter ved tilfeller av rettighetskollisjoner ved såkalte «dobbeltsuksesjonstilfeller». Det er likevel ikke rettighetene som sådan i henhold til avtalen om å overføre rettighetene til en eiendom som den enkelte erverver har overfor selger som reguleres, men hvem som skal vinne rett i kollisjonen mellom to gyldige erverv som ikke er forenlige. Hvis det skulle være tale om å omtale noe som ugyldig i sammenheng med tinglysingsloven §§ 20 og 21, måtte det eventuelt vært at tinglysingen av en rettighetsstiftelse/-overføring er «ugyldig». Etter dette er det lite naturlig å omtale tinglysning som «rettighetsstiftelse eller -overføring», og i det minste liten grunn til å forstå forarbeidene dit hen at det gis anvisning på at tilfeller av manglende ekstinksjon etter tinglysning på grunn av manglende aktsom god tro skal dispenseres for fordi det må sees som en ugyldig rettighetsstiftelse/-overføring.

Forarbeidene kan vanskelig forstås slik at de gir anvisning på å skulle kunne dispensere for tilfeller av uvirksomt rettserverv grunnet manglende ekstinksjon som er omfattet av tinglysingsloven § 20, jf. § 21. På den annen side kan tilfeller etter tinglysingsloven § 20, jf. § 21 ikke direkte sammenlignes med annullasjon i form av heving av kontrakter, noe forarbeidene utelukker at det skal kunne gis dispensasjon for. Jeg har vanskelig for å se at det er tenkt på tilfeller etter tinglysingsloven § 20, jf. § 21. Det er derfor også vanskelig å se at avgiften er ment å skulle ramme slike tilfeller. Spørsmålet blir da om det vil være klart urimelig å kreve avgift i slike tilfeller. Departementet har fremhevet at det ikke foreligger noen praksis på området. Dette viser at det er tale om et sjeldent forekommende tilfelle. Provenyhensyn er derfor uten betydning. Videre vil (samme) avgift bli inndrevet to ganger. Det er tale om to gjensidig utelukkende transaksjoner der den ene vinner rett over

den andre, slik at begge transaksjonene ikke samtidig kan opprettholdes i tinglysingsrettslig forstand. Den ene transaksjonen skulle i utgangspunktet ikke funnet sted, da den må vike for den andre. Jeg stiller meg tvilende til at det i slike tilfeller bør utløses avgiftsplikt da tinglysingen og hjemmelsoverføringen ikke får noen effekt. Situasjonen er på mange måter tilsvarende tilfeller der en avtale blir kjent ugyldig. Selv om dispensasjonsadgangen skal være snever, og selv om det ikke direkte følger av forarbeidene at det bør dispenseres i slike tilfeller, mener jeg saken er så vidt spesiell og har så vidt mange likhetstrekk med de situasjoner der dispensasjon innvilges, at det i dette tilfellet vil være klart urimelig ikke å innrømme dispensasjon, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd.»

Ombudsmannen ba departementet vurdere saken på nytt.

72.

Kontroll med anvendelsen av selvkostprinsippet

(Sak 2007/953)

Flere kommunale tjenester har selvkost som øvre grense for hva som lovlig kan kreves i gebyr. Beregningen av selvkost reiser til dels kompliserte rettslige og regnskapsmessige problemstillinger, og det er vanskelig for den enkelte borger å kontrollere at reglene er fulgt. Etter å ha mottatt flere klager om emnet tilskrev ombudsmannen Kommunal- og regionaldepartementet og stilte enkelte spørsmål omkring selvkostprinsippet.

Ombudsmannen fant departementets svar oppklarende, men knyttet merknader til enkelte punkter.

Flere kommunale gebyrer har selvkost som øvre grense for hva som kan kreves for tjenester som utføres. Dette såkalte selvkostprinsippet er således innført for gebyrer etter Plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 § 109 og kommunale vann- og avløpsgebyrer etter Vass- og kloakkavgiftslova 31. mai 1974 nr. 17 § 2, i tillegg til en rekke andre kommunale gebyrer.

Sivilombudsmannen mottar jevnlig klager på den konkrete beregningen av selvkost i forskjellige kommuner. Ombudsmannen besluttet derfor av eget tiltak å ta enkelte forhold i tilknytning til dette opp med Kommunal- og regionaldepartementet.

Beregning av selvkost reiser til dels kompliserte rettslige og regnskapsmessige problemstillinger – både generelt og i den enkelte sak. I tillegg til at selve beregningen av hva som utgjør selvkost kan være problematisk, kommer at det heller ikke er gitt hvordan utgiftene skal fordeles på de enkelte sakstyper. Et annet problem er at det er vanskelig for den enkelte borger å kontrollere at reglene er fulgt. De klagene

om selvkostprinsippet som er behandlet ved ombudsmannens kontor den siste tiden, etterlater dessuten et inntrykk av at heller ikke klageorganene i særlig grad foretar noen reell kontroll av gebyrene opp mot selvkostbegrensningen.

Kommunal- og regionaldepartementet ble derfor bedt om å redegjøre for hvilke organer og kontrollsystemer som bidrar til kontroll av at selvkostprinsippet følges, samt om disse var effektive etter departementets syn. Det ble særlig bedt om en redegjørelse for omfanget av kontrollutvalget og kommunerevisjonens rolle i denne sammenheng.

Det ble herfra vist til Høyesteretts dom 26. oktober 2004, inntatt i Rt. 2004 s. 1603, som gjelder behandlingsgebyr for deling av fast eiendom. Departementet ble bedt om å gi sitt syn på om den klasseinndeling kommunene opererer med i sine gebyrregulativer generelt er i tråd med den rettsoppfatning som kommer til uttrykk i dommen. I forlengelsen av dette ble departementet spurt om det var behov for ytterligere regler om fordeling eller utregning av selvkost i forskrifts form.

Avslutningsvis ble departementet spurt om det hadde øvrige merknader til problemstillingen.

Det synes hensiktsmessig å gjengi departementets brev nesten i sin helhet. Kommunal- og regionaldepartementet anførte således:

«Departementet vil innledningsvis peke på at kommunenes oppgaver fremgår av den kommunale særlovgivning. Dette gjelder også regelverk knyttet til ytelser hvor det gjelder et selvkostprinsipp. Selvkostprinsippet er ikke nedfelt i kommuneloven, og dets nærmere innhold på de ulike sektorer vil i utgangspunktet bero på hva som er nedfelt i lov og forskrift på de ulike tjenesteområder kommunene har ansvar for. Vi har i forbindelse med Sivilombudsmannens henvendelse ikke ansett det for å være en naturlig oppgave for Kommunal- og regionaldepartementet å gå inn på regelverk som forvaltes av andre departementer for å gjøre en nærmere analyse av hva som kan utledes av regelverket på de ulike områder. Våre merknader er derfor i hovedsak knyttet til Kommunal- og regionaldepartementets ansvarsområde.

1. Innledning

En alminnelig oppfatning av selvkostbegrepet er at kommunen ikke skal kunne tjene penger på gebyrbelagte tjenester. I dette ligger det at gebyrene som et maksimum bare kan dekke kostnader som går med til å yte den gebyrbelagte tjenesten.

Selvkost kan relateres til de samlede kostnader ved å yte en bestemt tjeneste til alle innbyggere, eksempelvis de samlede kostnader ved renovasjon. Dette setter det øvre tak for de samlede gebyrinntektene for denne tjenesten. Kommunal- og regionaldepartementet får jevnlig spørsmål fra kommuner knyttet til dette. I rundskriv H-2140 har departementet gitt ut en veileder ved bereg-

ning av selvkost forstått som begrensning for totalkostnadene på et tjenesteområde.

Bakgrunnen for Kommunal- og regionaldepartementets rolle knyttet til å gi retningslinjer for beregning av selvkost, er omtalt i retningslinjene H-2140 punkt 1.1. Man så i 1990 et behov for å avklare selvkostprinsippet og å sikre lik praksis i kommunene, jf. St.prp. nr. 100 (1989-1990) Om kommuneøkonomien 1991 mv. Det ble etablert en arbeidsgruppe mellom berørte departementer under ledelse av Kommunal- og regionaldepartementet. Arbeidsgruppen avga rapport i 1992 med forslag til hovedprinsipper for beregning av selvkost. Kommunal- og regionaldepartementet fulgte opp tilrådingene fra arbeidsgruppen, og tok initiativ til å utarbeide retningslinjer i samarbeid med berørte departementer. Retningslinjene ble første gang utgitt i 1996, og ble revidert i 2003 i samarbeid med Miljøverndepartementet.

Selvkost kan også relateres til kostnadene ved å yte tjenesten til én bestemt bruker, eksempelvis selvkost ved å behandle en bestemt byggesak. Dette er et spørsmål om hvordan de samlede gebyrinntektene fordeles på brukerne av tjenesten. Departementet får fra tid til annen også henvendelser som reiser spørsmålet om hvordan gebyrer fordeles mellom brukere. Disse henvendelsene kommer i all hovedsak fra privatpersoner.

Variasjoner i gebyrer kan skyldes ulikheter i kostnadsnivå (ulik samlet selvkost) mellom kommuner, ulikheter i subsidieringsgrad, eller at det er lagt til grunn ulike kriterier for fordeling av gebyrer mellom de ulike brukere.

Som nevnt innledningsvis beror det nærmere innholdet i selvkostprinsippet på det som er angitt i lov og forskrift for gebyrer på det aktuelle tjenesteområdet. Kontrollen med at selvkostprinsippet følges på det enkelte tjenesteområde vil falle inn under de alminnelige kontrollsystemer som er etablert i kommunesektoren. Således vil det både i de systemer som er etablert for statlig kontroll og de ordninger som gjelder for kommunenes egenkontroll, ligge mekanismer for kontroll med at selvkostprinsippet blir fulgt.

I den utstrekning det er tale om enkeltvedtak vil en innbygger kunne få overprøvd vedtak om å betale gebyr i den enkelte sak gjennom alminnelig forvaltningsklage etter forvaltningsloven § 28.

Kontroll med selvkostprinsippet vil også kunne skje gjennom fylkesmannens legalitetskontroll, jf. kommuneloven § 59. Slik kontroll kan skje både etter klage og etter fylkesmannens eget initiativ.

Når det gjelder kommunenes egenkontroll, er denne etter loven lagt til kontrollutvalget, jf. kommuneloven § 77. Kontrollutvalget utøver kontroll og tilsyn med kommunens virksomhet på vegne av kommunestyret. Kontrollutvalget har generell myndighet til selv å føre kontroll og tilsyn med kommunens virksomhet, og skal i tillegg påse at kommunens regnskaper blir revidert på betryggende måte (regnskapsrevisjon). Kontrollutvalget skal også påse at det blir gjennomført forvaltningsrevisjon i kommunen.

2. Nærmere om statlig kontroll

Etter det vi er kjent med foreligger ingen samlet oversikt over klagesaker (forvaltningsklage etter forvaltningsloven § 28) på dette området.

Tilsvarende foreligger det heller ingen samlet oversikt over i hvilken grad legalitetskontrollen etter kommuneloven § 59 i praksis omfatter spørsmål om selvkostprinsippet er overholdt. Fylkesmennene rapporterer på antall lovlighetskontrollsaker og om resultatet ble opphevelse eller stadfestelse av det kommunale vedtaket, men Kommunal- og regionaldepartementet ber ikke om rapportering knyttet til hvilket lovområde lovlighetsklagen gjelder.

3. Nærmere om de kommunale kontrollutvalgenes rolle

Kontrollutvalget kan i prinsippet ta opp ethvert forhold ved kommunens virksomhet så lenge det kan defineres som kontroll og tilsyn (jf. Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-15/04, med merknader til forskrift om kontrollutvalg i kommuner og fylkeskommuner § 4). Det vil således også ligge under kontrollutvalgets myndighet å føre kontroll med at selvkostprinsippet følges i kommunen, herunder iverksette de undersøkelser som er nødvendig. Ettersom utvalgets mandat er svært vidt og generelt vil det imidlertid måtte gjøres vurderinger av på hvilke deler av kommunens virksomhet utvalget skal bruke ressursene, og det må prioriteres mellom ulike kontrollområder. Kontrollutvalget er direkte underordnet kommunestyret og utøver kontroll og tilsyn på vegne av dette, jf. kommuneloven § 77 nr. 1. I dette ligger at kommunestyret kan gi spesielle eller generelle instruksjoner for kontrollutvalgets virksomhet. Kommunestyret kan instruere utvalget om å iverksette kontroll på bestemte områder, herunder for eksempel om selvkostprinsippet følges. Kontroll på dette området kan eventuelt iverksettes som et forvaltningsrevisjonsprosjekt.

I tillegg til at kontrollutvalget har et helt generelt mandat til å gjennomføre kontroll og tilsyn, har det et nærmere presisert ansvar på spesielle områder. Som Sivilombudsmannen viser til i sitt brev skal utvalget påse at kommunens regnskaper blir revidert på betryggende måte, jf. kommuneloven § 77 nr. 4. I dette ligger for det første at kontrollutvalget må sørge for at det blir etablert en forsvarlig revisjonsordning for kommunen. Det ligger også i dette at kontrollutvalget har et tilsynsansvar overfor revisjonen. Utvalget skal blant annet '...holde seg løpende orientert om revisjonsarbeidet og påse at dette foregår i samsvar med de bestemmelser som følger av lov og forskrift, god kommunal revisjonsskikk og kontrollutvalgets instruksjoner, eller avtaler med revisor', jf. forskrift om revisjon kapittel 4. Kontrollutvalget kan imidlertid ikke instruere revisjonen i rene revisjonsfaglige spørsmål. Revisor gjennomfører revisjon av årsregnskapet på selvstendig faglig ansvar. Det er under pkt. 4 gjort nærmere rede for hvilken kontroll av selvkostprinsippet som ligger i revisjon av årsregnskapet.

I tillegg til at kontrollutvalget skal påse at kommunens årsregnskap blir revidert på betryggende måte, skal kontrollutvalget også påse at kommunens virksomhet blir gjenstand for forvaltningsrevisjon, jf. kommuneloven § 77 nr. 4,

forskrift om kontrollutvalg kapittel 5 og forskrift om revisjon kapittel 3. Forvaltningsrevisjon skal gjennomføres etter en plan vedtatt av kommunestyret. Planen skal baseres på en analyse av kommunens virksomhet ut fra risiko- og vesentlighetsvurderinger, med sikte på å identifisere behovet på de ulike sektorer og virksomheter. Kommunestyret står fritt til å gi instruksjoner om hvilke forvaltningsrevisjonsprosjekter som skal iverksettes. I mangel av slike instruksjoner avgjør kontrollutvalget selv hvilke deler av kommunens virksomhet som skal gjøres til gjenstand for forvaltningsrevisjonsprosjekter. Et forvaltningsrevisjonsprosjekt kan omfatte en analyse av om selvkostprinsippet følges på de ulike områder av kommunens virksomhet, men det ligger altså ikke i plikten til å gjennomføre forvaltningsrevisjon nødvendigvis noen løpende og gjennomgående kontroll av at selvkostprinsippet følges på de ulike områdene.

4. Nærmere om revisjon av årsregnskapet

Kommuneloven og forskrift til denne gir regler om revisjon i kommuner og fylkeskommuner.

'Revisor skal ved revisjon av årsregnskapet vurdere om årsregnskapet er avlagt i samsvar med lover og forskrifter, derunder om det gir uttrykk for den økonomiske virksomheten i regnskapsåret og stillingen ved årsskiftet som er i overensstemmelse med god kommunal regnskapsskikk', jf. forskrift om revisjon § 3 første ledd. I tillegg framgår en del særskilte krav av de øvrige bestemmelser i forskriften kapittel 2, men disse er uten betydning for spørsmålet om revisjon av selvkost.

'Revisjonen skal planlegges, gjennomføres og rapporteres slik lov og forskrift om god kommunal revisjonsskikk krever(. . .)', jf. forskriften § 4 første ledd. I dette ligger at revisor skal utføre revisjonen etter beste skjønn. Begrepet 'god kommunal revisjonsskikk' er i departementets rundskriv H-15/04 betegnet som en rettslig standard, som i tillegg til å være normert av de lover og forskrifter som til enhver tid gjelder for revisjon av kommuner, også vil være normert av relevante og anerkjente revisjonsstandarder på området. Slike standarder vil være basert på International Standards on Auditing (ISA), utgitt av IFAC (International Federation of Accountants), derunder også 'tillegg for offentlig sektor'. Med mindre annet fremgår av 'tillegg for offentlig sektor' vil 'god kommunal revisjonsskikk' i all hovedsak være sammenfallende med 'god revisjonsskikk' i privat sektor når det gjelder regnskapsrevisjon.

Departementet har i forbindelse med utarbeidelsen av svar til Sivilombudsmannen bedt om kommentarer fra Norges kommunerevisorforbund (NKRF). NKRFs brev er lagt ved.

NKRF uttrykker det slik: *"Regnskapsrevisjon skal med andre ord gi et forsvarlig grunnlag for en uttalelse som med betryggende sikkerhet bekrefter at årsregnskapet i det alt vesentlige er utarbeidet i overensstemmelse med det gjeldende rammeverk for økonomisk rapportering og avgitt i samsvar med lov og forskrifter."*

I uttalelse fra NKRFs revisjonskomité 4. juni 2004 er det gitt uttrykk for at revisors oppgaver ikke går lenger enn til å revidere selvkostområdene innenfor de generelle vesentlighetsbetraktningene som legges til grunn for revisjon av hele kommuneregnskapet. Departementet slutter seg til dette.

Om revisjon på området for vann, avløp og renovasjon (VAR) heter det bl.a. videre i revisjonskomiteens uttalelse: *'VAR-området vil for eksempel i de fleste kommuner ha et slikt volum at revisor årlig blir nødt til å vurdere om de VAR-inntekter og utgifter som kommer til uttrykk i regnskapet er korrekte. Revisor vil da bl.a. måtte ta stilling til fullstendigheten i VAR-inntektene og om de gebyrer som er benyttet samsvarer med kommunestyrets vedtak. Revisor må videre vurdere om vesentlige direkte utgifter som vedrører VAR-området er gyldige med mer. (...).'*

I en del tilfeller vil således anvendelsen av selvkostprinsippet bli gjenstand for revisjon fordi gebyrene på et område til sammen utgjør et betydelig beløp i kommunens økonomi.

Egne revisjonsstandarder utarbeidet av revisorbransjen selv stiller krav til dokumentasjon av revisors arbeid.

5. Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-2140 'Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester'.

Vurderinger av anvendelsen av selvkostprinsippet må bygge på kriterier for hva kommunene er pliktig til å etterleve. Dette vil i utgangspunktet måtte bygge på det enkelte sektorregelverk.

Veiledende retningslinjer med kriterier finnes i 'Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester' – Rundskriv H-2140 utgitt av Kommunal- og regionaldepartementet i januar 2003. Rundskrivet er ikke en forskrift, og således ikke bindende for kommunene. Bakgrunnen for at Kommunal- og regionaldepartementet laget retningslinjene, er omtalt i punkt 1 ovenfor.

Rundskrivet tar sikte på å redegjøre for hvordan total selvkost for et tjenesteområde som er underlagt selvkost bør beregnes. Veiledningen i rundskrivet er særlig konsentrert om to tema: 1) Den sier noe om hvilke kostnader som er relevante å ta med i en beregning av selvkost – herunder hva som er direkte kostnader og hvilke indirekte kostnader som kan tas med. 2) Hvordan man beregner kapitalkostnader. Gjennom å følge anvisningene i veilederen vil altså kommunene kunne beregne totalkostnadene på et enkelt område som er underlagt selvkostbegrensningen.

Veilederen har ikke som siktemål å gi nærmere informasjon om hvordan kostnader skal eller bør fordeles på de ulike brukere av tjenester som er underlagt selvkostprinsippet. Kommunal- og regionaldepartementet legger til grunn at man for å ta stilling til dette spørsmålet vil måtte gjøre en vurdering av de ulike lover og forskrifter som gjelder på de forskjellige områder der selvkostprinsippet er nedfelt, noe som går ut over det Kommunal- og regionaldepartementet har formell og faglig kompetanse til. Dette ligger innenfor de enkelte fagdepartementers ansvarsområde.

Vi har i denne sammenheng ikke sett det som naturlig at vi går nærmere inn på dette.

6. Vurdering av kontrollordningenes effektivitet og intensitet

6.1

De kommunale kontrollutvalgenes aktivitet skal og vil avhenge av hvilke kontrollprosjekter som blir prioritert i den enkelte kommune. Det vil derfor være variasjoner mellom kommuner. Det finnes imidlertid en rekke eksempler på at kontrollutvalg har iverksatt forvaltningsrevisjonsprosjekter hvor selvkost har vært et tema.

6.2 Revisors kontroll

a) Revisjon av årsregnskapet

Revisors kontroll gjennom revisjon av årsregnskapet vil normalt gi informasjon om hvorvidt de samlede gebyrinntekter på et område er i tråd med selvkostprinsippet. Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-2140 er av NKRF lagt til grunn som et kriterium for regnskapsrevisjonen.

Revisor vil antakelig normalt i liten grad gå inn på vurderinger av fordeling mellom ulike brukere, eller om gebyret/brukerbetalingen i en konkret sak er i overensstemmelse med de regler som gjelder for den aktuelle tjeneste.

NKRF gjennomfører kvalitetskontroll av den revisjon som utføres av forbundets medlemmer. NKRF opplyser at riktig behandling av VAR-området er blant de forhold som følges opp gjennom egne kontrollpunkter.

Det vil etter departementets vurdering ikke være ønskelig å gi en nærmere regulering av årsregnskapsrevisjonens innhold og omfang som krever en mer detaljert gjennomgang av spørsmål knyttet til selvkostprinsippet enn andre forhold som har betydning for årsregnskapet. Revisjonens innhold og omfang ved revisjon av kommunens årsregnskap defineres av revisors kvalifiserte vurderinger av risiko og vesentlighet innenfor rammen av god kommunal revisjonsskikk.

Revisors vurderinger av om årsregnskapet er korrekt må baseres på de kriterier som gjelder for regnskapsavleggelsen, typisk autoritative krav i lov og forskrift. Den normative kraft i kriterier som har form av retningslinjer og anbefalinger, vil være mer usikker. NKRF har imidlertid ansett retningslinjene om selvkostberegning som et kriterium for den regnskapsrevisjon som utføres i kommunene, jf. ovenfor.

I henhold til informasjon fra NKRF er det likevel eksempler på at kommuner ikke har endret praksis mht. til selvkostberegning, selv om det i revisjonsberetningen er påpekt brudd på retningslinjene om selvkost. Dette skal ha blitt begrunnet med at retningslinjene ikke har samme normative status som lov og forskrift.

På denne bakgrunn kan det etter Kommunal- og regionaldepartementets oppfatning være mer hensiktsmessig å gi autoritative og klarere kriterier for beregning av gebyrer som kan være grunnlag for revisjonens vurderinger heller enn å gi mer utførlige regler om innholdet i revisors oppgaver i forbindelse med revisjon av årsregnskapet. Dette kan for eksempel gjøres ved at det

gis ytterligere kriterier for gebyrberegning direkte i de aktuelle departementers lover eller forskrifter som integrerer deler av retningslinjene som i dag framgår av rundskriv H-2140.

Ettersom Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-2140 dreier seg om totalutgiftene for en tjeneste underlagt selvkost – og ikke den nærmere fordeling mellom brukere og de enkelte gebyrvedtak – vil en klargjøring av dette likevel ikke rekke lenger enn at det vil gi økt sikkerhet for at kommunenes beregning av samlet selvkost på et område blir i samsvar med retningslinjene.

Spørsmålet om klargjøring av retningslinjer som gjelder fordeling mellom brukere, vil eventuelt involvere flere departementer. Hvorvidt det på de ulike departementers områder kan være grunn til å gi mer detaljerte og bindende regler om dette, er et forhold som vi antar at disse departementer vil ha en oppfatning om.

b) Eventuelle krav om såkalte 'særattestasjoner' fra revisor

En nærmere kontroll av om selvkostberegningene er korrekte kan avtales mellom kommunen og revisor som en særskilt kontrollhandling. Dette innebærer at revisor påtar seg en kontroll som går ut over det som ligger i revisjon av årsregnskapet, og representerer således en form for 'tilleggstjeneste' fra revisor. Effekten av en kontroll som ligger i en slik særskilt avtalt kontrollhandling vil imidlertid også være avhengig av om det forligger klare og normative kriterier for hvordan selvkost skal beregnes.

7. Høyesteretts dom gjengitt i Rt. 2004 side 1603

Sivilombudsmannen har i sitt brev gitt uttrykk for at enkelte uttalelser i dommen 'kan tenkes å ha betydning også på andre områder enn det dommen direkte gjelder. Dette gjelder for eksempel uttalelser om at det ikke er tilstrekkelig på selvkostprinsippets område at den enkelte sektor drives uten overskudd, men at selvkost i prinsippet skal tilstrebes også i den enkelte sak'.

På denne bakgrunn er det spurt om det er departementets inntrykk at den klasseinndeling kommunene opererer med i sine gebyrregulativer, generelt er i tråd med den rettsoppfatning det gis uttrykk for i dommen.

Kommunal- og regionaldepartementet har ikke gjennomført en systematisk innhenting av opplysninger fra andre departementer som forvalter regelverk hvor selvkostprinsippet gjelder, men avgrenset seg til å gi uttrykk for vårt syn på dette spørsmålet for så vidt gjelder Kommunal- og regionaldepartementets ansvarsområde i forbindelse med byggesaker, jf. pkt. 7.1 nedenfor.

Dommen gjelder direkte kart- og delingsforretninger etter delingsloven. Vi har derfor også gjengitt deler av et brev fra Miljøverndepartementet til en kommunal revisjonsenhet som Kommunal- og regionaldepartementet er blitt kjent med. I brevet gir Miljøverndepartementet uttrykk for sitt syn på spørsmålet, se pkt. 7.2 nedenfor.

7.1 Byggesaker

Høyesterett uttalte i dommen at kommunene har anledning til å legge til grunn gjennomsnittsbetraktninger som avspeiler kommunens arbeid med den aktuelle sakstype. Det ble i den forbindelse vist til bl.a. rundskriv H-5/02 om juridiske spørsmål vedrørende utbyggingsavtaler i tilknytning til plan- og byggesaksbehandling mv.:

'Utgangspunktet for fastsetting av selvkost er at kommunen kan kreve dekket utgiftene for behandling av den konkrete byggesaken. I dette ligger imidlertid ikke at gebyret må beregnes nøyaktig i hver enkelt sak. Kommunen kan i regulativet legge til grunn gjennomsnittsbetraktninger. Det kunne ellers bli tidkrevende og dyrt å finne utgiftene til behandling av hver enkelt sak. F. eks. brukes typebestemte gebyrer for behandling av saker, som like gebyrer for henholdsvis eneboliger, garasjer, meldepliktige tilbygg på bolighus og lignende. (...) I og med at gebyrene skal svare til selvkost i den enkelte sak, må kommunen påse at gebyrene for enkle og ukompliserte saker ikke blir for høye.'

Av praktiske årsaker vil nødvendigvis gebyrregulativet bygge på antakelser/ vurderinger om den gjennomsnittlige arbeidsmengden ved behandlingen av byggesøknader, og etter Høyesteretts vurdering svekkes ikke forutberegneligheten selv om gebyret fastsettes på bakgrunn av gjennomsnittskostnadene for den enkelte arealklasse.

Slik departementet oppfatter dommen, vil klasseinndelinger i gebyrregulativet være i tråd med den rettsoppfatning som Høyesterett la til grunn. Departementet presiserer imidlertid at det må kunne dokumenteres at utgiftene til saksbehandlingen påvirkes av den faktor som har vært sentral ved gebyrberegningen, jf. rundskriv H-5/02 og ovennevnte dom. I tilfeller hvor det hevdes at kommunens gebyrsatser ikke er fastsatt i henhold til selvkostprinsippet, vil en kunne be kommunen dokumentere at selvkostprinsippet er ivaretatt, f.eks. ved å fremlegge for- og etterkalkyler av grunnlaget for sine gebyrsatser. Det vil ikke være tilstrekkelig å vise til at en gebyrberegning som skjer i samsvar med regulativet oppfyller kravet til selvkost. Hvilke kostnader kommunen kan legge til grunn i beregningen, følger av 'Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester' (H-2140).

7.2 Kart og delingsloven

Departementet er ikke kjent med at det foreligger en systematisert oversikt over kommunenes gebyrregulativer knyttet til delingsloven. Delingsloven hører administrativt under Miljøverndepartementet. Etter det vi har fått opplyst har heller ikke Miljøverndepartementet en systematisert oversikt over kommunenes gebyrregulativer på denne sektoren.

Miljøverndepartementet har på spørsmål fra en kommunal revisjonsenhet gitt uttrykk for sitt syn på beregning av selvkost etter delingsloven på bakgrunn av høyesteretts dom (sak 200702033-2/) i brev datert 31. juli 2007.

I brevet gir Miljøverndepartementet blant annet uttrykk for følgende:

Departementet anbefaler på bakgrunn av Høyesteretts dom at kommunene legger følgende til grunn når de vedtar sine gebyrregulativer for arbeider etter delingsloven:

Kommunen må for det første forsikre seg om at de samlede gebyrinntektene for tjenesteområdet ikke overstiger de samlede kostnadene. Departementet antar at kommunen i den forbindelse med fordel kan basere sine kalkyler på Kommunaldepartementets rundskriv H-2140 Nye retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester. Kommunen må dernest utforme gebyrregulativet slik at gebyret i en konkret sak ikke på en urimelig måte overstiger de faktiske (faste og variable) kostnadene i sakens anledning. Departementet antar at kommunen kan utforme gebyrregulativet med stor frihet på dette punktet, og at det således må foreligge en vesentlig beløpsdifferanse i forhold til de faktiske kostnadene før et gebyr må regnes som ugyldig. Departementet konstaterer at det i saken som stod for Høyesterett, forelå et betydelig avvik regnet både relativt og i absolutt størrelse. Departementet antar at kommunene fortsatt vil ha anledning til en viss form for kryssubsidiering mellom enkeltsaker og mellom sakstyper. Departementet antar derfor at det ikke er nødvendig at kommunen foretar individuelle etter kalkyler umiddelbart etter at den enkelt saken er avsluttet, men at det er tilstrekkelig om kommunen med noe mellomrom kontrollerer mer generelt om regulativet fungerer etter intensjonene. Dersom kommunen ordinært ikke benytter timeregistrering, bør kommunen fra tid til annen foreta former for tidsregistrering for å kontrollere at ønsket samsvar mellom gebyrsatsene og faktiske kostnader blir opprettholdt, bl.a. for å fange opp endringer i produktiviteten på ulike sakstyper.

Høyesteretts dom er også omtalt i Ot.prp. nr. 57 (2006-2007) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 101 om egedomsregistrering o.a., kapittel 5.1, side 11 merknadene til § 32. Det fremgår her blant annet at:

(...) Departementet foreslår (...) at kommunen i slike saker skal fastsette eit samla gebyr for heile saka. Omfanget av ei oppmålingsforretning kan variere mykje. Departementet vil derfor ikkje lengre ha eit tilstrekkeleg sikkert grunnlag for å kunne setje brukande maksimalsatsar i slike saker. Gebyra bør i utgangspunktet fastsetjast på bakgrunn av kostnadane i den enkelte saka, men det er ikkje noko krav om eksakte beregningar. Kommunen kan til ein viss grad la enkelte typar saker subsidiere andre typar saker.

Høyesterett tok 26. oktober 2004 stilling til kva som kan reknast som ugyldig oppmålingsgebyr etter delingslova, jf Rt-2004 s. 1603. Saka gjaldt eit stort utbyggingsareal på ca. 356 dekar. Kommunen hadde brukt ca. 200 timer på arbeidet. Basert på ei timesats på kr. 940 ville dette gitt eit gebyr på i underkant av kr. 200.000. Kommunen berekna i staden eit gebyr basert på storleiken av arealet, og kom til ca. 1,1 mill. kr.

Eit fleirtal på tre dommarar meinte at eit slikt gebyr var ugyldig. Fleirtalet aksepterte at kommunen baserte gebyrberekinga på arealet, men meinte at kommunen i så fall måtte bruke satsar som tok større omsyn til dei gjennomsnittlege

kostnadane slik at gebyret kom nærare dei faktiske kostnadane og for så store areal. Mindretallet på to dommarar viste til at dei samla kostnadane til kommunen med kart- og delingsforretningane oversteig dei samla gebyrinntektene. Mindretallet meinte at delingslova gir kommunen stor fridom til å basere gebyrregulativet på ulike beregningsmåtar så lenge dei samla gebyrinntektene ikkje overstig dei samla kostnadane, og at gebyret i den konkrete saka derfor ikkje kunne dømmast for ugyldig.

Departementet foreslår å vidareføre dei rammene som fleirtalet i Høyesterett her kom fram til, og etter lov om egedomsregistrering. Kommunane skal, innafor desse rammene, likevel ha stor fridom til korleis dei vil bygge opp egne gebyrregulativ. Det må såleis ligge føre ein vesentleg beløpsdifferanse i forhold til dei faktiske kostnadane før eit gebyr skal reknast som ugyldig. Departementet oppfordrar Kommunanes sentralforbund til å vidareføre arbeidet med rettleiande gebyrnormalar. Det vil i så fall vere naturleg at kommunane i regelen følgjer denne rettleiinga.

Departementet vil i forskrift fastsette nærare reglar om når gebyret skal vere betalt, og om reduserte gebyr når kommunen ikkje held tidsfristar. Det kan og vere aktuelt at departementet i forskrift fastset maksimalsatsar for enkelte reine føringssaker som ikkje omfattar oppmålingsforretning og som er av standardisert karakter landet sett under eitt. Det kan under dette vere aktuelt at enkelte slike saker skal vere gebyrfrie når gebyr kan ha uheldige avsilingseffektar.

8. Spørsmålet om behovet for ytterligere kontrollmekanismer eller klageordninger

Sivilombudsmannen har stilt spørsmål om Kommunal- og regionaldepartementet i lys av denne dommen eller generelt anser at det er behov for ytterligere kontrollmekanismer eller klageordninger for å sikre etterlevelse av selvkostprinsippet.

Kommunal- og regionaldepartementet viser til at bestemmelsene om selvkost finnes i sektorregelverket. Kommunal- og regionaldepartementet har utgitt en veileder for å bistå kommunene på temaer som ikke bør variere mellom sektorene. Det hører under de enkelte fagdepartementer å vurdere på hvilken måte selvkostprinsippet er ment å fungere på deres sektorområde samt spørsmål knyttet til kontrollmekanismer og klageordninger.

Vi har nedenfor omtalt de ulike generelle kontrollordninger som finnes hver for seg.

8.1 Forvaltningsklage og lovlighetskontroll

I de tilfellene hvor gebyrfastsettelsen er et resultat av vedtak truffet individuelt overfor den enkelte gebyrpliktige, eller det gis avslag på søknad om nedsettelse eller fritak fra gebyret ut fra rene rimelighetsbetraktninger, vil dette være enkeltvedtak som kan påklages etter forvaltningsloven § 28.

Etter departementets vurdering samsvarer dette utgangspunktet også med dommen i Høyesterett hvor kommunen hadde unnlatt å benytte dispensasjonshjemmelen i gebyrregulativet, hvilket medførte at gebyrvedtaket ikke kunne anses

hjemlet i delingsloven, og at det dermed var ugyldig.

Fylkesmannen er delegert myndighet til på eget initiativ å ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll, jf. kommuneloven § 59 nr. 5. Begrepet 'avgjørelse' i kommuneloven § 59 omfatter bl.a. både enkeltvedtak og forskrifter. Det vil i stor grad være opp til fylkesmannens skjønn når adgangen til å utføre lovlighetskontroll skal brukes, men myndigheten til å foreta kontroll etter kommuneloven § 59 nr. 5 forutsettes benyttet med varsomhet. Lovlighetskontroll er ikke klage i forvaltningslovens forstand. Fylkesmannen har derfor ikke kompetanse til å fatte ny avgjørelse, bare til å oppheve den foreliggende avgjørelse dersom denne er ugyldig, jf. § 59 nr. 4 andre ledd. Det vises for øvrig til rundskriv H-2123 Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.

Fylkesmannen er videre pliktig å ta en sak opp til lovlighetskontroll dersom tre eller flere kommunestyrerepresentanter krever det.

Både vedtak i enkeltsaker og kommunens gebyrregulativ på de ulike områder kan være gjenstand for lovlighetskontroll etter bestemmelsene i kommuneloven.

8.2 Internkontroll i kommunene – kontrollutvalg og revisjon

Som det fremgår av pkt. 3 har de kommunale kontrollutvalgene en helt generell hjemmel til å gjennomføre kontroll og tilsyn med kommunens virksomhet. Det ligger klart innenfor kontrollutvalgenes mandat å føre kontroll med om selvkostprinsippet er overholdt. Det vil imidlertid avhenge av det enkelte kontrollutvalgs (eventuelt kommunestyrets) prioritering om det skal iverksettes kontroll på dette området.

Utvalget har ansvar for å påse at det blir gjennomført forvaltningsrevisjon av kommunens virksomhet. Forvaltningsrevisjonsprosjekter kan være en egnet form for kontroll med selvkostprinsippet. I henhold til informasjon fra Norges Kommunerevisorforbund har Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-2140 (veiledning om selvkostberegning) vært tema i et stort antall forvaltningsrevisjonsprosjekter.

Kommunal- og regionaldepartementet ser det ikke som naturlig å pålegge de kommunale kontrollutvalgene spesielle kontrollaktiviteter på bestemte områder. Dette vil bryte med de overordnede prinsipper for kontrollutvalgets virksomhet og oppgaver etter kommuneloven, jf. punkt 3 ovenfor.

8.3 Spørsmålet om behov for endring av retningslinjene i H-2140 'Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalings tjenester'

Retningslinjene for beregning av selvkost for kommunale betalings tjenester (H-2140, 2003) gir grunnleggende prinsipper for beregning av selvkost. Formålet er å gi veiledning som skal bidra til at kommunale gebyrer baseres på et felles metodisk grunnlag, herunder å forhindre tilfældige gebyrvariasjoner som ikke gjenspeiler faktiske ulikheter i kostnader eller subsidieringsgrad.

Retningslinjene er rettet mot beregning av samlet selvkost for et tjenesteområde. Retnings-

linjene definerer selvkost som den merkostnad kommunen har ved å yte en bestemt tjeneste, og gir nærmere veiledning til hvilke kostnader (aktiviteter) som er rimelig å ta med i en selvkostkalkyle og hvordan kapitalkostnader beregnes for et tjenesteområde.

Retningslinjene berører ikke spørsmålet om hvordan samlet selvkost skal fordeles på brukerne av den aktuelle tjenesten, og gir således ikke veiledning om hvordan et gebyrregulativ for en tjeneste skal fastsettes i praksis. Dette må ses i sammenheng med at det på de ulike sektorer kan være ønskelig å fordele gebyrene på den enkelte bruker etter ulike hensyn. Eksempelvis er differensiering av avfallsgebyrer av betydning for å motivere til avfallsreduksjon og gjenvinning. Dette tilsier at en må benytte ulike metoder for å beregne gebyrene til den enkelte bruker på de ulike tjenestene, slik at relevante hensyn kan ivaretas i gebyrfordelingen.

På denne bakgrunn er det Kommunal- og regionaldepartementets oppfatning at spørsmålet om å gi nærmere regler for hvordan gebyrer basert på selvkost skal fordeles på brukerne, best kan vurderes av det enkelte departement som forvalter regelverket på de ulike områder hvor selvkostprinsippet er lagt til grunn, jf. også pkt. 6.2 a) ovenfor. Det vurderes med andre ord ikke som hensiktsmessig å bygge ut rundskriv H-2140 slik at det også omfatter spørsmålet om fordeling mellom grupper av brukere.

8.4 Ytterligere regler for selvkost i forskrifts form?

Hvorvidt uklarheter knyttet til spørsmålet om fordeling av selvkost på brukerne av de ulike tjenester best kan avhjelpes gjennom veiledende rundskriv eller gjennom forskrifter, er en vurdering som etter vårt syn må gjøres av de enkelte departementer som forvalter regelverket på det aktuelle område.

For Kommunal- og regionaldepartementets vedkommende nevner vi at bygningslovutvalget i sitt forslag til nye byggesaksregler i en ny plan- og bygningslov bl.a. har gjennomgått gebyrreglene, jf. NOU 2005:12 Mer effektiv bygningslovgivning II. Utvalget har foreslått å videreføre gjeldende gebyrordning med enkelte presiseringer. Utvalget har i utredningen vurdert mulighetene for standardiserte gebyrsatser med henvisning til at dette har blitt mer aktuelt da byggesaksbehandlingen i dag fremstår som mer standardisert. Dette ville i så fall føre til like gebyrsatser over hele landet. Utvalget uttaler følgende på s. 452:

'For utvalget fremstår en flytting av beslutninger om finansieringen av byggesaksbehandlingen fra kommunalt nivå (gebyrregulativ) til statlig nivå (forskrift) som en uhenksommessig endring, all den tid det er kommunen som skal utføre oppgavene. Metoden vil således være dårlig egnet til å sikre at selvkost inndeckes, samt nødvendiggjøre indeksregulering eller stadig forskriftsendring.'

Utvalget konkluderte med å ikke anbefale en standardisering da det vil gripe inn i de vurderinger kommunene selv skal forestå i forhold til gebyrnivå.

Departementet arbeider for tiden med forslag til nye byggesaksregler i en ny plan- og bygningslov som etter planen skal legges frem for Stortinget høsten 2008. Vi vil da se nærmere også på gebyrreglene.

9. Oppsummering

Kommunal- og regionaldepartementets samlede vurdering er at spørsmålet om etterlevelse av selvkostprinsippet i kommunene mer er et spørsmål om hvorvidt det bør gis bindende regler for hvordan selvkost skal beregnes og fordeles mellom brukerne av de ulike tjenester, enn et spørsmål om å gi ytterligere bestemmelser om kontroll og revisjon på dette området. Spørsmålet berører flere departementers ansvarsområder.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Kommunal- og regionaldepartementet har svart på mine spørsmål. Sammen med den vedlagte redegjørelsen fra Norges Kommunerevisorforbund synes brevet å gi en dekkende oversikt over de prinsipielle spørsmål som kontrollen med selvkostprinsippet reiser.

Hensikten med min henvendelse var primært å få en oversikt over problemstillingen, hvilke virkemidler man har, og hva som har vært gjort fra statlig side for å sikre kontrollen med denne delen av kommunenes virksomhet. Her som ellers vil arbeidet for å sikre en god og betryggende forvaltning være en kontinuerlig prosess, og enkle fasitsvar finnes neppe. Som nevnt har jeg mottatt flere henvendelser som knytter seg til anvendelsen av selvkostprinsippet. Disse henvendelsene er blitt fulgt opp enkeltvis, og noen av undersøkelsene er fortsatt til behandling. Departementets redegjørelse danner en nyttig bakgrunn ved undersøkelsen av disse sakene. Samtidig ønsker jeg å komme tilbake til problemstillingen i et brev til departementet når arbeidet med enkeltsakene er kommet lenger og jeg har høstet ytterligere erfaring.

Allerede nå ønsker jeg imidlertid å komme med enkelte korte kommentarer:

1. Spørsmålet om lov- eller forskriftsfesting av regler om beregning av selvkost

Kommunal- og regionaldepartementet skriver at det kan være hensiktsmessig å gi autoritative og klare kriterier for beregning av gebyrer, som kan danne grunnlag for kommunerevisjonens kontroll. Det antydes at dette kan skje gjennom implementering av enkelte av reglene i rundskriv H-2140 i lov- og forskriftsverk. Dette synes å harmonere godt med uttalelser fra Norges Kommunerevisorforbund, som i brevet vedlagt departementets svar etterlyser en klargjøring av hvor langt rundskrivets bestemmelser er relevante for regnskapsrevisjonen. På bakgrunn av dette legger jeg til grunn at departementet vil arbeide videre med spørsmålet.

2. Hvordan skal gebyrer basert på selvkost fordeles på den enkelte bruker?

I min henvendelse til departementet viste jeg til Høyesteretts dom 26. oktober 2004 (Rt. 2004 s. 1603). Der ble det uttalt at selvkostprinsippet ikke bare krever at den enkelte sektor drives uten overskudd, men at selvkost også skal tilstrebes i den enkelte sak. På denne bakgrunn tok jeg særskilt opp spørsmålet om det er behov for ytterligere regler for å klargjøre dette. Departementets syn er at eventuell nærmere regulering av hvordan gebyrer basert på selvkost skal fordeles på brukerne, må vurderes av det enkelte departement som forvalter regelverket på de ulike sektorene. Dette er jeg enig i, men jeg antar likevel at det også vil være en rekke felles, sektorovergripende problemstillinger på dette feltet, og at det kan være hensiktsmessig med et visst interdepartementalt samarbeid.

Så vidt jeg forstår, foreligger det ingen sentral oversikt over kommunenes gebyrer på byggesaks- eller VAR-området. I lys av de klagesakene som jeg har vist til innledningsvis, samt den siste tidens medieoppmerksomhet rundt saksområdet, oppstår spørsmålet om det kunne være behov for en slik sentral oversikt på Kommunal- og regionaldepartementets saksområder. Det er ikke gitt at en slik oversikt vil være formålstjenlig, idet forholdene vil kunne variere atskillig fra kommune til kommune. Ikke minst vil geografiske forhold og store forskjeller i folketallet kunne føre til at innholdet i tilsynelatende like kommunale tjenester blir forskjellig og må legges ulikt opp. Dette vil igjen gi seg utslag i kostnadsnivået. Dessuten må det kommunale selvstyret respekteres innen de rammer som følger av lover og regler, herunder selvkostprinsippet. Likevel må det være et mål at det ikke er store og ugrunnede forskjeller mellom kommunene, og at den enkelte kommune har et bevisst forhold til den begrensning som ligger i selvkostprinsippet. Man kan derfor ikke se bort fra at en oversikt vil gi et bedre faktagrunnlag både ved den kommunale gebyrfastsetting og som grunnlag for sentrale myndigheter til å avdekke et eventuelt behov for mer detaljerte regler om fordelingen av selvkostbaserte utgifter på de enkelte brukerne.

Generelt sett reiser så vel beregning av selvkost, som fordelingen innenfor det enkelte tjenesteområde, kompliserte rettslige og regnskapsmessige problemstillinger, og det kan være vanskelig for den enkelte borger å kontrollere at reglene er fulgt. Det er følgelig av betydning at lov- og forskriftsverket er utformet på en slik måte at det rettslige utgangspunktet klart fremgår, og at man søker å sikre størst mulig grad av forutberegnelighet for pliktsubjektene – også hva gjelder fordelingen innenfor et enkelt tjenesteområde.

3. Behovet for ytterligere kontroll- eller klageordninger

I henvendelsen herfra ble det også stilt spørsmål om det etter departementets syn er behov for ytterligere kontrollmekanismer eller klageordninger for å sikre etterlevelse av selvkostprinsippet. Departementet har vist til adgangen til forvaltningsklage etter forvaltningsloven § 28 og til muligheten til å be fylkesmannen om å foreta lovlighetskontroll av eget tiltak, jf. kommuneloven § 59 nr. 5, i tillegg til de kommunale internkontrollmekanismene kontrollutvalg og revisjon.

På bakgrunn av enkelte klagesaker her er det min erfaring at det for den enkelte borger kan være vanskelig å få en reell overprøving av et gebyrvedtak og anvendelsen av selvkostprinsippet. Sakene reiser ofte vanskelige problemstillinger og avveininger, og ikke minst en innsikt i kommunenes økonomi som folk vanligvis ikke sitter inne med. Til dette kommer at den enkelte gebyrfastsettelse ikke uten videre vil være et enkeltvedtak, slik at fastsettelsen ikke vil kunne påklages etter de ordinære klagereglene i forvaltningsloven. Den enkelte gebyrfastsettelse må i slike tilfeller eventuelt angripes på det grunnlag at regulativet eller anvendelsen av det er ulovlig, dvs. som en ren lovlighetsinnsigelse. En overprøving fra fylkesmannens side vil da måtte skje etter reglene om legalitetskontroll, og her vil fylkesmannen ofte være tilbakeholden. Jeg ber Kommunal- og regionaldepartementet være oppmerksom på denne problemstillingen i sitt videre arbeid.

Departementet peker særlig på kommunenes kontrollutvalgs og kommunerevisjonenes mulighet til å kontrollere om selvkostprinsippet følges. Betydningen av at kommunene på denne måten kan drive egenkontroll uavhengig av klage fra innbyggerne, er helt sentral for å sikre at selvkostprinsippet blir etterlevd. Forutsetningen er imidlertid at adgangen virkelig blir benyttet i praksis. Jeg har merket meg departementets opplysning om at det finnes «en rekke eksempler» på at kontrollutvalg har iverksatt forvaltningsrevisjonsprosjekter. Det kunne her være av interesse å få nærmere tall med en oversikt over hvilke kommuner som har gjennomført forvaltningsrevisjonsprosjekter der kontroll av selvkostprinsippet har vært del av mandatet, og hva disse eventuelt har munnnet ut i. Den kunnskapen en slik oversikt kan gi, vil eventuelt kunne gi et bedre grunnlag for å vurdere behovet for ytterligere sentrale regler eller retningslinjer og hvordan disse bør utformes.

Når det gjelder byggesaksgebyrer spesielt, har departementet pekt på at det i enkeltsaker er mulig å be kommunen om å dokumentere at selvkostprinsippet er ivaretatt, ved å kreve fremlagt kalkyler og etterberegninger av grunnlaget for gebyrsatsene. Et særlig spørsmål er om det er grunn til å gjøre kommu-

nene oppmerksomme på at de kan ha en slik dokumentasjonsplikt.

Etter den redegjørelsen som er gitt finner jeg foreløpig å kunne stille saken i bero. Jeg ønsker som nevnt å komme tilbake til problemstillingen når jeg har høstet ytterligere erfaringer.»

Bygge- og plansaker. Kulturminnevern

73.

Om nabo som hadde samtykket i tiltak gjennom signatur på nabovarsel hadde rettslig klageinteresse

(Sak 2007/474)

A klaget til fylkesmannen over kommunens avvisning av hennes klage på tillatelse til endringer av et byggetiltak på naboeiendommen. Hun hadde krysset av for «samtykker i tiltak» på nabovarsel og kommunen mente derfor at hun ikke hadde klagerett på senere vedtak i byggesaken. Fylkesmannen var enig med kommunen i at A manglet den nødvendige rettslige klageinteresse.

En nabo som signerer på nabovarselet, og ikke protesterer på tiltaket, mister ikke enhver mulighet til senere å påklage vedtaket. En signatur på et nabovarsel innebærer en bekreftelse på at informasjon om tiltaket er mottatt, men ikke at naboen har samtykket i ethvert forhold som knytter seg til tiltaket. Det skal likevel mer til for å påberope seg rettslig klageinteresse for en nabo som på nabovarselet har krysset av for «samtykker i tiltak» enn for en nabo som kun har kvittert for mottak av varsel. I denne saken kunne det reises spørsmål om As klage ikke bare kunne sees som anførsler om at byggearbeidene ikke var i samsvar med byggetillatelsen, men også om at det var gitt en byggetillatelse i strid med avstandskravet i plan- og bygningsloven. Avgjørende for konklusjonen vil være om henvendelsen er av en slik karakter at det er rimelig at den prøves. Hensynet til partenes rettssikkerhet må tillegges vesentlig vekt. Det var rimelig om A fikk prøvet sine anførsler i en klagesak.

Fredrikstad kommune ga dispensasjon fra gjeldende reguleringsplans bestemmelser om etasjeantall og tillatelse til oppføring av tomannsbolig. Tiltakshaveren søkte senere om tillatelse til endring av tiltaket. Endringen innebar flytting av tomannsboligen noe lenger sydøst på eiendommen samt et nytt bygg for boder og avfallsrom mellom boligene i ...veien 15 og 17. Naboene, herunder A (som på det tidspunktet bodde i ...veien 15), samtykket i endringstiltaket gjennom underskrift på nabovarselet og kommunen ga tillatelse til endringene. A påklaget imidlertid kommunens

vedtak. Det ble her og i utfyllende klager fra hennes advokat og hennes fullmektig vist til at hun ved igangsetting av byggearbeidene oppdaget at bygget fikk en annen plassering enn hun hadde forutsatt og forventet ut fra den informasjonen og de tegningene hun fikk i forbindelse med nabovarslet. Hun mente blant annet at bygget ble plassert nærmere nabogrensen enn fire meter. Etter en del korrespondanse mellom klageren og kommunen, avviste kommunen klagen med den begrunnelse at A «protesterte ikke på mottatt nabovarsel vedrørende tiltaket» og derfor ikke hadde «den nødvendige rettslige klageinteresse til at klagen kan bli undergitt klagebehandling», jf. forvaltningsloven § 28 første ledd. Fylkesmannen i Østfold stadfestet kommunens avvisning 13. juni 2006.

B klaget, på vegne av A, til ombudsmannen. Klageren anførte bl.a. at pga. høyden på huset er avstandskravet i dette tilfellet 4,4 meter. Det ble også reist spørsmål om avstanden skal måles fra trappen, slik kommunen har lagt til grunn, eller fra husveggen.

Det ble besluttet å undersøke enkelte sider av klagen nærmere og fylkesmannen ble bedt om å svare på enkelte spørsmål. Det ble innledningsvis vist til følgende avsnitt i fylkesmannens vedtak 13. juni 2006:

«Generelt er det ikke tvilsomt at andre enn dem som er parter i byggesaken kan ha en berettiget interesse i å få prøvet saken på nytt. Fylkesmannen har vurdert, men ikke funnet, at det i denne saken er påvist andre forhold som etter en konkret vurdering kan gi klager en slik interesse.»

Fylkesmannen ble bedt om å redegjøre for hvilke forhold det i denne vurderingen var lagt vekt på. Videre ble det spurt om fylkesmannen hadde sett hen til As behov for å få prøvet sine anførsler knyttet blant annet til avstandskravet i plan- og bygningsloven § 70 nr. 2. Deretter ble det vist til at fylkesmannen i vedtaket skrev at «hensynet til forutberegnelighet for søker tilsier at det er lite rimelig om en nabo, som på forhånd har gitt sitt skriftlige samtykke, i etterkant skulle kunne ha krav på en helt fornyet vurdering av saken når tillatelsen er i samsvar med det vedkommende tidligere har samtykket til», og bedt opplyst hva fylkesmannen mente med at naboen i denne saken på forhånd hadde gitt sitt «skriftlige samtykke». Fylkesmannen ble spurt om hva A hadde gitt sitt samtykke til. Fylkesmannen ble også spurt om hun var av den oppfatning at en signatur på et nabovarsel innebærer at man på et senere tidspunkt ikke kan ha rettslig klageinteresse. Til slutt ble fylkesmannen spurt om hun mente det var rimelig å legge tilsynelatende avgjørende vekt på hensynet til forutberegnelighet for tiltakshaveren når det ikke var tatt endelig stilling til om vedtaket ble rettidig påklaget.

Til spørsmålet herfra om hva naboen i denne saken på forhånd hadde gitt sitt samtykke til, svarte fylkesmannen at saken gjaldt endring av byggetillatelse som Fredrikstad kommune ga. Fylkesmannen viste til kvittering for nabovarsel som fulgte endringssøknaden, der det fremgikk at A hadde krysset av i rubrikken «samtykker i tiltak» og påført sin underskrift. Fylkesmannen så det slik at As samtykke innebar at hun ikke hadde innvendinger mot tiltaket og at hun derved forpliktet seg til ikke å komme med innsigelser under byggesaksbehandlingen i kommunen. Hun hadde samtykket til flytting av bygg samt oppføring av boder slik disse endringene var beskrevet i søknadspapirene. Fylkesmannen understreket at tegninger/situasjonskart som fulgte søknaden viste at tiltakets avstand til nabogrensen skulle være fire meter. As samtykke omfattet derfor ikke plassering nærmere enn dette, jf. plan- og bygningsloven § 70 nr. 2 a. Kommunens vedtak innebar heller ikke at det ble gitt noen dispensasjon fra lovens avstandskrav.

Fylkesmannen mente videre at signaturen på nabovarslet har betydning for naboens stilling/status under selve byggesaksbehandlingen, men ikke slik at vedkommende gjennom signaturen frafaller retten til å klage på det endelige vedtak når dette foreligger. Det ble presisert at det i fylkesmannens vedtak bare ble sagt at en unnlattelse av å protestere etter å ha kvittert for mottak av nabovarsel, og et aktivt samtykke ved underskriften, som i denne saken, gjør at man ikke har klagerett i egenskap av å være part i byggesaken. Part er kun den som har påberopt seg en viss tilknytning til saken. Hvorvidt det foreligger rettslig klageinteresse etter at vedtak er fattet, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, selv om den som klager ikke var part i første omgang.

Videre svarte fylkesmannen at det burde ha fremgått klarere av vedtaket hvilke forhold som ble vektlagt i vurderingen av om det forelå rettslig klageinteresse. Fylkesmannen mente at det skal noe mer til for å påberope seg rettslig klageinteresse dersom man som nabo på forhånd har samtykket til tiltaket enn dersom man har kvittert på mottak av varsel. Så lenge endringstillatelsen var i samsvar med søknaden som A ikke hadde innsigelser mot på forhånd, så var det etter fylkesmannens syn vanskelig å se hvilken interesse hun skulle ha i å få prøvet saken på nytt i sin fulle bredde. Dersom kommunens vedtak hadde inneholdt avvik fra det som lå i søknaden, for eksempel ved at det gjennom saksforberedelsen var gjort ytterligere endringer/justeringer eller stilt vilkår, kunne resultatet av vurderingen blitt annerledes. Ved vurderingen av rettslig klageinteresse i forhold til byggevedtaket så fylkesmannen også hen til at klagen i realiteten syntes å gjelde lovligheten av de igangsatte byggearbeidene, ikke kommunens vedtak i seg selv. Anførselene var først og fremst knyttet til at A mente grunn-

muren ble satt opp nærmere enn lovlig avstand fra tomtegrensen og senere til hvordan avstandskravet faktisk skulle beregnes/måles.

Fylkesmannen viste til at det i vedtaket var presisert at A hadde en klar interesse i at tiltaket på nabo-eiendommen var lovlig, herunder at avstandskravet i loven var ivaretatt. Dette hensynet var derfor med i vurderingen av om det forelå rettslig klageinteresse. Hensynet ble ikke utslagsgivende fordi lovens avstandskrav faktisk ikke var behandlet særskilt i kommunens vedtak. Så lenge det ikke var gitt dispensasjon, ville en oppføring nærmere enn det som fremgår av plan- og bygningsloven derfor være i strid med både loven og kommunens vedtak. Fylkesmannen presiserte at det er tiltakshaverens ansvar å utføre tiltaket i henhold til gjeldende regelverk, herunder de gitte tillatelser, og formelt er kontroll av dette noe som hører inn under kommunens kontroll/tilsynsansvar. Slik fylkesmannen så det, hadde kommunen bidratt til å følge opp As anførsler om at det ble bygget for nær nabogrensen.

Fylkesmannen opplyste at argumentet om forutberegnelighet for tiltakshaveren ikke var tillagt avgjørende vekt, selv om hun hadde forståelse for at vedtaket kunne oppfattes slik. Det fylkesmannen hadde ment å gi uttrykk for, var at hensynet til tiltakshaveren er eksempel på en type rimelighetshensyn som støtter opp om den tolkning som var lagt til grunn for konklusjonen. Tolkningen går ut på at en nabo, som på forhånd har gitt sitt skriftlige samtykke, ikke har krav på en helt ny vurdering av saken når tillatelsen er i samsvar med det vedkommende har samtykket til. Generelt vil hensynet ha større vekt jo lenger tid som er gått etter at vedtaket er fattet, frem til den absolutte tremånedersfristen i forvaltningsloven § 29 annet ledd siste punktum. Så lenge hensynet til tiltakshaveren ikke var avgjørende for konklusjonen, fant ikke fylkesmannen det nødvendig å ta stilling til om klagen var rettidig.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av forvaltningsloven § 28 første ledd at enkeltvedtak kan påklages av den som har vært part i saken og av andre med rettslig klageinteresse. Klagerett betinger en tilknytning til den saken vedtaket gjelder. I byggesaker vil alle som har søkt om byggetillatelse og/eller dispensasjon fra plan- og bygningslovgivningen kunne påklage vedtaket i egenskap av å være part i saken. Videre er det klart at nabointeresser kan gi klagerett. Det følger av plan- og bygningsloven § 94 nr. 3 at naboer og gjenboere skal varsles ved byggesaksbehandling, se også § 7 tredje ledd for så vidt gjelder dispensasjonssaker. Etter § 95 nr. 6 skal naboer, gjenboere og andre som har protestert underrettes om vedtaket.

Klagerett er imidlertid ikke betinget av partsstatus. Dersom vedtaket vil kunne påvirke naboens interesser direkte eller indirekte, må det vurderes om vedkommende har *rettslig klageinteresse* og dermed får partsstilling under klagebehandlingen.

Fylkesmannen har lagt til grunn at A ikke var part i saken, et standpunkt jeg ikke har innvendinger mot. Spørsmålet er imidlertid om hun hadde rettslig klageinteresse. Det må vurderes om det forelå en aktuell interesse og om hun hadde en tilstrekkelig grad av tilknytning og nærhet til saken. Dette vil bero på en konkret vurdering av om hun ble berørt av vedtaket og om vedtaket hadde faktiske virkninger for henne. Tradisjonelt har man i praksis vært nokså liberal med hensyn til hvilke interesser som i plan- og bygningslovgivningen kan gi klagerett.

Det aktuelle vedtaket, endringstillatelsen, innebærer at tomannsboligen ble flyttet nærmere As eiendom. Hun har hevdet at flyttingen medførte at huset kom så nær hennes tomtengrense at det kom i konflikt med avstandskravet i plan- og bygningsloven. Det er derfor nokså klart at hun hadde et reelt behov for å få avklart spørsmål knyttet til denne anførselen, herunder til spørsmålet om avstanden skulle måles fra trappen eller husveggen. Spørsmålet er om det er riktig, slik kommunen og også fylkesmannen synes å ha lagt til grunn i klagevedtaket, at As samtykke gjennom signatur på nabovarslet, medførte at hun «mistet» en rettslig klageinteresse hun ellers ville hatt.

Det at en nabo signerer på nabovarslet, og ikke protesterer på tiltaket, kan etter min mening ikke bety at vedkommende mistet enhver mulighet til senere å påklage vedtaket. En signatur på et nabovarsel innebærer en bekreftelse på at informasjon om tiltaket er mottatt, men det kan ikke innebære at naboen har samtykket i ethvert forhold som knytter seg til tiltaket. Signatur kan for eksempel ikke innebære at naboen har akseptert at det bygges nærmere enn fire meter fra nabogrensen. Slikt samtykke må fremgå skriftlig og tydelig. Jeg forstår det slik at fylkesmannen er enig i at det i dette tilfellet ikke er gitt et slikt samtykke.

At en signatur på et nabovarsel ikke kan innebære en aksept av alle sider av tiltaket, må også følge av at man ikke alltid har full oversikt over tiltaket på tidspunktet for signering. Det står i plan- og bygningsloven § 94 nr. 3 at naboene skal varsles, men ikke hvorvidt man som nabo har krav på å få se tegninger mv. En slik rett følger heller ikke av SAK (Forskrift om saksbehandling og kontroll i byggesaker). Det står imidlertid i SAK § 16 nr. 3 at «nabovarsel skal inneholde tilstrekkelige opplysninger til at naboer eller gjenboere kan vurdere om tiltaket berører deres interesser». Det er likevel lett å tenke seg situasjoner der en nabo har signert uten å ha full oversikt over prosjektet, og i ettertid likevel ønsker å klage. Saken her

er nettopp et eksempel på dette, jf. As påstander om at hun sammen med nabovarselet fikk seg forelagt mangelfulle eller misvisende tegninger.

Det skal mer til for å påberope seg rettslig klageinteresse for en nabo som på nabovarselet har krysset av for «samtykker i tiltak» enn for en nabo som kun har kvittert for mottak av varsel. Videre må det kunne sees hen til om anførselene i realiteten gjelder *lovligheten* av de igangsatte arbeidene. Forutsetningen må da være at det er rimelig klart at anførselene faktisk er påstander om ulovligheter og at henvendelsen følges opp som dette. I denne saken kan det reises spørsmål om As klage, som senere ble utdypet av hennes advokat og fullmektigen, ikke bare kunne sees som anførsler om at byggearbeidene ikke var i samsvar med byggetillatelsen, men om at det var gitt en byggetillatelse i strid med avstandskravet i plan- og bygningsloven uten at det var dispensert fra dette.

Avgjørende for konklusjonen vil, slik jeg ser det, være om henvendelsen er av en slik karakter at det er rimelig at den prøves. Det må spørres om avgjørelsen er av en slik karakter at klagerett bør innrømmes. Hensynet til partenes rettssikkerhet vil måtte tillegges vesentlig vekt. Jeg er kommet til at det ville ha vært rimelig om A fikk prøvet sine anførsler i en klagesak. Hun hadde den nødvendige rettslige klageinteresse.»

74.

Oppreisning for oversittelse av klagefrist i byggesak

(Sak 2006/2066)

På bakgrunn av en klage fra Fylkesmannen i Hordaland, valgte Fylkesmannen i Sogn og Fjordane å omgjøre Bergen kommunes vedtak om dispensasjon fra plankrav i kommuneplanens arealdel for oppføring av kai med badehus. Grunneieren klaget til ombudsmannen og fremholdt at klagefristen var oversittet samtidig som det ble stilt spørsmål om vilkårene for fristoppreisning etter forvaltningsloven § 31 var oppfylt.

Ombudsmannen kom til at klagefristen etter fvl. § 29 var oversittet i og med at det hadde gått fem og en halv måned fra vedtaket ble fattet til fylkesmannen klaget. Han stilte seg tvilende til at det forelå «særlige grunner» som gjorde det rimelig at klagen ble prøvd, jf. fvl. § 31 første ledd bokstav b. Det ble videre påpekt at fylkesmannen ikke syntes å ha tatt tilstrekkelig hensyn til tiltakshaverens berettigede forventninger om å få bygge.

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane foretok deretter en ny vurdering og kom til at klagen fra Fylkesmannen i Hordaland burde vært avvist. Det tidligere omgjøringsvedtaket ble opphevet.

Grunneier ønsket å bygge om den eksisterende adkomstbryggen og sendte dispensasjonssøknad til kommunen. Dispensasjonssøknaden ble først avslått 28. april 2003, men etter at tiltaket var redusert i omfang ga Komité for miljø og byutvikling i møte 29. september 2005 dispensasjon.

Fagetaten ga i vedtak 13. februar 2006 tillatelse i ett trinn på vilkår. Vedtaket ble i brev 9. mars 2006 påklaget av Fylkesmannen i Hordaland. Klagen ble ikke tatt til følge og Fylkesmannen i Sogn og Fjordane ble oppnevnt som settefylkesmann.

Settefylkesmannen omgjorde i vedtak 26. juni 2006 kommunens vedtak 13. februar 2006 «slik at det ikke blir gitt dispensasjon» fra gjeldende plankrav i kommuneplanens arealdel for oppføring av adkomstbrygge og badehus.

A brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble fremholdt at klagen fra fylkesmannen burde vært avvist fordi klagefristen var oversittet.

Etter foreleggelse herfra redegjorde Fylkesmannen i Sogn og Fjordane for flere forhold i saken som ble kommentert av klagerne. Partene har deretter kommet med ytterligere merknader.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Spørsmålet er om klagefristen i forvaltningsloven (fvl.) § 29 var oversittet og at saken derfor skulle vært avvist.

Det er dispensasjonsvedtaket 29. september 2005, og ikke rammetillatelsen 13. februar 2006, som ble påklaget av Fylkesmannen i Hordaland. Det betyr at spørsmålet om klagefristen er oversittet må vurderes i forhold til dispensasjonsvedtaket.

Fvl. § 29 lyder:

«Fristen for å klage er 3 uker fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part. Skjer underretningen ved offentlig kunngjøring, begynner klagefristen å løpe fra den dag vedtaket første gang ble kunngjort.

For den som ikke har mottatt underretning om vedtaket, løper fristen fra det tidspunkt han har fått eller burde ha skaffet sig kjennskap til vedtaket. Ved vedtak som går ut på å tilstå noen en rettighet, skal klagefristen for andre likevel senest løpe ut når det er gått 3 måneder fra det tidspunkt vedtaket ble truffet.

Har en part krevet å få oppgitt begrunnelsen for vedtaket etter § 24 annet ledd, avbrytes klagefristen. Ny klagefrist tar til å løpe fra det tidspunkt meddelelse om begrunnelse er kommet frem til ham eller han på annen måte er gjort kjent med den.

Vedkommende underinstans eller klageinstans kan i særlige tilfelle forlenge klagefristen før denne er utløpet.»

Slik bestemmelsen er utformet, varierer beregningen av klagefristen etter fvl. § 29 avhengig av om

den klageberettigede er gitt underretning om vedtaket eller ikke.

Dersom underretning er gitt, bestemmer fvl. § 29 første ledd at klagefristen beregnes fra tidspunktet for underretning. Selv om fvl. § 29 første ledd etter ordlyden relaterer seg til sakens parter, må det ut fra sammenhengen være på det rene at bestemmelsen gjelder for sakens klageberettigede.

Dersom underretning ikke er gitt, beregnes klagefristen i hht fvl. § 29 andre ledd første punktum fra det tidspunktet den klageberettigede har fått eller burde skaffet seg kjennskap til vedtaket.

Det er naturlig å se bestemmelsen i sammenheng med varslingsberettigede etter fvl. § 27 og god forvaltningsskikk for øvrig. I en klagesak skal også den som har rettslig klageinteresse og som har opptrådt som part, varsles, jf. f.eks. Jan Fridtjof Bernt, Kommentarer til forvaltningsloven, Rettsdata note 609 til fvl. § 27.

Det følger ikke noen direkte plikt av fvl. § 27 til å varsle den som uten å være part i førsteinstansvedtaket likevel har klagerett over det. Det er imidlertid lagt til grunn at en varslingsplikt kan forankres i det alminnelige prinsippet om god forvaltningsskikk, særlig i forhold til offentlige organer med klagerett. For planmyndighetenes vedkommende er en slik varslingsplikt nedfelt i forvaltningsinterne retningslinjer. Fra Veileder til Kommuneplanens arealdel (revidert utgave per 01.11.2001), pkt 6.3 (på s. 88), erstattet ved veileder – plan og kart etter plan- og bygningsloven, publisert 21. november 2006, hitsettes:

«Når statlige sektororganer eller fylkeskommunen har uttalt seg og hatt merknader, har de også krav på underretning om vedtaket slik at de eventuelt kan nytte klageretten.»

Fylkesmannen i Hordaland kom i høringsrunden med innsigelser til tiltaket, jf redegjørelsen for sakens faktum ovenfor. De frarådet der at det ble gitt dispensasjon fra plankravet. Med andre ord skulle Fylkesmannen i Hordaland som utgangspunkt ha blitt underrettet om vedtaket.

Det sentrale spørsmålet er da om Fylkesmannen i Hordaland har blitt underrettet om vedtaket og når.

Etter det opplyste fikk Fylkesmannen i Hordaland kjennskap til dispensasjonsvedtaket først ved brev 13. februar 2006, mottatt 16. februar 2006, om at byggetillatelse var innvilget.

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane har i brevet hit 12. mars 2007 opplyst at det først ble lagt til grunn at klagen fra Fylkesmannen i Hordaland var rettidig etter fvl. § 29 første ledd.

Etter en fornyet vurdering, har settefylkesmannen lagt til grunn at klagefristen skal regnes etter fvl. § 29 annet ledd. Avgjørende for dette standpunktet er at Fylkesmannen i Sogn og Fjordane etter den forny-

ede vurderingen har kommet til at Fylkesmannen i Hordaland aldri hadde fått underretning om dispensasjonsvedtaket i henhold til fvl. § 27. Det vises til settefylkesmannens redegjørelse gjengitt ovenfor. Slik saken er opplyst, er det ikke grunn til å kritisere fylkesmannens rettslige vurdering på dette punktet.

Klagefristens løp må etter dette vurderes i hht fvl. § 29 annet ledd. Etter fvl. § 29 annet ledd annet punktum gjelder det, der hvor det er tale om begunstigende vedtak, en absolutt klagefrist på tre måneder regnet fra vedtaket ble truffet for klageberettigede som ikke er begunstiget ved vedtaket. Det må derfor først vurderes om den absolutte klagefristen på tre måneder er overholdt i dette tilfellet.

Det må uten videre kunne konstateres at tremånedersfristen i fvl. § 29 annet ledd er overskredet i denne saken. Det er på det rene at klagen først ble fremsatt fem og en halv måned etter at Komité for miljø og byutvikling traff vedtak om å gi dispensasjon 29. september 2005.

Det neste spørsmålet er da om oppreisning for fristoversittelsen kan gis i medhold av fvl. § 31.

Fvl. § 31 lyder:

«Selv om klageren har oversittet klagefristen, kan klagen tas under behandling såfram

- a) parten eller hans fullmektig ikke kan lastes for å ha oversittet fristen eller for å ha drøyd med klage etterpå, eller
- b) det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.

Ved vurderingen av om klagen bør tas opp til behandling, skal det også legges vekt på om endring av vedtaket kan medføre skade eller ulempe for andre.

Klagen kan ikke tas under behandling som klagesak dersom det er gått mer enn ett år siden vedtaket ble truffet.»

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane synes å ha lagt til grunn at fvl. § 31 første ledd bokstav a ikke kommer til anvendelse i nærværende sak. Selv om Fylkesmannen i Sogn og Fjordane har vist til at Fylkesmannen i Hordaland ikke kan lastes for å ha overskredet selve tremånedersfristen, er det likevel lagt til grunn at fylkesmannen burde ha klaget straks han fikk vite om dispensasjonsvedtaket. I dette tilfellet er det opplyst at det gikk nærmere fem måneder før fylkesmannen fikk vite at Komité for miljø og byutvikling hadde innvilget dispensasjon, men at klage likevel først ble fremsatt etter ytterligere en halv måned.

Det er ikke grunn til å kritisere settefylkesmannens vurdering på dette punktet. Det vises i denne forbindelse til sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2001 på side 69 (Somb-2001-2), hvor det uttales at «klagefristreglene i forhold til det offentlige bør forstås og anvendes slik at forvaltningen får en oppfordring om og en tilskyndelse til å følge opp og

handle raskt dersom det er tale om å endre til ugunst positive vedtak.»

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane har vist til fvl. § 31 første ledd bokstav b som relevant hjemmelsgrunnlag. Etter denne bestemmelsen kan klagen tas til behandling selv om klagefristen er oversittet, forutsatt at det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.

Oppreisningsadgangen etter fvl. § 31 første ledd bokstav b er ikke kurant. Som nevnt ovenfor, burde fylkesmannen ha klaget straks han fikk vite om dispensasjonsvedtaket. Oppreisning kan likevel gis dersom saken er av særskilt stor betydning for fylkesmannen. Tilsvarende vil oppreisning kunne være aktuelt dersom saken reiser prinsippsspørsmål. I litteraturen har det vært anført at dette vil være aktuelt hvor klagen ikke bare angår skjønnsutøvelsen, men også rettsanvendelsen, jf. for eksempel Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (4. utgave, 2006) s. 499.

I dette konkrete tilfellet har settefylkesmannen ikke vist til selve vedtaket og det materielle grunnlaget som dette bygger på. Derimot er det lagt vekt på brudd på prosessuelle regler.

Som «særlig grunn» har settefylkesmannen her vist til at det er en grov saksbehandlingsfeil at fylkesmannen som sektormyndighet med lovbestemt klagerett ikke ble underrettet før klagefristen var utløpt. Det vises i denne sammenheng til ovennevnte redegjørelse fra settefylkesmannen vedrørende hensynet til at det ikke utvikler seg en praksis der kommunene ikke orienterer fylkesmennene.

Av redegjørelsen ovenfor, fremgår det at Bergen kommune hadde plikt til å varsle Fylkesmannen i Hordaland om vedtaket. Ved vurderingen av om oppreisning skal gis, må det kunne vektlegges at dette ikke ble gjort.

Varslingsplikten følger imidlertid av forvaltningsinterne retningslinjer. At brudd på slike interne retningslinjer skal kunne påberopes til skade for private parter, er ikke uten videre gitt. Dette må gjelde desto mer der det er truffet positive vedtak som er egnet til å gi en part berettigede forventninger, og det går lang tid fra vedtaket treffes til omgjøring blir aktuelt.

Forvaltningen må som alminnelig utgangspunkt selv sørge for at det er innført gode rutiner, og det synes lite rimelig at borgere skal måtte «være skadelidte» i saker som dette der fylkesmannen ved en tilfeldighet likevel får kunnskap om kommunens vedtak.

I betraktning av den tiden som er gått fra vedtaket ble truffet til det ble klart at det ble påklaget, må det i utgangspunktet være uten betydning hvor i forvaltningen feilen ligger, jf Somb-2001-2 (på s. 71).

Slik saken er opplyst, kan jeg imidlertid vanskelig se at det ikke kan hevdes at også Fylkesmannen i Hordaland, i det minste til en viss grad, kan lastes for den forsinkede klagen. Fylkesmannen i Sogn og Fjordane tilskrev 7. november 2006 Fylkesmannen i Hordaland. I brevet ble det vist til 12 saker hvor Fylkesmannen i Hordaland har klaget over vedtak etter utløpet av klagefristen, og hvor årsaken etter det opplyste er at kommunen ikke hadde underrettet fylkesmannen om vedtaket før klagefristen var ute. Samtlige av de for sent påklagede vedtakene skriver seg fra årene 2005 og 2006. Under henvisning til sine erfaringer som settefylkesmann for Fylkesmannen i Hordaland, har Fylkesmannen i Sogn og Fjordane gitt uttrykk for bekymring over at Bergen kommune tilsynelatende ikke har prosedyrer som sikrer at fylkesmannen får rettidig underretning. Det blir videre vist til at Fylkesmannen i Hordaland er nærmest til å ta dette problemet opp med kommunen. Slik saken er opplyst, foreligger det ingen opplysninger om hvorvidt Fylkesmannen i Hordaland, så vel forut for som etter settefylkesmannens brev til Fylkesmannen i Hordaland 7. november 2006, har forsøkt å rette opp kommunens dårlige rutiner. Jeg ber om at dette blir gjort.

I lys av det ovennevnte, er det er grunn til å stille spørsmål ved hvor langt hensynet til at det ikke utvikler seg en praksis der kommunene ikke orienterer fylkesmennene rekker i et tilfelle som dette. Det synes ikke uten videre rimelig å endre et begunstigende vedtak fordi kommunen ikke har gode nok varslingsrutiner, særlig når fylkesmannen ikke synes å ha tatt opp dette problemet med kommunen. Et ytterligere moment i denne sammenhengen er at fylkesmannen, når denne først fikk kunnskap om vedtaket, ikke umiddelbart søkte å bryte tiltakshaverens forventninger.

Under enhver omstendighet må det, i hht fvl. § 31 andre ledd, ved vurderingen av om oppreisning skal gis, foretas en avveining mellom fylkesmannens oppgave som klageorgan der nasjonale interesser blir berørt, og hensynet til borgernes behov for å kunne innrette seg etter positive vedtak.

Jeg stiller meg tvilende til at fylkesmannen kan akseptere at det gis oppreisning i saker som denne når det er tale om et såpass langt tidsforløp, ut fra den begrunnelse at praksisen til Bergen kommune er uheldig. I denne sammenhengen er det unødvendig å ta stilling til hvorvidt denne praksisen er omfattende eller ikke.

Det vises i denne forbindelse på ny til sak inntatt i årsmeldingen for 2001 s. 69, hvor det, under henvisning til at det ved oppreisningsvurderingen skal tas tilbørlig hensyn til den eller de en endring av vedtaket kan være til skade eller ulempe for, legges til grunn at «det må kreves mer med hensyn til de grun-

ner som taler for oppreisning i tilfeller der det for eksempel går svært lang tid fra et positivt vedtak er truffet til det gis tilbakemelding om at vedtaket er påklaget». I ovennevnte sak gikk det omtrent tre og en halv måned fra melding om byggetillatelse ble gitt til det ble klart at vedtaket ble påklaget. I nærværende sak, hvor det har gått fem og en halv måned fra vedtak ble fattet til klage ble inngitt, må dette gjelde desto mer.

Under enhver omstendighet kan det synes som om settefylkesmannen, i strid med fvl. § 31 andre ledd, ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til tiltakshaverens berettigede forventninger om å få bygge omsøkte brygge med badehus samt tidsforløpet i vurderingen av om oppreisning skal gis. Det vises i denne forbindelse til ovennevnte sak fra meldingen, hvor det (på s. 71) nettopp ble lagt vekt på at det ved vurderingen av om oppreisning skulle gis ble tatt for lite hensyn til den berettigede forventningen byggetillatelsen innebar for klagerne, særskilt sett i sammenheng med det lange tidsforløpet fra vedtak om byggetillatelse ble truffet til klage ble mottatt hos kommunen.

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane har i hovedsak vist til at fylkesmannen i rollen som sektormyndighet skal ivareta nasjonale interesser, og anførte at dette vil veie tyngre enn interessene til en privat part. Under henvisning til vedtaket i saken, har fylkesmannen opplyst at man har vurdert det slik at sektorinteressene må veie tyngre enn klagerne. Det kan imidlertid ikke ses at fylkesmannen rent faktisk har foretatt en konkret vurdering av klagers interesser.

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane har vist til at tiltakshaverne ikke har kunnet innrette seg ettersom de ved vedtaket til Komité for miljø og byutvikling 29. september 2005 kun har fått dispensasjon fra plankravet i kommuneplanens arealdel, men ikke byggetillatelse.

Under henvisning til at byggetillatelse er en forutsetning for bygging etter plbl. § 93, er det anført at tiltakshaveren ikke kan innrette seg før klagefristen er utløpt uten at noen har klaget. Dersom tiltakshaverne likevel iverksetter tiltak før byggetillatelse er gitt og klagefristen er utløpt, skjer dette ifølge Fylkesmannen i Sogn og Fjordane for tiltakshavernes egen risiko. Det er vanskelig å følge fylkesmannens resonnering her.

Det er søkt om og innvilget dispensasjon fra plankrav i kommuneplanens arealdel til flytting/endring/oppføring av en konkret kai med badehus. I Komité for miljø og byutviklings vedtak 29. september 2005, jf. byggetillatelsen 13. februar 2006, er det vist til tiltakshaverens forpliktende brev med 4 endringspunkter. Det omsøkte tiltaket ble av komiteen vurdert som «en mindre tilpasning av det allerede eksisterende kaianlegget».

Dispensasjonsvedtaket er et enkeltvedtak som ga klagerne positive rettigheter. Klagerne er gitt unntak

fra plikten til å utarbeide plan, og i forbindelse med dispensasjonsvurderingen, er selve tiltaket vurdert.

I utgangspunktet har søkeren et rettskrav på å få innvilget en søknad om byggetillatelse, i den utstrekning tiltaket er i samsvar med plan- og bygningslovgivningen, se f.eks. Odd Jarl Pedersen m.fl. (Universitetsforlaget, 2000), Plan- og bygningsrett s. 196.

Ettersom selve tiltakets utforming og omfang er vurdert i forbindelse med selve dispensasjonsvedtaket og det er satt vilkår vedrørende nettopp dette som forutsetning for vedtaket, må klagerne sies å ha fått berettigede rettslige forventninger om at byggetillatelse ville bli gitt så langt tiltaket tilfredstilte vanlige tekniske krav, herunder avstandskrav m.v. Byggetillatelse ble da også gitt i tråd med forventningene.

Det er under enhver omstendighet grunn til å utvise forsiktighet med å akseptere oppreisninger ved positive vedtak der tidsforløpet er av en slik lengde som her. Dette må gjelde desto mer når det er gitt byggetillatelse i etterkant av det vedtaket som er gjenstand for klagebehandling.

Fylkesmannen bes på denne bakgrunn om å vurdere saken på nytt.

I denne forbindelse har jeg merket meg at settefylkesmannen har anført at fylkesmannen som klageinstans kan vurdere omgjøring etter fvl. § 35 andre ledd, jf. første ledd bokstav c, der det ikke er hjemmel for å gi fristoppreisning etter fvl. § 31.

Selv om jeg ikke kan foregripe en slik vurdering, finner jeg likevel grunn til å uttrykke min tvil i forhold til hva som skulle være grunnlaget for omgjøring i denne saken.

Omgjøring etter fvl. § 35 andre ledd, jf. første ledd bokstav c, er aktuelt først dersom et vedtak er å anse som ugyldig.

Etter plbl. § 7 tredje ledd har kommunen plikt til å innhente fylkesmannens uttalelse før dispensasjon gis. Kommunen plikter ikke å treffe vedtak i samsvar med fylkesmannens uttalelse. I dette tilfellet har Fylkesmannen i Hordaland både hatt anledning til å uttale seg og rent faktisk uttalt seg i saken.

Slik jeg forstår settefylkesmannen, er det eventuelt det forhold at kommunen ikke har sendt fylkesmannen skriftlig underretning om vedtaket, med opplysning om klageadgang og klagefrist, som skulle kunne medføre at vedtaket er å anse som ugyldig.

Jeg finner grunn til å påpeke at slik manglende underretning ikke automatisk kan medføre ugyldighet. Vedtakets gyldighet vil måtte bero på en konkret vurdering etter fvl. § 41. Slik jeg ser det, vil flere momenter som står sentralt ved oppreisningsvurderingen etter fvl. § 31 andre ledd, nødvendigvis også måtte hensyntas ved en vurdering etter fvl. § 41.

Selv om det etter fvl. § 35 ikke oppstilles noen tidsfrist for omgjøringsadgangen, vil tidsmomentet ha betydning ved selve ugyldighetsvurderingen etter

fvl. § 41. Ved ugyldighetsvurderingen må det nødvendigvis ses hen til de berettigede forventinger hos klagerne som følger av dispensasjonsvedtaket sett i forhold til den tid som er gått fra vedtaket ble truffet og til omgjøring eventuelt finner sted.

Videre må det tas hensyn til hva feilen, som etter fylkesmannens oppfatning kan tilsi ugyldighet, skyldes. I det foreliggende tilfellet synes feilen å skyldes administrative forhold. Det vises i denne forbindelse til det som, i tilknytning til drøftelsen av klagefrist etter fvl. § 29 og oppreisningsadgang etter fvl. § 31 ovenfor, er sagt om varslingsplikt og medansvar for etablering av nødvendige rutiner.

Klageren har anført at det foreligger usaklig forskjellsbehandling. I lys av overnevnte er det ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på denne anførselen.

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

Etter en fornyet vurdering kom fylkesmannen til at klagen fra Fylkesmannen i Hordaland burde vært avvist og at det ikke var hjemmel for å gi fristoppreisning. Vedtaket 26. juni 2006 ble opphevet med hjemmel i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c.

75.

Manglende behandling av byggesøknad i påvente av vedtak om midlertidig dele- og byggeforbud

(Sak 2007/2067)

Saken gjelder manglende behandling av søknad om utbygging av en eiendom i Nordstrandskråningen i Oslo kommune i påvente av et midlertidig dele- og byggeforbud etter plan- og bygningsloven (plbl.) § 33. Den aktuelle søknaden var, til tross for at den ble innsendt for mer enn to år siden, ikke avgjort. Det tok i første omgang ni måneder før søknaden ble fordelt til saksbehandler. Fra slutten av april 2007 ble søknaden liggende ubehandlet i påvente av et forbud som fortsatt ikke var nedlagt. Kommunen kunne heller ikke med sikkerhet si om eller når forbud ville bli nedlagt.

Ombudsmannen uttalte at plbl. § 33 ikke gir kommunen rett til å utsette behandlingen av søknaden i så lang tid, og ba kommunen om å vurdere hvordan den uretten som var begått mot klageren kunne rettes opp.

A søkte i begynnelsen av juli 2006 om rammetillatelse for oppføring av tomannsbolig på gnr ... bnr ... i Oslo kommune. Eiendommen omfattes av reguleringsplan for Nordstrandskråningen. Plan- og bygningsetaten informerte i brev 27. mars 2007 til A om at etaten vurderte det omsøkte tiltaket til å overskride tillatt utnyttingsgrad (BYA). Det ble opplyst at bestemmelsene om tidsfrister og gebyrreduksjon etter §

23 i forskrift om saksbehandling og kontroll i byggesaker (SAK) derfor ikke kom til anvendelse. Videre ble det avholdt et møte med ansvarlig søker 11. april 2007. Revidert søknad ble mottatt 26. april 2007.

Byråden for byutvikling, Merete Agerbak-Jensen, ba i brev 27. april 2007 plan- og bygningsetaten om å igangsette arbeid med å nedlegge et midlertidig dele- og byggeforbud i påvente av omregulering med sikte på et sterkere vern av Nordstrandskråningen. Det fremgår av brevet at byråden etter en nærmere vurdering, dels basert på reaksjoner fra lokalmiljøet, ville se nærmere på reguleringsplanens bestemmelser. Dette gjaldt særlig «muligheten til å sikre at grønnstrukturen bevares, at terrenginngrep minimaliseres og eksisterende vegetasjon bevares, i forhold til det overordnede mål å bevare skråningens fjernvirkning og opprettholde preget av frittstående småhus i en grønn skråning». Plan- og bygningsetaten ble bedt om å varsle og forberede sak om dele- og byggeforbud overfor aktuelle søknader som innkommer/ligger til behandling i plan- og bygningsetaten, med sikte på omregulering for et sterkere vern av Nordstrandskråningen. Etaten ble også bedt om å vurdere om forbudet burde omfatte hele planområdet.

A henvendte seg til byråden i e-post 31. mai 2007. Byråden svarte i e-post 28. juni 2007 at det ut fra det skisserte grunnlaget for dele- og byggeforbudet var vanskelig å gi noe generelt klarsignal om at alle søknader om ene- og tomannsboliger skulle unntas. Hun opplyste at hvilke tiltak som skulle omfattes ville inngå i den videre saksforberedelsen der også den enkelte grunneier ville få anledning til å komme med synspunkter.

A klaget i brev 1. november 2007 til ombudsmannen. Han opplyste at nabovarsel ble sendt i mai 2006 og at rammesøknaden ble sendt inn 1. juli 2006. Prosjektet innebar ikke noen dispensasjonssøknader og det forelå ikke naboklager. A mente at han med normal saksbehandlingstid skulle fått rammetillatelse innen 1. oktober 2006, men opplyste at han på grunn av «ekstreme forsinkelser» i plan- og bygningsetaten ikke fikk tildelt saksbehandler før i slutten av mars 2007. Saksbehandleren hadde vært positiv til søknaden og signalisert at det kun var «et par bagatellmessige mangler» som måtte rettes opp før rammetillatelse kunne gis, anslagsvis i midten av april. A opplyste at han i april 2007 leste i Aftenposten at byråden for byutvikling ville vurdere midlertidig bygge- og deleforbud i Nordstrandskråningen fordi flere eiendomsutviklere hadde kjøpt opp gamle eneboliger med store tomter i Solveien for så å rive disse og sette opp miniblokker. A hevdet at han ikke fikk noen som helst informasjon fra plan- og bygningsetaten, men at han selv hadde «brukt svært mye tid på å få både ansvarlige personer i Plan- og bygningsetaten og Agerbak-Jensen i tale». En avdelings-

direktør i plan- og bygningsetaten hadde ifølge klageren flere ganger understreket at etaten var positiv til den omsøkte tomannsboligen, men at søknaden ikke kunne ferdigbehandles før de eventuelt fikk klarsignal fra byråden. Byråden skulle ha opplyst at «alle byggeprosjekter som ikke var godkjent den 12. april må vente på ubestemt tid» samt at ene- og tomannsboliger ikke kunne unntas fra forberedelsene til forbudet. A fremholdt at «det her er begått brudd på god forvaltningsskikk og dermed urett mot oss pga. treg saksbehandling og sviktende kommunikasjon/informasjon». Han ba ombudsmannen vurdere om han var utsatt for urett og om plan- og bygningsetaten burde ferdigbehandle søknaden.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere med Oslo kommune, byrådsavdeling for byutvikling. I brev 3. januar 2008 ble det vist til plbl. § 33, der det fremgår at det faste utvalg for plansaker kan nedlegge midlertidig forbud mot deling og byggearbeid dersom det finner at et område bør reguleres eller omreguleres og spurt om det var truffet vedtak om dette. Byrådsavdelingen ble spurt om det var rettslig holdbart å la en søknad ligge ubehandlet over så lang tid i påvente av et eventuelt midlertidig forbud. Det ble videre spurt om det ikke faktisk må nedlegges forbud dersom søknaden ikke skal behandles.

Byrådsavdeling for byutvikling svarte i brev 23. januar 2008 vedlagt kopi av udatert uttalelse (notat) fra plan- og bygningsetaten. Fra byrådsavdelingens brev siteres:

«Som det fremgår av etatens brev, har det pågått avklaringer med hensyn til rammene for det forslag til midlertidig dele- og byggeforbud som skal forberedes. Vedlagt etatens brev følger kopi av brev av 16.10.2007 fra byrådsavdeling for byutvikling hvor Plan- og bygningsetaten gis nærmere rammer. På dette tidspunkt ble lagt til grunn at forslaget til forbud skulle omfatte eiendommer i gjeldende reguleringsplans A- og B-områder. Vi kan opplyse at det også etter dette tidspunkt ble foretatt ytterligere nye vurderinger, som resulterte i at et forslag nå utarbeides for planens A-områder. Vi vedlegger i denne sammenheng til orientering kopi av notat nr. 227/2007 av 03.01.2008 fra byråd Merete Agerbak-Jensen til byutviklingskomiteen, hvor det gis en orientering om status for arbeidet med forslaget om midlertidig dele- og byggeforbud, herunder med henvisning til Plan- og bygningsetatens orientering om status i saken i brev av 11.12.2007, vedlagt notatet.

For øvrig viser vi til Plan- og bygningsetatens orientering vedrørende forholdet til den konkrete byggesaken i Eiendommen inngår i det forslag til dele- og byggeforbud som nå forberedes, og det tas sikte på å kunne fremme forslaget til politisk behandling så snart som mulig.»

Fra plan- og bygningsetatens notat siteres:

«Varsel om forslag til midlertidig forbud mot deling og byggearbeid innenfor A-områdene i reguleringsplanene for Nordstrandskråningen, delområde Fiskevoll-Ljan, vedtatt 29.05.2002 (S-3902) og delområde Ljan - Bekkelaget, vedtatt 22.09.2004 (S-4108), ble sendt 18.12.2007. Frist for uttalelse er satt til 18.01.2008. Saken forventes oversendt til politisk behandling i 1. kvartal 2008.

Saken er komplisert, og det har vært behov for flere avklaringer før varsel kunne sendes ut 18.12.2007. Prosessen med et bygge- og deleforbud ble startet våren 2007. Forut for dette har det vært debatt i pressen om praktiseringen gjeldende regulering i Nordstrandskråningen. I brev av 27.04.2007 ba byrådsavdelingen om at Plan- og bygningsetaten igangsatte arbeid med midlertidig bygge- og deleforbud. Etaten ble i den forbindelse anmodet om å vurdere om forbudet burde omfatte hele planområdet. Videre har det pågått en prosess i løpet av sommeren og høsten for å avklare rammene for midlertidig bygge- og deleforbud, se brev fra byrådsavdelingen, datert 16.10.2007.

Byggesaken i ... ble mottatt 28.06.2006. På grunn av rekordhøyt mottak av søknader og meldinger opplevde etaten en betydelig økning i arbeidsmengden. Samtidig ble en rekke av etatens ansatte rekruttert til stillinger i bygge- og anleggsbransjen hvor behovet for særlig kvalifisert arbeidskraft var særlig høyt. Dette innebar både en restanseøkning og at de lovpålagte fristene i byggesaken ble overskredet. Etaten har imidlertid tidligere redegjort for Sivilombudmannen for hvilke tiltak som er iverksatt for å redusere saksbehandlingstiden.

Den aktuelle byggesaken ble tatt til behandling den 27.03.2007 da det ble utsendt mangelsbrev. Fordi det omsøkte tiltak var i strid med reguleringsplan (regulert grad av utnyttning) ble det opplyst om at bestemmelsene om tidsfrister og gebyrreduksjon i saksbehandlingsforskriften § 23 ikke kom til anvendelse. Det ble videre avholdt et møte med ansvarlig søker 11.04.2007, samt sendt et møtereferat 18.04.2007. Revidert søknad ble mottatt 26.04.2007 hvor det opplyses at tiltaket nå ligger innenfor regulert grad av utnyttning. Tiltakshaver (med kopi til ansvarlig søker) ble orientert i brev av 28.06.2007 fra byrådsavdelingen om at eiendommen vil bli vurdert i forbindelse med forslag til midlertidig bygge- og deleforbud. Etter dette har saken ligget i bero i påvente av forslag til midlertidig dele- og byggeforbud blir vedtatt.

Utgangspunktet er at en søknad skal behandles innenfor de lovpålagte frister, jf. SAK § 23 nr. 1 bokstav d). Kommunen kan imidlertid forlenge fristen der tiltaket er særlig komplisert, krever ekstra politisk avklaring, eller tillatelse eller samtykke (vedtak) fra andre myndigheter etter pbl. § 95 nr. 3^o. Ny frist skal meddeles tiltakshaver og ansvarlig søker så snart det er klart at fristen vil bli overskredet.

I angjeldende tilfelle har imidlertid kommunen vurdert at innsendte byggesøknad vil vanskeliggjøre gjennomføringen av intensjonen med reguleringsplanen. Prosessen med å gjennomføre et dele- og byggeforbud er komplisert fordi forslaget til midlertidig bygge- og deleforbud om-

fatter svært mange eiendommer samt at det har pågått en prosess hvor det har vært viktig å klargjøre hva forbudet skal omfatte og hvilke tiltak som kan tillates uavhengig av forbudet. Etaten vil også fremheve at tiltakshaver har tidlig fått tilbakemelding om at eiendommen vil bli vurdert i forbindelse med det pågående arbeidet med midlertidig bygge- og deleforbud. Hensynet til forutsigbarhet for tiltakshaver (og ansvarlig søker) synes derfor å være tilstrekkelig ivaretatt med tilbakemeldingen fra byrådsavdelingen i brev av 28.06.2007.»

A kom med merknader i brev 17. mars 2008. Han hadde forståelse for at dele- og byggeforbudssaken var komplisert, men påpekte at prosessen ble påstartet våren 2007 og at hans byggesak da allerede hadde ligget på vent i nesten et år, mens den skulle vært behandlet etter tolv uker. Dele- og byggeforbudssaken kunne derfor først etter nesten et år «brukes som unnskyldning for hvorfor vår sak ble liggende så lenge». Rekordhøyt mottak av søknader og vanskelig ressursituasjon kunne etter hans mening ikke forsvare ventetiden det første året. Han påpekte at etaten, når konsekvensene blir så store som her, i det minste må forsøke å rette opp situasjonen og gi saken «en mest mulig rask og rettferdig behandling når den endelig tas til behandling».

Videre tilbakeviste A plan- og bygningsetatens opplysning om at det var nødvendig å sende mangelsbrev fordi regulert grad av utnytting var overskredet. Han fremholdt at «det etter dialog mellom ansvarlig søker og Plan- og bygningsetaten ble oppklart for etaten at BYA *ikke* ble overskredet, og at det verken var behov for omprosjektering eller søknad om dispensasjon fra BYA». A opplyste at han på denne bakgrunn reagerte på at etaten fortsatte å omtale søknaden som mangelfull og oppfattet dette som «et forsøk på å skyve noe av ansvaret for at saken tok så lang tid over på oss, mens vår søknad i virkeligheten var komplett etter dialog med kommunen».

Uansett så burde kommunen, da alle 26. april 2007 var enige om at søknaden var komplett og uten mangler, umiddelbart behandlet saken og gitt tillatelse. A mente at etaten, selv etter at forberedelsene til dele- og byggeforbudet var satt i gang, kunne ha behandlet søknaden ettersom den var ukontroversiell og ikke en type tiltak som kommunen hadde sett behov for å forhindre i Nordstrandskråningen. Kommunen burde ha utvist såpass rimelighetsskjønn at denne og andre saker med lignende forhistorie kunne blitt tatt til behandling.

A opplyste videre at han tolket kommunens presisering av at søknaden ville vanskeliggjøre gjennomføringen av intensjonen med omreguleringen som en vurdering av at det ikke var grunn til å samtykke til byggearbeid slik det er hjemmel for i plbl. § 33 annet ledd. Han mente imidlertid at vurderingen var for lite konkret. Videre kunne han ikke si seg enig

i at han hadde fått en «tidlig tilbakemelding» om at eiendommen ville bli vurdert i forbindelse med forbudet eller at hensynet til tiltakshaver og ansvarlig søker skulle være «tilstrekkelig ivaretatt» i og med byrådsavdelingens brev 28. juni 2007. Han påpekte at brevet var et svar som følge av at han hadde etterlyst fremdrift i saken og fremholdt at kommunens informasjon for øvrig hadde vært nærmest fraværende. Brevet var heller ikke klargjørende med hensyn til søknadens videre skjebne. A presiserte at når det gjaldt praktiske og økonomiske vurderinger i forhold til familiens fremtid, så hadde han innrettet seg på at søknaden ville bli godkjent når etaten bare fikk tid til å behandle den.

Byrådsavdeling for byutvikling opplyste i brev 15. april 2008 at As merknader var forelagt plan- og bygningsetaten, som i vedlagt brev 10. april 2008 hadde gitt sitt svar. Byrådsavdelingen opplyste at den tok sikte på at forslaget om midlertidig dele- og byggeforbud «kan fremmes til politisk behandling innen kort tid». Plan- og bygningsetaten la til grunn at As brev ikke inneholdt nye opplysninger samtidig som det opplyste at forslaget «er oversendt til politisk behandling». Etatens forslag gikk ut på et bygge- og deleforbud med unntak for tiltak som anses som uproblematisk med hensyn til landskapstilpasning og fjernvirkning. Det omsøkte tiltaket falt utenfor de foreslåtte unntaksbestemmelsene.

Byrådsavdeling for byutvikling opplyste i telefonsamtale 18. juni 2008 at saken om forslag om midlertidig dele- og byggeforbud (byrådsak 91/08) ble behandlet i byutviklingskomiteens møte 17. juni 2008. Det ble vedtatt å nedsette en arbeidsgruppe for byrådsak 91/08 og et privat forslag fra et medlem av komiteen om å redusere byggehøyden i Nordstrandskråningen. Arbeidsgruppen skulle vurdere de to forslagene parallelt.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Plan- og bygningsloven § 33 første ledd lyder:

«Finner det faste utvalget for plansaker selv at et område bør reguleres eller omreguleres, kan utvalget bestemme at tiltak som nevnt i §§ 81, 86a, 86b og 93 ikke settes i gang før reguleringsspørsmålet er endelig avgjort. Det samme gjelder andre tiltak som vil kunne vanskeliggjøre planlegging eller gjennomføring av planen.»

Planutvalget – i Oslo kommune byutviklingskomiteen – har her fått myndighet til å nedlegge midlertidig forbud mot deling og mot byggearbeid. Formålet er å gi reguleringsmyndighetene tid til å vurdere den fremtidige arealdisponeringen i et område uten å måtte godkjenne søknader som vil kunne vanskeliggjøre reguleringsarbeidet. I praksis er det ofte en byggesøknad som utløser forbudet, men forbud kan nedlegges også når det ikke foreligger slik aktuell søk-

nad. Når forbud er nedlagt, behøver ikke bygningsmyndighetene å realitetsbehandle søknaden for «områingsfristen» i fjerde ledd på to år er ute. Konsekvensene av dette er at fremdriftsprinsippet i plbl. § 95 og saksbehandlingsfristene i SAK ikke kommer til anvendelse samt at en søknad skal vurderes i forhold til den eventuelle nye reguleringen når søknaden tas til behandling igjen. Ved å nedlegge forbud kan altså bygningsmyndighetene skaffe seg materielt grunnlag for å avslå en søknad som var i samsvar med gjeldende regulering på søknadstidspunktet. Forbud kan nedlegges både når det er tale om å utarbeide reguleringsplan for et uregulert område og når det, som i saken her, skal vurderes om gjeldende regulering bør endres.

Bygningsmyndighetene kan imidlertid ikke la være å realitetsbehandle en søknad om byggetillatelse *i påvente av en eventuell nedleggelse av midlertidig forbud*. Det plbl. § 33 gir adgang til, er å utsette behandlingen i inntil to år når det er nedlagt slikt forbud. Forberedelser til vedtak om midlertidig forbud, herunder forhåndsvarsling av berørte parter, bør derfor gjøres nokså umiddelbart etter at spørsmålet har aktualisert seg.

Det har gått to år siden søknaden om rammetillatelse ble mottatt i plan- og bygningsetaten. Etter gjeldende reguleringsplan foreligger det, etter det jeg forstår, ikke rettslig grunnlag for å la være å godkjenne søknaden fra A. Når det ikke er nedlagt dele- og byggeforbud eller tatt konkrete skritt for å gjøre det, kan jeg vanskelig se at kommunen kan la være å behandle søknaden. Saksbehandlingstiden har vært uforsvarlig lang og synes også å være i strid med de lovbestemte fristene. Jeg har merket meg at plan- og bygningsetaten og klageren har vært uenige om søknaden var mangelfull ved innsendelsen. Plan- og bygningsetaten har ment at regulert utnyttelsesgrad var overskredet slik at det var nødvendig med dispensasjonssøknad. A har i brevet hit 17. mars 2008 tilbakevist at søknaden var mangelfull, noe plan- og bygningsetaten i brev 10. april 2008 ikke har kommentert. Etersom etaten ikke har kommentert spørsmålet, finner jeg å kunne legge til grunn As opplysning om at søknaden hele tiden har vært i samsvar med reguleringsplanens bestemmelser om utnyttelsesgrad.

Et byggeforbud legger rettslige bånd på den som ønsker å utvikle egen eiendom. Hensynet til tiltakshaveren gjør at et midlertidig byggeforbud ikke kan nedlegges på ubegrenset tid. Dersom reguleringsspørsmålet ikke er endelig avgjort senest to år etter at forbudet ble nedlagt, faller det i utgangspunktet bort, jf. plbl. § 33 fjerde ledd. At lovgiveren har ansett to år som det tidsrommet tiltakshaver må finne seg i å vente på en avklaring, er et selvstendig argument for at forbudet må nedlegges straks etter at søknaden er mottatt. I motsatt fall kan kommunen skaffe seg en

betydelig lengre områingsfrist enn den lovgiveren har funnet er rimelig. Manglende avklaring kan få mange praktiske ulemper for søkeren. I saken her har klageren eksempelvis opplevd det som vanskelig å holde på inngått avtale med entreprenør. For de fleste vil det dessuten ha merkbare økonomiske virkninger å bli sittende med en tomt som ikke kan bebygges. I tillegg kommer belastninger knyttet til det å leve med en uavklart bosituasjon. A har gitt uttrykk for at kommunens manglende behandling ikke kan være akseptabel «menneskelig sett». Krav til fremdrift og bevegelse er avgjørende for at den enkelte skal vite hvilke løsninger han kan innrette seg etter for egen eiendom.

Det fremgår av saksfremstillingen 22. mai 2008 i byrådssak 91/08 på side 3 at plan- og bygningsetaten «anbefaler at spørsmålet om midlertidig forbud mot deling og byggearbeid behandles helhetlig for Nordstrandskråningen, dvs. ikke som enkeltsaker når eventuelle byggesøknader som kan være i strid med intensjonen om kvalitetsmessig god utbygging i Nordstrandskråningen kommer til behandling». Etaten mener dette vil gi «størst forutsigbarhet i forhold til enkeltsaksbehandling». På side 4 fremgår det at etaten i påvente av forbud vurderer alle søknader «særskilt». Søknader som klart faller innenfor forslaget til unntaksbestemmelser og søknader som åpenbart ikke vil komme i konflikt med forbudets formål «behandles fortløpende». Videre at søknader som er i strid med formålet «avventer avklaring om vedtak om midlertidig forbud mot deling og byggearbeid». Byrådet skriver på side 5 at det er enig med etaten i at eiendommen innenfor A-området (der As eiendom ligger) «bør vurderes i et helhetlig grep». I forhold til aktuelle søknader opplyser byrådet at det vil legge opp til at planrevisjon skal gjennomføres så raskt som mulig innenfor den ordinære rammen på to år. Samtidig anser byrådet at aktuelle søknader ikke bør ligge ubehandlet lenger enn nødvendig «således at det parallelt med planrevisjonen vurderes om det kan være grunnlag for dispensasjon fra forbudet i medhold av plan- og bygningsloven § 33, 2. ledd, hvor det følger at det kan gis samtykke i at en eiendom blir delt eller arbeid utført, hvis det etter utvalgets skjønn ikke vil vanskeliggjøre den nye reguleringen». At unntak skal vurderes er vel og bra, men bruken av annet ledd forutsetter at det blir truffet vedtak. Dersom vurderingen som kommer til uttrykk i plan- og bygningsetatens udaterte brev (januar 2008) til byrådsavdelingen i anledning klagen hit er ment som en unntaksvurdering etter denne bestemmelsen, synes det å være feil rettsanvendelse. Det kan spørres om kommunen, når den innså at det ville ta lang tid å få forbudet vedtatt, burde ha overveid å nedlegge byggeforbud på de tomtene det ble søkt om byggetiltak. En slik løsning ville gitt de aktuelle søkerne, herunder A, større grad av forutberegnelighet både på grunn av

forbudet i seg selv og fordi toårsfristen ville begynt å løpe og tvunget kommunen til å igangsette en planrevisjon. Et vedtatt forbud kunne søkerne også ha påklaget til fylkesmannen. Alternativt kunne kommunen behandlet de søknadene som innkom før og rett etter «skjæringstidspunktet» i april 2007.

Samlet sett har kommunens behandling av As sak vært kritikkverdig. Behandlingen av spørsmålet om det skal nedlegges et midlertidig dele- og byggeforbud for Nordstrandskråningen har tatt lang tid. Kommunen har ansett det nødvendig å foreta en rekke avklaringer i forbindelse med forberedelsen av saken om dele- og byggeforbud. Jeg har forståelse for dette, men kan vanskelig se at det kan forsvare kommunens unnlattelse av å behandle søknaden fra A. Etter det opplyste vil plan- og bygningsetatens forslag om midlertidig dele- og byggeforbud og det parallelle forslaget om å nøye seg med å redusere byggehøyden ikke bli behandlet av byutviklingskomiteen før til høsten. Dette synes å innebære at A fortsatt blir stående i en uavklart rettslig situasjon. Spørsmål kan da stilles om lovens fristregel likevel vil begynne å løpe fra det tidspunktet da midlertidig bygge- og deleforbud burde ha vært nedlagt.»

76.

Dispensasjon fra reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider

(Sak 2007/1423)

Andøy kommune ga rammetillatelse til oppføring av ny radarstasjon på fjellet Røyken, og dispenserte fra plikten til å utarbeide reguleringsplan for større bygge- og anleggsarbeider, jf. plan- og bygningsloven (plbl.) § 23 nr. 1, jf. § 7. Fylkesmannen i Nordland stadfestet vedtaket.

Saken reiste spørsmål om det var adgang til å dispensere fra reguleringsplikten ved større bygge- og anleggsarbeider. Etter å ha innhentet uttalelse fra Miljøverndepartementet, ga ombudsmannen uttrykk for at det bare vil være en begrenset adgang til å dispensere. Tidsaspektet, søkerens ønske om rask oppstart av byggearbeidene, hadde vært et sentralt moment i dispensasjonsvurderingen, som et argument for dispensasjon. Ifølge klagerne hadde tiltakshaveren stoppet utbyggingsplanene inntil videre.

I forbindelse med behandlingen av saken hos ombudsmannen, vurderte fylkesmannen om vedtaket kunne omgjøres etter forvaltningsloven § 35 femte ledd, men kom til at det ikke var tilfellet. Fylkesmannen hadde i liten grad gått inn på flere av de forhold som ville kunne være relevante i den interesseavveining som skal foretas, bl.a. at tiltakshaverens forutsetning om rask gjennomføring av byggearbeidene ikke hadde «slått til» og at tiltakshaveren trolig ikke hadde innrettet seg etter vedtaket. Ombudsmannen

ba fylkesmannen om å bringe faktum omkring utbyggingsplanene på det rene og deretter vurdere spørsmålet om omgjøring på ny.

Fylkesmannen behandlet etter dette saken på nytt. I forbindelse med den fornyede vurderingen ble det innhentet en redegjørelse fra tiltakshaveren om status i utbyggingsplanene og deretter en nærmere redegjørelse for hva som var investert i radaranlegget i henhold til tillatelsen. Etter en fornyet vurdering kom fylkesmannen til at vilkårene for omgjøring av vedtaket om dispensasjon fra reguleringsplikten i plbl. § 23 nr. 1 og rammetillatelse for oppføring av radar på Røyken etter forvaltningsloven § 35 femte ledd, ikke forelå.

Avinor søkte 31. januar 2007 om rammetillatelse for oppføring av radarstasjon på fjelltoppen Røyken i Andøy kommune. Fjellet Røyken er etter det som er opplyst den høyeste fjelltoppen på nordspissen av Andøya og ligger ca. 5-6 km fra tettstedet Andenes. Grunnen i området eies av Bleik Utmarkssameie og Andenes Utmarksfelleskap.

Nabovarsel ble sendt til de andelseierne i Bleik Utmarkssameie og Andenes Utmarksfelleskap som var kjent for kommunen på varslingstidspunktet. Varsel til Bleik Utmarkssameie ble sendt til en av andelseierne siden kommunen ikke kjente navnene på de enkelte andelshaverne. Begge utmarksfelleskapene skal ha kommet med protester/merknader til søknaden.

Av brev fra Avinor til kommunen 17. april 2007 fremgikk det at Avinor i et møte i januar 2007 hadde redegjort for sine analyser vedrørende alternative plasseringer av radarstasjonen. En samlet vurdering, basert på kriteriene for valg av plasseringsalternativ, viste ifølge Avinor at Røyken var det beste alternativet. I brevet ble det redegjort kort for bakgrunnen for, og hensikten med, det omsøkte tiltaket samt hvilke vurderinger som var blitt foretatt med hensyn til de ulike plasseringsalternativene Andhue, Røyken og Ramnan. Avslutningsvis ble det gitt uttrykk for at en avklaring av plasseringen var et «viktig skritt i riktig retning for å få bygget en ny radar som vil øke sikkerheten, kapasiteten og regulariteten i luftrommet». Og videre: «Nå får vi håpe på en rask og positiv behandling i kommunen slik at vi kan starte byggingen forsommeren 2007».

Før kommunen behandlet søknaden mottok den bl.a. uttalelse 30. mars 2007 fra Fylkesmannen i Nordland (Miljøvernavdelinga), der fylkesmannen ga uttrykk for at tiltaket måtte vurderes i forhold til reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider som følger av plbl. § 23 nr. 1. Ifølge fylkesmannen ville det «være vesentlig at det i planbeskrivelsen til en ev. reguleringsplan for tiltaket går fram hvorfor aktuelt alternativ velges».

Andøy kommune ga 30. april 2007 rammetillatelse til oppføring av ny radarstasjon på Røyken på visse vilkår. Det ble samtidig gitt dispensasjon fra plikten til å utarbeide reguleringsplan for større bygge- og anleggsarbeider, jf. plbl. § 23 nr. 1, jf. § 7. I vedtaket viste kommunen blant annet til at eksisterende radar er 35 år og basert på en teknologi som ikke tilfredsstillende dekket dagens behov samt at den heller ikke har optimal plassering, at det i brev fra Avinor var vist til at Røyken var beste lokalisering, samt at det forelå et behov for rask avklaring for å unngå flere års utsettelse med å få ny plassering på plass. Vedtaket ble påklaget av flere grunneiere i Bleik Utmarkssameie og Andenes Utmarksfellesskap.

Fylkesmannen i Nordland stadfestet kommunens vedtak 2. juli 2007. A m.fl. brakte deretter saken inn for ombudsmannen.

På bakgrunn av klagen ble det funnet grunn til å ta enkelte sider av saken opp med forvaltningen. Da saken reiste generelle lovtolkningsspørsmål, ble den i første omgang forelagt for Miljøverndepartementet som har lovansvaret. Departementet ble bedt om å redegjøre nærmere for følgende:

«Det bes opplyst om departementets uttalelser i forarbeidene til lov 21. april 1989 nr. 17 skal forstås slik at departementet er av den oppfatning at det er adgang til å dispensere fra reguleringsplikten ved større bygge- og anleggsarbeider. I så fall bes det om en nærmere redegjørelse for departementets standpunkt. Herunder bes departementet om å redegjøre for når/i hvilke tilfeller departementet mener at det vil kunne være aktuelt å dispensere. Vil det eksempelvis kunne være aktuelt å dispensere i tilfelle hvor det heller ikke er vedtatt en kommuneplan for området? Anser departementet at hensynet til berørte interesser ved slik dispensasjon vil bli like godt ivaretatt som ved en ordinær reguleringsbehandling?»

Av plbl. § 7 første ledd følger at det er planutvalget som har myndighet til å dispensere fra plbl. § 23. Forutsatt at det er adgang til å dispensere fra reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider, og ikke kun fra plankrav i kommuneplanens arealdel, må bestemmelsen forstås slik at det er planutvalget som også i disse tilfellene er dispensasjonsmyndighet. Hvordan ser departementet på at planutvalget på denne måten skal kunne «frata» kommunestyret, som er den overordnede planmyndigheten i kommunen og skal ha ansvaret for og ledelsen av kommuneplanleggingen og arbeidet med reguleringsplaner i kommunen, jf. plbl. § 9-1, planmyndighet i slike tilfeller?»

Departementet svarte:

«Sivilombudsmannen refererer fra Ot.prp. nr. 51 (1987-88) s. 53, der det blant annet står at departementet forutsetter at kommunen, dersom særlige grunner foreligger, kan dispensere fra reguleringsplikten i medhold av § 7. Denne uttalelsen gir uttrykk for det som er Miljøverndepartementets oppfatning. Ved endringen av § 23 første ledd ble reguleringsplikten gjort til en materiell bestemmelse som ga grunnlag for å avslå søknader, ikke bare en saksbehandlingsregel rettet mot kommunen. Det var da nødvendig samtidig å peke på muligheten for å gi dispensasjon fra kravet om reguleringsplan.

Adgangen til å dispensere fra reguleringsplikten framgår også av plan- og bygningslovens § 7 siste ledd, som har en henvisning til § 23. Dersom denne henvisningen i § 23 kun skulle referere til reguleringsplikt som følger av bestemmelser til kommuneplanens arealdel, ville det være en overflødig henvisning ved siden av formuleringen om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel. Departementet har også i praksis lagt til grunn at det er adgang til å dispensere fra reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider.

Spørsmålet om når det er grunnlag for å gi dispensasjon fra plikten til å utarbeide reguleringsplan, vil være avhengig av en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er kommunene som har ansvaret for å behandle søknader og foreta denne vurderingen. Det vil i en slik vurdering både ha betydning hva slags tiltak det dreier seg om, størrelsen på tiltaket, hvor viktig tiltaket er og hvor kontroversielt det er, hvilke interesser som knytter seg til det aktuelle området, og dessuten hvordan saken for øvrig er belyst. I vurderingen er det relevant å legge vekt på om det er behov for å sikre en bredere medvirkning enn det som ellers vil bli gjennomført, og hva reguleringsprosessen i tilfelle vil kunne tilføre saken.

I tilfeller der det ikke foreligger kommuneplan og det bare er de ordinære regler etter plan- og bygningsloven som gjelder, har ikke kommunen foretatt noen planmessig og samlet vurdering av arealbruken i området. Miljøverndepartementet kan imidlertid ikke se at dette fører til at det ikke vil være adgang til å dispensere fra reguleringsplikten, såfremt det ut fra en konkret vurdering anses å være grunnlag for å gi slik dispensasjon.

Det vil ikke bli gjennomført en like omfattende og grundig prosess ved behandling av en dispensasjonssøknad som ved utarbeidningen av en reguleringsplan. Reglene for behandlingen av dispensasjonssøknader sikrer likevel medvirkning fra berørte offentlig myndigheter. Dette framgår av plan- og bygningslovens § 7 siste ledd, siste punktum. Her er det fastsatt at ved dispensasjon, blant annet fra § 23, skal fylkeskommunen og statlige myndigheter hvis saksområde blir direkte berørt, være gitt høve til å uttale seg før dispensasjon gis. Videre vil kommunens vedtak om dispensasjon kunne påklages etter plan- og bygningslovens § 15. I tillegg vil den særlige klageretten for fylkeskommunen og statlig organ etter andre ledd gjelde, og slik klagemulighet skal sikre at overordnede interesser blir godt nok ivaretatt.»

Før avslutning av saken her, ble det funnet grunn til å stille fylkesmannen enkelte spørsmål knyttet til den konkrete dispensasjonsvurderingen:

«I følge klagerne er Røyken utpekt som spesielt verneverdig i kommunens planer. Av fylkesmannens vedtak fremgår det at Røyken anses for å være et område med spesielle natur- og miljøkvaliteter, og at det benyttes til friluftsliv. Det er ønskelig at det redegjøres nærmere for hvilke natur-, friluftsliv- og landskapsinteresser som gjør seg gjeldende i dette området. Videre er det ønskelig at det redegjøres for om og eventuelt i hvilken grad de interessene som gjør seg gjeldende vil bli berørt av det planlagte tiltaket. Hvilke opplysninger har forvaltningen her basert seg på og hvilke undersøkelser er eventuelt blitt foretatt?»

Fylkesmannen bes videre knytte kommentarer til de øvrige momentene departementet har gitt uttrykk for at det vil være relevant å legge vekt på i vurderingen, herunder størrelsen på tiltaket og hvor kontroversielt det er, behovet for å sikre en bredere medvirkning enn det som ellers vil bli gjennomført etc. Det er ønskelig at fylkesmannen utdyper sitt syn på hvorfor det i dette tilfellet ikke anses nødvendig med en reguleringsplan for det konkrete området.

Et moment som har vært fremme i saken, er at det har vært behov for en rask avklaring. I e-brev fra klagerne 31. desember 2007 er det opplyst at Avinor har stoppet utbyggingsplanene inn til videre. Det er noe uklart hva som er årsaken til dette og hva som er status per i dag. Det kan imidlertid synes som om dette momentet ikke lenger gjør seg gjeldende. Hva er fylkesmannens kommentar til dette? Vil forholdet ha noen betydning for fylkesmannens vurdering av saken?»

Til spørsmålet om hvilke opplysninger forvaltningen hadde basert seg på og hvilke undersøkelser som eventuelt var blitt foretatt, svarte fylkesmannen:

«Søknaden ble forut for kommunens vedtak forelagt en rekke fagmyndigheter, naboer og andre berørte til uttalelse. Direktoratet for Naturforvaltning uttalte i brev av 27. mars 2007 at de forutsatte at Fylkesmannen ivaretok deres fagområder. Fylkesmannen viste i brev av 30. mars 2007 til at Røyken i følge våre registreringer (Naturbasen) ligger i et nærturområde for innbyggerne i Andenes og at lokaliseringen av radaren i tillegg ville kunne ha landskapsmessige konsekvenser for Bleik og en eventuell nasjonal turistveg langs vestsiden av øya. Det ble videre vist til at det er registrert hekking av vandrefalk i området. Det kom videre fram i høringen at Røykenlia har kvartærgeologiske forekomster som er verneverdig og at Røyken som følge av at den ikke var dekket av is under forrige istid kan inneholde særegne vegetasjonsbiotoper. Kommunedelplan for fysisk aktivitet og naturopplevelse 2004-2007 har registreringer på en rekke ulike tema og underbygger at ovennevnte er de viktigste interessene som er representert i området. Det foreligger videre i saken en prosjektrapport fra oktober 1987 "Naturforvaltning i kommuneplanen". Denne viser ulike verneinteresser og vurdering av disse. Det har derfor vært en bred høring og det foreligger registreringer av interessene som er representert i området.»

Fylkesmannen redegjorde deretter for hvilke friluftsliv-, landskaps- og naturinteresser som gjør seg gjeldende i området:

«Friluftsliv

Røyken inngår i et større område som benyttes til turgåing/friluftsliv. Røyken er i Kommunedelplan for fysisk aktivitet og naturopplevelse ikke nevnt blant de områdene i kommunen som er mest benyttet til friluftslivaktiviteter. Ramnan vurderes som hovedmålet for turaktivitet i området og har høy bruksfrekvens. Det må likevel kunne legges til grunn at inngrep av denne type i tilknytning til friluftsområder kan virke negativt inn på opplevelsen ved bruken av området. Det skal ikke bygges veg opp til anlegget slik at eksisterende stier beholdes. Anlegget beslaglegger et mindre areal på toppen av Røyken og skal ikke gjerdes inn. Anlegget representerer heller ikke noen fare ved stråling for besøkende i området rundt radaren. Friluftslivet vil derfor i mindre grad bli berørt av tiltaket og muligheten til å utøve friluftsliv i området blir ikke berørt.

Landskap

Røyken er i utgangspunktet uten inngrep og er godt synlig i landskapet.

Radaren vil med en byggehøyde på 17 meter og plassering på toppen av Røyken derfor ha negative konsekvenser for landskapet.

Det har særlig vært fokus på landskapsvirkningen i forhold til vestsiden av Andøya. Her er tettstedet Bleik og planer om etablering av "Nasjonal Turistveg".

Det er laget illustrasjoner som visualiserer virkningene jf skriv av 12. juni 2007 - vedlagt. Illustrasjonene viser at anlegget knapt er synlig fra Bleiksidene. Vegvesenet har da også i brev av 17. juni 2007 lagt til grunn at radaren vil få små konsekvenser for det visuelle inntrykket langs fremtidig "Nasjonal Turistveg".

Natur

Det er registret kvartærgeologiske forekomster i området. Videre er Bleikstranda et viktig sanddynelandskap (strandeng og strandsump) hvor flygesand i følge naturbasen kan følges helt til toppen av Røyken. Det er i tillegg under høringen kommet fram at Røyken som følge av at fjellet ikke var dekket av is under forrige istid kan inneholde interessante/viktige mikroorganismer.

I forhold til kvartærgeologiske verdier er det Røykenlia som er registrert som en viktig forekomst i temakart til Kommunedelplan for Fysisk aktivitet og naturopplevelse (se vedlegg 2). Det vil videre i hovedsak være uttak av masser som utgjør konflikt i forhold de kvartærgeologiske forekomstene.

Radaren vil som følge av at inngrepet er forholdsvis lite i areal (ca 12 x 12 meter grunnareal) og at det ikke skal bygges veg frem til anlegget ikke forringe naturverdiene i området vesentlig.»

Fylkesmannen ga videre uttrykk for følgende:

«Som Miljøverndepartementet har vist til beror spørsmålet på om det skal gis dispensasjon fra re-

guleringsplikten på en konkret vurdering. Det er kommunen som har ansvaret for å foreta denne vurderingen.

Radaren er et spesielt byggverk, som med sin utforming og plassering blir synlig i landskapet. Det er som det fremgår av saken natur-, friluft og landskapsinteresser knyttet til Røyken. Som følge av dette konkluderte kommunen, i samsvar med anbefaling fra Fylkesmannen, med at tiltaket utløser reguleringsplikt etter pbl. § 23.

Fylkesmannen er enig i at det forhold at saken er kontroversiell taler i seg selv for behandling som reguleringsplan, og at kommunestyret som kommunens øverste planmyndighet fatter det endelige vedtaket i saken.

Saken fremstår etter Fylkesmannens syn som godt opplyst og de faktiske sidene av saken må etter Fylkesmannens oppfatning anses som tilstrekkelig belyst før vedtak ble truffet. Det vises i denne forbindelse til det som er nevnt ovenfor om natur-, friluft- og landskapsinteresser i området. Videre er flere alternative lokaliseringer av radaren vurdert, herunder Andhue og Ramnan. Andre alternativ er i følge søknaden av 31. januar 2007 ikke aktuelle som følge av planene om ny vindmøllepark på Andmyran. Fri sikt til en roterende vindmølle vil erfaringsvis gi betydelige forstyrrelser på radarsignal.

Det har videre vært en bred debatt om lokaliseringen av anlegget i kommunen hvor både private, de berørte utmarkssameiene og berørte myndigheter har deltatt. Saken har fått mye omtale i pressen og spørsmålet om etableringen av radaren har også blitt tatt opp i kommunestyret. Kommunestyret må således også kunne sies å ha hatt foranledning til å be om å bli forelagt saken dersom en ønsket dette. I denne forbindelse kunne kommunestyret instruert planutvalget og administrasjon både i forhold til saksbehandling og resultat.

Det er ut fra dette, etter Fylkesmannens syn, ikke grunn til å tro at en reguleringsprosess, og den åpningen for bredere medvirkning som denne ville medføre, ville tilføre saken nye opplysninger av betydning.

Et sentralt element ved vurdering av om dispensasjon fra reguleringskravet skulle gis var tidsaspektet. Søker ønsket å kunne starte byggearbeidene rundt 1. mai 2007 og hadde derfor behov for en rask behandling av søknaden. Dette medførte at kommunen fant å vurdere å gi dispensasjon fra plikten til å utarbeide reguleringsplan for å hindre at utbyggingen av ny radar ville bli skutt ut i tid. Av kommunens saksfremlegg i saken går det fram at kommunen mener at tiltaket har stor betydning for Andøy kommune både sivilt og militært. Det er her vist til at en ny radar med ny teknologi befester kommunens stilling som øvingsområde og bedrer forholdene for militære gjøremål. Radaren vil videre ha betydning for Andøya rakettskytefeltets virksomhet. Radaren vil også bedre flysikkerheten og avvikling av flytrafikk både for Andenes, nordre Nordland og søndre del av Troms. Kommunen kom etter dette til at [det] forelå en overvekt av hensyn som talte for å gi dispensasjon. Fylkesmannen mener at kommunens skjønn er saklig og konkret og fant

derfor ikke grunnlag for å gjøre endringer i kommunens vedtak.

Fylkesmannen vil legge til at flytting og etablering av ny radar også vil ha betydning i forhold til realisering av planene om en stor vindpark på Andmyran, noe som ikke kommer klart frem i kommunens vedtak.»

Til opplysningene om at Avinor hadde stanset utbyggingsplanene inntil videre, bemerket fylkesmannen:

«Det er fra Sivilombudsmannen opplyst at Avinor har stanset utbyggingsplanene inntil videre. Av e-post fra klagerne og avisartikkel i Andøy-posten går det fram at Avinor har stanset arbeidet med tre radarprosjekter som følge av manglende delfinansiering fra forsvaret.

Fylkesmannen og Andøy kommune har bygd sine avgjørelser på det faktum som forelå på vedtakstidspunktet. Det var da en klar forutsetning fra søkers side at en planla å gjennomføre byggearbeidene i 2007. At Avinor nå, etter det opplyste, har fått problemer med forsvaret i forhold til finansiering av prosjektet er derfor et endret forhold som har inntrådt i ettertid.

Etter Fylkesmannens syn tilsier ikke den nye situasjonen som har oppstått at det er grunnlag for å si at opplysningene som ble lagt til grunn på vedtakstidspunktet våren 2007 var uriktige. Det kan stilles spørsmål om de nye opplysningene åpner for omgjøring av vedtaket etter forvaltningsloven § 35 femte ledd.

I følge Woxholt "Forvaltningsloven" 4. utgave 2006 s. 541 flg. må det foreligge særskilte og kvalifiserte omstendigheter for å kunne omgjøre på bakgrunn av endrede forhold. Utgangspunktet er at interessen til den som er tilgodesett i vedtaket er beskyttet med mindre de hensyn som taler for en omgjøring av vedtaket veier vesentlig tyngre enn de som taler [mot]. Woxholt viser på s. 544 til at: "Det vil som regel ikke være tilstrekkelig at man i ettertid kommer til at det opprinnelige vedtak ikke ville ha blitt fattet om man kjente til den senere utvikling."

Etter Fylkesmannens oppfatning kan de nye opplysningene alene ikke få betydning for vedtakets gyldighet.

Kommunens dispensasjonsvedtak har etter Fylkesmannens syn vært gjenstand for en bred medvirkning og debatt hvor de ulike hensyn som gjør seg gjeldende er belyst. Saken er således forsvarlig opplyst. Som nevnt i vårt vedtak av 2. juli 2007 vil en reguleringsplanprosess med tanke på plassering av radaren på Røyken i seg selv i liten grad kunne bidra til avklaringer ut over det en har i dispensasjonssaken. Dette fordi radarens utforming og plassering allerede er gitt. Det er således ikke vektige planhensyn som taler for at området må reguleres. Kommunen har etter vurdering hvor en har lagt vekt på tidsfaktoren og relevante samfunnshensyn knyttet til bl.a. forsvarets virksomhet, arbeidsplasser, næringsutvikling og samferdsel/flysikkerhet kommet til at det foreligger en overvekt av hensyn som taler for å gi dispensasjon.

Etter Fylkesmannens syn er vilkårene for å kunne gi dispensasjon oppfylt.»

Det har deretter vært ytterligere korrespondanse med klagerne og fylkesmannen.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Om adgangen til å dispensere fra plikten til å utarbeide reguleringsplan for større bygge- og anleggsarbeider, jf. plbl. § 23 nr. 1

Miljøverndepartementet har i sitt svar hit fremholdt at det etter departementets oppfatning kan dispenseres fra reguleringsplikten ved større bygge- og anleggsarbeider i medhold av plbl. § 7. Ved endringen av § 23 første ledd i 1989 ble reguleringsplikten gjort til en materiell bestemmelse som ga grunnlag for å avslå søknader, ikke bare en saksbehandlingsregel rettet mot kommunen. Det var da nødvendig samtidig å peke på muligheten for å gi dispensasjon fra kravet om reguleringsplan. I følge departementet følger denne dispensasjonsadgangen av plbl. § 7 siste ledd. Departementet har også i praksis lagt til grunn at det er adgang til å dispensere fra reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider.

En adgang til å fravike reguleringsplikten i plbl. § 23 nr. 1 for større bygge- og anleggsarbeider vil etter min mening måtte være begrenset, noe jeg også ga uttrykk for i min uttalelse inntatt i årsmeldingen 1990 s. 174 som gjaldt dispensasjon fra et midlertidig plankrav etter dagjeldende plbl. § 117. At det er stilt krav om reguleringsplan for større bygge- og anleggsarbeider, har sin bakgrunn i at det i slike tilfeller er ønskelig å få en grundigere vurdering av arealdisponeringen enn det som er gjort i den mer grovmaskede arealdelen til kommuneplanen (hvor slik plan foreligger) samt gi offentligheten adgang til å gjøre sine synspunkter gjeldende før endelig beslutning om tiltakets gjennomføring treffes. Skal det kunne dispenseres fra reguleringsplikten, bør forutsetningen i så fall være at man, etter en konkret vurdering, kommer til at den forutsatte grundigere planvurdering av det konkrete byggeområdet og at den i utgangspunktet ønskede medvirkning fra offentligheten likevel ikke er påkrevd.

Hva som er et «større bygge- og anleggsarbeid», er ikke nærmere definert i loven. Avgjørelsen må treffes skjønnsmessig ut fra tiltakets størrelse og hvor følsomt området vil være for tiltaket, jf. O.J. Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, 2000, s. 202 flg. Miljøverndepartementet ga i et høringsnotat forut for endringen av plbl. § 23 nr. 1 i 1989 uttrykk for blant annet følgende:

«Hovedkriteriet for reguleringsplikten må være om tiltaket i seg selv eller de konsekvenser det kan gi, vil fremkalle vesentlige endringer i det bestående miljø, eller utløse behov for andre tiltak mv. som samlet kan gi større virkninger. Dette kriteriet må kombineres med hensynet til å gi offentligheten adgang til å gjøre sine synspunkter

gjeldende før endelig beslutning om tiltakets gjennomføring treffes.

Visse tiltak vil alene i kraft av størrelsen utløse reguleringsplikt. I andre tilfelle kan tiltak som ikke i seg selv er så store, men som plasseres i «sårbare» områder utløse reguleringsplanplikt. Slike «sårbare» områder vil for eksempel være områder med særlig verdifullt kultur- eller naturlandskap, områder som er preget av bevaringsverdig bebyggelse eller som på annen måte har særlig vernekarakter.

Kommunestyret bør i tvilstilfelle velge å utarbeide reguleringsplan. Reguleringsplanproseduren vil både være egnet til å avdramatisere eventuelle forestillinger om tiltakets innvirkning på bestående miljø og gi så vel kommunestyret som innbyggerne mulighet til å vurdere tiltaket i en større planmessig sammenheng.»

De momentene som vil kunne være relevante i vurderingen av om tiltaket skal anses som et «større bygge- og anleggsarbeid», vil også kunne være av betydning ved spørsmålet om det skal kunne dispenseres fra reguleringsplikten. I utgangspunktet vil det være slik at dess større endringer i det bestående miljø et tiltak vil medføre, dess mindre adgang vil det være til å dispensere og jo mer kreves for at kravet til «særlige grunner» skal anses oppfylt. Tilsvarende vil adgangen til å dispensere være mindre jo mer sårbart området det er tale om å gjøre inngrep i er. Dersom et tiltak vil kunne ha vesentlige virkninger for miljø, naturressurser eller samfunn, vil det kunne være nødvendig å foreta en konsekvensutredning, jf. plbl. § 33-1 flg. I Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plandelen), under pkt 5.7.2 om dispensasjon, fremgår det at det etter Planlovutvalgets endelige forslag ikke kan gis dispensasjon fra plankravet dersom planen faller innenfor virkeområdet for konsekvensutredninger, jf. pkt. 5.7.2.2. Etter min oppfatning synes dette å være en fornuftig begrensning i dispensasjonsadgangen. Det kan imidlertid ikke sees at forslaget er kommentert av departementet under pkt. 5.7.2.5 (Departementets vurdering), og noen uttrykkelig bestemmelse om dette synes ikke å være tatt inn departementets forslag til bestemmelser.

Departementet har i svarbrevet hit pekt på en rekke momenter som vil kunne være av betydning i dispensasjonsvurderingen. Herunder er blant annet nevnt størrelsen på tiltaket, hvor viktig tiltaket er og hvor kontroversielt det er, hvilke interesser som knytter seg til det aktuelle området, og dessuten hvordan saken for øvrig er belyst. Jeg er enig i at dette vil kunne være relevante momenter. Dersom et tiltak er kontroversielt, vil en reguleringsplanprosess kunne være verdifull fordi det offentlige da gis adgang til å gjøre sine synspunkter gjeldende før endelig beslutning om tiltakets gjennomføring treffes og man vil bedre kunne avveie de ulike interesser i området.

2. Dispensasjonsvedtaket

2.1 Saksbehandlingen

Det følger av plbl. § 7 at dispensasjon kan gis «etter søknad». Av de dokumentene som har vært gjennomgått her fremgår det ikke at tiltakshaveren uttrykkelig søkte om dispensasjon fra kravet om reguleringsplan. Spørsmålet synes å ha kommet opp i forbindelse med at kommunen ble oppmerksom på at dispensasjon var nødvendig. Fylkesmannen ga i brev 30. mars 2007 uttrykk for at tiltaket måtte vurderes i forhold til reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider som følger av plbl. § 23 nr. 1. Hvorvidt kommunen var blitt oppmerksom på problemstillingen på et tidligere tidspunkt er noe uklart, jf. nedenfor. I slike tilfeller bør kommunen avklare med tiltakshaveren om han ønsker å søke om dispensasjon fra den aktuelle bestemmelsen. Kommunen må dessuten få klarhet i hvilke særlige grunner som påberopes. Det er uklart om dette ble gjort.

Plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd krever videre at naboer og gjenboere samt «fylkeskommunen og statlige myndigheter hvis saksområde blir direkte berørt», skal være gitt «høve til å uttale seg før dispensasjon gis» fra blant annet § 23. Det følger av dette at det er spørsmålet om dispensasjon det skal være gitt anledning til å uttale seg om.

Søknaden om rammetillatelse ble oversendt Fylkesmannen i Nordland, Nordland fylkeskommune, Sametinget, Direktoratet for naturforvaltning og Statens kartverk for uttalelse. At dette ble gjort, kan tyde på at kommunen på dette tidspunktet vurderte det slik at tiltaket var av en slik art at det kunne være nødvendig med utarbeidelse av reguleringsplan før gjennomføringen av tiltaket, eventuelt dispensasjon fra reguleringsplikten, jf. plbl. § 23 nr.1. Dette synes imidlertid ikke å ha blitt gjort klart overfor de nevnte sektormyndighetene. Det kan således spørres om sektormyndighetene ble *anmodet om å uttale seg* til dispensasjonsspørsmålet slik plbl. § 7 tredje ledd krever.

Bleik Utmarkssameie ble varslet ved én av andelshaverne siden kommunen – etter det opplyste – ikke kjente navnene på de enkelte andelshaverne. Flere av andelshaverne ble således ikke varslet. I tillegg til at det også i forhold til andelshaverne kan reises spørsmål om de ble *anmodet om å uttale seg* til dispensasjonsspørsmålet, jf. ovenfor, kan det stilles spørsmål om varslingsplikten kan anses overholdt.

Om sistnevnte problemstilling, har fylkesmannen i vedtaket – under henvisning til forvaltningsloven § 16 tredje ledd om når forhåndsvarsling kan unnlates – vist til at kommunen i den foreliggende sak etter det opplyste var i en situasjon hvor en ikke kjente til navnene på de enkelte andelseierne. Jeg forstår dette slik at fylkesmannen mener at det i denne situasjonen var tilstrekkelig at Bleik Utmarkssameie ble varslet ved

én av andelshaverne. Fylkesmannen har videre vist til at byggeplanene uansett var blitt gjort kjent for den enkelte andelshaver i sameiet via den andelshaveren som hadde blitt varslet, og at den enkelte andelshaver således hadde fått anledning til å fremme sine innsigelser til planene. Fylkesmannen har deretter konkludert med at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil ved varslingen som kan antas å ha betydning for vedtaket. Jeg har ingen avgjørende rettslige innvendinger mot dette.

Dersom det er slik at kommunen ikke avklarte med tiltakshaveren om han ønsket å søke om dispensasjon fra reguleringsplikten og ikke sørget for å få klarhet i hvilke særlige grunner som ble påberopt, er dette uheldig. Det er i utgangspunktet opp til tiltakshaveren å påvise «særlige grunner». Det er videre uheldig at naboer og gjenboere ikke ble uttrykkelig anmodet om å uttale seg om dispensasjonsspørsmålet. Jeg har imidlertid ikke funnet grunn til å foreta nærmere undersøkelser omkring dette eller be fylkesmannen foreta en fornyet vurdering på bakgrunn av disse forholdene. Andelshaverne skal ha blitt gjort kjent med byggeplanene før kommunens behandling av saken, og i alle fall før fylkesmannens behandling av klagen var det på det rene og kjent for partene at det var nødvendig med dispensasjon. Hensynet til kontradiksjon synes således å være tilstrekkelig ivarettatt.

2.2 Dispensasjonsvurderingen og betydningen av den etterfølgende utviklingen

Det kan reises spørsmål om kravet til «særlige grunner» var oppfylt i dette tilfellet, og om det kunne dispenseres fra reguleringsplikten. Fylkesmannen har opplyst at det er natur-, friluft- og landskapsinteresser knyttet til området som vil bli berørt. Blant annet er det registrert kvartærgeologiske forekomster i området, og uttak av masser i forbindelse med gjennomføringen av tiltaket vil utgjøre en konflikt i forhold til forekomstene. Det kan dessuten tenkes at det eksisterer særegne vegetasjonsbiotoper i området fordi Røyken ikke var dekket av is under forrige istid. Videre er det registrert hekking av vandrefalk i området. Det synes å ha vært flere som i sakens anledning har uttrykt bekymring for tiltakets påvirkning på de interessene som gjør seg gjeldende i området. Fylkesmannen synes å ha lagt til grunn at det omsøkte tiltaket – blant annet fordi det legger beslag på et forholdsvis lite areal – i nokså liten grad vil påvirke interessene. Som påpekt av Miljøverndepartementet i et høringsnotat i forbindelse med lovendringen i 1989, jf. pkt. 1 ovenfor, vil reguleringsplanprosedyren både være egnet til å avdramatisere eventuelle forestillinger om tiltakets innvirkning på bestående miljø og gi så vel kommunestyret som innbyggerne mulighet til å vurdere tiltaket i en større planmessig sammenheng. I et

tilfelle som det foreliggende, ville det således kunne hatt betydning å gjennomføre en reguleringsplanprosess – ikke minst for å få større klarhet i tiltakets eventuelle innvirkning på interessene i området.

Det er videre på det rene at tiltaket har skapt engasjement og vært kontroversielt, noe som – slik fylkesmannen uttrykker det – i seg selv «taler for behandling som reguleringsplan, og at kommunestyret som kommunens øverste planmyndighet fatter det endelige vedtaket i saken».

Flere forhold talte således for at det ble utarbeidet reguleringsplan. Det måtte da gode grunner til for at det likevel skulle kunne dispenseres fra reguleringsplikten. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å konkludere med hensyn til om kravet til «særlige grunner» for dispensasjon var oppfylt eller ikke.

Et sentralt moment i dispensasjonsvurderingen, som et argument for dispensasjon, har vært tidsaspektet. Etter det opplyste ønsket søkeren å starte byggearbeidene rundt 1. mai 2007 og hadde derfor behov for en rask behandling av søknaden. Det var i følge fylkesmannen en klar forutsetning for søknaden at tiltakshaveren planla å gjennomføre byggearbeidene i 2007. Ifølge klagerne, har tiltakshaveren stoppet utbyggingsplanene inntil videre. Fylkesmannen har etter det jeg forstår ikke etterprøvd disse opplysningene. Det er videre uklart hva som eventuelt er årsaken til stansningen og hva som er status pr. i dag.

Dersom det er korrekt at tiltakshaveren har stoppet byggeplanene, synes et sentralt argument for dispensasjon ikke lenger å være til stede. At tiltakshaverens forutsetning om rask gjennomføring av byggearbeidene, ble tillagt betydelig vekt i dispensasjonsvurderingen, antas – slik saken foreligger her - å ha fremstått som klart for tiltakshaveren. Det nevnes videre at det var tiltakshaveren selv som tilkjennega behovet for en rask avgjørelse og poengterte betydningen av dette, og det antas at forvaltningen hadde begrensede muligheter for å etterprøve dette. Når det da viser seg at utbyggingen ikke går etter planen og behovet for en rask avgjørelse ikke «slår til», kan det spørres om ikke tiltakshaveren må bære risikoen for dette hvor forholdet som nevnt har blitt tillagt vesentlig vekt i vurderingen. Det må i denne henseende også tas i betraktning at tiltakshaveren - noe det er grunn til å tro at er tilfellet - ikke har innrettet seg etter vedtaket.

Fylkesmannen har i forbindelse med behandlingen av saken her vurdert hvorvidt det foreligger en omgjøringsadgang etter forvaltningsloven § 35 femte ledd, men kommet til at det ikke er tilfellet. Adgangen til omgjøring etter de ulovfestede regler som forvaltningsloven § 35 femte ledd viser til, beror på en interesseavveining. For at omgjøring skal kunne skje, må de hensyn som taler for omgjøring veie vesentlig tyngre enn de som taler mot, jf. Eckoff, Smith, For-

valtningsrett, 8. utgave s. 296 flg. I fortsettelsen står det videre:

«Om hvor sterke de hensyn som taler for, i seg selv må være for å begrunne omgjøring, kan det ikke sies så mye generelt. Det spiller en rolle om vedtaket er av en slik art at det er viktig for folk å kunne innrette seg etter det. Ellers beror meget på hvor sterke interesser den private har i at vedtaket blir stående, om omgjøring vil endre den bestående tilstand, hvor meget parten har innrettet seg etter vedtaket, og hvor vidtrekkende endringer det er tale om. ...

Nye fakta som er kommet til etter at vedtaket ble truffet, kan få stor betydning i avveiningen. Et klart eksempel har man når den som vedtaket er til gunst for, har foretatt handlinger som har preg av mislighold; en konsesjonshaver har for eksempel brutt plikter som han er pålagt, misbrukt konsesjonen eller oppført seg på en måte som viser at han er uskikket til å ha den. Det må antas at vesentlig mislighold gir grunnlag for å tilbakekalle begunstigende vedtak generelt. Og selv om misligholdet ikke er vesentlig, kan det begrunne nye vilkår.

Også endringer i de faktiske forhold som den som nyter godt av vedtaket ikke har ansvar for, kan i visse tilfelle gi grunnlag for omgjøring ut fra synspunkter beslektet med privatrettens lære om bristende forutsetninger. Men ikke enhver brist i forutsetningene for vedtaket gir kompetanse til omgjøring. Her som ellers må det foretas en avveining. På den ene siden må det tas hensyn til hvor relevante og vesentlige endringene er, på den annen side må det legges vekt på hvor sterk interesse den private har i at vedtaket opprettholdes, og hvor viktig det er at folk kan innrette seg i tillit til vedtak av den art det gjelder.»

Tilsvarende synspunkter er fremholdt av Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 3. utgave, 2007, s. 553 flg. og Woxholth, Forvaltningsloven, 4. utgave, 2006, s. 541 flg. Det er altså en bred interesseavveining som skal foretas. I sin vurdering har fylkesmannen imidlertid i liten grad gått inn på betydningen av de forhold som jeg har nevnt ovenfor og som vil kunne være relevante i den interesseavveining som skal foretas. Fylkesmannen synes å ha begrenset sin vurdering til om de nye opplysningene alene kunne få betydning for tiltakets gyldighet og ikke tatt i betraktning de øvrige forholdene. Fylkesmannen har heller ikke gått nærmere inn på hva som er årsaken til at utbyggingsplanene er stanset eller på spørsmålet om tiltakshaveren har innrettet seg etter vedtaket eller ikke. Det knytter seg derfor tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd, siste punktum.

Fylkesmannen bør nå bringe faktum omkring utbyggingsplanene nærmere på det rene og deretter foreta en fornyet vurdering av om det foreligger en omgjøringsadgang etter forvaltningsloven § 35 femte ledd.

Jeg ber om å bli holdt underrettet om utfallet av fylkesmannens fornyede vurdering.»

Fylkesmannen behandlet etter dette saken på nytt. I forbindelse med den fornyede vurderingen ble det innhentet en redegjørelse fra tiltakshaveren om status i utbyggingsplanene og deretter en nærmere redegjørelse for hva som var investert i radaranlegget i henhold til tillatelsen. Fylkesmannen kom til at vilkårene for omgjøring av vedtaket om dispensasjon fra reguleringsplikten i plbl. § 23 nr. 1 og rammetillatelse for oppføring av radar på Røyken etter forvaltningsloven § 35 femte ledd, ikke forelå.

77.

Mellombels dispensasjon frå kommuneplanen sin arealdel

(Sak 2007/1152)

Klagaren søkte om mellombels dispensasjon frå kommuneplanen sin arealdel for oppføring av lager og kontorlokale på ei mindre del av sin landbruks-eigedom. Kvam kommune innvilga søknaden og ga dispensasjon fram til 31. desember 2011, men Fylkesmannen i Sogn og Fjordane endra kommunen sitt vedtak og ville ikkje gje slik dispensasjon det var søkt om.

Fylkesmannen hadde i vurderinga lagt liten vekt på at søknaden gjaldt ei mellombels dispensasjon. Det blei vist til at klagaren ikkje hadde fulgt opp vilkåra i eit tidlegare vedtak om mellombels dispensasjon, men fylkesmannen hadde i vedtaket i liten grad gått inn på omstenda i denne saka eller vist til andre høve som kunne gi grunnlag for mistanke om at det dreide seg om ei meir permanent løysing. Da fylkesmannen ikkje hadde klart å vise til omstende som samla ga eit nokså sikkert grunnlag for å tru at det i røynda dreide seg om ein meir permanent ordning, bad ombudsmannen fylkesmannen om å vurdere saka på nytt.

Fylkesmannen vurderte saka på nytt. Vedtak 12. februar 2007 blei omgjort slik at kommunen sitt vedtak 24. oktober 2006 om mellombels dispensasjon blei stadfesta. Fylkesmannen viste i den nye vurderinga til forvaltningslova § 35 fyrste ledd litra c).

A søkte i april 2006 om mellombels dispensasjon i fem år for oppføring av lager og kontorlokale på 97,5 m² på sin landbrukseigedom i Kvam kommune. Arealet var i kommuneplanen sin arealdel lagt ut til landskap-, natur og friluftsområde (LNF- foremål). Han opplyste at det var søkt om ei mellombels løysing i fem år i «påvente av eigna lokalisering for eventuell vidare drift av firmaet», og at det «[G]runna sjukdom i firmaet samt auka driftsmengd» var ynskt å skilje kontordrifta ut frå privat bustad.

Kommunen traff i august 2006 vedtak om å innvilge søknaden og ga dispensasjon fram til 31. desember 2011.

Landbruksavdelinga hos Fylkesmannen i Hordaland påklaga kommunen sitt vedtak. Klaga var mellom anna grunngeven med at arealet var god fulldyrka lettbrukt jord, og at dyrka eller dyrkbar mark ikkje burde byggjast ned. Vidare peika fylkesmannen på at det omsøkte arealet var del av eit område med svært godt jordbruksmiljø, og at kommuneplanen frå juni 2006 hadde avsett det aktuelle arealet til LNF-område der landbruk skulle vere dominerande. Landbruksavdelinga ga også uttrykk for at ho var uroa for at ein ny mellombels dispensasjon kunne utvikle seg til å verte permanent. Vilråa i vedtaket frå 2003 om at arealet skulle ryddast og først attende då dispensasjonen løp ut, var ikkje blitt følgt opp.

Kommunen fann ikkje grunn til å gjere om på vedtaket og gav blant anna uttrykk for at tiltaket ikkje ville føre til auke i avgangen av jord, noko som var sikra ved at løyve var mellombels og at jorda i framtida skulle vere jordbruksareal.

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane blei oppnemnd som settefylkesmann for å handsame klaga, og traff vedtak i februar 2007. Klaga frå Fylkesmannen i Hordaland blei tatt til følgje, og kommunen sitt vedtak blei endra slik at det ikkje blei gjeve mellombels dispensasjon for oppføring av lager og kontorlokale.

Under fylkesmannen si vurdering av saka går det blant anna fram:

«Avgjerande for denne saka er om det ligg føre ein slik overvekt av 'særlige grunner' i forhold til plb. § 7 at det kan verte gitt dispensasjon frå kommuneplanen for området. Dei allmenne interesser som kommuneplanen er meint å skulle ivareta må vegast mot dei aktuelle eigarinteressene.

... Vidare ønskjer du ei mellombels løysing i påvente av eigna lokalisering for eventuell vidare drift av firmaet. Fylkesmannen er difor einig med klagar i at manglande næringsareal ikkje kan sjåast på som ein særleg grunn.

Fylkesmannen ser det også som lite tilrådeleg at styringa skjer gjennom enkeltvis dispensasjoner. Utbygging og frådeling bør skje etter ein heilskapeleg vurdering og planlegging. Fylkesmannen meiner at ein dispensasjonspraksis i samsvar med det påklaga vedtaket vil undergrave den nyleg vedtekne kommuneplanen som styringsdokument og vil kunne føre til ei endring av området.

Vidare vil ein dispensasjon kunne få presensverknadar for seinare tilsvarande saker, noko vi ser på som uheldig.

Fylkesmannen vil også påpeike at når fagettar har gått imot å gje dispensasjon er det vanlegvis lite truleg at det ligg føre slike 'særlige grunner' som gir grunnlag for dispensasjon, jf. Miljøverndepartementet sin rettleiar T-1382, s. 88.

Fylkesmannen i Hordaland har i denne saka vore negative til dispensasjon.»

A bad Fylkesmannen i Sogn og Fjordane om å gjere om på vedtaket. I brevet blei det blant anna halda fram at fylkesmannen hadde misforstått faktum når det gjaldt spørsmålet om jordbruksområdet som dispensasjonen frå 2003 gjaldt var blitt tilbakeført til jordbruk. I brev til A av april 2007 fann fylkesmannen ikkje grunn til å gjere om på vedtaket.

A brakte gjennom sin advokat saka inn for ombodsmannen. I klaga blei det gjort gjeldande at fylkesmannen hadde «utøvd eit urimeleg og alt for strengt skjønn». Det blei opplyst at årsaka til søknaden om mellombels dispensasjon var at «tiltakshavar har eit uløyst og akutt problem knytt til verksemda ... som ikkje har eigna næringsbygg». Vidare gjekk det fram at selskapet hadde heldt til i budstadsuset på gardsbruket til A, og at dette var «utilfredsstillande tilhøve for tilsette og plassen er òg for liten». A viste til at det i lengre tid hadde vore arbeidd for å skaffa eigna tomt for realisering av eit næringsbygg i ..., og at A hadde vore involvert i fleire prosessar for å sjå om det kunne lukkast å skaffa eigna areal. Så langt hadde ikkje dette lukkast. Det blei pekt på at «den løysinga ein har valt med å oppføra ein mellombels kontorrigg på eit mindre areal på gardsbruket til A løyser desse problema, og det er grunn til å tru at i løpet av fem-års perioden vil det kunna lukkast å skaffa ein permanent ordning annan stad.»

Saka vart lagt fram for Fylkesmannen i Sogn og Fjordane. I brevet blei følgjande tatt opp:

1. Ut frå fylkesmannen sitt vedtak var det uklart om og eventuelt kor mykje fylkesmannen hadde lagt vekt på at det var tale om ei mellombels løysing. Fylkesmannen blei derfor bede om å gjere greie for dette. Han blei også spurt om han meinte at dei momenta som gjer seg gjeldande i ei vanleg dispensasjonsvurdering vil vere relevante i vurderinga av om dispensasjon skal gjevast i eit tilfelle som dette, eller om vurderinga vil bli noko anna fordi det er tale om ei mellombels løysing/dispensasjon.

2. Fylkesmannen blei vidare beden om å grunn-gjeve om, eventuelt korleis og i kva mon han meinte at dei interessene som arealbruksføremålet er meint å skulle stette ville lide skade ved ein slik mellombels dispensasjon som tiltakshavaren hadde søkt om. Det blei bede opplyst om ein kunne sjå det slik at dei aktuelle interessene – fordi det er tale om ei mellombels løysing – ikkje ville lide skade eller i alle fall ikkje særleg mykje, og at det derfor ville kunne vere grunnlag for å gje dispensasjon.

3. Det blei vist til klagaren sine opplysningar om at han «har eit uløyst og akutt problem knytt til verksemda ... som ikkje har eigna næringsbygg», og kommunen si uttale om at mangelen på næringsareal og det forhold at det vil ta tid å få vedteke regule-

ringsplanar som sikrar «høveleg industriareal» «i ei sak som gjeld mellombels løyve [...] er eit opplagt lovleg omsyn når dei særlege grunnane skal vurderast».

Under tilvisning til fylkesmannen si uttale på side 2 i vedtaket om at han er «einig med klagar i at manglande næringsareal ikkje kan sjåast på som ein særleg grunn», blei han spurt om han var av den oppfatning at mangelen på næringsareal i kommunen ikkje i seg sjølv var ein tilstrekkeleg grunn til å gje mellombels dispensasjon eller om han – i motsetning til kommunen – meinte at forholdet i det heile ikkje var relevant.

4. Det blei også stilt spørsmål om fylkesmannen meinte at det i denne saka var relevant å sjå på kva kommunen hadde meint om dispensasjonsspørsmålet, og kor stor vekt fylkesmannen eventuelt hadde lagt på dette/omsynet til det kommunale sjølvstyret, jf. forvaltningslova § 34 anna ledd.

5. Endeleg blei fylkesmannen beden om å si noko om når det etter fylkesmannen si meining vil kunne vere høve til å gje mellombels dispensasjon med heimel i plbl. § 7 fyrste ledd, jf. anna ledd. Fylkesmannen blei oppfordra til å vise til eksemplar frå praksis på tilfelle der mellombels dispensasjon var gjeve.

Til spørsmål 1 svarte fylkesmannen:

«Vi er av den oppfatning at det som utgangspunkt vil vere dei same momenta som gjer seg gjeldande i ei vanleg dispensasjonsvurdering som vil vere relevante ved vurderinga av ein mellombels dispensasjon. Samtidig vil forholdet at dispensasjonen berre skal gjelde for ein avgrensa periode vere eit moment i vurderinga av om vilkåret er oppfylt. Vurderinga vil difor verte noko anna nettopp fordi dette momentet må takast med.

I denne saka er det lagt vekt på at dispensasjonen er mellombels sjølv om dette ikkje kjem uttrykkeleg fram i vedtaket. Etter ein konkret gjennomgang av saka kom vi likevel til at dei omsyna som vart gjort gjeldande i saka som grunngeving for å gje dispensasjon og at det er tale om ein mellombels dispensasjon, ikkje var tilstrekkeleg tungtvegande til å ha gjennomslag overfor dei omsyna som talar imot dispensasjon. Vi viser i denne samanhengen til dei momenta Fylkesmannen i Hordaland har vist til i sin klage av 21.09.06 og vårt vedtak den 12.02.07. Vi ønsker også å syne til at det tidlegare er gjeve mellombels dispensasjon i perioden 01.07.03 til 31.12.03. Arealet er ikkje ført attende til jordbruksproduksjon. Vi meiner difor at sidan det er tale om forlenging av eit mellombels løyve svekkjer dette graden av vekt for dette momentet.

Eit av momenta vi har lagt stor vekt på og som vi vil presisere er at kommuneplanen vart vedteken den 13.06.06. Søknaden om mellombels dispensasjon er datert 21.04.06. Vi meiner difor at kommunen har teke stilling til kva som skal vere arealbruk i det aktuelle området, og det er derfor veldig uheldig at kommunen to månader

etter at planen er vedteken likevel gjev mellombels dispensasjon.»

Til spørsmål 2 uttala fylkesmannen:

«Som utgangspunkt er Fylkesmannen einig med Sivilombudsmannen i at dei interessene som arealbruksføremålet er meint å ivareta ikkje i særleg utstrekning lir skade ved ein mellombels dispensasjon.

I dette tilfellet meiner vi likevel det motsette sidan arealet frå 01.07.03 ikkje har vore nytta til det føremålet som er fastsett i kommuneplanen. Vi meiner at det i dette tilfellet bør leggjast vekt på at ein dispensasjon fram til 31.12.11 difor får ein karakter av å vere ein permanent dispensasjon. Dette argumentet vert styrka med at kommunen nyleg har revidert kommuneplanen utan å endre arealbruksføremålet.»

Til spørsmål 3 hadde fylkesmannen følgjande merknad:

«Vi meiner det kan tenkast tilfelle der manglande næringsareal kan vere ein tilstrekkelig grunn til å gje mellombels dispensasjon. Føresetnaden er då, som i alle andre tilfelle, at omsyna som LNF-området skal ivareta ikkje lir skade ved dispensasjonen eller omsynet til manglande næringsareal veg tyngre.

I dette tilfellet derimot meiner vi at dette momentet ikkje har nokon vekt. Vi syner her til den nyleg reviderte kommuneplanen der kommunen ikkje har sett det som naudsynt å endre arealbruksføremålet for dette området til tross for at det i 2003 var gitt mellombels dispensasjon og at det under revideringa av kommuneplanen på nytt var søkt om mellombels dispensasjon.»

Til spørsmål 4 ga fylkesmannen uttrykk for følgjande:

«Etter forvaltningslova § 34, andre ledd skal klageinstansen leggje vekt på omsynet til det lokale sjølvstyre ved prøving av det frie skjønn. I praksis vil dette innebere ein viss terskel for klageinstansen i forhold til å endre kommunale eller fylkeskommunale vedtak på grunnlag av overprøving av det frie skjønnet. I tilfelle der det ikkje er sterke planfaglege omsyn mot ein dispensasjon og der kommunen har gjort ein grundig gjennomgang av saka, bør klageinstansen vere noko tilbakehalden med å overprøve kommunen si vurdering. Det må i dessa tilfella leggjast til grunn at kommunen har god kjennskap til arealbrukspolitikken i området.

Dette stiller seg likevel annleis der klageinstansen/Fylkesmannen har innvendingar som kan forankrast i nasjonale eller regionale overordna omsyn, jf. klagen frå landbruksavdelinga hjå Fylkesmannen i Hordaland. I denne saka meiner vi dette er tilfellet slik at omsynet til det kommunale sjølvstyret difor er svekka.»

Til spørsmål 5 uttala fylkesmannen:

«Vi meiner det kan vere aktuelt å gje mellombels dispensasjon i tilfelle der omsyna bak regelen som det er aktuelt å gje dispensasjon frå ikkje vert skadelidande. Dersom det ligg føre overvekt av omsyn som taler for dispensasjon, vil lova sitt krav vere oppfylt og dispensasjon kan gis. For eksempel kan bruksendring frå industribygg til mellombels bustad vere eit slikt tilfelle forutsatt at bruksendringa er i samsvar med elles gjeldande regelverk. Eit anna tilfelle som kan vere aktuelt er mellombels dispensasjon for etablering av veg i anleggsperioden for oppføring av fritidsbustad. Føresetnaden er då sjølvstyre at vegen vert tilbakeført, og at det faktisk let seg gjere.

Vi har ikkje eksempel frå praksis der mellombels dispensasjon er gitt. Erfaringa hjå oss er at dei dispensasjonssakene som vi handsamar gjeld varige unntak frå arealbrukskategoriane eller plbl. § 17-2.»

A kom deretter med kommentarar til fylkesmannen sitt svar. I følge A «antyder» fylkesmannen i svarbrevet hit «at tiltakshavar ikkje vil halde seg til at det dreier seg om eit midlertidig tiltak, og at dette kan gli over til ein permanent situasjon». I brevet ga A nærare greie for kva som skjedde i den tidlegare saka om mellombels dispensasjon. Dispensasjonen skal ha blitt gjeve i samband med at «... skulle byggje ny kraftlinje frå ... til ...». Vidare går det fram at: «... hadde då trong for lagringsplass til stolpar og anna materiell som var nødvendig i samband med linjebygginga. Dei fekk avtale om slik lagringsplass med A, og det vart søkt om og innvilga mellombels om-disponering til dette føremålet. Dette gjaldt eit areal på om lag 4 dekar. Då anleggstida var slutt, vart dette arealet tilbakeført til jordbruk i samsvar med vedtaket.» A skreiv vidare: «Eit mindre areal på om lag 300 kvm, på utsida av vegen, vart liggjande som opparbeidd parkeringsplass. Dette vart gjort fordi bruket produserer fôr i siloposar. Disse vart lagra rundt dette arealet. For at ein kunne koma til med å henta desse siloposane, var det nødvendig å køyra ut av den trafikkerte vegen. Etter mitt syn er ei slik utkøyring etablert for og brukt til dette føremålet, innanfor LNF-området og treng ingen omdisponeringsvedtak.»

Ved avslutninga av saka uttalte eg:

«Plbl. § 7 fyrste ledd seier at kommunen, når «særlege grunner» ligg føre, kan gjeve varig eller mellombels dispensasjon frå føresegn i lov, vedtekt eller forskrift. I anna ledd er det bestemt at mellombels dispensasjon kan gjevast på bestemt eller ubestemt tid og inneber at søkjaren ved utløpet av dispensasjonstida må fjerne eller endre det utførte eller oppføre med mellombels tillatt bruk og, dersom det blir kravd, gjenopprette den tidlegare tilstand.

I svarbrevet hit har fylkesmannen opplyst at han har lagt til grunn at det som utgangspunkt er dei same

momenta som vil kunne vere relevante i vurderinga av ein mellombels dispensasjon som i ei vanleg dispensasjonsvurdering. Vidare har fylkesmannen lagt til grunn at det forhold at dispensasjonen berre skal gjelde for ein avgrensa periode er eit moment i vurderinga av ein mellombels dispensasjon. Nettopp fordi nemnde moment må takast med i slike høve, vil vurderinga difor – i følge fylkesmannen – likevel vere ei noko anna enn om dispensasjonen ikkje er mellombels. Nemnde vurdering gjer ikkje grunn til særskilde merknader herifrå.

I denne saka er det, i følge fylkesmannen, lagt vekt på at dispensasjonen er mellombels sjølv om dette ikkje kjem uttrykkeleg fram i vedtaket. Samstundes har fylkesmannen gjeve uttrykk for at vekten av momentet er svekt i denne saka fordi «det tidlegare er gjeve mellombels dispensasjon i perioden 01.07.03 til 31.12.03», og «[a]realet er ikkje ført attende til jordbruksproduksjon».

Fylkesmannen har også uttala at han meiner at dei interessene som arealbruksføremålet er meint å stetta ikkje i særleg mon lir skade ved ein mellombels dispensasjon, men at dette ikkje gjeld i dette tilfellet «sidan arealet frå 01.07.03 ikkje har vore nytta til det føremålet som er fastsett i kommuneplanen». Det blei i denne samanheng halde fram «at det i dette tilfellet bør leggjast vekt på at ein dispensasjon fram til 31.12.11 difor får ein karakter av å vere ein permanent dispensasjon».

Fylkesmannen sitt vedtak og svar hit, viser at det er lagt liten vekt på at søknaden gjeld ein mellombels dispensasjon. Som fylkesmannen sjølv har gjeve uttrykk for, har han sett på dispensasjonen som ein dispensasjon av meir permanent karakter. Sjølv om det ikkje er sagt beint fram, legg eg til grunn at fylkesmannen med tilvising til tidlegare dispensasjonssak er redd for at A ikkje vil rydde tomte når dispensasjonstida er ute og at ein ny mellombels dispensasjon derfor vil utvikle seg til å bli meir eller mindre varande.

Forvaltninga vil ved framferd i strid med innvilga løyve normalt vere vist til å nytta seg av dei sanksjonane lova gjer tilvising på. I vurderinga av om forvaltninga skal gjeve mellombels dispensasjon vil det likevel i nokon tilfelle vere relevant å leggje vekt på at søkjar i eit tidlegare høve ikkje har tilbakeført arealet til det opphavlege føremålet ved utløpet av tida for den mellombelse dispensasjonen. I det konkrete høvet kan eit slikt mishald gjeve grunn til rettkommen tvil med omsyn til om vilkåra for den aktuelle dispensasjonen vil bli følgt opp og ei otte for at det i røynda er tale om ein meir permanent dispensasjon.

I denne saka, er tilhøva kring den tidlegare dispensasjonen noko uklare. Fylkesmannen har – slik dette går fram av vedtaket – sagt at «[a]realet i perioden 01.07.03 til 31.12.03 [har] vorte mellombels om-

disponert frå jordbruk til lager», og at arealet framleis «ikkje [er] ført attende til jordbruksproduksjon». Noko meir om tilhøva kring den tidlegare dispensasjonen, eventuelt om det også er andre høve som gjev grunnlag for mistanke om at vilkåra for ein ny mellombels dispensasjon ikkje vil bli følgt opp, er det ikkje sagt noko om i vedtaket. Herunder er det ikkje opplyst bakgrunnen for den tidlegare dispensasjonen eller kva som er årsaka til at arealet (eventuelt) ikkje er ført attende til jordbruksproduksjon. Dette er to sentrale moment i vurderinga. Det er heller ikkje opplyst om A også på eit anna tidspunkt har misleghaldt vilkåra for ein mellombels dispensasjon. Dersom det skal kunne sjåast bort i frå eller leggjast lita vekt på at søknaden gjeld ein mellombels dispensasjon slik fylkesmannen har gjort, må det kunne visast til omstende som samla gjev eit nokså sikkert grunnlag for å tru at det reelt dreier seg om ein meir permanent dispensasjon. Etter mi meining har fylkesmannen ikkje påvist slike omstende. Fylkesmannen si grunngeving på dette punkt er knapp og framstår som mangelfull.

Det visast i denne samanheng til at fylkesmannen ikkje i brev av april 2007 tok stilling til A si opplysning om at området var tilbakeført til jordbruk med unntak av eit lite område. Det går heller ikkje fram av vedtaket eller av fylkesmannen si utgreiing i samband med handsaminga av saka her kva for dokumentasjon og opplysningar fylkesmannen har basert seg på i høve til den tidlegare dispensasjonen og kva for undersøkingar fylkesmannen eventuelt har gjort i høve til dette. Temaet synest å ha stått sentralt i fylkesmannen si vurdering. På bakgrunn av at A hevdar at fylkesmannen her har basert seg på feil faktum i det området er tilbakeført, må det kunne krevjast at fylkesmannen i samband med ei fornya vurdering av saka gjer nærare undersøkingar. Det visast i denne samanheng til forvaltningslova (fvL) § 17 der det heiter at forvaltningsorganet skal sjå til at saka er så godt opplyst som mogleg før vedtak blir gjort.

Dersom det er slik at vilkåret om tilbakeføring blei oppfylt i den førre dispensasjonssaka frå 2003 eller omstenda kring dispensasjonen er slik at det likevel ikkje er grunnlag for å tru at den aktuelle dispensasjonen i røynda dreier seg om ein meir permanent dispensasjon, og det faktisk er slik at det ikkje er tilgjengeleg industriareal i gjeldande reguleringsplanar, synes dette å vere relevante omsyn å vektleggje i ei sak som denne. Ein reguleringsplanprosess tar tid, og fylkesmannen si uttale i vedtaket 12. februar 2007 om at omsøkte dispensasjon «vil undergrave den nyleg vedtekne kommuneplanen som styringsdokument og vil kunne føre til ei eindring av området», synes i denne samanheng da mindre treffande. Fylkesmannen si vurdering av relevansen og vekta av det lokale sjølstyre i denne saka, synes også mindre

treffande dersom dei faktiske tilhøva er annleis enn det fylkesmannen har lagt til grunn for sitt vedtak.

Eg ber fylkesmannen om å gjere ei ny vurdering av saka og om at fylkesmannen orienterer meg om si nye vurdering.»

Fylkesmannen vurderte saka på nytt. Vedtak 12. februar 2007 blei omgjort slik at kommunen sitt vedtak 24. oktober 2006 om mellombels dispensasjon blei stadfesta. Fylkesmannen viste i den nye vurderinga til forvaltningslova § 35 fyrste ledd litra c).

78.

Tolking av reguleringsplan i forbindelse med søknad om utbygging av et naustområde

(Sak 2007/506)

Saken reiste flere spørsmål om tolking av en reguleringsplan. Fylkesmannen hadde omgjort kommunens rammetillatelse for utbygging av et naustområde og avslo det omsøkte tiltaket. Det var blant annet spørsmål om reguleringsplanens krav til en såkalt opparbeidingsplan bare gjaldt for hver enkelt eiendom innenfor et område, hvordan begrepet «naust i tradisjonell byggjestil» skulle forstås og i hvilken grad planen ga rett til utfylling i sjø.

Ombudsmannen kom til at planen var uklar på flere punkter, men at det ikke var grunnlag for vesentlige innvendinger mot de tolkingresultater fylkesmannen hadde kommet til. Saken var likevel et illustrerende eksempel på hvilke vanskeligheter som kan oppstå når reguleringsplaner ikke er entydige.

Klagerens eiendom var i reguleringsplan for Y delvis regulert til bolig og delvis til brygge/naust på land. Eiendommen inngikk i et areal som var benevnt BN1. I tillegg til klagerens eiendom, var også noen mindre tomter tilhørende andre grunneiere i BN1 omfattet. Arealet omfattet også noe sjøareal, som ble avsatt til brygge/naust i sjø.

Det fremgikk av reguleringsvedtektenes punkt 6 at brygge/naust skulle være i «tradisjonell byggjestil». Videre fremgikk det at det måtte foreligge «godkjent opparbeidingsplan» før utbygging kan tillates.

Klagerne søkte om rammetillatelse («planskildring for rammeløve») for utbygging av naustområdet. Søknaden gjaldt åtte naust med sammenhengende brygge foran de første syv og separat brygge foran det åttende. Maksimal byggehøyde ble angitt til 6,7 meter. Det ble videre søkt om opparbeidning av området og utfylling i sjø. Vedlagt søknaden var kart over området. Planforslaget anga kun de tiltak klagerne ønsket å gjøre på egen eiendom.

Kommunen mente, med unntak av spørsmålet om byggegrense mot friareal, at søknaden var i sam-

svar med reguleringsplanen og ga rammetillatelse for utbygging av naustområdet.

Vedtaket ble påklaget av en av naboen. Fylkesmannen konkluderte med at det var flere forhold kommunen ikke hadde drøftet godt nok (jf. forvaltningsloven § 25), og opphevet derfor kommunens vedtak og sendte saken tilbake for ny vurdering.

Kommunen behandlet saken på nytt. Søknaden ble først avslått. Begrunnelsen var at «det må liggja føre godkjent bebyggelsesplan etter Pbl § 28-2 før søknad om deling/bygging i område BN1 kan behandlast».

Vedtaket ble imidlertid påklaget og Utvalget for drift og utvikling gjorde vedtak om å ta klagen til følge og ga rammetillatelse for utbyggingsplanene. Begrunnelsen var at «utarbeida plan er i samsvar med reguleringsføresegnene» og at opparbeidingsplan «ikkje [er] ein formell plan etter plan- og bygningslova». Vedtaket ble gjort i strid med administrasjonens innstilling.

Vedtaket ble påklaget av naboen. Fylkesmannen omgjorde kommunens vedtak om tillatelse til bygging av naustområdet. Fylkesmannen konkluderte med at tiltaket stred mot bestemmelser i reguleringsplanen og den nye arealdelen til kommuneplanen. Han mente at det ikke var krav om bebyggelsesplan etter plan- og bygningsloven (plbl.) § 28-2, men at reguleringsplanen krevde at tiltakshaveren utarbeidet en opparbeidingsplan som omfatter alle eiendommene innenfor BN1. Den nye kommuneplanens krav til størrelse på naust måtte komme til anvendelse og omsøkte bygninger falt utenfor definisjonen på «naust». Videre la fylkesmannen til grunn at reguleringsplanen ikke åpnet for så omfattende utfylling i sjø som det var søkt om. Etter dette mente fylkesmannen at tiltaket ikke kunne tillates uten at reguleringsplanen ble endret.

I klagen til ombudsmannen fremholdt klagerne at fylkesmannens vedtak var ugyldig ettersom fylkesmannen hadde «foretatt feil lovanvendelse, feil faktum er lagt til grunn, tatt utenforliggende hensyn og foretatt urimelig forskjellsbehandling».

Fylkesmannen ble bedt om å kommentere klagerens anførsel om at opparbeidelsesplanen «angir hele BN1 som ramme for planen» og at manglende beskrivelse av inngrep på de øvrige eiendommene ikke betydde at disse ikke var med i planen.

Fylkesmannen ble spurt hvordan han tenkte seg at det i praksis, når grunneierne seg imellom var uenige om utnyttelsen av feltet, skulle kunne lages en felles plan. Videre ble det bedt opplyst om det var grunn til å tro at kommunen ville fremme forslag til en slik plan. Fylkesmannen ble også bedt om å redegjøre for om kravet ville medføre at en grunneier som får protester fra sine naboer i praksis vil bli avstengt fra å få gjennomført et tiltak bare fordi det ikke lot

seg gjøre å utarbeide en felles opparbeidingsplan. Til slutt ble det stilt spørsmål om hvordan fylkesmannen vurderte et slikt krav i lys av legalitetsprinsippet.

Det ble bedt opplyst om det var riktig å legge til grunn at reguleringsplanen ikke hadde «nærare regler om naust» når den krevde at disse måtte være i tradisjonell byggestil. Videre ble fylkesmannen spurt om uttrykket «tradisjonell byggestil» ikke ga noen anvisning på størrelsen. Det ble også reist spørsmål om det var anledning til å la kommuneplanen utfylle reguleringsplanen når den ikke kom til anvendelse.

Klagerne fremholdt at kommunen allerede ved naustutbyggingen av området BN3 i 2003 hadde «vist hva kommunen mener med tradisjonell byggestil». Ifølge klagerne hadde kommunen «vist at det er naust av samme type som det klagerne planlegger å bygge som ligger i reguleringsplanens tekst». Fylkesmannen ble bedt om å kommentere dette, herunder anførselen om usaklig forskjellsbehandling.

Til slutt ble det bedt om kommentarer til klagerens innvendinger mot fylkesmannens oppfatning om at reguleringsplanen ikke åpnet for den omsøkte utfyllingen i sjø.

I brev hit svarte fylkesmannen at det var uheldig at kommunen i plansammenheng hadde benyttet begrepet «opparbeidingsplan» når dette ikke har et klart juridisk innhold. Fylkesmannen mente at bruken av dette begrepet viste en av reguleringsplanens uklarheter. Videre svarte fylkesmannen:

«Etter Fylkesmannens oppfatning gir det ikke mening at kravet til opparbeidingsplan bare skulle gjelde for hver enkelt eiendom innenfor BN1. Enkelte eiendommer innenfor BN1 er svært små, slik at vi ikke kan se hva en opparbeidingsplan for en slik eiendom skulle innebære.

Enhver grunneier i BN1 kan fremme et forslag til slik 'opparbeidingsplan'. Planforslaget må i tilfelle omfatte hele område BN1. Planforslaget til en enkelt grunneier kan være i strid med andre grunneieres ønsker/interesser. Det er kommunen som beslutter om forslaget til 'opparbeidingsplan' er i samsvar med reguleringsplanens krav til 'opparbeidingsplan'. Kommunen kan alternativt selv utarbeide en 'opparbeidingsplan' for hele BN1.

Det kan kanskje fremstå noe uklart når Fylkesmannen i vedtaket av 13.9.2006 har uttrykt at: 'tiltakshavar ikkje kan påleggjast å utarbeide ein plan for meir enn hans eigen eigedom'. Med dette har Fylkesmannen bare ment det selvsagte: Det er en forutsetning for at området kan utbygges at grunneier/flere av grunneierne/kommunen utarbeider slik opparbeidingsplan for hele BN1. Det er likevel selvsagt slik at ingen grunneier kan 'pålegges' å utarbeide plan, men uten opparbeidingsplan kan da heller ikke området utbygges.

Fylkesmannen kan ikke se at omtalte fremgangsmåte er problematisk i forhold til legalitetsprinsippet. Som ellers på plan- og bygningsrettens område kan private fremme private planforslag i strid med andre grunneieres ønsker/ønsker, men det er kommunen som er beslutnings-

myndighet. Alternativt er det kommunen som selv utarbeider planforslaget.

Det som etter klagers oppfatning taler for at omsøkte tiltak oppfyller kravet til plan for hele BN1 er at søknaden i sin ytre ramme omfatter hele BN1 samt at søker mener å ha tatt hensyn til tilflottsretten til de eksisterende naustene i område. Videre trenger ikke nødvendigvis en opparbeidingsplan for BN1 omfatte inngrep i de øvrige eiendommer.

Spørsmålet er om disse forhold gjør at kravet til opparbeidingsplan for hele BN1 må anses oppfylt.

Det som etter vår mening taler mot at kravet til opparbeidingsplan for hele BN1 er oppfylt er følgende forhold: Fylkesmannen mener omsøkte tiltak gir en intensiv utnyttelse av et relativt lite naustområde innenfor BN1 uten at de andre grunneierens interesser er ivarett utover at de fremdeles vil ha i behold en tilflottsrett til naustene sine. Tilflotten til eksisterende naust blir videre noe forverret ved at sundet mellom fastlandet og den nærmeste øyen blir utbygd. Det er planlagt tilkomstveg og parkering for omsøkte tiltak, men det synes ikke som om tilkomst og parkering til de andre naustene innenfor BN1 er tilstrekkelig vurdert i opparbeidingsplanen. Hensynet bak kravet til plan for hele området må være at bruken av hele området BN1 vurderes samlet, og at det utarbeides et kompromissforslag som i størst mulig grad ivaretar alle grunneierens interesser i BN1.»

Fylkesmannen svarte videre at enhver grunneier kan fremme et forslag for hele BN1 i strid med de andre grunneierens interesser. Videre antok fylkesmannen at hvorvidt kommunen ville fremme slikt forslag var et ressurs spørsmål. Til spørsmålet herfra om ikke kravet vil medføre at en grunneier som møter protester fra sine naboer i praksis vil avstenges fra å få gjennomført et tiltak bare fordi det ikke lar seg gjøre å utarbeide en felles opparbeidingsplan, svarte fylkesmannen benektende. Fylkesmannen gjentok at en grunneier kan fremme et forslag til opparbeidingsplan i strid med de andre grunneierens interesser og at det er opp til kommunen å vurdere om forslaget er innenfor reguleringsplanens krav til «opparbeidingsplan» for hele BN1. Når det gjaldt spørsmålet om hvordan fylkesmannen vurderer et slikt krav i lys av legalitetsprinsippet, svarte fylkesmannen at «dette er en saksgang som ikke er ulik saksgangen for andre planforslag etter plan- og bygningsloven (pbl), jf. pbl § 30 om private reguleringsforslag».

Fylkesmannen svarte følgende på spørsmålene herfra om forholdet mellom reguleringsplanen fra 2000 og kommuneplanen av 2006:

«Det er ikke tvilsomt at reguleringsplanen gjelder for området BN1. Det er i kommuneplanen av 2006 fastsatt at den aktuelle reguleringsplanen skal gå foran arealdelen i den nye kommuneplanen, jf. pbl § 20-6, 3. ledd. Vi beklager dersom dette ikke har kommet klart nok til uttrykk i vårt vedtak av 13.9.2006.

Fylkesmannen vurderer at kommuneplanens definisjon på naust kan være et tolkningsmoment ved forståelsen av hva som etter reguleringsplanen er å forstå som et 'naust' i 'tradisjonell byggestil'.

Utgangspunktet er uansett reguleringsplanens ordlyd. Med 'naust' i 'tradisjonell byggestil' må forstås tradisjonelle naust.

Det er naturlig å ta utgangspunktet i begrepet 'naust'.

I Fylkesdelplanen for kystsona i Hordaland (2001-2004) står det på side 26:

'Naust er bygninger i strandsona som vert nytta til oppbevaring av reiskaper, utstyr, båtar og anna. Naust som skal nyttast til overnatting og er innreidde som bustad/fritidsbustad kjem ikkje inn under dette omgrepet.'

Denne fylkesdelplanen er nylig erstattet av fylkesplanen for Hordaland 2005 - 2008, godkjent av Kongen i statsråd 13. april 2007. I den nye fylkesplanen er naust definert på samme måte i kap. 8.3, punkt 2.1 bokstav e.)

Fylkesmannen viste deretter til at Miljøverndepartementet hadde behandlet en innsigelse fra Fylkesmannen i Rogaland om størrelse på naust i forslag til kommuneplan for Tysvær kommune. Departementet omtalte der naust på 36 m² T-BRA som «svært store», og var enig med Fylkesmannen i Rogaland i at størrelsen måtte reduseres til 30 m² T-BRA for å unngå at naustene fikk «uheldige konsekvenser for strandvernet».

Videre viste fylkesmannen til en sak som ble avgjort av settefylkesmannen i Sogn og Fjordane. Saken dreide seg om et naust med et bebygd areal på 70 m² der bruksarealet utgjorde 98 m² og var i to etasjer med tilhørende brygge på 140 m². Eiendommen lå dels i et naustområde og dels i et LNF-område. Fjell kommune ga tillatelse til tiltaket, og vedtaket ble påklaget av miljøvernavdelingen hos Fylkesmannen i Hordaland. Fylkesmannen i Sogn og Fjordane viste blant annet til den ovenfor nevnte innsigelsessaken og uttalte at naustet på grunn av sin størrelse «*ikke kan karakteriseres som et tradisjonelt naust*».

Fylkesmannen viste også til eget vedtak i sak 2005/3579, som gjaldt søknad om oppføring av «naust» i et område som i kommuneplanen for Bømlo var avsatt til naust/båthavn. Kommunen ga tillatelse til en mønehøyde på 6,5 meter. Fylkesmannen vurderte at godkjente tiltak hadde en høyde som ikke var i samsvar med det som er et «*tradisjonelt naust på staden*».

Omsøkte tiltak hadde etter fylkesmannens syn en størrelse som langt overgikk det som var nødvendig for å oppbevare båter, utstyr, redskaper og annet knyttet til bruk av båt.

Fylkesmannen opplyste at han hadde vært på befaring både innenfor område BN1 og BN3.

Når det gjaldt begrepet «tradisjonell byggestil» mente fylkesmannen at det var naturlig å ta utgangspunkt i hva som tradisjonelt har vært karakterisert som naust på Vestlandet. Disse har historisk sett ikke hatt mønehøyder på mellom 6 og 7 meter. Tvert imot har tradisjonelle naust på Vestlandet vært bygd i en etasje med loft uten knevegg, eller i en etasje uten loft. Fylkesmannen viste til vedlagte bilder av et eksisterende naust i område BN1. Etter fylkesmannens oppfatning var dette et naust i «tradisjonell byggestil».

Fylkesmannen fremholdt videre at tiltaket «kan minne om det man tradisjonelt forbinder med såkalte rorbuer», og viste til at rorbu er forbundet med en bygning for oppbevaring av båt og overnatting. Størrelse og form på omsøkte tiltak minnet etter fylkesmannens mening om en slik rorbu. Avslutningsvis viste fylkesmannen, som et tolkningsmoment, til de nyere retningslinjene som fremgår av kommuneplanen av 2006. Kommunen har der definert forskjellen på naust, rorbu og hytte. Fylkesmannen mente at omsøkte tiltak «muligens» holdt seg innenfor definisjonen på rorbu, men at det klart kom i strid med kommuneplanens definisjon av naust. I bestemmelsene til kommuneplanen fremgår det at det ikke kan bygges naust over 40 m² BRA, at byggehøyden ikke skal overskride 4,5 meter over byggets sokkel og at garnloft skal være uten knevegger. Fylkesmannen antok at kommunen hadde ment å kodifisere hva som regnes som naust i tradisjonell forstand.

Fylkesmannen kunne ikke se at kommunens godkjennelse av tre naust innenfor området BN3 i 2003 kunne danne grunnlag for en «tradisjon». Etter dette fant fylkesmannen det klart at omsøkte tiltak ikke var «naust» i «tradisjonell byggestil».

Fylkesmannen vurderte det slik at kommuneplanens definisjon på naust kunne være et tolkningsmoment ved forståelsen av hva som etter reguleringsplanen er å forstå som et naust i tradisjonell byggestil.

Til spørsmålene herfra om kommunen ved tillatelse til naustbygging på BN3 i 2003 hadde vist hva kommunen mente med naust i tradisjonell byggestil og spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling, svarte fylkesmannen:

«Vi gjør innledningsvis oppmerksom på at ingen av de nevnte godkjente tiltakene innenfor område BN3 har vært behandlet av Fylkesmannen som klageinstans.

Fylkesmannen kan ikke være bundet av kommunens praksis ved forståelsen av arealbegrepet 'naust'. Dette innebærer at Fylkesmannen må kunne stramme inn kommunens praksis i forhold til hva som tidligere har vært godkjent i Bømlo kommune i områder avsatt til 'naust' uten at dette kommer i strid med den ulovfestede læren om usaklig forskjellsbehandling. Sammenligningsgrunnlaget i forhold til spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling må være andre vedtak fattet

av Fylkesmannen eller settefylkesmann, jf. de refererte sakene ovenfor. Med 'naust' i 'tradisjonell byggestil' må forstås tradisjonelle naust. Fylkesmannen er av den klare oppfatning at omsøkte tiltak ikke er tradisjonelle naust. Vi kan derfor heller ikke være bundet av hva kommunen har lagt til grunn innenfor BN3.»

Fylkesmannen ga følgende kommentar til spørsmålet om utfylling i sjø:

«Fylkesmannen mener reguleringsplanen er uklart i forhold til utfylling i sjø.

I Miljøverndepartementets veileder til 'Reguleringsplan/Bebyggelsesplan' fremgår det flere steder viktighet av entydige planer, se f.eks. under punkt 6.3:

'Planen bør være framstilt enkelt og den må være nøyaktig, slik at forståelsen blir entydig, både p.g.a. planens rettsvirkning for den enkelte og fordi den skal være et grunnlag for utbygging og gjennomføring. Forståelige planer er også nødvendig for at plan- og bygningslovens forutsetning om medvirkning fra alle parter skal bli oppfylt.'

Det er et demokratisk problem dersom private og uklare planforslag 'går gjennom systemet' og åpner opp for en utbygging som høringsinstanser ikke kan forutse.

Det fremstår som åpenbart at planen ikke kan forstås bokstavelig som om hele sjøarealet som er avsatt til 'BRYGGE - NAUST i sjø' kan benyttes til dette formålet. Det ville bl.a. medført at eksisterende naust hadde mistet sin tilflottsrett.

Ethvert forvaltningsvedtak, også en vedtatt reguleringsplan, kan være ugyldig. Det følger likevel av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper at ugyldigheten ikke rekker lenger enn ugyldighetsgrunnene tilsier. Fylkesmannens oppfatning er at reguleringsplankartets angivelse av utfylling i sjø åpenbart ikke kan forstås bokstavelig. En følge av dette er at reguleringsplanen er delvis ugyldig i forhold til utfylling i sjø og må tolkes innskrenkende.

Fylkesmannen presiserer likevel at vi i vedtaket av 13.9.2006 konkluderte med at reguleringsplanen ikke åpner opp for utfylling i sjø 'slik det er omsøkt'. Fylkesmannen har ikke dermed sagt at reguleringsplanen overhodet ikke åpner opp for utfylling i sjø. Poenget er at omsøkte tiltak medfører en *'relativt omfattende utfylling i sjø som vil endre landskapet monaleg. Det må kreves at eit slik naturinngrep går klarare fram av ein reguleringsplan for å vere rettslig bindande. Dette for å sikre at sektormyndigheiter som til dømes Fylkeskommunen og Fylkesmannen si miljøvernavdeling har eit klart grunnlag for å vurdere om dei skal reise motsegn mot planen'*, jf. vårt vedtak av 13.9.2006, punkt 6, 5. avsnitt.»

Til slutt svarte fylkesmannen at han opplevde det som problematisk at enkelte kommuner ga tillatelser til oppføring av såkalte «naust» som hadde en størrelse og form som i praksis åpnet for ulovlig bruk som fritidsbolig. Han viste til veilederen «Råd om planlegging og forvaltning av strandsona i Hordaland»

utgitt av Fylkesmannen i Hordaland og Hordaland fylkeskommune i 2007. Fylkesmannen opplyste at han hadde sett flere eksempler på at bygninger som var oppført som såkalte naust over flere etasjer i ettertid var blitt innredet med flislagt bad, stue, kjøkken og soverom med parkett og boligstandard i andre etasje for så å bli lagt ut til salgs som hytter til priser over to millioner kroner. For ikke å komme i konflikt med naustbegrepet har gjerne selger opplyst at parkettbelagt stue var «garnloft» og kjøkken omtalt som «bysse». Naust for oppbevaring av båt i samme område hadde gjerne en verdi langt under en million kroner, noe som viste hvilken potensiell verdi som ligger i ulovlig innredning.

Fylkesmannen minnet om at hytter privatiserer strandsonen i langt større grad enn naust, og at det er vanskelig å håndheve ulovlig innredning av lovlig oppførte bygninger i strandsonen dersom det åpnes for at naustbegrepet tøyes, særlig i forhold til høyde.

Dersom man tillot det omsøkte tiltaket som naust, ville det etter fylkesmannens syn skape presens i Hordaland som igjen ville gi grunnlag for «uoverkommelige problemer» for både kommuner og fylkesmannen som skal håndheve at tilsvarende såkalte naust ikke blir ulovlig innredet og brukt som hytter.

Fylkesmannen vedla bilder fra området tatt på befaringen. To bilder fra BN1 viste holmelandskapet som er søkt utbygd. Et bilde viste et naust innenfor BN1 og fylkesmannen mente at dette var et eksempel på naust i tradisjonell byggestil. De to siste bildene viste såkalte naust i område BN3.

Klagerne mente fylkesmannens standpunkt om at tiltakshaveren ikke kunne pålegges å utarbeide plan for mer enn egen eiendom ikke kunne misforstås. Når tiltakshaveren ikke kan pålegges å utarbeide plan for mer enn egen eiendom «må det være ganske åpenbart at ikke tiltakshaveren i ettertid blir møtt med at manglende plan for de øvrige eiendommene har betydning for søknaden». Når det gjaldt fylkesmannens anførsel om at tilflotten ville bli forverret, vedla klagerne bilder av sundet mellom fastlandet og øyene. De presiserte at sundet tidligere var avstengt med en bro som var rast sammen slik at stenging av dette sundet ikke hadde betydning for tilflottsretten til naboen. Videre vedla de bilder som viste båt og naust til nabo.

Når det gjaldt forholdet mellom reguleringsplanen og kommuneplanen fra 2006, mente klagerne at «det er vanskelig å få klarhet i anførselene til Fylkesmannen». At andre søknader var avslått «har ingen betydning dersom ikke disse sakene er forankret i samme faktum hva gjelder tidligere vedtatt reguleringsplan som i nåværende sak». Klagerne viste til en sak der A fikk tillatelse til å oppføre naust gjennom fylkesmannens vedtak i en klagesak. De mente det

var særskilt å merke seg fylkesmannens vektlegging av andre naust i samme område. Naustet til A, og området for øvrig, lå like over vågen fra klagerens eiendom. Det var videre å merke seg at det tillatte naust var tilsvarende som naustene klagerne hadde søkt om og som også var tilsvarende de øvrige naust i området. I saken til A viste fylkesmannen også til den nye kommuneplanen hvor maksimalhøyden for naust er 4,5 meter «uten at dette tillegges vekt».

Når det gjaldt spørsmålet om utfylling i sjø, viste klagerne til bilder av «områder i samme vågen som viser hvilke betydelige utfyllinger i sjø som har funnet sted». De mente det var urimelig at ikke også de fikk bygge ut sin eiendom i tråd med den vedtatte reguleringsplan.

Fylkesmannen opplyste deretter at han var oppmerksom på vedtaket i saken til A, og at han i ettertid så at dette hadde en «svak begrunnelse» ettersom naustbegrepet ikke ble vurdert. Mye kunne derfor tale for at det burde vært konkludert med at tiltaket ikke var et naust, men at man i stedet burde vurdert om det var grunnlag for å dispensere fra arealbruksformålet. Fylkesmannen viste til at tiltaket lå mellom flere eksisterende bygninger med samme høyde, at det ikke medførte store naturinngrep og at det ikke fikk avgjørende betydning for privatisering av området.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Saken reiser flere spørsmål om tolkning av reguleringsplanen for Y, vedtatt av Bømlo kommune i 2000.

Reguleringsvedtektenes punkt 6 lyder:

«BRYGGJE/NAUSTOMRÅDE BN1, BN2, BN3

I bryggje/naust område tillatst det oppført bryggje/naust. Bryggje/ naust skal vere i tradisjonell byggjestil.

Før utbygging vert tillate, skal det føreliggje godkjend opparbeidingsplan.»

En problemstilling i forvaltningssaken har vært om vedtektene stiller krav om bebyggelsesplan. Begrepet «opparbeidingsplan» har ikke et klart innhold. Fylkesmannen har i vedtaket 13. september 2006 konkludert med at det «her ikkje kan stillast krav til utarbeiding av 'bebyggelsesplan' etter pbl § 28-2».

1. Spørsmålet er om reguleringsvedtektenes punkt 6 krever at opparbeidingsplanen omfatter og legger planer for hele det arealet som i planen benevnes BN1, eller om det er tilstrekkelig at den tar for seg klagerens eiendom (som er den største innenfor BN1). Fylkesmannen legger til grunn at det etter en naturlig språklig forståelse av vedtektene må gjelde et krav om plan for hele området BN1. Synspunktet

er begrunnet med at det ikke er «sagt noko om at kravet til plan berre gjeld for kvar einskild grunneigar». Videre viser fylkesmannen til kommunens saksforberedelse til planvedtaket i 2000, der det står at det er «satt fram krav om utarbeiding av samla plan for områdeutnytting før området vert utbygd». Fylkesmannen er enig med klagerne i at tiltakshaveren ikke kan pålegges å utarbeide plan for mer enn sin egen eiendom. Dersom tiltakshaveren vil ha et planforslag behandlet, må han imidlertid planlegge også for de andre eiendommene innenfor BN1.

Ordlyden er ikke klar i forhold til rekkevidden av plankravet. Det er fordeler forbundet med å kunne pålegge en tiltakshaver å lage en samlet plan for hele området. Som fylkesmannen har vist til, vil et slikt pålegg medføre at hele området blir sett i sammenheng blant annet i forhold til infrastruktur, tilflottsrett og estetikk. Videre er enkelte av eiendommene innenfor BN1 så små at det, som fylkesmannen påpeker, er vanskelig å se hva en opparbeidingsplan for en slik eiendom skulle innebære.

Det er antagelig noe mer krevende for tiltakshaveren å inkludere de andre eiendommene, selv om kommunen, som fylkesmannen påpeker, kan vedta planen i strid med de andre grunneiernes interesser. Dette taler mot å pålegge tiltakshaveren å lage en samlet plan for hele BN1.

Jeg er etter en samlet vurdering, kommet til at hensynet til de andre grunneierne og formålet med en enhetlig plan, tilsier at det ikke vil være tilstrekkelig å lage opparbeidingsplan for egen eiendom. Videre kan jeg ikke se at det forslaget som forelå omfatter hele BN1 slik klageren også har anført. Dette fordi det ikke fremgår hvordan de øvrige eiendommene er tenkt utnyttet.

2. Det neste spørsmålet er om tiltaket, slik fylkesmannen har lagt til grunn, kommer i konflikt med naustbegrepet i reguleringsvedtektenes punkt 6. Herunder er det spørsmål om betydningen av kommuneplanens definisjon av naustbegrepet og regler om størrelse på naust.

Fylkesmannen har i vedtaket lagt til grunn at kommuneplanens regler om størrelse på naust kommer til anvendelse fordi reguleringsplanen ikke har regler om dette, og det derfor ikke er motstrid mellom planene. Her kunne fylkesmannen ha uttrykt seg mer presist siden det er klart at planene ikke skal gjelde side om side, jf. at kommunen har benyttet sin rett etter pbl § 20-6 tredje ledd til å la eldre reguleringsplaner gå foran arealdelen i den nyere kommuneplanen. I svaret på foreleggelsen har imidlertid fylkesmannen presisert at han ikke mente annet enn at kommuneplanens bestemmelser kan brukes som tolkningsmoment i forhold til hva som er naust i «tradisjonell byggjestil», jf. reguleringsvedtektenes pkt. 6. Kommune-

planens bestemmelser må kunne brukes som et moment ved tolkningen av reguleringsplanen. I kommunepolanens pkt. B5 «Reglar for bygging av naust, retningslinjer» nr. 1 defineres naust som «eit bygg for lagring/oppbevaring av båtar og ulike fiskereiskap». Videre fremgår det av «føresegner etter § 20-4, 2. ledd, bokstav b» § 1 at naust ikke skal være større enn 40m² BRA og ikke høyere enn 4,5 meter over byggets sokkel. I § 3 står det videre at naust skal være uisolert, og i § 4 fremgår det at garnloft skal være uten knevegger.

Det er, slik fylkesmannen hevder, ved tolkningen av uttrykket «tradisjonell byggjestil» i reguleringsplanen, naturlig å ta utgangspunkt i fylkesdelplanen for kystsona i Hordaland, der naust er definert slik:

«Naust er bygningar i strandsona som vert nytta til oppbevaring av reiskaper, utstyr, båtar og anna. Naust som skal nyttast til overnatting og er innreie som bustad/fritidsbustad kjem ikkje inn under dette omgrepet».

Fylkesmannen har videre vist til forvaltningspraksis som belyser problemstillingen.

De omsøkte naustene har etter det jeg forstår to etasjer. Maksimalt bebyggd areal er 55m² og mønehøyden fra gulvet i første etasje er maksimalt 6,7 meter. Fylkesmannen mener at størrelsen «langt overgår» det som er nødvendig for å ivareta et nausts formål, som er oppbevaring av båter og utstyr til båt og fiske. Naustene er planlagt med store areal med ståhøyde i annen etasje samt et mindre potensielt loftsareal. Fylkesmannen har utførlig redegjort for hva som tradisjonelt har vært karakterisert som naust på Vestlandet, og konkludert med at omsøkte tiltak ikke er det. Saken er etter dette godt opplyst. Det er nok holdepunkter for å si at naustene kan minne om det som egentlig er orbuer. Man må videre kunne se hen til den generelle faren for at naust vil bli tatt i bruk som fritidsbolig samtidig som jeg understreker at det ikke er grunn til å tro at tiltakshaveren i saken her har slike planer.

Jeg har etter dette ikke avgjørende innvendinger mot fylkesmannens oppfatning om at omsøkte tiltak ikke er tradisjonelt naust i reguleringsplanens forstand.

3. Usaklig forskjellsbehandling

Klagerne mener at kommunen allerede ved utbyggingen av området BN3 i 2003 har vist hva den mener med «tradisjonell byggjestil». Ifølge klagerne har kommunen «vist at det er naust av samme type som det klagerne planlegger å bygge som ligger i reguleringsplanens tekst». Fylkesmannen har presisert at ingen av de nevnte godkjente tiltakene innenfor område BN3 har vært behandlet av fylkesmannen som klageinstans.

Jeg er enig i at fylkesmannen ikke kan være bundet av kommunens praksis ved forståelsen av naustbegrepet. Fylkesmannen må kunne stramme inn kommunens praksis i forhold til hva som tidligere har vært godkjent i områder avsatt til «naust» uten at dette kommer i strid med den ulovfestede læren om usaklig forskjellsbehandling. Sammenligningsgrunnlaget i forhold til spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling må først og fremst være andre vedtak fattet av fylkesmannen. De sakene fylkesmannen har vist til i svaret på foreleggelsen herfra, tyder på at han (og Fylkesmannen i Sogn og Fjordane som settefylkesmann) har ført en konsekvent linje. Jeg har som nevnt ikke innvendinger mot fylkesmannens oppfatning om at omsøkte tiltak ikke er tradisjonelt naust og kan heller ikke se at fylkesmannen er bundet av hvordan kommunen har tolket naustbegrepet innenfor BN3.

Klagerne har også vist til at *fylkesmannen* i en konkret klagesak har godkjent et naust «like over vågen for klagerens eiendom». Han anfører at naustet er «tilsvarende» som klagerens naust, og at fylkesmannen i klagevedtaket 11. mai 2006 ikke la avgjørende vekt på kommuneplanens regler om høyde. Til dette har fylkesmannen svart at han ser at vedtaket har en «svak begrunnelse» ettersom naustbegrepet ikke ble vurdert. Fylkesmannen har erkjent at mye taler for at det burde vært konkludert med at tiltaket ikke var et naust, og at det i stedet burde vært vurdert om det var grunnlag for å dispensere fra arealbruksformålet. Dette er selvsagt uheldig. Det er likevel ikke slik at det foreligger usaklig forskjellsbehandling dersom tillatelse i den aktuelle referansesaken ble gitt på et sviktende og/eller uriktig grunnlag. Jeg viser til fylkesmannens påpekning av at flere hensyn taler for at det i referansesaken ville blitt gitt dispensasjon dersom det ble søkt om dette. Omsøkte tiltak lå mellom flere eksisterende bygninger med samme høyde, medførte ikke store naturinngrep og fikk for øvrig ikke avgjørende betydning for privatisering av området.

4. Utfylling i sjø

Reguleringskartet viser at et nærmere avgrenset område i sjøen er avsatt til brygge/naust. Reguleringsvedtektene sier ikke noe om hvor omfattende utfyllingen kan være, og fylkesmannen mener da at det «ikkje har vore meininga at heile sjøområdet kan fyllast ut», jf. vedtaket 13. september 2006. Fylkesmannen mener at det må gå klarere frem av planen dersom det har vært meningen at den skal åpne for naturinngrep som endrer landskapsbildet så vesentlig som det er søkt om her. Han konkluderer med at planen kun åpner for brygge i sjø og ikke utfylling for bygging av naust. Klagerne argumenterer på sin side med at planen nettopp angir det arealet som er angitt

til utfylling for bygging av brygge og naust og at dette arealet omslutter de mindre holmene utenfor landområdet. Det er etter deres mening selvsagt at hele eller deler av dette sjøarealet må fylles ut dersom det skal kunne bygges brygge med naust der.

Jeg er enig med fylkesmannen i at det måtte ha fremgått tydeligere av planen dersom det var meningen at den skulle gi rett til naturinngrep i den størrelsesorden som tiltakshaveren har søkt om.

5. Avsluttende merknader

Det var uheldig at kommunen i reguleringsplanen benyttet begrepet «opparbeidingsplan» når dette ikke har et klart juridisk innhold og kommunen ikke hadde presisert om den også mente å stille krav om bebyggelsesplan, jf. plbl § 28-2. Det burde også ha fremgått av planens vedtekter om kommunen hadde ment å stille krav om at opparbeidingsplanen måtte omfatte hele området BN1 eller om det var tilstrekkelig at det ble utarbeidet plan for egen eiendom. Slik undersøkelsene herfra har avdekket, burde det nok også i planen vært inntatt en nærmere beskrivelse av kommunens forståelse av begrepet «tradisjonell byggestil». Også når det gjelder utfylling i sjø, er planen uklar. Som fylkesmannen har vist til i svarbrevet hit, påpekes det i veilederen Reguleringsplan Bebyggelsesplan flere steder betydningen av at planene er entydige og nøyaktige. Dette er viktig både på grunn av planens rettsvirkning for den enkelte og fordi den skal være et grunnlag for utbygging og gjennomføring. Reguleringsplanen for Y er et illustrerende eksempel på hvilke vanskeligheter som oppstår når reguleringsplaner er uklare og gir rom for flere tolkningsalternativer. Hvorvidt uklarhetene er så mange og så alvorlige at de bør få som konsekvens at planen kjennes ugyldig, har ikke vært undersøkt herfra, og jeg finner derfor ikke grunn til å uttale meg om spørsmålet.»

79.

Vilkår oppstilt i forbindelse med innvilgelse av dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 17-2 og kommuneplanens arealdel for utlegging av flytebrygge.

(Sak 2007/1086)

Kommunen innvilget søknad om dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 17-2 og kommuneplanens arealdel for utlegging av flytebrygge. I vedtaket ble det stilt vilkår om bryggas plassering og lengde. I tillegg ble havnesjefens «vilkår» om utriggere og fortøyningsbøyer i et internt notat/uttalelse inntatt i kommunens vedtak. Kommunen hadde ikke vurdert den aktuelle delen av tiltaket (utriggere og fortøyningsbøyer) i forhold til plan- og bygningsloven.

Fylkesmannen hadde hele tiden ment at utlegging av utriggere var en del av bryggas utforming og skulle ha vært vurdert av kommunen i forbindelse med behandlingen av søknaden. Ombudsmannen sluttet seg til dette og ba fylkesmannen om å sende saken tilbake til kommunen for en vurdering av utriggere som en del av bryggas utforming etter plan- og bygningsloven.

Under behandlingen av saken hos ombudsmannen ble det også et tema hvorvidt notatet/uttalelsen fra havnesjefen var ment som, eller kunne anses som, et rettslig bindende vedtak. Ombudsmannen tok ikke standpunkt til dette, men ga uttrykk for at havnesjefens notat/uttalelse hadde fått en uheldig utforming. Ombudsmannen uttalte at havnemyndighetene (om bindende vedtak var ment å foreligge) burde vurdere om det kunne innrømmes klageadgang på «vedtaket» av havnesjefen. For øvrig sa ombudsmannen seg enig i kommuneadvokatens uttalelse om at den praksis som kommunen følger i disse sakene, hvor behandlingen skjer etter det såkalte «tosporede system», må endres noe i formen slik at det ikke oppstår misforståelser om når det fattes vedtak og når det bare gis uttalelse.

Fylkesmannen ba etter dette kommunen om å foreta en vurdering av om utriggerne mot naboeiendommen kunne godkjennes etter plan- og bygningsloven samt om å orientere havnefogden og kommuneadvokaten om mitt syn vedrørende behandlingen av saken etter havne- og farvannsloven.

A ervervet hytteeiendommen i Sandefjord kommune i 2002. Eiendommen ligger på Vesterøya og er en fritidseiendom som grenser til Mefjorden. På eiendommen skal det på ervervstidspunktet ha vært en fast brygge montert på brokar med et flytebryggeelement liggende utenfor med utriggere på hver side for båtfeste. Det er noe uklart når brygga ble oppført. I følge A skjedde dette rundt 1980. Oppføringen fant sted uten at det ble inngitt noen melding eller søknad om dette til kommunen.

I mars 2004 søkte A om riving av eksisterende brygge og oppføring av ny konstruksjon i samme størrelse og form med flytebryggeelement ytterst. Kommunen ga dispensasjon fra plan- og bygningsloven (plbl.) § 17-2 og samt fra kommuneplanens arealdel, jf. plbl. § 20-6, for rehabilitering av brygga.

Tett inntil tiltakshavernes eiendom i syd ligger det en brygge. Brygga ligger på grunnen til landbrukseiendommen X. Eierne (B) av fritidseiendommen Y, som er utskilt fra landbrukseiendommen, har rett til båtfeste på brygga.

Etter at tillatelsen fra kommunen forelå og A hadde rehabilitert brygga, klaget B på utførelsen av brygga og anførte at den var anlagt annerledes og med andre og større mål enn tillatelsen gikk ut på. Det ble vi-

dere anført at tilgangen til egen brygge var blitt vesentlig vanskeligere fra sjøen og at uttriggerne fra brygga til A var nyanlagt og lå i konflikt med ankerfeste som B hadde utlagt.

Kommunen avholdt befarings av bryggeanlegget til A og brygga på naboeiendommen. Kommunen skal ved befarings ha konstatert at bryggene var noe bredere enn de opprinnelige bryggene, men at de for øvrig var i tråd med søknader og gitte tillatelser. I forbindelse med befarings ble det imidlertid reist spørsmål om bryggeanlegget hadde blitt godkjent ved oppføringen omkring 1980 og var lovlig etablert. Kommunen skal ikke ha funnet noe dokument i sitt arkiv om dette, og konkluderte med at A – da saken først var kommet opp – måtte sende inn søknad om utlegging av flytebrygge slik at bygningsmyndighetene fikk saken til behandling.

I forbindelse med behandlingen av saken, henvendte Bygningsseksjonen seg til Havneseksjonen i kommunen for en vurdering av tiltaket etter havneloven. I et notat til byggesaksbehandleren i kommunen 31. oktober 2006 med overskriften «Uttalelse» ga havnesjefen sin vurdering. I notatet ble det gitt uttrykk for at havnemyndighetenes «anliggende i denne saken er om anlegget kan godkjennes slik det foreligger i forhold til havnelovens bestemmelser om blant annet sjøverts ferdsel og kommunens myndighet (§ 16 og § 18)». Følgende fremgår videre:

«Vår oppfatning er at omsøkte anlegg til tider er til hinder for naboen i syd slik at denne ikke fritt kan bruke sin brygge i forhold til trygge anløp og fortøyning. En forlengelse av naboen brygge i syd kunne gitt den ønskede virkning. Det er særlig den sydgående uttriggeren som er til fortrensel for bruken, og vi kan heller ikke se at denne er helt nødvendig for sikker fortøyning av båter i omsøkt anlegg.

Som en følge av dette vil vi med begrunnelse i tilflottsretten, og havnelovens § 16, § 18 og § 9 sette følgende vilkår for godkjenning av omsøkte bryggeanlegg:

1. Bryggeanlegget godkjennes med unntak av uttrigger mot syd. Denne uttriggeren skal fjernes helt eller flyttes til nordsiden av anlegget. Eventuelle fortøyningsbøyer mot syd må ikke legges slik at de kan være til fortrensel for bruk av naboen brygge i syd.
2.
3. ...
4. Denne tillatelsen er betinget av tillatelse etter plan- og bygningsloven.»

A fremmet i brev til kommunens bygningsseksjon 22. november 2006 innsigelser mot de vurderinger som det var gitt uttrykk for og de vilkår som var oppstilt i havnesjefens notat.

Kommunen behandlet deretter saken og innvilget 6. desember 2006 søknaden om dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 17-2 og kommuneplanens arealdel for utlegging av flytebrygge. Dispensasjon

ble gitt på vilkår om at flytebryggas retning ble endret og lagt med vinkel mot nord slik den opprinnelig lå. Videre måtte bryggas lengde ikke overskride 21 meter. Endelig ble havnesjefens vilkår 31. oktober 2006 lagt til grunn for godkjennelsen slik dette fremkommer av kommunens vedtak under «Betingelser for vedtak». A påklaget vedtaket. I vedtak 12. april 2007 stadfestet Fylkesmannen i Vestfold kommunens vedtak. Avslutningsvis i vedtaket skrev fylkesmannen:

«Kommunen har hittil ikke behandlet utlegging av uttriggere som et tiltak som faller inn under plan- og bygningslovens bestemmelser og således ikke tatt stilling til denne del av tiltaket. Etter Fylkesmannens vurdering vil uttriggere være en del av bryggas utforming og kan tas stilling til ved en byggesøknad. Dersom havnesjefen ikke har tilstrekkelig lovhjemmel for å vurdere forholdet må saken tas opp til behandling hos kommunen.»

A brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble på bakgrunn av klagen funnet grunn til å ta enkelte sider av saken opp med fylkesmannen, som blant annet ble bedt om å redegjøre for følgende:

«1. Er det vanlig å innhente havnemyndighetenes vurdering i en sak som denne?

2. Kommunen synes å ha oppfattet havnesjefens uttalelse som et bindende vedtak etter havne- og farvannsloven (jf. kommunens vedtak på s. 2 under «Bygningssjefens bemerkninger») og synes ikke å ha foretatt en vurdering av utformingen av flytebrygga med uttriggere og fortøyningsbøyer i forhold til plan- og bygningslovens regler. Fylkesmannen skriver i sitt vedtak at «[e]tter Fylkesmannens vurdering vil uttriggere være en del av bryggas utforming og kan tas stilling til ved en byggesøknad. Dersom havnesjefen ikke har tilstrekkelig lovhjemmel for å vurdere forholdet må saken tas opp til behandling hos kommunen». Fylkesmannen har samtidig stadfestet kommunens vedtak.

Det er noe uklart hva fylkesmannen har ment med dette. Da det – slik vi har forstått det - etter fylkesmannens vurdering var uklart om havnemyndighetene hadde «lovhjemmel til å vurdere forholdet», burde ikke fylkesmannen ha fått avklart dette før vedtak ble truffet ved å henvende seg enten til kommunen eller havnemyndighetene? Har spørsmålet om havnemyndighetenes lovhjemmel blitt avklart etter at fylkesmannen traff vedtak i saken? Hvordan mener fylkesmannen at tiltakshaveren skal forholde seg til den aktuelle delen av vedtaket (havneshjefens «vilkår»), og hva mener fylkesmannen bør være gangen videre i saken enten spørsmålet er avklart eller ikke?

3. Fylkesmannen har i sitt vedtak sluttet seg til kommunens begrunnelse for godkjennelsen og de vilkårene som er oppstilt om retning og lengde. Fylkesmannen har blant annet vist til følgende redegjørelse i kommunens klagevedtak 14. februar 2007: «Bygningssjefen har satt som vilkår for dispensasjonen at bryggas totale lengde og plassering i sjøen skal samsvare med kommu-

nens registreringer i kartverket, ajourført i 2001. Flytebrygga ligger i dag med en annen vinkel enn den opprinnelige vinkelen. Dette gir noe mer avstand mellom bryggene og dermed noe bedre manøvreringsplass mellom bryggene. Etter rådmannens vurdering vil dette være en rimelig løsning, som ikke medfører særlig ulempe for noen av partene. Det er videre også utlegging av flytebrygge med den opprinnelige plasseringen det er søkt om i saken. Den nye plasseringen er ikke vist».

A skriver avslutningsvis på s. 7 i klagen hit: «Det synes besynderlig at anførslene herfra om at vilkårene/betingelsene er ugyldige fordi de regulerer rettsforholdet mellom private, fordeler rettigheter mellom personer, settes til side som angående utenforliggende privatrettslige forhold, når disse forhold er anført årsak til vilkårene, og samtidig unnlater å se dette som et vesentlig problem i relasjon til forvaltningsmessige betingelser for å pålegge slike vilkår». Vi har forstått det slik at denne anførselen også retter seg mot vilkåret om at retningen/vinkelen på flytebrygga må endres. Hva er fylkesmannens kommentarer til det klageren her har anført? Det bes i denne sammenheng om at fylkesmannen redegjør nærmere for hva slags type vilkår som generelt vil kunne settes i forbindelse med at det gis dispensasjon for oppføring av brygger. Kan det settes vilkår som er begrunnet i hensynet til eventuelle naboer? Det bes om at svaret begrunnes.»

Fylkesmannen besvarte henvendelsen i brev 15. oktober 2007. I tilknytning til spørsmål 1 viste fylkesmannen til uttalelse innhentet fra kommunen i anledning ombudsmannens behandling av saken. Fra uttalelsen siterte fylkesmannen følgende:

«Når det gjelder behandling av slike tiltak i sjøen har Sandefjord kommune alltid fulgt det tosporede system, der det kreves tillatelse både etter plan- og bygningslovens regler og havne- og farvannsloven. Som kjent er forholdet mellom plan- og bygningsloven og havne- og farvannsloven komplisert og uklart, men kommunen har lagt til grunn at havneloven også omfatter anlegg som ikke krever melding eller søknad etter plan- og bygningslovens regler. Det fremgår riktignok av havnelovens § 18 3. ledd at det kreves forhåndstillatelse til tiltak som krever melding eller søknad, men at havnemyndighetene har anledning til å kreve endringer på tiltak som ikke krever søknad m.v. En viser her til lovens § 18 3. ledd. Det siste gjelder særlig bøyer og oppankrede båter som representerer en fare for ferdslen på sjøen.

I denne saken har bygningsmyndighetene i Sandefjord lagt til grunn at uttrigger med fortøyningsbøyer ikke omfattes av plan- og bygningslovens regler, men at dette må vurderes av havnemyndighetene i henhold til § 18 3. ledd. Videre er det lagt til grunn at havnesjefens vedtak i saken er bindende, selv om det her et utformet som et notat.

Det er ikke riktig at bygningsmyndighetene i Sandefjord ikke har vurdert hele brygga som et anlegg totalt sett i forbindelse med dispensasjonsvurderingen etter pbl. § 17-2, men man har,

som sagt, ikke foretatt noen egen spesifikk vurdering av uttrigger og fortøyningsanretninger i forhold til de havnefaglige forhold havnesjefen har tatt standpunkt til. Men det er satt vilkår om at bryggas retning endres noe for å imøtekomme disse forhold.

Under henvisning til det som er fremkommet i klagen og fra Sivilombudsmannen, vil kommunen bemerke at tilflott og adkomst til eiendommer i strandsonen ikke bare er et privatrettslig spørsmål. I henhold til havnelovens § 16 har kommunen et totalansvar for at ferdslen på sjø og land ikke hindres. En viser også til friluftslovens § 6 om allmennhetens rett til fri ferdsel på sjøen også der hvor sjøgrunnen er underlagt privat eiendomsrett.»

Til spørsmål 2 uttalte fylkesmannen:

«Som det fremgår av vårt vedtak av 12.04.07 har verken kommunen eller Fylkesmannen tatt endelig stilling til utlegging av uttriggere. Kommunen mener at dette er et forhold som ikke faller inn under søknadsplikten etter plan- og bygningsloven. Fylkesmannen har uttrykt tvil om denne vurderingen og mener at også uttriggere er en del av bryggas utforming og må vurderes i forbindelse med søknaden. Vi har bedt kommunen om å ta denne del av søknaden opp til behandling dersom havnemyndighetene ikke på selvstendig grunnlag fatter vedtak om plassering av uttriggere. Fylkesmannen har vært i telefonisk kontakt med havnesjefen som uttalte at han hadde de nødvendige lovhjemler til å ta stilling til uttriggere og fortøyningsbøyer. Så vidt vi kan se har ikke havnemyndighetene fattet formelt vedtak om uttriggere og derfor heller ikke gitt pålegg om fjerning.»

Til spørsmål 3 uttalte fylkesmannen blant annet:

«Kommunen har satt som vilkår for dispensasjonen at bryggas totale lengde og plassering i sjøen skal samsvare med kommunens registreringer i kartverket, ajourført i 2001. Flytebrygga ligger i dag med en annen vinkel enn den opprinnelig lå. Kommunen mener imidlertid at flytebrygga bør ligge med den opprinnelige vinkelen. Dette gir noe mer avstand mellom bryggene og dermed noe bedre manøvreringsplass. Etter besiktigelse på stedet fant Fylkesmannen å kunne slutte seg til denne vurderingen.

Utlegging av brygger er i strid med LNF-formålet og vil kreve dispensasjon. I forbindelse med en dispensasjon kan det settes vilkår. Det følger direkte av bestemmelsene i plan- og bygningsloven § 7 at det kan settes vilkår for å gi en dispensasjon. Betingelsene må imidlertid ikke være vilkårlige og heller ikke virke urimelige sett i forhold til tiltakets art. Det må videre være en naturlig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår, f.eks. slik at vilkår så langt som mulig kompenserer for ulemper o.l. dispensasjonen ellers kan medføre. Vilråene må med andre ord fremme de formål som den aktuelle bestemmelse i plan- og bygningsloven tar sikte på å ivareta.

Fylkesmannen var enig i at det ble satt vilkår om en plassering i samsvar med den opprinnelige vinkelen da dette måtte anses som en rimelig løs-

ning ut fra at det ble bedre manøvreringsplass mellom bryggene.»

A oversendte kopi av brev 4. oktober 2007 fra Havneseksjonen i Sandefjord kommune. I brevet ga havnesjefen uttrykk for at det var truffet et bindende vedtak (underforstått at notatet 31. oktober 2006 var å anse som et vedtak) og at vilkårene oppstilt i vedtaket måtte etterkommes. Det ble også opplyst at havnemyndighetene ikke hadde mottatt noen klage på vedtaket. A kommenterte deretter fylkesmannens redegjørelse og uttalelsen som fylkesmannen hadde innhentet fra kommunen.

Det ble etter dette funnet grunn til å stille ytterligere spørsmål til fylkesmannen:

«A stiller spørsmål om det er korrekt at havnesjefen har de tilstrekkelige lovhjemler til å treffe vedtak om utriggere og fortøyningsbøyer, og er av den oppfatning at det «fremstår nå meget sentralt å få dokumentert» om havnesjefen har formell vedtakskompetanse. Det er ønskelig med fylkesmannens kommentarer til dette. Hva er gangen videre i saken? Vil søknaden nå bli sendt over til havnemyndighetene for vurdering og eventuelt vedtak, eller må tiltakshaveren – slik fylkesmannen ser det – selv be om/sørge for dette? Hvilke(t) organ er det for øvrig som er tillagt havnemyndighet i Sandefjord kommune?

Fylkesmannen har gitt uttrykk for at utlegging av utriggere og fortøyningsbøyer er en del av bryggas utforming og må vurderes av bygningsmyndighetene i forbindelse med søknaden. Dette i motsetning til kommunen som mener at forholdet ikke faller inn under søknadsplikten etter plan- og bygningsloven. Det bes om en nærmere redegjørelse for fylkesmannens oppfatning på dette punktet.

Fylkesmannen har til tross for ovennevnte oppfatning imidlertid bedt kommunen om å ta denne delen av søknaden opp til behandling bare dersom havnemyndighetene ikke fatter vedtak om forholdet. Dersom det er slik at forholdet faller inn under søknadsplikten etter plan- og bygningsloven, vil det da være tilstrekkelig at havnemyndighetene tar stilling til søknaden? Vil ikke vurderingen etter havneloven § 18 kunne være en noe annen enn etter plan- og bygningslovens bestemmelser, noe som vel er bakgrunnen for det tosporede system som havneloven § 18 legger opp til? Det bes om at fylkesmannen begrunner svarene.

Det bes ellers om fylkesmannens kommentarer til det As advokat har fremført om flytebryggas plassering og lengde under punktene 3.4 til 3.6.»

Fylkesmannen besvarte tillegsspørsmålene 3. desember 2007. Det ble blant annet gitt uttrykk for at det etter fylkesmannens oppfatning ikke forelå et formelt vedtak fra havnesjefen, og at fylkesmannen ville be kommunen ta saken om godkjenning av utriggere som en del av bryggeanlegget opp til ny behandling. Dette ville bli gjort så snart saken var ferdigbehandlet

hos ombudsmannen. Fylkesmannen ga videre uttrykk for at utriggere – etter fylkesmannens syn – er en del av bryggas utforming og må vurderes i forbindelse med søknaden. Avstand fra utriggere til nabogrense må være avgjørende i forhold til bryggas plassering. Fortøyningsbøyer er etter fylkesmannens syn ikke en del av bryggekonstruksjonen, men ved plassering må det tas hensyn til mulighet for båtplassing og fortøyningsbøyer.

Fylkesmannen fremholdt at det må kunne tas hensyn til naboforhold ved vurderingen om dispensasjon skal gis og i forhold til plassering. Det ble vist til at kommunen og fylkesmannen i sitt vedtak har gitt dispensasjon fra byggeforbudet og godkjent brygga med vilkår om plassering. Vilkårene er i følge fylkesmannen i samsvar med de vurderinger som foretas etter plan- og bygningsloven § 70 om byggetiltaks plassering samt i samsvar med havnesjefenes anvisning (godkjenning) i notat av 31. oktober 2006.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Generelt

Jeg finner først grunn til å si noe generelt om det såkalte «tosporede system» etter havneloven § 18 annet ledd, annet punktum og om klageadgangen hvor det er truffet vedtak i samsvar med det tosporede system.

Når det er nødvendig med tillatelse etter havne- og farvannsloven er noe uklart, men bestemmelsen synes å bli praktisert slik at havnemyndighetene skal behandle saker og tiltak som faller inn under plbl. § 84, forutsatt at forholdet er innenfor havne- og farvannslovens geografiske område. Med andre ord er innholdet i plbl. § 84 avgjørende for hva som krever tillatelse etter havne- og farvannsloven § 18 annet ledd, annet punktum.

Det fremgår av forarbeidene til havne- og farvannsloven § 18 annet ledd at det i vurderingen av om tillatelse skal gis, skal tas utgangspunkt i de hensynene som er nevnt i havne- og farvannsloven § 1. Hvorvidt søknad om tillatelse kan avslås eller det kan settes vilkår for tillatelsen, avhenger således av om de hensynene som skal ivaretas etter loven berøres. Med å «trygge ferdselen» i nevnte lovbestemmelse, menes å ivareta hensynet til sjøsikkerhet og fremkommelighet. Av Veileder til kommunene, utarbeidet av Kystverket, fremgår det under punkt 4.1.1 at det er antatt at det ikke har vært meningen at loven skal trygge en hvilken som helst ferdsel, men at det er den alminnelige ferdsel – dvs ferdselen for flere enn en enkelt eller noen få personer – loven her sikter til. Den konkrete ferdselens karakter og intensitet i området må derfor vurderes.

Plan- og bygningsmyndighetene på sin side vurderer eventuelle nabomerknader, plassering i terrenget, estetikk og om utbyggingen er i samsvar med plangrunnlaget. Det følger av dette at tillatelse etter

havne- og farvannsloven vil være en nødvendig, men ingen tilstrekkelig forutsetning for tillatelse til å gjennomføre det omsøkte tiltak, det vil i dette tilfelle si å legge ut flytebrygga etter plbl. § 93.

Gitt at man står overfor et tiltak som faller inn under plbl. § 84 og tiltaket er innenfor havne- og farvannslovens geografiske virkeområde, vil det således skje en parallell behandling av saken hos det organ som har myndighet etter havne- og farvannsloven § 18 og hos det organ som behandler saken etter plan- og bygningsloven. Saksbehandlingen i forkant, for eksempel høring, kan følgelig samordnes. Det skal imidlertid treffes to vedtak; ett etter plan- og bygningsloven og ett etter havne- og farvannsloven. Det er dette som er kalt det tosporede system.

Kommunens vedtak etter plan- og bygningsloven vil på vanlig måte kunne påklages til fylkesmannen. Vedtak etter havne- og farvannsloven § 18 annet ledd vil kunne påklages til Kystdirektoratet, jf. havne- og farvannsloven § 33.

2. Utriggere og fortøyningsbøyer

Kommunen har i uttalelsen til fylkesmannen gitt uttrykk for at den har lagt til grunn at uttriggere med fortøyningsbøyer ikke omfattes av plan- og bygningslovens regler, men at denne delen av tiltaket måtte vurderes av havnemyndighetene etter havne- og farvannsloven. Fylkesmannen har i klagevedtaket et annet syn: «[E]tter fylkesmannens vurdering vil uttriggere være en del av bryggas utforming og kan tas stilling til ved en byggesøknad». Fylkesmannen har fastholdt dette standpunktet under behandlingen av saken her. Jeg kan slutte meg til fylkesmannens vurdering på dette punkt.

Havneshjefen og kommuneadvokaten har gitt uttrykk for at tiltaket trenger tillatelse etter havne- og farvannsloven, forutsetningsvis § 18 annet ledd, noe som samsvarer med hvordan nevnte bestemmelse synes å bli praktisert, jf. ovenfor under punkt 1. I brev til tiltakshaverne 20. november 2007 har kommuneadvokaten vist til havneloven § 1 som angir formålet med loven, og fremholdt at det i dette tilfellet særlig er vilkåret «trygge ferdselen» som er det hensynet havneshjefen har lagt til grunn for sitt vedtak.

Dette innebærer at utlegging av flytebrygga med uttriggere skulle ha vært vurdert både av bygningsmyndighetene og havnemyndighetene. Da det var på det rene at deler av tiltaket ikke hadde blitt vurdert av kommunen etter plan- og bygningsloven, burde fylkesmannen etter min oppfatning ha sendt saken tilbake til kommunen for en vurdering av søknaden på dette punkt.

Fylkesmannen har i vedtaket gitt uttrykk for at bare dersom havneshjefen ikke har lovhjemmel til å vurdere forholdet, må saken tas opp til behandling hos kommunen. Jeg kan ikke se at fylkesmannen har

begrunnet dette nærmere, og det er uklart hva som er bakgrunnen for standpunktet. Havneshjefen konkluderte i sitt notat/sin uttalelse med at uttriggere med fortøyningsbøyer ikke kunne tillates som omsøkt etter havne- og farvannslovens regler. I og med at det var nødvendig med tillatelse både etter havne- og farvannsloven og etter plan- og bygningsloven, kan det muligens argumenteres for at det da ikke var nødvendig at bygningsmyndighetene tok stilling til det omsøkte tiltaket. Det er mulig at det er dette fylkesmannen har ment. Det var imidlertid i dette tilfellet kun uttriggerne mot syd som etter havneshjefens vurdering ikke kunne godkjennes. Generelt bør bygningsmyndighetene normalt – uavhengig av hvordan havnemyndighetene vurderer tiltaket – foreta en vurdering etter plan- og bygningsloven. Det er lovens system at det skal foretas en selvstendig vurdering av henholdsvis bygningsmyndighetene og havnemyndighetene. Videre kan det være mangler ved det vedtaket som er truffet av havnemyndighetene i første instans som innebærer at det oppheves eller endres av overordnet organ. Det er da uheldig om ikke bygningsmyndighetene under sin behandling har vurdert tiltaket i sin helhet etter plan- og bygningslovens regler.

I brev 3. desember 2007 har fylkesmannen opplyst at det etter fylkesmannens mening ikke foreligger et formelt vedtak fra havneshjefens side, og at kommunen vil bli bedt om å ta saken om godkjenning av uttriggere som en del av bryggeanlegget opp til ny behandling. Dette vil etter det opplyste bli gjort så snart ombudsmannen har avsluttet saken. Slik jeg ser det burde fylkesmannen imidlertid – uavhengig av om det var grunn til å stille spørsmål om havneshjefens lovhjemmel eller på andre måter reise spørsmål ved avgjørelsen – ha bedt kommunen om dette allerede i forbindelse med fylkesmannens klagebehandling.

I vedtaket reiste fylkesmannen spørsmål om havneshjefen hadde «tilstrekkelig lovhjemmel for å vurdere forholdet». Etter min oppfatning var det noe underlig at fylkesmannen – ettersom han mente at det kunne være grunn til å reise spørsmål ved havneshjefens myndighet – ikke tok initiativ til å avklare dette, men bare lot dette «henge i luften». Slik fylkesmannens vedtak ble utformet, fremsto det som høyst uklart om vilkårene om uttriggere og fortøyningsbøyer overhodet var bindende og hvordan tiltakshaverne skulle forholde seg til den aktuelle delen av vedtaket, noe som var uheldig. Fylkesmannen burde uansett ha gjort det klarere at den vurderingen som var blitt foretatt av havneshjefen ikke kunne og heller ikke var blitt overprøvd av fylkesmannen, men måtte påklages til Kystverket etter havne- og farvannslovens regler. I en slik klage ville blant annet spørsmål knyttet til havneshjefens lovhjemmel kunne tas opp.

I forbindelse med behandlingen av saken her, har det dessuten blitt et tema hvorvidt uttalelsen fra havnesjefen 31. oktober 2006 overhodet er å anse, eller var ment som et rettslig bindende vedtak. Jeg har forståelse for at fylkesmannen har reist dette spørsmålet. «Vedtaket» fra havnesjefen er betegnet notat/uttalelse, og det fremgår ikke noe om hvilke klagemuligheter som finnes.

Havnesjefen selv har i brev 4. oktober 2007 gitt uttrykk for at det er truffet et bindende vedtak, og kommuneadvokaten har i brev til A 20. november og 19. desember 2007 sluttet seg til dette. Kommuneadvokaten har i brev 19. desember 2007 samtidig uttalt at den praksis som følges i kommunen i denne type saker, hvor saksbehandlingen skjer samlet hos plan- og bygningsmyndighetene, må endres noe i formen slik at det ikke oppstår misforståelser med hensyn til når det fattes vedtak og når det bare gis uttalelse. Jeg er enig i dette.

Saken har ikke vært forelagt havnemyndighetene i denne omgang, og jeg har således ikke nærmere undersøkt praksisen som følges i denne type saker, havnesjefens lovhjemmel eller om de aktuelle vilkårene kan oppstilles med hjemmel i havne- og farvannsloven. Jeg vil derfor nøye meg med å gi uttrykk for at havnesjefens notat/uttalelse har fått en uheldig utforming da det ikke fremkommer klart om det var ment som et bindende vedtak eller ikke. Videre synes forvaltningsloven § 27 om underretning om vedtak, herunder bestemmelsen i tredje ledd om at det i underretningen skal gis opplysning om klageadgang, klagefrist, klageorgan m.v., ikke å ha blitt fulgt. Havnemyndighetene bør som følge av dette vurdere om tiltakshaverne kan innrømmes klageadgang på «vedtaket» av havnesjefen.

3. De øvrige vilkårene i kommunens vedtak etter plan- og bygningsloven

De øvrige vilkårene i kommunens vedtak, det vil si vilkårene om plassering og lengde, er etter det opplyste begrunnet i et ønske om å bedre manøvreringsplassen mellom bryggene. Av havnesjefens notat/uttalelse 31. oktober 2006 fremgår det at omsøkte anlegg til tider er til hinder for naboen i syd slik at denne ikke fritt kan bruke sin brygge i forhold til trygge anløp og fortøyning. Klageren har anført at vilkårene er ugyldige fordi de regulerer rettsforholdet mellom private/fordeler rettigheter mellom personer.

Nabohensyn er et relevant moment i vurderingen etter flere av bestemmelsene i plan- og bygningslo-

ven, eksempelvis plbl. § 70 nr. 1. Også i dispensasjonssaker vil nabohensyn kunne være et moment som kan tilsi at dispensasjon nektes eller at det stilles vilkår.

Fylkesmannen har gitt uttrykk for at det er stilt vilkår som alternativ til å benytte plbl. § 70 (underforstått § 70 nr 1), og at vilkårene er i samsvar med de vurderinger som foretas etter nevnte bestemmelse om byggetiltaks plassering. Det er også vist til at vilkårene er i samsvar med havnesjefenes anvisning (godkjenning) i notatet av 31. oktober 2006. Etter fylkesmannens oppfatning må havnesjefens vurdering tillegges stor vekt, jf. brev hit 3. desember 2007.

Etter min mening synes det riktigste å ha vært at fylkesmannen begrunnet avgjørelsen om bryggas lengde og plassering direkte i plbl. § 70 nr. 1, noe som etter det jeg forstår kunne ha vært gjort. Nabohensyn er som nevnt et relevant hensyn etter denne bestemmelsen. Jeg har imidlertid ikke funnet grunn til å gå videre med saken på dette punkt. Vilårene synes alt i alt å være saklig begrunnet i plan- og bygningslovens bestemmelser og de hensyn disse skal ivareta, det synes å være en naturlig sammenheng mellom dispensasjonen og vilkårene og de kan ikke sees å være uforholdsmessige.

4. Avsluttende kommentarer

Jeg finner etter dette å måtte be fylkesmannen om å sende saken tilbake til kommunen for en vurdering av uttriggerne som en del av flytebryggas utforming etter plan- og bygningslovens regler. Fylkesmannen bes ellers om å merke seg mine øvrige synspunkter vedrørende denne siden av saken, jf. punkt 2 ovenfor. Det er videre ønskelig at fylkesmannen gjør havnemyndighetene kjent med mitt syn, herunder at det bør vurderes om det kan innrømmes klageadgang på havnesjefens «vedtak». Jeg ber om å bli holdt orientert om hva fylkesmannen foretar seg og hva som blir gangen videre i saken.

De øvrige forhold som er tatt opp i klagen eller i senere brev hit, er det ikke funnet grunn til å gå inn på.»

Fylkesmannen ba etter dette kommunen om å foreta en vurdering av om uttriggerne mot naboeiendommen kunne godkjennes etter plan- og bygningsloven samt om å orientere havnefogden og kommuneadvokaten om mitt syn vedrørende behandlingen av saken etter havne- og farvannsloven.

80.

Dispensasjon for gjenoppbygging/forlengelse av brygge

(Sak 2007/1914)

Saken gjaldt spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven (plbl.) § 7, fra kommuneplanens arealdel (landbruks-, natur- og friluftsområde) og plbl. § 17-2 (forbud mot bygging i 100-metersbeltet langs sjøen) for gjenoppbygging/forlengelse av eksisterende bryggeanlegg i Røyken kommune. Fylkesmannen i Buskerud stadfestet kommunes avslag på dispensasjonssøknaden.

Ombudsmannen kom til at fylkesmannen ikke hadde utredet sakens faktiske sider i samsvar med kravet i forvaltningsloven § 33 siste ledd, jf. § 17. Han hadde også merknader til fylkesmannens dispensasjonsvurdering. Fylkesmannen ble bedt om å vurdere saken på nytt.

Fylkesmannen avholdt befaring og kom deretter til at det forelå særlige grunner for dispensasjon. Både fylkesmannens og kommunens vedtak ble opphevet, og saken ble returnert kommunen for videre behandling.

Den aktuelle eiendommen, som ligger på en øy, har vært i As familie siden 1939. Det ble søkt om gjenoppbygging/forlengelse av eksisterende bryggeanlegg på eiendommen mot øst. I søknaden ble det opplyst at det i all tid har vært en brygge der. Opprinnelig skal den ha vært en lang pålebasert brygge, som senere ble bygget om til en delvis pålebasert og delvis flytebrygge på 17 meter. Den pålebaserte bryggen skal ha vært ca. 10 meter lang. Med tiden skal bryggen ha blitt nedslitt og delvis stjålet, og av søknaden fremgikk at i de siste årene har kun den pålebaserte delen på ca. 10 meter vært stående. Bryggen skal i 2006 ha blitt endret ved at det pålebaserte bryggeelementet ble erstattet med et vesentlig kortere landfast anlegg, som etter det opplyste strekker seg ca. 2,5 - 3 meter ut over sjøen. En flytebrygge med leder ble påfestet den landfaste delen. Det nye bryggeanlegget strekker seg ca. 17 meter ut i sjøen.

Kommunen ble oppmerksom på tiltaket og krevde etterfølgende dispensasjonssøknad for flytebryggeanlegget. Den landfaste delen ble ansett for å være del av et eldre anlegg og dermed lovlig. Dispensasjonssøknad ble avslått av Røyken kommune under henvisning til at det ikke forelå «særlige grunner» til å dispensere i medhold av plbl. § 7. Vedtaket ble påklaget. Klagen ble behandlet av planutvalget i Røyken kommune, som ikke fant grunn til å endre tidligere vedtak. Klagesaken ble deretter oversendt Fylkesmannen i Buskerud for klagebehandling. Under henvisning til kommunens vurderinger, fant fylkesmannen etter en samlet vurdering at det ikke forelå slike særlige grunner som kunne begrunne dispensa-

sjon fra kommuneplanens arealdel og plbl. § 17-2. Fylkesmannen uttalte at det var forståelig at klager hadde ønske om en større brygge for å lette atkomsten til eiendommen. Dette var «imidlertid et forhold som gjør seg gjeldende i andre saker, og anses ikke som tilstrekkelig viktig med henblikk på de hensyn de aktuelle bestemmelser skal ivareta». Det ble også pekt på at en utvidelse av brygga vil kunne virke hindrende for ferdselen i strandsonen i strid med overordnede føringer, samt skape en uheldig presedens. Fylkesmannen bemerket at vedlagte situasjonskart over eiendommen viste at eiendommen også har en større brygge på den andre siden, dvs. vestsiden. Omsøkte bryggeutvidelse i øst ble derfor ikke ansett som nødvendig for å sikre eierens atkomst til eiendommen, og unntaket i plbl. § 17-2 tredje ledd nr. 3 kom således ikke til anvendelse.

A henvendte seg til ombudsmannen. Det ble bl.a. anført at bygningsmyndighetene hadde lagt feil faktum til grunn med hensyn til mulighet for sjøveis atkomst til eiendommen, idet den landfaste delen av bryggen mot øst stikker bare 2-3 meter ut fra land uten flytebryggen. Denne kan etter klagerens syn ikke benyttes til atkomst av noen art da det kun er mudder og stein under bryggen når det ikke er høyvann, og selv ved høyvann vil det kun være 10-20 cm med vann der. I følge klager er bryggen dessuten så høy at det ikke er mulig å komme opp på den, da den ikke er konstruert for bruk som et frittstående element. Det ble videre påpekt at bryggen mot vest ikke kan ta imot båt av noen størrelse, og bygningsmyndighetenes vektlegging av at bryggeanlegget kan virke hindrende for ferdsel i strandsonen ble trukket i tvil.

Det ble funnet grunn til å se nærmere på mulighetene for atkomst til eiendommen fra sjøsiden, samt selve dispensasjonsvurderingen, og saken ble forelagt Fylkesmannen i Buskerud. Under henvisning til klagers anførsel om at bryggeutvidelsen er nødvendig for å sikre sjøveis atkomst til eiendommen ble det bedt om en nærmere redegjørelse for i hvilken grad den landfaste delen på den omsøkte bryggen, samt bryggen mot vest, sikrer atkomst til eiendommen, jf. plbl. § 17-2 nr. 3. Særskilt ble det bedt om fylkesmannens kommentar til om bryggene sikrer atkomst til eiendommen ved lavvann. Det ble også stilt spørsmål om fylkesmannen i sin vurdering hadde lagt vekt på det faktum at eierne har brukt eiendommen mens bryggen mot øst var demontert, og om det i så fall var tilstrekkelig til å fastslå at den omsøkte bryggen ikke var nødvendig for atkomst til eiendommen. Fylkesmannen ble videre bedt om å kommentere hvilken betydning det har for dispensasjonsvurderingen etter plbl. § 7 at det i mange år har eksistert en brygge på det aktuelle området og at denne bryggen var vesentlig større enn den omsøkte bryggen. Det ble også bedt

om en kommentar til hvilken betydning det har for vurderingen etter plbl. § 7 at klageren anfører at atkomsten til den landfaste delen av bryggen mot øst, samt bryggen mot vest, ikke sikrer tilstrekkelig atkomst.

På bakgrunn av at det synes å være uenighet mht. de faktiske forholdene i området, særlig med tanke på spørsmålet om bryggen(e) sikret atkomst til eiendommen, og spørsmålet om bryggen kunne virke hindrende for ferdsel i strandsonen, ble det bedt om en nærmere redegjørelse for hvorfor det ikke ble foretatt befarung. Det ble vist til forvaltningsloven (fvl.) § 17.

I svarbrevet fremgikk det at fylkesmannen ble oppmerksom på et situasjonskart fra 2004, som viste at eiendommen også hadde en brygge mot vest, i forbindelse med klagebehandlingen. Denne bryggen var ikke nærmere omtalt i kommunens saksframstilling. Saksbehandler hos fylkesmannen tok telefonisk kontakt med en spesialrådgiver i kommunen, som bekreftet at bryggen tilhørte den aktuelle eiendom og at den kunne benyttes som atkomst til eiendommen. På denne bakgrunn vurderte fylkesmannen det slik at eiendommen ved denne bryggen mot vest, samt den godkjente landfaste delen av omsøkte brygge, var sikret atkomst til eiendommen.

Fylkesmannen opplyste videre at de på nytt tok telefonisk kontakt med spesialrådgiveren for å kvalitetssikre disse opplysningene. Han uttalte at han er meget godt kjent i området gjennom sitt arbeid med oppmåling og fradeling av så å si alle tomtene på den aktuelle holmen for flere tiår siden. I forbindelse med dette arbeidet benyttet han en 15 fots robåt som han la til ved den aktuelle brygge mot vest. Senere under hans tid som bygningssjef har han hver sommer vært på øya og brukt samme båt. Han opplyste at han aldri hadde hatt problemer med å legge til pga. lavvann. Fylkesmannen skrev videre at det faktum at eierne har benyttet eiendommen mens bryggen mot øst var demontert, ikke var tillagt vekt ved fylkesmannens vurdering av saken. Det var opplysningen om at eiendommen også har brygge mot vest, som kommunen bekreftet kunne benyttes til atkomst til eiendommen, som var avgjørende for fylkesmannens vurdering av at omsøkte utvidelse av brygge ikke var nødvendig til sikring av eiernes atkomst til eiendommen.

Det forhold at det i mange år hadde eksistert slik brygge som nevnt ovenfor, kunne i følge fylkesmannen ikke tillegges avgjørende betydning ved vurderingen av om det forelå særlige grunner i henhold til plbl. § 7 for å dispensere for omsøkte utvidelse. Naturverdiene i standsonen er av stor nasjonal verdi og har et spesielt vern mot nedbygging. Det ble vist til at betydningen av en stram håndheving av byggeforbudet i 100-metersbeltet er understreket i Miljøverndepartementets «standsonebrev» 11. november 1999

og 8. mars 2002. I tillegg ble det vist til at området i kommuneplanens arealdel er avsatt til LNF-område, hvor det er forbud mot andre bygge- og anleggstiltak enn de som har tilknytning til stedbunden næring.

Fylkesmannen bemerket generelt at det på grunn av stor saksmengde, kravet om behandlingstid på maksimalt 3 måneder, samt en stram budsjettssituasjon, ikke blir prioritert å foreta befarung dersom saken framsto som tilstrekkelig opplyst og det heller ikke var anmodet om befarung fra klagerens side. Da det i den aktuelle saken ble klart at eiendommen også hadde en brygge mot vest som etter kommunens opplysninger allerede sikret eiendommen atkomst, fant fylkesmannen ikke behov for å foreta befarung for blant annet å kunne vurdere nærmere om omsøkte utvidelse av brygge ville kunne virke hindrende for ferdsel i strandsonen. Fylkesmannen viste til at det i denne saken var tale om dispensasjon både fra kommuneplanens arealdel når det gjelder arealformålet (LNF-område) og fra forbudet mot bygging i 100-metersbeltet mot sjøen, jf. plbl § 17-2, og at fylkesmannens miljøvernavdeling hadde frarådd at det ble gitt dispensasjon.

Fylkesmannen påpekte at klagers anførsel om at bryggen mot vest ikke sikret eierne tilfredsstillende atkomst fordi det er svært langgrunt, hadde fremkommet først i forbindelse med klagen på fylkesmannens vedtak. Det er ikke uvanlig at det kan gro igjen rundt brygger slik at det vil kunne være behov for mudring for å holde vannhøyden.

A hadde merknader til fylkesmannens svarbrev. Ifølge ham var den landfaste delen mot øst ikke ment å være en selvstendig brygge, da den var svært høy og derfor ikke kunne benyttes som en selvstendig del for atkomst. Bryggen mot vest sikret heller ikke tilstrekkelig atkomst til eiendommen, og det ble vist til at det var helt umulig å legge til med robåt der når det var lavvann. A redegjorde for at det tidligere hadde vært foretatt mudring på stedet, men dette hadde vist seg å være en dårlig løsning da sterk strøm i sundet raskt fylte igjen det som er mudret vekk.

Fylkesmannen kom med merknader til As brev. Det ble vist til brev fra Røyken kommune, hvor kommunen blant annet uttalte at det var vanskelig å forstå at det skulle by på store problemer å foreta mindre mudring slik at bryggen kan fungere bedre som atkomst med båt. Det ble pekt på at mudring i mindre omfang har funnet sted andre steder på øya, og at dette hadde blitt foretatt nettopp på grunn av at det er særdeles vanskelig å få tillatelse til å utvide/forlenge eksisterende bryggeanlegg. Etter kommunens kunnskap hadde det ikke funnet sted utvidelser/forlengelser av brygger på holmen. Fylkesmannen viste videre til at eiendommen hadde vært benyttet som fritidseiendom helt fra 1950, og at atkomsten disse år var eksisterende gamle brygger. Etter kommunens kunns-

skap hadde dette ikke budt på uforholdsmessige store problemer. Påstanden om sterke strømmer i sundet kjente kommunen ikke til. Det ble vist til at det ligger en offentlig bade plass på landsiden (ca. 100 meter avstand), og at problemer for de badende på grunn av sterke strømmer var ukjent for bygningsmyndighetene. Fylkesmannen viste videre til kartutsnitt basert på flyfoto fra 1998 hvor det ikke framgår at det var noen brygge på østsiden på dette tidspunkt. Fylkesmannen hadde ikke ytterligere merknader i saken.

Klager kom med ytterligere kommentarer. Det ble funnet «litt merkelig» at fylkesmannen i sin uttalelse lente seg nesten helhetlig på spesialrådgiveren i kommunen. Det ble videre påpekt at hele øya er full av hytter med tilhørende brygger slik at strandområdet i praksis er lite interessant for allmennheten, som i stedet har stor glede av to andre øyer som så å si er koblet sammen med holmen. Mudring var etter klagers syn en meget kortvarlig og dårlig løsning. Det har liten virkning utover én sesong, og det er i tillegg en dyr tjeneste. Det ble også fastholdt at det er sterk strøm i sundet, men at badegjestene ikke vil ha problemer med dette da stranden ligger på siden av sundet og delvis i le av et lite nes/utstikkende fjell. Klager garanterte videre at det i 1998 var en brygge på østsiden av eiendommen. Bryggen ble alltid demontert og tatt i land utenom sesongen, og klager mente at det må ha vært tilfelle da flyfotoet fylkesmannen viser til ble tatt. Det ble videre vist til et situasjonskart fra 2004 hvor brygge ikke er tegnet inn verken hos klager eller hos naboene, og naboene har ifølge klager hatt brygge mot øst så lenge han kan huske. Det ble påpekt at dette er utenfor sesongen. Klager vedla flere bilder som bevis for bryggens eksistens opp igjennom årene.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Sakens utredning:

Etter forvaltningsloven (fvL) § 17 første ledd skal forvaltningen påse at saker som gjelder enkeltvedtak er «så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Hvilke undersøkelser som i den enkelte sak må gjøres for å oppfylle utredningsplikten, vil bero på en konkret skjønsmessig vurdering. Av og til vil det være tilstrekkelig at saken avgjøres på bakgrunn av de dokumenter som foreligger. Andre ganger gjør sakens art og de problemer og tvistes spørsmål den omfatter det nødvendig å foreta befaring. Behovet for befaring vil avhenge av en helhetsvurdering av sakens faktiske forhold ut fra den dokumentasjon som foreligger og saksbehandlers lokalkunnskap. Det kan vanskelig oppstilles faste retningslinjer for når befaring skal foretas.

I kravet om «så godt opplyst som mulig» ligger et formål om at de faktiske forhold av betydning skal være tilstrekkelig avklart til å kunne fatte en saklig og

forsvarlig avgjørelse. I denne saken er det uenighet mellom kommunen og klager om de faktiske forholdene. I tilfeller hvor bygningsmyndigheten er lokalkjent, og på den bakgrunn har en konkret oppfatning av at de faktiske forhold er avklart, vil befaring ikke uten videre være påkrevd ut fra hensynet til å bringe rede i faktum. Befaring har imidlertid også side mot søker/klager. Der befaring på en enkel måte kan fastslå de faktiske forhold under felles oppsyn, vil søker/klager lettere kunne slå seg til ro med bygningsmyndighetenes vurdering. Befaringen vil kunne bidra til å bringe den uenighet som foreligger ut av saken. Videre vil befaring i sin alminnelighet gi et mer reelt inntrykk av den faktiske situasjonen og dermed kunne styrke grunnlaget for de skjønsmessige vurderinger saken må undergis.

Utredningsplikten påhviler også klageinstansen, jf. fvL § 33 siste ledd. Klageinstansen har således et selvstendig ansvar for sakens opplysning. I et tilfelle som dette hvor det er uenighet mellom kommunen og klager, forutsettes det at klageinstansen selv utreder og konkret tar stilling til de omtvistede forhold av betydning for saken. I denne saken har klageinstansen vist til kommunens oppfatning av faktum. Jeg finner det utilstrekkelig når det er nettopp kommunens standpunkt som er bestridt av klager.

Fylkesmannens henvisning til stor saksmengde, kravet om behandlingstid på maksimalt 3 måneder, samt en stram budsjett situasjon, kan etter mitt syn ikke uten videre være avgjørende. Atkomstmulighetene er ett av de sentrale argumenter fra søkers side både i forhold til pbl. § 17-2 nr. 3 og i selve dispensasjonsvurderingen, og det etterlater et utilfredsstillende inntrykk at fylkesmannen ikke har utredet dette selvstendig ved en befaring.

Fylkesmannen har i brev 22. februar 2008 kommentert at det først ved klagebehandlingen ble oppdaget at grunneier også hadde en brygge i vest, og at fylkesmannen under henvisning til dette og den godkjente landfaste delen av omsøkte brygge hadde lagt til grunn at atkomst var sikret. Det er forståelig at fylkesmannen ut fra dette kan ha sett det som unødvendig å ta stilling til atkomstmulighet fra brygge i øst. Imidlertid har søker anført at brygge i øst er nødvendig for atkomst, og at den eksisterende landfaste delen av denne bryggen ikke sikrer atkomst. Opplysningene om bryggen i vest har ikke vært omtalt/vurdert før saken var til klagebehandling hos fylkesmannen, og er således naturlig å se som et nytt forhold i saken. Når fylkesmannen finner å kunne legge avgjørende vekt på at atkomst er sikret ut fra brygge i vest og den landfaste delen av brygge i øst, burde fylkesmannens standpunkt etter mitt syn vært fremlagt klager for uttalelse i samsvar med alminnelige prinsipper om kontradiksjon, jf. fvL § 17 tredje ledd.

Det fremgår av fylkesmannens svarbrev at det ikke ble funnet behov for å vurdere nærmere om utvidelsen kunne være til hinder for ferdsel i strandsonen. Hensynet til ferdselsretten er ett av tre motargumenter fylkesmannen har trukket frem i vedtaket, og må antas å ha hatt betydning for dispensasjonsvurderingen. Fylkesmannens kommentar skaper usikkerhet om fylkesmannen har foretatt en tilstrekkelig vurdering av tiltakets konsekvenser for ferdsel i området. Det er vanskelig å se at sakens dokumenter med fotografier har gitt tilstrekkelig grunnlag til å ta et forsvarlig standpunkt til spørsmålet. En befaring ville ha gitt et bedre grunnlag for vurderingen av tiltakets konsekvenser for området.

Fylkesmannen har etter mitt syn ikke utredet sakens faktiske sider i samsvar med kravet i fvl. § 33 siste ledd, jf. § 17. Vedtaket er etter min oppfatning beheftet med saksbehandlingsfeil, idet fylkesmannen på selvstendig grunnlag ikke har foretatt tilstrekkelige undersøkelser for å avklare tvilsspørsmålene knyttet til de faktiske forhold. Det er vanskelig å utelukke at denne feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Plbl. § 17-2 tredje ledd nr. 3:

Etter plbl. § 17-2 tredje ledd nr. 3 gjelder byggeforbudet i strandsonen ikke «brygge på bebygd eiendom til sikring av eierens eller brukerens atkomst». I lys av ovennevnte standpunkt, kan jeg ikke se at fylkesmannen har foretatt en tilfredsstillende vurdering av om unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse.

Dispensasjonsvurderingen etter plbl. § 7:

Fylkesmannen har lagt til grunn at en tillatelse er betinget av dispensasjon fra plbl. § 17-2 første ledd, som forbyr bygging i 100-metersbeltet langs sjøen og arealbruksformålet LNF i kommuneplanens arealdel. Ved dispensasjonsvurderingen har fylkesmannen vist til de interesser som er søkt vernet gjennom byggeforbudet i 100-metersbeltet, spesielt ferdsel og fri-luftsinteresser, landskapsinteresser og verneinteresser. Det er pekt på at eiendommen ligger innenfor virkeområdet for Rikspolitiske retningslinjer for Oslofjorden, hvor det heter at allmenne interesser for fri ferdsel og landskaphensyn skal veie tungt. Målet med retningslinjene er å bevare og forvalte naturverdier og rekreasjonsverdier som ressurs av nasjonal betydning, til beste for dagens befolkning og fremtiden. Fylkesmannen uttrykker forståelse for at klager har ønske om en større brygge for å lette atkomsten til eiendommen. Dette er imidlertid etter hennes oppfatning et forhold som gjør seg gjeldende i andre saker, og anses ikke som tilstrekkelig vektig med henblikk på de hensyn de aktuelle bestemmelser skal ivareta. Det er videre trukket frem at statlig faginstans fraråder tiltaket og at en utvidelse vil kunne vir-

ke hindrende for ferdselen i strandsonen, samt skape en uheldig presedens.

I brev hit 22. februar 2008 skriver fylkesmannen at det forhold at det i mange år har eksistert en brygge som har vært vesentlig større, ikke kan tillegges avgjørende betydning for vurderingen av om det foreligger særlige grunner etter plbl. § 7 for å dispensere for omsøkte utvidelse. Fylkesmannen peker på at naturverdiene i strandsonen er av stor nasjonal verdi og har et spesielt vern mot nedbygging, og det forhold at det tidligere har vært en brygge på eiendommen kan ikke slå igjennom overfor de viktige nasjonale interesser som byggeforbudet i 100-metersbeltet er ment å ivareta. Det vises til at betydningen av en stram håndheving av forbudet er understreket i Miljøverndepartementets «strandsonerbrev», samt at området i tillegg er avsatt til LNF-område i kommuneplanens arealdel, hvor det er forbud mot andre bygge- og anleggstiltak enn de som har tilknytning til stedbunden næring.

I sitt vedtak har fylkesmannen i stor grad fremstilt de generelle hensyn som ligger bak strandsonerettet. Fylkesmannen redegjør imidlertid i liten grad for hvilke strandsonerensyn som direkte gjør seg gjeldende i denne saken. Fylkesmannen burde i sterkere grad konkret og individuelt for denne saken ha tydeliggjort hvilke strandsonerensyn som gjorde seg gjeldende i området/for eiendommen i denne saken, samt om tiltaket ville innebære negative konsekvenser i forhold til disse og arealbruksformålet LNF i kommuneplanen.

Som argument mot dispensasjon er det vist til at utvidelsen ikke er nødvendig for atkomsten til eiendommen, konsekvenser i form av at bryggen vil innebære et hinder for den frie ferdselen samt presedensensyn. Jeg er ovenfor kommet til at det hersker usikkerhet med hensyn til atkomstmulighetene og tiltakets konsekvenser for ferdselen i området. Forholdene er sentrale ved dispensasjonsvurderingen.

Denne saken synes spesiell både ut fra bryggens forhistorie, det forhold at deler av bryggen er ansett lovlig, samt atkomstmulighetene. Den landfaste delen av bryggen synes ut fra vedlagte bilder ikke å ha en hensiktsmessig bryggefunksjon. Jeg savner etter dette en utdypende begrunnelse for fylkesmannens standpunkt om at en utvidelse vil «skape en uheldig presedens».

Avslutningsvis finner jeg grunn til å påpeke at det fremstår som uklart hvilket faktum fylkesmannen har lagt til grunn vedrørende bryggen mot øst. Det vises i denne sammenheng til at fylkesmannen i vedtak 4. mai 2007 la til grunn at det i over 60 år har eksistert en langstrakt brygge mot øst, mens det i brev 30. april 2008 er påpekt at bryggen ikke var inntegnet på kartutsnitt basert på flyfoto fra 1998. Det vises også til de

bilder klager vedla i brev hit 29. mai 2008 som ble oversendt fylkesmannen i brev 4. juni 2008.

Det foreligger etter dette «begrunnet tvil til forhold av betydning for saken», jf. ombudsmannsloven § 10. Jeg ber derfor fylkesmannen vurdere saken på ny. Ved den nye vurderingen må fylkesmannen søke å klarlegge de faktiske forhold i saken. Som påpekt fremstår det som nødvendig at befaring blir gjennomført. Jeg ber om å bli orientert om fylkesmannens fornyede vurdering.»

Fylkesmannen avholdt befaring på eiendommen. I vedtak 18. desember 2008 konkluderte fylkesmannen med at det «foreligger slike særlige grunner at dispensasjon kan innvilges for ny flytebrygge med leder mot øst med samme total lengde som tidligere brygge». I medhold av forvaltningsloven § 35 annet ledd ble fylkesmannens og Røyken kommunes vedtak opphevet og saken ble returnert kommunen for videre behandling.

81.

Dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for riving av eksisterende og oppføring av nytt båthus

(Sak 2007/2389)

Etter å ha holdt befaring, ga kommunen dispensasjon til riving og gjenoppføring av et naust. Naboene klaget og anførte blant annet at de ikke hadde blitt behørig innkalt til en befaring. Fylkesmannen mente at det ikke var grunn til å tro at feilen hadde virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

Ombudsmannen tok utgangspunkt i forvaltningsloven § 34 annet ledd som bestemmer at klageinstansen kan «prøve alle sider av saken». I dette ligger det en plikt til å foreta en selvstendig vurdering av de sidene av saken som klagen gir grunn til. Forvaltningsloven § 41 er utformet med sikte på gyldighetsprøving av forvaltningsvedtak, men klageinstansens prøvelsesplikt går lengre enn dette. Fylkesmannen hadde derfor lagt til grunn et for snevert rettslig utgangspunkt for vurderingen.

Saken reiste også spørsmål om fylkesmannen hadde vurdert dispensasjonsspørsmålet på et riktig rettslig grunnlag når han la til grunn at kravet om «særlige grunner» var oppfylt dersom det var tale om nyoppføring av et lovlig bygg av samme størrelse, plassering, utseende og formål, og viktige allmenne hensyn ikke talte mot. Ombudsmannen uttalte at fylkesmannen også på dette punkt hadde tatt et for snevert rettslig utgangspunkt.

Fylkesmannen behandlet etter dette saken på nytt og opphevet sitt klagevedtak 7. november 2007 under henvisning til forvaltningsloven § 35. Kommunen, til-

takshaveren og naboene ble deretter innkalt til befaring, som ble gjennomført med naboene til stede. Fylkesmannen kom etter en fornyet vurdering til samme resultat som ved første gangs behandling, det vil si at det forelå slike «særlige grunner» som plan- og bygningsloven (plbl.) § 7 krever for å dispensere fra kommuneplanens arealdel om forbud mot oppføring av nytt båthus. Kommunens tillatelse ble dermed stadfestet.

Etter å ha holdt befaring, ga kommunen rammetillatelse til riving og nyoppføring av fritidsbolig og naust på en strandeendom. Det ble samtidig gitt dispensasjon fra kommuneplanens arealdel med utfyllende bestemmelser, jf. plan- og bygningsloven (plbl.) § 7.

Vedtaket ble påklaget av advokat D på vegne av A, B og C. I klagen ble det blant annet anført at det forelå en saksbehandlingsfeil ved at prinsippet om kontradiksjon ikke var ivaretatt, jf. forvaltningsloven §§ 16 og 17. Bakgrunnen var at bare eiendoms- og forvaltningsselskapet C hadde blitt varslet om befaringen, og det i form av et brev som kom frem fredagen, og det i strid med de hensyn som ligger til grunn for strandvernet.

Kommunen opprettholdt tillatelsen ved klagebehandling. Saken ble deretter oversendt fylkesmannen som stadfestet kommunens vedtak.

Om den manglende varslingen fra kommunens side av den planlagte befaringen, ble det i vedtaket gitt uttrykk for følgende:

«I forhold til befaringen er det selvsagt uheldig med for kort varsel og at ikke alle ble innkalt. Vi kan imidlertid ikke se at dette forholdet har hatt avgjørende betydning for resultatet. Kommunen var godt kjent med de innvendinger som forelå fra naboers side, og det har ikke vært tvil om den avgjørelse som er fattet.

Vi viser til forvaltningsloven § 41 som fastslår at et vedtak likevel er gyldig når det ikke er grunn til å tro at feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold.»

I forbindelse med kravet til «særlige grunner» i plbl. § 7 anførte fylkesmannen blant annet:

«Ved en søknad om nyoppføring av et lovlig bygg av samme størrelse, plassering, utseende og formål og viktige allmenne hensyn ikke taler i mot, anser vi at det foreligger slike «særlige grunner» at dispensasjon kan gis. Dette er også lagt til grunn av sivilombudsmannen i en sak fra 1990 om gjenoppbygging etter storm. Dette er også i tråd med kommunens praksis.»

Fylkesmannen gikk deretter over til å vurdere de konkrete forhold, og om disse het det:

«I dette tilfellet er det søkt om en noe annen plassering. Bygningen som rives ligger 1 meter fra nabogrense. Ny plassering er 4 meter fra nabogrense, samtidig som det trekkes inn 2 meter fra strandlinjen, og utgjør en lavere silhuett i landskapet. I og med at avstand til nabogrense er over 4 meter må plasseringen medføre betydelig ulempe for naboer eller omkringliggende miljø dersom en skal kunne pålegge en annen plassering, jf. plan- og bygningsloven § 70 nr. 1.

Fylkesmannen kan ikke se at det er påvist noen ulemper ved den endrede plasseringen. Det må derimot anses positivt at bygningen trekkes noe lenger fra vannet og at avstandskravet til nabogrense overholdes.

Det er ikke søkt om endret status for naustet. Det er søkt om oppføring av naust (båthus) og av tegninger fremgår ikke at det legges til rette for beboelse. Dersom båthuset senere ønskes tatt i bruk til boligformål må det søkes bruksendring. Dersom en tar i bruk en bygning til annet formål enn det det er godkjent for kan dette medføre straffeansvar.»

Fylkesmannen sluttet seg deretter til kommunens vurderinger og konklusjon vedrørende spørsmålet om dispensasjon.

Ved brev 11. desember 2007 brakte advokat D saken inn for ombudsmannen på vegne av klagerne. I brevet ble det anført at det forelå saksbehandlingsfeil ved at klagerne ikke hadde fått anledning til å møte og legge frem sitt syn ved befaringen som ble gjennomført i forbindelse med kommunens behandling av saken. Feilen var ikke rettet da det ikke var blitt avholdt ny befaring i forbindelse med klagebehandlingen i kommunen eller hos fylkesmannen. Det ble videre blant annet anført at det ikke forelå særlige grunner som ga grunnlag for dispensasjon. Ifølge klagerne hadde fylkesmannen for det første tatt et feilaktig rettslig utgangspunkt for sin vurdering. For det annet ble det gjort gjeldende at fylkesmannens vedtak bygget på faktafeil som kunne vært avdekket ved befaring. Dette gjaldt blant annet beliggenheten av eksisterende naust samt silhuettvirkningen av det nye naustet. Klagerne mente at det nye naustet – i motsetning til hva fylkesmannen hadde lagt til grunn – ville få en betraktelig høyere silhuett i landskapet enn det eksisterende. Det ble også anført at plasseringen, utformingen og innretningen av det nye naustet la forholdene til rette for en annen bruk av naustet enn til båthus. Slik anførselene er blitt forstått her, mener klagerne at dersom de reelle faktiske forhold hadde blitt lagt til grunn, ville vilkåret om «særlige grunner» ikke under noen omstendighet ha blitt ansett som oppfylt.

I brev herfra ble flere sider av saken tatt opp med fylkesmannen.

1. Det ble i brevet påpekt at fylkesmannen syntes å ha lagt til grunn at det var en saksbehandlingsfeil at klagerne ikke hadde fått anledning til å møte og legge frem sitt syn under befaringen i forbindelse med kommunens behandling av saken. Fylkesmannen hadde deretter vist til forvaltningsloven § 41 som fastslår at et vedtak likevel er gyldig når det ikke er grunn til å tro at feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold. Dette selv om fylkesmannen selv ikke hadde vært på befaring. Fylkesmannen ble på denne bakgrunn bedt om å opplyse om han hadde foretatt en selvstendig vurdering av dispensasjonssøknaden eller kun vurdert kommunens vedtak og sannsynligheten for at saksbehandlingen kunne ha virket inn på vedtaket.

For det tilfelle at det var foretatt en selvstendig vurdering, ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for hvilke vurderinger som lå til grunn for beslutningen om ikke å foreta befaring.

2. Fylkesmannen ble deretter bedt om å redegjøre nærmere for hva som nærmere lå i den generelle formuleringen i vedtaket om at lovens vilkår for dispensasjon normalt er til stede når det dreier seg om et «lovlig bygg av samme størrelse, plassering, utseende og formål og ikke allmenne hensyn taler imot». Herunder ble det spurt om den myndighet som skal avgjøre dispensasjonsspørsmålet, etter fylkesmannens oppfatning kan nøye seg med å vise til vanlig praksis basert på en erstatningstankegang, eller om det må kreves en positiv begrunnelse ut fra omstendighetene i den enkelte sak.

Til spørsmålene under punkt 1 opplyste fylkesmannen at det var foretatt en selvstendig behandling av klagen i samsvar med andre klagesaker etter plan- og bygningsloven. Fylkesmannen så ikke grunn til å foreta befaring eller besiktigelse i saken da fylkesmannen mente at den var tilstrekkelig opplyst ved de dokumenter og kart som forelå.

Til spørsmål 2 ga fylkesmannen følgende redegjørelse:

«Fylkesmannen mener at det ved en søknad om oppføring av et bygg som erstatning for et tidligere godkjent bygg av samme størrelse, utseende og formål, og viktige allmenne hensyn ikke taler i mot, foreligger slike «særlige grunner» at dispensasjon kan gis. Dette må gjelde uavhengig av om bygget blir fjernet ved riving, brann, storm el.

Vi mener at dette synspunktet også støttes av Sivilombudsmannen i sin avgjørelse fra 1990 om nyoppføring etter storm. Sivilombudsmannen uttaler der at den omstendighet at en bygning blir totalskadet av brann eller storm, i alminnelighet vil være et sterkt argument for å tillate gjenoppføring

I dette tilfellet var det søkt om en noe annen plassering. Den nye plasseringen var 4 meter fra nabogrensen (mot 1 meter tidligere) og trukket 2 meter inn fra strandlinjen. Bygningen ville få en lavere silhuett i landskapet i og med at det spren-

ges ned i fjellet og har flatt tak. Gammelt naust hadde røstet tak. Det forelå ingen allmenne hensyn som talte mot å gi en dispensasjon. Heller ikke forholdet til naboene. Med en avstand til nabogrense på minst 4 meter må plasseringen medføre betydelig ulempe for naboer eller omkringliggende miljø dersom en skal kunne pålegge en annen plassering, jf. plan- og bygningsloven § 70 nr. 1.

Fylkesmannen fant ikke at det kunne påvises betydelige ulemper ved den endrede plasseringen. Avstanden til klagernes fritidsbolig er på ca. 22 meter, jf. vedlagte kart som er innhentet på nytt. Det må derimot anses positivt at bygningen trekkes noe lenger fra vannet og at avstandskravet til nabogrense overholdes.

Klagen refererte seg for en stor del til frykt for annet bruk enn båthus, men dersom bygningen skal kunne tas i bruk til beboelse kreves bruksendringstillatelse. Det føres en svært restriktiv praksis i kommunen med hensyn til å ta i bruk båthus til beboelse.

Fylkesmannen fant ingen grunn til å komme til et annet resultat enn det administrasjonen og et enstemmig kommunalt hovedutvalg var kommet til. At kun en av eierne ble innkalt til befaring er beklaget av kommunen, men som Fylkesmannen uttalte var kommunen godt kjent med de innvendinger som forelå fra naboens side. Selv om ingen av klagerne kunne møte til befaringen var alle representert i brevet som ble sendt kommunen i forbindelse med byggemeldingen. Det var fra kommunens side ingen tvil om den avgjørelse som ble fattet. Feilen har åpenbart ikke virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. fvl. § 41.»

Klagerne kom ikke med merknader til fylkesmannens redegjørelse.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Både kommunen og fylkesmannen har lagt til grunn at tiltaket forutsetter dispensasjon etter plbl. § 7. Så vidt jeg forstår, er det aktuelle området avsatt til byggeområde i kommuneplanens arealdel. Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig i vedtaket, antar jeg at dispensasjonen gjelder i forhold til kommuneplanens utfyllende bestemmelser pkt. 1.2 som gjelder fritidsbebyggelse i byggeområder. Av bestemmelsen følger: «Det er forbud mot fradeling til og oppføring av ny fritidsbebyggelse, herunder anneks, garasjer, båthus, og/eller andre sidebygninger (jfr. Pbl. § 20-4, 2. ledd, pkt. e).»

Dispensasjon forutsetter at det foreligger «særlige grunner», jf. plbl. § 7. Undersøkelsen herfra har dreid seg om fylkesmannens undersøkelser og vurderinger av dette dispensasjonsvilkåret.

Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan klageinstansen «prøve alle sider av saken». I dette ligger det også en plikt til å prøve saken så langt det er nødvendig. Lovens hovedregel er altså at fylkesmannen fullt ut kan prøve både de rettslige, faktiske og skjønsmessige sidene av vedtaket. Dersom klagebehandlingen skal være reell, må fylkesmannen

som klageinstans foreta en selvstendig vurdering av de sider av saken som klagen gir grunn til.

Det vil således være for snevert å begrense vurderingen til hvorvidt eventuelle saksbehandlingsfeil kan ha virket inn på vedtaket, slik enkelte formuleringer i fylkesmannens vedtak kunne gi inntrykk av at fylkesmannen hadde begrenset seg til. Forvaltningsloven § 41 er etter sin ordlyd og plassering i loven utformet med sikte på gyldighetsprøving av forvaltningsvedtak. Klageinstansens kompetanse og prøvelsesplikt går lengre enn dette.

Saksbehandlingsfeilen fylkesmannen mente var begått, var at partene ikke var behørig innkalt til befaringen. Dette var en prosessuell feil som etter sin art kunne føre til at saken ikke ble tilstrekkelig opplyst. I en slik situasjon er det ikke nok å konstatere at saken var godt nok opplyst for kommunen da den traff vedtak. Fylkesmannen må også vurdere spørsmålet for sin egen del, og det er ikke gitt at resultatet her vil bli det samme. Ikke sjelden sitter kommunen med lokalkunnskap som fylkesmannen ikke innehar i samme grad. Dette *kan* føre til at eventuelle mangler ved saksbehandlingen får andre og kanskje større utslag for hans del.

På tross av de formuleringene som er brukt i vedtaket, har fylkesmannen i svarbrevet hit understreket at det er foretatt en selvstendig behandling av klagen. Ifølge fylkesmannen ble også spørsmålet om befaring – og dermed sakens opplysning – vurdert. Befaring ble etter det opplyste ikke ansett nødvendig da fylkesmannen mente at saken var tilstrekkelig opplyst ved de dokumenter og kart som forelå.

Spørsmålet om befaring er nødvendig, må avgjøres med utgangspunkt i forvaltningsloven § 17 som pålegger forvaltningen å «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». I denne saken vil det blant annet være et spørsmål om befaring var en forutsetning for at fylkesmannen skulle kunne foreta en selvstendig og korrekt vurdering av det nye naustets silhuettvirkning. Det kan videre reises spørsmål om befaring var nødvendig for å kunne vurdere om – og eventuelt på hvilken annen måte – de hensynene som ligger bak forbudsbestemmelsen i pkt. 1.2 i de utfyllende bestemmelsene til kommuneplanens arealdel, vil bli påvirket av det omsøkte tiltak. Spørsmålet må med andre ord ses i sammenheng med de materielle spørsmål som fylkesmannen som klageorgan hadde plikt til å undersøke. Jeg går derfor over til å vurdere den materielle siden av fylkesmannens behandling før jeg vender tilbake til spørsmålet om befaring.

Dispensasjon fra byggeforbudsbestemmelsen forutsetter som nevnt at «særlige grunner» foreligger, jf. plbl. § 7. Av vedtaket fremgår det at fylkesmannen ved sin vurdering har tatt utgangspunkt i at det ved en søknad om nyoppføring av et lovlig bygg av samme

størrelse, plassering, utseende og formål og viktige allmenne hensyn ikke taler i mot, anses å foreligge slike «særlige grunner» at dispensasjon kan gis. Ifølge fylkesmannen er dette også lagt til grunn av Sivilombudsmannen i en sak fra 1990 om gjenoppbygging etter storm og skal dessuten være i samsvar med kommunens praksis.

Uttalelsen inntatt i årsmeldingen for 1990 s. 163 flg., gjaldt gjenoppføring av naust etter storm, og var et spesielt tilfelle. Det ble tatt uttrykkelig forbehold om at resultatet i andre saker ville kunne bli et annet. Det er forskjell på å miste naustet i en storm og å rive det av fri vilje. For øvrig må det foretas en konkret vurdering basert på forholdene i den enkelte sak. En erstatningstankegang tilsvarende den kommunen og fylkesmannen har basert seg på, er etter min oppfatning for enkel. Det må med andre ord en konkret, allsidig vurdering til, der de hensyn som taler for dispensasjon, er positivt angitt. I denne vurderingen vil det forhold at det er tale om å rive og gjenoppføre et tilsvarende bygg, være ett moment blant flere. Forholdet vil altså ikke i seg selv være et tilstrekkelig argument for dispensasjon, selv om det etter forholdene vil kunne være grunn til å tillegge det atskillig vekt. På dette punkt mener jeg derfor fylkesmannen har tatt et uriktig rettslig utgangspunkt for sin vurdering.

Denne feilen innebærer i seg selv at jeg må be fylkesmannen gjenoppta saken og vurdere dispensasjonsspørsmålet på et riktig rettslig grunnlag. Deres fylkesmannen mener det gjennom dispensasjon fra byggeforbudet kan oppnås en forbedret situasjon i forhold til allmenne hensyn enn det man har hatt til nå, vil dette selvsagt kunne tale for at dispensasjon blir gitt. Dette må imidlertid i så fall beskrives nærmere og inngå i en helhetsvurdering der også mothensynene blir vektlagt.

Ved den nye behandlingen må alminnelige saksbehandlingsprinsipper følges. Også spørsmålet om nødvendigheten av befaring vil måtte vurderes på nytt. Dette i og med at de materielle rettslige spørsmål som skal behandles, vil ha et annet innhold enn det fylkesmannen til nå har lagt til grunn. Hvorvidt fylkesmannen allerede på et tidligere tidspunkt burde ha foretatt befaring, er det dermed ikke grunn for meg til å gå inn på. Spørsmålet om nødvendigheten av befaring vil uansett måtte vurderes ut fra den behandlingen som jeg forutsetter nå blir foretatt. Fylkesmannen må for øvrig også vurdere hvorvidt det av hensyn til sakens opplysning eller av andre grunner er nødvendig å la partene komme til orde før det tas ny stilling til saken. Som kjent har tiltakshaveren ikke vært part i ombudsmannssaken.

Jeg vil ikke ha noen mening om hva resultatet av den nye behandlingen bør bli, men ber om å bli holdt orientert om utfallet.»

Fylkesmannen behandlet etter dette saken på nytt og opphevet sitt klagevedtak 7. november 2007 under henvisning til forvaltningsloven § 35. Kommunen, tiltakshaveren og naboene ble deretter innkalt til befaring, som ble gjennomført med naboene til stede. Fylkesmannen kom etter en fornyet vurdering til samme resultat som ved første gangs behandling, det vil si at det forelå slike «særlige grunner» som plbl. § 7 krever for å dispensere fra kommuneplanens arealdel om forbud mot oppføring av nytt båthus. Kommunens tillatelse ble dermed stadfestet.

82.

Vilkår for dispensasjon etter plan- og bygningsloven – saklig sammenheng og forholdsmessighet

(Sak 2007/1084)

Spørsmål om lovligheten av vilkår for dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen og kommuneplanens arealdel (LNF-område). Fylkesmannen i Østfold ga som settefylkesmann dispensasjon på vilkår blant annet av at en flaggstang og et naust ble fjernet. Ombudsmannen fant ikke grunn til å rette avgjørende rettslige innvendinger mot fylkesmannens vurderinger i saken.

A søkte om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen og kommuneplanens arealdel (LNF-område C) for flere tiltak på eiendommen i Larvik kommune, jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) §§ 7, 17-2 og 20-4. LNF-område C var i kommuneplanen beskrevet som områder hvor «friluftsliv og/ eller natur/ landskapsvern er en svært viktig bruksinteresse». Området var også omfattet av de rikspolitiske retningslinjene for planlegging i kyst- og sjøområder i Oslofjordregionen. De omsøkte tiltakene gjaldt plen/ jorde (påkjørt jord), strand (påført sand), bod/ utedo (svalgang, røsting av tak), båthus (røsting av tak, innsetting av vindu og dør, flytting), naust (utbedring av skader) og oppføring av steinmur i tilknytning til dette, brygge og trapp (for tilgang til naust og brygge), samt fjerning av utsprengt stein i sundet. På eiendommen var det registrert ett bolighus og fire uthus/ annekser. Kommunen hadde befart eiendommen før søknaden ble innsendt.

Fylkesmannen i Vestfold, miljøvernavdelingen, uttalte som statlig sektormyndighet blant annet:

«Tiltakene som omsøkt innebærer ikke at man samler bebyggelsen, men opprettholder spredningen av mange bygg på eiendommen. I tillegg vil røsting av båthus og bod/utedo samt utvidelse av bod/utedo med svalgang innebære at disse bygningene blir mer synlige i landskapet. På odden ca 60 meter nordøst for hovedhuset er det i dag et naust/båthus som er i dårlig forfatning.

Kommunen er negativ til renovering og mener at naustet bør rives. ...

Rehabilitering og opprettholdelse av den spredte bebyggelsen vil etter vår vurdering virke mer dominerende og privatiserende enn dagens bebyggelse. Vi vil derfor fraråde at kommunen tillater røsting av tak på båthus og bod/utedo, samt utvidelse med svalgang, før det foreligger en samlet plan for eiendommen.»

Miljøvernavdelingen hadde «ingen vesentlige merknader» til bryggen, som ble ansett som erstatningsbrygge, trappen og fjerning av stein, men frarådet forstøttingsmur med platting. Fylkesmannen kunne «akseptere» påføringen av sand på stranden, men hadde visse merknader til opparbeidelsen av plenen.

Kommunen ga dispensasjon for fjerning av steiner, bygging av brygge og trapp, røsting av båthus og bod/ utedo, påføring av sand og anleggelse av plen. Søknad om utbedring av naustet på odden og oppføring av steinmur i tilknytning til dette, ble avslått. Dispensasjonen ble gitt på følgende vilkår:

- «1. Det plantes stedsvegetasjon for å markere stien.
2. Det anlegges og skiltes adkomst på tvers av bukten til bruk for allmennheten som tilkomst til områdene nord og øst på eiendommen (Ferja).
3. Flaggstang på odden fjernes.
4. Naust på odden rives ned i sin helhet før røsting av tak på båthus og bod/utedo.»

Etter klage fra A fastholdt kommunen avslaget på søknad om steinmur, men endret dispensasjonsvilkår nr. 2 og 4:

- «2. Tilrettelegging og skilting/merking av sti mellom plenen og stranda.
4. Naust på odden kan ikke tas i bruk til beboelse. Naustet skal brukes til bod/lager, dvs. til oppbevaring av redskaper og lignende. Det skal ikke foretas endringer av bygningens fasader uten forutgående søknad.»

A fastholdt sin klage hva gjaldt vilkår nr. 3, samt avslaget på søknad om oppføring av mur. Fylkesmannen i Vestfold påklaget kommunens vedtak. Kommunen opprettholdt vedtaket.

Klagesaken ble behandlet av Fylkesmannen i Østfold som settefylkesmann. Fylkesmannen gjennomførte en uformell besiktigelse. Kommunens vedtak ble opphevet, og fylkesmannen ga tillatelse til de samme tiltakene som kommunen hadde gitt i det opprinnelige vedtaket, på noenlunde tilsvarende vilkår:

- «1. Det plantes stedsvegetasjon for å markere stien *over plen*.
2. Det anlegges og skiltes adkomst på tvers av bukten *syd for båthuset* til bruk for allmennheten som tilkomst til områdene nord og øst på eiendommen (Ferja).

3. Flaggstang på odden *må* fjernes.
4. Naust på odden rives ned i sin helhet før røsting av tak på båthus og bod/utedo.» (Forskjellene i forhold til kommunens opprinnelige vedtak er markert herfra.)

Fylkesmannen viste til vurderingen kommunens administrasjon hadde gjort, og sa seg i hovedsak enig i denne. Av administrasjonens innstilling fremgikk blant annet følgende:

«Det kan her ikke være tvil om at nedre halvdel av plenen og stranden ligger i utmark og av den grunn åpen for allmennheten. Ved å opparbeide plen og strand kan man utestenge allmennheten fra et område nord og øst på eiendommen.

Ser man alle tiltakene under ett vil disse tiltakene virke avvisende på allmennheten og av den grunn medvirke til en privatisering av området.

En fjerning av flaggstang og naust vil bedre allmennhetens tilgang og bruk av området nord og øst på eiendommen. Både naustet og flaggstangen har en avvisende effekt. ...

Vilkårene om riving av naustet og flaggstangen for å få tillatelse vil dermed til en viss grad oppveie for de tiltak som vil virke avvisende for allmennhetens tilgang til området. Vilkårene om å fjerne naustet og flaggstangen er vilkår som medførte at Larvik kommune ga tillatelse til etablering av bl.a. brygge, plen og utleggelse av sand på stranden.»

Av fylkesmannens vedtak fremgikk videre:

«I følge de rikspolitiske retningslinjer for Oslofjorden, pkt. 4.4 som gjelder strandsonen, bør mulighetene for allment friluftsliv, basert på båtferdsel, ferdsel til fots og på sykkel og strandopphold trygges og forbedres. Det skal videre legges stor vekt på å opprettholde og forbedre tilgjengeligheten til strandsonen fra landsiden og sjøsiden samt mulighetene for å ferdes langs sjøen. Ved avveininger skal disse hensyn vektlegges sterkt i forhold til videre utvikling av eksisterende bolig- og fritidseiendommer. ...

De mange tiltak, som det er anbefalt gitt dispensasjon for, gjør at eiendommen fremstår som vesentlig mer privatisert enn tidligere. For å tilfredsstille de rikspolitiske retningslinjer for Oslofjordregionen om å opprettholde, og helst forbedre tilgjengelighet og opphold i strandsonen, må det etter Fylkesmannens vurdering helt klart settes klare vilkår i dispensasjonsvedtaket for å oppveie den økende privatiseringen som ellers ville skjedd. Vi er enig med administrasjonen i at de vilkår som er satt har en naturlig sammenheng med de tiltak det er gitt dispensasjon for. Flaggstangen og naustet ligger på samme eiendom, og ved å fjerne disse vil det oppnås en kompensasjon for privatiserende tiltak andre steder. Vi kan ikke se at kompenserende tiltak annet sted på samme eiendom vil være i strid med regelverket. Ved å fjerne flaggstangen og naustet vil odden fremstå som mindre privat og mer tilgjengelig for allmennheten. ...

... Odden ses på som spesielt viktig i rekreasjonssammenheng. ...

... [Vi anser] at også en flaggstang er et privatiserende element. I dette tilfellet er flaggstangen heller ikke plassert i tilknytning til en bolig/fritidsbolig som jo vil være naturlig ...»

A begjærte vedtaket omgjort. Av fylkesmannens avslag fulgte:

«I vår avgjørelse har vi stilt vilkår for å bedre forholdene for allmennheten på en del av eiendommen, som en kompensasjon for gjennomføring av tiltak annet sted på tomta. Dette på grunn av at det vil være vanskelig å bedre tilgjengelighet for allmennheten og minske privatiseringen, om de kompenserende tiltak skulle være begrenset til det samme snevre området. De vilkår som er satt for dispensasjonen har derfor ... ikke noen direkte tilknytning til de enkelte tiltak det er gitt dispensasjon til.»

Advokat B brakte på vegne av A saken inn for ombudsmannen. Fylkesmannen i Østfold ble ved brev bedt blant annet om å vurdere nærmere hvorvidt vilkårene knyttet til flaggstang og naust var saklige og forholdsmessige, herunder i forhold til om de omsøkte tiltakene medfører økning i volum eller endring i utnyttelse av bygningsmassen. Av fylkesmannens svar fremgikk blant annet:

«I denne saken er det søkt om å få gjennomføre en rekke ulike tiltak over et stort område, og det er faglig enighet mellom kommunens administrasjon, statlig fagmyndighet (som også er klager) og Fylkesmannen som klageinstans, at disse tiltakene medfører en vesentlig økt grad av privatisering, med derav blant annet en avvisende effekt på allmennhetens bruk av området. ...

Blant annet på grunn av at tiltakene er plassert over et stort areal, vil det gi liten effekt overfor de aktuelle hensyn (som blant annet allmennhetens ferdsel og oppholdsmuligheter) å sette vilkår knyttet til de enkelte tiltak. Den mest aktuelle løsningen her var derfor først og fremst å redusere privatiseringen annet sted på eiendommen, ved å kreve fjerning av flaggstang og naust. ...

Vi anser at de vilkår som er satt, både er forholdsmessige og saklige i forhold til de relativt omfattende tiltak som det er gitt dispensasjon til. ... Båthus og utedo/bod får økt høyde, endrede fasader og delvis økt areal. De vil derfor fremstå som vesentlig mer dominerende enn opprinnelig.»

A kom med merknader i brev hit, der blant annet følgende fremgikk:

«Dersom bygningsmyndighetene mente det var noe i veien med utformingen av uthusbyggene eller de øvrige omsøkte tiltakene, måtte de eventuelt stilt krav til denne utformingen/tiltakene. Når de ikke har gjort det, tyder det på at de omsøkte tiltakene i realiteten er uproblematisk. ...

Det er under enhver omstendighet i strid med saklighetskravet å kreve revet naustet som (også ifølge fylkesmannen) står et 'annet sted' på eiendommen, og som av publikum oppleves som et adskilt forhold uten sammenheng med de omsøkte tiltakene. Dette gir ingen avbøting av de påståtte ulemper ved tiltakene.»

Merknadene ble kommentert av fylkesmannen, der hun blant annet viste til at det var et viktig hensyn at bygninger skulle virke minst mulig dominerende og privatiserende. Ut fra dette hensynet ville de opprinnelige bygninger med pulttak være å foretrekke. «En lav enkel bygning med pulttak, få og små vinduer gir ... et klart signal til omgivelsene om at bygningen er et uthus, og ikke en bygning beregnet for beboelse eller opphold», fremhevet fylkesmannen. A kom med ytterligere bemerkninger i saken. Fylkesmannen kom ikke tilbake til saken etter dette.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Adgangen til å gi dispensasjon og til å sette vilkår fremgår av plbl. § 7 første ledd:

«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. ... Det kan settes vilkår for dispensasjonen.»

Hvilke vilkår som kan oppstilles, er omtalt i forarbeidene til plbl. § 7, jf Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 102:

«Det er ikke hvilke som helst vilkår som kan settes, disse må ligge innenfor rammen av de hensyn loven skal ivareta. Det må også være en naturlig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår, f.eks. slik at vilkår så langt som mulig kompenserer for ulemper o.l. dispensasjon ellers kan medføre.»

Forarbeidenes krav om en «naturlig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår» er et utslag av det alminnelige forvaltningsrettslige kravet til saklighet. Hvorvidt dette er oppfylt, vil bero på en konkret og skjønsmessig helhetsvurdering i det enkelte tilfellet.

Klarest vil sammenhengen normalt være når vilkåret er knyttet direkte til det tiltaket dispensasjonen gjelder. Vilkår må imidlertid også kunne knyttes til andre tiltak, dersom det er en naturlig sammenheng mellom dem. Geografisk nærhet vil her være et relevant moment, men også for eksempel nærhet i funksjon, dvs. om tiltakene tjener samme formål eller dekker de samme behovene. Normalt må det kreves at vilkårene er egnet til å påvirke de samme hensynene som bærer den bestemmelsen det dispenseres fra.

Vilkårene i denne saken er knyttet til andre innretninger enn de dispensasjonen gjelder. Naustet og

flaggstangen som kreves fjernet, er opplyst å ligge om lag 160 meter unna hovedhuset (men på samme eiendom og langs samme strandlinje). Videre har flaggstangen en annen funksjon enn de øvrige innretningene. Disse forholdene taler isolert sett *mot* at det foreligger tilstrekkelig sammenheng. På den annen side kan naustet på odden sies å ha (delvis) tilsvarende funksjoner som båthuset på stranden og/ eller bod/ utedo på tunet (for eksempel lagring). Fylkesmannen har videre lagt til grunn at flaggstangen og naustet, i likhet med tiltakene det er søkt om, har en privatiserende effekt, og at vilkåret om fjerning *kompenserer* for ulemper dispensasjonen medfører. Med «privatiserende effekt» synes fylkesmannen å sikte dels til at tiltakene vil ha en negativ virkning på ferdselsretten, dels til det visuelle inntrykket tiltakene vil gi.

Fylkesmannen har vurdert vilkårene som forholdsmessige. Etter den såkalte vilkårlæren må vilkåret stå i forhold til de hensyn det skal ivareta. Det kreves også en viss balanse mellom vilkårene som er satt, og tiltakene det er gitt tillatelse til.

I svaret hit har fylkesmannen karakterisert tiltakene som «relativt omfattende», og understreket at uthusbygningene blir «vesentlig mer dominerende enn opprinnelig». Klageren har imøtegått fylkesmannens beskrivelse av tiltakenes virkninger, både med hensyn til de generelle virkningene på omgivelsene og i forhold til ferdselsretten. Han har imidlertid ikke bestridt fylkesmannens beregninger av økt takhøyde, volum og synlig fasadeareal for bod/ utedo og båthus, selv om han mener tallene «gir et uriktig inntrykk av hvordan bygningene vil fremstå i omgivelsene».

Selv om det er sendt inn et forholdsvis omfattende billedmateriale, kan jeg vanskelig uttale meg om hvordan tiltakene konkret vil virke i lokalmiljøet. Saksbehandlingen hos ombudsmannen er skriftlig, og egner seg ikke til å avklare uenighet mellom partene om faktiske forhold. Jeg konstaterer imidlertid at fylkesmannen har vært på stedet slik at hun har kunnet danne seg et umiddelbart inntrykk av forholdene. Det synes derfor ikke å være noe å si på saksbehandlingen eller sakens opplysning på dette punkt.

Ut fra begrunnelsen i vedtaket og den etterfølgende redegjørelsen fylkesmannen har gitt, må jeg også legge til grunn at fylkesmannen har hatt et korrekt rettslig utgangspunkt for sine vurderinger. Når saken ble tatt opp herfra, var det blant annet fordi det ut fra vedtaket var vanskelig å bedømme hvilken sammenheng det ble ansett å være mellom de tyngende vilkårene og de tiltak det ble gitt dispensasjon til. Dette er nå nærmere beskrevet, og så vidt jeg kan se, fremstår de hensynene som fylkesmannen har trukket frem, som saklige. Således fremstår hensynene vilkårene skal ivareta, som helt sentrale for bestemmelsene fylkesmannen har dispensert fra. Den konkrete avveiningen har jeg som nevnt ikke grunnlag for å gå

inn på. Etter en gjennomgang av saken i lys av fylkesmannens redegjørelse hit, har jeg ikke funnet grunn til å rette avgjørende rettslige innvendinger mot fylkesmannens fastsetting av vilkår knyttet til flaggstang og naust.»

83.

Vilkår om deltakelse i fellesareal ved fradeling av eiendom

(Sak 2006/1631)

I en tillatelse til fradeling etter plan- og bygningsloven satte Asker kommune som vilkår at tiltakshaveren ervervet bruksrett til felles lekeareal i området. Lekearealet var i reguleringskartet avsatt til fellesareal, men planen inneholdt ingen nærmere opplysninger om hvilke eiendommer som skulle tilknyttes arealet.

Saken har først og fremst reist spørsmål om vilkåret har tilstrekkelig hjemmel i plan- og bygningsloven § 67a.

Asker kommune innvilget 30. november 2004 As søknad om deling av boligeiendom. For delingstillatelsen satte kommunen blant annet følgende vilkår:

«Før deling finner sted skal det dokumenteres at den omsøkte eiendom (parsell 31 og 32) har rett til å bruke regulert felles lekeareal på gbnr. ... Avtalen skal tinglyses.»

Vilkåret ble stilt i henhold til plan- og bygningsloven § 67a første ledd og hadde bakgrunn i at det var regulert inn et fellesareal for lekeplass/løkke i reguleringsplanen for det aktuelle området.

Bestemmelsen i plan- og bygningsloven § 67a første ledd lyder slik:

«Hvor det i reguleringsplan eller i bebyggelsesplan er fastsatt felles avkjørsel, felles gårdsrom eller annet fellesareal for flere eiendommer, kan kommunen sette som vilkår for tillatelse etter § 93 at fellesarealet erverves, klausuleres og opparbeides i samsvar med planen.»

Det aktuelle arealet var i reguleringskartet avsatt til fellesareal, men planen inneholdt ingen nærmere opplysninger om hvilke eiendommer som skulle tilknyttes arealet. Ifølge kommunens vedtak i delingsaken, var lekearealet forutsatt å betjene hele planområdet.

A påklaget vilkåret og anførte at arealet på grunn av avstand og atkomstforhold var uegnet som lekeareal for hennes eiendom. Det ble vist til at det er over 400 meter fra eiendommen til lekeplassen, og at det er uforsvarlig å sende småbarn alene på en vei som både er smal og trafikkbelastet. Kommunen opprett-

holdt vedtaket og uttalte i den forbindelse blant annet at:

«Dersom vilkåret frafalles, eller det gis en dispensasjon, vil dette også få betydning for grunnlaget for å fordele eventuelle kostnader på flest mulig og slik sett medføre at en mer rettferdig kostnadsfordeling bortfaller.

Med tanke på en eventuell dispensasjon er de fremførte grunner, etter bygnings- og reguleringsseksjonens vurdering, ikke å betrakte som 'særlige grunner' i forhold til de hensyn som skal ivaretas gjennom lovgivningen.»

Saken ble deretter oversendt Fylkesmannen i Oslo og Akershus for klagebehandling. A utdypet sin klage i flere brev til fylkesmannen. Hun anførte blant annet det ikke var hjemmel for å stille et slikt vilkår, ettersom reguleringsplanen ikke fastsatte hvilke eiendommer lekearealet gjelder for, samt at kommunen feilaktig hadde lagt til grunn at unnløstelse av å stille et slikt vilkår krevde dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 67a. Anførselen om at vilkåret manglet hjemmel, underbygget A blant annet ved å vise til Miljøverndepartementets veileder T-1381, der det het at «Planen må alltid angi og fastsette hvilke eiendommer som skal være deltakere i fellesarealene». A anførte også at kommunen hadde tatt utenforliggende hensyn ved å legge vekt på at eieren av fellesarealet skulle få økonomisk kompensasjon.

I vedtak 12. mai 2005 stadfestet fylkesmannen kommunens vedtak.

Fylkesmannen fant under tvil at arealet skulle betjene As eiendom og at vilkåret således hadde tilstrekkelig hjemmel, men presiserte samtidig at det var en svakhet ved planen at den ikke anga eksplisitt hvilke eiendommer som skal delta. Det ble gitt uttrykk for at veileder T-1381 ikke sier noe om hvilke konsekvenser det får at planen ikke nevner de aktuelle eiendommene, og at spørsmålet om hvilke eiendommer som skal delta i arealet i slike tilfeller må vurderes konkret ut fra gjeldende plan og det området den regulerer. Fylkesmannen la i sin vurdering vekt på at planområdets størrelse taler for at fellesarealet skal gjelde for hele området og at kommunen tidligere har forutsatt at hele planområdet skal tilknyttes fellesarealet.

Fylkesmannen påpekte at plan- og bygningsloven § 67a er en «kan-regel» som ikke pålegger kommunen noen plikt til å stille vilkår om deltakelse i fellesareal, og at unnløstelse av å stille slikt vilkår dermed ikke forutsetter dispensasjon etter lovens § 7.

Under henvisning til at fellesarealet ligger forholdsviss langt fra As eiendom og at det finnes andre arealer i nærheten som egner seg bedre som lekeplass tilknyttet As eiendom, uttrykte fylkesmannen forståelse for at det kan stilles spørsmål om rimeligheten av vilkåret. Fylkesmannen fant likevel ikke grunn til å

overprøve kommunens vurdering. Det ble lagt vekt på at fellesarealet var ment å fungere som møteplass også for eldre barn og voksne og at avstand dermed ikke kunne tillegges avgjørende betydning. Fylkesmannen viste dessuten til bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd siste setning om vektlegging av hensynet til det kommunale selvstyret, og ga uttrykk for en generell varsomhet med å overprøve kommunens skjønnsmessige avgjørelser når disse er hjemlet i plan- og bygningslovgivningen og bygger på riktige faktiske forutsetninger.

A brakte deretter saken inn for ombudsmannen. I klagen hit anførte hun i hovedsak at det aktuelle vilkåret manglet hjemmel, at kommunen feilaktig hadde lagt til grunn at unnløstelse av å stille vilkåret forutsatte dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, og at den skjønnsmessige vurderingen av om det burde stilles vilkår dermed tok utgangspunkt i et for strengt vurderingstema.

I brev herfra ble fylkesmannen bedt om å redegjøre nærmere for enkelte sider av vedtaket:

1. Hjemmel for vilkåret

Fylkesmannen ble bedt om sitt syn på om det i et tilfelle som dette, der planen ikke selv angir hvilke eiendommer som omfattes, er anledning til å behandle eiendommene i planområdet forskjellig, eller om det er slik at fellesarealet må gjelde for alle eller ingen.

Dersom fylkesmannen mente at det er anledning til å behandle eiendommene forskjellig, ble han bedt om å opplyse i hvilken grad det var foretatt en konkret og individuell vurdering av As eiendom, samt å redegjøre for sitt syn på hvilken betydning rimelighetshensyn og forholdsmessighetsbetraktninger har i en slik vurdering.

2. Skjønnsvurderingen

I brevet herfra ble det påpekt at det syntes som kommunen hadde lagt til grunn at dersom fellesarealet etter planen er avsatt for den aktuelle eiendommen, kan vilkår bare unnløstes ved at det gis dispensasjon etter lovens § 7, mens fylkesmannen derimot hadde lagt til grunn at § 67a første ledd ikke innebærer noen plikt til å stille vilkår, og at dette kan unnløstes etter en «kan-vurdering», uten at dispensasjon er nødvendig.

På denne bakgrunn ble det bedt om fylkesmannens syn på om kommunens vedtak bygget på en korrekt lovførståelse, samt fylkesmannens syn på om kommunen hadde foretatt en konkret vurdering av hvorvidt den skjønnsmessige adgangen til å stille vilkår burde benyttes i denne saken.

Fylkesmannen ble videre bedt om å opplyse hvorvidt, og eventuelt hvordan, han selv i klagevedtaket hadde foretatt en «kan-vurdering» etter lovens § 67a første ledd.

3. Forholdet til det kommunale selvstyret

Fylkesmannens ble bedt om sitt syn på i hvilken grad bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd siste setning kommer til anvendelse dersom kommunen ikke har vurdert å unnlate vilkåret etter § 67a første ledd, men kun vurdert dette som et spørsmål om dispensasjon etter § 7. Fylkesmannen ble i denne forbindelse bedt om særlig å kommentere betydningen av at vurderingstemaet i de to bestemmelsene er forskjellig.

I svarbrevet hit hadde fylkesmannen i hovedsak følgende kommentarer til punktene ovenfor:

1. Hjemmel for vilkåret

Fylkesmannen ga uttrykk for at det ikke nødvendigvis er slik at et fellesareal må gjelde for alle eller ingen, der planen ikke uttrykkelig sier noe om dette, men det har presumsjonen for seg at et slikt felles lekeareal er forutsatt eid i fellesskap av alle boligeiendommene planen legger til rette for.

Etter fylkesmannens syn var det flere hensyn som taler for en slik presumsjon om at et felles lekeareal er forutsatt å være tilknyttet alle boligtomtene innenfor en plan, blant annet at kostnadene ved erverv og opparbeidelse av arealet blir mindre for hver enkelt, samt at en slik forståelse av planen bedre vil ivareta forutberegnelighetshensyn og bidra til å unngå vanskelige avgrensningsspørsmål i den enkelte sak. Det ble også vist til at en slik tolkning av planen vil bidra til at alle eiendommer innenfor planområdet bedre sikres tilgang til gode lekearealer.

Fylkesmannen mente at omstendigheter som kan lede til at presumsjonen ikke gjør seg gjeldende i et planområde, kan være at det er avsatt flere fellesarealer uten at det fremgår av planen hvilke arealer som er ment avsatt til hvilke eiendommer eller at planområdet er så stort at enkelte eiendommer blir liggende så langt fra fellesarealet at det vil være tilnærmet uaktuelt for disse eiendommene å bruke dette.

Dersom eiendommene har en reell mulighet til å benytte fellesarealet, må dette være tilstrekkelig for å legge presumsjonen til grunn.

Dessuten mente fylkesmannen at det ved tolkningen av planen, må legges vekt på hvordan kommunen har praktisert planen tidligere, da dette kaster lys over hva som har vært kommunens intensjon med planen.

Når det gjaldt spørsmålet om fylkesmannen hadde foretatt en konkret og individuell vurdering av om fellesarealet gjelder for klagerens eiendom, viste fylkesmannen til at det i vedtaket var lagt til grunn at planområdets størrelse taler for at fellesarealet skal gjelde for hele planområdet og dessuten var lagt vekt på at kommunen også tidligere har forutsatt at hele planområdet skal tilknyttes fellesarealet. Hensynene som taler mot at klagerens eiendom skal være tilknyttet fellesarealet, blant annet avstand og atkomstfor-

hold, var etter Fylkesmannens syn undergitt en tilstrekkelig konkret og individuell vurdering.

Fylkesmannen ga uttrykk for at det må legges til grunn at det er planvedtaket som avgjør «plikten» til deltakelse i slike fellesareal, og at rimelighets- og forholdsmessighetsbetraktninger derfor ikke bør ha en avgjørende betydning ved vurderingen etter plan- og bygningsloven § 67a.

2. Skjønnsvurderingen

Fylkesmannen mente at det ikke var grunnlag for å karakterisere kommunens rettsoppfatning som klart uriktig, selv om det under kommunens behandling av klagen var vist til at det ikke forelå «særlige grunner» til å gi dispensasjon. Fylkesmannen så det slik at det er reguleringsplanen som fastlegger plikten til deltakelse i fellesarealet, og at det i forbindelse med en delingssak kan søkes dispensasjon fra planen på dette punktet.

Etter fylkesmannens oppfatning viste formuleringen [D]ersom vilkåret frafalles, eller det gis dispensasjon» at kommunen hadde vurdert både om det forelå grunnlag for å unnlate å stille vilkår etter «kanregelen» i plan- og bygningsloven § 67a og om det forelå særlige grunner til å gi dispensasjon i medhold av lovens § 7. Fylkesmannen fant det uheldig at kommunen ikke hadde gitt noen uttrykkelig konklusjon på spørsmålet om vilkår burde stilles etter «kanregelen» i § 67a, men mente likevel at det fremgikk tilstrekkelig klart at kommunen hadde tatt stilling til spørsmålet.

Fylkesmannen mente at kommunen hadde foretatt en konkret vurdering av hvorvidt den skjønsmessige adgangen til å stille vilkår burde benyttes i denne saken. Det ble vist til kommunens redegjørelse i forbindelse med klagebehandlingen, der det blant annet fremgikk at avstand og adkomstforhold var vurdert. Tilsvarende mente fylkesmannen at han selv hadde foretatt en konkret «kan-vurdering» ved at de samme hensynene var trukket frem og vurdert i klagesaksvedtaket. Fylkesmannen påpekte imidlertid at vurderingen kunne vært mer utfyllende begrunnet.

3. Forholdet til det kommunale selvstyret

Fylkesmannen viste til at kommunen etter hans oppfatning hadde vurdert å unnlate vilkåret etter plan- og bygningsloven § 67a, og anså det derfor unødvendig å besvare ombudsmannens spørsmål om forholdet til det kommunale selvstyret.

Fylkesmannens redegjørelse ble oversendt A, som bestred denne på flere punkter. Hun anførte blant annet at presumsjonen om at fellesarealet skal gjelde for samtlige eiendommer i planområdet fremsto som svært frirettslig og at vedtak som pålegger borgerne plikter bør ha en klar hjemmel. Videre anførte hun at fylkesmannen viste en manglende forstå-

else for plan- og bygningslovens system ved å legge til grunn at det er korrekt å foreta en vurdering av å unnlate vilkåret både etter lovens § 67a og § 7. A ga uttrykk for at det ikke gir noen mening å skulle vurdere om det foreligger «særlige grunner» til å unnlate vilkåret når kommunen etter § 67a står fritt til vurdere om vilkåret skal stilles. I tillegg tok A opp spørsmålet om hvorvidt hun var utsatt for usaklig forskjellsbehandling.

As merknader ble oversendt fylkesmannen, som på bakgrunn av disse utdypet sin redegjørelse for vedtaket og dessuten redegjorde for spørsmålet om forskjellsbehandling.

Fylkesmannen ga uttrykk for at spørsmålet om hvorvidt det kan stilles opp en presumsjon for at fellesarealet skal gjelde samtlige eiendommer i planområdet, beror på en konkret tolkning av reguleringsplanen. Det ble presisert at det i denne sammenhengen ikke er snakk om å foreta noen fortolkning av plan- og bygningsloven § 67a, og at denne bestemmelsen etter fylkesmannens oppfatning ikke kaster lys over tolkningen av planen i dette tilfellet.

Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Undersøkelsene herfra har rettet seg mot tre forhold:

1. Hjemmelsspørsmålet – om det foreligger hjemmel for vilkåret.
2. Skjønnsvurderingen – om det er foretatt en konkret vurdering av om vilkåret bør stilles og om denne vurderingen er basert på en riktig rettsoppfatning.
3. Fylkesmannens vektlegging av hensynet til det kommunale selvstyret ved sin prøving av saken.

Spørsmålet om forskjellsbehandling er ikke undersøkt herfra.

1. Hjemmel for vilkåret

Spørsmålet er om vilkåret i As delingstillatelse om deltakelse i fellesarealet har tilstrekkelig lovhjemmel.

1.1 Tolkning av plan- og bygningsloven § 67a – presumsjonen for at fellesarealet gjelder for samtlige eiendommer i planområdet

Fylkesmannen har forklart at det etter hans syn foreligger en presumsjon for at fellesareal inntegnet i en reguleringsplan skal være tilknyttet samtlige eiendommer i planområdet. Fylkesmannen har presisert at presumsjonen for dette tolkningsresultatet følger av en fortolkning av reguleringsplanen, ikke av en fortolkning av plan- og bygningsloven § 67a, da denne bestemmelsen etter fylkesmannens oppfatning ikke bidrar til å kaste lys over forståelsen av planen.

Slik jeg forstår fylkesmannen, mener han at det foreligger en presumsjon for et bestemt tolkningsresultat ved tolkning av planen, og at denne presumsjonen er et resultat av en tolkning av den samme planen. I så fall er dette et uholdbart sirkelresonnement. En presumsjon for hvordan planen skal forstås på punkter der den er taus, må ha holdepunkter i kilder utenfor planen selv.

Det er plan- og bygningsloven § 67a som gir den eventuelle hjemmelen for å stille vilkåret. I motsetning til fylkesmannen, mener jeg at det er relevant å tolke hjemmelsbestemmelsen når det skal tas stilling til om vilkåret har tilstrekkelig hjemmel. Bestemmelsen gir hjemmel for å stille et slikt vilkår på betingelse av at «det i reguleringsplan ... er fastsatt ... fellesareal for flere eiendommer». Når det skal avgjøres om det foreligger hjemmel for vilkåret, må det først tas stilling til hva som ligger i lovens betingelse og deretter om reguleringsplanen oppfyller betingelsen. Det første spørsmålet beror på en tolkning av loven, det siste beror på en tolkning av planen. Tolkning av planen innebærer i dette tilfellet å fastlegge faktum – riktignok et faktum av rettslig karakter – som ved subsumsjonen skal prøves mot lovbestemmelsens vilkårsside, slik denne er fastlagt gjennom lovtolkningen. Det må altså tas stilling til hva det innebærer at fellesarealet i planen skal være fastsatt for flere eiendommer, og deretter om planen har fastsatt fellesareal for den aktuelle eiendommen på en måte som oppfyller denne betingelsen i loven. I så fall gir bestemmelsen i § 67a første ledd hjemmel for å stille vilkåret. I motsatt fall gjør den det ikke.

Fylkesmannens presumsjon innebærer at plan- og bygningsloven § 67a tolkes slik at fellesareal kan fastsettes for samtlige eiendommer i planområdet ved at planen ikke angir hvilke eiendommer arealet skal gjelde for. Lovens betingelse for å stille vilkår, er som nevnt at «det i reguleringsplan ... er fastsatt ... fellesareal for flere eiendommer». Den presumsjonen fylkesmannen har lagt til grunn er lite forenlig med denne ordlyden. Dersom det hadde vært meningen at fellesareal skal være tilknyttet alle eiendommer i planområdet med mindre planen gir holdepunkter for noe annet, er det grunn til å tro at bestemmelsen ville fått en annen utforming, slik at dette utgangspunktet hadde fremgått av ordlyden.

Hensynene bak legalitetsprinsippet taler imot den tolkningen som fylkesmannens presumsjon innebærer. Bestemmelsen i § 67a gir hjemmel for å pålegge den private part en plikt under forutsetning av at planen har fastsatt fellesareal for den aktuelle eiendommen. I alminnelighet kreves det at plikter som kan pålegges borgerne fremgår rimelig klart av bestemmelsen gitt i eller i medhold av lov. Dette tilsier at § 67a forstås slik at den krever at planen angir de eiendommene som kan pålegges deltakelsesplikt.

Alminnelige krav til forutberegnelighet for grunneiere og andre berørte, tilsier også at planen må angi de aktuelle eiendommene. Reguleringsplaner har en viktig informasjonsfunksjon overfor de som berøres. Rettsvirkningene for de enkelte eiendommene skal fremgå på en måte som gjør det mulig for de berørte å bringe klarhet i dem ved å lese planen. Reguleringsplanenes informasjonsfunksjon er viktig og fremhevet i plan- og bygningslovens forarbeider og ofte vist til både i forvaltningens vedtak og i uttalelser herfra. Dersom planen skal fylle denne funksjonen og gi borgerne mulighet til å orientere seg om hvilke plikter den medfører for dem, må de eiendommene som skal kunne pålegges deltakelsesplikt angis i planen.

I Miljøverndepartementets veileder T-1381 heter det at «[P]lanen må alltid angi og fastsette hvilke eiendommer som skal være deltakere i fellesarealene». Det er riktig, som fylkesmannen har påpekt, at veilederen kun er veiledende og ikke rettslig bindende. Spørsmålet her er imidlertid hva som ligger i lovens formulering «fastsatt ... for flere eiendommer», og ved tolkningen av denne formuleringen er uttalelsen i veilederen relevant.

Uttalelsen i veilederen synes å være uforenlig med fylkesmannens presumsjon. Når et av de to departementene som er ansvarlig for utarbeidelsen og forvaltningen av loven så tydelig har gitt uttrykk for at de eiendommene som skal være omfattet må være angitt i planen, må det kreves meget klare holdepunkter dersom det skal innfortolkes en presumsjon i § 67a for at samtlige eiendommer omfattes i tilfeller der ingen er angitt.

Veileder T-1381 er nå erstattet av «Plan og kart etter plan- og bygningsloven». Den ovenfor siterte uttalelsen ser ikke ut til å være gjentatt i den nye veilederen. Det synes likevel å være forutsatt at planen skal angi hvilke eiendommer som skal delta i arealet. Blant annet heter det i den nye veilederens punkt 05.03.07 at arealer regulert til fellesområde i plan «er private områder til eksklusiv bruk for *nærmere bestemte eiendommer*» (min kursivering). At planen må angi hvilke eiendommer som skal delta, er også forutsatt i Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett (2000), der det heter på side 425 om fellesområder at «[M]eningen er at arealene skal være til eksklusiv bruk for bestemte eiendommer. ... Hvilke eiendommer som skal ha del i fellesarealene, skal fremgå av reguleringsplanen» og på side 512 om deltakelsesplikt etter § 67a at «[H]vilke tomter som skal ha del i slike areal, skal bestemmes i reguleringsplanen».

Fylkesmannen har vist til at presumsjonen vil medføre en bedre ivaretagelse av forutberegnelighetshensyn og bidra til å unngå vanskelige avgrensningsspørsmål i den enkelte sak. Jeg kan ikke se at disse hensynene peker i retning av fylkesmannens

presumsjon, ettersom disse må antas å bli minst like godt ivaretatt dersom det stilles krav om at det skal fremgå klart av planen hvilke eiendommer som skal tilknyttes arealet.

Det foreligger etter dette ikke tilstrekkelige holdepunkter for en presumsjon for at inntegnet fellesareal skal være tilknyttet samtlige eiendommer i planområdet. Plan- og bygningsloven § 67a må forstås slik at vilkår om deltakelse bare kan stilles når det er angitt i planen at arealet skal være tilknyttet den aktuelle eiendommen.

1.2 Tolkning av planen – spørsmålet om det i planen er fastsatt fellesareal for As eiendom

Ordlyden i § 67a første ledd åpner for at en eiendom pålegges deltakelsesplikt selv om eiendommen ikke er uttrykkelig nevnt i planen. Det avgjørende er om planen har «fastsatt» fellesareal for eiendommen. Lovbestemmelsen må imidlertid forstås slik at den krever at planen angir de aktuelle eiendommene. Den stiller imidlertid ikke krav om at eiendommene skal være angitt på en bestemt måte. I utgangspunktet beror det på en tolkning av planen om fellesarealet kan sies å være fastsatt for eiendommen i samsvar med lovbestemmelsens krav. I tilfeller der planen ikke uttrykkelig nevner hvilke eiendommer som skal delta i arealet, må det foretas en konkret vurdering av hvorvidt planen har fastsatt fellesareal for den aktuelle eiendommen. På bakgrunn av de rettskildene og hensynene jeg har redegjort for ovenfor, må det gå klart frem av planen at fellesarealet skal gjelde for den aktuelle eiendommen. Ellers vil lovbestemmelsens betingelse for å stille vilkår om deltakelse ikke være oppfylt.

I fylkesmannens vedtak er det lagt vekt på planområdets størrelse. Jeg oppfatter dette slik at fylkesmannen mener at i små planområder er det naturlig å forstå planen slik at et inntegnet fellesområde er ment å betjene samtlige eiendommer. Det kan nok tenkes tilfeller der planområdet er så lite at dette vil være en naturlig forståelse av planen. I denne saken er imidlertid avstanden mellom lekearealet og As eiendom så stor at det, til tross for planområdets størrelse, vanskelig kan sies å fremgå klart av planen at arealet skal betjene hennes eiendom.

Jeg kan ikke se at det foreligger konkrete momenter i saken som tilsier at planen på en tilstrekkelig klar måte har fastsatt fellesareal for As eiendom. De fleste konkrete omstendigheter i saken taler imot å forstå planen slik. Særlig gjelder dette de omstendighetene at arealet på grunn av avstand og atkomstforhold er lite egnet til å tjene som lekeareal for eiendommen, herunder at arealet for hennes eiendoms vedkommende ikke oppfyller normkravene for lekeplasser. Reguleringsplanen har således ikke på en tilstrekkelig klar måte fastsatt fellesareal for As eiendom.

1.3 Konklusjon

Fylkesmannens standpunkt til spørsmålet om vilkåret har tilstrekkelig hjemmel, synes i all hovedsak å være basert på presumsjonen for at fellesarealet gjelder for samtlige eiendommer i planområdet med mindre planen gir holdepunkter for noe annet. Selv om denne presumsjonen ble lagt til grunn for fylkesmannens vedtak i klagesaken, ble det i vedtaket gitt uttrykk for tvil om hjemmelsspørsmålet. Som nevnt ovenfor, tilsier de fleste konkrete omstendigheter i saken at fellesarealet ikke skal gjelde for As eiendom.

Ettersom det ikke foreligger tilstrekkelige holdepunkter for den presumsjonen som var det bærende argumentet i fylkesmannens begrunnelse og de konkrete omstendighetene ikke tilsier at fellesarealet er fastsatt for eiendommen, er betingelsen i plan- og bygningsloven § 67a ikke oppfylt. Bestemmelsen gir dermed ikke hjemmel for å stille det omtvistede vilkåret i As delingstillatelse.

2. Skjønnsvurderingen

Ettersom det omtvistede vilkåret mangler lovhjemmel, blir redegjørelsen for mitt syn på de øvrige forholdene som har vært undersøkt i saken subsidiær. Fylkesmannens redegjørelser i forbindelse med undersøkelsene herfra gir imidlertid grunn til noen kommentarer også om disse forholdene.

2.1 Kommunens lovforståelse

I plan- og bygningsloven § 67a heter det at vilkår «kan» stilles. Kommunens redegjørelse ved behandlingen av As klage, kunne tyde på at kommunen mente at unnlattelse av å stille vilkår forutsatte at det forelå «særlige grunner» til å dispensere etter lovens § 7. I foreleggelsen herfra ble fylkesmannen bedt om sitt syn på om kommunens vedtak bygget på en korrekt lovforståelse.

I sitt svar på foreleggelsen skrev fylkesmannen blant annet:

«Fylkesmannen er av den oppfatning at kommunens henvisning til plan- og bygningslovens § 7 i denne saken neppe kan karakteriseres som et uttrykk for en klart uriktig rettsoppfatning, idet det som ovenfor nevnt må konkluderes med at det er planen, eller en tolkning av denne som i utgangspunktet fastlegger en 'plikt til' eller forutsetning om deltakelse i fellesarealet. Slik sett kan man se for seg at det i forbindelse med en byggesak kan søkes om dispensasjon/avvik fra planen (eller mindre vesentlig endring av plan) der denne forutsetter deltakelse i et fellesareal.»

Tidligere i svaret hadde fylkesmannen også uttalt at «det i utgangspunktet må legges til grunn at det er planvedtaket som avgjør 'plikten' til deltakelse i slike fellesareal».

Det er vanskelig å følge fylkesmannens resonnering her. Plikten til deltakelse i fellesareal følger ikke av planen, men av et eventuelt vilkår som kan vedtas med hjemmel i plan- og bygningsloven § 67a. Plikten til deltakelse i fellesareal oppstår bare dersom det treffes vedtak om et slikt vilkår ved avgjørelsen av om tiltaket skal gis tillatelse. Slik bestemmelsen er utformet, har kommunen på gitte betingelser (som det er redegjort for i punkt 1 ovenfor) kompetanse til å pålegge en slik plikt i form av vilkår i tillatelsen. Hvorvidt kompetansen skal benyttes i det enkelte tilfellet, beror på kommunens skjønn, jf. bestemmelsens bruk av ordet «kan». Hvis kompetansen ikke benyttes, foreligger det ikke noen plikt. Dermed blir det heller ikke noe spørsmål om dispensasjon. Så lenge det ikke er vedtatt vilkår om deltakelse, finnes det ikke noen plikt som det kan dispenseres fra. På bakgrunn av dette er det vanskelig å forestille seg at det kan være noe rom for en dispensasjonsvurdering i forbindelse med avgjørelsen av om tiltakshaver skal pålegges deltakelse i fellesareal.

Undersøkelsene herfra har ikke bidratt til å fjerne den tvilen som forelå vedrørende kommunens lovforståelse. Svaret på foreleggelsen, gir dessuten en viss grunn til tvil om hvorvidt fylkesmannen har en korrekt forståelse av lovens system på dette punktet.

2.2 Spørsmålene om hvorvidt forvaltningen har foretatt en konkret vurdering av hvorvidt adgangen til å stille vilkår bør benyttes

På bakgrunn av konklusjonen under punkt 1 ovenfor, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på kommunens og fylkesmannens vurderinger på dette punktet, men vil bemerke at jeg er enig med fylkesmannen i at likhetshensyn vil kunne ha betydning for vurderingen av om adgangen til å stille vilkår bør benyttes.

3. Forholdet til det kommunale selvstyret

Ifølge forvaltningsloven § 34 annet ledd siste setning skal fylkesmannen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøvingen av vurderinger som hører inn under det frie forvaltningsskjønnet. Bestemmelsen omfatter ikke prøving av rettsanvendelse og faktum.

Spørsmålet om kommunens vedtak bygger på en riktig lovforståelse vedrørende den skjønsmessige adgangen til å stille vilkår, omfattes dermed ikke av bestemmelsen. Det samme gjelder både tolkningen av loven for øvrig og av reguleringsplanen.

I svarbrevet hit fant fylkesmannen det unødvendig å besvare spørsmålene angående forholdet til det kommunale selvstyret. Begrunnelsen var at fylkesmannen hadde kommet til at kommunen hadde vurdert å unnlate vilkåret etter plan- og bygningsloven § 67a. Jeg forstår dette dit hen at henvisningen til forvaltningsloven § 34 annet ledd siste setning i fylkes-

mannens vedtak gjaldt «kan-vurderingen» etter plan- og bygningsloven § 67a, og at fylkesmannen mener at denne omfattes av forvaltningslovens bestemmelse. Jeg har ingen innvendinger mot dette.

4. Oppsummering

Saken gir grunn til tvil om hvorvidt kommunen og fylkesmannen har hatt en korrekt forståelse av den skjønsmessige adgangen til å stille vilkår etter plan- og bygningsloven § 67a. Dette har imidlertid ingen avgjørende betydning, ettersom planen ikke har «fastsatt» fellesareal for As eiendom, og det dermed ikke foreligger hjemmel for å stille det omtvistede vilkåret.

På denne bakgrunn ber jeg fylkesmannen ta opp saken til ny behandling.

Jeg ber om å bli holdt orientert om den fornyede behandlingen.»

84.

Dispensasjon fra plikt til opparbeidelse av avkjørsel

(Sak 2007/312)

Os kommune innvilget en søknad om fradeling av boligtomt. Tiltakshaveren ble fritatt for reguleringsplanens krav til opparbeidelse av avkjørsel, uten at det ble truffet noe uttrykkelig vedtak om dispensasjon fra planen. Fylkesmannen i Hordaland stadfestet vedtaket under henvisning til at de relevante hensynene var vurdert og at det «i realiteten» var gitt dispensasjon.

Ombudsmannen konkluderte med at kommunen ikke hadde truffet vedtak om dispensasjon og ba fylkesmannen behandle saken på nytt.

Os kommune innvilget søknad fra B om tillatelse til fradeling av en boligtomt. Vedtaket ble påklaget av A. I klagen ble det blant annet anført at det ikke var gitt nødvendig dispensasjon fra krav i reguleringsplan om opparbeidelse av avkjørsel fra fylkesveien.

Kommunen behandlet klagen og opprettholdt vedtaket. I administrasjonens saksfremlegg ved klagebehandlingen ble det blant annet vist til at veikrysset som utgjorde den aktuelle avkjørselen fra fylkesveien nylig var utbedret og at Statens vegvesen hadde uttalt at det ikke var grunnlag for å kreve avkjørselen utbedret på ny. Brevet var et svar på en henvendelse fra A der han ba vegvesenet stille krav til utbedring av avkjørselen i forbindelse med Bs fradeling.

Fylkesmannen i Hordaland stadfestet kommunens vedtak om fradelingstillatelse. I stadfestelsesvedtaket het det blant annet:

«I denne saka er ikkje vegen fullt opparbeid i medhald av gjeldande reguleringsplan. For at avkjørsle då skal godkjennast, lyt det gjevast dispensasjon frå planen, jf pbl. § 7.

Det er ikkje søkt om dispensasjon. Kommunen skriv heller ikkje uttrykkeleg at det er gjeve dispensasjon. Det går likevel fram av dokumenta at kommunen har vurdert relevante omsyn.»

Fylkesmannen viste til saksfremlegget som var utarbeidet i forbindelse med kommunens klagebehandling og påpekte at kommunen hadde vektlagt brevet fra Statens vegvesen, der det ble gitt uttrykk for at trafikkforholdene ikke hadde forandret seg så mye siden forrige utbedring at det var grunnlag for å kreve avkjørselen utbedret på ny. På denne bakgrunn var det ifølge fylkesmannens syn «i realiteten gjeve dispensasjon frå reguleringsplanen».

Fylkesmannen mente det representerte en saksbehandlingsfeil at kommunen ikke på egenhånd hadde innhentet uttalelse fra statlige myndigheter i samsvar med bestemmelsen i plan- og bygningsloven § 7 siste ledd, men at det ikke var sannsynlig at feilen hadde virket inn på avgjørelsen, jf. forvaltningsloven § 41.

A henvendte seg deretter hit og ba om en vurdering av fylkesmannens vedtak. I henvendelsen ble det anført at det ikke var truffet nødvendig vedtak om dispensasjon.

Fylkesmannen ble i brev herfra bedt om å redegjøre nærmere for sitt vedtak. I brevet het det blant annet:

- «1. Hvilken betydning mener fylkesmannen det har at det ikke er søkt om dispensasjon? Har det i denne forbindelse noen betydning at det i plan- og bygningsloven § 7 heter at dispensasjon kan gis 'etter søknad'? I den grad fylkesmannen mener at dette har betydning i denne saken, bes det redegjort for hvilke vurderinger som ble gjort av dette spørsmålet i forbindelse fylkesmannens vedtak.
2. I hvilken grad stiller plan- og bygningsloven § 7 krav om at dispensasjonen fremgår av kommunens vedtak? Er det tilstrekkelig at det treffes et vedtak som etter sitt innhold avviker fra planen? Har ordlyden i bestemmelsens annet punktum – 'gjøre vedtak om dispensasjon' – noen betydning her?
3. I hvilken grad kreves det at de 'særlige grunner' som tilsier dispensasjon fremgår av kommunens vedtak? Er det tilstrekkelig at slike grunner foreligger eller må det være vist til disse i vedtaket?
-
4. Hvilken betydning har det at myndigheten til å gjøre vedtak om dispensasjon er lagt til kommunen, jf. plan- og bygningsloven § 7.
5. I fylkesmannens vedtak heter det at det representerer en feil ved kommunens vedtak at kommunen ikke har innhentet uttalelse fra vegvesenet, men at det ikke er sannsynlig at denne feilen har virket inn på avgjørelsen, jf. forvaltningsloven § 41.

Fylkesmannen bes redegjøre for om det ble vurdert hvorvidt kommunens vedtak oppfyller de øvrige saksbehandlingskrav som følger av plan- og bygningsloven § 7 siste ledd, samt hvilken betydning eventuelle mangler har for kommunens vedtak.»

I fylkesmannens svarbrev het det blant annet:

«Det er vårt syn at kommunen har gitt dispensasjon og at det i denne sammenheng er gjort relevante vurderinger av vilkåret 'særlige grunner'...

Når det nærmere gjelder Sivilombudsmannens spørsmål (1 til 5) har vi merknader som i det følgende.

I følge plan- og bygningsloven (pbl.) § 7 gis eventuell dispensasjon 'etter søknad', jfr. regelens ordlyd (spørsmål 1). Kravet fremgår også av saksbehandlingsforskriften, som sier følgende i § 3 om dispensasjon: 'Dispensasjon fra bestemmelser gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven, herunder gjeldende arealplaner og planbestemmelser, krever søknad etter pbl. § 7 eller § 88. Søknad om dispensasjon kan sendes separat eller samtidig med søknad om tiltaket for øvrig.' ... Det kan i denne sammenheng være grunn til å understreke at kommunens frihet til å vurdere om en søknad også omfatter søknad om dispensasjon må anses for å være innskrenket i sammenligning med tidligere praksis. Se i denne sammenheng brev fra Kommunal- og regionaldepartementet til Fylkesmannen i Østfold den 22.09.04 med referanse 04/1419-2 KEK. Det forekommer at Fylkesmannen mottar klagesaker til behandling der tillatelse og dispensasjon er gitt uten at søknad om dispensasjon er fremsatt, verken særskilt eller sammen med søknad om tiltak. I tilfeller der det godkjente tiltaket forutsetter dispensasjon fra arealplaner, har vi i en del saker i forbindelse med opphevelse av vedtaket i den enkelte klagesak gitt kommunene det råd at slike søknader avslås med hjemmel i plan og returneres til søker med orientering om retten til å søke dispensasjon, jfr. ovenfor nevnte brev fra Kommunal- og regionaldepartementet. Behandlingen hos oss av foreliggende klagesak representerer et unntak fra denne praksis. Når det gjelder våre konkrete vurderinger vises til fremstillingen nedenfor.

Etter lovens ordlyd kan kommunen 'gjøre vedtak om dispensasjon' (spørsmål 2). Kravet til vedtakets innhold, herunder kravet til henvisning til aktuelle regler, følger i tillegg av forvaltningsloven (fvl) § 25 første ledd. I den grad det er nødvendig skal også grunnene oppgis. (Spørsmål 3).

Kompetansen til å dispensere ligger til kommunen, jfr. pbl. § 7 første ledd, første punktum. Som presisert i innledningen på side 1 er det vårt syn at kommunen har brukt sin kompetanse i dette tilfellet. Fylkesmannen bør for øvrig ikke gi dispensasjon under klagebehandlingen (spørsmål 4). Vesentlig i denne sammenhengen er kravet til to-trinns behandling av klagesaken.

Hvorvidt klageren hadde krav på varsel (spørsmål 5) har vi ikke sett på som avgjørende for sakens utfall. Det foreligger en klage som er tatt til behandling i underinstansen. Som det videre fremgår av Fylkesmannens vedtak ..., foreligger en konkret uttalelse fra Statens vegvesen

den ... til klageren vedrørende spørsmål om krav til utbedring i medhold av plan (spørsmål 5).

Slik saken ble fremsendt til behandling hit, forelå flere feil ved saksbehandlingen i kommunen. Mulig virkning av aktuelle feil på kommunens vedtak må ses på bakgrunn av regelen i fvl. § 41. Slik saken foreligger, er det etter vår vurdering ikke tilstrekkelig grad av sannsynlighet for at de aktuelle feil enkeltvis eller samlet kan ha hatt en slik virkning på kommunens vedtak at det av denne grunn kan sies å være ugyldig, sml. Rt. 1980 side 485.»

A innga kommentarer til fylkesmannens svarbrev hit. I kommentarene ble det blant annet fremhevet at når kommunen gir bygge-/delingstillatelser der det verken er stilt krav om opparbeidelse av avkjørsel i samsvar med planen eller gitt noen formell dispensasjon, kan dette medføre problemer i refusjonsrunden for den som senere blir pålagt til å opparbeide atkomst som også kommer disse eiendommene til gode. Ifølge plan- og bygningsloven § 49 nr. 1 annet ledd skal refusjon belastes «bebygd areal som har fått midlertidig utsetting med å oppfylle forpliktelsene etter § 67, såfremt forpliktelsene blir oppfylt gjennom tiltaket».

Det rettslige utgangspunktet etter plan- og bygningsloven § 67 er at det skal stilles krav om slik opparbeidelse, med mindre det gis midlertidig dispensasjon. A viste til at slike dispensasjoner vanligvis tinglyses som en heftelse på eiendommen, i form av en såkalt «veierklæring», og at dette sikrer at eiendommen tas med i refusjonssaken når en annen eiendom senere får pålegg om å gjennomføre opparbeidelsen. Det ble påpekt at plan- og bygningsloven ikke stiller noe absolutt krav om tinglysning av en slik erklæring, men at det i praksis er svært vanskelig å få eiendommer som har fått «indirekte» dispensasjoner til å bidra i en senere refusjonssak. A mente derfor at:

«Det korrekte i Bs delesak vil være et pålegg om å utbedre siktlinjene i henhold til reguleringen, men med en midlertidig dispensasjon mot en tinglyst 'veierklæring' da siktlinjene er blitt utbedret i senere tid. Dette er ikke gjort, og kan skape problemer for en som senere må utbedre kryset».

Det fremgikk av brevet at A hadde møtt slike problemer i sin egen refusjonssak, etter at han i 2003 ble pålagt å utbedre avkjørselen. Ombudsmannen ble på denne bakgrunn bedt om å se Bs delingssak i sammenheng med As problemer i refusjonssaken.

I brev herfra ble A gjort oppmerksom på at ombudsmannens undersøkelser i saken rettet seg mot fylkesmannens stadfestelsesvedtak, og at dette kun tok stilling til Bs delingstillatelse, ikke til As refusjonssak. Refusjonssaken syntes ikke å være endelig avgjort i forvaltningen og ville derfor ikke bli undersøkt nærmere herfra.

Det ble likevel funnet grunn til å be om fylkesmannens syn på om det kan ha betydning for et senere refusjonskrav at det «i realiteten» er gitt en dispensasjon, uten at det er truffet noe uttrykkelig vedtak om dette.

Fylkesmannen ga uttrykk for følgende syn på spørsmålet:

«At det ikke er truffet et uttrykkelig vedtak om dispensasjon gjør at det i utgangspunktet kan være vanskelig å si noe bestemt om dispensasjonens varighet. Det fremgår imidlertid som en forutsetning i kommunens vedtak at krav om utbedring vil komme senere når trafikktviklingen tilsier det. Kommunens dispensasjonsvedtak bør tolkes i samsvar med denne forutsetningen.»

A hadde ikke ytterligere kommentarer i saken.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Undersøkelsene herfra har dreiet seg om hvorvidt det er gitt dispensasjon fra planen i forbindelse med den aktuelle fradelingen.

Spørsmålet om fradelingen krever dispensasjon, har ikke vært undersøkt herfra. I fylkesmannens vedtak heter det at veien ikke er fullt opparbeidet i samsvar med reguleringsplan, og at dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 derfor er nødvendig. Jeg legger dette til grunn for mitt syn på saken, men presiserer at undersøkelsene herfra ikke gir grunnlag for å ta stilling til hvorvidt fradelingen faktisk krever dispensasjon. Undersøkelsene gir heller ikke grunnlag for å vurdere hvorvidt det i så fall foreligger tilstrekkelige grunner til å gi dispensasjon.

På bakgrunn av saksdokumentene virker det uklart om en eventuell dispensasjon kun gjelder kravene til avkjørsel, jf. plan- og bygningsloven § 66 og vegloven § 40, eller om den også gjelder krav til opparbeidelse av vei, jf. plan- og bygningsloven § 67, og dermed kan ha betydning for et senere refusjonskrav etter samme lovs § 49 annet ledd. Jeg forstår imidlertid fylkesmannens vedtak dit hen at det bare gjelder krav til avkjørsel og legger dette til grunn for mitt syn på saken.

Spørsmålet er dermed om det er truffet et gyldig vedtak om dispensasjon fra planens krav om opparbeidelse av avkjørsel. Etter plan- og bygningsloven § 7 kan kommunen gi dispensasjon fra bestemmelser i reguleringsplan dersom det foreligger «særlige grunner».

I forbindelse med søknaden om fradeling ble det ikke søkt om dispensasjon. Kommunen har heller ikke truffet noe uttrykkelig vedtak om dispensasjon. Vedtaket viser ikke til plan- og bygningsloven § 7. Det fremgår ikke klart av vedtaket at reguleringspla-

nens krav fravikes og vedtaket inneholder ingen uttrykkelig vurdering av om det foreligger «særlige grunner» til å fravike planen.

Fylkesmannen forstås slik at han mener at dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 forutsetter at det etter søknad treffes et særskilt vedtak om dette, og at slikt vedtak må treffes av kommunen. Videre legges det til grunn at fylkesmannen mener at kommunen i denne saken har foretatt de relevante vurderinger av om det foreligger «særlige grunner», og at kommunens vedtak må tolkes dit hen at det er gitt dispensasjon fra planen.

Den nærmere problemstillingen er dermed om kommunens vedtak oppfyller kravene til et dispensasjonsvedtak.

Kravene til et dispensasjonsvedtak må fastlegges med utgangspunkt i plan- og bygningsloven § 7 og saksbehandlingsforskriften (forskrift 24. juni 2003 nr. 749). I en sak inntatt i årsmeldingen herfra for 2006 side 295 (Somb-2006–74) uttalte jeg følgende om kravene som stilles til dispensasjonsvedtak:

«Plan- og bygningsloven § 7 oppstiller så vel materielle som prosessuelle vilkår for å gi dispensasjon. Materielt krever bestemmelsen at det må foreligge 'særlige grunner' som tilsier at dispensasjon gis. Prosessuelt krever bestemmelsen at det søkes om dispensasjon, at særskilte saksbehandlingsregler følges og at dispensasjon innvilges av et organ som har kompetanse til å fatte slike vedtak.

Det er noe uklart hva fylkesmannen mener med at det 'i realiteten' ble gitt dispensasjon fra byggegrensene i forbindelse med delingssaken. Lovens system er at dispensasjon krever et særskilt vedtak, se for eksempel O. J. Pedersen m.fl.: Plan- og bygningsrett s. 214. Selv om dispensasjoner gjerne gis sammen med et annet vedtak – typisk en byggetillatelse – må det likevel kreves at det fattes et særskilt vedtak om dispensasjon. Det kan således som utgangspunkt ikke antas at det forhold at den 'underliggende' tillatelsen er gitt, også innebærer at dispensasjon er gitt med mindre dette klart fremgår av vedtaket. Om dette gjelder uten unntak, gir denne saken ikke grunnlag for å ta stilling til.

En dispensasjon innebærer at det i et konkret tilfelle gjøres unntak fra en generell regel i plbl. eller i gjeldende plan, fordi hensynene bak dispensasjonsønsket finnes å veie tyngre enn hensynene bak bestemmelsen. Plan- og bygningsloven hviler på en forutsetning om at planbestemmelsene er blitt til etter en grundig vurdering av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, og de er derfor også tillagt rettslig bindende virkning. Av denne grunn skal det ikke være en kurant sak å dispensere fra planens bestemmelser. En grunnleggende forutsetning for å anta at en dispensasjon er gitt, er således at det fremgår av dispensasjonsvedtaket at vilkårene for å kunne dispensere er oppfylt, fremfor alt kravet til 'særlige grunner'. Jeg viser her til forvaltningsloven § 25.»

Selv om den siterte uttalelsen gjaldt et annet saksforhold, må det stilles de samme kravene til vedtak om dispensasjon i den foreliggende saken.

Det følger av ordlyden i plan- og bygningsloven § 7 at det skal treffes vedtak om dispensasjon. Rent praktisk kan slikt vedtak treffes sammen med vedtaket som innvilger delingsøknaden. Det må imidlertid fremgå av vedtaket at dette innebærer en dispensasjon fra planen.

At vedtaket etter sitt innhold avviker fra planen, nødvendiggjør dispensasjon og er således en forutsetning for at spørsmålet om dispensasjon skal være aktuelt, men innebærer ikke i seg selv at dispensasjon er gitt. Det er heller ikke tilstrekkelig at relevante hensyn er vurdert i forbindelse med innvilgelse av delingsøknaden. Slik lovens § 7 er formulert, må det kreves at det går klart frem av vedtaket at det er gitt dispensasjon fra planen.

Ved siden av lovens ordlyd er det flere grunner som tilsier et slikt krav. Blant annet kan det tenkes å ha betydning for andre berørte parter vurdering av om de skal påklage vedtaket. At det fremgår av vedtaket at det er gitt en dispensasjon, kan være en viktig forutsetning for denne vurderingen. Det vil ofte være mindre grunn til å forvente at en klage på et tiltak som er i samsvar med lov og plan vil kunne føre frem enn en klage på et dispensasjonsvedtak. Dette gjelder også regionale og statlige myndigheters vurdering av hvorvidt de skal benytte sin klageadgang etter plan- og bygningsloven § 15.

Et slikt krav må videre antas å bidra til å sikre at det foretas en skikkelig vurdering av hvorvidt det foreligger «særlige grunner» til å fravike planen. Fylkesmannen har vist til at kommunen i sitt delingsvedtak har gjort de relevante vurderingene i forhold til vilkåret «særlige grunner» i lovens § 7. Det må imidlertid kreves at det fremgår av vedtaket at kommunen har funnet dispensasjonsgrunnene tungtveiende nok til å fravike planen, og at det dermed også fremgår klart av vedtaket at planen faktisk er fraveket. I denne saken kan det dessuten bemerkes at de vurderingene fylkesmannen viser til at kommunen har gjort, til dels fremgår av kommunens klagebehandling og ikke av den opprinnelige behandlingen av delingsøknaden. Videre bemerkes det at kommunen ikke har behandlet saken som en dispensasjonssak. Det ble ikke krevd søknad om dispensasjon, jf. § 7 første ledd, og heller ikke sendt varsel eller innhentet uttalelser i samsvar med § 7 siste ledd.

På bakgrunn av ovenstående må det konkluderes med at kommunen ikke har truffet vedtak om dispensasjon i denne saken.

Som det fremgår ovenfor, ble det ikke søkt om dispensasjon i forbindelse med delingsøknaden og kommunen unnlot å sende varsel/innhente uttalelse i samsvar med bestemmelsen i plan- og bygningsloven

§ 7 siste ledd. Ettersom kommunens vedtak ikke kan regnes som et dispensasjonsvedtak i henhold til § 7 første ledd, er det ikke nødvendig å ta stilling til hvilken betydning disse forholdene ellers ville hatt.

Som nevnt ovenfor, legger jeg til grunn at fylkesmannens vedtak gjelder krav til avkjørsel, jf. plan- og bygningsloven § 66 og vegloven § 40. Det kan likevel påpekes at dersom det gis fritak for opparbeidelsesplikt etter plan- og bygningsloven § 67, vil det kunne oppstå problemer i en senere refusjonssak dersom det ikke fremgår tydelig av vedtaket at det er gitt dispensasjon. Som påpekt av As advokat, bør det av hensyn til å unngå slike problemer også tinglyses en «veierklæring» som viser at eiendommen er gitt fritak for opparbeidelsesplikten. Det samme er påpekt i O. J. Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett side 511:

«Midlertidig dispensasjon bør gis mot såkalt 'erklæring' der tiltakshaveren hefter som en forpliktelse på eiendommen at den som til enhver tid eier eiendommen, påtar seg å fullføre pliktene etter § 67 når kommunen måtte bestemme det. Forpliktelsen påheftes med andre ord eiendommen som en grunnbyrde. Hvis ikke vil det kunne oppstå uheldige situasjoner når det blir aktuelt å opparbeide anlegget. Et eksempel kan være at A og B har fått dispensasjon fordi kommunen finner at opparbeidelse kan utstå til flere tomter blir bebygd. Når C så søker om byggetillatelse, får han 'pålegg' om opparbeidelse. Hvis da opparbeidelsesplikten ikke hviler på eiendommene, kan det oppstå problemer med å få A og B til å delta i opparbeidelsen eller i alle fall være med på å dele utgiftene i form av refusjon.»

Ifølge plan- og bygningsloven § 49 nr. 1 annet ledd kan refusjon kreves av eiendommer som «har fått midlertidig utsetting med å oppfylle forpliktelsene etter § 67». Bestemmelsen stiller ikke som vilkår at det er truffet et formelt vedtak om dispensasjon. Det avgjørende er om det er gitt utsettelse med å oppfylle forpliktelsene. Likevel må det antas å øke risikoen for problemer og uenigheter i refusjonsrunder dersom slike utsettelse er gitt uten at det er truffet formelle vedtak om dispensasjon. En slik praksis vil være både uryddig og uheldig ved at den bidrar til en uoversiktlig rettslig situasjon. Et krav om at dispensasjonen må fremgå tydelig av vedtaket, må således antas å virke konfliktdempende i en senere refusjonssak og bidra til å ivareta hensynet til forutberegnelighet for de involverte partene.

Jeg ber fylkesmannen vurdere sitt vedtak på ny i lys av det jeg har gitt uttrykk for her og holde meg orientert om sin fornyede vurdering.

Ved den fornyede vurderingen bør det avklares tydeligere om vedtaket kun gjelder krav til avkjørsel etter plan- og bygningsloven § 66 eller om det også gjelder krav til opparbeidelse av vei etter lovens § 67.»

85.

Dispensasjon for oppføring av leilighetsbygg

(Sak 2007/124)

Bergen kommune innvilget en søknad om rammetillatelse til oppføring av leilighetsbygg. Det ble bl.a. gitt dispensasjoner i medhold av plan- og bygningsloven (plbl.) § 7 fra gjeldende kommunedelplans bestemmelser om tillatt tomteutnyttelse (TU) og fra plbl. § 70 nr. 2 om avstand til nabogrense. Fylkesmannen i Hordaland stadfestet kommunens tillatelse.

Ombudsmannen kom til at det forelå begrunnet tvil knyttet til fylkesmannens vurdering vedrørende dispensasjon fra tillatt tomteutnyttelse og at det som følge av manglende dispensasjonsvurdering, kunne stilles spørsmål om gyldigheten av vedtaket om byggetillatelse for deler av kjellerarealet mot nabogrense mot nord. Videre ba han fylkesmannen undersøke en fremsatt anførsel om inhabilitet nærmere. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt.

Kommunen innvilget søknad om tillatelse til riving av eksisterende tomannsbolig og ga senere rammetillatelse til oppføring av bygg med fem boenheter. Nybygget var i to etasjer med loft. Parkeringsdekning var omsøkt i kjelleretasje under terreng. Det ble gitt dispensasjon fra gjeldende kommunedelplan, om maksimal tomteutnyttelse (TU) på 50 %, under henvisning til at gjennomføring av tiltaket ikke ble vurdert å bryte med intensjonene i planen. Kommunen viste til at et av formålene med kommunedelplanen var å sikre utvikling av gode bokvaliteter, og at området var kommunikasjonsmessig godt egnet for foretting. Etter en vurdering av totaliteten i prosjektet kom byggesaksavdelingen frem til at det forelå overvekt av hensyn for å dispensere fra tomteutnyttelsen. Tillatelse ble gitt på vilkår om at huset ble redusert i lengderetning. Det ble videre gitt dispensasjon fra avstand til nabogrense på nordsiden av planlagt bygning samt fra bygningsvedtektene i Bergen kommune § 69 nr. 3 om krav til separate biloppstillingsplasser for besøkende.

Rammetillatelsen ble påklaget på vegne av naboene i nord (klagerne). Komité for miljø og byutvikling kunne ikke se at det forelå særlige grunner for å dispensere fra kommunedelplanens krav til TU og fra plbl. § 70 nr. 2 om avstand fra nabogrense. Klagen ble derfor tatt til følge og fagetaten fattet i samsvar med dette avslag på søknaden.

Avslaget ble påklaget av tiltakshaveren med tilhørende forslag til endring av prosjektet. Komité for miljø og byutvikling tok klagen til følge og fant at det ut fra omsøkte endring av trappetaket forelå særlige grunner som tilsa at det ble gitt dispensasjon fra kommunedelplanens bestemmelser. Fagetaten fattet deretter vedtak, om at tidligere rammetillatelse gjaldt med vilkår om at trappetaket ble trukket bort fra na-

bogrensen mot nord, slik tiltakshaveren selv hadde foreslått.

Fylkesmannen opphevet kommunens vedtak som følge av manglende dispensasjon fra avstandskravet i plbl. § 70 nr. 2 for nedkjørsel til parkeringskjeller mot nabo. Saken ble sendt tilbake til kommunen for ny behandling.

Fagetaten ga deretter ny rammetillatelse på vilkår om reduksjon av husets lengde og at trappetaket på nordvestlig fasade skulle trekkes bort fra nabogrense. Det ble gitt dispensasjon fra TU, krav om parkeringsdekning og fra avstand til vei.

I saksutredning (18.02.04) ble det argumentert for dispensasjon fra TU under henvisning til at ansvarlig søkers beregninger viste at TU for flere av naboeiendommene oversteg utnyttelsesgraden i kommunedelplanen. Videre het det:

«Det at bygningene i umiddelbar nærhet ikke er i samsvar med kommunedelplanen hva gjelder utnyttingsgrad, vil være et argument for at man kan dispensere også for nybygget. Det er særlig viktig å se hen til helheten i omsøkte tiltak. På tross av at administrasjonen allerede ved førstegangsbehandlingen så at det var tale om en omfattende dispensasjon fra tillatt TU, vurderte man at prosjektet som helhet var godt nok til å godkjennes. Selv om beregningsmåten for TU nå gjør at dispensasjon framstår som enda større, må man huske på at tiltaket er det samme.

Administrasjonen har videre lagt vekt på at tiltakshaver har klart å dekke inn parkeringsbehovet på egen eiendom, og har klart å tilfredsstille kravet om 25m² felles leke- og oppholdsareal per boenhet på egen eiendom, jf. kommunedelplanens krav i § 6.9. Ansvarlig søker har argumentert for at området hører inn under kommunedelplanens § 11a, nr. 2, hvor man for områder med sammensatt bebyggelse har satt grensen for tomteutnyttelse på 80%-TU. Dette mener administrasjonen ikke er korrekt, men man ser likevel at nærheten til ... og øvrige offentlige institusjonsbygg langs ... veien kan være et moment som taler for at man kan dispensere fra utnyttingsgraden i kommunedelplanen... Tiltaket har videre vært vurdert av Byantikvaren, som kom til at nybygget er gitt en utforming som ivaretar strøkets karakter og antikvariske verdier, samt av TFBU [Tilsynsutvalget for byens utseende], som mener tiltaket har gode kvaliteter med hensyn til volum og utforming, også i forhold til omgivelsene. Det at både Byantikvaren og TFBU finner at tiltaket er godt tilpasset omgivelsene, er et argument som taler for at man kan dispensere fra kommunedelplanens bestemmelse om utnyttelsesgrad.»

I saksutredning (notat 29.04.04) vises det blant annet til de hensyn som ligger bak formuleringen av bestemmelsene om maksimal grad av utnyttning i planområdet:

«I områder med ensartet bebyggelse, som i utgangspunktet ble vurdert å ligge til rette for for-

tetting, er volumene i den eldre bebyggelsen fortsatt å være dimensjonerende. Byråd for byutvikling fastholder at intensjonen bak kravstillingen i [kommunedelplanen] fortsatt er gyldig for skalering av nye bygningsvolum i planområdet.

Byråden kan ikke se at finregning på evt målbart areal i kjeller og på loft vil være avgjørende for om en ny bygning kan sies å være tilpasset områdets bygningsskala eller ikke. En nedgravd parkeringskjeller har liten innvirkning på bygnings synlige volum. Plassering av parkeringsareal i egen parkeringskjeller må dessuten vurderes positivt for området samlet sett.»

Rammetillatelsen ble påklaget av naboene, men fylkesmannen stadfestet 22. november 2006 vedtaket. I forhold til dispensasjonsspørsmålet fra tomteutnyttelsen uttalte fylkesmannen blant annet:

«Når det gjelder den nærmere avveiningen vises i utgangspunktet til notat fra byråden til bystyrets kontor den 29.04.04. Vi siterer følgende herfra: 'Ved utarbeidelsen av kommunedelplanen ble tomteutnyttelsen i eksisterende bebyggelse i det aktuelle området, ut fra praksis i Bergen kommune hvor loft- og kjellerareal ikke ble regnet med i grunnlaget for beregning av TU, beregnet til ca. 50 % TU.' En utregning som inkluderer kjeller og loft vil i følge brevet medføre en dimensjonerende bebyggelse på 80 %. Det er fremholdt at det er behov for en 'samkjøring' mellom plan og forskrift og at '[I]nntil dette er gjennomført bør planens intensjon om at volumene i den eldre bebyggelsen skal være dimensjonerende for ny bebyggelse være avgjørende for behandling av byggesaker i planområdet.'

Fylkesmannen kan ikke støtte den forståelse det her gis uttrykk for som grunnlag for tillatt prosentvis utnyttelse. Den faktiske utnyttelse i de omkringliggende eiendommer inngår likevel, slik saken foreligger, som et moment i vurderingen av de særlige grunnene for en overskridelse av 50 % TU. Forholdet har imidlertid ikke alene en tilstrekkelig tyngde i den totalvurdering som skal foretas for omsøkte tiltak. Det må noe mer til.

... Det er helheten i tiltaket som er fremtredende i begrunnelsen. Selv om det gjelder en overskridelse som ligger mot grensen for hva som kan aksepteres ved dispensasjon i dette tilfellet, kan fylkesmannen ikke se at den vurdering som foreligger er uforsvarlig eller at det foreligger feil i rettsanvendelsen med betydning for resultatet i underinstansen.»

Klagerne brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble blant annet anført at det forelå feil rettsanvendelse og betydelig feil i saksbehandlingen både når det gjaldt TU-vurderingen, parkeringsløsning herunder krav om fri sikt ved utkjørsel, gesimshøyde og avstand til nabogrense mot nord. Flere av dispensasjonene ble fremholdt å være av en slik karakter at fylkesmannens vedtak måtte anses ugyldig. Det ble anført at det ikke forelå tilstrekkelig «særlig grunn»

for å gi dispensasjon. Tiltakshaverens interesse for å bygge så omfattende syntes i følge klagerne utelukkende å være forankret i økonomiske hensyn, et hensyn som ikke kunne tillegges vekt ved vurderingen etter plbl. § 7. Det ble anført at det både var teknisk og økonomisk mulig å bebygge eiendommen innenfor gjeldende kommunedelplan. Klagerne fremholdt videre at en tjenestemann i kommunen, B, var inhabil etter forvaltningsloven (fvl.) § 6.

Fylkesmannen ble herfra bedt om å redegjøre nærmere for forhold i tilknytning til dispensasjon fra TU og avstand til nabogrense mot nord for bebyggelsen under terreng samt anførselen om inhabilitet.

Det ble bl.a. spurt om «de omkringliggende eiendommer» ble bebygd før eller etter vedtakelsen av gjeldende kommunedelplan, og hva fylkesmannen hadde lagt til grunn som % TU for de omkringliggende eiendommene. Det ble videre bedt opplyst om fylkesmannen hadde vurdert om et unntak fra planens bestemmelse § 11 a nr. 1 for oppføring av bygning med en utnyttelse på 110-120 % TU var en «mindre vesentlig endring» jf. plbl. § 28-1 nr. 2. Fylkesmannen ble bedt om å utdype hva som lå i at det var «helheten i tiltaket» som var fremtredende, samt å redegjøre for den rettslige forankringen for å kunne legge vekt på «helheten» i vurderingen av om det forelå «særlige grunner» etter plbl. § 7 første ledd. Det ble også bedt opplyst om det i § 7-vurderingen var relevant å vektlegge det forhold at tiltakshaveren hadde klart å dekke inn parkeringsbehovet på egen eiendom. Fylkesmannen ble deretter bedt om å opplyse hvordan han kort kunne legge til grunn at feilen vedrørende manglende dispensasjon fra avstandskravet for bebyggelse under grunn mot nabo i nord ikke hadde hatt betydning for utfallet, når dispensasjon ikke hadde blitt vurdert.

Fylkesmannen opplyste bl.a. at de omkringliggende eiendommene så langt han kunne se ble bebygget før den aktuelle kommunedelplanen ble vedtatt, og at tomteutnyttelsen for omkringliggende eiendommer beregnet etter gjeldende regelverk utgjorde ca. 80 %. Det ble videre påpekt at saksbehandlingsreglene for endring av reguleringsplan, herunder § 28-1 nr. 2 står i kap. VII om reguleringsplan, og at reglene for endring av reguleringsplan ikke kunne anvendes på endring av kommuneplan.

Fylkesmannen viste deretter, på samme måte som i klageavgjørelsen 22. november 2006, jf. sitat foran, til byrådsavdelingens notat 29. april 2004. Fylkesmannen fremholdt at en forskriftmessig faktisk beregning av TU som grunnlag for planens prosentvise angivelse for den eldre bebyggelse ville ha vist en utnyttelse på 80 %, og at det på dette punktet er et misforhold mellom planens uttrykk og intensjon. Fylkesmannen mente at dette forholdet «representerer et moment i saken som har en karakter som gjør at

det trekker i retning av dispensasjon». Det ble i denne sammenheng vist til byrådssak 65/04, der det bekrefte at loft og kjellerareal ikke ble medregnet ved angivelsen av utnyttingsgrad for den eldre bebyggelsen. Fylkesmannen anså imidlertid ikke dette momentet som tilstrekkelig «for en så vidt vidtrekkende dispensasjon som saken gjelder».

Fylkesmannen fremhevet videre at det var lagt vekt på TFBUs uttalelse, selv om utvalget ikke hadde vurdert dispensasjon, men estetikk. Det ble i den sammenheng vist til at TFBU hadde uttalt at tiltaket hadde «gode kvaliteter med hensyn til volum og utforming også i forhold til omgivelsene», og at «[d]elene av § 11 a i kommunedelplanen sett i sammenheng viser etter vår vurdering at hensynet i utgangspunktet kan vektlegges». Tilsvarende gjaldt byantikvarens vurderinger slik det fremgikk av uttalelse derfra til byggesaksavdelingen. Fylkesmannen fremholdt at det i nevnte byrådssak var vist til uttalelser fra byantikvaren og TFBU, og at byrådet oppfattet de positive uttalelsene som et «uttrykk for at tiltaket har funnet en god balanse mellom forfettingsformål og områdeskala og slik er i tråd med kommuneplanens hensikt». Sistnevnte momenter inngikk i helheten av enkeltelementer som gjorde at fylkesmannen hadde kommet til å det forelå «særlige grunner» for dispensasjon.

Det ble også vist til forvaltningsloven § 34 annet ledd der det fremgår at hensynet til det kommunale selvstyret skal vektlegges i saken ved prøvingen av det frie skjønn.

Fylkesmannen fremholdt at det var en rettslig mangel at det ikke var gitt dispensasjon for deler av kjellerareal mot nord, og at dette ikke var rettet opp ved fylkesmannens behandling. Det ble reist spørsmål om manglende dispensasjonsvurderinger i ethvert tilfelle skal føre til ugyldighet. Avgjørende for fylkesmannens vurdering var at «de hensyn som ligger bak reglene om avstand har liten betydning under bakkenivå».

Til slutt uttalte fylkesmannen at inhabilitetsansførselen fra klagerne var nye opplysninger. Fylkesmannen la imidlertid til grunn at «det å arbeide med spesielle uttalelser forut for den endelige avgjørelse i selve forvaltningssaken etter de nærmere omstendighetene i den enkelte sak kan rammes». Det ble bl.a. vist til at dersom det skal statueres inhabilitet bør det kreves en viss grad av aktivitet fra tjenestemannen som kan underbygge at det forelå inhabilitet. Det ble opplyst at B ikke hadde vært til stede under behandlingen av saken.

Klagerne anførte deretter bl.a. at fylkesmannen hadde lagt for stor vekt på det kommunale selvstyret, og at det prinsipielle om hvilke krav som stilles til en dispensasjon fra en helt ny kommunedelplan, ikke var drøftet. Videre var heller ikke omfanget av hver en-

kelt dispensasjon (særlig overskridelsen av TU; ca 2,5 ganger høyere enn i kommunedelplanen) eller summen av alle dispensasjoner drøftet. Klagerne mente at denne saken ikke hadde karakter av forhold hvor lokalpolitiske elementer var særlig fremtredende.

Klagerne anførte videre at det var uforståelig at uttalelsen fra TFBU ble tillagt vekt da utvalget utelukkende vurderte estetikk og ikke hadde knyttet vurderingen opp mot relevant plangrunnlag. Det ble videre fremholdt at det var åpenbart at Bs behandling måtte anses som tilrettelegging etter fvl. § 6.

Det ble etter dette funnet grunn til å stille tilleggs-spørsmål til fylkesmannen, bl.a. om det ved dispensasjonsvurderingen var av betydning om de omkringliggende eiendommene var bebygd før eller etter vedtagelsen av gjeldende kommunedelplan. Det ble også spurt om fylkesmannens syn på om det var noen begrensninger i dispensasjonsadgangen i forhold til omfanget av dispensasjonen. Fylkesmannen ble videre bedt om å redegjøre for hvilken betydning fylkesmannen hadde tillagt forholdet tilknyttet misforholdet mellom planens uttrykk om 50 % TU opp mot intensjonen om 80 % TU.

Fylkesmannen uttalte at dersom den omkringliggende bebyggelsen var reist etter kommunedelplanens vedtakelse, ville den i hvert fall i en viss utstrekning ha representert overskridelser av planens grense for TU. Dette kunne ha ført til en lempeligere vurdering i forhold til nye dispensasjoner, men at dette var et hypotetisk spørsmål. Det ble videre gitt uttrykk for at det ikke var noen formell begrensning i adgangen til å dispensere fra kommuneplanens arealdel. Fylkesmannen var imidlertid av den oppfatning at det ikke burde dispenseres dersom et unntak fra kommunedelplanen etter en helhetlig vurdering representerte et brudd med dens formål. I slike tilfeller ville vilkåret særlige grunner sjelden være oppfylt. Endringer av betydning burde behandles etter reglene i de respektive kapitler i plan- og bygningsloven. Endringenes betydning måtte ses på bakgrunn av formålet med lovens funksjonsfordeling mellom planutvalget og kommunestyret. Sakens betydning ville variere med blant annet kommunens størrelse, rekkevidden av den aktuelle regel og planens geografiske utstrekning. Etter fylkesmannens vurdering var det naturlig i denne saken at vedtakelsen av det aktuelle unntaket skjedde i planutvalget og ikke ved full behandling i bystyret som ved endring av kommunedelplanen.

Misforholdet mellom planens uttrykk og intensjon med hensyn til grensen for tillatt TU representerte etter fylkesmannens oppfatning et forhold av relevant karakter, men det var alene ikke tungtveiende nok i den helhetsvurdering som skulle foretas.

Klagerne kom deretter med tilleggs kommentarer som ble oversendt fylkesmannen til orientering og for eventuelle merknader.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg blant annet:

«Bergen tingrett avsa naboskjønn i mars 2006 i sak mellom klagerne og tiltakshaveren, der tiltakshaveren ble frifunnet. Tingretten tok bl.a. stilling til beregning av gesimshøyde, avstand til nabogrense i nord mot ...veien 11 opp mot plbl. § 70 nr. 2, parkeringsdekning og siktforhold. På bakgrunn av at domstolens virksomhet er unntatt fra ombudsmannens arbeidsområde er disse forhold ikke vurdert herfra. Retten tok også stilling til overskridelse av TU i forhold til naboloven § 2. Spørsmålet for ombudsmannen er imidlertid om det foreligger særlige grunner for å dispensere i medhold av plbl. § 7. Dette har ikke retten tatt stilling til. Retten har heller ikke tatt stilling til spørsmålet om det var nødvendig med dispensasjon fra plbl. § 70 nr. 2 om avstand til nabogrense i nord for garasjeanlegg under terreng eller anførselen om at B var inhabil. Disse forhold har derfor vært undersøkt nærmere herfra.

1. *Dispensasjon fra kommunedelplanens bestemmelser om tomteutnyttelse (TU)*

Eiendommen omfattes som nevnt av kommunedelplan for ... Planbestemmelse § 11a nr. 1 gjelder for eiendommen og lyder:

«I område med sammenhengende, historisk villa-bebyggelse skal eiendommenes bebyggelsesstruktur ikke endres.

Volumene i den eldre bebyggelsen skal være dimensjonerende for ny bebyggelse. Maksimal tomteutnyttelse skal være 50% TU.

Gesimshøyden skal ikke overstige 9 meter, målt fra ferdig planert terreng på bygningens vestsida.»

Tiltaket er beregnet å gi en TU på ca. 110-120 %. Spørsmålet er om det foreligger «særlige grunner» etter plbl. § 7 for å dispensere fra § 11 a nr. 1.

I Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 101 til plbl. er det uttalt følgende om vilkåret:

«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 avvende en planendring.»

Videre:

«I den enkelte dispensasjonssak må det foretas en konkret og reell vurdering av de faktiske forholdene i saken.

Foreligger en overvekt av hensyn som taler for dispensasjon vil lovens krav være oppfylt og dispensasjon kan gis. I motsatt fall er lovens krav ikke oppfylt og dispensasjon kan ikke gis. De

særlige grunner som taler for dispensasjon må naturligvis ligge innenfor rammen av loven.

De ulike bestemmelser og planer har som oftest blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess. Det skal derfor ikke være en kurant sak å fravike disse. Bygningsrådet må heller ikke bruke sin dispensasjonsmyndighet på en slik måte at den undergraver planene som informasjons- og beslutningsgrunnlag. Ved unntak fra planer skal bygningsrådet ta relevante planleggingsomsyn etter kapitlene om kommuneplan og reguleringsplan. Ut fra hensynet til offentlighet, samråd og medvirkning i planprosessen er det viktig at endringer i planene av betydning ikke skjer ved dispensasjoner, men behandles etter de regler som er fastlagt i kapitlene om kommuneplanlegging og reguleringsplaner.»

Etter plan- og bygningslovens system skal endringer av kommuneplaner som utgangspunkt gjøres på den måte som er foreskrevet i plbl. § 20-5 med sluttbehandling i kommunestyret. Dispensasjonshjemmelen i plbl. § 7 innebærer et unntak fra dette. Forarbeidene forutsetter at det ikke skal være kurant å dispensere, og understreker viktigheten av at endringer i planer av betydning ikke skjer ved dispensasjoner. Dette er fulgt opp i Miljøverndepartementets rundskriv T-5/84.

Det synes nærliggende å se hen til hvilke endringer i reguleringsplaner som kan foretas av det faste utvalg for plansaker i medhold av plbl. § 28-1 nr. 2, når en skal vurdere gjennomslagskraften av de hensyn dispensasjonsvurderingen i denne saken bygger på. Planutvalget er i § 28-1 nr. 2 gitt hjemmel til å foreta «mindre vesentlige endringer» av reguleringsplan. Endringer utover dette skal normalt gjennom en ordinær planendingsprosess. Overskridelsen av TU i dette tilfellet er av slik karakter at det er tvilsomt om endringen kunne vært gjennomført etter de enklere saksbehandlingsreglene i plbl. § 28-1 nr. 2 dersom kravet var fastsatt i reguleringsplan.

Som relevante momenter har fylkesmannen særlig trukket frem planens intensjon og henvist til at volum i eldre bebyggelse skal være dimensjonerende for ny bebyggelse, herunder at den bestående bebyggelsen i nærheten har en TU over 50 %. Jeg er enig i at dette er et relevant hensyn å vektlegge, men kan vanskelig se at dette er av avgjørende betydning i saken. Det synes for øvrig å herske en viss usikkerhet i forhold til hvilken TU de nærmeste eiendommene har. I kommunens saksutredning 29. april 2004 legges klagerens beregning av TU til grunn. Disse beregninger viser en TU på 66 % og 49 % for klagerens eiendommer. Fylkesmannen legger til grunn at omkringliggende eiendommer har en TU på 80 %. Angiende tiltak har etter det opplyste en TU på 110-120 %.

Fylkesmannen har også vektlagt at byrådet oppfattet de positive signalene fra byantikvaren og TFBU som «uttrykk for at tiltaket har funnet en god balanse mellom fortettingsformål og områdeskala og

slik er i tråd med kommunedelplanens hensikt». Videre er det vist til TFBU og byantikvarens vurderinger av at tiltaket har gode kvaliteter med hensyn til volum og utforming i forhold til omgivelsene. TFBU og byantikvaren skal i utgangspunktet vurdere tiltakets estetikk i seg selv og i forhold til omgivelsene. Byantikvaren skal i særlig grad vurdere byggets utforming i forhold til strøkets karakter og antikvariske verdier. Begge organer har vurdert form, areal og volum. Dette er momenter som også kan være relevante i vurderingen av om det skal dispenseres fra tillatt TU. Det bemerkes imidlertid i denne sammenheng at verken TFBU eller byantikvaren har vurdert tiltaket opp mot gjeldende plangrunnlags krav om maks TU på 50 % eller grunnlaget for dispensasjon etter plbl. § 7.

Fylkesmannen har uttalt at selv om overskridelsen lå på grensen for hva som kunne aksepteres ved dispensasjon i dette tilfellet, var ikke vurderingen uforsvarlig, og det forelå heller ikke feil i rettsanvendelsen med betydning for resultatet. I svaret hit er det videre presisert at det er grunn til å legge vekt på det kommunale selvstyret i saken. Det forhold at dispensasjonsvurderingen er å anse som fritt skjønn, innebærer ikke at bygningsmyndighetene ved skjønnsutøvelsen står fritt. Bygningsmyndighetene plikter å holde seg innenfor nærmere avgrensede rettslige rammer ved vektingen av de saklige og relevante momentene. Utøvelsen av skjønnet må være i samsvar med lovens forutsetninger. Det vises her til forarbeidene føringer for dispensasjonsvurderinger.

Det er flere forhold som taler for at det utvises tilbakeholdenhet med å dispensere fra planens bestemmelse om TU. Kommunedelplanen er fra 2001, og det er således kort tid siden grunnutnyttelsen gjennomgikk en omfattende planprosess. Den fastsatte TU fremgår på en tydelig måte og det er enkelt å fastslå hvilke rettslige rammer som gjelder. Kommunedelplanen er en viktig informasjonskilde ikke bare for eiere av eiendommer i planområdet, men også for andre berørte, herunder naboer. Alminnelige krav til forutberegnelighet tilsier at det ikke skal være kurant å fravike en planbestemmelse av denne type. Den aktuelle dispensasjon innebærer videre en overskridelse med over det dobbelte og må kunne karakteriseres som betydelig. En slik overskridelse tilsier i seg selv at det skal svært mye til for å gjøre unntak fra planens fastsatte TU. Ut fra et rettsikkerhetsmessig perspektiv vil normalt en planprosess som følger saksbehandlingsreglene i plan- og bygningsloven i større grad sikre at konsekvens og berørte interesser klarlegges. Videre gir ikke en dispensasjon samme mulighet for medvirkning fra de som blir berørt eller har interesse av planendringen.

Selv om det skulle være slik at tomteutnyttelsen for omkringliggende eiendommer beregnet etter gjel-

dende regelverk utgjorde ca. 80 %, kan jeg i likhet med fylkesmannen vanskelig se at henvisning til omkringliggende bebyggelse i seg selv er tilstrekkelig for å innvilge dispensasjon. Under henvisning til den betydelige overskridelsen tiltaket innebærer, det forhold at planen er ny og at fylkesmannens henvisning til uttalelsene fra TFBU og byantikvaren synes lite relevante i en vurdering om dispensasjon fra TU, er jeg i begrunnet tvil om grunnlaget for fylkesmannens konklusjon. Dersom kommunen ønsket en tomteutnyttelse på opp til 120 % i stedet for det fastsatte kravet om maks 50 %, burde dette skjedd ved en ny planprosess.

2. *Avstand for deler av kjellerareal til nabogrense i nord*

Fylkesmannen har lagt til grunn at det ikke er gitt dispensasjon for deler av kjellerareal mot nord, og at «dette er en rettslig mangel ved kommunens vedtak som ikke er rettet opp her». Fylkesmannen har deretter stilt spørsmål om manglende dispensasjonsvurderinger i ethvert tilfelle skal ha følger for vedtakets gyldighet. Under henvisning til fvl. § 41 samt at hensynet bak 4-metersregelen i plbl. § 70 nr. 2 har liten betydning under bakkenivå, fant ikke fylkesmannen tillatelsen ugyldig. Manglende dispensasjon er ikke en saksbehandlingsfeil, men en materiell mangel ved vedtaket, som innebærer at tillatelsen er i strid med plan- og bygningsloven. Når tillatelse likevel er gitt er det begått en rettslig feil, som etter mitt syn får den virkning at tillatelsen på dette punktet må anses ugyldig.

3. *Habilitet*

Saken har også reist spørsmål ved habiliteten til B. Etter fvl. § 6 første ledd jf. annet ledd, er en tjenestemann inhabil til å «tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse» dersom det foreligger særegne forhold som er «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Det skal bl.a. 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 sentrale spørsmålet er etter dette om Bs involvering i saken var egnet til å svekke tilliten til hennes partiskhet og om hennes involvering kan anses som tilrettelegging av grunnlaget for ... avgjørelse.

Anførselen om inhabilitet ble først reist ved behandlingen her, og har ikke herfra eller av fylkesmannen vært forelagt B for kommentar. Hun har derfor ikke fått anledning til å redegjøre for sin rolle i saken, herunder om hun deltok på det aktuelle møtet i ... Dette ville kunne ha bidratt til ytterligere klargjøring av de faktiske forhold i samsvar med forvaltningslovens prinsipp om utredning av sakens opplys-

ning, jf. fvl. § 17. Under henvisning til at B selv ikke har fått anledning til å uttale seg (manglende kontraksjon) og ut fra prinsippet om at ombudsmannens kontroll med forvaltningen skal være etterfølgende, finner jeg ikke å kunne ta stilling til habilitetsspørsmålet. Fylkesmannen bes undersøke dette nærmere ved sin fornyede vurdering av saken og i den forbindelse innhente uttalelse fra B. Jeg finner imidlertid grunn til å understreke at et vesentlig hensyn bak habilitetsreglene er å ivareta den alminnelige tilliten til forvaltningen. Det avgjørende etter ordlyden i § 6 annet ledd er derfor om forholdet er «egnet til å svekke tilliten». Dette innebærer at det skal foretas en objektiv vurdering av hvordan forholdet fremtrer utad.

4. Konklusjon

Jeg ber fylkesmannen vurdere vedtaket på ny i lys av ovennevnte punkter. Tiltakshaveren har ikke vært part i ombudsmannssaken. Firmaet må derfor forelegges ombudsmannens uttalelse og gis anledning til å uttale seg. Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.»

86.

Oppføring av kårbolig i LNF-område – utilstrekkelig vurdering

(Sak 2007/575)

Fylkesmannen godkjente oppføring av kårbolig i et område avsatt til landbruks-, natur- og friluftsførmål i kommuneplanens arealdel (LNF-område), uten at det ble ansett nødvendig med dispensasjon.

Ombudsmannen uttalte at behovet for en kårbolig i direkte tilknytning til landbruksvirksomheten må dokumenteres. En landbruksfaglig uttalelse om behovet vil være et viktig element som normalt må kunne tillegges vekt. Forutsetningen er imidlertid at landbruksmyndighetene har gjort en begrunnet og grundig vurdering, og at skjønnstemaet ligger innenfor lovens rammer. Drift av butikk og campingplass, samt utleie av hytte, hører ikke inn under LNF-formålet, og kan ikke begrunne et behov for kårbolig – i alle fall ikke som selvstendige momenter. Saken etterlot tvil om fylkesmannen hadde foretatt en konkret og reell vurdering, og fylkesmannen ble bedt om å vurdere saken på nytt.

Fylkesmannen ba deretter kommunen om å vurdere saken på nytt. Kommunen konkluderte med at det i denne saken kunne forsvares at det ble bygget kårbolig med tanke på bosetting og for å sikre kontinuerlig drift ved et kommende generasjonsskifte. Fylkesmannen fant etter dette ikke grunn til å endre tidligere vedtak i saken.

Nissedal kommune ga A og B dispensasjon etter plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 7 for oppføring av bolig i område som i kommuneplanen var avsatt til LNF-formål. To naboer klaget, men Fylkesmannen i Telemark la til grunn at det dreide seg om en kårbolig som ikke krevde dispensasjon fra LNF-formålet, og «stadfestet» kommunens vedtak.

Naboene henvendte seg deretter til ombudsmannen. Fylkesmannen ble bedt om å kommentere det rettslige og faktiske grunnlaget for at bygningen var vurdert som en kårbolig. Svaret ble kommentert av klagerne, og både fylkesmannen og klagerne har deretter kommet med ytterligere bemerkninger.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Boligen ønskes bygget i et område som er avsatt til landbruks-, natur- og friluftsførmål i kommuneplanens arealdel, jf. plbl. § 20-4 første ledd nr. 2. Det grunnleggende spørsmålet er derfor om tiltaket faller inn under dette formålet, slik fylkesmannen har lagt til grunn.

Av Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) Plan- og bygningslov følger på s. 48:

«I landbruks-, natur- og friluftsområder vil oppføring av bygninger i tilknytning til landbruksnæring være i samsvar med planen. Bebyggelse som ikke er ledd i stedbundet næring, vil i utgangspunktet være i strid med planen.»

I Miljøverndepartementets veileder Plan og kart etter plan- og bygningsloven (21. november 2006) punkt 04.03.03 heter det:

«Begrepet 'stedbunden næring' er knyttet til bygninger og/eller anlegg som det av hensyn til driften av primærnæringen er nødvendig å plassere på stedet. For at stedbunden næring skal være aktuelt, må det være tale om en reell og inntektsgivende næringsvirksomhet av noe omfang. ...

I områder som i arealdelen bli[r] lagt ut til LNF-område er det ikke tillatt med annen bygge- og anleggsvirksomhet enn den som har direkte tilknytning til landbruk eller stedbunden næring (tradisjonell landbruksvirksomhet).

Normalt går følgende bygninger inn under LNF:

Våningshus/kårboliger som er nødvendig av hensyn til driften av gårdsbruket».

(Uthevingene foretatt herfra.)

Av Miljøverndepartementets og Landbruks- og Matdepartementets veileder Plan- og bygningsloven og Landbruk Pluss (juni 2005) pkt 2.3 følger:

«Ved vurdering av hvorvidt tiltaket inngår i LNF-kategorien, eller om tiltaket trenger nærme-

re planavklaring eller dispensasjon, bør følgende kriterier vektlegges:

Tiltakets virkninger i forhold til natur- og kulturlandskap, naturvern, friluftsliv og kulturminner, trafikale forhold, naboer, estetikk og gardstun (en lokalisering i tilknytning til tunet vil ofte være mindre konfliktylt enn nyetableringer i utmark).»

Om «Behandlingsmåten for søknad om oppføring av kårboliger på landbrukseiendommer i LNF-områder» har Miljøverndepartementet tidligere uttalt, jf. Miljøverndepartementet Planavdelingen informerer nr 1/97 juli 1997:

«Oppføring av ... husvære som er *nødvendig for å utøve tradisjonell primærnæring*, går inn i LNF-formålet.

Forutsetningen for lovens unntak for nødvendige bygninger i landbruket er at det er tale om en reell og drivverdig landbrukseiendom som vil kunne gi grunnlag for en viss registrerbar næringsinntekt. I forbindelse med søknad om oppføring av bygning knyttet til stedbunden næring, må det derfor *dokumenteres et driftsmessig behov for bygningen på stedet*. Det er ikke tilstrekkelig at eiendommen er karakterisert som en landbrukseiendom.

Unntaket for bygninger tilknyttet 'stedbunden næring' *rekker ikke lenger enn det driftsmessige behovet tilsier*. Vurderingen av det driftsmessige behovet for ... kårboliger, må derfor være reell og basere seg på *dokumenterbare fakta*. I denne vurderingen vil blant annet eiendommens størrelse og driftens omfang ha stor vekt. Et annet moment er at det tradisjonelt har vært ansett nødvendig å få oppføre en kårbolig i forbindelse med et generasjonsskifte for å sikre kontinuitet i driften. Er det i tillegg inngått en reell kåravtale, vil dette være et ytterligere moment som kan tale for at bygningen anses nødvendig for driften og således ikke krever dispensasjon.» (Uthevningene foretatt herfra.)

I vedtaket 23. februar 2007 har fylkesmannen gjengitt departementets generelle uttalelse om vurderingstemaet. Om den aktuelle saken fremgår imidlertid bare følgende:

«I denne konkrete saken har kommunen gitt dispensasjon fra LNF-formålet. Ut fra det som er sagt ovenfor er dette ikke nødvendig dersom det reelt sett er kårbolig det søkes om. Ut fra de landbruksmessige vurderinger i saken kan det synes som om tiltaket er motivert ut fra planlagt generasjonsskifte, jf. landbrukskontorets vedtak av 08.02.07 [antatt feilskrift for 08.02.06].

Fylkesmannen legger til grunn at landbruksmyndighetene mener kårboligen er nødvendig for å opprettholde kontinuitet i driften og mener tiltaket av den grunn ikke krever dispensasjon fra arealdelen av kommuneplanen.»

Av landbrukskontorets vedtak 8. februar 2006 i saken etter jordloven, som fylkesmannen har vist til i sitt vedtak, fremgår:

«Planane om oppføring av kårbustad har etter det ein kjennar til samband med planlagt generasjonsskifte. ...

X har ?? dekar produktiv jord og ? dekar dyrka mark. Omdisponering av beitemark og skog til tomt er driftsøkonomisk forsvarleg sett i høve til arealressursane på garden. ...

... Kårbustad med vegframføring er ein del av landbruksnæringa i området og tilhøva ligg derfor til rette for å gje dispensasjon frå byggeforbodet i LNF-området.

... Alt i alt ligg det til rette for å samtykke til den omsøkte omdisponeringa når ein ser på samfunnsinteressene knytt til å sikre busetnad og næringsverksemd i grenda.»

Fylkesmannen ble herfra bedt om å begrunne vedtakets forutsetninger om at tiltaket gjelder en kårbolig, og at man står overfor et generasjonsskifte. Det ble vist til at dette ikke fremgikk av søknaden om «omregulering av skogs-/beitemark til bustadsbygging». Videre ble fylkesmannen bedt om å dokumentere det driftsmessige behovet for kårbolig.

I redegjørelsen 17. august 2007 opplyste fylkesmannen at hun la til grunn at søknaden gjaldt kårbolig, basert på saksfremstillingene i kommunens vedtak 3. mai og 29. juni 2006, samt landbrukskontorets vedtak 8. februar 2006. Det ble videre vist til at søker per telefon har opplyst at ordet «bolig» for ham også dekket «kårbolig». Vedlagt redegjørelsen var et (nyutarbeidet) brev fra søker 28. juli 2007. Her fremgikk blant annet at sønnen ønsker å flytte til Y og overta driften av gården, at de er i ferd med å planlegge eierskifte og at «[a]rbeidspresset auker etter at ca[m]pingplassen er i vekst».

Fylkesmannen viste videre til vedlagt (nyutarbeidet) brev fra landbrukskontoret 31. juli 2007, og fremholdt at det ikke var grunnlag for «å gå imot landbrukskontoret og kommunens vurderinger av søknaden». Av brevet fremgikk blant annet:

«På grunn av kjennskap til søkjar la ein til grunn at det i realiteten var tale om kårbustad sjølv om det ikkje var spesifikt nemnt i søknaden frå A og B. At det ikkje er søkt om deling for separat bustadtomt låg også til grunn for denne vurderinga.

A og B driv entreprenørverksemd, eig og driv Z campingplass (karavan), er part i og driv lokal nærbutikk på Y i tillegg til at dei eig og driv garden X.

Garden har eit totalt utmarksareal på 8.200 daa, der 3.529 daa er produktiv skog. Ståande kubikkmasse er 44.100 kbm og balansekvantum i skogbruksplan er 1071 kbm etter skogbruksplan av 1998. Dyrka mark er 43 daa etter jordregister for Nissedal. Jorda vert leid ut til grasproduksjon. Avverkning i eigen skog vert hovudsakleg utført av eigarane sjølve. I tillegg til vanleg skogbruk

vert det drive utmarksutnytting ved utleige av hytte på heia mellom Nissedal og Fyresdal ...

Kårbustad vert normalt godkjent av landbrukskontor når det er tale om arbeidsintensiv husdyrproduksjon der det er behov for to generasjonar på garden. I dette tilfellet er det tale om ei familieverksemd av så stort omfang at ein ser behovet for kårbustad som udiskutabelt. ...»

Fylkesmannens myndighet og plikter som klageinstans er regulert i forvaltningsloven 10. februar 1967 (fvl.) § 34. Ifølge bestemmelsens annet ledd «kan klageinstansen prøve alle sider av saken». Lovens hovedregel er at fylkesmannen fullt ut kan prøve både de rettslige, faktiske og skjønsmessige sidene av vedtaket. Bestemmelsen gir ikke bare en adgang, men også en *plikt* til å prøve de sider av vedtaket som klagen gir grunn til. Prøvingen omfatter også kontroll med at saksbehandlingsreglene har vært fulgt, herunder plikten etter fvl. § 17 til å sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst før vedtak treffes. Klageinstansen er i fvl. § 33 femte ledd også pålagt en selvstendig utredningsplikt og kan pålegge underinstansen å foreta nærmere undersøkelser med videre. Jeg har redegjort nærmere for klageinstansens myndighet i uttalelsene inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2007 på s. 314 og 354 (Somb-2007-85 og 2005-94).

Det driftsmessige behovet for en kårbolig i direkte tilknytning til landbruksvirksomheten må dokumenteres. En landbruksfaglig uttalelse om behovet for kårbolig vil være et viktig element, som normalt må kunne tillegges vekt av fylkesmannen. Forutsetningen er imidlertid at landbruksmyndighetene har gjort en begrunnet og grundig vurdering, og at skjønstemaet ligger innenfor lovens rammer. Landbrukskontorets vedtak 8. februar 2006 i jordlovsaken inneholder ingen vurdering av hvorvidt søknaden faktisk dreier seg om en kårbolig som er «nødvendig» på stedet av hensyn til driften av landbruksvirksomheten. Drift av butikk og campingplass, samt utleie av hytte, hører ikke inn under LNF-formålet, og kan ikke begrunne et behov for «kårbolig» – i alle fall ikke som selvstendige momenter.

Det fremgår ikke av vedtaket at fylkesmannen har foretatt noen selvstendig, samlet vurdering av om tiltaket gjelder en kårbolig som er motivert ut fra et generasjonsskifte og i samsvar med LNF-formålet. I forbindelse med den etterfølgende korrespondansen med ombudsmannen har fylkesmannen i større grad søkt å underbygge slike vurderinger. Dette er i og for seg prisverdig, men en ren innhenting av opplysninger i etterkant kan ikke uten videre reparere de innholdsmangler som hefter ved vedtaket. Dette kan kun gjøres ved at fylkesmannen tar saken opp igjen og foretar de undersøkelser og vurderinger som loven krever. Også kravene til saksbehandling må da overholdes. De nye opplysningene er delvis innhentet per

telefon, og en slik fremgangsmåte vil normalt ikke tilfredsstille kravene til dokumentasjon og etterprøvbarehet. I så fall må de uttrykkelig nedtegnes samtidig som kravene i forvaltningsloven § 17 flg. til partsinformasjon og partsinnsyn overholdes.

Den knappe begrunnelsen i vedtaket gir ikke tilstrekkelige holdepunkter for å etterprøve om fylkesmannens rettsanvendelse er riktig. Jeg må derfor be fylkesmannen vurdere saken på nytt, og da gi en mer fullstendig begrunnelse. Det må uttrykkelig fremgå hvordan bygget er vurdert i forhold til LNF-formålet.

I brev til ombudsmannen 16. januar 2008 ga fylkesmannen uttrykk for at spørsmålet, om oppføringen gjelder kårbolig eller vanlig bolig, har «mindre betydning» ettersom kommunen ga dispensasjon fra LNF-formålet 3. mai 2006. Denne uttalelsen må bero på en feilslutning. Kommunens dispensasjon var jo nettopp gjenstanden for ...[naboenes] klage til fylkesmannen. Fylkesmannen fant at dispensasjon ikke var nødvendig og avgjorde saken på et annet grunnlag. Dermed ble kommunens vedtak brakt ut av verden. Fylkesmannen kan naturlig nok ikke bygge på det vedtaket hun selv har opphevet på grunn av uriktig rettsanvendelse. Dersom fylkesmannen i en ny vurdering kommer til at tiltaket ikke faller inn under LNF-formålet, må hun eventuelt etter søknad vurdere om det foreligger «særlige grunner» for å gi dispensasjon etter plbl. § 7. Fylkesmannen har til nå ikke vurdert om grunnlaget for dispensasjon er til stede.

Slik saken fremstår, synes det med andre ord som tvilsomt om fylkesmannen har foretatt en konkret og reell vurdering av hvorvidt tiltaket gjelder en kårbolig som er motivert ut fra et generasjonsskifte, og som er i samsvar med arealbruken i LNF-område. Vedtaket etterlater dermed «begrunnet tvil» om forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10. Jeg må derfor be Fylkesmannen i Telemark om å vurdere saken på nytt, i lys av mine synspunkter.

Tiltakshaverne har ikke vært parter i ombudsmannssaken. De må derfor forelegges ombudsmannens uttalelse og gis anledning til å uttale seg. Dersom fylkesmannen skulle komme til at vedtaket bør omgjøres, må reglene i fvl. § 35 følges.

Jeg understreker også at jeg med dette ikke har tatt standpunkt til hva utfallet av den nye behandlingen bør bli.

Min undersøkelse er med dette avsluttet, men jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.»

Fylkesmannen ba deretter kommunen vurdere om gårdsdriften alene tilsa at det var behov for kårbolig. Kommunen konkluderte med at det i denne saken kunne forsvares at det ble bygget kårbolig med tanke på bosetting og for å sikre kontinuerlig drift ved et

kommende generasjonsskifte. Fylkesmannen fant etter dette ikke grunn til å endre vedtak 23. februar 2007.

Klagerne henvendte seg igjen til ombudsmannen og anførte bl.a. at fylkesmannens vedtak ikke bygget på gjeldende regelverk, og at det ikke var vurdert om kårbolig var nødvendig ut fra «nåværende jordbruksvirksomhet».

Ombudsmannen fant å kunne la saken bero med den fornyede vurderingen som var foretatt. De momentene kommunen og fylkesmannen hadde vektlagt, fremsto som saklige og relevante. Den nærmere vurderingen av behovet for kårbolig bygget på et landbruksfaglig skjønn som det var vanskelig for ombudsmannen å overprøve.

87.

Størrelsen på behandlingsgebyr for ulovlig byggearbeid

(Sak 2007/737)

Eieren av en eiendom ble ilagt kr 20 000,- i ulovlighetsgebyr etter å ha iverksatt ulovlige byggetiltak, og hevdet at gebyret stred mot selvkostprinsippet i plan- og bygningsloven § 109. Gebyret utgjorde tre ganger ordinært byggesaksgebyr.

Ombudsmannen påpekte at det ikke forelå noen dokumentasjon på at satsene i gebyrregulativet holdt seg innenfor selvkost. Gebyrregulativet var dessuten uformet på en måte som kunne gi inntrykk av at de forhøyede satsene ved unnlatt byggesøknad var av pønål karakter. Plan- og bygningsloven § 109 hjemler ikke ileggelse av straff. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt.

Fylkesmannen vedtok senere i medhold av kommuneloven § 59 nr. 4 litra c å oppheve kommunens gebyrregulativ for ulovlig bygging.

Eieren (A) av en fritidseiendom ble ilagt et ulovlighetsgebyr på kr 20 000,- for å ha satt i gang ulovlige byggetiltak. Kommunens gebyrregulativ inneholdt bestemmelser om ulovlighetsgebyr for ulovlig oppførte tiltak. Metoden kommunen brukte for å utregne gebyret, var at ordinært byggesaksgebyr ble multiplisert med tre, og det kom i tillegg til ordinært byggesaksgebyr.

A anførte hovedsakelig at plan- og bygningsloven (pbl.) § 109 ikke hjemlet ulovlighetsgebyret. Ileggelsen var også i strid med selvkostprinsippet i pbl. § 109. A hadde ikke fått påvist kostnadene ved ekstraarbeidet og mente gebyret i realiteten var av pønål karakter, dvs. en form for bot. Bygningsmyndighetene hadde ikke adgang til å ilegge straff. Han hevdet at ileggelsen var ulovlig og subsidiært at gebyret måtte reduseres.

Fylkesmannen ble herfra bedt om å redegjøre for hvordan ulovlighetsgebyret var beregnet. Han ble også bedt om å kommentere anførselen om at gebyret oversteg kommunens faktiske kostnader og betydningen av at det ordinære byggesaksgebyret allerede var betalt. Videre ble fylkesmannen anmodet om å redegjøre for et eventuelt selvkostprinsipp og adgangen til å nedsette «åpenbart urimelige» gebyrer. Til slutt ble fylkesmannen spurt om hvorfor det ikke var funnet grunn til å nedsette gebyret, og bedt om å kommentere Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 s. 1603.

Fylkesmannen opplyste at ulovlighetsgebyret var beregnet etter det normale byggesaksgebyret, og det var høyere for tiltak som krevde dispensasjon etter pbl. § 7. Hvis kommunen saksbehandlet et tiltak uten at søknad var blitt fremmet, var gebyret tre ganger så høyt som ordinært byggesaksgebyr. Var det sendt inn søknad etter at kommunen hadde påpekt manglende godkjenning, ble gebyret dobbelt så høyt som ordinært gebyr. Maksimalt gebyr var kr 20 000,-. Fylkesmannen mente de forhøyede satsene var i samsvar med kommunens ekstraarbeid i slike saker, og dermed hjemlet i pbl. § 109.

Fylkesmannen mente videre at adgangen etter gebyrregulativets § 9 til nedsettelse dersom gebyrsatsen fremsto som «åpenbart urimelig», var ment for de tilfeller hvor kostnadene kommunen fikk i arbeidet med saken ikke samsvarte med de kostnadene som normalt påløp. Det måtte være klare holdepunkter for at kommunen hadde brukt mindre ressurser enn normalt for at det skulle bli aktuelt å fravike satser som var gitt med hjemmel i pbl. § 109.

Fylkesmannen hadde ikke vurdert Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2004 s. 1603. Hans tolkning av avgjørelsen var at så lenge gebyrsatsene ikke oversteg de faktiske utgiftene kommunen hadde, var gebyrregulativet hjemlet i pbl. § 109.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Er det hjemmel i plan- og bygningsloven for ileggelse av ulovlighetsgebyr?»

Plan- og bygningsloven (pbl.) § 109 gir kommunen hjemmel til å fastsette gebyrregulativ til dekning av utgifter for behandling av søknad om deling, tillatelse, kontroll, utferding av attester og for annet arbeid som det etter plan- og bygningsloven, forskrift eller vedtekt påhviler kommunen å utføre.

Det er alminnelig antatt at kommunen med hjemmel i pbl. § 109 har adgang til å kreve dekket ved gebyr de kostnader som medgår til å følge opp brudd på plan- og bygningslovgivningen, se for eksempel Kommunal- og regionaldepartementets uttalelse 06/1281-2, datert 18. september 2006, om «[b]yggesaksgebyr ved ulovlighetsoppfølging – pbl § 109». Pbl.

§ 109 åpner derimot ikke for å bruke gebyr i sanksjonssøyemed.

2. Er ulovlighetsgebyret beregnet i tråd med selvkostprinsippet?

2.1 Generelle utgangspunkter

Ved fastsettelse av gebyrregulativ i medhold av plbl. § 109, har kommunen ikke full frihet med hensyn til valg av gebyrnivå. Det er en forutsetning at byggesaksgebyrene begrenses til kommunens saksbehandlingskostnader. Dette fremgår av forarbeidene til endringslov 5. mai 1995 nr. 20, hvor det i Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) s. 26 heter:

«Departementet vil understreke at selvkost er det som maksimalt kan kreves for behandlingen av de enkelte typer saker. Gebyrene bør stå i forhold til det faktisk utførte arbeid i saksbehandlingen.»

Deretter uttales det på s. 27:

«Det vil være rimelig at kommunene kartlegger hvor mye ressurser som kreves til de enkelte delene av arbeidet, helst innenfor de forskjellige sakstyper, og legger gebyrbruken opp etter det. Denne ressursfordelingen bør også fremgå av gebyrregulativene. Departementet antar at det særlig er forholdet til planavklaring som vil kunne være arbeidskrevende, og at det bør tas hensyn til det i regulativet, mens for eksempel (gulv)arealet, som gjerne brukes som utgangspunkt for gebyrberegningen, kan slå mer tilfeldig ut. I alle fall må selvkost være en øvre grense for hvor store gebyrene kan være. Departementet tar sikte på å lage veiledning om typebestemmelse av saker, og dermed et utgangspunkt for gebyrberegningen.»

Tilsvarende begrensning gjelder ved fastsettelse av byggesaksgebyr ved ulovlighetsoppfølging. Det er en forutsetning at gebyret fastsettes *innenfor rammen av selvkostprinsippet*. Videre er det lagt til grunn at det er et krav at kostnadene er relatert til de oppgaver som kommunen er pålagt etter plan- og bygningsloven. Se f.eks. ovennevnte uttalelse fra Kommunal- og regionaldepartementet (06/1281-2 18. september 2006).

Etter dette er spørsmålet om ulovlighetsgebyret i nærværende sak er fastsatt i tråd med selvkostprinsippet.

Forarbeidene til plan- og bygningsloven nøyer seg med å fastslå at det skal legges et selvkostprinsipp til grunn for gebyrberegningen. Selve innholdet av selvkostprinsippet er ikke nærmere angitt i lov eller forarbeider, men presisert gjennom rettspraksis og andre kilder. Av særskilt betydning er høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2004 s. 1603.

I denne saken behandlet Høyesterett spørsmålet om fastsettelsen av gebyr for en delingsforretning. Det er imidlertid lagt til grunn at de samme synspunkter gjør seg gjeldende for gebyrfastsettelse etter

plan- og bygningsloven, se for eksempel Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2005/1486 inntatt i årsmeldingen for 2006 s. 304 flg. (Somb-2006-76).

I Rt. 2004 s. 1603 konkluderte førstvoterende (i premiss 41) som følger:

«Min konklusjon er etter dette at fastsettelsen av gebyret i kart- og delingssaker skal ta utgangspunkt i de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende arealklasse, slik at man kommer så nær de faktiske utgifter for den enkelte arealklasse som mulig. Kommunene må ha et visst spillerom ved beregningen av disse gjennomsnittskostnadene. Men etter mitt syn går det en grense for hvor store gebyrer en arealklasse kan pålegges uten at kommunen tilsvarende kan dokumentere at de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende klasse er tilsvarende store.»

Av denne uttalelsen, som flertallet sluttet seg til, kan det utledes to sentrale krav til anvendelsen av selvkostprinsippet. Det ene er at selvkost skal beregnes med utgangspunkt i snittkostnader for den enkelte sakstype. Det andre er at disse snittkostnadene må være dokumenterbare.

2.1.1 Selvkost skal beregnes med utgangspunkt i snittkostnader for den enkelte sakstype

Flertallet i Høyesterett la til grunn «at fastsettelsen av gebyret i kart- og delingssaker skal ta utgangspunkt i de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende arealklasse, slik at man kommer så nær de faktiske utgifter for den enkelte arealklasse som mulig».

Høyesteretts flertall viste blant annet til forarbeidene til endringen av plbl. § 109 som ledd i redegjørelsen for sitt syn. Videre ble det av flertallet vist til forskrift av 22. januar 1997 nr. 34 om saksbehandling og kontroll § 31, som bestemmer at gebyret skal beregnes «ut fra prinsippet om selvkost 'i forhold til arbeidsmengde, sakstype' m.v.».

Sistnevnte bestemmelse er videreført i forskrift om saksbehandling og kontroll i byggesaker 24. juni 2003 nr. 749 (SAK) § 36. Bestemmelsen lyder:

«Gebyrregulativ etter pbl § 109 for saksbehandling og kontroll, herunder tildeling av ansvarsrett, skal beregnes ut fra prinsippet om selvkost. Gebyrene beregnes i forhold til arbeidsmengde, om opplysninger og dokumentasjon er klarlagt fra ansvarlig søkers eller tiltakshavers side, kommunens tilsynsoppgaver, om det foreligger sentral godkjenning for ansvarsrett, og annet av betydning for kommunens behandling.»

Ettersom SAK gir regler om behandling av den enkelte sak, tilsier ordlyd, sammenhengen i regelverket og Høyesteretts avgjørelse at selvkostprinsippet skal anvendes i den enkelte sak. Dette er lagt til grunn i ombudsmannssak 2005/1486, inntatt i årsmeldingen for 2006 s. 304 flg. (Somb-2006-76). Dette må

forstås slik at det er snittkostnadene for den enkelte sakstype, og ikke de faktiske kostnader i den enkelte sak, som skal legges til grunn.

I rundskriv H-5/02 om juridiske spørsmål vedrørende utbyggingsavtaler i tilknytning til plan- og byggesaksbehandling m.m., utgitt av Kommunal- og regionaldepartementet, heter det på side 35:

«Utgangspunktet for fastsetting av selvkost er at kommunen kan kreve dekket utgiftene for behandling av den konkrete byggesaken. I dette ligger imidlertid ikke at gebyret må beregnes nøyaktig i hver enkelt sak. Kommunen kan i regulativet legge til grunn gjennomsnittbetraktninger. Det kunne ellers bli tidkrevende og dyrt å finregne utgiftene til behandling av hver enkelt sak. F.eks. brukes typebestemte gebyrer for behandling av saker, som like gebyrer for henholdsvis eneboliger, garasjer, meldepliktige tilbygg på bolighus og lignende. (...) I og med at gebyrene skal svare til selvkost i den enkelte sak, må kommunen påse at gebyrene for enkle og ukompliserte saker ikke blir for høye.»

På samme side i rundskrivet går det også fram at det må kunne dokumenteres at utgiftene til saksbehandlingen påvirkes av den faktor som har vært sentral ved gebyrberegningen.

Hvilke kostnader kommunen nærmere kan legge til grunn ved gebyrberegningen, er klaggjort i «Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester» (H-2140), utgitt av Kommunal- og regionaldepartementet.

At selvkostprinsippet nettopp åpner for gjennomsnittbetraktninger, innebærer at det må være rom for en viss beløpsdifferanse mellom faktiske utgifter som påløper i den enkelte sak og det gebyr som ilegges. En annen løsning ville underminere ordningen med selvkostprinsippet.

Tilsvarende synes å være lagt til grunn på departementsnivå. I forbindelse med ombudsmannens undersøkelse av forvaltningens kontroll av gebyrinntekter (ET-sak 2007/953), har Kommunal- og regionaldepartementet i brev 1. oktober 2007 redegjort nærmere for rettstilstanden etter Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 1603. I denne forbindelse er det blant annet vist til Miljøverndepartementets brev 31. juli 2007, hvor departementet blant annet anfører følgende om beregning av selvkost etter delingsloven:

«Departementet anbefaler på bakgrunn av Høyesteretts dom at kommunene legger følgende til grunn når de vedtar sine gebyrregulativer for arbeider etter delingsloven: Kommunen må for det første forsikre seg om at de samlede gebyrinntektene for tjenesteområdet ikke overstiger de samlede kostnadene. Departementet antar i den forbindelse at kommunen i den forbindelse med fordel kan basere sine kalkyler på Kommunaldepartementets rundskriv H-2140 Nye retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester. Kommunen må dernest utforme

gebyrregulativet slik at gebyret i en konkret sak ikke på en urimelig måte overstiger de faktiske (faste og variable) kostnadene i sakens anledning. Departementet antar at kommunen kan utforme gebyrregulativet med stor frihet på dette punktet, og at det således må foreligge en vesentlig beløpsdifferanse i forhold til de faktiske kostnadene før et gebyr må anses som ugyldig. Departementet konstaterer at det i saken som stod for Høyesterett, forelå et betydelig avvik regnet både relativt og i absolutt størrelse.»

Selv om uttalelsen er gitt i tilknytning til kart- og delingsforretninger, må det kunne legges til grunn at det tilsvarende gjelder i forhold til byggesaker. I denne forbindelse vises det til at Høyesterett i Rt. 2004 s. 1603 viste til at «det har [...] formodningen mot seg at et begrep av sentral betydning for beregningen av gebyrer som henger nært sammen, på viktige punkter er ment å ha ulikt innhold».

2.1.2 Snittkostnadene for den enkelte sakstype må være dokumenterbare

Utgangspunktet er etter dette at byggesaksgebyr, herunder ulovlighetsgebyr, kan fastsettes skjematisk for nærmere fastsatte sakstyper. Selv om kommunene står relativt fritt med hensyn til identifikasjon av og inndeling i sakstyper, går det imidlertid en grense for kommunenes frihet med hensyn til beregningen av snittkostnadene. Høyesterett legger i Rt. 2004 s. 1603 som nevnt til grunn at det «går [...] en grense for hvor store gebyrer en arealklasse kan pålegges uten at kommunen tilsvarende kan dokumentere at de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende klasse er tilsvarende store».

Dette må forstås slik at det er en forutsetning at forvaltningen kan dokumentere de snittkostnadene som ligger til grunn for fastsettelsen av gebyrsatsene i den enkelte sakstype. Med andre ord er det forvaltningen som har bevisbyrden for at selvkostprinsippet er overholdt.

2.2 Det konkrete saksforholdet

Spørsmålet er etter dette om gebyret i den aktuelle saken reflekterer de faktiske gjennomsnittskostnadene ved den aktuelle sakstypen. Disse snittkostnadene må som nevnt være dokumenterbare.

Så vidt jeg kan se, foreligger det ingen opplysninger om forholdet mellom faktisk påløpte utgifter i saker vedrørende oppfølging av ulovlige byggetiltak og den fastsatte gebyrsatsen i kommunens gebyrregulativ. Dokumentasjonskravet kan allerede av denne grunn vanskelig sies å være oppfylt. Kommunens regulativ er siste ledd i hjemmelskjeden ved fastsettelsen av gebyr i den enkelte sak. Dersom regulativet ikke tilfredsstiller de krav loven og saksbehandlingsforskriften setter, vil mangelen også ramme gebyrfastsettelsene. Fylkesmannen må sørge for at kom-

munen snarest mulig foretar de beregninger som er nødvendig for å kontrollere om satsene for tilleggsgebyr ved ulovlige byggearbeider holder seg innenfor selvkost. Jeg vil i det følgende begrunne mitt standpunkt nærmere:

Kommunale gebyrer griper inn i folks økonomi på en merkbar måte. Det er derfor viktig at de kommunale regulativene blir til på et betryggende grunnlag, at de utformes på en måte som er lett å forstå, og at innholdet oppleves som rimelig og rettferdig.

Klageren har fremholdt at ulovlighetsgebyret kommer i tillegg til det ordinære byggesaksgebyret. Dette er for så vidt uproblematisk. Ulovlighetsgebyret skal dekke merkostnadene ved kommunens oppfølging av brudd på plan- og bygningsloven. Mer problematisk er at ulovlighetsgebyret er sjablonmessig fastsatt og ilagt.

Gebyrregulativet opererer med to ulike satser av ulovlighetsgebyr. Det avgjørende for hvilken sats som legges til grunn ved ileggelsen av ulovlighetsgebyret, er hvorvidt det er tiltakshaver som tar initiativ til å inngi byggesøknad i ettertid eller ikke. Fremmer tiltakshaveren av eget initiativ søknad om etterfølgende godkjenning, blir ulovlighetsgebyret satt til det dobbelte av ordinært byggesaksgebyr. Hvor kommunen påpeker de ulovlig oppførte arbeidene, settes ulovlighetsgebyret til tre ganger ordinært byggesaksgebyr. Maksimalt tilleggsgebyr er likevel satt til kr 20 000,-.

Fylkesmannen har i sitt svarbrev gitt uttrykk for at det er «lagt til grunn at disse satsene gjenspeiler det ekstraarbeidet kommunen har hatt som følge av at tiltakene er oppført uten først å ha søkt om godkjenning for disse». Det er i denne forbindelse vist til at slikt ekstraarbeid kan bestå i befaring, forespørsel om tiltak som blir oppdaget og andre tiltak for å sikre sakens opplysning.

Samtidig viser en gjennomgang av saksdokumentene at kommunen har erkjent at den ikke kan dokumentere de faktiske utgiftene i denne saken. Kommunen har vist til at «[n]år kommunen bygger sin gebyrmaal på selvkostprinsippet så vil dette si at utgifter og kostnader skal balansere år for annet. Dette er et prinsipp som både Kommunenes sentralforbund, departementet og lagmannsretten har godkjent», jf. Møteprotokoll fra byggesaksutvalgets møte 15. november 2006, hvor As klage på ileggelse av ulovlighetsgebyr ble behandlet.

Det er uklart om kommunen her sikter til gjennomsnittskostnader for etaten som sådan eller gjennomsnittskostnader forbundet med behandlingen av den konkrete sakstype. Så langt saken er opplyst, kan det ikke ses at fylkesmannen har søkt å bringe dette forholdet på det rene.

Fylkesmannen har etter dette verken redegjort nærmere for grunnlaget eller beregningene av ekstra-

omkostninger som pådras i saker med ulovlighetsoppfølging. Det er ikke dokumentert på hvilken måte ulovlighetsgebyrsatsene er fastsatt på grunnlag av gjennomsnittsbetraktninger.

Herunder er det ikke redegjort for bakgrunnen for gebyrregulativets inndeling i sakstyper. Det siktes her til at det ikke er dokumentert hvordan utgiftene varierer beroende på om byggesøknad er inngitt i ettertid eller ikke. Heller ikke er det dokumentert hvilken betydning det har for utgiftssiden i byggesaksbehandlingen hvorvidt den etterfølgende søknaden er initiert av tiltakshaver selv eller forvaltningen.

Fylkesmannen har i stedet vist til en sak hvor Kommunal- og regionaldepartementet støttet Hitra kommune i at kommunens gebyrregulativ hadde hjemmel i plbl. § 109. Denne kommunes gebyrer var i samme størrelsesorden som gebyrene i Hitra kommune.

Henvisningen til det forhold at Kommunal- og regionaldepartementet (i sak 00/5022) aksepterte gebyrregulativet i Hitra kommune, og det forhold at gebyrene i hhv. Hitra kommune og sakens kommune er i samme størrelsesorden, kan vanskelig ses å være treffende. Ulikheter i kostnadsnivå (ulik samlet selvkost) mellom kommuner, ulikheter i subsidieringsgrad, eller at det er lagt til grunn ulike kriterier for fordeling av gebyrer mellom de ulike brukere, vil kunne innvirke på gebyrfastsettelsen kommunene imellom. En henvisning til gebyrordningen andre steder kan uansett ikke erstatte de konkrete utredninger som selvkostprinsippet forutsetter for den enkelte kommune.

Til slutt legger jeg til at enkelte av bestemmelsene i kommunens gebyrregulativ er utformet på en måte som lett kan skape et inntrykk av å være motivert ut fra ønsket om å straffe den som bygger ulovlig, og dette er i beste fall uheldig. Jeg tenker da særlig på at satsene automatisk multipliseres opp i slike tilfeller. Som nevnt kan regulativet ikke brukes til å straffe borgerne for ulovlige byggearbeider.

3. *Virkningene av at selvkostprinsippet ikke er fulgt*
I Rt. 2004 s. 1603 (premiss 41) konkluderte førstvoterende som følger:

«[...] etter mitt syn går det en grense for hvor store gebyrer en arealklasse kan pålegges uten at kommunen tilsvarende kan dokumentere at de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende klasse er tilsvarende store. *Er denne grensen overtrådt, og kommunen heller ikke benytter sin dispensasjonsadgang, er gebyret etter min mening ugyldig* [min kursivering].»

Det er etter dette ikke tvilsomt at en gebyrfastsettelse i strid med selvkostprinsippet vil være ugyldig. Imidlertid vil ugyldigheten også kunne hefte ved regulativet som sådant. Ugyldigheten rekker ikke len-

ger enn det ugyldighetsgrunnen tilsier. Det vil si at gebyrregulativet etter forholdene vil kunne opprettholdes så langt det er i samsvar med selvkostprinsippet. For den enkelte gebyrberegning vil riktig fremgangsmåte være å oppheve det gebyret som er fastsatt og beregne gebyret på nytt.

Jeg tilføyer for ordens skyld at det som alminnelig utgangspunkt er selve gebyrsatsene inntatt i gebyrregulativet som må være fastsatt med utgangspunkt i selvkostprinsippet, det vil si uten hensyn til om gebyret etter et konkret skjønn vil kunne settes ned i særlige tilfeller.

Det er gebyrregulativet som ved siden av lov og forskrift utgjør kommunens hjemmel for å fastsette gebyr i det enkelte tilfelle. Dersom gebyrregulativet svikter, vil derfor også gebyrer fastsatt i medhold av dette rammes av ugyldigheten. I slike tilfeller hjelper det ikke om forvaltningen kan påvise at arbeidet i den konkrete saken har vært så omfattende at det isolert sett kan forsvare gebyrets størrelse. Øvre ramme for regulativets bestemmelser vil være selvkost ut fra en gjennomsnittsberegning. Heller ikke gebyret i den enkelte sak kan dermed overstige gjennomsnittlig selvkost.

Derimot synes det ikke å være noe til hinder for at gebyret kan settes lavere enn snittkostnadene. Dette siste alternativet synes likevel mest aktuelt i saker hvor gebyret etter omstendighetene nedsettes fordi de faktiske kostnadene er vesentlig lavere enn snittkostnadene (jf. nedenfor under pkt. 4).

I den sak som var til behandling for Høyesterett, var det tale om et betydelig avvik mellom de faktiske utgifter som var påløpt og det gebyr som var ilagt. Selv om selvkostprinsippet (som nevnt i pkt 2.1.2 ovenfor) åpner for en viss beløpsdifferanse mellom faktiske utgifter som påløper i den enkelte sak og det gebyr som ilegges, var grensen for det akseptable klart overskredet i den saken som der var gjenstand for behandling.

4. Burde ulovlighetsgebyret vært nedsatt?

Fylkesmannen har behandlet klagen fra A som et spørsmål om gebyrnedsettelse etter gebyrregulativets § 9. Fylkesmannen har anført at adgangen til gebyrnedsettelse etter regulativets § 9 er en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor de kostnader kommunen har fått i arbeidet med saken ikke er i samsvar med de kostnadene som normalt påløper.

I lys av redegjørelsen ovenfor, synes det å måtte legges til grunn at spørsmålet om anvendelse av gebyrregulativets dispensasjonshjemmel først oppstår i de tilfelle hvor prinsippet om selvkost er overholdt ved fastsettelsen av satsene i gebyrregulativet, men hvor forvaltningens utgifter i den aktuelle saken av ulike årsaker er lavere enn snittkostnadene i den aktuelle sakstype.

Fra fylkesmannens side er det fremholdt at det må være klare holdepunkter for at kommunen har brukt mindre ressurser enn normalt før det er aktuelt å fravike satser med tilstrekkelig hjemmel i plbl. § 109. Det avgjørende i denne saken er imidlertid om de av kommunen fastsatte satser gir uttrykk for normal ressursbruk. Som allerede påpekt, synes nettopp dette spørsmålet ikke å ha blitt undersøkt nærmere fra fylkesmannens side.

5. Oppsummering

Det fremstår som usikkert om selvkostprinsippet er overholdt ved utformingen av gebyrregulativet, og spørsmålet synes ikke tilstrekkelig belyst gjennom fylkesmannens behandling av saken. Således foreligger det ingen dokumentasjon på at det er samsvar mellom faktisk påløpte utgifter i saker vedrørende oppfølging av ulovlige byggetiltak, og den fastsatte gebyrsatsen i kommunens gebyrregulativ.

Heller ikke bakgrunnen for gebyrregulativets inndeling i sakstyper er kjent. Det mangler også dokumentasjon på hvordan utgiftene varierer ettersom byggesøknad er inngitt i ettertid eller ikke, og om den etterfølgende søknaden er initiert av tiltakshaver selv.

Den måten regulativet er utformet på, kan være egnet til å gi inntrykk av at ulovlighetsgebyrene er av pønål karakter. Plan- og bygningsloven § 109 hjemler ikke ileggelse av straff.

Jeg må etter dette be fylkesmannen om å behandle saken på nytt og ber om å bli holdt orientert om resultatet.»

Fylkesmannen varslet i senere brev til kommunen at han ville foreta lovlighetskontroll av regulativet i medhold av kommuneloven § 59 nr. 5. Etter å ha mottatt dokumentasjon fra kommunen, opphevet fylkesmannen den delen av regulativet som gjaldt gebyr for ulovlig bygging (regulativets punkt 20) med blant annet følgende begrunnelse:

«Materialet som er oversendt til Fylkesmannen den 21.08.2008 inneholder ingen kostnadsberegninger som kan underbygge gebyrfastsettelse eller gebyrileggelse innenfor saksområdet 'ulovlige tiltak' i byggesaksavdelingen. Den tilsendte hovedoversikten over byggesaksenhetens regnskap, viser kun sum driftsinntekter og sum driftsutgifter for hele byggesaksavdelingen per år. Årsregnskapet for resultatene byggesak indikerer at kommunen overholder prinsippene i selvkostregnskapet i det store og hele, men er ikke å anse som tilstrekkelig dokumentasjon til å underbygge fastsettelsen av gebyr for ulovlige tiltak. Heller ikke materialet oversendt den 13.10.08 ga videre veiledning på dette punktet.

Fylkesmannen kan etter dette ikke se at kommunen har maktet å dokumentere at de har et grunnlag for beregning av gebyr for ulovlige tiltak som sikrer at gjennomsnittlig gebyr ikke

overstiger kostnadene ved tjenesten. Fylkesmannen kan heller ikke se at kommunen har dokumentert et grunnlag for differensiering av de ulike satsene som er benyttet. Ett eksempel er skillet i gebyrstørrelse mellom saker der tiltakshaver har fremmet søknad og saker der dette ikke er skjedd. Fylkesmannen har forståelse for at saker der tiltakshaver ikke har fremmet søknad normalt vil ta lengre tid å behandle. Kommunen må likevel også her dokumentere hvilke reelle merkostnader initiert av søknadsbehandling innebærer.

Fylkesmannens konklusjon er etter dette at kommunen ikke har dokumentert at gebyrregulativ for ulovlige tiltak er utarbeidet med grunnlag i beregning av kostnadene ved tjenesten (selvkost). Dette innebærer at det foreligger feil ved tilblivelsen av regulativet. Det foreligger ingen forberedning for fastsettelse av gebyrene i henhold til selvkost, og det foreligger heller ingen etterberegninger som viser at selvkost er oppfylt ved gebyrileggelse. Størrelsen på de ulike gebyrene i gebyrregulativet for ulovlig bygging blir dermed ikke etterprøvbare, og det blir dermed umulig å kontrollere om selvkost er oppfylt ved gebyrileggelse. Kommunens gebyrregulativ oppheves på denne bakgrunn i medhold av kommuneloven § 59 nr. 4, litra c.»

88.

Beregning av byggesaksgebyr – plikten til å dokumentere at gebyret er i samsvar med selvkostprinsippet

(Sak 2007/1279)

A klaget over at byggesaksgebyret var i strid med selvkostprinsippet, selv om kommunen hadde omberegnet gebyret ut fra medgått saksbehandlingstid.

Ombudsmannen konkluderte med at det på flere punkter «knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken». Tvilen gjaldt særlig manglende dokumentasjon på at gebyrenes størrelse holdt seg innenfor de gjennomsnittlige kostnadene for den aktuelle sakstypen. Han ba derfor om at spørsmålet ble ytterligere utredet og vurdert.

Sakens bakgrunn og klagen hit

A søkte i 2003 Bærum kommune om tillatelse til oppføring av to tremannsboliger, en flermannsbolig og seksten eneboliger. Tiltakene utgjorde til sammen 4847 m² BRA. Søknadene ble fremmet i fire omganger.

Kommunen godkjente søknadene og beregnet deretter et byggesaksgebyr på kr 422.800,-. Gebyret var beregnet ut fra bestemmelser i kommunens gebyrregulativ som tok utgangspunkt i bygningens areal. Gebyrileggelsen ble ikke ansett å være et enkeltvedtak, idet størrelsen på gebyret «fulgte direkte av regulativet».

Klageren mente at gebyret var for høyt, og anførte i brev til kommunen at selvkostprinsippet tilsa at

han ikke skulle betale mer enn kr 126.600,-. Det ble vist til gebyrregulativet § 5 om «Nedsettelse og frafølelse av gebyr (urimelig gebyr)».

Kommunen meddelte i brev til klageren at den ikke var enig i at gebyret var for høyt. Klageren klaget på avgjørelsen. Kommunen mente nå at gebyret var for lavt og sendte en tilleggsfaktura på kr 107.975,-, slik at det totale gebyret ble kr 530.725,-. Dette beløpet ble opprettholdt i vedtak 18. desember 2003.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus opphevet kommunens vedtak og hjemviste saken til ny behandling. Kommunen hadde, slik fylkesmannen så det, foretatt en uriktig rettsanvendelse «ved ikke å foreta en vurdering av rimeligheten av gebyret etter regulativets § 5». Fylkesmannen fant også at «kommunens begrunnelse var mangelfull, da det ikke fremgår at gebyret er i samsvar med selvkostprinsippet».

Kommunen beregnet gebyret på nytt, denne gangen etter medgått tid til behandling av søknadene. Gebyret ble fastsatt til kr 422.100,-. Kommunen hevdet at den hadde brukt 603 timer på sakene og la til grunn en timepris på kr 700,-. Vedtaket ble påklaget, men kommunen fastholdt vedtaket. Fylkesmannen vurderte saken på nytt. Det ble lagt til grunn at vurderingstemaet var om gebyrene var «åpenbart urimelige i forhold til det arbeid og de kostnadene kommunen har hatt med saken eller må anses åpenbart urimelige av andre grunner, jf regulativets § 5». Utgangspunktet for rimelighetsvurderingen måtte være selvkostprinsippet. Under tvil konkluderte fylkesmannen med at «antallet timer ikke kan sies å overstige det som har vært rimelig og nødvendig for å få sakene betryggende utført». Fylkesmannen kom til at gebyrene ikke var i strid med selvkostprinsippet.

Klageren brakte saken inn for ombudsmannen. Han hevdet at kommunen hadde beregnet høyere gebyrer enn det er adgang til etter selvkostprinsippet. En hovedanførsel var at timelistene bar preg av å være konstruert i ettertid. Klageren fremholdt at det var «tilnærmet umulig å etterprøve og imøtegå hva kommunen har puttet inn i disse timelistene og om det faktisk og rettslig er adgang til å medta dette når underlagsmaterialet for denne oppstillingen ikke fremlegges». Han mente fylkesmannen skulle bedt kommunen om å «dokumentere» timetallet, og oppfordret ombudsmannen til å be om at «kommunen dokumenterer at de gjennomsnittlige utgifter for våre arealklasser, herunder fremlegger sitt underlagsmateriale for kommunens beregninger ut i fra medgåtte timer».

Fylkesmannen i Oslo og Akershus ble bedt om å redegjøre nærmere for kommunens timebruk og forklare hvorfor behandlingen av søknadene var blitt så arbeidskrevende. I den forbindelse ble fylkesmannen

bedt om å kommentere kommunens anførsel om at det var en del «ekstra bevegelse før man kom i mål». Det ble overlatt til fylkesmannen å vurdere om det var nødvendig å innhente kommunens uttalelse for å besvare spørsmålet tilfredsstillende.

Fylkesmannen ble videre bedt om å begrunne nærmere hvorfor han ikke hadde vesentlige innvendinger mot at kommunen opererte med en timepris på kr 700,-. Det ble vist til at timeprisen i henhold til reglementet syntes å være ment for tilfeller der kommunen innhentet sakkyndig bistand utenfra og ble fakturert etter prisene i det private markedet. Fylkesmannen ble spurt om det var rimelig å bruke samme sats på eget arbeid, og om det i så fall samsvarte med selvkostprinsippet. Til sammenligning ble det vist til at Høyesterett i en gebyrsak som lå til grunn for dommen inntatt i Rt. 2004 på s. 160 la til grunn en timepris på kr 400,-. Saken gjaldt deling av fast eiendom.

Klageren krevde at kommunen opplyste hva som var gjennomsnittlige gebyrer for liknende saker etter som han mente dette ville kunne gi en indikasjon på om gebyret var utover selvkost. Kommunen ville ikke beregne eller opplyse dette, et standpunkt fylkesmannen ikke hadde merknader til i vedtaket 6. juli 2006. Fylkesmannen ble bedt om å utdype standpunktet noe nærmere.

Kommunens begrunnelse for ikke å ville gå nærmere inn på grunnlaget for gebyrsatsene i regulativet syntes å være at klageren uansett ikke hadde noe å klage over når han hadde fått beregnet gebyret ut fra medgått saksbehandlingstid. Fylkesmannen ble bedt om å kommentere dette særskilt.

I brev til Bærum kommune ba fylkesmannen kommunen om å redegjøre nærmere for det faktiske arbeidet som var regnet inn under timetallene for de enkelte byggesøknadene. Videre ba fylkesmannen kommunen om å redegjøre nærmere for hvilke vurderinger som lå bak den anslåtte timesatsen. Det ble også bedt opplyst om kommunen hadde foretatt for og etterkalkyler av grunnlaget for sine gebyrsatser. Fylkesmannen var åpen for kommunens eventuelle kommentarer til klagerens påpekning av at «tidsbruken i denne sak har vært mer omfattende enn gjennomsnittskostnader og stiller seg derfor undrende til at resultatet etter gebyrregulativet blir så høyt».

Etter å ha fått tilbakemelding fra kommunen, svarte fylkesmannen i brev hit. Fra brevet siteres:

«I sitt svarbrev til Fylkesmannen har Bærum kommune ikke gitt noen nærmere redegjørelse/dokumentert det konkrete arbeidet sakene har medført. Det er påpekt at timeberegningen beror på en etterkalkulering basert på notater, brever, møteavtaler m.m. Timebruk til støtteapparatet, arkiv, og annet uspesifisert tidsbruk baserer seg på anslag. Fylkesmannen har ikke selv noen opplysninger om tidsbruken ut over det som fremkommer i sakens dokumenter (sakene ble etter

kommunens utsagn sendt inn usystematisk, uryddig fremlagt og manglet vesentlig informasjon før de kunne behandles slik at det ble sendt manglbrev til søker). Fylkesmannen merket seg også at det samlede gebyret hadde sitt grunnlag i avskilte 4 søknader, hvor hvert av de 4 sakskompleks omfattet forskjellige tiltak (tremannsboliger, flermannsbolig og eneboliger - totalt 19 bygninger).

Når det gjelder det forhold at resultatet beregnet etter timebruk gir et lavere gebyr enn beregning etter regulativets alminnelige bestemmelser, gir dette etter Fylkesmannen syn en indikasjon på at regulativets alminnelige bestemmelser ikke er fullt ut i samsvar med kommunens faktiske selvkost for behandlingen av de enkelte sakene. På den annen side er kommunens faktiske tidsbruk rekonstruert i ettertid og regulativets alminnelige bestemmelser er basert på gjennomsnittsbetraktninger. Fylkesmannen kan derfor ikke se at dette er noe vesentlig poeng i saken.

Det forhold at timelistene er konstruert i ettertid, er noe mer problematisk. Dette vanskeliggjør en presis etterkontroll av kommunens arbeid. Bærum kommune har uttrykt at for å benytte timeberegning ved gebyrileggelse bør man på forhånd beslutte dette før saksbehandlingen far til. Fylkesmannen er enig i dette. Ved Fylkesmannens avsluttende behandling fant en imidlertid å kunne legge kommunens egen rekonstruerte beregning av tidsbruken i de enkelte sakene til grunn.»

Videre svarte fylkesmannen:

«Bærum kommune har i sitt brev presisert at timeprisen på kr. 700,- er dersom kommunen beslutter å beregne gebyr etter medgått tid. Utgifter til sakkyndig bistand kan dekkes i sin helhet gjennom gebyrbestemmelsen. I følge kommunen ble muligheten til å fastsette gebyr etter timeforbruk innført i 1998. Ved denne anledning valgte man en timesats på kr. 500 som ble økt til kr. 700 i 2003. Poenget var å kunne beregne gebyr for tiltak som ikke eksplisitt var nevnt i gebyrreglementet. For å bruke denne metoden bør det i følge kommunen være besluttet dette før saksbehandlingen tar til slik at timene blir notert. Kommunen viser til at den i det aktuelle tilfellet ved den fornyede behandling (etter Fylkesmannens opphevelse), valgte å regne ut gebyr etter medgått tid fordi dette resulterte i et lavere samlet gebyr. Kommunen anså at gebyret ved en slik utregning ikke kunne betegnes som 'åpenbart urimelig'.

Ved Fylkesmannens vurdering ble det sett hen til at andre kommuner opererte med ca. samme pris, samt at kr. 700,- var under hva private aktører normalt vil ta for sitt arbeid. Det bemerkes videre at det er en hel rekke merutgifter ut over saksbehandlers faktiske tidsbruk med saken som kan trekkes inn under selvkostprinsippet. Det vises til rundskriv H-2140 – Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester. Til Sivilombudsmannens henvisning til dom i Rt. 2004 s. 1603 bemerkes det at tallmaterialet som var lagt fram for Høyesterett viste at de totale utgiftene ved kart- og deleforretningene oversteg gebyrinntektene som Lørenskog fikk inn. Dette leder i retning av at timepri-

sen på kr. 450 var lavere enn hva Lørenskog kommune kunne krevd etter selvkostprinsippet.»

Når det gjaldt spørsmålet om gebyrene representerer gjennomsnittskostnadene for liknende saker, viste fylkesmannen til den vedlagte uttalelsen fra Bærum kommune. Fylkesmannen bemerket:

«Det fremgår av kommunens uttalelse at kommunen fører slikt et såkalt selvkostregnskap, jf. Rundskriv H-2140, og at eventuelt overskudd settes av til fond som utlignes på kommende år. Gebyrsatsene har i følge kommunen stått uendret nå i 3 år nettopp fordi man har oppnådd eller vært nær ved å oppnå selvkost. Det ligger etter kommunens mening i gebyrsystemet at prisingen er og må være sjablongmessig i den forstand at noen saker prises for høyt i forhold til medgått tid og noen saker prises for lavt. Gebyrsystemet antas å gi hjemmel for et markert slingringsmonn i så måte. Kommunen viser også til at bygningssjefen i Bærum i en annen sak om gebyrnivået har anført at det må aksepteres et avvik på i størrelsesorden 30% i forhold til de reelle kostnadene uten at dette kan karakteriseres som urimelig.

Det foreligger i følge kommunen ingen kalkyle for hvor stor andel av de totale gebyrinntektene som tilfaller sakstypen 'eneboliger'. Fylkesmannen har forståelse for kommunens synspunkt om at en slik kalkyle neppe vil være mulig å gi uten uforholdsmessig arbeid. Fylkesmannen kan heller ikke se at det er grunn til å kreve foretatt slik kalkyle for å konstatere om kommunens årsregnskaper er pålitelig eller ikke i forhold til den aktuelle problemstillingen.

Sivilombudsmannen påpeker at kommunens begrunnelse for ikke å ville gå inn på grunnlaget for gebyrsatsene i regulativet synes å være at klageren uansett ikke har noe å klage over når han har fått gebyret beregnet ut fra faktisk medgått saksbehandlingstid. Som nevnt valgte kommunen å regne ut gebyr etter medgått tid fordi dette resulterte i et lavere samlet gebyr.

Hvorvidt kommunen har hjemmel for å kreve gebyr etter medgått saksbehandlingstid beror på en tolkning av regulativets § 1, fjerde ledd. Fylkesmannen har ikke hatt innvendinger mot den rettsforståelse kommunen har lagt til grunn. Under forutsetning av at timeprisen kommunen opererer er i samsvar med eller lavere enn de utgifter kommunen faktisk har (selvkost), kan Fylkesmannen vanskelig se at gebyrileggelsen kan bli i strid med selvkostprinsippet. Dette i motsetning til saker hvor gebyret beregnes etter regulativets alminnelige bestemmelser, hvor gebyrileggelsen er basert på en forhåndsbestemt skjønsmessig vurdering av tidsbruken for typetilfeller.

Dersom forholdene i saken hadde vært at regulativet ikke hjemlet ileggelse av gebyr etter timepris, er det med bakgrunn i legalitetsprinsippet klart at kommunen ikke har anledning til å kreve gebyr etter rimelighetsbetraktninger.»

Klageren kommenterte fylkesmannens svar. Han konstaterte at det fortsatt ikke var fremlagt «et etterprøvbart regnskap» og tolket det slik at fylkesmannen erkjente at dette vanskeliggjør en etterprøving.

Klageren anførte at det etterberegnete forbruket fremsto mer som en påstand enn som faktisk forbruk. Videre var han «uforstående til at mangelsbrevet ved innsending av søknader kan ha medført arbeid av betydning for kommunen». Når det gjaldt lønnsnivå og lønnsutgifter, anførte klageren at lønnsnivået må bygge på kommunens faktiske lønnsutgifter. Han fremholdt at kommunen ikke kan sammenlikne seg med private aktører. Til slutt anførte han at kommunens praksis om at det kan foreligge mer enn 30% avvik før det er urimelig åpenbart måtte være for høyt.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Selvkostprinsippet

Plan- og bygningsloven (plbl.) § 109 gir kommunene hjemmel til å fastsette gebyrregulativ til dekning av utgifter for behandling av søknad om deling, tillatelse, kontroll, utferdning av attest og for andre arbeid som det etter plan- og bygningsloven, forskrift eller vedtak ligger til kommunen å utføre. Beregningen av gebyret i den enkelte sak skal skje i henhold til det regulativet som er fastsatt.

Ved fastsettelse av gebyrregulativ i medhold av plbl. § 109 har ikke kommunen full frihet med hensyn til valg av gebyrnivå. Det er en forutsetning at byggesaksgebyrene begrenses til kommunens saksbehandlingskostnader. Dette såkalte selvkostprinsippet er ikke direkte uttalt i loven, men fremgår av lovforarbeidene. I Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) som lå til grunn for endringslov 5. mai 1995 nr. 20, heter det på side 26:

«Departementet vil understreke at selvkost er det som maksimalt kan kreves for behandling av de enkelte typer saker. Gebyrene bør stå i forhold til det faktisk utførte arbeid i saksbehandlingen.»

På s. 27 uttales det deretter:

«Det vil være rimelig at kommunene kartlegger hvor mye ressurser som kreves til de enkelte delene av arbeidet, helst innenfor de forskjellige sakstyper, og legger gebyrbruken opp etter det. Denne ressursfordelingen bør også fremgå av gebyrregulativene. Departementet antar at det særlig er forholdet til planavklaring som vil kunne være arbeidskrevende, og at det bør tas hensyn til det i regulativet, mens for eksempel (gulv)arealet, som gjerne brukes som utgangspunkt for gebyrberegningen, kan slå mer tilfeldig ut. I alle fall må selvkost være en øvre grense for hvor store gebyrene kan være. Departementet tar sikte på å lage veiledning om typebestemmelse av saker, og dermed et utgangspunkt for gebyrberegningen.»

Dette innebærer at kommunene ikke kan kreve mer enn det faktisk koster å behandle sakene. Det aksepteres likevel at kommunene rubriserer sakene i kategorier og beregner selvkost med utgangspunkt i de gjennomsnittlige kostnadene for den enkelte kate-

gori. Samtidig er det imidlertid stilt krav om at kommunen kan dokumentere at satsene i regulativet holder seg innenfor selvkost. Jeg skal komme tilbake til dokumentasjonskravet senere i fremstillingen.

Selvkostprinsippet er blant annet behandlet i en høyesterettsdom inntatt i Rt. 2004 på side 1603 flg. Saken gjaldt fastsettelse av gebyr for en delingsforretning, men retten la til grunn at de samme synspunktene gjorde seg gjeldende for gebyrfastsettelse etter plan- og bygningsloven. Det synes i dommen forutsatt at selvkostprinsippet ikke bare krever at den enkelte sektor drives uten overskudd, men at selvkost også skal tilstrebes i den enkelte sak.

Førstvoterende konkluderte slik, jf. premiss 41:

«Min konklusjon er etter dette at fastsettelsen av gebyret i kart- og delingssaker skal ta utgangspunkt i de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende arealklasse, slik at man kommer så nær de faktiske utgifter for den enkelte arealklasse som mulig. Kommunene må ha et visst spillerom ved beregningen av disse gjennomsnittskostnadene. Men etter mitt syn går det en grense for hvor store gebyrer en arealklasse kan pålegges uten at kommunen tilsvarende kan dokumentere at de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende arealklasse er tilsvarende store».

2. Kommunens beregning av selvkost ut fra medgått tid til saksbehandlingen

I saken her beregnet Bærum kommune først byggesaksgebyret til kr 422.800,- basert på gebyrregulativet som tok utgangspunkt i bygningens areal. Klageren mente at gebyret var for høyt, og anførte at selvkostprinsippet tilsa at det ikke skulle betales mer enn kr 126.600,-. Kommunen svarte med å sette opp gebyret til kr 530.725,-, som den mente var riktig beregning etter regulativet.

Fylkesmannen opphevet kommunens fastsettelse, og kommunen beregnet gebyret etter medgått tid til behandling av byggesøknadene. Ut fra en timepris på 700 kroner ble gebyret fastsatt til kr 422.100,-.

Kommunen har altså beregnet og justert gebyret etter faktisk medgått tid til behandling. Denne beregningsmåten vil naturlig nok kunne gi et godt grunnlag for å anslå hva saksbehandlingen faktisk har kostet kommunen. Det er likevel viktig å holde fast ved at gebyrfastsettelsen skal skje med hjemmel i kommunens regulativ. Som fylkesmannen har påpekt i redegjørelsen hit 10. januar 2008, har kommunen ikke anledning til å «kreve gebyr etter rimelighetsbetraktninger» uten hjemmel i regulativet. Bruk av timelister vil derfor primært ha nytte som et korrektiv for å se til at regulativet ikke fører til resultater som overstiger selvkost.

Spørsmålet om kommunen har hjemmel til å kreve gebyr etter medgått saksbehandlingstid, beror ifølge fylkesmannen på en tolking av regulativets § 1

fjerde ledd. Dette synes å være et riktig rettslig utgangspunkt.

Paragrafen lyder:

«Alle som får utført tjenester etter dette regulativ skal betale gebyr etter satser som fremgår av regulativet.

Minstegebyret fastsettes til kr. 1750,- og er angitt med bokstaven M. Dersom gebyret etter utregningsreglene i kap. II, III og IV blir mindre enn M, skal gebyret likevel ikke settes under M.

For oppmålingstjenester etter kap. V fastsettes et minstegebyr på kr. 1600 som er angitt med bokstaven G (grunnbeløp).

Kommunen kan engasjere sakkyndig hjelp for spesifiserte utrednings- eller kontrolloppgaver. Til dekning av utgiftene kan det kreves gebyr tilsvarende medgåtte utgifter. Hvor det kreves gebyr etter medgått tid beregnes kr. 700 pr. time. Norsk heiskontroll krever egne gebyrer.»

Som det fremgår, er paragrafen bygd opp slik at første ledd slår fast den alminnelige plikt til å betale gebyr etter regulativets satser. Annet og tredje ledd inneholder bestemmelser om minstesatser. Fjerde ledd om ileggelse av gebyr etter faktisk medgåtte utgifter, fremstår både etter sitt innhold og sin plassering som en spesialregel som gjør unntak fra hovedregelen i første ledd. Etter ordlyden i første punktum gjelder unntaket klart nok bare saker der kommunen har innhentet «sakkyndig hjelp for spesifiserte utrednings- eller kontrolloppgaver». Annet punktum om dekning av utgiftene synes å være direkte knyttet til første ledd, slik at også de kun gjelder i slike saker.

Tredje punktum skal ifølge kommunens redegjørelse til fylkesmannen ikke leses i sammenheng med første og annet punktum, men er så vidt jeg forstår myntet på tilfeller hvor kommunen velger å beregne gebyr etter faktisk medgåtte timer. Jeg tar dette til etterretning, men bemerker at bestemmelsen i så fall synes å ha fått en uheldig plassering. Dette understrekes av at ikke bare de to foregående punktumene i fjerde ledd gjelder utgifter forbundet med ekstern hjelp, men også punktet etter om gebyrer eller utgifter knyttet til Norsk heiskontroll.

Uansett er det vanskelig å lese bestemmelsen slik at den gir en generell hjemmel for kommunen til å velge å beregne gebyret etter medgått tid istedenfor etter de generelle satser. En slik regel måtte ha kommet til uttrykk på en mye klarere måte, og da fortrinnsvis gjennom en materiell bestemmelse som uttrykkelig gir kommunen en slik adgang. Det må dessuten kreves av en unntakshjemmel at den setter opp tilstrekkelig klare kriterier for når regulativets satser kan fravikes til fordel for en direkte utregning basert på medgått tid. Det kan neppe være riktig at kommunen på fritt grunnlag skal kunne velge hvilken beregningsmåte som skal benyttes.

Utgangspunktet er etter mitt skjønn at gebyret i denne som i andre saker skal regnes etter regulativets satser.

3. Dokumentasjonskravet

En forutsetning for å kunne ilegge gebyr etter regulativet, er at det ikke fører til resultater som bryter med selvkostprinsippet. Dette må kommunen kunne dokumentere at er tilfelle. Jeg har tidligere omtalt dokumentasjonskravet i flere saker, blant annet ombudsmannsak 2007/0737, og la der til grunn at «det er en forutsetning at forvaltningen kan dokumentere de snittkostnadene som ligger til grunn for fastsettelsen av gebyrsatsene i den enkelte sakstype», og at det er forvaltningen som har bevisbyrden for at selvkostprinsippet er overholdt. Samme år (2007) tok jeg også problemstillingen opp med Kommunal- og regionaldepartementet på generelt grunnlag (sak 2007/0953). Departementet svarte i brev 1. oktober 2007 blant annet:

«I tilfeller hvor det hevdes at kommunens gebyrsatser ikke er fastsatt i henhold til selvkostprinsippet, vil en kunne be kommunen dokumentere at selvkostprinsippet er ivaretatt, f. eks. ved å fremlegge for- og etterkalkyler av grunnlaget for sine gebyrsatser. Det vil ikke være tilstrekkelig å vise til at en gebyrberegning som skjer i samsvar med regulativet oppfyller kravet til selvkost. Hvilke kostnader kommunen kan legge til grunn i beregningen, følger av 'Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester' (H-2140).»

Jeg forstår dette slik at også departementet legger til grunn at dokumentasjonskravet knytter seg til regulativets satser. Det er som nevnt regulativet som danner hjemmelen for gebyrileggelsen i den enkelte sak, og regulativet må holde seg innenfor rammen av selvkostprinsippet.

Det fremgår av kommunens og fylkesmannens redegjørelser at kommunen fører et såkalt selvkostregnskap. Nærmere opplysninger om hvordan regnskapet føres, er ikke gitt, bortsett fra en henvisning til Rundskriv H-2140 og en opplysning om at eventuelle overskudd settes av til et fond som utliknes på kommende år. Kommunen har videre opplyst at den har «kalkyler» for hvilke kostnader som inngår i selvkostbegrepet, og at kommunens årsregnskaper må anses å være «en pålitelig etterkalkyle». Etter mitt skjønn er de opplysningene som her er gitt for sparsomme til å tjene som fullgod dokumentasjon på at satsene i regulativet holder seg innenfor selvkost. Dette gjelder ikke minst når det samtidig er opplyst at gebyrsatsene har stått uendret i tre år «fordi man har oppnådd eller vært nær ved å oppnå selvkost». Dette kan tyde på at kommunen har lagt seg på et øvre nivå av hva som lovlig kan kreves.

Kommunen har opplyst at det ikke foreligger noen «kalkyle» for hvor stor andel av de totale gebyrinntektene som tilfaller sakstypen «eneboliger», at en slik kalkyle vil kreve uforholdsmessig arbeid, og dessuten neppe vil være påkrevd. Kommunens standpunkt er naturlig i den forstand at eneboliger ikke er skilt ut som en egen gruppe eller sakstype i regulativet. Regulativets § 15 synes å behandle alle bygninger under ett, uavhengig av bygningenes formål.

Når gebyret i henhold til regulativet ble beregnet så høyt som det ble i saken her, har det naturlig nok sammenheng med størrelsen på tiltakene søknadene gjaldt. Regulativets § 15 graderer gebyret etter byggets areal. Jeg har i en uttalelse inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2006 på s. 304 (ombudsmannsak 2005/1486) lagt til grunn at det kan være en sammenheng mellom bruksarealet for et bygg og kostnadene ved byggesaksbehandlingen, men at det ikke er noen automatikk. Et regulativ som legger opp til en lineær sammenheng mellom arealet og gebyrets størrelse, tilfredsstiller ikke de krav som må stilles. Bærum kommune har delt opp gebyrene i ulike arealklasser, slik at kvadratmeterprisen reduseres suksessivt jo større bygget er. Dette synes i utgangspunktet å være en fornuftig ordning, men her som ellers må det kreves at den ordningen regulativet gir anvisning på, fører til resultater som er forenlige med selvkostprinsippet. Et gjennomgangstema i de klagene jeg har mottatt til nå, har vært at kommunens regulativ har ført til urimelige enkeltresultater for store bygg, nettopp fordi gebyrsatsene har vært knyttet til areal. Det jeg særlig savner opplysninger om i denne saken, er hvordan Bærum kommunes regulativ slår ut i så måte. Det er for eksempel neppe adgang til å la store bygg generelt subsidiere mindre og mellomstore byggetiltak.

4. Nærmere om beregningen av de faktiske kostnader

Selv om regulativets satser danner det rettslige utgangspunktet for gebyrberegningen, er det slik saken ligger an, ikke noe å innvende mot at kommunen regnet ut hva saksbehandlingen faktisk hadde kostet. En slik beregning kan for det første være nødvendig for å vurdere om gebyret skal nedsettes som «åpenbart urimelig» etter regulativets § 5. For det andre vil slike beregninger på sikt kunne gi en indikasjon på om regulativets satser er realistiske i forhold til kommunens arbeid med sakene, og dermed i samsvar med selvkostprinsippet. For det tredje skal som nevnt selvkost tilstrebes i den enkelte sak. En konkret kostnadsutregning vil således kunne begrense hva som lovlig kan kreves, selv om kommunen som påpekt av fylkesmannen må ha en rimelig margin. Loven gir imidlertid ikke holdepunkter for et generelt «slingsringsmonn» på 30 prosent slik kommunen synes å legge til grunn.

Dersom kommunen velger å benytte en fast timesats for beregningen, bør satsen ligge så nært opp til de faktiske utgifter som mulig. Satsen på 700 kroner som kommunen har benyttet i denne saken, er stipulert ut fra andre hensyn, og er ikke ment å gi et nøyaktig mål for de faktiske utgiftene. Jeg kan da vanskelig se at satsen uten videre kan brukes slik kommunen har gjort i saken her.

I sitt brev til fylkesmannen har Bærum kommune for øvrig ikke gitt noen nærmere redegjørelse for eller dokumentasjon av det konkrete arbeidet sakene har medført. Kommunen har opplyst at timeberegningen beror på en etterkalkulering «basert på notater, brever, møteavtaler m.m.», og at timebruk til støtteapparatet, arkiv, og annet uspesifisert tidsbruk baserer seg på anslag. Også her savner jeg et noe mer konkret grunnlagsmateriale som viser hvordan tallene er fremkommet.

5. Konklusjon

Jeg har etter dette kommet til at det på enkelte punkter knytter seg «tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10 annet ledd, og må be om at saken blir ytterligere utredet og vurdert på nytt. Først og fremst må kommunen så vidt mulig dokumentere gjennomsnittskostnadene for den aktuelle arealkategorien i forhold til selvkostprinsippet. Dernest kan det være aktuelt å se ytterligere på de konkrete utgifter behandlingen av byggesøknadene har påført kommunen. Dersom kommunens anslag er usikre, bør gebyret settes slik at det ikke er rom for tvil med hensyn til om det ligger innenfor selvkost.

Dersom kommunen ønsker en generell adgang til å bestemme at gebyret i enkeltstående saker skal beregnes ut fra timepris, må det eventuelt inntas en uttrykkelig regel om dette i gebyrregulativet med angivelse av hvilke saker adgangen skal gjelde. Også i disse tilfellene må gebyret holde seg innenfor selvkostkravet. Jeg understreker at jeg med dette ikke har tatt stilling til om en slik bestemmelse bør gis, og heller ikke i hvilken grad det er adgang til å innta slike bestemmelser.»

89.

Unnlatt bruk av sanksjon mot ulovlig tiltak

(Sak 2007/985)

Bygningsmyndigheten hadde unnlatt å ilegge sanksjoner mot en brygge og kran som var oppført uten søknad eller melding. Naboene mente at bygningsmyndighetene ikke har gyldig rettsgrunnlag for en slik unnlattelse.

Ombudsmannen kom til at det var tvilsomt om fylkesmannens vedtak var forankret i et holdbart

rettsgrunnlag. Fylkesmannen ble derfor bedt om å behandle saken på nytt.

A krevde at Kragerø kommune måtte anvende sanksjoner – i form av rivingspålegg – mot en anført ulovlig oppført brygge med kran på naboeiendommen. Det ble vist til at bryggen og kranen hadde blitt oppført uten søknad eller melding, og at bryggen brøt med nabolovens regler.

Bygningsrådet i kommunen fattet vedtak om å unnlate å anvende sanksjoner mot bryggen og kranen. I vedtaket heter det:

«Kragerø bygningsråd vil med bakgrunn i de opplysninger som foreligger ikke forlange med hjemmel i plan og bygningsloven at kran og brygge/platting på eiendommen ... skal endres eller fjernes.

Det legges vekt på at det råder usikkerhet om utvikling av området siden 1960-årene og hva som er oppført eller videreført når. Videre legges det vekt på at slike konstruksjoner som i denne aktuelle sak hadde et annet fokus i 1993/94.»

A påklaget vedtaket. Fylkesmannen i Telemark opprettholdt kommunens vedtak.

I fylkesmannens vedtak var det inntatt et sitat fra Kragerø tingretts dom, som gjaldt enkelte andre rettsforhold mellom de samme naboene. I fylkesmannens sitat fra dommen het det bl.a.:

«Flyfoto fra før utbyggingen i 1993/94 over området som er fremlagt for retten, viser en opplagringsplass av et langt mindre omfang enn hva retten fikk se under befaringen ...

Uansett omfanget plassen har hatt, er retten av den oppfatning at den ikke har vært slik den er i dag, og at den har variert i omfang. Dette fremkommer klart på flyfotoet. Kranen som i dag er satt opp, har også en annen plassering.»

Fylkesmannen uttalte at hun la «denne beskrivelsen av faktum til grunn».

I fylkesmannens vedtak er det vist til at bygningsrådet uttalte at det aktuelle tiltaket var søknads/meldepliktig. Videre het det i fylkesmannens vedtak:

«Etter § 10-1 i plan- og bygningsloven har kommunen plikt til å føre tilsyn med at regelverket i og i medhold av plan- og bygningsloven overholdes. Dette innebærer en plikt til enten å reagere overfor lovstridige byggverk eller godkjenne byggverket i ettertid.»

Fylkesmannen viste også til saksvurderingen som lå til grunn for bygningsmyndighetenes vedtak, hvor det het at:

«[o]m det ble utført arbeider på brygga/plattingen og krana montert i 1993/94 og dette var av et slikt omfang at det var meldepliktige arbeider, er det grunn til å tro at arbeidene med det omfang det har ville blitt godkjent.»

Avslutningsvis viste fylkesmannen til at kommunen i brev til tiltakshaveren hadde sagt at kommunen hadde forstått det slik at tiltakshaveren ønsket å sette opp ny kran på samme sted eller flytte kranen, og at han i den forbindelse måtte sende inn søknad om endring før eventuell tillatelse ville bli gitt. Tiltakshaveren hadde ikke søkt om slik tillatelse.

Som begrunnelse for å unnlate sanksjon skrev fylkesmannen følgende:

«Fylkesmannen har ikke merknader til at bygningsrådet vil godkjenne kran og plattning da det i lengre tid har vært opplagsplass for båter på plattningen med en enkel løfteinnretning for båter. Krana har eksistert siden 1993/94 uten at det fram til 2003 formelt har vært fremmet klager over at krana ble installert. Da krana i dag ikke kan brukes, legges til grunn at det vil bli fremmet søknad om ny kran eller flytting av krana. På denne bakgrunn har ikke Fylkesmannen merknader til bygningsrådets vedtak om at kran og brygge/plattning ikke skal kreves endret/fjernet.»

A klaget saken inn for ombudsmannen. I klagen ble det anført at fylkesmannen ikke hadde gyldig rettsgrunnlag for å unnlate å bruke sanksjoner mot det aktuelle tiltaket. Til støtte for anførselene ble det bl.a. vist til en ombudsmannsuttalelse – inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 301 flg. – vedrørende bygningsmyndighetenes adgang til å unnlate bruk av sanksjoner mot ulovlig tiltak.

Det ble besluttet å ta saken opp med fylkesmannen. I brev herfra ble det bedt opplyst om det var lagt til grunn at det aktuelle tiltaket ble oppført i 1993/94 slik henvisningen tingrettens dom kunne tyde på.

Det ble også bedt om en avklaring mht. om det var søkt om og/eller inngitt melding for det aktuelle tiltaket.

Under forutsetning av at tiltaket var oppført uten gyldig søknad/tillatelse eller melding, ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for det rettslige grunnlaget for ikke å gripe inn med sanksjoner mot tiltaket. Under samme forutsetning ble fylkesmannen også spurt om det var saklig grunn til å legge vekt på at det etter fylkesmannens mening var «grunn til å tro at arbeidene med det omfang det har ville blitt godkjent».

I brev hit viste fylkesmannen bl.a. til at det var lagt til grunn at tiltaket ble oppført i 1993/94, og at dette hadde skjedd uten søknad eller melding til kommunen. Etter en nærmere vurdering av rettstilstanden da bryggen og kranen ble oppført, kom fylkesmannen til at det var «ganske tvilsomt om den aktuelle kran og bryggeutvidelsen/plattningen var et tiltak som kom inn under § 84» slik bestemmelsen lød i 1993/94. Avslutningsvis het det at det var «uheldig at fylkesmannen som klageinstans tok et forhåndsstandpunkt til utfallet av en eventuell søknad om å flytte krana fordi et vedtak fra kommunen ganske sikkert ville bli påklaget».

A fremholdt at fylkesmannen ikke på tilstrekkelig klar måte hadde avklart hvorvidt tiltaket var søknads- og/eller meldepliktig, jf. fylkesmannens formulering om at det var «ganske tvilsomt» om tiltaket var omfattet av plbl. § 84. Videre ble det anført at fylkesmannen ellers ikke hadde svart adekvat på ombudsmannens foreleggelse.

Fylkesmannen kom med ytterligere merknader. A fremholdt deretter at dersom det var slik at fylkesmannen mente at tiltaket ikke var søknads og/eller meldepliktig da det ble oppført, bygde fylkesmannen på feil forståelse av loven. Advokaten mente også bl.a. at forvaltningens behandling av saken innebar «uhjemlet myndighetsutøvelse».

Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Slik fylkesmannen selv har trukket frem, var det uheldig at fylkesmannen på forhånd tok standpunkt til utfallet av en eventuell søknad.

Hovedspørsmålet ved ombudsmannens undersøkelse har imidlertid vært om forvaltningen har hatt et gyldig rettsgrunnlag for å unnlate å gripe inn overfor det aktuelle tiltaket.

Som nevnt har fylkesmannen lagt til grunn at det verken ble søkt eller sendt melding om tiltaket da det ble oppført i 1993/94. For å ta stilling til om tiltaket dermed var ulovlig, må det undersøkes om det var søknads-/meldepliktig på daværende tidspunkt.

På det aktuelle tidspunktet fulgte det av plbl. § 93 første ledd bokstav a) at «oppføring av bygning» krevde tillatelse – og dermed også søknad. Plbl. § 84 første ledd første punktum lød slik i 1993/94: «For arbeid med varige konstruksjoner og anlegg, masseuttak og -fylling som ikke går inn under § 93 gjelder bestemmelsene i loven her tilsvarende så langt de passer.» Tiltak som var omfattet av plbl. § 84 krevde ikke søknad og tillatelse, jf. § 93 siste ledd, men konstruksjoner og anlegg som falt inn under § 84 krevde melding, jf. byggeforskriften 1987 pkt. 14:5 første ledd.

På spørsmålet om bryggen og kranen var søknads-/meldepliktig i 1993/94, uttalte fylkesmannen i svaret på foreleggelsen at:

«I ettertid har Fylkesmannen undersøkt om plattningen/kran var søknadspliktige slik § 93 lød i 1994. Så vidt ses var det ikke søknadsplikt i 1994 for en kran som i dette tilfellet. Krana rammes heller ikke av § 84 'Andre varige konstruksjoner og anlegg'. I Carl Wilhelms Tyren, E. Schulze og Johan L. Ditlefsens kommentarutgave 3. utgave fra 1992 til plan- og bygningsloven er kommentarene til § 84 tatt inn på s. 212. Her er regnet opp en rekke eksempler på tiltak som kommer inn under § 84. På bakgrunn av denne eksemplifiseringen er det ganske tvilsomt om den aktuelle kran og brygge utvidelsen/plattningen var et tiltak som kom inn under § 84 og rammes derfor heller ikke av byggeforbudet i § 17-2.»

Fylkesmannen burde på en klarere måte ha tatt stilling til spørsmålet om tiltaket var søknads-/meldepliktig. Uttalelsen må imidlertid forstås slik at fylkesmannen i ettertid har lagt til grunn at tiltaket ikke var søknads-/meldepliktig.

En naturlig språklig forståelse av «varig konstruksjon eller et anlegg» peker i retning av at nærværende brygge og kran – slik tiltaket er beskrevet i sakens dokumenter – omfattes av § 84. I departementets praksis er «mindre brygger» antatt å omfattes av § 84, se ovennevnte kommentarutgave s. 212.

Jeg forstår dette slik at mindre brygger var omfattet av § 84, og at de følgelig var meldepliktige. Ut fra de tilsendte fotografier synes nærværende brygge med kran å kunne karakteriseres som en «mindre brygge», som den gang var et meldepliktig tiltak. Etersom tiltakshaveren verken har søkt eller inngitt melding, må tiltaket derfor karakteriseres som ulovlig i henhold til plan- og bygningsloven.

Når et byggetiltak helt eller delvis gjennomføres i strid med bestemmelser i eller i medhold av plan- og bygningsloven, har kommunen som hovedregel plikt til å gripe inn overfor det ulovlige forholdet, jf. plbl. § 10-1 første ledd. Denne rettsoppfatningen har ombudsmannen også tidligere lagt til grunn i andre saker, se særlig uttalelsen inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 301–304. Som det fremgår i denne uttalelsen, heter det i lovens forarbeider (Ot.prp. nr. 39 (1993-94) s. 209) og Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-3/01 at kommuner som klar hovedregel har plikt til å forfølge ulovlige forhold etter plan- og bygningslovgivningen. Den samme lovforståelsen er også er lagt til grunn i Odd Jarl Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, Oslo 2000 s. 659. Plan- og bygningsloven kapittel XIX gir anvisning på flere virkemidler kommunen kan anvende for å overholde den håndhevingsplikten overfor ulovlige byggearbeider, for eksempel pålegg om riving etter § 113. For øvrig følger det av plbl. § 116 b første ledd at eventuelle sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten.

Selv om bygningsmyndighetene som hovedregel har en plikt til å gripe inn overfor ulovlige tiltak, kan de under visse forutsetninger unnlate å sanksjonere. Spørsmålet om hvilket rettslig grunnlag bygningsmyndighetenes beslutning om å unnlate å sanksjonere mot ulovlige tiltak eventuelt må være forankret i, er omtalt i ovennevnte ombudsmannsuttalelse. En slik avgjørelse kan for det første treffes på grunnlag av vedtak om dispensasjon i henhold til plbl. § 7. For det andre åpner plbl. § 116 b annet ledd for at bygningsmyndighetene helt kan avstå fra å forfølge ulovligheten med sanksjoner dersom overtredelsen er av bagatellmessig karakter. Om det i visse tilfeller også finnes en tredje mulighet til å unnlate å forfølge ulovlige forhold på et mer fritt skjønnsmessig grunnlag,

selv om forholdet ikke anses bagatellmessig, er etter lov og praksis usikkert. Lovens forarbeider har pekt på denne problemstillingen, men det er ikke tatt stilling til dette. Hovedregelen er derfor at kommunen må forholde seg til de to alternativene som er nevnt ovenfor.

Verken kommunens eller fylkesmannens vedtak inneholder henvisning til et av de ovennevnte rettsgrunnlagene for å unnlate å gripe inn overfor ulovlige tiltak. Fylkesmannen har heller ikke i svarene på foreleggelsene herfra vist til et slikt rettslig grunnlag. Bygningsmyndighetenes beslutning om unnlatt inngripen mot det ulovlige tiltaket synes derfor å mangle den rettslige forankringen som er påkrevd i slike tilfeller. Det er en mangel ved fylkesmannens vedtak og det hefter derfor en begrunnet tvil til fylkesmannens vedtak. Jeg ber derfor fylkesmannen se på denne saken på nytt, i lys av det som er fremholdt ovenfor.

Jeg gjør oppmerksom på at tiltakshaveren ikke har vært part i saken for ombudsmannen. I forbindelse med fylkesmannens fornyede behandling må derfor tiltakshaveren gis anledning til å uttale seg.

Det bes om at jeg blir holdt orientert om fylkesmannens fornyede vurdering.»

90.

Kommunens adgang til å unnlate å forfølge et ulovlig tiltak.

(Sak 2008/405)

Ombudsmannen kom til at det kunne reises tvil om veiarbeidene var av «bagatellmessig betydning» jf. plan- og bygningsloven § 116 b annet ledd, og kommunen ble bedt om å vurdere saken på nytt.

Klager eier eiendommen X i Sigdal kommune. Høsten 2005 utbedret/anla B vei over denne eiendommen opp til egen hytte på eiendommen Y. Veistrekningen var på ca. 150 meter. Det ble ikke søkt om tillatelse til de utførte arbeidene. Bs hytte ble senere samme år overdratt til C. Klager meldte fra til kommunen om veiarbeidene, og anførte at veien var ulovlig anlagt. B hadde merknader i saken i brev til kommunen, og opplyste blant annet at han hadde fått tillatelse til veiarbeidene av klager.

Saken ble behandlet av kommunens hovedutvalg for næring og drift. Rådmannen hadde i saksfremstillingen konkludert med at tiltaket var søknadspliktig etter plan- og bygningsloven (plbl.), og foreslo at den ansvarlige måtte varsles om retting av det ulovlige tiltaket. Hovedutvalget vedtok å utsette saken til befaring var foretatt. Befaring ble gjennomført og hovedutvalget la deretter til grunn at atkomsten til hytta var en traktorvei, og konkluderte med at tiltaket ikke var søknadspliktig etter plbl. Vedtaket ble påklaget

av klager. Det ble hevdet at han aldri hadde gitt noen tillatelse til å anlegge vei opp til hytta, og at det ikke forelå noen avtalt veirett. Klager anførte videre at tiltaket gjaldt anlegg av kjøreatkomst til fritidsbolig, og at det således ikke var omfattet av unntaksbestemmelsene for veier i skogbruk og landbruk. Kommunen tok ikke klagen til følge og saken ble oversendt Fylkesmannen i Buskerud. Fylkesmannen avviste 13. april 2007 klagen med den begrunnelse at vurderingen av om et tiltak er søknadspliktig er en prosessledende beslutning som ikke kan påklages etter forvaltningsloven (fvl.) § 28. Det ble likevel lagt til grunn at det aktuelle tiltaket var søknadspliktig etter plbl. § 93 bokstav i) og j), og dermed ulovlig. C ble med hjemmel i plbl. § 113 pålagt å fremme søknad for tiltaket.

På bakgrunn av opplysninger om at det var B, og ikke C, som var tiltakshaveren, varslet fylkesmannen en mulig omgjøring av vedtaket. Fylkesmannen fant i vedtak 29. juni 2007 ikke grunn til å endre oppfatningen om at tiltaket var søknadspliktig etter plbl., men opphevet pålegget overfor C.

Kommunen fattet 13. desember 2007 følgende vedtak i tråd med rådmannens forslag:

«Hovedutvalg for næring og drift, under henvisning til plan- og bygningsloven § 116 b, finner overtredelsen å være av bagatellmessig art. Ulovligheten forfølges ikke med sanksjoner.»

I saksutredningen het det blant annet at:

«På grunn av at utbedringen hadde formål å være vei til hytte er det søknadspliktig etter plan- og bygningsloven. Vi kan heller ikke se at tiltaket har medført vesentlige skadevirkninger. Stedlig vegetasjon vil kunne gro, og greit komme tilbake. Den som har fått arbeidene utført har ikke fått noen fordeler som følge av tiltaket.»

Klager brakte saken inn for ombudsmannen ved brev 18. februar 2008. Det ble blant annet stilt spørsmål om «[a]nlegg av 150 meter vei +/- 4 meters bredde med skjæringer opp til 1,80 meter og forflytning av 250 kbm masse og i randsonen for Svarttjern» kunne anses som et «bagatellmessig naturinngrep». Det ble påpekt at dersom veien ble liggende som i dag «vil det ta mange år før skadene er borte».

Ombudsmannen fant grunn til å undersøke deler av saken nærmere. Kommunen ble bedt om å presisere hvorvidt vedtaket 13. desember 2007 ble fattet etter plbl. § 116 b første eller annet ledd, samt stilt spørsmål ved hvordan kommunen vurderte saken i lys av plbl. § 10-1. Kommunen ble videre spurt om betydningen av at arbeidet var utført på annen manns grunn, samt bedt om å klargjøre hvilke arbeider på veien som var utført. Den ble også bedt om å utdype sine vurderinger av tiltakets virkning sett opp mot de interesser som gjør seg gjeldende i området og på skogbrukseiendommen.

Kommunen skrev i svarbrevet at vedtaket 13. desember 2007 var fattet etter plbl. § 116 b annet ledd. Det ble presisert at ulovligheten «har vært vurdert ut fra tiltaket i seg selv», og det ble opplyst at kommunen har et eget prosjekt vedrørende tilsyn med ulovligheter. Etter kommunens syn ville veiens bruk som «gangadkomst» frem til hytta ikke ... føre til særlig negative virkninger ved at terrenget tar seg selv igjen». Eiendommen X ble opplyst å ligge innenfor kommunedelplanens LNF-område, men den ble ikke omfattet av «statens eller det kommuneaksepterte alternativ for barskogvern». Kommunen vurderte det slik at tiltaket ikke hadde vesentlige virkninger for skogbruksinteressene. Klager kom med merknader til kommunens svarbrev.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Slik saken er opplyst, har utbedringene/anlegg av atkomstvei opp til hytta på eiendommen Y ikke vært søknadsbehandlet verken etter plbl. eller etter forskrift 20. desember 1996 nr. 1200 om planlegging og godkjenning av veier for landbruksformål. Klager påpekte i klagen hit at det heller ikke er ønskelig å fremsette en slik søknad. Fylkesmannen la i vedtaket 13. april 2007 til grunn at tiltaket skulle ha vært søknadsbehandlet etter plbl. § 93 bokstav i) om «vesentlige terrenginngrep» og etter bokstav j) om «anlegg av vei», og at «[i]verksetting av det aktuelle tiltaket uten søknad må anses ulovlig og i strid med plan- og bygningsloven § 93». Dette ble fastholdt i fylkesmannens vedtak 29. juni 2007. Kommunen la i vedtaket 13. desember 2007 til grunn at «utbedringen hadde [til] formål å være vei til hytte» og at det derfor var «søknadspliktig etter plan- og bygningsloven». At veiarbeidene var søknadspliktige, og dermed ulovlige, synes dermed ikke bestridt, og danner grunnlaget for ombudsmannens behandling av saken. Hvorvidt det tidligere lå en skogsvei der, synes i denne sammenheng ikke å være av betydning, og spørsmålet har derfor heller ikke vært gjenstand for undersøkelser herfra.

Hovedspørsmålet er om kommunen hadde rettslig grunnlag for å unnlate å gripe inn overfor den ulovlige anlagte veien.

Kommunen skal etter plbl. § 10-1 første ledd «føre tilsyn med at plan- og bygningslovgivningen holdes», og har etter dette som hovedregel plikt til å gripe inn overfor ulovlige forhold. Denne rettsoppfatningen har ombudsmannen også tidligere lagt til grunn i andre saker, se særlig uttalelsen inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 301–304 (Somb-2003-95) samt ombudsmannssak 2007/985. Det fremgår av lovens forarbeider (Ot.prp. nr. 39 (1993-94) s. 209) og Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-3/01 at kommuner som klar hovedregel har plikt til å forfølge ulovlige forhold etter

plan- og bygningslovgivningen. Den samme lovforståelsen er også lagt til grunn i Odd Jarl Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, Oslo 2000 s. 659.

Plan- og bygningsloven kapittel XIX gir anvisning på flere virkemidler kommunen kan anvende for å overholde håndhevingsplikten av ulovlige tiltak, for eksempel pålegg om retting etter § 113. For øvrig følger det av plbl. § 116 b første ledd at eventuelle sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten.

Selv om bygningsmyndighetene som hovedregel har en plikt til å gripe inn overfor ulovlige tiltak, kan de under visse forutsetninger unnlate å sanksjonere. En slik avgjørelse kan for det første treffes på grunnlag av vedtak om dispensasjon i henhold til plbl. § 7. I denne saken er det verken søkt om byggetillatelse etter plbl. § 93 bokstav i) eller j), eller om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel. Grunneier ønsker for øvrig ikke å fremsette slike søknader, da denne er imot tiltaket. Plbl. § 116 b annet ledd åpner videre for at bygningsmyndighetene helt kan avstå fra å forfølge ulovligheten dersom overtredelsen er av bagatellmessig betydning. Om det i visse tilfeller også finnes en tredje mulighet for å unnlate å forfølge ulovlige forhold på et mer fritt skjønnsmessig grunnlag, selv om forholdet ikke anses bagatellmessig, er etter lov og praksis usikkert. Problemstillingen ble tatt opp i uttalelsen inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 301–304 (Somb-2003-95).

Hovedregelen er at kommunen må forholde seg til de to alternativene som er nevnt ovenfor. Kommunen konkluderte i vedtaket 13. desember 2007 med at overtredelsen var av «bagatellmessig art», og det ble presisert i svarbrevet hit 3. april 2008 at vedtaket var fattet etter § 116 b andre ledd. I bestemmelsen heter det:

«Finner plan- og bygningsmyndighetene at overtredelsen er av bagatellmessig betydning, kan de helt avstå fra å forfølge ulovligheten med sanksjoner. Beslutning om dette er ikke å anse som enkeltvedtak.»

Når en kommune har kommet til at en overtredelse er «bagatellmessig», og har fattet vedtak om å avstå fra å forfølge den med sanksjoner, er *beslutningen om å avstå* et vedtak som ikke kan påklages, jf. § 116 b annet ledd, andre setning. Selve vurderingen av om en overtredelse er å anse som «bagatellmessig» eller ikke, må imidlertid bero på et rettsanvendelseskjønn som ombudsmannen kan prøve. Som utgangspunkt vil ombudsmannen normalt likevel være noe tilbakeholden i sin prøving, da vurderingen er skjønnspreget og kommunen som regel vil ha faktisk kunnskap om stedet som ombudsmannen ikke har.

Spørsmålet er om ulovligheten ved å utbedre/anlegge vei over eiendommen X og opp til egen hytte på eiendommen Y kan sies å være en overtredelse av

«bagatellmessig betydning» jf. plbl. § 116 b annet ledd.

Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden gir § 116 b annet ledd adgang til å avstå fra å sanksjonere små og ubetydelige overtredelser. Bestemmelsen må forstås i lys av hovedregelen om at plan- og bygningsmyndighetene har plikt til å forfølge ulovligheter. Hovedregelen skal sikre etterlevelse og respekt for plan- og bygningsregelverket og de hensyn reglene er satt til å beskytte, herunder ivareta borgernes tillit til forvaltningen.

Det må i den enkelte sak foretas en konkret vurdering av om overtredelsen er «av bagatellmessig betydning», jf. § 116 b annet ledd. Sentrale momenter i vurderingen vil være overtredelsens art og omfang. Ombudsmannen drar normalt ikke på befaring, og jeg må i min vurdering av saken derfor forholde meg til opplysningene i saksdokumentene, samt til klagens vedlagte bilder.

Fylkemannen viste i vedtaket 13. april 2007 til at «tiltaket synes å ligge innenfor det skogeieraksepterte vurderingsområde for vern i forslag til kommunedelplan for Trillemarka – Rollag østfjell». Kommunen opplyste i svarbrevet hit 3. april 2008 at «dette området [ikke] var ... foreslått vernet i noen av forslagene». Det synes imidlertid ikke bestridt at den utbedrede/anlagte veien ligger i et område som etter kommunedelplan er regulert til LNF-område, jf. plbl. § 20-4 første ledd nr. 2. Det er videre lagt til grunn i saksfremstillingen til kommunens vedtak 21. september 2006 at «det meste av vegen både på østsiden og vestsiden av Svartjern [ligger] innenfor 100 meters sonen til vernet vassdrag». Jeg kan ikke se at kommunen i vedtaket 13. desember 2007 verken la vekt på det forhold at veiarbeidene fant sted i et område kommunen har vedtatt som LNF-område, eller det opplyste forhold at veien lå langs vernet vassdrag. Dette er relevante momenter i vurderingen av om overtredelsen var «av bagatellmessig betydning» jf. plbl. § 116 b andre ledd, da en avståelse fra å følge opp ulovligheten innebærer en tilsidesettelse av de landbruks-, natur og friluftshensyn som ligger til grunn for området vedtatte arealbruksformål og vern. Jeg finner det mangelfullt at dette ikke ble nærmere vurdert og vektlagt i kommunens vedtak 13. desember 2007.

Det synes som kommunen og klager er uenige om omfanget av det naturinngrep som fant sted i 2005. Kommunen skrev i svarbrevet 3. april 2008 at hytteeier skal ha «oppgradert veien». Klager preserte i brev hit 18. mai 2008 at det ikke ble anlagt en vei i 1970-71, og at skadene i terrenget fra 30 år tilbake skyldes bruk av skogsmaskiner ved hogst. I brev 23. mai 2006 til kommunen skrev B at «veien ikke hadde vært vedlikeholdt på mange år og så mer ut som et bekkedar» og at det ikke var mulig «selv

med 4 hjulstrekker å benytte denne». Han oppga å ha utbedret ca. 150 meter vei opp til hytta, samt at det hadde blitt tatt masse fra gamle skjæringer, noe han beklaget. Klager skrev i klagen hit at det var foretatt «betydelige masseforflytninger og etablert flere skjæringer av mer enn 1 meters høyde – den høyeste er ca. 1,80 meter». Kommunen ble i brev herfra 29. februar 2008 bedt om å klargjøre hvilke arbeider som var utført, uten at det ble gitt en slik redegjørelse i kommunens svarbrev 3. april 2008. Uavhengig av om det ble opparbeidet en vei eller ikke i 1970-71, må kommunen ta stilling til den uenighet som synes å foreligge vedrørende omfanget av de foretatte terrenngrepene i 2005, og klagers anførsler om at det er foretatt skjæringer på opptil 1,80 meter og forflytting av 250 kbm masse. Det bør være mulig å konstatere hvilke inngrep som skjedde i 1970-71, og hvilke som fant sted i 2005. Det vises i denne sammenheng til kommunens plikt til å sørge for at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, jf. fvl. § 17.

Det følger av kommunens vedtak 13. desember 2007 at tiltaket ikke hadde «vesentlige skadevirkninger» og at «[s]tedlig vegetasjon vil kunne gro, og greit komme tilbake». Klager påpekte i klagen hit at det «ikke bare [er] et spørsmål om at vegetasjon vil gro», men et «vesentlig forhold er at terrenget skal settes tilbake i opprinnelig stand, slik at sporene etter veien fjernes og nyplantning av trær kan foretas». Det ble også hevdet at «[h]vis veien bare blir liggende som i dag, vil det ta mange år før skadene er borte, og i mellomtiden vil trasen innby til ulovlig, motorisert ferdsel». Som kommunen har påpekt vil overtredelsens virkning kunne være et relevant moment i vurderingen etter plbl. § 116 b annet ledd første setning. Kommunen har imidlertid i vedtaket 13. desember 2007 ikke gitt en nærmere redegjørelse for hvordan de utførte skjæringene fra 2005 vil prege skogen på sikt og når vegetasjonen vil ha «restituert» seg, eller for det forhold at veiarbeidene kan åpne for ulovlig kjøring i et LNF-område. En redegjørelse for det her nevnte anses relevant i denne sammenheng, jf. fvl. § 17 første ledd.

Det er videre problematisk at kommunen ikke har vurdert betydningen av at ulovligheten er utført på annen manns grunn. En beslutning om å unnlate å forfølge ulovlige tiltak på annen manns grunn vil i større grad enn ved ulovlige tiltak på egen grunn kunne medføre svekket tillit til forvaltningen, da ulovligheten også har en side mot den private eiendomsretten. Dette burde vært hensyntatt i kommunens vurdering av om overtredelsen var av «bagatellmessig betydning».

På bakgrunn av ovenstående, samt det forhold at veien etter det opplyste ligger langs vernet vassdrag i et LNF-område, kan det reises tvil om det lovstridige

forhold i denne saken er av «bagatellmessig betydning» jf. plbl. § 116 b annet ledd.

Kommunen bør derfor vurdere saken på nytt i lys av det som er fremholdt ovenfor, med sikte på å klarlegge om det var rettslig grunnlag for å avstå fra å forfølge det ulovlige veiarbeidet med sanksjoner.

Tiltakshaveren, B, har ikke vært part i ombudsmannssaken, og må derfor forelegges ombudsmannens brev og gis anledning til å uttale seg.

Jeg har ikke tatt stilling til hvem et eventuelt pålegg jf. plbl. kap. XIX skal rettes mot. Ved en eventuell befaringsbør kommunen vurdere om grunneieren og tiltakshaveren skal få anledning til å være til stede.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.»

91.

Pålegg om undersøkelser etter kulturminneloven § 9

(Sak 2007/450)

Ombudsmannen mente at selv om det var hjemmel i kulturminneloven § 9 for å sette flateavdekking som betingelse for å komme videre i en reguleringsprosess, var det ikke gitt en god nok begrunnelse for at inngrepet var forholdsmessig og nødvendig.

Hordaland fylkeskommune fastholdt etter en ny vurdering at det måtte gjøres undersøkelser etter kulturminneloven § 9 før det kunne gis uttalelse til planforslaget. Etter dette fant ombudsmannen å kunne la saken bero.

Saken gjaldt pålegg om undersøkelser i form av flateavdekking etter kulturminneloven som betingelse for å komme videre i en reguleringsprosess. Problemstillingen var om det er hjemmel i kulturminneloven for slikt pålegg i forbindelse med utarbeiding av reguleringsplan som ikke synes å legge til rette for byggetiltak, eventuelt om de kravene som var stilt var uforholdsmessig tyngende.

Ombudsmannen kom til at kulturminneloven § 9 i utgangspunktet gir hjemmel for å kreve slike tiltak som her var gjort, men at det var tvil knyttet til den konkrete avgjørelsen som var truffet. Fylkeskommunen ble bedt om å vurdere saken på nytt.

A eier eiendommen gnr ... bnr ... i Ullensvang kommune. På eiendommen driver han camping. Arealen er i kommuneplanens arealdel avsatt til LNF-formål. A fremmet forslag til reguleringsplan for området.

I forbindelse med at planforslaget ble lagt ut til offentlig ettersyn, gjorde Hordaland fylkeskommune gjeldende at planforslaget utløste undersøkelsesplikt etter kulturminneloven § 9. Fylkeskommunen besluttet at det, før fylkeskommunen kunne gi uttalelse til

forslaget til reguleringsplan, måtte «gjerast ei maskinell flateavdekking i områda som har høgast potensiell for spor etter automatisk freda kulturminne». Det ble lagt til grunn at beslutningen om flateavdekking ikke var et enkeltvedtak, men en prosessledende beslutning.

A ønsker ikke å gjennomføre undersøkelsen. Han har vist til at det på eiendommen står en samling gamle søtkirsebærtrær som kan påvirkes negativt ved undersøkelser samt til at overflateavdekking vil medføre at jorden måtte sås på nytt, noe som både vil være upraktisk og dyrt i og med at det drives campingplass der.

A klaget til ombudsmannen. Han opplyste at han ønsket å omregulere campingområdet, men at det ikke var aktuelt å gjennomføre noe tiltak på det arealet som ble benyttet til camping. Det var kun tale om endring av planformål idet A ønsket «å få samsvar mellom faktisk bruk av området og arealbruksformålet i reguleringsplan». Videre ønsket A å få skilt ut campingdriften som egen eiendom, blant annet for å unngå odelsrettslige komplikasjoner i forbindelse med kommende generasjonsskifte. A presiserte at det var fylkeskommunens forvaltningsmyndighet som i praksis stanset planarbeidet, og at det derfor var «fylkeskommunens myndighetsutøvelse, herunder lovforståelse, som klages inn for Sivilombudsmannen».

A viste til at det etter kulturminneloven § 9 første ledd kreves at det iverksettes et privat «tiltak», som er av en viss størrelse. Han mente at det å lage reguleringsplan for området, når det ikke er planer om noe byggetiltak, ikke kunne representere et «tiltak» i lovens forstand. Heller ikke kulturminneloven § 9 tredje ledd ga etter hans mening hjemmel for pålegg om undersøkelser. A innså at lovens ordlyd kunne tyde på at utarbeiding av reguleringsplan automatisk innebærer at fredete kulturminner må avklares gjennom undersøkelser. Han kunne imidlertid ikke se at forarbeider, rettspraksis eller teori hadde «gitt bemerkninger knyttet til hvorvidt undersøkelsesplikten automatisk inntreffer ved utarbeiding av reguleringsplan». A mente at bestemmelsen, på bakgrunn av reelle hensyn, måtte tolkes innskrenkende. Han begrunnet dette med at når tredje ledd gir første ledd tilsvarende anvendelse, så er poenget at undersøkelsene skal avdekke tiltak som kan være skadelige, ødeleggende eller skjemmende for automatisk fredete kulturminner. Ettersom det ikke skal gjennomføres noe tiltak ville ikke reguleringsplanen innebære noen fare for skade etc. som nevnt. Han konkluderte med at «undersøkelsesplikten etter tredje ledd kun utløses ved reguleringsplan som tar sikte på *tiltak*».

Klageren redegjorde deretter nærmere for reguleringsbestemmelsenes innhold. Hensikten var å underbygge at det etter planen ikke kan finne sted byg-

getiltak av noe omfang med mindre det er i samsvar med godkjent bebyggelsesplan.

Det ble besluttet å undersøke spørsmålet om det var hjemmel i kulturminneloven § 9 for å pålegge undersøkelser. Hordaland fylkeskommune ble bedt om å kommentere anførselen om at utarbeidelse av reguleringsplan som ikke legger opp til byggetiltak ikke innebærer «tiltak» etter § 9 første ledd. Videre ble fylkeskommunen spurt om den kunne vise til rettskilder som sier noe om tolkingen av bestemmelsen. Til slutt ble fylkeskommunen bedt om å kommentere anførselen om at reelle hensyn talte for å tolke § 9 innskrenkende ettersom planen ikke la til rette for gjennomføring av noe fysisk tiltak som ville kunne være skadelig, ødeleggende eller skjemmende for automatisk fredete kulturminner.

Fra Hordaland fylkeskommunes svarbrev siteres:

«I brevet ber De om svar på om ‘det er første eller tredje stykket i kulturminnelova som er heimel for avgjerda.’ Avgjerda er heimla i Kulturminneloven (KML) § 9, 3. ledd;

‘Bestemmelsene i første og annet ledd får tilsvarende anvendelse ved utarbeiding av reguleringsplan og bebyggelsesplan.’

Bakgrunnen for dette er KML § 8, 4. ledd

‘Tillatelse i medhold av første ledd skal ikke innhentes for bygge- og anleggstiltak som er i samsvar med reguleringsplan eller bebyggelsesplan som er vedtatt etter denne lovs ikrafttreden’ (15. feb 1979).

Grunngjevinga går tydeleg fram av Miljøverndepartementes brev av 11.10.2006;

‘Tillatelse etter KML § 8 første ledd skal ikke innhentes for arealer som er i samsvar med reguleringsplan eller bebyggelsesplan, jf kml § 8 fjerde ledd. Dette er en følge av at et kommunalt planvedtak er juridisk bindende for det formål som planen viser og bakgrunnen for at undersøkelsesplikten skal være oppfylt før kommunalt planvedtak blir fattet. Dette innebærer at kjente automatisk fredete kulturminner kan frigis gjennom reguleringsplan.’

Sjølvsagt er det ikkje er konkrete planar om byggetiltak i samband med campingplassen i dag skal tilhøvet til automatisk freda kulturminne innan plangrensene avklårast i samband med reguleringsplanen. Vi viser ellers til Jørn Holme (red.) Kulturminnevern Lov, forvaltning og håndhevelse, bind II, om § 9 Undersøkelsesplikt mv., kap.7.3.8.

Plankartet viser at størstedelen av arealet skal regulerast til utleigehytter camping. I reguleringsføresegnene er det for camping/næring stilt krav om utbyggingsplan, dette gjeld likevel ikkje for kommunaltekniske inngrep eller mindre endringar på eksisterande bygg. Dette vil innebera at delar av det aktuelle området kan bli bygd ned over tid og at til dømes grøftegraving, arrondering, masseutskifting mv. vil kunne kome i konflikt med automatisk freda kulturminne som til no ikkje er kjent/registrert. Etter Plan- og bygningslova skal forholdet til statlege sektorar vera

avklåra i plan som set krav om bebyggelsesplan. Vi kan ikkje sjå at § 9 i denne saka skal kunne tolkast innskrenkande og opprettheld kravet om at kulturminneinteressene skal avklårast i samband med reguleringsplanen.»

A kommenterte fylkeskommunens svar. Han fastholdt at kulturminneloven § 9 tredje ledd må tolkes innskrenkende slik at den ikke gir hjemmel for pålegg om undersøkelser. A presiserte at det i forslaget til reguleringsbestemmelser står at byggetiltak ikke kan igangsettes uten bebyggelsesplan. Til fylkeskommunens innvendinger i forhold til eksisterende bebyggelse, opplyste han at denne hovedsakelig er bygget på peler/støtter i hjørnene i tillegg til at fem større campinghytter samt hytta med sanitæranlegg er bygget på ringmur, men plassert på fjell. A fremholdt at vedlikeholdsarbeider eller mindre endringer på bygningene ville bli gjennomført «uten at det må foretas noen gravearbeider». Heller ikke ville det være nødvendig å gjennomføre masseutskiftninger eller grøftegraving. Han ville uansett «ikke være berettiget til å gjennomføre slike tiltak slik forslaget til planbestemmelser er utformet». A presiserte at «det skal ikke foretas noen tiltak i jorden på området» og påpekte videre at de eksisterende bygningene uansett så ut til å ligge utenfor det området som fylkeskommunen krever undersøkt. Til fylkeskommunens innvendinger i forhold til kommunaltekniske inngrep, opplyste klageren at slike anlegg allerede er på plass og at det utelukkende vil være tale om vedlikehold av eksisterende anlegg. Uansett vil dette være tiltak som kan gjennomføres uten søknad og som grunneier vil være forpliktet til å utføre etter pålegg gitt med hjemmel i forurensningsloven.

A konkluderte med at han, både hva gjaldt mindre endringer på eksisterende bygninger og kommunaltekniske inngrep, ville ha rett til å gjennomføre disse uavhengig av om bebyggelsesplan vedtas. Han mente at han ville ha rett til å gjennomføre slike tiltak uten reguleringsplan. Etter klagerens syn ville det gi svært dårlig sammenheng i lovverket om igangsettelse av planarbeid likevel skulle medføre plikt til å foreta undersøkelser etter kulturminneloven.

Hordaland fylkeskommune hadde ikke merknader til brevet fra klageren.

Miljøverndepartementet, avdeling for kulturminneforvaltning, ble bedt om å redegjøre for sitt syn på de rettslige spørsmålene saken reiser. Fra departementets svarbrev siteres:

«Formålet med undersøkelser etter kulturminneloven (kml) § 9 er å kartlegge bestanden av automatisk fredete kulturminner og å få oversikt over mulige konflikter mellom kulturminner og planlagte tiltak. Undersøkelsesplikten følger direkte av loven, og det er ikke overlatt til kulturminneforvaltningen eller andres skjønn å bestemme om undersøkelse skal gjennomføres. Det er tiltake-

nes omfang og arealplanens art, som avgjør om undersøkelsesplikten inntreffer. I den grad spørsmålet om prosessledende beslutning diskuteres, gjelder dette derfor kulturminnemyndighetens beslutning om hvordan og når undersøkelsen skal utføres.

Fortolkningen av § 9 i forhold til hvordan og når undersøkelse må skje, må gjøres ut fra kulturminnelovens formål, som er gitt i kml § 1:

§1. Lovens formål.

Kulturminner og kulturmiljøer med deres egenart og variasjon skal vernes både som del av vår kulturarv og identitet og som ledd i en helhetlig miljø- og ressursforvaltning.

Det er et nasjonalt ansvar å ivareta disse ressurser som vitenskapelig kildemateriale og som varig grunnlag for nålevende og fremtidige generasjoners opplevelse, selvforståelse, trivsel og virksomhet.

Når det etter annen lov treffes vedtak som påvirker kulturminneressursene, skal det legges vekt på denne lovs formål.

Hvordan oppfylles undersøkelsesplikten?

Det er kulturminnemyndigheten som etter § 9 andre ledd avgjør hvordan undersøkelsesplikten oppfylles. Oppfylging av undersøkelsesplikten kan skje enten ved studier av arkivopplysninger eller annet materiale, ved synfaringer i marken med eller uten hjelpemidler som ikke medfører markinngrep eller ved at det foretas ulike fysiske inngrep i grunnen. Dersom dette velges som undersøkelsesmetode, er det basert på et faglig skjønn som innebærer at den kunnskapen man ønsker å innhente, vurderes å ikke la seg gjøre å innhente på annen måte.

Innholdet i undersøkelsen skal styres av om det etter en kulturminnefaglig vurdering kan være at tiltaket eller planen medfører en tilstand, som ligger innenfor ordlyden i lovens § 3 første ledd:

Ingen må - uten at det er lovlig etter § 8 - sette i gang tiltak som er egnet til å skade, ødelegge, grave ut, flytte, forandre, tildekke, skjule eller på annen måte utilbørlig skjemme automatisk fredet kulturminne eller fremkalle fare for at dette kan skje.

Etter § 3 skal det ikke meget aktivitet til for at noe kan være 'egnet til å' påvirke automatisk fredete kulturminner. Når kulturminneloven og plan- og bygningsloven begge benytter begrepet 'tiltak', må departementet presisere at begrepet 'tiltak' i kulturminneloven §§ 3 og 9 favner videre enn plan- og bygningslovens tiltaksbegrep. Automatisk fredete kulturminners sårbarhet påkaller en aktsomhetsplikt som inntreffer allerede før det er tale om slike tiltak som plan- og bygningsloven gjelder, jf pbl § 93. Tiltak etter plan- og bygningsloven innebærer normalt tekniske inngrep på eller i grunnen, mens eksemplvis allerede ferdsel over et automatisk fredet kulturminne kan påvirke det på en måte som er i strid med § 3.

Det må også være hevet over tvil at kulturminnelovens formål er utslagsgivende for hvordan undersøkelsene skal skje. Det ville være å undergrave kulturminnelovens formål å tolke § 9 andre ledd innskrenkende av hensyn til tiltaksha-

vers næringsinteresser. Samtidig forutsettes det at den undersøkelsesmetode velges, som innenfor en rimelig økonomisk ramme er mest mulig skånsom i forhold til andre verneverdier i området.

Når oppfylles undersøkelsesplikten?

Etter kml § 9 tredje ledd inntreer undersøkelsesplikten ved 'utarbeidelse' av reguleringsplan. Bestemmelsen må leses i sammenheng med § 8 fjerde ledd, som innebærer at tiltak som hjemles i vedtatt reguleringsplan, kan utføres uten ytterligere tillatelse fra kulturminnemyndigheten. Undersøkelsesplikten må altså oppfylles senest før planvedtak fattes. Følges planprosessen etter plan- og bygningsloven i forkant, er alle sektorinteresser hørt, og det kommunale planvedtaket kan alene brukes som ramme for den videre utnyttelse av området. Plan- og bygningsloven og kulturminneloven sett i sammenheng forutsetter klart at kulturminneinteressene er avklart før planvedtak.

Der det reises spørsmål om utsettelse av undersøkelsene til et senere tidspunkt, gis dette bare helt unntaksvis, og besluttes i så fall av Riksantikvaren i medhold av (...) og etter retningslinjer utarbeidet i samråd med Miljøverndepartementet.

Oppsummert er det departementets oppfatning at undersøkelsesplikten i § 9 følger direkte av loven. Tidspunkt og form bestemmes av kulturminneforvaltningen som en prosessledende beslutning, som ikke kan påklages. Det er ikke beslutningen her som er bestemmende for tiltakshavers rettigheter og plikter. Disse følger allerede direkte av loven.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av lov 9. juni 1978 nr 50 om kulturminner (kulturminneloven) § 9 første ledd at:

«Ved planlegging av offentlige og større private tiltak plikter den ansvarlige leder eller det ansvarlige forvaltningsorgan å undersøke om tiltaket vil virke inn på automatisk fredete kulturminner på en måte som nevnt i § 3 første ledd, jfr. § 8 første ledd».

Bestemmelsen krever at det iverksettes et privat «tiltak», som er av en viss størrelse. Problemstillingen er om det å lage reguleringsplan for området, når det ikke er planer om noe byggetiltak, innebærer et «tiltak». Lovens ordlyd trekker i retning av at det må være tale om et fysisk tiltak, det vil si noe som skal bygges eller oppføres. Etter lovens § 9 tredje ledd får imidlertid første og annet ledd «tilsvarende anvendelse ved utarbeiding av reguleringsplan og bebyggelsesplan».

A anfører at kulturminneloven § 9 tredje ledd ikke gir hjemmel for pålegg om undersøkelser i dette tilfellet. Han ser at lovens ordlyd kan tyde på at utarbeiding av reguleringsplan automatisk innebærer at fredede kulturminner må avklares gjennom undersøkelser. Imidlertid kan han ikke se at det i forarbeider,

rettspraksis eller teori er «gitt bemerkninger knyttet til hvorvidt undersøkelsesplikten automatisk inntreer ved utarbeiding av reguleringsplan».

Uttalelser i forarbeidene, Ot.prp. nr. 7 (1977-78), kan tyde på at det har vært meningen å pålegge undersøkelsesplikt ved utarbeidelse av enhver reguleringsplan, uansett innhold når det i kommentaren til § 9 står at en rekke av de større private tiltakene i første ledd vil fanges opp «ved at utarbeiding av reguleringsplaner omfattes av undersøkelsesplikten...».

Klageren mener at bestemmelsen, på bakgrunn av reelle hensyn, må tolkes innskrenkende. Når tredje ledd gir første ledd tilsvarende anvendelse, mener han at poenget må være at undersøkelsene skal avdekke *tiltak* som kan være skadelige, ødeleggende eller skjemmende for automatisk fredete kulturminner. Ettersom det ikke skal gjennomføres noe tiltak, vil ikke reguleringsplanen innebære noen fare for skade etc. som nevnt.

Det kan spørres om undersøkelsesplikten etter tredje ledd kun utløses ved reguleringsplan som tar sikte på fysiske tiltak. Som Miljøverndepartementet har fremhevet, skal det imidlertid etter § 3 ikke særlig aktivitet til for at noe kan være «egnet til å påvirke» automatisk fredete kulturminner. Poenget må være at dersom den aktuelle planen åpner for «tiltak», vil det være tilstrekkelig. Kulturminneloven §§ 3 og 9 må antas å favne videre enn plan- og bygningslovens tiltaksbegrep.

Klageren har redegjort for de foreslåtte reguleringsbestemmelsenes innhold for å underbygge at det etter planen ikke lovlig kan finne sted byggetiltak med mindre det er i samsvar med godkjent bebyggelsesplan. Det følger av reguleringsbestemmelsene § 2 «Byggeområde» punkt 2.3 at det i byggeområdet for camping/næring er krav om utbyggingsplan (bebyggelsesplan) etter plan- og bygningsloven § 28-2 «før ytterlegare byggetiltak kan finne stad». Han understreker at det ikke vil kunne finne sted noe byggetiltak uten at det først utarbeides og vedtas en bebyggelsesplan. Eventuelle konsekvenser av en realisering av det andre planformålet, å få utskilt campingdriften som egen eiendom blant annet for å «unngå odelsrettslige komplikasjoner i forbindelse med kommende generasjonsskifte», er det ikke redegjort for.

Jeg er kommet til at kulturminneloven § 9 gir hjemmel for å kreve slike tiltak som her er gjort. Ordlyden er klar. Jeg kan imidlertid ikke se at fylkeskommunen eller departementet har gitt en tilstrekkelig begrunnelse for at et så vesentlig inngrep som det her kreves foretatt anses nødvendig. Selv om fylkeskommunen hadde hjemmel for å treffe beslutningen om overflateavdekking, burde en mer konkret og individuell vurdering av nødvendigheten og forholdsmessigheten av de tiltak som er krevd ha vært foretatt. Det må legges vekt på at overflateavdekking vil føre

til relativt store ulemper av både praktisk og økonomisk art for A. Deler av campingdriften må midlertidig legges ned og i følge uttalelse 25. april 2006 fra Bioforsk vil overflateavdekking kunne være negativt for søtkirsebærhagen. Fylkeskommunen bes derfor vurdere om overflateavdekkingen kan unnlates eller om det i stedet kan pålegges andre og mindre inngripende undersøkelser.

Fylkeskommunen bør videre ta stilling til klagerens anførsler om at det ikke vil kunne finne sted noe byggetiltak uten at det først utarbeides og vedtas en bebyggelsesplan. Dersom fylkeskommunen finner at dette medfører riktighet, må det vurderes om ikke undersøkelsesplikten kan utstå til det eventuelt blir aktuelt med en bebyggelsesplan som gir rett til byggetiltak.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den fornyede vurderingen».

Hordaland fylkeskommune fastholdt etter en ny vurdering at det måtte gjøres undersøkelser etter kulturminneloven § 9 før det kunne gis uttalelse til planforslaget. Fylkeskommunen vedla videre kopi av Riksantikvarens brev 12. oktober 2005 til fylkeskommunene, der det fremgår at det er mulig å søke Riksantikvaren om utsettelse av undersøkelsesplikten. Brevet ble oversendt A til orientering. Etter dette fant jeg å kunne la saken bero.

Sakskostnader, erstatning og tilbakebetaling

92.

Reduksjon av krav om saksomkostninger etter forvaltningsloven – nødvendighetskriteriet

(Sak 2007/1360)

Saken gjelder reduksjon av saksomkostningskrav etter forvaltningsloven § 36. Klageren viste til at kravet bare var blitt dekket «i det samme forholdstall» som den godkjente delen av tiltaket utgjorde av det totale omsøkte arealet.

Bevisst å unnlate å gå inn på en nærmere vurdering etter nødvendighetskriteriet, som skulle begrunne kravreduksjonen, er i strid med forvaltningslovens krav om begrunnelse. Fremgangsmåten uthuler borgerens rett til å argumentere mot et vedtak og innebærer et klart brudd på god forvaltningsskikk. En generell henvisning til at klageren kjenner til det relevante regelverket kan ikke begrunne reduksjon av saksomkostningskravet. Eventuell tvil om hvorvidt utgiftene var reelle og/eller delvis knyttet til en parts eget arbeid i egen sak, gjelder faktiske forhold som skulle blitt utredet før vedtak ble truffet.

Det så ikke ut til å være samsvar mellom vedtakets begrunnelse og den etterfølgende forklaringen Miljøverndepartementet ga. Ettersom det uansett fremsto som tvilsomt om redegjørelsen kunne begrunne reduksjon etter nødvendighetskriteriet, ba ombudsmannen om at saken ble vurdert på nytt.

Kommunen avslo A og Bs søknad om etterfølgende godkjenning av en bryggeutvidelse. Etter klage ga Fylkesmannen i Rogaland dispensasjon for deler av utvidelsen. Det ble lagt til grunn at kommunens vedtak var beheftet med feil knyttet til både saksbehandlingen og rettanvendelsen.

A og B fremsatte krav om dekning av saksomkostninger på 39 600 kr, under henvisning til forvaltningsloven 10. februar 1967 (fvl.) § 36. Fylkesmannen avslo kravet. Etter klage fra A og B vedtok Miljøverndepartementet delvis dekning av kravet med 16 500 kr.

Reduksjonen av kravet ble klaget inn for ombudsmannen. Det ble vist til at kravet bare var blitt dekket «i det samme forholdstall som den godkjente del av bryggen utgjorde av det totale omsøkte areal, nemlig 1/3». Miljøverndepartementet ble forelagt saken med spørsmål om det rettslige grunnlaget, fremgangsmåten og begrunnelsen for reduksjonen. Departementet fremholdt at reduksjonen var begrunnet i nødvendighetskriteriet i fvl. § 36 og beklaget at dette ikke fremgikk «tydeligere» av vedtaket. Det ble vist til Justisdepartementets uttalelse i sak 2005/07958 og juridisk teori knyttet til krav om årsakssammenheng mellom utgifter og vedtaksendring. Under henvisning til at vurderingen tar utgangspunkt i partens subjektive oppfatning, opplyste departementet å ha vektlagt at A, som jurist hos Fylkesmannen i X, behandler klager etter plan- og bygningsloven. Det ble også vist til at hun er gift med advokaten som representerte A og B i klagesaken, og at dette innebar «en ytterligere komplisering av nødvendighetsvurderingen». Videre fremgikk:

«Miljøverndepartementet har i vedtaket ... bevisst unnlatt å gå inn på en nærmere vurdering av nødvendighetskriteriet, herunder As subjektive oppfatning av nødvendigheten, samt hennes ekteskap med advokat C. Bakgrunnen for dette er at det planfaglige miljøet er lite, og at departementet var usikker på betydningen av ovennevnte forhold.

... Departementet understreker ... at det ikke har funnet sted noen skjønnsmessig nedkorting av saksomkostningskravet ut fra forholdsmessighetsbetraktninger eller lignende.»

Klagerne kommenterte departementets svar. Miljøverndepartementet kom ikke tilbake til saken etter dette.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Forvaltningsloven (fvl.) § 36 første ledd 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, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller andre særlige forhold taler mot det.»

Bestemmelsen gir klageren et rettskrav på dekning av saksomkostninger. Begrensningene følger av bestemmelsen selv, herunder at dekningen bare omfatter omkostninger som har vært «nødvendige for å få endret vedtaket». Vesentlige og nødvendige kostnader skal dekkes fullt ut. Det er ikke hjemmel for skjønnsmessig nedkorting av kravet, ut over det som eventuelt måtte følge av nødvendighetskriteriet.

Følgende fremgår av Miljøverndepartementets vedtak 1. juni 2007:

«Miljøverndepartementet legger til grunn at det foreligger en materiell endring i klagerens favør i dette tilfellet. ... Videre finner departementet at de anførte utgiftene til advokatfirmaet *må anses som vesentlige og nødvendige*...»

Ved fylkesmannens vedtak av 12.02.2007 ble det gitt dispensasjon til utvidelse av bryggen med 15 m². Av den omsøkte utvidelsen på til sammen 47 m², ble således *kun en mindre del godkjent*.

Miljøverndepartementet påpeker at det kun er utgifter som har årsakssammenheng med det forhold at kommunens vedtak ble endret, som kan dekkes etter forvaltningsloven § 36. Bedømmelsen har i stor grad et element av skjønn, og vurderingen kompliseres ytterligere i denne saken fordi det kun er deler av vedtaket som er endret til partens gunst. På denne bakgrunn finner Miljøverndepartementet på skjønnsmessig grunnlag å redusere det timeantall det gis dekning for til 1/3 av det oppgitte timeantallet, dvs. 11 timer.» (Ombudsmannens utvevelser)

Det er vanskelig å lese dette noen på annen måte enn at kravet om dekning av «vesentlige og nødvendige» utgifter likevel ble redusert «skjønnsmessig» av departementet. Hvorvidt denne reduksjonen var basert på forholdstallet mellom omsøkte og godkjente kvadratmeter utvidelse, kan ikke utledes med sikkerhet av vedtakets begrunnelse. Paragraf 36 gir imidlertid, som nevnt, ikke adgang til noen generell skjønnsmessig reduksjon av kravet.

I svaret hit har departementet fremholdt at reduksjonen var begrunnet i nødvendighetskriteriet, men at det likevel «bevisst [har] unnlatt å gå inn på en nærmere vurdering» av dette, herunder As personlige forhold. Grunnen skal blant annet ha vært at departementet var «usikker på betydningen av ovennevnte forhold». Dette kan på ingen måte rettfærdiggjøre å holde den reelle begrunnelsen for et vedtak skjult for

partene. Dersom departementet mente at kravet (muligens) skulle reduseres fordi deler av utgiftene ikke var nødvendige, pliktet det å foreta en rettslig vurdering av dette spørsmålet, herunder ta stilling til hvilke momenter som var relevante. Departementets fremgangsmåte er i strid med forvaltningslovens krav om begrunnelse av enkeltvedtak, jf. §§ 24 og 25. Den uttaler borgerens rett til å argumentere mot et vedtak (kontradiksjonsprinsippet) og innebærer et klart brudd på god forvaltningsskikk.

Spørsmålet blir så om forholdene som departementet har vist til i svaret hit, tilsier en dekningsreduksjon hjemlet i nødvendighetskriteriet. Vilkåret innebærer et krav om årsakssammenheng mellom utgiftene og vedtaksendringen. Hvorvidt kostnadene har vært nødvendige, avgjøres etter en konkret vurdering med utgangspunkt i hva parten selv og dennes advokat med rimelighet har oppfattet som naturlige tiltak, jf. blant annet ombudsmannens årsmelding for 2000 på s. 24.

Miljøverndepartementet har vist til blant annet Hans Petter Graver *Alminnelig forvaltningsrett* (3. utgave 2007) på s. 563 flg.:

«Dersom endring skjer etter klage ..., er det ikke noe vilkår at parten har fått medhold fullt ut i sin klage. Kravet til at vedtaket er endret, er oppfylt også der det bare er deler av vedtaket som blir endret, eller der klageren bare får delvis medhold. Hvor det bare er deler av klagen som har ført til endring, må det foretas en skjønnsmessig deling av hvilke av partens kostnader som knytter seg til hvilke deler av klagen. Kostnader i forbindelse med klagepunkter som ikke har vunnet frem, skal ikke dekkes.»

Jeg har tidligere sagt meg enig i følgende uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 18. januar 2006:

«I noen situasjoner vil det være klart at parten har argumentert langs en linje som ikke har hatt betydning for endringen av vedtaket. Etter en konkret vurdering vil det i slike tilfeller være adgang til å avslå dekning fordi utgiftene ikke har vært 'nødvendige'»

I denne saken ble det klaget over avslag på søknad om godkjennelse av ett tiltak, nemlig allerede utført utvidelse av brygge. Fylkesmannen la til grunn at det heftet både saksbehandlingsfeil og rettsanvendelsesfeil ved førsteinstansens vedtak, og klagen medførte at det ble gitt dispensasjon for deler av utvidelsen.

Miljøverndepartementet har ikke foretatt noen konkret vurdering av om deler av det arbeidet det kreves dekning for, mangler årsakssammenheng med vedtaksendringen. Departementet har ikke identifisert anførsler eller klagepunkter som ikke skal ha vært medvirkende til omgjøringen. Det er heller ikke

søkt godtgjort at sakskostnadene ville vært lavere dersom klagen hadde begrenset seg til den delen av utvidelsen som ble godkjent. En generell henvisning til at A kjenner til det relevante regelverket kan ikke begrunne en reduksjon av kravet. Slik saken er opplyst, synes As ektefelle ikke å ha eller ville få eierinteresser i den aktuelle eiendommen. Dersom Miljøverndepartementet har vært i tvil om de anførte utgiftene er reelle og/eller delvis knyttet til en parts eget arbeid i egen sak (som ikke kan kreves dekket), så er dette faktiske forhold som skulle blitt utredet før vedtak ble truffet.

Jeg kan på denne bakgrunn vanskelig se at departementets redegjørelse hit kan begrunne en reduksjon av saksomkostningskravet med hjemmel i nødvendighetskriteriet.

Avslutning

Begrunnelsen i vedtaket synes etter dette ikke å stemme overens med den etterfølgende forklaringen departementet har gitt ombudsmannen. Det fremstår uansett som tvilsomt om departementets redegjørelse kan begrunne en reduksjon hjemlet i nødvendighetskriteriet.

Etter gjennomgangen herfra etterlater saken dermed «begrunnet tvil» om forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10. Jeg må derfor be Miljøverndepartementet om å vurdere saken på nytt, i lys av mine synspunkter, med sikte på å klarlegge om det var et konkret rettslig grunnlag for reduksjonen av saksomkostningskravet. For ordens skyld presiseres at jeg med dette bare har villet uttrykke tvil om holdbarheten av den anførte begrunnelsen for vedtaket og ikke vedtakets innhold, omkostningsbeløpets størrelse.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.»

93.

Sakskostnader – forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og rettshjelploven § 3 m.v.

(Sak 2006/1077)

Etter henvendelser fra to advokater tok ombudsmannen opp ulike spørsmål knyttet til forholdet mellom forvaltningsloven § 36 om dekning av sakskostnader og reglene om fritt rettsråd til asylsøkere etter rettshjelploven. Undersøkelsen var en videreføring av ombudsmannens tidligere undersøkelse av disse spørsmålene, se årsmeldingen for 2004 s. 229 flg. og 2005 s. 53–54.

Justis- og politidepartementet ga uttrykk for at forholdet mellom regelsettene er komplisert på dette området, og opplyste at behovet for endringer i rundskrivet om fri rettshjelp (G-12/05) var under utred-

ning. Ombudsmannen uttrykte tilfredshet med arbeidet som var igangsatt, og pekte på at praksis fremsto som uoversiktlig med flere uløste spørsmål.

Uavhengig av hverandre klaget to advokater over Utlendingsnemndas vedtak i to asylsaker der nemnda hadde avslått krav om dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 36. Nemnda la i begge sakene til grunn at parten (asylsøkeren) hadde benyttet ordningen med fritt rettsråd etter utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 42 tredje ledd, jf. rettshjelploven 13. juni 1980 nr. 35. Nemnda uttalte i den ene saken følgende:

«Rettshjelpsloven § 3 annet ledd avskjærer advokaten fra å kreve eller motta ytterligere vederlag. Det legges derfor til grunn at parten ikke har hatt noen faktiske utgifter som kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36.»

Tilsvarende formulering var brukt i den andre saken.

Ombudsmannen fant grunn til å undersøke flere spørsmål knyttet til forholdet mellom den alminnelige regelen om dekning av sakskostnader i forvaltningsloven § 36 og reglene om fri rettshjelp uten behovsprøving for asylsøkere etter rettshjelploven. Dette hadde også sammenheng med ombudsmannens tidligere uttalelse om forholdet mellom regelsettene i sak 2004/1127, inntatt i årsmeldingen for 2004 s. 229 flg. (Somb-2004-59). I uttalelsen ga ombudsmannen uttrykk for at det måtte være adgang til å kreve sakskostnader dekket etter forvaltningsloven § 36 i disse sakene. Praksis hadde vært å nekte dekning fordi bestemmelsen ble ansett å være subsidiær i forhold til rettshjelploven og tilhørende forskrifter om fritt rettsråd.

I årsmeldingen for 2005 s. 53–54 er det redegjort nærmere for utviklingen i saken etter uttalelsen. Det fremgår blant annet at Utlendingsnemnda har endret sin praksis etter en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling. Heretter vil nemnda vurdere krav om dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 uavhengig av om parten har rett til fritt rettsråd i medhold av rettshjelploven. Departementets rundskriv om fri rettshjelp (G-12/2005) er også endret, og det fremgår nå at parten kan velge hvilken ordning vedkommende ønsker dekning etter.

I brev herfra ble Justis- og politidepartementet bedt om å utdype sitt syn på anvendelsen av rettshjelploven § 3 annet ledd, i de tilfeller der parten allerede har benyttet ordningen med fritt rettsråd. Bestemmelsen lyder:

«For arbeid som betales av det offentlige skal den som yter fri rettshjelp kreve inn egenandel fra klienten etter § 9. Det kan ikke kreves eller mottas ytterligere vederlag av klienten.»

I brevet het det blant annet:

«I forhold til andre saker der det kan ytes fritt rettsråd, for eksempel i klagesaker etter folketrygdloven § 21-12, fastslås det i rundskrivet pkt. 2.2.4 at en rettshjelpsbevilling vil måtte anses som «foreløpig» og at eventuelt utbetalte beløp skal tilbakebetales dersom søkeren får medhold i klagesaken. Det synes derfor som departementet legger til grunn at partenes utgifter til advokat vil kunne kreves dekket etter forvaltningsloven § 36 i disse sakene.

Departementet bes om å redegjøre nærmere for hvorvidt rettshjelploven § 3 annet ledd anses å ha forskjellig rekkevidde i sakene som går inn under utlendingsloven § 42 tredje ledd og de øvrige sakstypene der det kan ytes fri rettshjelp. Det bes i så fall om at departementet gir en nærmere begrunnelse for grunnlaget for å gjøre forskjell mellom sakstypene.»

Videre ble det stilt spørsmål knyttet til adgangen til å inngå en avtale mellom advokaten og klienten om fremtidig bistand, jf. rundskrivets pkt 2.8. Her heter det at rettshjelploven § 3 ikke er til hinder for at det i saker der fritt rettsråd betales med en stykkpris, og «hvor advokaten arbeider utover det som dekkes av stykkprisen (det dobbelte av stykkprissatsen) og fylkesmannen ikke finner grunn til å dekke bistanden», kan inngås en ny avtale om ytterligere bistand. Dekning av utgifter til slik bistand vil da kunne kreves dekket etter forvaltningsloven § 36. Spørsmål knyttet til tillegg i salærsatsen ved personlig fremmøte i Utlendingsnemnda ble også reist, samt forhold knyttet til bytte av advokat.

Departementet svarte blant annet følgende:

«På bakgrunn av henvendelsen fra ombudsmannen er departementet kommet til at det er behov for å foreta endringer i departementets rundskriv om fri rettshjelp, G-12/05. Vi ser at det blant annet kan stilles spørsmål ved om det er tilstrekkelig grunnlag for å behandle klagesaker etter folketrygdloven og utlendingssaker på forskjellige måter, når det gjelder muligheten for å få dekning etter forvaltningsloven § 36 i saker hvor det er utbetalt salær etter rettshjelpordningen. Departementet er derfor i gang med å utrede endringer i rundskrivet. Som et ledd i dette arbeidet ble det den 17. september [2007] avholdt et møte mellom Justisdepartementet, Justissekretariatene, Arbeids- og inkluderingsdepartementet og Utlendingsnemnda, hvor konsekvensene av eventuelle endringer ble drøftet.

Departementet ber om forståelse for at det vil ta noe tid å utrede og gjennomføre en omlegging av rundskriv og praksis. Dette har sammenheng med at forholdet mellom rettshjelpsordningen og forvaltningsloven på dette punktet er komplisert, noe som illustreres av den tidligere behandlingen hos ombudsmannen.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg i brev til departementet:

«Det er bra at forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og rettshjelploven § 3 m.v. nå utredes videre. Praksis i dag er uoversiktlig med flere uløste spørsmål. Dette er en lite tilfredsstillende situasjon. I arbeidet med endringer i rundskriv og praksis er det viktig at rettsstillingen klarlegges og at forholdet mellom ulike saksområder gjenomtenkes. Jeg ser frem til å bli orientert om endringene i rundskrivet.»

I avsluttende brev til den ene advokaten uttalte ombudsmannen:

«Du har selv opplyst å ha brukt drøyt 18 timer på oppdraget. Etter den gjeldende stykkprisforskriften betales bistand i klagesaker om asyl med 5 ganger den offentlige salærsatsen pluss 5 ganger offentlig salærsats for personlig fremmøte i Utlendingsnemnda, jf. forskrift 12. desember 2005 nr. 1442 § 5 første ledd nr. 1 c. Det fremgår av forskriften § 5 siste ledd at betalingen gjelder et samlet timeforbruk opp til «det dobbelte av det timeforbruket som er grunnlag for stykkprissatsen», det vil her si 20 timer. Tilsvarende regler fulgte av den tidligere stykkprisforskriften, som gjaldt på tidspunktet for oppdraget og fakturering for innledende arbeid (forskrift 18. september 2001 nr. 1088). Etter rettshjelploven 13. juni 1980 nr. 35 § 3 annet ledd annet punktum kan det «ikke kreves eller mottas ytterligere vederlag av klienten» enn eventuell egenandel i saken for arbeid som betales av det offentlige. Dette innebærer at du i utgangspunktet ikke kan kreve noen betaling av A. Utlendingsnemnda har i sitt vedtak 20. april 2006 lagt til grunn at din klient ikke har hatt noen faktiske utgifter som kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36. Slik saken ligger an, er det ikke grunnlag for å gå videre med den konkrete saken herfra.»

94.

Dekning av saksomkostninger ved opphevelse av omgjøringsvedtak

(Sak 2007/1387)

Etter klage fra en nabo omgjorde Oslo kommune en tillatelse til oppføring av et boligbygg. Fylkesmannen i Oslo og Akershus opphevet omgjøringsvedtaket etter klage fra utbyggeren. Utbyggeren krevde deretter dekning av de saksomkostningene han hadde pådratt seg i forbindelse med klagen på omgjøringsvedtaket. Kravet om saksomkostninger ble avslått.

Ombudsmannen kom til at fylkesmannens opphevelse av kommunens omgjøringsvedtak var en endring til gunst for utbyggeren. Utbyggeren hadde dermed rett til dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36.

Etter en ny vurdering av saken, var Kommunal- og regionaldepartementet enig med ombudsmannen i at fylkesmannens opphevelsesvedtak i byggesaken

innebar en endring til gunst for klageren og at vilkårene for dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36 dermed var oppfylt. Departementet omgjorde sitt vedtak i omkostningssaken og tilkjente dekning av saksomkostninger.

Kommunal- og regionaldepartementet stadfestet avslag fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus på krav om dekning av saksomkostninger. Kravet ble fremmet etter at fylkesmannen hadde opphevet Oslo kommunes vedtak om å omgjøre en rammetillatelse til oppføring av boligbygg.

Det skal her kort redegjøres for byggesaken, ettersom denne danner bakgrunnen for behandlingen av spørsmålet om saksomkostninger.

Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune innvilget 12. januar 2005 søknad fra A om rammetillatelse til oppføring av et boligbygg. Det ble i samme vedtak gitt nødvendig dispensasjon fra reguleringsplanen.

Vedtaket ble påklaget av B. Klagen ble i første omgang behandlet av bydelsutvalget i Bydel Grünerløkka, som er tillagt kompetanse til å ta stilling til klager på dispensasjon fra reguleringsplan. I vedtak 15. september 2005 omgjorde bydelsutvalget kommunens dispensasjonsvedtak og avsto dispensasjons-søknaden. Saken ble deretter oversendt plan- og bygningsetaten, som i vedtak 14. oktober 2005 omgjorde rammetillatelsen og avsto byggesøknaden.

Etter klage fra A, opphevet Fylkesmannen i Oslo og Akershus 7. september 2006 kommunens omgjøringsvedtak og sendte saken tilbake til kommunen for ny behandling.

A fremmet deretter krav om dekning av saksomkostninger som var pådratt i forbindelse med klagen på kommunens omgjøringsvedtak.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus avsto kravet om dekning av saksomkostninger. I vedtaket ble det lagt til grunn at fylkesmannens opphevelsesvedtak 7. september 2006 ikke innebar en «endring til gunst» for A, jf. forvaltningsloven § 36 første ledd. Etter fylkesmannens syn måtte vedtaket om rammetillatelse «anses å ha blitt konsumert av kommunens omgjøring i klagesaken», slik at opphevelsen av omgjøringsvedtaket ikke innebar en endring av tiltakshaverens rettsstilling som ga rett til dekning av saksomkostninger. Fylkesmannen viste i denne forbindelse til Jan Fridthjof Bernts kommentarer til forvaltningsloven i «Norsk Lovkommentar», der det heter at når avslag på en søknad blir opphevet, må underinstansen foreta en ny behandling av saken. Ifølge fylkesmannen var retten til dekning av saksomkostninger avhengig av at tiltakshaveren oppnådde en bedring i sin rettsstilling etter en slik fornyet behandling.

Fylkesmannens avslag på saksomkostningskravet ble stadfestet av Kommunal- og regionaldeparte-

mentet. Departementets begrunnelse var i hovedsak den samme som fylkesmannens. I vedtaket het det blant annet:

«Rammetillatelsen av 12.01.05 konsumeres av omgjøringsvedtaket 14.10.05 og eksisterer i så måte ikke lenger, selv om omgjøringsvedtaket blir opphevet.

Som det fremgår av fylkesmannens avgjørelse 07.09.06, er både rammetillatelse og dispensasjon omgjort, slik at hele kommunens omgjøring av eget vedtak ble funnet ugyldig.

I og med at det opphevede avslaget på søknad om rammetillatelse nå skal behandles på nytt, vil det først være når kommunen eventuelt finner å gi dispensasjon at det kan oppstå et grunnlag for å kreve dekning av saksomkostninger etter § 36.»

Saksomkostningssaken ble deretter brakt inn for ombudsmannen. I klagen ble det anført at når omgjøringen av en gyldig tillatelse oppheves, står man i samme situasjon som før omgjøringen, dvs. at tiltakshaveren fortsatt har en tillatelse. Omgjøringens rettsvirkning var at rammetillatelsen og den tilhørende dispensasjonen ble fjernet, men opphevelsen medførte at omgjøringen mistet denne rettsvirkningen. Opphevelsen var derfor en endring til gunst for tiltakshaveren som ga rett til saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36.

I brev herfra ble departementet stilt spørsmål om sitt syn på virkningen av et omgjøringsvedtak:

«Slik ombudsmannen forstår vedtaket, mener departementet at et omgjøringsvedtak alltid bringer det opprinnelige vedtaket ut av verden, slik at dette mister sine rettsvirkninger, uavhengig av om omgjøringsvedtaket er gyldig eller ikke. Departementet bes opplyse om ombudsmannen har forstått vedtaket riktig på dette punktet. Hvis ikke, bes departementet redegjøre nærmere for sitt syn.»

I svarbrevet ga departementet uttrykk for at et omgjøringsvedtak ikke alltid bringer det opprinnelige vedtaket ut av verden, og at når omgjøringen finnes ugyldig, vil dette ofte medføre at det omgjorte vedtaket blir aktivt igjen. I redegjørelsen for departementets standpunkt i den aktuelle saken, het det blant annet:

«Plan- og bygningsetatens vedtak bygget på bydelsutvalgets opphevelse av dispensasjonen. Det ble trukket frem av plan- og bygningsetaten at dispensasjonen ikke kunne gis overhodet. Det avgjørende i den foreliggende saken var etter departementets mening ikke den omgjorte rammetillatelsen fra Plan- og bygningsetaten, men dispensasjonen som var nødvendig for at byggetillatelse skulle kunne gis. ...

Slik departementet ser det, var rettslig status for tiltakshaver at man fikk en ny prøvelse av spørsmålene. Det innebar fortsatt ikke at man

fikk bygge. Slik departementet oppfatter A, mener han at fylkesmannens omgjøring gjenoppretter en rett til å bygge deler av bygget. Dette er departementet ikke enig i, og vi har pekt på at det er her denne saken skiller seg fra As øvrige eksempler; nemlig ved at hele byggeprosjektet er sendt tilbake, ikke bare deler. Saken har ikke kommet lenger i prosessen enn at klager har fått prøve den på nytt.»

A utdypet deretter begrunnelsen for kravet om saksomkostninger. Departementet hadde ingen merknader til dette.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«I forvaltningsloven § 36 heter det «Når et vedtak blir endret til gunst for en part, skal han tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket ...». Spørsmålet i denne saken er om fylkesmannens vedtak 7. september 2006 om opphevelse av kommunens omgjøring innebærer at vedtaket er «endret til gunst» for tiltakshaveren.

A ble gitt rammetillatelse med tilhørende dispensasjon ved vedtak 12. januar 2005. Både dispensasjonen og tillatelsen ble senere omgjort av kommunen. Det synes ikke å ha betydning for saksomkostningsspørsmålet at dette skjedde ved behandling i henholdsvis bydelsutvalget og plan- og bygningsetaten. Det sentrale er at kommunen, etter klage, omgjorde sitt eget vedtak om rammetillatelse og dispensasjon. Omgjøringen ble imidlertid opphevet av fylkesmannen og saken ble sendt tilbake til kommunen for ny behandling. Det fremgår av opphevelsesvedtaket at fylkesmannen mente at begrunnelsen for kommunens omgjøringsvedtak var mangelfull og at det var tvil om omgjøringen var basert på relevante skjønnsforutsetninger. Ifølge fylkesmannen kunne det ikke utelukkes at disse manglene hadde virket bestemmende på kommunens omgjøringsvedtak.

Departementet har lagt til grunn at kommunens omgjøring «konsumerte» det tidligere vedtaket om rammetillatelse (med dispensasjon), slik at denne ikke «vekkes til live» av at omgjøringsvedtaket blir opphevet. I departementets vedtak het det «Rammetillatelsen ... konsumeres av omgjøringsvedtaket ... og eksisterer i så måte ikke lenger, selv om omgjøringsvedtaket blir opphevet».

Jeg finner det vanskelig å følge departementets resonnering.

Tiltakshaveren ble av plan- og bygningsetaten gitt en rammetillatelse med tilhørende dispensasjon. Den senere omgjøringen av tillatelsen er funnet ugyldig og opphevet. Når omgjøringen oppheves, er ikke lenger tillatelsen gjort om. Dermed har tiltakshaveren fortsatt sin tillatelse. Det er her ikke snakk om å «vekke til live» en tillatelse. Det dreier seg om at tiltakshaveren er gitt en tillatelse som ikke er gjort om.

Kommunen har forsøkt å omgjøre tillatelsen, men ikke fått det til. Fylkesmannens opphevelse medførte at omgjøringsvedtaket mistet sin rettsvirkning. Dersom det opphevede omgjøringsvedtaket skulle «konsumere» tillatelsen, ville dette innebære at omgjøringsvedtaket tillegges nettopp den rettsvirkningen som det er fratatt ved opphevelsen.

Det er riktig, som departementet har påpekt, at når fylkesmannen har opphevet omgjøringen og sendt saken tilbake til kommunen, plikter kommunen å behandle saken på ny og normalt treffe et nytt vedtak. Jeg kan imidlertid ikke se at dette har betydning for spørsmålet i denne saken. Kommunen tok klagen fra B til følge og omgjorde tillatelsen. Fylkesmannen opphevet omgjøringsvedtaket og sendte saken tilbake til kommunen for ny behandling. Det som da skal behandles på ny av kommunen, er klagen fra B, ikke søknaden fra A. Søknaden ble innvilget ved kommunens vedtak 12. januar 2005. Dette vedtaket er ikke opphevet. Det som gjenstår å avgjøre ved kommunens fornyede behandling, er om klagen skal gis medhold, med den følge at tillatelsen omgjøres. Den rettslige situasjonen er da at det er gitt en tillatelse som er påklaget, men kommunen har ikke behandlet klagen ferdig. Inntil klagen er ferdig behandlet og det foreligger et gyldig vedtak som gir den medhold, har tiltakshaveren den tillatelsen han er gitt.

Departementet har lagt til grunn at man må avvente kommunens fornyede behandling og se hva som blir utfallet av denne, før det kan fastslås om det foreligger en endring til gunst for tiltakshaveren. Det er vanskelig å se hvordan den fornyede behandlingen kan resultere i en endring til tiltakshaverens gunst, ettersom det er klagen og ikke søknaden som skal behandles på ny. Dersom klagen ikke tas til følge og kommunen opprettholder sitt tidligere vedtak (dvs. vedtak 12. januar 2005), er tiltakshaverens rettsstilling uendret. Hvis kommunen derimot tar klagen til følge og omgjør sitt tidligere vedtak, er dette en endring til gunst for tiltakshaveren.

I en situasjon som denne, der et omgjøringsvedtak er opphevet og sendt tilbake for ny behandling i kommunen, kan det også tenkes at kommunen under sin fornyede behandling finner at klagen må avvises fra behandling. I et slikt hypotetisk tilfelle, kan det ikke være tvil om at tiltakshaveren kan bygge rett på den tillatelsen han har fått, uten å måtte gjennom en ny behandling av søknaden i kommunen. Så lenge tillatelsen han har fått ikke er gyldig omgjort, er den i behold.

I den aktuelle byggesaken oppnådde A, gjennom sin klage, å få opphevet kommunens omgjøring, slik at tillatelsen med tilhørende dispensasjon fortsatt var i behold. Opphevelsen hadde således direkte betydning for tiltakshaverens materielle rettsstilling. Kommunens omgjøring innebar at tiltakshaveren ikke

hadde rett til å gjennomføre tiltaket. Etter fylkesmannens opphevelse hadde han igjen denne retten. Det er klart at dette innebar en endring til gunst for tiltakshaveren. Departementets vedtak er dermed basert på feil rettsanvendelse.

Jeg ber departementet ta sitt vedtak opp til ny behandling i lys av det jeg har gitt uttrykk for her og holde meg orientert om den fornyede behandlingen.»

Etter en ny vurdering av saken, var Kommunal- og regionaldepartementet enig med ombudsmannen i at fylkesmannens opphevelsesvedtak i byggesaken innebar en endring til gunst for klageren og at vilkårene for dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36 dermed var oppfylt. Departementet omgjorde sitt vedtak i omkostningssaken og tilkjente dekning av saksomkostninger.

95.

Krav om erstatning fra trygden etter refusjon i etterbetalt trygdeytelse

(Sak 2007/555)

En trygdemottaker krevde erstatning fra trygden etter at etterbetalt trygdeytelse ikke ble utbetalt ham, men i stedet refundert sosialtjenesten. Dette var gjort selv om fristen i folketrygdloven § 22-7 om at trygdeytelsen kunne holdes tilbake i inntil tre uker, var utløpt. Kravet ble avslått under henvisning til at ytelsene fra hhv. sosialtjenesten og trygden var gitt for samme formål og tidsrom, og at det hadde fremstått som klart at den trygdede ikke hadde krav på begge ytelsene.

Ombudsmannen uttalte at saken ikke bare reiste spørsmål om erstatning, men også om den trygdede hadde i behold sitt opprinnelige krav på å få utbetalt trygdeytelsen etter trygdeloven, dvs. uavhengig av om vilkårene for erstatning forelå. Saken måtte uansett vurderes ut fra trygdelovens og sosialtjenestelovens bestemmelser. Det var derfor for enkelt når Arbeids- og velferdsdirektoratet hadde vist til prinsippet om å unngå dobbelt betaling som eneste begrunnelse for å nekte utbetaling. Direktoratet ble derfor bedt om å behandle saken på nytt.

Ombudsmannen mente det kunne være behov for å vurdere regelverket (bestemmelsene om refusjon i sosialtjenesteloven og folketrygdloven) med sikte på å skape større klarhet, både med hensyn til den formelle framgangsmåten og de materielle følgene dersom reglene ikke blir fulgt.

A ble tilstått uførepensjon med virkning fra 1. januar 2000 i vedtak 8. februar 2001 fra det daværende Fylkestrygdekontoret i Østfold. Etterbetalingen av uførepensjonen for perioden 1. januar 2000 til 20. mars 2001 gikk i sin helhet til å dekke et refusjonskrav fra sosialtjenesten i Spydeberg kommune. A mente at

det var foretatt vesentlige feil ved refusjonen av etterbetalingen til sosialtjenesten og fremsatte i brev 17. januar 2006 krav om erstatning etter lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) § 2-1. Det ble særlig vist til at trygdekontoret i brev 26. mars 2001 hadde underrettet sosialtjenesten om at klageren var tilstått uførepensjon og om at eventuelt refusjonskrav ble imøtesett. Refusjonskrav ble mottatt ved trygdekontoret først 22. juni 2001. Det ble hevdet at trygden ikke hadde anledning til å holde tilbake en etterbetaling i mer enn tre uker i medhold av folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 22-7, og at sosialtjenesten ikke har noe refusjonskrav etter lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester mv. (sosialtjenesteloven) § 5-9 når etterbetaling først er utbetalt den trygdede.

Kravet om erstatning ble avslått av Nav Østfold. Begrunnelsen som ble gitt, var at klageren ikke hadde hatt noe økonomisk tap fordi det hele tiden hadde vært klart at ytelsene han hadde mottatt fra sosialtjenesten, ville gå til fradrag ved en eventuell etterbetaling fra trygden. Det ble erkjent at fem måneder er lenge å vente på en etterbetaling, men at dette ikke var en saksbehandlingstid som tilsa at arbeids- og velferdsetaten av den grunn hadde opptrådt uaktsomt.

A klaget saken inn for ombudsmannen, og det ble herfra besluttet å undersøke saken nærmere. Arbeids- og velferdsdirektoratet ble bedt om å redegjøre «noe nærmere» for hvordan folketrygdloven § 22-7 generelt skal forstås, og om hva som blir konsekvensen når krav ikke er mottatt i trygden etter utløpet av tre uker. Det ble også bedt om merknader til om et trygdekontor i en situasjon som den foreliggende hadde anledning til å velge å vente på refusjonskravet slik det var gjort. I tillegg ble det bedt om direktoratets syn på om et brev i saken 16. juni 2000 fra kommunen til trygdekontoret kunne anses som et krav i relasjon til folketrygdloven § 22-7. Det gikk der frem at sosialtjenesten var kjent med at uførepensjon var søkt, og informert om at det ble gjort krav i denne. Endelig ble direktoratet bedt om å gi eventuelle øvrige merknader til klagen og til erstatningskravet.

Spørsmålene ble besvart av Nav Drift og utvikling. Deler av svaret er inntatt i tilknytning til merknadene til saken nedenfor. Brevet ble oversendt A som kom med merknader.

Før saken ble tatt opp til avsluttende behandling her, ble det funnet nødvendig å stille Nav Drift- og utvikling enkelte oppfølgingsspørsmål. Det ble bedt om at Nav redegjorde nærmere for tolkningen av treukersfristen i folketrygdloven § 22-7 annet punktum. Det ble særskilt vist til at bakgrunnen for treukersfristen etter det opplyste dels har vært å få fortgang i kravene og dels at medlemmet skal kunne innrette seg. I denne sammenheng ble det spurt om

det hadde betydning at det i vedtakene fra sosialtjenesten var tatt forbehold om at krav om refusjon kunne bli fremmet, og om det var slik at medlemmet da likevel hadde et rettskrav på etterbetalingen etter at treukersfristen var gått ut. Det ble også spurt om treukersfristen kunne sees på som en saksbehandlingsregel eller ordensforskrift som skulle tilstrebes å følges opp, eller som en regel med materielle følger. Videre ble Nav bedt om å begrunne noe nærmere hvorfor det mente at A ikke hadde hatt et økonomisk tap, når Nav samtidig syntes å legge til grunn at han hadde et rettskrav på å motta etterbetalingen da fristen gikk ut, og at det var en feil fra trygdens side at han ikke på det tidspunktet mottok etterbetalingen. Det ble også bedt opplyst om Nav Drift og utvikling anså at sosialtjenesten i en slik situasjon ville kunne rette et refusjonskrav direkte mot klageren.

Deler av svaret fra Nav Drift og utvikling er inn tatt nedenfor i tilknytning til ombudsmannens merknader til saken. Svaret ble oversendt A som kom med enkelte merknader som ikke er gjengitt her.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Henvendelsen til ombudsmannen er formet som en klage over at A ikke har fått erstatning. Til grunn for erstatningskravet og myndighetenes imøtegåelse av kravet ligger imidlertid en trygdesak og en sak etter sosialtjenesteloven. Ingen av disse sakene er i sin helhet undersøkt her. Som det fremgår av saksfremstillingen ovenfor, har undersøkelsene vært begrenset til spørsmål som gjelder forståelsen av folketrygdloven § 22-7 og den måten bestemmelsen er praktisert på i denne saken.

1. Meldingen til sosialtjenesten

Melding til sosialtjenesten i Spydeberg kommune fra trygdekontoret om at klageren var tilstått uførepensjon, og at et eventuelt refusjonskrav måtte fremmes, ble sendt i form av en håndskrevet påtegning datert 26. mars 2001. Påtegningen ble ført på en kopi av et brev sosialtjenesten hadde sendt trygdekontoret 16. juni 2000, og brevkopien ble så returnert til sosialtjenesten. Uten at det er avgjørende for saken her, bemerker jeg at det ikke fremgikk av påtegningen at et eventuelt krav om refusjon i etterbetalingen måtte innberettes innen tre uker, og heller ikke fra hvilket tidspunkt treukersfristen startet. I Rikstrygdeverkets (nå Arbeids- og velferdsdirektoratets) rundskriv til bestemmelsen fremgår det under avsnittet om «Rett til å holde ytelser tilbake» at «[t]rygdekontoret må opplyse i meldingen fra hvilket tidspunkt fristen løper». Trygdekontorets melding 26. mars 2001 til sosialtjenesten synes med andre ord ikke å være i samsvar med rundskrivet. Det synes dessuten ikke å fremgå av påtegningen eller dokumentene i saken for øvrig hvorvidt klageren mottok kopi av påtegningen,

og heller ikke om han på andre måter ble orientert. Slike mangler ved saksbehandlingen er uheldige både fordi de kan få uheldige følger for den enkelte sak og fordi de er egnet til å svekke den alminnelige tilliten til trygdemyndighetene. Når loven setter en frist på tre uker, og det kun er trygdemyndigheten som kan vite hvilken dag fristen skal regnes fra, sier det seg selv at meldingen til sosialtjenesten må inneholde en angivelse av starttidspunktet og gjerne også datoen for utløpet av fristen. Meldingen bør dessuten skje på en formell, skriftlig måte som sikrer at den blir registrert hos mottakeren, at innholdet blir oppfattet, og at man i ettertid kan kontrollere hva som har skjedd. En håndskrevet påtegning på en kopi av et 9 måneder gammelt brev slik som tilfellet var i saken her, er ikke i samsvar med forsvarlig saksbehandling.

I anledning en annen sak som har vært til behandling her (ombudsmannssak 2008/713) er det vist til at det kan reises spørsmål om det er grunn til å foreta en gjennomgang av forholdet mellom folketrygdloven § 22-7, sosialtjenesteloven § 5-9 og saksbehandlingsrutinene for refusjonsaker. Det samme spørsmålet kan reises i saken her, og jeg kommer avslutningsvis tilbake til dette.

2. Trygdens vurdering av erstatningskravet

A har formet sin påstand som et krav om erstatning, og Nav har behandlet saken ut fra dette utgangspunktet. Som jeg senere skal komme inn på, reiser saken også – og kanskje først og fremst – spørsmål om A har i behold sitt opprinnelige krav på å få utbetalt trygdeytelsen etter trygdloven. Jeg tar imidlertid først for meg spørsmålet om erstatning.

For at det skal kunne konstateres erstatningsplikt for det offentlige, må det være begått en feil eller annen skadevoldende handling, og det må foreligge et ansvarsgrunnlag. Oftest vil det si at en offentlig ansatt må ha handlet uaktsomt eller forsettlig. Videre må det foreligge et økonomisk tap, og det må være årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og tapet. Nav Drift og utvikling fastholdt i svarbrevet 5. juli 2007 at klageren ikke hadde krav på erstatning da det ikke forelå et økonomisk tap. Fra brevet vises det til:

«I forhold til erstatningskravet er vi enige med klager om at det var feil av Spydeberg trygdekontor å vente på refusjonskrav fra sosialtjenesten i så lang tid som det her ble gjort. Imidlertid kan vi ikke se at denne feilen har medført noe økonomisk tap for A, noe som er et av vilkårene for erstatning. Ytelsesregelverket i sosialtjenesteloven og ftrl legger ikke opp til at en bruker skal få flere ytelser til samme formål for samme periode. Så vidt det kjennes til er det også innarbeidet praksis i vedtak fra sosialtjenesten at det varsles om at den vil fremsette refusjonskrav mot Arbeids- og velferdsetaten, dersom vedkommende i ettertid blir innvilget ytelser fra folketrygden til samme

formål for samme periode. I As tilfelle ville det innebære en dobbeltutbetaling til samme formål, dersom han skulle motta ytelse til livsopphold etter sosialtjenesteloven, samtidig som han skulle motta uførepensjon for samme periode. At det skulle være rett til slik dobbeltutbetaling har formodningen mot seg. Således kan feilen fra trygdekantoret ikke sies å ha medført noe økonomisk tap for han, siden han allerede har mottatt en ytelse til livsopphold fra sosialtjenesten.»

Nav Drift og utvikling utdypet dette standpunktet i brev hit 8. februar 2008:

«Som tidligere nevnt i brev av 5. juli 2007 er det et grunnleggende prinsipp i forhold til ytelser fra det offentlige, herunder folketrygdytelser og sosialstønad, at man ikke skal motta utbetalinger til samme formål for samme periode mer enn en gang. Dersom A i dette tilfellet har rett på erstatning fra Arbeids- og velferdsetaten, vil det måtte grunne seg i at han i så fall skulle ha rett på dobbeltdekning av ytelser til livsopphold (sosialstønad og uførepensjon). Dette har som tidligere anført formodningen mot seg på grunn av det grunnleggende prinsippet om at ingen i utgangspunktet har rett på dobbeltdekning.

Det finnes dog så vidt Nav Drift og utvikling kjenner til ingen bestemmelse som gir kommunens sosialtjeneste rett til å fremme refusjonskrav direkte mot brukeren.

Nav Drift og utvikling anser det grunnleggende prinsipp om at ingen i utgangspunktet har rett på dobbeltdekning for å være overordnet innen ytelsesområdet, men lar det i dette tilfelle være opp til Sivilombudsmannen om det i nærværende tilfelle forligger grunnlag for å fravike dette normalt klare utgangspunktet.

Dersom utgangspunktet skal fravikes, vil A ha rett på erstatning.»

Sosial stønad er subsidiær i sin karakter i den forstand at stønaden ytes dersom søkeren ikke kan «sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid eller ved å gjøre gjeldende økonomiske rettigheter, jf. sosialtjenesteloven § 5-1 første ledd. Som Nav har vist til, er det derfor et grunnleggende prinsipp at ingen har krav på «dobbelt» ytelse fra det offentlige ved både å få sosialhjelp og trygd. Sosialomsorgsloven av 1964 inneholdt riktignok opprinnelig ingen regel om refusjon i senere tilstått trygdeytelse. Prinsippet ble likevel håndhevd ved at stønaden ofte ble gitt som lån som ble krevd tilbakebetalt dersom klienten senere fikk innvilget trygd for samme formål og samme tidsrom som sosialhjelpen var ytt for. Hjemmel til å kreve refusjon ble gitt ved at lovens § 3 fikk et tillegg (§ 3 nr. 6) ved lovendring 1. juni 1973. Bestemmelsen fulgte vesentlig de samme linjer som dagens lov.

Selv om det har vært et uttrykt ønske fra lovgiver å unngå dobbeltbetaling, må anvendelsen av prinsippet skje innenfor de rammene som loven og de øvrige rettskildene setter. Folketrygdloven er en rettighets-

lov. Det vil si at enhver som anses å komme inn under lovens bestemmelser, har krav på å få utbetalt de ytelser som loven hjemler. Så snart saksbehandlingen er ferdig og trygdemyndighetene har konstatert at lovens vilkår er til stede, skal ytelsen ifølge lovens § 22-1 «utbetales til den som har rett til ytelsen». Dersom det skal gjøres unntak fra dette, kreves hjemmel i lov. I Ot.prp. nr. 51 (1973-74) om lov om endringer i folketrygdloven og andre lover, der adgangen til å holde tilbake trygdeytelsen tre uker i påvente av sosialkontorets refusjonsvedtak ble foreslått innført, heter det på side 7:

«På bakgrunn av den alminnelige bestemmelsen i folketrygdloven § 15-6 om at utbetaling av ytelser skal skje til den berettigede, finner en at adgangen til å holde ytelsen tilbake bør ha uttrykkelig lov hjemmel.»

Også refusjonsvedtaket er et inngrep som krever hjemmel i lov. Dette følger både av det alminnelige legalitetsprinsippet, og av at trygdloven som nevnt er en rettighetslov. Spørsmålet om det offentlige har et krav, vil derfor avhenge av om myndighetene har holdt seg innenfor lovens bestemmelser. I tillegg til å statuere det materielle kravet om tilbakebetaling, innebærer refusjon en særegen og effektiv måte for myndighetene til å inndrive kravet. Det taler for en streng fortolkning av hjemmelsloven.

Det jeg her har anført, må legges til grunn ikke bare ved bedømmelsen av det offentliges refusjonskrav som sådant, men også i forhold til et eventuelt erstatningskrav fra klienten når det går ut på han ikke har fått utbetalt det han har krav på etter folketrygdloven. Det blir derfor etter mitt skjønn for enkelt når Nav kun viser til prinsippet om å unngå dobbelt ytelse som grunnlag for å avslå As erstatningskrav. Så vidt jeg forstår, har Nav erkjent at det foreligger et gyldig vedtak fra trygdemyndighetene om tilståelse av trygdeytelser, og at kravet rettelig skulle vært utbetalt A. Når han likevel ikke tilkjennes erstatning, er det fordi Nav mener det offentlige har et tilsvarende krav mot ham. Det rettslige grunnlaget for dette kravet er bestridt av klageren, og må etter mitt skjønn grunngis nærmere. Det springende punkt er om det offentlige kan gjøre gjeldende et refusjonskrav som er vedtatt og fremmet av sosialtjenesten 10 uker etter utløpet av treukersfristen i folketrygdloven § 22-7.

Jeg har merket meg at Nav i brev hit lar det «være opp til Sivilombudsmannen om det i nærværende tilfelle forligger grunnlag for å fravike» prinsippet om «at ingen har rett på dobbeltdekning». Jeg har ovenfor redegjort for det prinsipielle utgangspunktet, men selve vurderingen av erstatningsspørsmålet må trygdemyndighetene selv foreta.

3. Har A i behold et utbetalingskrav etter folketrygdloven?

Som nevnt innledningsvis, reiser saken også spørsmål om A kan ha krav mot trygden på annet grunnlag enn som et erstatningskrav for manglende betaling. Utgangspunktet for saken er at A ble innvilget trygd i vedtak 8. februar 2001. Han har ikke fått utbetalt pengene, og spørsmålet er om han fortsatt har et utbetalingskrav i behold. Redegjørelsen nedenfor tar primært sikte på denne problemstillingen, men momentene vil også være relevante i en vurdering av spørsmålet om erstatningsplikt. For ordens skyld bemerkes at jeg ikke går inn på spørsmålet om et eventuelt krav vil være foreldet, idet en slik innsigelse til nå ikke er fremmet fra Navs side.

Folketrygdloven § 22-7 lyder:

«Er det grunn til å anta at en arbeidsgiver, en pensjonsordning eller en offentlig myndighet har krav på refusjon i en persons ytelser etter denne loven, kan trygdens organer gjøre den som har krav på refusjon, kjent med vedkommendes rettigheter uten hinder av taushetsplikten. Utbetaling av ytelsen kan i tilfelle utsettes i opptil tre uker, med mindre annet følger av lov om samordning av pensjons- og trygdeytelser § 26 og forskrift gitt i medhold av denne bestemmelsen. Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke for dagpenger under arbeidsløshet».

Nav Drift og utvikling skriver om bestemmelsen i brevet hit 5. juli 2007:

«1. Ihht Folketrygdloven (ftrl) § 22-7 kan utbetaling av ytelser etter loven utsettes i opptil tre uker dersom det er grunn til å anta at en offentlig myndighet har krav på refusjon i ytelsen. De tre ukene må beregnes fra det tidspunkt ytelsen fra trygden er klar til utbetaling, og ikke fra vedtakstidspunktet. Grunnen til dette er at det må påregnes noe tid i forbindelse med avregning av etterbetaling, og dette vil variere fra sak til sak. Vanligvis vil utbetalingstidspunktet følge umiddelbart etter at vedtak er fattet og ytelsen er beregnet.

I henhold til lovens formulering er det uten betydning når et trygdekontor sender melding til noen som antas å ha refusjonskrav og når meldingen kommer frem til denne. Ovennevnte tolkning om at fristen skal regnes fra det tidspunkt ytelsen fra trygden er klar til utbetaling har støtte i Norsk lovkommentarer, § 22-7, note 1204, og "Folketrygdloven med kommentarer" Kjønstad 1998 s. 764.

Når de tre ukene er omme uten at trygdekontoret har mottatt refusjonskrav, tilsier lovens ordlyd at utbetaling ikke kan utsettes lenger. Dette på grunn av at treukersfristen er satt slik at man skal få forgang i refusjonskravene og at medlemmet skal kunne innrette seg. Dette tilsier at etterbetalingen må utbetales den trygdede umiddelbart etter treukersperioden selv om trygden vet at en offentlig myndighet har mulighet til å kreve refusjon.

2. I henhold til merknadene under pkt. 1 vil trygdekontoret ikke kunne utsette utbetalingen

dersom refusjonskrav ikke er mottatt innenfor treukersfristen.

3. Brev av 16. juni 2000 fra Spydeberg kommune til Spydeberg trygdekontor kan ikke anses som et fullverdig krav i henhold til ftrl § 22-7. Det må forutsettes at et refusjonskrav dokumenteres. Det bør da inneholde en opplisting over hva slags ytelser brukeren har mottatt til konkrete formål, konkret størrelse på beløp og når ytelsene ble mottatt. Brevet fra kommunen kan heller ses på som en melding til trygdekontoret for å forsikre seg om at trygdekontoret sender forespørsel om konkret refusjonskrav til kommunen, dersom trygdeytelser innvilges med etterbetaling.»

I det utdypende brevet 8. februar 2008 la Nav til grunn at et eventuelt forbehold fra sosialkontoret om at krav om refusjon kan bli fremmet, ikke kunne antas å ha betydning ut fra et innrettelseshensyn da folketrygdloven § 22-7 ikke legger opp til at slike forhold skal vektlegges. Nav svarte benektende på spørsmålet herfra om treukersfristen var en ren saksbehandlingsregel eller ordensforskrift uten materielle følger.

Nav Drift og utvikling viste videre til rundskriv I 34/2001 punkt 5.9.5 der det er fremholdt at foreldelsesfristen for refusjonskrav etter sosialtjenesteloven § 5-9 reguleres av foreldelsesloven, og at det på denne bakgrunn ble antatt at treukersfristen i folketrygdlovens § 22-7 ikke kan anses som en foreldelsesregel.

Jeg har ikke innvendinger mot det som Nav her generelt har anført om hvordan folketrygdloven § 22-7 er å forstå. Nav Drift og utvikling er, så vidt jeg kan se, enig med klageren i at Spydeberg trygdekontor ikke hadde anledning til å vente på refusjonskravet ut over tre uker etter at etterbetalingen var klar til utbetaling. Som det fremgår, er treukersfristen satt både av hensyn til å få forgang i refusjonssaker, og for at trygdemedlemmet skal kunne innrette seg etter vedtaket. Det var derfor i strid både med lovens ordlyd og dens intensjon når Spydeberg trygdekontor holdt tilbake etterbetalingen av trygdeytelsen ut over tre uker.

Loven forutsetter med andre ord at trygdebeløpet skal utbetales den trygdede som rette vedkommende straks tre uker er gått dersom det innen den tid ikke er framsatt noe krav om refusjon. Som Nav har vist til, vil en slik utbetaling være befriende for trygdemyndighetene, selv om det er på det rene at sosialtjenesten har til hensikt å kreve refusjon. Spørsmålet er om det skal ha noen betydning for betalingsplikten at sosialmyndighetene har rukket å fremme refusjonskravet før utbetaling har funnet sted, men etter utløpet av treukersfristen. Loven gir ikke noe helt entydig svar på spørsmålet. Således inneholder ikke sosialtjenesteloven § 5-9 som gir hjemmel til å kreve refusjon, noen bestemmelse om frist. På den annen side må paragrafen harmoniseres med fristbestemmelsen i folketrygdloven. Folketrygdlovens karakter av ret-

tighetslov og de oppgjørsbetraktninger som ligger til grunn for fristen, utgjør sterke argumenter for at refusjonskravet må være fremmet innen tre uker for å kunne gjøres gjeldende. Om dette synspunktet kan opprettholdes fullt ut, slik at enhver fristoverskridelse er til hinder for refusjon uansett grunn, er det ikke nødvendig å gå inn på i saken her. Overskridelsen av fristen var på hele ti uker, og trygdekontoret synes å ha holdt pengene tilbake kun i påvente av at sosialkontoret skulle treffe vedtak om refusjon. Det er nettopp en slik handlemåte folketrygdloven § 22-7 tar sikte på å forhindre. På sett og vis vil det derfor være å honorere lovstridig atferd og bringe forholdet ytterligere i strid med folketrygdloven dersom trygdekontoret i en slik situasjon gis adgang til å betale til sosialtjenesten istedenfor til den trygdede.

Jeg kan ikke se at Nav har vurdert As krav om betaling ut fra reglene om betalingsplikt i folketrygdloven og ber om at det blir gjort. Dersom Nav mener det offentlige har et krav som kan bringes til motregning, må grunnlaget for dette beskrives nærmere. Som anført ovenfor, blir det for enkelt å vise til det grunnleggende prinsipp om at det ikke skal ytes dobbel ytelse til samme formål og for samme tidsperiode.

Dersom Nav etter den fornyede vurderingen skulle komme til at A har et krav, oppstår spørsmålet om renter. Et rentekrav må eventuelt bygge på erstatningsrettslig grunnlag og formuleres som et krav om å få dekket avsnit, jf. bestemmelsen i folketrygdloven § 22-17 om at renter ikke tilkjennes ved etterbetaling.

4. Oppsummering

Oppsummeringsvis har jeg kommet til at den begrunnelsen som direktoratet har gitt for å la være å tilstå A den tilkjente etterbetalingen av trygd ikke er holdbar. Jeg må derfor be direktoratet behandle saken på nytt. Kravet kan ses på som et krav om erstatning, slik klageren har gjort, men det synes kanskje riktigere å se det som et krav om oppfyllelse av betalingsplikten etter folketrygdloven direkte. Jeg har ikke gått inn på spørsmålet om foreldelse, fordi dette ikke har vært noe tema i saken til nå. Likeså har jeg heller ikke gått inn på om et eventuelt krav fra klageren kan møtes med motkrav på formuerettslig grunnlag. Jeg tenker da særlig på betydningen av eventuelle forbehold eller betingelser ved tildelingen av sosiale ytelser, og at Spydeberg kommune v/sosiallederen i brev 16. juni 2000 til Spydeberg trygdekontor, med kopi til A, gjorde gjeldende krav om refusjon i en eventuell fremtidig uføreytelse. For ordens skyld presiseres at jeg ikke i noen retning har tatt stilling til hva utfallet av den nye behandlingen bør bli.

Saken reiser flere spørsmål i tilknytning til praktiseringen og tolkningen av folketrygdloven § 22-7

og sosialtjenesteloven § 5-9. Spørsmål vedrørende saksbehandlingen har som nevnt også vært reist i en liknende sak (ombudsmannssak 2008/713). I den saken ble det ikke funnet grunn til å gjøre ytterligere undersøkelser herfra. En anonymisert kopi av det avsluttende brevet i saken følger vedlagt.

Et grunnleggende spørsmål som jeg har berørt i fremstillingen ovenfor, men ikke fant det nødvendig å gå nærmere inn på, er hva som skal til fra sosialtjenestens side for å oppfylle bestemmelsen i folketrygdloven § 22-7 om at krav må være satt frem innen tre uker. En mulig løsning er at kravet om refusjon først oppstår i og med at sosialtjenesten treffer vedtak etter sosialtjenesteloven § 5-9, slik at det må være truffet et slikt vedtak før fristen er utløpt. En annen mulig løsning kan være at det er tilstrekkelig å fremsette et begrunnet krav innen fristen, men at det formelle vedtaket om refusjon kan fattes i etterkant. Det var dette som var tilfelle i ombudsmannssak 2008/713.

Et annet spørsmål er hvilke følger en eventuell oversittelse skal få. Som saken her illustrerer, kan det anføres grunner for at folketrygdloven § 22-7 må anses som en slags «cut-off»-klausul slik at ethvert krav som kommer for sent, ikke kan gi grunnlag for refusjon, selv om trygdeytelsen fortsatt befinner seg på trygdemyndighetens hånd. Det er imidlertid ikke åpenbart at dette vil føre til gode løsninger i praksis.

Slik jeg ser det, kan det være behov for å vurdere regelverket med sikte på å skape større klarhet, både med hensyn til den formelle framgangsmåten og de materielle følgene dersom reglene ikke blir fulgt. Dette er et område der klarhet og forutsigbarhet er viktig, ikke bare for de trygdede, men også for de tjenestemenn som skal praktisere regelverket. Jeg vil ikke ha noen mening om det er nødvendig å gjøre endringer i selve regelverket, eller om det er tilstrekkelig å gi nærmere retningslinjer. Dette må direktoratet vurdere, og jeg anmoder om at det blir gjort.

Jeg ber om å bli orientert om resultatet av den fornyede behandlingen – både saken til A og vurderingen av regelverket.»

96.

Erstatning etter strafforfølgning og fritt rettsråd

(Sak 2007/2382 og 2007/2383)

Justissekretariatene avslo søknader om henholdsvis erstatning etter strafforfølgning og fritt rettsråd i erstatningssaken fordi søkeren ikke ble ansett å ha vært siktet. Det ble heller ikke funnet grunnlag for å tilkjenne erstatning etter straffeprosessloven § 448.

Ombudsmannen mente at sakene ikke var tilstrekkelig opplyst til å avgjøre om søkeren hadde vært siktet, og at Justissekretariatene burde ha innhentet ytterligere opplysninger om dette. Det var ikke

grunnlag for rettslige innvendinger mot Justissekretariatens vurdering av betydningen av politiets innhenting av samtaledata fra mobiltelefon, eller vurderingen av vilkårene for erstatning etter straffeprosessloven § 448. Justissekretariatene ble bedt om å behandle saken på nytt.

A søkte om erstatning og oppreisning etter strafforfølgning som følge av politiets henleggelse av en voldtekstanmeldelse mot ham. I politiets oversendelsespåtegning til Justissekretariatene ble det gitt opplysninger om saken, og det ble konkludert med at A ikke hadde vært siktet. Søknaden ble avslått av Justissekretariatene. Det ble lagt til grunn at A ikke hadde hatt status som siktet, og at vilkårene for erstatning etter straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 §§ 444, 445 og 447 dermed ikke var oppfylt. Det ble vist til at verken innbringelse etter politiloven 4. august 1995 nr. 53 § 8 nr. 4 eller ileggelse av besøksforbud, gir status som siktet. Justissekretariatene fant videre ikke grunnlag for å tilkjenne erstatning etter straffeprosessloven § 448.

I forbindelse med erstatningssaken søkte A om ytterligere fritt rettsråd. Også denne søknaden ble avslått under henvisning til at vilkårene for status som siktet, ikke var oppfylt.

A klaget til ombudsmannen over Justissekretariatens vedtak, og anførte blant annet at innbringelsens varighet og politiets innhenting av samtaledata fra hans mobiltelefon, måtte gi ham status som siktet. Ombudsmannen ba Justissekretariatene opplyse om det var foretatt nærmere undersøkelser av hvor lenge politiets innbringelse varte. Det ble bedt om en redegjørelse for om politiets innhenting av samtaledata fra mobiltelefonen hadde betydning for vurderingen av statusen som siktet, og hvorfor politiets innbringelse, ileggelse av besøksforbud og innhenting av samtaledata fra mobiltelefon ikke ble ansett som forføyninger, som hver for seg eller samlet, gjorde det rimelig å tilkjenne erstatning etter straffeprosessloven § 448.

Justissekretariatene svarte at opplysningene i politidokumentene var lagt til grunn ved vurderingen av innbringelsens varighet og at det ikke var foretatt nærmere undersøkelser av faktum utover dette. Det ble vist til at trafikldataene fra mobiltelefonen ble innhentet etter skriftlig samtykke fra A, at han derfor ikke hadde vært underlagt noe straffeprosessuelt tvangsmiddel og således ikke kunne få status som siktet. På spørsmålet om hvorfor politiets handlinger ikke ble ansett som forføyninger som kunne begrunne erstatning etter straffeprosessloven § 448, svarte Justissekretariatene at man ikke anså konkrete forføyninger fra politiets side, men etterforskningen generelt, som årsak til det angitte tap.

Ombudsmannen fant grunn til å stille Justissekretariatene ytterligere spørsmål om undersøkelsen av varigheten av politiets innbringelse. Det ble bedt opplyst om arrestjournalen fra lensmannskontoret, som angivelig inneholdt opplysninger om innbringelsens varighet, ble innhentet, eller om Justissekretariatens avgjørelse var basert på opplysningene i politiets påtegning. Det ble gjort oppmerksom på at arrestjournalen ikke fulgte oversendelsen av politidokumentene hit.

Justissekretariatene svarte slik:

«Justissekretariatene har ved vår behandling ved vedtak 23.08.07 lagt til grunn de opplysninger som fremgår av politidokumentene. Hvilke dokumenter som fulgte oversendelsen fra politiet er ikke mulig å bringe på det rene i dag, da politiets dokumenter returneres i sin helhet til det aktuelle politidistrikt, uten at det tas kopier. Av politiets påtegning til Justissekretariatene 10.08.06 vises det til arrestjournal for de tidspunktene søker var innbrakt. Som fast praksis sjekker Justissekretariatene at de opplysninger som kommer frem i politiets påtegninger til oss, støttes av opplysninger i de underliggende dokumentene. Tidspunkter for innkvirering og dimittering av personer til politiet går erfaringsmessig frem av de ulike dokumenter i den enkelte sak. Justissekretariatene går ut fra at de dokumentene vi hadde ved vår behandling 23.08.07 er de samme som Sivilombudsmannen mottok. Disse dokumentene hadde vi tilgjengelig ved Sivilombudsmannens henvendelse 17.01.08. Politidokumentene støttet opplysningene som gikk frem av politiets påtegning og de opplysninger som vi la til grunn ved vår behandling 23.08.07. Når dette var tilfellet fant vi ikke grunn til å innhente arrestjournal, selv om det uttrykkelig er vist til slik journal i påtegningen.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Kontrollen av opplysningene om innbringelsens varighet

Straffeprosessloven §§ 444, 445 og 447 stiller som vilkår for erstatning etter strafforfølgning at søker har hatt status som siktet. Videre fremgår det av lov om fri rettshjelp 13. juni 1980 nr. 35 § 11 nr. 3 at søknad om fritt rettsråd kan innvilges uten behovsprøving for siktede som reiser krav om erstatning etter strafforfølgning. Etter straffeprosessloven § 82 første ledd får den mistenkte stilling som siktet blant annet når det er besluttet eller foretatt pågripelse. Av straffeprosessloven § 82 annet ledd følger at innbringelse etter politiloven § 8 ikke medfører stilling som siktet. Politiloven § 8 siste ledd inneholder imidlertid bestemmelser om at «[i]ngen må holdes tilbake lenger enn nødvendig etter denne bestemmelsen og ikke ut over 4 timer.» Fristen på fire timer begynner å løpe fra det tidspunktet vedkommende faktisk berøves bevegelsesfriheten, slik at også transporttid inn til politilokalet vil telle med, jf. Auglend, Mæland, Røsand-

haug, Politirett (1998) side 428. I Bjerke/Keiserud, Straffeprosessloven kommentarutgave bind I (3. utg. 2001) side 364, er det uttalt at en innbringelse etter politiloven som går ut over fire timer, gjerne må bli å anse som en pågripelse om ikke ekstraordinære forhold tilsier noe annet.

I politiets påtegning 10. august 2006 ble det, under henvisning til arrestjournal fra lensmannskontoret, opplyst at A ble innbrakt kl 11.00 og dimittert kl 15.00. A mener at innbringelsen gikk utover fire timer og har forklart det slik:

«Vart pågrepet klokken 1028-1035, og kjørt til X, nektet avhør uten advokat, og vart plassert på glattcelle, og sluppen ut klokken 15.10, og kjørt til busstopp klokken 15.30.»

Justissekretariatene har antatt at vurderingen av innbringelsens varighet var basert på de samme politidokumentene som ble oversendt hit. I politiets påtegning var tidspunktene fra arrestjournalen og avhørsdokumentet gjengitt. Avhørsdokumentet, men ikke arrestjournalen, inngikk blant de dokumentene som ble mottatt her. Dokumentasjon for innbringelsestidspunktet og dimitteringen fremgikk dermed ikke av annet enn politiets påtegning. Opplysninger om anholdelsestidspunktet forelå ikke.

Søknaden om erstatning bygget på at frihetsberøvelsen varte ca. fem timer, jf. brev 20. juni 2006 fra As advokat, og A har i flere e-brev til Justissekretariatene gjengitt de aktuelle tidspunktene. Det forelå således motstridende opplysninger på et punkt av rettslig betydning, og det er spørsmål om Justissekretariatene i tilstrekkelig grad har kontrollert opplysningene og utredet sakene godt nok.

Av straffeprosessloven § 449 første ledd siste punktum fremgår at avgjørelser av krav om erstatning etter strafforfølgning ikke er enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967. Forvaltningen har imidlertid i alle saker en plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før det treffes en avgjørelse, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 17 første ledd første punktum. Selv om bestemmelsen bare gjelder direkte ved saksforberedelsen av enkeltvedtak, er det alminnelig antatt at den gir uttrykk for et generelt prinsipp i forvaltningsretten, jf. for eksempel Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (4. utg. 2006) side 325 med videre henvisninger. Utredningsplikten må også antas å følge av uskrevne regler for god forvaltningsskikk.

I forarbeidene til forvaltningsloven § 17, Ot.prp. nr. 3 (1976-77) side 71, er det blant annet lagt til grunn at det i mange saker ikke kan stilles særlig store krav til forvaltningens kontroll av det saksmateriale som legges frem av parter eller andre offentlige myndigheter. Dette har sammenheng med stor saks-

mengde og forvaltningens mulighet og plikt til å rette feil.

Det fremheves blant annet i Graver, Alminnelig forvaltningsrett (3. utg. 2007) side 470 at utredningsplikten omfang avhenger av sakens karakter og hvor vanskelig det er å bringe alle forhold på det rene. Av Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (7. utg. 2003) side 237 fremgår at «[h]vor meget som kan kreves, må i noen grad bero på hvor pålitelige opplysninger av den aktuelle art fra vedkommende kilde pleier å være. Men selv om det dreier seg om opplysninger som pleier å være pålitelige, kan det i det enkelte tilfelle være grunn til å etterprøve dem.»

Det vil være avgjørende for ivaretagelse av utredningsplikten at sakens dokumenter undersøkes og opplysningene kontrolleres, slik at en reell og selvstendig behandling av saken blir sikret. Det er også egnet til å svekke borgernes tillit til offentlig forvaltning, dersom saker behandles uten at det gjøres en selvstendig kontroll av opplysningene.

I den foreliggende saken gjaldt det kontroll av faktiske opplysninger gitt av et saksforberedende organ. I utgangspunktet må det kunne legges til grunn at det organ som har ansvar for saksforberedelsen, kontrollerer opplysningene som legges frem, og at det derfor ikke bør stilles strenge krav til vedtaksorganets egne undersøkelser.

Justissekretariatene har opplyst at opplysninger som gis av politiet, normalt kontrolleres opp mot politidokumentene. Selv om det legges til grunn at dette også ble gjort i de foreliggende sakene, innebar det likevel at tidspunktene for anholdelse, innbringelse og dimittering ikke ble kontrollert, i og med at arrestjournalen ikke inngikk i saksdokumentene. I politiets påtegning ble det kun vist til arrestjournalen, og ikke nærmere presisert hvorvidt innbringelsen var regnet fra tidspunktet for ankomst politilokalet eller tidspunktet for anholdelse. Da spørsmålet om innbringelsens varighet var så vidt sentralt for Justissekretariatenes avgjørelser, og politiets opplysninger om dette i tillegg ble imøtegått av A, mener jeg at Justissekretariatene skulle undersøkt nærmere det faktiske grunnlaget for opplysningene og vurdert om det var behov for tilleggsopplysninger.

Etter dette mener jeg at arrestjournalen burde vært innhentet og at det burde vært gjort undersøkelser for å avklare anholdelsestidspunktet. Sakene kan derfor ikke sies å ha vært tilstrekkelig utredet og opplyst, og det kan ikke ses bort fra at denne mangelen har virket bestemmende på vedtakenes innhold.

2. Innhenting av samtaledata fra mobiltelefon

Av politidokumentene fremgår at A, i forbindelse med at han ble avhørt som mistenkt, samtykket til at politiet innhentet samtaledata fra hans mobiltelefon. Politiets anmodning om utlevering av samtaledata

ble sendt til Telenor. Det lå ingen utskrift fra samtaledataene blant politidokumentene som ble oversendt hit, men rapport fra politiet viser at dataene fra mobiltelefonen ble gjennomgått.

Det fremgår ikke av Justissekretariatens vedtak hvorvidt innhenting av samtaledataene ble vurdert i forbindelse med avgjørelsen av om vilkårene for erstatning og ytterligere fritt rettsråd var oppfylt. Først i brevet hit 14. februar 2008 ble det fremholdt at innhenting av samtaledataene ikke kunne anses som et straffeprosessuelt tvangsmiddel som ga status som siktet.

Opplysningene om innhenting av samtaledataene og As anførsler i tilknytning til dette, var kjent for Justissekretariatene på vedtakstidspunktene. Justissekretariatens syn på betydningen av innhenting av samtaledataene burde derfor fremgått av vedtakene. Jeg er imidlertid enig i Justissekretariatens rettslige vurderinger, og viser blant annet til at Høyesteretts kjæremålsutvalg, i kjennelse inntatt i Rt. 1997 s. 1523, la til grunn at et pålegg til et telefonselskap om å utlevere data om bruken av mobiltelefon ikke er et så vidtrekkende inngrep i den enkeltes liv at vedkommende abonnent får stilling som siktet. Da A i tillegg hadde samtykket til utlevering av samtaledata fra mobiltelefonen, kan det vanskelig sies at han skal tilstås en annen rettslig status enn den Justissekretariatene har lagt til grunn. As anførsel om at han ble tvunget til å samtykke til utlevering av samtaledataene, har jeg ikke grunnlag for å vurdere.

3. Erstatning etter straffeprosessloven § 448

Straffeprosessloven § 448 gir adgang til på rimelighetsgrunnlag å tilkjenne andre enn siktede erstatning for tap som er påført ved «granskning, ransaking, beslag, kommunikasjonskontroll etter kapittel 16 a eller annen forføyning.»

I kjennelse inntatt i Rt. 2004 s. 1235 la Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn at det for erstatning etter straffeprosessloven § 448 ikke er tilstrekkelig å relatere skaden eller ulempen til etterforskningen mer generelt, men at det må være en mer direkte sammenheng mellom skaden og den aktuelle forføyningen.

I følge A førte voldtektsanmeldelsen og etterforskningen til at han måtte slutte i sitt arbeid. Den psykiske og sosiale belastningen anklagen for seksuelle overgrep innebar, er fremhevet som årsak til at han måtte avslutte sitt arbeidsforhold. A har krevet erstatning for tapt inntekt og tapt fremtidig inntekt. Han har også krevet erstatning for utgifter til advokatbistand i forbindelse med politiets innbringelse, og reiseutgifter påløpt som følge av møter hos advokat. Det er i tillegg fremmet et oppreisningskrav.

Justissekretariatene vurderte As erstatnings- og oppreisningskrav etter bestemmelsen i straffepro-

sessloven § 448. Kravet på dekning av tapt inntekt og tapt fremtidig inntekt ble avslått, idet Justissekretariatene ikke fant at «de anførte forhold refererer seg til forføyninger fra politiets side som kan danne grunnlag for erstatning etter strpl. § 448.» Begrunnelsen etterlot tvil om Justissekretariatene mente at politiets handlinger under etterforskningen ikke kunne anses som forføyninger etter straffeprosessloven § 448. På spørsmål herfra, presiserte Justissekretariatene at politiets handlinger nok måtte anses som forføyninger i lovens forstand, men at det angitte tapet ble vurdert å relatere seg til etterforskningen generelt, og ikke til de konkrete forføyningene fra politiets side. Vilkårene for erstatning var derfor ikke oppfylt.

As krav på dekning av advokatkostnader ble heller ikke funnet å relatere seg til konkrete forføyninger. Justissekretariatene viste blant annet til at A ikke var bistått av advokat i forbindelse med innbringelsen og det påfølgende avhøret, og at advokatens arbeid var knyttet til begjæring om henholdsvis oppnevning som forsvarer og innsyn i politidokumentene.

Slik saken nå er opplyst, blant annet gjennom Justissekretariatens redegjørelse hit, er det ikke grunnlag for rettslige innvendinger mot Justissekretariatens vurdering av erstatningskravet etter straffeprosessloven § 448.

4. Konklusjon

Jeg har kommet til at spørsmålet om innbringelsens varighet var mangelfullt utredet da Justissekretariatene av slo søknadene om erstatning etter strafforfølgning og ytterligere fritt rettsråd, og at det ikke er usannsynlig at den mangelfulle utredningen kan ha virket bestemmende for vedtakenes innhold.

Justissekretariatene bes derfor om å behandle sakene på nytt. Jeg ber om å bli holdt informert om det endelige utfallet, ved oversendelse av kopi av brev til A.»

97.

Sak om erstatning av advokatutgifter etter straffeprosessuelt beslag

(Sak 2007/1480)

I en straffesak var det tatt beslag hos en som ikke var siktet i saken. Justissekretariatene av slo erstatning til dekning av advokatutgifter for å få tilbake den beslaglagte gjenstanden. Under henvisning til fortolkningen av kravet til årssakssammenheng, ble det vist til at advokatutgiftene ikke var en tilstrekkelig påregnelig følge av beslaget.

Ombudsmannen påpekte at adekvansvurderingen og rimelighetsvurderingen vanskelig kan holdes strengt atskilt ved anvendelsen av straffeprosessloven § 448. Svakheter ved politiets saksbehandling,

beslagstidens lengde, saksbehandlingstiden og den øvrige saksbehandlingen av erstatningskravet, både i politiet og i Justissekretariatene, og klagerens perifere tilknytning til strafforfølgningen talte for at utgifter til advokatbistand her var en påregnelig følge av beslaget, og at det fremsto som rimelig at disse ble dekket. Justissekretariatene fattet deretter et nytt vedtak om å dekke advokatutgiftene.

Politiet tok i mars 2002 beslag i en videoprojektor som tilhørte klageren (A). En tidligere eier hadde meldt projektoren stjålet, men ble i januar 2003 dømt for forsikringsbedrageri for forholdet. Klageren fikk projektoren tilbake i begynnelsen av 2005.

Klagerens advokat fremmet i desember 2004 krav til politiet om erstatning for uberettiget beslag. Politiet tok i vedtak i august 2005 ikke kravet til følge, og vedtaket ble påklaget.

I påtegning i februar 2006 til Justissekretariatene uttalte politiet at saken ble avsluttet 17. juli 2003, og at det var rutine ved politidistriktet at alt beslag i denne forbindelse skulle gjøres opp, herunder at gjenstander som skulle utleveres, da ble utlevert. Man kjente ikke til hvorfor det ikke ble gjort i denne saken. Videre opplyste politidistriktet at den tidligere eierens forsikringsselskap hadde meddelt at det ikke gjorde krav på projektoren, at klageren etter avtale skulle avhente projektoren i desember 2004, men at han ikke møtte, da han ikke ønsket tilbakelevering så lenge erstatningssaken verserte.

I brev i mars 2006 til Justissekretariatene fremmet advokaten på ny krav om dekning av klagerens utgifter til advokat. I brev i august 2006 ble det svart at det falt utenfor Justissekretariatenes kompetanse å erstatte slike utgifter, og at søknad om dekning av advokatutgifter måtte fremsettes overfor fylkesmannen, som fritt rettsråd til siktede under strafforfølgning. Justissekretariatene fattet 24. oktober 2006 vedtak om ikke å tilkjenne erstatning etter straffeprosessloven § 448. Klagerens advokat fremmet omgjøringsbegjæring. Justissekretariatene omgjorde i vedtak 8. januar 2007 sitt tidligere vedtak og tilkjente erstatning med kr 30 417,30, for utgifter til dekningskjøp. Standpunktet om ikke å dekke klagerens utgifter til advokat, ble fastholdt.

Etter ny henvendelse fra advokaten, fastholdt og utdypet Justissekretariatene i brev 6. juli 2007 begrunnelsen for ikke å dekke advokatutgiftene, og viste herunder til en kjennelse fra Høyesteretts kjøremålsutvalg inntatt i Rt. 2004 s. 1235.

Saken ble deretter brakt inn for ombudsmannen. Klagen gjaldt politiets saksbehandling, herunder saksbehandlingstid, avslaget på klagerens krav om erstatning for ikke-økonomisk skade og avslaget på kravet om dekning av klagerens utgifter til advokat.

Justissekretariatene opplyste deretter at det var funnet grunn til å korrigere uttalelsen i brev 6. juli 2007 om at advokatutgifter påløpt ved å fremme søknad om erstatning fortrinnsvis ville bli dekket under rettshjelpordningen. Ettersom klageren ikke hadde vært siktet i saken, falt han utenfor den gruppen av personer som mottar fri rettshjelp uten behovsprøving etter lov om fri rettshjelp 13. juni 1980 nr. 35 § 11 første ledd nr. 3. For øvrig ble det fastholdt at klagerens utgifter til advokat ikke var dekningsmessige etter straffeprosessloven § 448.

I brev herfra ble det bedt om en nærmere redegjørelse for Justissekretariatenes rettsanvendelse og begrunnelse for ikke å dekke klagerens utgifter til advokat.

Justissekretariatene uttalte i sitt svar følgende om den konkrete vurderingen som var foretatt i saken:

«Justissekretariatene mener i dette tilfellet at det er årsakssammenheng mellom beslaget av projektoren og klagerens utgifter til advokat for å søke om erstatning. Spørsmålet blir da etter vår vurdering om advokatbistanden står i adekvat årsakssammenheng med beslaget.

Rettspraksis viser at advokatutgifter kan dekkes etter straffeprosesslovens § 448. I de rettsavgjørelsene klageren viser til har advokatbistanden, slik Justissekretariatene forstår avgjørelsene, en nær tilknytning til selve den straffeprosessuelle forføyningen vedkommende har vært underlagt. De sakene som er trukket frem har relatert seg til å bringe en straffeprosessuell forføyning inn for retten for å avgjøre om de straffeprosessuelle vilkårene for selve forføyningen er til stede.

Hva slags advokatutgifter som kan dekkes etter strpl. § 448 var gjenstand for Høyesteretts behandling i Rt. 2004.1235. Kravet til årsakssammenheng synes etter Justissekretariatenes forståelse å relatere seg til to forhold. For det første at skaden må være en følge av en konkret forføyning, og ikke av 'etterforskningen mer generelt'. I klagers sak kan utgiftene ledes tilbake til en konkret forføyning – beslag av projektoren.

For det andre går det frem at det også for advokatbistand knyttet til en konkret forføyning, er krav om en «mer direkte» sammenheng mellom den aktuelle forføyningen og advokatutgiften, enn at advokatutgiften er påløpt som følge av straffeprosessuelle handlinger. De faktiske forhold i Rt. 2004.1235 illustrerer dette: A var som mistenkt og eneste aktuelle gjerningsperson innkalt til et avhør. Dette forholdet falt etter Høyesteretts vurdering inn under uttrykket 'forføyning', jf. strpl. § 448. På bakgrunn av dette pådro A seg advokatutgifter. Det var også i denne saken faktisk årsakssammenheng mellom forføyning og advokatutgiftene. Høyesterett fant imidlertid ikke at det var tilstrekkelig årsakssammenheng til at utgiftene var dekningsmessige etter strpl. § 448.

Advokatbistand til fremme av erstatningskrav er, i forhold til forføyninger truffet under straffesaken, en etterfølgende bistand. Dette gjelder en kostnad for skadelidte til å gjøre erstat-

ningskravet gjeldende under en administrativ behandling, samt oppfølging av et krav som allerede er oppstått. Slike utgifter står i et mer indirekte og avledet forhold til forføyningen enn selve det materielle erstatningskravet. På denne bakgrunn la Justissekretariatene til grunn at advokatutgifter påløpt i forbindelse med et krav om erstatning som følge av politiets beslag, ikke hadde en slik direkte sammenheng med forføyningen som kreves i medhold av rettspraksis. Vi viser her til at klagers advokatutgifter i nærværende sak fremstår som mer avledet enn tilfellet var i Rt. 2004.1235, både i tid og karakter.

Justissekretariatene mener prinsipielt at de utgifter til advokat som påløper til å fremme krav om erstatning bør anses regulert gjennom retts-hjelpordningen. Henvisningen i straffeprosessloven § 450 til retts-hjelplovens § 11 må således anses uttømmende å regulere dekning av advokatbistand for fysiske personer. Selv om retts-hjelp til andre enn siktede i slike saker faller utenfor prioriterte saksområder etter retts-hjelploven, kan også tredjemenn som søker erstatning etter strpl. § 448 innvilges retts-hjelp dersom retts-hjelpmyndigheten finner grunnlag for det etter en konkret vurdering, jf. retts-hjelplovens § 11 tredje ledd. I hvilken grad utlegg til juridisk eller annen bistand ved behandling av erstatningskravet etter straffeprosesslovens § 444 vil kunne kreves dekket som en tapspost er berørt i Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) punkt 11.2 annen spalte, og må etter Justissekretariatenes syn også gjelde i forhold til § 448. Uttalelsene der taler etter vår vurdering for at utgifter til advokatbistand for å fremme krav om erstatning er ment uttømmende regulert gjennom retts-hjelploven.»

Til spørsmålet om det «fremstår som rimelig» å dekke klagerens utgifter til advokat, uttalte Justissekretariatene at henvisningen til rimelighet i straffeprosessloven § 448 først og fremst gir uttrykk for at bestemmelsen ikke gir grunnlag for rettskrav på erstatning. Videre ble det gitt uttrykk for at rimelighetsbetraktninger også vil inngå i adekvansvurderingen.

Videre uttalte Justissekretariatene at det hadde forståelse for at det i dette tilfellet kunne fremstå som urimelig at advokatutgiftene ikke ble dekket, så langt disse var rimelige og nødvendige. Med bakgrunn i Justissekretariatenes fortolkning av kravet til årsakssammenheng, hadde man til tross for de rimelighetsgrunner som forelå, ikke funnet tilstrekkelig grunnlag for å kunne dekke advokatutgiftene etter straffeprosessloven § 448.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Straffeprosessloven § 448 lyder slik:

«For skade eller annen ulempe som andre enn siktede er påført ved granskning, ransaking, beslag, kommunikasjonskontroll etter kapittel 16 a eller annen forføyning under saken, kan det tilkjennes erstatning når dette fremstår som rimelig.»

Bestemmelsen kom inn i loven fra vedtakelsen av denne i 1981, og har siden vært omredigert flere ganger, uten at dette har medført endringer i vilkårene for erstatning, jf. Ot.prp. nr. 35 (1978-79) s. 239 og s. 294, og Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) punkt 15.3.

Det er ikke omtvistet at klageren ved beslaget av videoprojektoren faktisk ble påført tap i form av verdifall på projektoren i beslagtiden og utgifter til advokat. Justissekretariatene har dekket verditapet, ved å erstatte klagerens utgifter til dekningskjøp med fradrag for vederlaget ved salg av projektoren. For så vidt gjelder klagerens advokatutgifter, har Justissekretariatene gitt uttrykk for at det er årsakssammenheng mellom disse og beslaget av projektoren, men at årsakssammenhengen er så vidt fjern og indirekte at disse utgiftene ikke kan dekkes etter straffeprosessloven § 448. Det er i denne sammenheng særlig vist til kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2004 s. 1235.

Det er lagt til grunn i praksis at bestemmelsen omfatter utgifter til nødvendig advokatbistand, jf. f.eks. Rt. 1998 s. 1083. I en kjennelse i Rt. 2000 s. 890 har kjæremålsutvalget for så vidt gjelder spørsmålet om hvilke skader som dekkes av straffeprosessloven § 448, uttalt at en snever fortolkning av bestemmelsen har støtte i ordlyden og lovforarbeidene. I den foran nevnte kjennelsen i Rt. 2004 s. 1235, som gjaldt en mistenkts krav på erstatning av utgifter til advokat, la kjæremålsutvalget til grunn at det ikke var tilstrekkelig direkte sammenheng mellom skaden og den aktuelle forføyningen. De advokatutgiftene som var krevd erstattet i den saken, var «utgifter som fullt ut synes å være påløpt fra et tidspunkt som ligger flere uker etter at politiets avhør av ham var avsluttet. Advokatens arbeid hadde i betydelig grad sammenheng med den omfattende medieoppmerksomhet som saken fikk, i tillegg til klager over beslutninger om henleggelse.»

Adekvansvurderingen kan vanskelig holdes strengt atskilt fra rimelighetsvurderingen.

I foreliggende sak påbegynte advokaten sitt arbeid før klageren hadde fått tilbake den beslaglagte gjenstanden, og politiet hadde angivelig anmodet om å fremme kravet via advokat. Advokaten fremmet riktignok erstatningskravet etter at politiet hadde tilbudt klageren å levere projektoren tilbake til ham, men bakgrunnen for at klageren da ikke ønsket tilbakelevering, var at han først ville få en avklaring med hensyn til erstatningskravet. Klageren skal før dette, under møter med politiet, ha krevd å få tilbake projektoren, og han skal i denne forbindelse ikke ha fått noen informasjon om muligheten til å begjære rettslig overprøving av beslaget.

Både beslagtiden og den samlede saksbehandlingstiden i saken fremstår som uforholdsmessig lang, noe som blant annet skyldes at politidistriktet

ikke fulgte egne rutiner for oppgjør av beslag. Der- som dette hadde vært gjort, anser jeg det som sannsynlig at klageren hadde fått tilbake projektoren på et langt tidligere tidspunkt, og således helt eller delvis unngått verditapet på denne. I så fall ville han neppe hatt behov for advokatbistand i saken.

Den etterfølgende utviklingen, hvor erstatningskravet først ble avslått og deretter delvis innvilget, viser klart at klageren hadde behov for juridisk bistand som en konsekvens av det langvarige beslaget, og underbygger således at utgiftene til advokat var en adekvat følge av dette. De faktiske forhold i foreliggende sak skiller seg således på vesentlige punkter fra saksforholdet i kjennelsen i Rt. 2004 s. 1235, idet advokatutgiftene her synes å stå i nærmere forbindelse med beslaget enn det som var tilfellet der. Ut fra en samlet vurdering må etter mitt skjønn klagerens nødvendige utgifter til advokat anses som en påregnelig følge av beslaget.

Spørsmålet er da om det fremstår som rimelig at utgiftene til advokat blir dekket helt eller delvis. Som Justissekretariatene påpeker, gir henvisningen i § 448 til rimelighet, uttrykk for at bestemmelsen ikke gir et ubetinget rettskrav på erstatning for enhver skadefølge av forføyninger under straffesaken. Justissekretariatene har imidlertid uttrykt forståelse for at det kan fremstå som urimelig at klagerens utgifter til advokat ikke blir dekket. Dette er jeg enig i. Jeg viser til svakhetene ved politiets saksbehandling, beslagtidens lengde, saksbehandlingstiden og den øvrige saksbehandlingen av erstatningskravet, også i Justissekretariatene, og klagerens perifere tilknytning til strafforfølgningen. Det var også uheldig at klageren ikke ble underrettet om adgangen til rettslig overprøving av beslaget.

Justissekretariatene bes vurdere saken på nytt i lys av mine bemerkninger foran. Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.

2. Avslutningsvis har jeg noen kommentarer om forholdet til rettshjelploven, selv om dette spørsmålet ikke har vært tatt opp herfra. Under sakens gang har Justissekretariatene gitt uttrykk for varierende oppfatning om adgangen til å få dekket advokatutgifter etter straffeprosessloven § 448 og forholdet til rettshjelploven.

I Justissekretariatenes brev 27. oktober 2007 hit uttales at den prinsipielle oppfatning er at utgifter til advokat som påløper til å fremme krav om erstatning, bør anses regulert gjennom rettshjelpordningen. Dette kan jeg vanskelig slutte meg til. Som redegjort for foran, følger det av Høyesteretts praksis at nødvendige og rimelige utgifter til advokat er omfattet av straffeprosessloven § 448, forutsatt at kravet til påregnelig årsakssammenheng er oppfylt. Det er ikke i denne praksis gjort unntak for advokatutgifter til fremme av erstatningskrav. Å henvisne skadelidte,

som ikke har vært siktet i straffesaken, til å søke utgiftene dekket som fri rettshjelp etter lov om fri rettshjelp § 11 tredje ledd, hvoretter det kan «unntaksvis innvilges fritt rettsråd», fremstår som en avskjæring av skadelidtes rettigheter etter straffeprosessloven § 448. For siktede i en straffesak stiller dette seg annerledes, idet han vil ha krav på fritt rettsråd uten behovsprøving ved fremme av krav om erstatning for urettmessig strafforfølgning etter straffeprosessloven kapittel 31, jf. lov om fri rettshjelp § 11 første ledd nr. 3.

Dersom Justissekretariatene mener det er behov for en ytterligere avklaring, eventuelt endring, av gjeldende rett, må dette tas opp med lovgivende myndigheter.»

Justissekretariatene fattet deretter et nytt vedtak om å dekke advokatutgiftene.

98.

Om deltakelse i en øvelse, utført av vikar, ga rett til yrkesskadeerstatning

(Sak 2007/205)

A var ansatt som sporadisk vikar, verksbetjent, på snekkerverkstedet i Y fengsel da hun ble bedt om å delta som markør under en øvelse i regi av fengselets operative førstebejter. Øvelsen skulle skape et fiktivt fangeopprør, og A var en av flere markører som skulle opptre som innsatt som gjorde opprør. Under øvelsen skadet A høyre kne. Statens Pensjonskasse avsto kravet på yrkesskadeerstatning basert på at vilkårene om «ytte hending» med mer ikke var oppfylt, jf. yrkesskadeforsikringsloven § 11, jf. folketrygdloven § 13-3.

Ombudsmannen kom til ut fra øvelsens karakter og formål og As forutsetninger for å delta i øvelsen, at øvelsen for A måtte karakteriseres som unormal og ekstraordinær i forhold til As vanlige arbeidsoppgaver på snekkerverkstedet. Han mente derfor øvelsen fremsto som risikofylt og utgjorde særlig vanskelige arbeidsforhold for A. Det ble ansett nærliggende at A skadet kneet sitt, dvs. ble utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning, på grunn av den vanskelige arbeidsstillingen øvelsen brakte henne i, og at øvelsen i seg selv utgjorde et tilstrekkelig ulykkesmoment, jf. folketrygdloven § 13-3 annet ledd.

A klaget til ombudsmannen over avslag 1. juni 2004 hos Statens Pensjonskasse (SPK) på krav om yrkesskadeerstatning, samt SPKs opprettholdelse av avslaget 22. november 2004. Saken var påklaget til Forsikringsskadenemnda som i uttalelse 16. juni 2006 ga SPK medhold. Klagen hit ble fremmet av advokat B.

A var ansatt som sporadisk vikar, verksbetjent, på snekkerverkstedet i Y fengsel da hun ble bedt om å delta som markør under en øvelse i regi av fengse-

lets operative førstebetjenter. Øvelsen skulle skape et fiktivt fangeopprør, og A var en av flere markører som skulle opptre som en innsatt som gjorde opprør. Markørenes oppgave var å prøve å forsere en mur av 16 fengselsbetjenter, utstyrt med fullt verneutstyr. Fengselsbetjentene var oppstilt i to rekker i dybden, og første rekke var utstyrt med skjold. Markørene ble instruert om å spille sinte og aggressive, og skulle angripe muren med stoler og bandykøller og hyle og skrike og bruke grove ord med mer. Markørene gikk løs på betjentene med stoler og køller, og prøvde å rive skjoldene vekk og komme seg gjennom muren. De ble dyttet tilbake og angrep igjen. Under øvelsen skadet A høyre kne.

I SPKs opprettholdelse 22. november 2004 av avslaget på krav om yrkesskadeerstatning ble det lagt til grunn følgende om hvordan skaden oppsto:

«I telefonsamtale den 14. mai 2004 har [A] beskrevet hendelsesforløpet slik: ”Hun står helt stille og skal slenge seg rundt for å forsere en ”mur” av fengselsbetjenter. Foten blir stående igjen på gulvet. Hun har joggesko og gulvet er ikke glatt. Kneet får en vridning. Hun får umiddelbart vondt, men skjønner ikke at kneet er skadet. Først etter en tid oppsøker hun lege”.»

SPK konkluderte i avslaget 1. juni 2004 med at det ikke forelå krav på yrkesskadeerstatning, da A «ikke [var] utsatt for en ytre, plutselig hendelse da [As] kne fikk en vridning». Etter klage 7. september 2004, samt telefonsamtale 14. mai 2004 hvor hendelsesforløpet ble utdypet, jf. beskrivelsen gjengitt ovenfor, opprettholdt SPK avslaget 22. november 2004 og viste til at A ikke var «utsatt for noen ulykke, det vil si en ytre plutselig hendelse den 21. januar 2003». I sekretariatets redegjørelse i Forsikringskadenemnda 11. januar 2006 fremgikk det videre at SPK mente hendelsen «heller ikke [kan] karakteriseres som en påkjenning som er usedvanlig i forhold til det som er normalt i vedkommendes arbeid». I tillegg fremgikk blant annet følgende:

«Statens Pensjonskasse forstår det slik at [As advokat] viser til ”det utvidede ulykkesbegrep i lov om folketrygd § 13-3 annet ledd annen setning: ”Som arbeidsulykke regnes også en konkret tidsbegrenset ytre hending som medfører en påkjenning eller belastning som er usedvanlig i forhold til det som er normalt i vedkommende arbeid.” Og videre mener han hele situasjonen må anses som en ”arbeidsulykke”, dvs. etter ”det utvidede ulykkesbegrep”.

Statens Pensjonskasse vil bemerke at skadenære opplysninger er særlig viktig ved bevisbedømmelsen når korrekt faktum skal søkes avdekket. Dette er slått fast i rettspraksis. Opplysninger som fremkommer først lang tid etter den begivenhet som skal klarlegges, må som utgangspunkt tillegges mer begrenset vekt.

Statens Pensjonskasse vil oppsummere slik:

[A] har beskrevet hvordan skaden skjedde. Den skjedde ikke ved en arbeidsulykke.

Vi kan ikke se at [As advokat] har kommet med nye opplysninger.

Selve øvelsen kan ikke ses på som ”en konkret tidsbegrenset ytre hending som medfører en påkjenning eller belastning som er usedvanlig i forhold til det som er normalt i vedkommende arbeid”.»

I brev herfra til SPK ble det vist til at slik øvelsen som skaden oppsto under var beskrevet, og ut fra øvelsens formål, syntes det som øvelsen som sådan måtte kunne karakteriseres som en fysisk utfordrende/krevende og risikofylt øvelse. Øvelsens karakter måtte sees på bakgrunn av markørenes oppgaver, utstyret til de som utgjorde muren samt det forhold at det var lagt opp til fysisk håndgemeng for at øvelsen skulle gjennomføres etter sitt formål mest mulig realistisk. Videre ble det antatt at øvelsen derfor for den enkelte kunne ha fremkalt varierende grad av fysisk påkjenning og fysisk og psykisk stress, samt at øvelsen kunne fremstå som kaotisk, også her sett hen til at det under øvelsen var ment at det skulle skrikes og brukes skjellsord. Her ble vist til at i hvilken grad øvelsen fremkalte nevnte beskrivelser for deltakerne ville måtte avhenge av hvor trent og erfaren den enkelte deltaker i øvelsen er med slike øvelser og situasjoner. Det ble lagt til grunn at dersom man er uerfaren med slike øvelser og uten trening med håndtering av denne type situasjoner, og det heller ikke inngår i det daglige gjøremål på arbeidsplassen, så måtte det antas at man lettere ville kunne oppleve situasjonene som ekstraordinære eller usedvanlige. I tillegg forelå det en sannsynlighet for at man ville kunne skade seg under øvelsen, særlig sett hen til den type nokså «ukontrollert» og «hardhendt» fysisk aktivitet man skulle utvise under øvelsen for å opptre som markør, herunder å bryte seg gjennom muren.

SPK ble bedt om å redegjøre nærmere for sitt syn på den beskrivelsen som ble gitt ovenfor av øvelsen og dens karakter. Det ble videre bedt redegjort for SPKs syn på hvilke forutsetninger en person i As stilling har for å kunne delta i en slik øvelse, samt hvorvidt en slik øvelse var innenfor As normale arbeidsoppgaver og arbeidsforhold, eller om og i hvilken grad dette er en type påkjenning og/eller belastning som lå utenfor As normale arbeidsoppgaver og arbeidsforhold.

Det ble videre vist til og delvis redegjort for Høyesteretts kjennelse 21. desember 2005, den såkalte Skyggekjennelsen, inntatt i Rt. 2005 s. 1757, herunder sitert fra premiss 51 og 52 i kjennelsen. SPK ble bedt om å redegjøre nærmere for sitt syn på hvorvidt A «på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner» kunne anses å ha blitt «utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning», jf. ovennevnte kjennelse, sett hen til øvelsen som sådan og

øvelsen i forhold til As normale arbeidsoppgaver og As forutsetninger for å delta i øvelsen. I denne forbindelse ble det bedt utdypet hvorfor SPK mente det «er stor forskjell på faktum i denne saken og i vår sak», samt en nærmere redegjørelse for hva SPK la i at «[p]remiss 51 [i kjennelsen] kan ikke leses uavhengig av resten av saken».

Til spørsmålet om SPKs syn på redegjørelsen herfra om øvelsen mente SPK at det ikke var «øvelsen som helhet» som var sentral, men «hva som skjedde da skaden oppsto». SPK viste til at A hadde beskrevet dette slik at hun «står helt stille og skal slenge seg rundt for å forsere en mur av fengselsbetjenter», og SPK oppfattet dette «slik at hun foretar en i utgangspunktet kontrollert bevegelse, hvor det er hun selv som skal snu seg rundt og hive seg frem mot noe, og at det ikke er noe eller noen som kommer mot henne og som hun må prøve å unnvike». Videre mente SPK det ut fra As ovennevnte beskrivelse ikke var «skjedd noe uforutsett, som kan beskrives som et ytre element, i denne bevegelsen». Beskrivelsen advokat B kom med mente SPK «i vesentlig grad endret» forklaringen av hva som skjedde, da «[d]enne beskrivelsen gir inntrykk av at det er i møtet med ”muren” at skaden oppstår, mens skadelidtes første beskrivelse gir den forståelsen at det er idet hun vrir seg rundt at kneet får en skade». SPK anførte at det «ligger en vesensforskjell i forklaringen ettersom det i advokatens beskrivelse kommer inn et ytre element i form av muren av politifolk, mens det i skadelidtes egen forklaring ikke er noe ytre element – det er en bevegelse hun selv foretar og det er ingen ytre påvirkning som gjør at skaden i kneet oppstår». Deretter ble det vist til at SPK hadde «valgt å legge vekt på skadelidtes egen forklaring, som er nærmere hendelsen i tid», og at dette var «i tråd med rettspraksis om hvilket faktum som skal legges til grunn, jf Anne Lene Lie-dommen (Rt-1998-1565), samt en helt ny dom fra Høyesterett, av 28.09.07». SPK konkluderte deretter med at hendelsen ikke kom «inn under Ftrl. § 13-3, 2. ledd 2. punktum, da det i hendelsen verken foreligger noe ”ytre element”, jf As egen forklaring, eller noen usedvanlig påkjenning eller belastning som ligger utenfor det som er normalt i vedkommende arbeid».

På spørsmålet herfra om SPKs syn på hvilke forutsetninger en person i As stilling har for å kunne delta i denne type øvelse, viste SPK til at deltakelsen i øvelsen var frivillig. SPK la «da til grunn at A selv, i samarbeid med arbeidsgiver, har vurdert det slik at hun hadde de nødvendige forutsetninger for å kunne delta».

Når det gjaldt spørsmålet om hvorvidt øvelsen var innenfor As normale arbeidsoppgaver og arbeidsforhold, hadde SPK «fått forståelsen av at det ikke er uvanlig at ansatte i fengsler deltar på slike øvelser, uavhengig av hvilken stilling de har. Et fangeopprør

må antas å kunne oppstå hvor som helst i fengselet – også i snekkerverkstedet». SPK hadde «forstått faktum slik at selv om øvelsen ikke lå innenfor hovedoppgavene til A, lå den heller ikke utenfor hennes normale arbeidsoppgaver og arbeidsforhold», og anførte at deltakelsen i øvelsen for fengselsansatte måtte «anses å være et for lite avvik fra normal arbeidsprosedyre til at den skal kunne bevirke at hendelsen må betraktes som arbeidsulykke, jf den såkalte ”Meierikjennelsen”, avsagt av Høyesterett 6. juni 2007».

Om SPKs syn på hvorvidt A på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner kunne anses å ha blitt utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning, jf. Rt. 2005 s. 1757, anførte SPK at det sentrale var «selve hendelsen som førte til skaden: vridningsbevegelsen, hvor hun forbereder seg på å kaste seg mot muren av politifolk». SPK mente A «i denne hendelsen ikke var i en vanskelig arbeidsstilling eller ble utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning». Dessuten mente SPK at Høyesterett ikke gir «slipp på ulykkesbegrepet» i ovennevnte kjennelse, og anførte blant annet følgende om forståelsen av kjennelsen:

«Retten presiserer at hvis arbeidstakeren hadde støtt hodet mot bjelken han trodde kom farende så ville det ha vært en arbeidsulykke, og legger deretter til grunn at selve skyggen av bjelken er et ytre element. Høyesterett fastholder således kravet til et plutselig og ytre element for at hendelsen skal kunne komme inn under kravet til en yrkesskade, men presiserer at kravet til ytre element må være mindre når arbeidstakeren er i en vanskelig arbeidssituasjon/arbeidsstilling. Dette er også blitt presisert av Høyesterett i den senere Meierikjennelsen, premiss 38 og 39, som vi har vist til ovenfor (...).

I Meierikjennelsen presiserer Høyesterett ulykkesbegrepet ytterligere. Kjennelsen gjaldt en sak hvor en meieriansatt hadde pådratt seg en ryggskade ved løft av flere paller ved arbeidsslagens slutt. Arbeidstakeren mente hun hadde utført et arbeid som lå utenfor hennes ordinære arbeidsoppgaver og at skaden derfor var en yrkesskade i henhold til Ftrl § 13-3, 2. ledd, 2. punktum. Hun fikk ikke medhold.»

SPK siterte deretter fra Høyesteretts kjennelse 6. juni 2007, den såkalte Meierikjennelsen, herunder premiss 35 samt 37 flg., og konkluderte med at Høyesterett i kjennelsen stadfester «at det kreves et ytre element, eller at skadelidte har blitt utsatt for en usedvanlig påkjenning/belastning, for at det skal kunne foreligge en yrkesskade. I vurderingen av om det foreligger et ytre element skal det legges vekt på om skadelidte befant seg i en vanskelig arbeidsstilling, og kravet til ytre element vil i så fall være mindre enn i en ordinær arbeidssituasjon».

På det siste spørsmålet herfra om hvorfor SPK mente det er stor forskjell på faktum i As sak og Skyggekjennelsen og hva SPK la i at premiss 51 i

kjennelsen ikke kan leses uavhengig av resten av saken, svarte SPK blant annet følgende:

«Fakta i Skyggekjennelsen var at en sveiser foretok en avvergingsbevegelse for å unngå å bli slått i hodet av det han trodde var en bjelke som kom farende mot ham. Hendelsen skjedde da han skulle reise seg etter å ha beveget seg på huk under et stillas for å hente noen bolter. Han befant seg således i en vanskelig arbeidsstilling, og det å arbeide under slike forhold innebærer særlige risikomomenter. Årsaken til at skadelidte feiloppfattet situasjonen, kan ha vært skygge fra stålbejken. Bejken, eller skyggen av denne, var her det ytre element. Det ble også tatt i betraktning at han befant seg i en vanskelig arbeidsstilling, og at det gjorde at det måtte stilles mindre krav til hva som kunne sies å være et ytre element.

I vår sak foreligger det verken noen vanskelig arbeidsstilling eller noe ytre element. A foretok en vridningsbevegelse som hun selv satte i gang og som hun hadde muligheten til å kontrollere kraften av. Når det gjelder kjennelsens premiss 51 er vi av den oppfatning at den må leses i sammenheng med premiss 50 og 52. Overført til vår sak blir det da avgjørende at det ikke har skjedd noe uventet eller overraskende som har vært motiverende for As handlemåte og bevegelser, som igjen har ført til personskade. A var under den skadevoldende hendelsen ikke i en vanskelig arbeidssituasjon eller stilling, men hun var på vei til å kaste seg inn i en slik situasjon.»

SPK siterte følgende fra beskrivelsen av hendelsesforløpet i Trygderettens kjennelse 24. august 2001, som advokat B hadde vist til:

«Under undervisning i konflikthåndtering/selvforsvar på Kriminalomsorgens utdanningssenter var jeg markør for elevene i en celleaksjon. På alle celleaksjoner yter alltid markøren noe motstand for at det skal være så reelt som mulig.

De presset meg opptil veggen med skjold og tok kontrollgrep på armene mine med makt. Så dro de meg ned på gulvet og snudde meg på magen. Fortsatt med kontrollgrep på armene. Da de skulle sette beinlås på beina mine, tok de tak i mitt høyre bein. Som de bøyde forover samtidig som en satte kne sitt ned i låret på meg. Det høyre beinet mitt ble da bøyd forover med makt i det smalt i kneet. Da slapp de alle grep på meg.»

Deretter viste SPK til Trygderettens kjennelse 17. februar 2006, som SPK opplyste gjaldt en skade oppstått i forbindelse med øving på vanskelige situasjoner for fengselsansatte, og siterte følgende fra kjennelsen:

«Etter rettens oppfatning kan man ikke ut fra de forklaringer som X selv har gitt, si at de hendelser som mest ligner på ”basketak”, var av en ulykkesartet karakter med skade til følge. Det at X gjennomførte tre økter, og deretter merket at hun begynte å verke og stivne i ryggen, tyder heller på at det var øvelsens samlede belastning som forårsaket smertene. Slik retten ser det fyller ikke en

belastning av denne mer langvarige karakter, uten enkeltstående skadeforvoldende hendelser, vilkårene i folketrygdlovens § 13-3 andre ledd. Den påkjennning eller belastning hun var utsatt for synes ikke usedvanlig i forhold til det som må anses normalt. Slik retten ser det skiller hennes tilfelle seg klart fra det som var situasjonen i Trygderettens ankesak nr. 00/05331 (vår bemerkning: dette er kjennelsen det er vist til ovenfor, avsagt i Trygderetten 24. august 2001), hvor hendelsen hadde en langt mer plutselig karakter, hvor det ikke var tvil om at en konkret hendelse utløste skaden, hvor skaden var påvisbar og betydelig, og hvor hendelsen førte til at øvelsessituasjonen umiddelbart opphørte.»

SPK anførte at i tillegg til at fakta i As sak skilte seg fra Skyggekjennelsen, så skilte As sak seg fra Trygderettens kjennelse 24. august 2001 «på samme måte som kjennelsen i Trygderetten 17. februar 2006 skiller seg fra kjennelsen i 2001. A befant seg, i henhold til hennes egen forklaring, ikke i en fysisk konfrontasjon med de andre deltakerne i øvelsen. Skade skjedde før hun kom så langt».

Advokat B viste deretter blant annet til at SPK «tviholder på en beskrivelse av den skadevoldende hendelse som er basert på et blyantnotat gjort av en medarbeider i SPK etter en telefonsamtale med skadelidte», og at notatet «inneholder en reservasjon: ”Hun ble ikke dyttet, holdt igjen el., av noen andre så vidt jeg forstod”». B mente SPK burde ha forsikret seg om at medarbeiderens gjengivelse av hendelsen var riktig før SPK besluttet å avslå As krav. Videre viste B til at «SPK nekter å ta hensyn til den utfyllende beskrivelse som er gitt på vegne av skadelidte i mitt brev av 15.03.05 til SPK ... Dette til tross for at den beskrivelse som er gitt der bekrefte av andre som deltok i øvelsen». B anførte at det «er ingen motstrid» mellom beskrivelsen han ga i brevet 15. mars 2005 og «den atskillelig knappere beskrivelse som er gitt i skademeldingen til SPK». Videre anførte han:

«Begrunnelsen SPK gir for å tilsidesette den utfyllende beskrivelse, som også da er bekreftet av andre tilstedeværende er uttalelser fra Høyesterett i Rettstidende 1998 side 1565, og dom av 28.09.07.

Høyesteretts uttalelser i begge saker går på beskrivelser av en tilstand – det vil si av skadefølgen. Ved bevisbedømmelsen når skadefølgen skal vurderes bør etter Høyesteretts oppfatning beskrivelser og nedtegnelser om medisinske funn tidsnært den skadevoldende begivenhet veie tyngre enn opplysninger om medisinsk tilstand gitt på et langt senere tidspunkt. I begge sakene dreier det seg om påståtte medisinske tilstander som det er lite sannsynlig ikke vil ha kommet med i tidsnære dokumenter om tilstanden da hadde vært tilstede.

Disse uttalelser har ingen relevans i forhold til bevisetemaet i denne sak, nemlig selve den skadevoldende begivenhet.

Heller ikke skademeldingen til SPK er en tidsnær begivenhet, idet den er skrevet godt over 1 år etter hendelsen og den utfyllende, og av andre bekreftet som riktig beskrivelse, finnes det intet grunnlag for å tilsidesette som en mindre sannsynlig riktig beskrivelse.

I trygderettens kjennelse TRR-2005-02691 har Trygderetten lagt vekt på en mer utførlig beskrivelse av hendelsen enn det som har ligget til grunn for trygdekontorets og fylkestrygdekontorets avslag. Trygderetten godkjente skaden som yrkesskade. Saken gjaldt for øvrig en fengselsbetjent som ble skadet under øvelse.»

Advokat B påpekte videre at As deltakelse i øvelsen var frivillig, men at hun kun hadde vært ansatt som tilkalt vikar på snekkerverkstedet i tre uker da øvelsen ble avholdt. Hun hadde «på forhånd ikke fått noen opplæring eller instruksjon i hvordan øvelsen ville arte seg, og var helt uforberedt på den aggressivitet, den fysiske konfrontasjon og det volds- og kraftutøvelseelement som lå i deltakelsen». Advokat B fremhevet også at selv om det «formentlig [ligger] innenfor vanlig ansatte fengselsbetjentes arbeidsoppgaver å delta i øvelser som innebærer forskjellige former for konfrontasjoner med simulerte ansatte», så var A «imidlertid kun ansatt som sporadisk vikar etter behov på snekkerverkstedet, hvor hun da bare hadde virket i 3 uker. Hennes stillingsbetegnelse var verksbetjent, ikke fengselsbetjent». Advokat B viste til at A «ikke var blitt forberedt på at deltakelse i en slik øvelse lå innenfor hennes normale arbeidsoppgaver», og at deltakelse i øvelsen «derfor i seg selv [var] en ekstraordinær påkjenning eller belastning, se her uttalelsene i avsnitt (37 og 38) i ”Meierikjennelsen”». Deretter anførte advokat B blant annet følgende:

«Skademeldingen beskriver skadelidtes deltakelse i øvelsen som: ”Hun var en av flere markører (”innsatte”) og forsøkte å komme forbi en ”mur” av fengselsbetjenter.” SPK kan neppe bestride den del av den utfyllende beskrivelsen som gjelder selve øvelsen, som er gitt i mitt brev av 15.03.05. Dersom en skygge fra en stillestående bjelke, av Høyesterett anses som et tilstrekkelig ytre element, må dess mer en mur av fengselsbetjenter med skjold, hjelmer, spesialstøvler, køller og sikkerhetsvester etc, som skulle forseres med fysisk makt og bruk av slagvåpen som stokker og køller, være tilstrekkelig ytre begivenhet.

For så vidt gjelder SPKs henvisning til ”Meierikjennelsen” bemerkes at ifølge avsnitt (3) hadde lagermedarbeiderne ved produksjonsbåndet forskjellige arbeidsoperasjoner som de byttet på å utføre og i løpet av et skift var hver medarbeider vanligvis gjennom alle arbeidsoperasjoner. Ved avslutningen av kveldsskiftet stod ikke skadelidte på den post som hadde ansvar for pallerydning. Der stod en nyansatt, som var usikker med hensyn til løsningen av oppgavene med å rydde paller og skadelidte tilbød seg da å hjelpe.

Ved gjengivelsen av rettens premisser hopper SPK over følgende, som vel er avgjørende for Høyesteretts konklusjon, avsnitt (40):

”Den omstendighet at det normalt var den arbeidstaker som stod ved starten av produksjonslinjen, som skulle rydde bort og eventuelt stable pallene etter hvert som de ble tømt, og det ikke var A som hadde denne posten ved avslutningen av kveldsskiftet 18.06.96, kan jeg ikke se har noen betydning. Ut fra det som er opplyst, må det legges til grunn at bortrydding og stabling av paller inngikk som en del av pakkerimedarbeidernes normale arbeidsoppgaver, og det lå derfor ikke noe ekstraordinært i at A påtok seg å utføre denne oppgaven den aktuelle kvelden. Pallene er heller ikke så tunge at vekten i seg selv kan kvalifisere til å anse skade ved løft av slike paller som en yrkesskade. Som tidligere nevnt, veier de vanligvis mellom 23-25 kg. Riktignok må det kunne sies at det – spesielt for kvinnelige arbeidstakere – ikke er noen lett jobb å stable slike paller. Vekten var imidlertid kjent, og stablingen ble utført under normale arbeidsforhold. For at vekten i seg selv skal kunne anses som ulykkesmoment, må det være tale om løft av særlig tunge gjenstander. Selv om det hovedsakelig er tale om kvinnearbeidsplasser, er det ikke grunnlag for å karakterisere paller på mellom 23-25 kg som spesielt tunge gjenstander.” Pallestablingen var således en del av skadelidtes normale arbeidsoppgaver.

SPK argumenterer med at i vår sak foreligger det verken noen vanskelig arbeidsstilling eller noe ytre element. SPK hopper over at avsnitt (51) [i Skyggekjennelsen] går lenger enn dette. Ved forståelsen av folketrygdloven § 13-3 2. ledd 2. [punktum] skal bestemmelsen forstås:

”...slik at det i tilfeller hvor arbeidstakeren på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner er blitt utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning, ikke stilles noen tilleggskrav om ytre hending” ...

Øvelsen slik den artet seg brakte skadelidte både i en vanskelig arbeidssituasjon og hun ble utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning. SPKs henvisning til [T]rygderettens kjennelse av 17.02.06 som SPK vedla sin uttalelse er for så vidt gjelder selve skadehendelsen ikke sammenlignbar med vår sak. I trygderettssaken la retten til grunn at [t] skadelidte var utsatt for en belastning av mer langvarig karakter uten noen enkeltstående skadeforvoldende hendelse. Trygderetten har i sin avgjørelse vist til hvordan den saken klart skilte seg fra det som var situasjonen i TRR-2000-05331, hvor hendelsen hadde en langt mer plutselig karakter, hvor det ikke var tvil om at en konkret hendelse utløste skaden, hvor skaden var påvisbar og betydelig og hvor hendelsen førte til at øvelsessituasjonen opphørte. Den sistnevnte situasjon er i det alt vesentlige svært lik vår sak. Det er uansett feil når SPK legger til grunn at hennes angivelige forklaring under telefonsamtalen til SPK-medarbeideren gir dekning for å si at hun ikke befant seg i en fysisk konfrontasjon med andre deltagere i øvelsen, og at skaden skjedde før hun kom så langt. Det kan neppe reises tvil om at skaden inntraff midt under øvelsen, det vil si midt under en sterk fysisk konfrontasjon mellom ”skjoldborgen” og innsatte-mar-

kørene. I vår sak skjedde skaden plutselig, den var påvisbar, og øvelsessituasjonen opphørte umiddelbart for skadelidte.

Fengselsbetjent Torstein Moe beskriver øvelsen som ”en kontinuerlig kamp mot borgen” der fremrykning og tilbaketrekning skjer svært raskt. Nøyaktig hvordan skaden skjedde i disse voldsomme tumultene kan imidlertid ingen si.

I Rt. 2006 s. 1129 er det en sak der en lege fikk skadet et kne under en pågripelse. Det fremgår av Trygderettens kjennelse og av lagmannsrettens dom at det var uklart hvordan skaden egentlig oppstod. Det som synes klart er at skaden oppsto under en pågripelseshandling der legens overkropp ble presset ned mot en undersøkelsesbenk, og han ble påsatt håndjern, uten at noen kunne si hvordan kneet ble skadet.

At det her dreide seg om en ulykkeshendelse som oppfylte kravet til yrkesskade ble overhode ikke drøftet.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Etter yrkesskadeforsikringsloven 16. juni 1989 nr. 65 § 11 første ledd bokstav a skal yrkesskadeforsikring dekke «skade og sykdom forårsaket av arbeidsulykke». Arbeidsulykkebegrepet er forutsatt å skulle være det samme som i folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 13-3 annet og tredje ledd. Folketrygdlovens definisjon skal derfor legges til grunn i forhold til yrkesskadeforsikringsloven, jf. blant annet Skyggekjennelsen premiss 37. Folketrygdloven § 13-3 annet og tredje ledd lyder:

«Som arbeidsulykke regnes en plutselig eller uventet ytre hending som medlemmet har vært utsatt for i arbeidet. Som arbeidsulykke regnes også en konkret tidsbegrenset ytre hending som medfører en påkjenning eller belastning som er usedvanlig i forhold til det som er normalt i vedkommende arbeid.

Belastningslidelser som over tid har utviklet seg i muskel-/skjelett-systemet, regnes ikke som yrkesskade. Det samme gjelder lidelser som har utviklet seg som følge av psykiske påkjenninger eller belastninger over tid.»

I Skyggekjennelsen ble forståelsen av folketrygdloven § 13-3 annet ledd andre punktum drøftet. Saken gjaldt en arbeidstaker (industrirørlegger) som hadde pådratt seg en kneskade under arbeidet på en modul i oljevirksomhet. Under arbeidet hadde han tatt seg inn under et stillas for å hente noen bolter. Det var så lavt under stillaset at han måtte bevege seg på huk. Da han beveget seg tilbake med boltene i hendene og skulle reise seg opp, oppfattet han det slik at en stålbjelke, som var en del av stillaset, kom mot ham, eller at han var så nær at den var i ferd med å treffe hodet. For å unngå å støte hodet mot stålbjelken vred arbeidstakeren seg unna mens han fortsatt var i sittende stilling. Ved denne avvergemanøveren oppsto det en vridning i høyre kne. Det var på det rene at stålbjelken ikke var i bevegelse, eller at arbeidstake-

ren var så nær den at det var nødvendig å foreta noen manøver for å unngå den. Arbeidstakeren oppfattet situasjonen feilaktig slik at bjelken enten var i bevegelse, eller at han var så nær den at det var nødvendig å foreta en manøver for å unngå den. Høyesterett kom til at skaden var forårsaket av en arbeidsulykke og dermed hadde karakter av en yrkesskade etter yrkesskadeforsikringsloven § 11 første ledd bokstav a. Førstvoterende siterer i premiss 42 følgende fra NOU 1990: 20 Forenklet folketrygdlov (Trygdlovutvalgets innstilling) hvor arbeidsulykkesbegrepet blir beskrevet:

«I følge Rikstrygdeverkets rundskriv foreligger det i utgangspunktet en arbeidsulykke når det i forbindelse med arbeidet har skjedd en ytre påkjenning eller belastning som har voldt skade. Den skadevoldende hendelsen må ha skjedd uventet eller uforutsett og ha oppstått med en viss plutselighet. Dessuten har en i praksis ansett at det foreligger en arbeidsulykke når det kan påvises at den skadde har vært utsatt for ‘en usedvanlig påkjenning eller belastning som ligger utenfor arbeidets alminnelige ramme eller har oppstått under spesielt vanskelige arbeidsforhold som i seg selv er forbundet med skaderisiko’.

Det presiseres i rundskrivet at det kan sies å foreligge en arbeidsulykke når en skade oppstår som følge av:

- en markert ulykkeshendelse, eller
- en ekstraordinær belastning eller påkjenning, og/eller
- spesielt vanskelige/risikofylte arbeidsforhold.»

Videre uttaler førstvoterende i premiss 44:

«Siden folketrygdlovens arbeidsulykkesdefinisjon tar sikte på å kodifisere Trygderettens praksis, må praksis fra Trygderetten fra tiden før folketrygdloven av 1997 ble vedtatt, tillegges stor vekt ved fastleggelsen av innholdet av definisjonen. Som det fremgår av det jeg har sagt, var det i den praksis som den gang forelå, ikke oppstilt noe absolutt krav om at skaden måtte være forårsaket av en ‘ytre’ begivenhet. Etter min oppfatning blir Trygderettens praksis kort og treffende oppsummert i det jeg nettopp har gjengitt fra Trygdlovutvalgets innstilling.»

Deretter uttales i premiss 50-52:

«I den foreliggende sak oppstod skaden da A gjorde en avvergemanøver for å komme unna en stålbjelke som han trodde kom mot ham eller var nærmere enn det den var. Hendelsen skjedde da han skulle reise seg etter å ha beveget seg på huk under et stillas for å hente noen bolter. Han befant seg således i en vanskelig arbeidsstilling, og det å arbeide under slike forhold innebærer særlige risikomomenter. Årsaken til at A feiloppfattet situasjonen, kan ha vært skygge fra stålbjelken.

Etter min mening må folketrygdloven §13-3 andre ledd andre punktum forstås slik at det i tilfeller hvor arbeidstakeren på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner er blitt

utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning, ikke stilles noe tilleggskrav om ytre hending. I slike tilfeller vil den vanskelige arbeidssituasjonen eller det forhold som har ført til den ekstraordinære påkjenning eller belastning, i seg selv kunne utgjøre tilstrekkelig ulykkesmoment.

Det er her på det rene at dersom A faktisk hadde støtt hodet mot bjelken, ville det ha vært en arbeidsulykke. I den vanskelige arbeidsstilling han hadde, ble hans høyre kne utsatt for en ekstraordinær belastning da han skulle unngå bjelken. På denne bakgrunn finner jeg at den kneskade han ble påført, må anses som en skade som er forårsaket av en arbeidsulykke. Hvorvidt avvergemanøveren objektivt sett var nødvendig, må etter min mening være uten betydning.»

Høyesterett gir i premiss 51 (og 50), jf. også tidligere gjengivelser av forarbeider og praksis i kjennelsen, klart og nokså generelt uttrykk for at det i forhold til det avdempede ulykkesbegrepet i folketrygdloven § 13-3 annet ledd andre punktum ikke kan stilles noe absolutt krav om en «ytre hending», og at bestemmelsen dermed her ikke skal forstås i samsvar med ordlyden. Førstvoterende uttaler nettopp at bestemmelsen skal forstås slik «at det i tilfeller hvor arbeidstakeren på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner er blitt utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning, ikke stilles noe tilleggskrav om ytre hending». SPK mener at saken her nettopp skiller seg fra Skyggekjennelsen ved at det der forelå en vanskelig arbeidsstilling og et ytre element og at dette ikke var tilfellet for A.

Det kan riktignok stilles spørsmål om hvilken betydning Høyesterett i den konkrete saken tillegger det forhold at den skadelidte foretok en avvergemanøver på grunn av bjelken. Hvorvidt Høyesterett i premiss 52 betrakter dette forholdet som en del av den vanskelige situasjonen den skadelidte var i, om Høyesterett (til tross for uttalelsene i premiss 51) ser på dette som et slags ytre element eller om skadelidtes oppfatning av bjelken ikke har noen betydning for Høyesteretts vurdering, synes noe uklart. Det er med andre ord noe uklart hva som kan sies å være de avgjørende momenter for Høyesteretts konklusjon i saken og hva som er å anse som uttalelser av mer generell eller «obiter» karakter. Like fullt er uttalelsene i premiss 51 klare og generelle, og uavhengig av subsumsjonen i saken, så gir Høyesterett uttrykk for at det generelt ikke kan oppstilles et absolutt krav til «ytre hending» i forhold til folketrygdloven § 13-3 annet ledd andre punktum. Dette synspunktet synes dessuten Høyesterett å bygge på i den nevnte Meierikjennelsen:

Meierikjennelsen gjaldt en pakkerimedarbeider (Schjødt) ved et meieri som pådro seg en ryggskade ved løft av flere paller ved arbeidsdagens slutt. Arbeidstakeren mente hun hadde utført arbeid som lå utenfor hennes ordinære arbeidsoppgaver, men fikk

ikke medhold i dette. Høyesterett beskriver faktum i saken blant annet slik i premiss 3 flg.:

«Arbeidet på pakkeriavdelingen var organisert på den måten at lagermedarbeidere kjørte osten inn på avdelingen på paller. På hver palle var det 64 vakuumpakkede ostestykker à 10 kg. Disse ostestykkene ble pakket ut, lagt på produksjonsbånd, kuttet opp i mindre stykker og vakumpakket på nytt før de ble lagt ut i esker for videre forsendelse. Ved produksjonsbåndet var det flere arbeidsoperasjoner, som arbeidstakerne – som hovedsakelig var kvinner – byttet på å utføre. Etter det som er opplyst, stod hver arbeidstaker normalt rundt en halv time på hver arbeidspost. I løpet av en vakt var de vanligvis gjennom alle de forskjellige arbeidsoppgavene.

De paller som ble benyttet, var Euro-paller. Disse er laget av tre, og veier normalt mellom 13 og 25 kg. Etter at pallene var tømt, skulle den pakkerimedarbeider som stod først ved produksjonsbåndet, ta den tømte pallen til side og eventuelt stable dem oppå tidligere tømte paller. På dagskiftet ble bortkjøring av oppstablede paller fra pakkeriavdelingen vanligvis foretatt av lagermedarbeidere, men på kveldsskiftet ble arbeidet normalt utført av pakkerimedarbeidere. Mens innkjøring skjedde med større trucker, som bare ble kjørt av lagermedarbeidere, ble bortkjøring foretatt med mindre trucker, som også kunne håndteres av særskilt sertifiserte pakkerimedarbeidere. Det er opplyst at Schjødt var sertifisert til å håndtere de mindre truckene som ble benyttet til bortkjøring av paller. ...

Den skade denne saken gjelder, inntraff 18. juni 1996. Schjødt arbeidet denne dagen på kveldsskiftet. Ved avslutningen av skiftet hadde det hopet seg opp ca. 7-8 paller som var blitt skjøvet til side, og som måtte ryddes bort. Det var en nyansatt medarbeider som stod først ved produksjonsbåndet. Hun fremstod som usikker i forhold til oppgaven med å rydde og stable paller, og Schjødt tilbød seg derfor å hjelpe henne med dette.»

I premiss 37 viser så Høyesterett til Skyggekjennelsen og uttaler følgende om folketrygdloven § 13-3 annet ledd andre punktum:

«Etter bestemmelsens ordlyd stilles det også for det avdempede arbeidsulykkesbegrep krav om at skaden må skyldes en ”ytre hending”. I Rt. 2005 side 1757 (Skyggekjennelsen) har imidlertid Høyesterett lagt til grunn at bestemmelsen på dette punkt ikke kan forstås i samsvar med ordlyden. På grunnlag av en gjennomgang av lovgivningshistorikken konkluderte Høyesterett her med at det i forhold til det avdempede arbeidsulykkesbegrep ikke kan stilles noe absolutt krav om ytre hending.»

Høyesterett siterte deretter premiss 51 i Skyggekjennelsen. Videre ble det vist til Rikstrygdeverkets rundskriv til folketrygdloven og det som oppsummeres der om Trygderettens praksis om skader som oppstår i forbindelse med løft, bæring og lignende, som

ikke har betydning for vår sak. Høyesterett uttalte så i premiss 39 og 40:

«Denne praksis er etter min mening i samsvar med den loyforståelse Høyesterett gav uttrykk for i Skyggekjennelsen. For at skader ved løft av gjenstander skal være omfattet av det avdempede arbeidsulykkesbegrep, må det være tale om løft av spesielt tunge gjenstander, løft av gjenstander med uventet vekt, løft som ligger utenfor arbeidstakerens normale arbeidsoppgaver, eller løft i en vanskelig arbeidsstilling eller under andre ugunstige omstendigheter.

Selv om bortrydding og stabling av tømte paller ikke inngikk i hovedarbeidsoppgavene for pakkerimedarbeiderne ved Tine Norske Meieriers anlegg på Klepp, lå denne arbeidsoperasjonen heller ikke utenfor. Den omstendighet at det normalt var den arbeidstaker som stod ved starten av produksjonslinjen, som skulle rydde bort og eventuelt stable pallene etter hvert som de ble tømt, og det ikke var Schjødt som hadde denne posten ved avslutningen av kveldsskiftet 18. juni 1996, kan jeg ikke se har noen betydning. Ut fra det som er opplyst, må det legges til grunn at bortrydding og stabling av paller inngikk som del av pakkerimedarbeidernes normale arbeidsoppgaver, og det lå derfor ikke noe ekstraordinært i at Schjødt påtok seg å utføre denne oppgaven den aktuelle kvelden.»

Som det fremgår av det siterte fra premiss 37 i kjennelsen, stadfestes Høyesteretts standpunkt i premiss 51 i Skyggekjennelsen. Begrunnelsen for ikke å konstatere yrkesskadedekning synes for øvrig å forutsette at om stablingen av paller hadde vært utenfor de ordinære arbeidsoppgavene eller på annen måte oppgaver av ekstraordinær karakter, ville dette vært tilstrekkelig for ansvar uten noe ytre element som årsak til skaden. Jeg er derfor ikke enig med SPK i at «Høyesterett fastholder således kravet til et plutselig og ytre element for at hendelsen skal kunne komme inn under kravet til en yrkesskade, men presiserer at kravet til ytre element må være mindre når arbeidstakeren er i en vanskelig situasjon/arbeidsstilling», eller at Høyesterett i Meierikjennelsen stadfester at det alltid kreves et «ytre element». Som nevnt, forstår jeg Høyesterett i Skyggekjennelsen slik at det ikke kan stilles noe absolutt krav til «ytre hending» overhodet når arbeidstakeren på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner er blitt utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning. Dette bekreftes videre etter min mening av Høyesterett i Meierikjennelsen. Etter dette, legger jeg til grunn at dersom en arbeidstaker på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner er blitt utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning, vil den vanskelige arbeidsstillingen eller det forhold som har ført til den ekstraordinære belastningen eller påkjenningen i seg selv kunne utgjøre et tilstrekkelig ulykkesmoment.

SPK har lagt til grunn det hendelsesforløp i saken som saksbehandleren i SPK nedtegnet etter telefon-samtale med A 14. mai 2004 om at A «står helt stille og skal slenge seg rundt for å forsere en ”mur” av fengselsbetjenter. Foten blir stående igjen på gulvet. Hun har joggesko og gulvet er ikke glatt. Kneet får en vridning. Hun får umiddelbart vondt, men skjønner ikke at kneet er skadet. Først etter en tid oppsøker hun lege. Hun ble ikke dyttet, holdt igjen el. av noen andre, så vidt jeg forsto». Advokat B ga senere i brev 15. mars 2005 til SPK en annen beskrivelse av hendelsesforløpet hvor han blant annet opplyste at «[s]kaden oppstod i forbindelse med at skadelidte skulle prøve å forsere muren av betjenter med skjold, og idet skadelidte møtte muren i den hensikt å komme gjennom denne ble hun antakelig kastet tilbake. Hun og de andre gjorde flere forsøk på å komme gjennom muren, det gikk svært hett for seg, og skaden oppsto under disse tumultene». Denne forklaringen legger til grunn et annet hendelsesforløp enn det A opplyste over telefon til SPK, nemlig at skaden oppsto etter at A traff «muren», og ikke i forbindelse med at hun skulle hive seg mot den. Forklaringen er gitt etter at tvisten i saken oppsto. Advokat Bs forklaring har derfor mindre bevisverdi, og må tillegges mindre vekt enn mer tidsnære bevis. Slik saken er opplyst, legger jeg det derfor til grunn som det mest sannsynlige hendelsesforløpet den beskrivelse som er gitt i telefonnotatet. Det er videre vanskelig å se at redegjørelsene som i ettertid er gitt fra andre som deltok i øvelsen medfører at det skal legges til grunn et annet hendelsesforløp. Etter dette legger jeg til grunn at det ikke forelå noen konkret «ytre hending» i form av at skaden oppsto etter at A traff «muren» eller lignende. Jeg vil i denne forbindelse bemerke at som utgangspunkt må det påhvile den skadelidte en opplysningsplikt og ansvaret og risikoen for at riktige opplysninger gis når skademelding for yrkesskade fylles ut. Når derimot forsikringsselskapet, i dette tilfellet SPK, er usikker på hendelsesforløpet ut fra den beskrivelse som er gitt i skademeldingen går antakelig denne opplysningsplikten over til en undersøkelsesplikt for selskapet. SPK synes i utgangspunktet å ha oppfylt denne plikten ved brevet 11. mai 2004 til A, og undersøkelsesplikten gikk da trolig over igjen til å være en opplysningsplikt for A. Det fremgår ikke av brevet at A skulle redegjøre skriftlig for hendelsesforløpet, men når hun velger å ringe og gjøre dette muntlig over telefon antas det at hun selv har valgt å være avhengig av at de opplysninger som nedtegnes over telefon av saksbehandler er riktige.

Spørsmålet i saken blir etter dette hvorvidt situasjonen A var i under øvelsen medførte at hun «på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner» ble «utsatt for en ekstraordinær belastning

eller påkjønning» i kneet sitt når hun foretok bevegelsen.

SPK har lagt til grunn at A «ikke var i en vanskelig arbeidssituasjon eller stilling, men hun var på vei til å kaste seg inn i en slik situasjon» når skaden oppsto. Videre hadde SPK «fått forståelsen av at det ikke er uvanlig at ansatte i fengsler deltar på slike øvelser, uavhengig av hvilken stilling de har. Et fangeopprør må antas å kunne oppstå hvor som helst i fengselet – også i snekkerverkstedet». Faktum i saken forsto SPK «slik at selv om øvelsen ikke lå innenfor hovedoppgavene til A, lå den heller ikke utenfor hennes normale arbeidsoppgaver og arbeidsforhold». Videre har SPK vist til Meierikjennelsen og anført at deltakelsen i øvelsen for fengselsansatte måtte «anses å være et for lite avvik fra normal arbeidsprosedyre til at den skal kunne bevirke at hendelsen må betraktes som arbeidsulykke».

A var ansatt som verksbetjent på snekkerverkstedet i fengselet. Ut fra dette, og ut fra ansettelseskontrakten, legger jeg til grunn at A i utgangspunktet ikke hadde noen arbeidsoppgaver i forhold til sikkerheten i fengselet eller i forhold til fysisk håndtering av eller annen maktutøvelse overfor de innsatte. Hennes oppgaver antas å relatere seg til snekkerfaglige forhold og eventuell veiledning av innsatte om slike forhold i aktuelle aktiviteter. Dersom de innsatte skulle oppføre seg på en truende eller på annen sikkerhetsmessig uakseptabel måte, antar jeg A ikke var ment å skulle håndtere denne situasjonen selv eller hadde ansvar for å håndtere slike situasjoner, men kontakte vakter ved fengselet. Jeg har vanskelig for å se at den øvelsen A deltok i lå innenfor hennes normale arbeidsoppgaver og arbeidsforhold, og saken skiller seg i stor grad fra Meierikjennelsen og faktum i den saken, jf. sitatene fra kjennelsen ovenfor. Den oppgaven personen i kjennelsen utførte var en del av de normale og jevnlig arbeidsoppgavene, avhengig av hvilket skift personen hadde på jobben. Det kan neppe legges til grunn at det var tilsvarende vanlig og normalt i forhold til As jobb som verksbetjent å delta i øvelser av den karakter saken gjelder. Jeg mener derfor SPKs sammenligning av As tilfelle og Meierikjennelsen blir feilaktig og lite treffende i forhold til spørsmålet om hva som var normale arbeidsoppgaver. SPK har videre lagt «til grunn at A selv, i samarbeid med arbeidsgiver, har vurdert det slik at hun hadde de nødvendige forutsetninger for å kunne delta» fordi As deltakelse var frivillig. Jeg har vanskelig for å se at frivillig deltakelse etter forespørsel i seg selv innebærer at man har de nødvendige forutsetninger for å delta. Advokat B har fremhevet at A «på forhånd ikke [hadde] fått noen opplæring eller instruksjon i hvordan øvelsen ville arte seg, og var helt uforberedt på den aggressivitet, den fysiske konfrontasjon og det volds- og kraftutøvelseselement som lå i

deltakelsen». Uansett innebærer ikke frivillighet at øvelsen ble noe mer normal og vanlig og mindre risikofylt arbeid for A. Slik saken er opplyst, legger jeg etter dette til grunn at øvelsen lå utenfor As normale arbeidsoppgaver.

Når det gjelder selve øvelsen og dennes karakter, har SPK ikke sagt seg uenig i den redegjørelsen og beskrivelsen som ble gitt herfra, men anført at det «ikke er øvelsen som helhet som er sentral her, men hva som skjedde da skaden oppsto». Jeg er ikke enig i at det kan sees bort fra øvelsen og dermed de arbeidsforhold A hadde da hun foretok bevegelsen som medførte skaden i kneet. På samme måte som arbeidssituasjonen skadelidte var i hadde avgjørende betydning i Skyggekjennelsen for hvorvidt skaden der var en arbeidsulykke, blir spørsmålet i saken vår om A skadet kneet sitt (ble utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjønning) på grunn av en vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner. Hvis dette er tilfellet vil den vanskelige arbeidsstillingen eller det forhold som har ført til kneskaden i seg selv kunne utgjøre tilstrekkelig ulykkesmoment. Hvorvidt det forelå vanskelige arbeidsforhold og/eller andre forhold som kan sies å være årsak til As skade beror nettopp på øvelsens karakter og omstendighetene rundt øvelsen, herunder hvor risikofylt og ekstraordinær øvelsen var generelt og i forhold til As arbeidsoppgaver.

Jeg legger til grunn at øvelsen, dens karakter og formål, må kunne karakteriseres som en fysisk utfordrende/krevende og risikofylt øvelse hvor det var lagt opp til fysisk håndgemeng. Det gikk «hett for seg» under øvelsen, og øvelsen bar preg av «aggressivitet» og «hissighet» og var «kaotisk». Markørene var i kontinuerlig kamp med «muren» og rykket raskt frem og tilbake, brukte stoler og lignende for å slå på muren samt skrek og brukte skjellsord. Riktignok vil en som er trent i slike situasjoner være noe mer forberedt på å håndtere dem, men for dem, og enda mer for en utrent person, vil en slik øvelse være en ekstraordinær situasjon. Dersom man er uerfaren med slike øvelser og uten trening med håndtering av denne type situasjoner, og det heller ikke inngår i det daglige gjøremål på arbeidsplassen, vil en slik øvelse lett fremkalle psykisk og fysisk stress og være risikofylt. Så lenge forholdene er «kaotiske», «aggressive», «ukontrollerte» og hardhendte, og man er stresset og er ment å utøve «vold», er det nærliggende at man ikke har den samme kontrollen over kropp og bevegelser som i mer normale omgivelser. Det er da videre en særlig risiko for at man skader seg. For A må denne øvelsen karakteriseres som unormal og ekstraordinær i forhold til hennes normale arbeidsoppgaver på snekkerverkstedet. Ut fra den karakter øvelsen hadde, og ut fra As forutsetning og sett i forhold til hennes normale arbeidsoppgaver, mener jeg øvelsen

fremsto som risikofylt og utgjorde særlig vanskelige arbeidsforhold for A. Jeg mener etter dette at det er nærliggende å legge til grunn at A skadet kneet sitt (ble utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning) på grunn av den vanskelig arbeidsstillingen øvelsen innebar at hun var i, og at øvelsen i seg selv utgjorde et tilstrekkelig ulykkesmoment.

Jeg ber etter dette SPK vurdere saken på nytt, og underrette meg om utfallet av den fornyede vurderingen.»

SPK foretok deretter en ny vurdering av saken og kom til at hendelsen var en arbeidsulykke etter yrkeskadeforsikringsloven § 11, jf. folketrygdloven § 13-3.

99.

Foreldelse av krav om erstatning etter strafforfølgning

(Sak 2008/996)

Etter en frifinnende straffedom hadde forsvareren unnlatt å informere om adgangen til og fristen for å søke erstatning. Flere år senere avslo Justissekretariatene å frafalle foreldelsesinnsigelsen.

Ombudsmannen kom til at det i den rimelighetsvurderingen som skal foretas, bør legges vesentlig vekt på at den offentlige forsvareren ikke opplyste klageren om den dagjeldende 3-månedersfristen for å fremme erstatningskrav. Det ble bedt om at saken ble behandlet på nytt.

Klageren ble ved lagmannsrettsdom i 1995 dømt til fengsel i tre år. Saken ble gjenopptatt ved lagmannsrettens kjennelse i 1998, og klageren ble senere samme år frikjent for de forhold han var domfelt for.

Klagerens advokat i erstatningssaken – som ikke var hans forsvarer under straffesaken – anmodet i brev til Justisdepartementet i 2006 om at det ble sett bort fra oversittelse av foreldelsesfristen for krav om erstatning etter strafforfølgning. Justissekretariatene avslo dette og uttalte blant annet følgende:

«I henhold til den meget restriktive praksis som følger av Justisdepartementets rundskriv G-83/92 skal vurderingen finne sted ut fra en konkret rimelighetsbetraktning. Momenter ved vurderingen vil være om den som innehar kravet ville lide et uforskyldt tap dersom innsigelsen gjøres gjeldende og hvorvidt foreldelsen kan bebreides det offentlige.

Justissekretariatene finner det ikke rimelig å se bort fra fristoversittelsen i denne saken. Det vises særlig til at søker var representert ved advokat, og at unnlattelse av å fremme erstatningskravet fra advokatens side ikke kan gi grunnlag for frafall av foreldelsesinnsigelser. Justissekretariatene vil også bemerke at det offentlige ikke er å bebreide for foreldelsen.»

Klagerens advokat brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble blant annet anført at det var blitt oversett at klageren da han ble frifunnet, hadde vært bistått av en offentlig forsvarer, som hadde gjort en alvorlig feil ved ikke å gjøre klageren oppmerksom på 3-månedersfristen i den tidligere § 447 i straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25. Det var feil å identifisere forsvareren og klageren, særlig fordi det var en offentlig forsvarer. Om tapet var uforskyldt måtte vurderes ut fra klagerens forutsetninger, ikke advokatens. Videre ble det anført at ettersom forsvareren var offentlig oppnevnt, og det var hans feil at klageren ikke fremmet erstatningskravet i tide, måtte feilen kunne bebreides det offentlige. Vedkommende advokat tok opp erstatningskravet en tid etter fristens utløp, men fikk da beskjed om at det var nytteløst å søke om erstatning ettersom fristen var oversittet. Det ble fremholdt at advokaten da, som representant for det offentlige, gjorde en ny feil ved ikke å sørge for at hans ansvarsforsikring dekket klagerens tap.

1) I brev herfra ble Justissekretariatene bedt om å utdype uttalelsen i vedtaket om at det ikke var rimelig å se bort fra fristoversittelsen, særlig fordi klageren var representert ved advokat. Spørsmålet om identifikasjon mellom klient og advokat ble bedt kommentert i lys av at advokaten var offentlig forsvarer.

I sitt svar uttalte Justissekretariatene følgende om denne problemstillingen:

«Årsaken til at et eventuelt tap er oppstått i denne saken er fristoversittelse. Utgangspunktet må være at man selv må bære ansvaret for manglende overholdelse av frister. Søkeren har vært representert ved advokat, som må forutsettes å ha inngående kunnskap til fristbestemmelsene. Etter det anførte var advokaten ansvarlig for fristforømmelsen og unnlattelsen erstatningsbetingende. Et eventuelt erstatningsansvar for tap som følge av unnlattelsen bør derfor gjøres gjeldende mot advokaten under dennes ansvarsforsikring. Søkens unnlattelse av å forfølge den forsømmelse som hevdes å ha skjedd fra advokatens side, må han selv bære risikoen for. Søkerne er regelmessig representert ved advokat i slike saker. Å gi avkall på foreldelsesinnsigelse i et slikt tilfelle ville innebære at staten påtok seg et ansvar som naturlig bør rettes mot advokatens ansvarsdekning.

For vurderingen av om det foreligger et uforskyldt tap kan vi ikke se at det er av betydning om advokaten er offentlig oppnevnt eller ikke. Også oppnevnt forsvarer utfører sitt verv under ansvarsforsikring i henhold til domstolloven § 222.»

2) Justissekretariatene ble bedt om å kommentere klagerens anførsel om at foreldelsen måtte kunne bebreides det offentlige, fordi det var en offentlig forsvarer som ikke gjorde oppmerksom på 3-månedersfristen. Anførselen ble også bedt kommentert i lys av domstolloven 13. august 1915 nr. 5 § 200 annet ledd annet punktum, hvor det fremgår forutsetnings-

vis at staten hefter overfor siktede for erstatningsansvar som en offentlig forsvarer pådrar seg, med mindre han er «opnævnt etter begjæring av sigtede uten at være fast antatt i retskretsen».

Til dette svarte Justissekretariatene:

«Vi oppfatter at anførselen på dette punkt refererer til domstolloven § 200, 2. ledd. En offentlig forsvarer er å anse som en 'offentlig tjenestemann' etter bestemmelsen. Dette følger forutsetningsvis av § 200, 2. ledd og Rt. 1986.776.

Innledningsvis bemerkes at vurderingen av om det foreligger grunnlag for bebreidelse etter denne bestemmelsen er en annen enn vurderingen i forhold til om det offentlige bør frafalle foreldelsesinnsigelse etter straffeprosessloven kapittel 31. Som nevnt vil vurderingen av om frafall bør finne sted skje etter en rimelighetsvurdering, hvor flere hensyn er relevante.

Etter vårt syn er det ikke grunnlag for å hevde at foreldelse kan bebreides det offentlige i dette tilfellet. § 200, 2. ledd gir ikke selvstendig hjemmel for ansvar overfor staten. Innståelsesansvaret etter annet ledd forutsetter at vilkårene etter første ledd er oppfylt, hvilket de etter vårt syn uansett ikke er i dette tilfellet. § 200, 2. ledd, 2. punktum kan således ikke tolkes slik at staten hefter i alminnelighet for offentlig oppnevnte forsvarere. Bestemmelsen må tolkes med utgangspunkt i 1. ledd og viser at det ikke i alminnelighet er grunnlag for identifikasjon mellom staten og den offentlige forsvareren. Det offentlige har ikke et generelt ansvar for offentlig forsvareres erstatningsansvar, herunder vises til at arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven § 2-1 ikke gjelder for offentlig oppnevnte forsvarere.

Justissekretariatene har ingen myndighet i forhold til å ta stilling til et spørsmål om ansvar etter domstolloven § 200. For sammenhengens skyld nevnes i forhold til vilkårene etter § 200, 1. ledd at statens eventuelle ansvar etter domstolloven § 200, 2. ledd er av subsidiær karakter. For at staten skal være å anse som ansvarlig må skadevolderens ansvar først konstateres, enten i forkant eller senest i samme sak, jf. Rt. 1936.566. Det er ikke skjedd her.

Etter domstolloven § 200, 1. ledd kan en offentlig forsvarer bli erstatningsansvarlig overfor skadelidte for 'forsømmelig eller annet utilbørlig forhold' gjort 'under rettergang'. Den forsømmelse som her anføres består i å ikke ha gjort oppmerksom på dagjeldende frist for å fremsette erstatningskrav. Dette faller utenfor slike forsømmelser som rammes av § 200, 1. ledd. Justissekretariatene kan ikke se at en advokats eventuelle forsømmelse i etterkant av en straffesak hvor han opptrådte som offentlig forsvarer, er å anse som gjort «under rettergang». Erstatningssaken vil være et annet oppdrag og foretas ikke 'under rettergang' i straffesaken. Dersom erstatningssaken ble fremmet måtte det etter dagjeldende straffeprosesslov § 449 fjerde ledd gjøres ny oppnevning av forsvarer, dersom man ønsket dette. Man hadde kun krav på forsvarer dersom retten ikke anså dette som 'unødvendig'. Erstatningssaken var også etter sin art og tema noe annet enn selve straffesaken. Etter dagjeldende straffepro-

sesslov § 444 måtte man selv om man var frifunnet, sannsynliggjøre at man ikke hadde gjort handlingen man var straffeforfulgt for.»

Justissekretariatene opplyste at man ikke hadde funnet rettspraksis som støttet klagerens anførsel om at foreldelse måtte kunne bebreides det offentlige, fordi det var en offentlig forsvarer som ikke gjorde oppmerksom på 3-månedersfristen. Det ble beklaget at Justissekretariatene ved sin opprinnelige behandling av saken hadde oversett denne anførselen, som derfor ikke var drøftet i vedtaket.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Ifølge straffeprosessloven § 447 første ledd, første punktum, slik bestemmelsen lød før lovendring 10. januar 2003 med ikrafttredelse 1. januar 2004, måtte krav om erstatning eller oppreisning fra staten etter strafforfølgning fremsettes «senest tre måneder etter at siktede har fått underretning om den avgjørelse som endelig avslutter saken». Etter lovendringen i 2003 ble fristbestemmelsen opphevet, og man har i praksis lagt til grunn at den alminnelige foreldelsesfristen på 3 år i foreldelsesloven 18. mai 1979 nr. 18 § 2, jf. § 9, gjelder for alle krav om erstatning etter strafforfølgning som er fremsatt etter 1. januar 2004, uavhengig av om kravet var foreldet etter den tidligere 3-månedersfristen.

Det er i denne saken på det rene og uomtvistet at klagerens erstatningskrav er foreldet, både etter den tidligere 3-månedersfristen i straffeprosessloven og den alminnelige 3-års foreldelsesfristen i foreldelsesloven. Som Justissekretariatene har redegjort for i svar hit, er det klare utgangspunktet at staten da ikke utbetaler erstatning, og hovedregelen er at det ikke skal gjøres frafall av foreldelsesinnsigelser.

I henhold til praksis som følger av Justisdepartementets rundskriv G-82/92, kan det likevel i spesielle tilfeller gjøres frafall av foreldelsesinnsigelsen. Det er der uttalt følgende om hvilke momenter som er særlig relevante ved vurderingen:

«Når det gjelder selve vurderingen av om foreldelsesinnsigelsen skal frafalles i det enkelte tilfelle, må denne finne sted ut fra en konkret rimelighetsvurdering. Viktige momenter vil i denne forbindelse være om den som innehar kravet ville lide et uforskyldt tap dersom innsigelsen gjøres gjeldende. Dersom dette er tilfellet, viser praksis at man nesten unntaksvis frafaller foreldelsesinnsigelsen. Det vil ved vurderingen også være av betydning hvorvidt foreldelsen kan bebreides det offentlige. Dersom det offentlige kan bebreides for at kravet er foreldet, har man i praksis vært svært liberal med å frafalle foreldelsesinnsigelsen.»

Det er først og fremst spørsmålet om det offentlige kan bebreides for foreldelsen, som har vært undersøkt her. Problemstillingen er om forsømmelsen fra

en offentlig forsvarer, innebærer at det er det offentlige som kan bebreides for at erstatningskravet ble foreldet.

Det følger forutsetningsvis av domstolloven § 200 annet ledd at en offentlig forsvarer er å anse som offentlig tjenestemann i bestemmelsens forstand, med mindre han er oppnevnt etter begjæring fra siktede uten å være fast antatt for rettskretsen. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis og teori, jf. Rt. 1986 s. 776 og Bøhn, Domstolloven (2000), s. 598. Videre følger det av bestemmelsen at staten innestår for det erstatningsansvar som ilegges en offentlig tjenestemann på grunn av «forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang».

Denne bestemmelsen underbygger etter min oppfatning at foreldelsen av klagerens erstatningskrav kan anses som et forhold som kan bebreides det offentlige. Jeg har i denne forbindelse forutsatt at klagerens forsvarer var fast forsvarer i vedkommende rettskrets. Det forhold at klagerens offentlige forsvarer ikke opplyste klageren om mulighetene for erstatning og fristen for å fremme kravet, må etter mitt syn kunne anses som et forsømmelig forhold «under rettergang». Slik informasjon fra forsvareren til klienten må anses for å falle innenfor forsvarervervet. Jeg viser til Advokatforeningens retningslinjer for forsvarere, vedtatt 19. november 1999 og revidert 25. november 2005, punkt 2.5 tredje avsnitt, hvor det er uttalt at «forsvareren skal også gi siktede annen hjelp og støtte som er nødvendig, rimelig og naturlig i forbindelse med saken». I Bjerke/Keiserud, Straffeprosessloven, Bind I, (3. utg. 2001), s. 388, er det vist til disse retningslinjene. Den dagjeldende korte fristen for å fremsette erstatningskravet – tre måneder – gjør det etter mitt skjønn lite tvilsomt at det var «nødvendig, rimelig og naturlig» at forsvareren informerte klageren om kravet og fristen. En forsømmelse av å gi slik informasjon i den avsluttende fasen av forsvareropdraget, innebar en stor risiko for at klienten ville lide rettstap, noe den etterfølgende utviklingen i saken viser.

Det ligger ikke i dette standpunktet, slik Justissekretariatene synes å mene, at domstolloven § 200 er hjemmel for erstatningskravet i denne saken. Kravets hjemmel er straffeprosessloven § 444. Bestemmelsen i domstolloven § 200 er et moment som underbygger at foreldelsen kan bebreides det offentlige, og er således relevant i vurderingen av spørsmålet om foreldelsesinnsigelsen bør frafalles. At klageren var representert ved advokat da han ble frifunnet, kan vanskelig tilsi at han selv må bære ansvaret for fristoversittelsen, ettersom advokaten var offentlig forsvarer. Klageren kunne riktignok ha rettet erstatningskrav mot advokaten under dennes ansvarsforsikring. Dette endrer imidlertid ikke ved det forholdet at det offentlige gjennom advokatens forsømmelse, må kunne

sies å være å bebreide for at kravet ble foreldet. Det var også uheldig at advokaten, da han ble oppmerksom på at fristen var oversittet, unnlot å erkjenne ansvar og sørge for at klagerens tap ble dekket under advokatens ansvarsforsikring. Dette må kunne anses som en fortsettelse av advokatens forsømmelse i egenskap av offentlig forsvarer, og det vil derfor fremstå som lite rimelig om klageren skal bære risikoen for advokatens forsømmelse i denne forbindelse.

På denne bakgrunn har jeg kommet til at det i rimelighetsvurderingen bør legges vesentlig vekt på at den offentlige forsvareren ikke opplyste klageren om fristen for å fremme erstatningskrav. Jeg mener mye taler for at forsvarerens forsømmelse må kunne ses på som at det offentlige kan bebreides for at klagerens erstatningskrav mot staten er foreldet. Ettersom man ifølge rundskriv G-82/92 da skal være svært liberal med å frafalle foreldelsesinnsigelsen, ber jeg om at Justissekretariatene vurderer saken på ny i lys av mine bemerkninger foran.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av Justissekretariatenes nye behandling av saken, ved oversendelse av kopi av brev til klagerens advokat.»

100.

Sen saksbehandling i Justissekretariatene av søknad om erstatning etter strafforfølgning

(Sak 2007/2148)

Justissekretariatenes rutiner ved saksavviklingen førte til at forventet samlet saksbehandlingstid av søknad om erstatning etter strafforfølgning ville bli nærmere to og et halvt år.

Ombudsmannen uttalte at forvaltningen ved prioriteringen av saker blant annet må vurdere sakenes karakter og eventuell medgått saksbehandlingstid i saksforberedende organer. I saker om erstatning etter strafforfølgning vil saksbehandlingstiden i politiet være et relevant moment ved Justissekretariatenes prioritetsvurdering. Det ble videre gitt generelle bemerkninger til saksbehandlingstiden i Justissekretariatene.

A klaget til ombudsmannen over saksbehandlingstiden i Justissekretariatene. Krav om erstatning etter strafforfølgning ble fremsatt for politiet, som etter ett og et halvt år oversendte saken til Justissekretariatene, med anbefaling om at erstatningskravet tas til følge. I foreløpig svar fra Justissekretariatene ble det opplyst at saken kunne forventes avgjort om ca. 12 måneder. I klagen hit ble det påpekt at dette innebar at saken ville få en samlet behandlingstid på to og et halvt år. Det ble anført at sakens art og medgått saksbehandlingstid i politiet, tilsa at saken måtte prioriteres i Justissekretariatene.

I brev herfra ble Justissekretariatene bedt om å redegjøre for prioriteringer i saksbehandlingen, herunder om det ved saksavviklingen tas hensyn til de enkelte sakenes art, omfang og den saksbehandlingstid som allerede har medgått før sakene kommer inn til Justissekretariatene.

Justissekretariatene svarte at sakene som utgangspunkt behandles i den rekkefølgen de registreres som innkommet, og at det normalt ikke ses hen til saksbehandlingstid som er medgått før dette, med mindre det anmodes om prioritert behandling. Videre ble det uttalt at det i noen grad ses hen til sakens art og omfang, og at dette særlig gjelder saker som er kurante eller som skal avvises. Det ble også vist til at man har svært begrensede ressurser for behandling av krav om erstatning etter strafforfølgning, i forhold til pågangen av nye saker. En nærmere vurdering av de innkomne sakenes karakter vil gå på bekostning av å treffe avgjørelser i sakene. Justissekretariatene opplyste at saksbehandlingstiden har økt til ca. 18 måneder, og uttrykte forståelse for at dette oppleves som belastende.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 a første ledd og alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling, skal forvaltningen forberede og avgjøre saker «uten ugrunnet opphold». Hvorvidt fremdriften og saksbehandlingstiden i den enkelte sak oppfyller dette kravet, avhenger blant annet av sakens omfang og art, samt arbeidsbelastningen og de ressurser som står til disposisjon i vedkommende forvaltningsorgan.

Forvaltningen må foreta prioriteringer av sakene etter hvert som de innkommer, og løpende vurdere om den til enhver tid gjeldende prioritering er i overensstemmelse med de alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling. Dette innebærer at forvaltningen ikke ubetinget kan behandle sakene i den rekkefølge de kom inn, men blant annet må foreta nærmere vurderinger av sakenes karakter og, i de tilfeller der det skjer saksbehandling i flere ledd, se hen til allerede medgått saksbehandlingstid.

I saker om erstatning etter strafforfølgning, som etter straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 449 først skal fremsettes for og behandles av det politidistrikt som har etterforsket saken, vil saksbehandlingstiden i politiet således være et moment Justissekretariatene bør ta i betraktning ved prioritetsvurderingen. Justissekretariatenes opplysninger viser at det foretas en gjennomgang av nyinnkomne saker, blant annet med henblikk på avvising, på om de er kurante og om de egner seg i opplæringsøyemed. Jeg kan derfor ikke se at det vil være vesentlig mer arbeidskrevende i tillegg å se hen til om politiets behandlingstid har vært uforholdsmessig lang.

Sett hen til at den samlede saksbehandlingstiden av As erstatningskrav nå nærmer seg ett år og ti måneder, sammenholdt med politiets vurderinger og anbefaling i påtegning 25. oktober 2007, vil jeg be Justissekretariatene om å prioritere saken.

Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at problemene med lang saksbehandlingstid i Justissekretariatene tidligere har vært tatt opp herfra, både i klagesaker og i mitt møte med Justissekretariatene 8. mars 2007. Jeg har derfor lagt til grunn at Justissekretariatene løpende har oppmerksomheten rettet mot årsakene til dette og samtidig vurderer nødvendige tiltak for å bedre forholdene. Det er beklagelig at saksbehandlingstiden synes å øke. Jeg har merket meg at det for budsjettåret 2008 er gitt tilleggsbevilgninger for å øke Justissekretariatenes saksbehandlingskapasitet i saker om billighetserstatning og voldsoffererstatning. Det må da kunne forventes at dette vil bidra til å redusere saksbehandlingstiden i Justissekretariatene.»

101.

Kommunal Landspensjonskasse – tilbakekreving av feilutbetalt avtalefestet pensjon

(Sak 2007/905)

*I forbindelse med reduksjon fra 100 % til 60 % stilling søkte A om avtalefestet pensjon for resterende 40 % av opprinnelig stilling. Kommunal Landspensjonskasse (KLP) la feil inntektsopplysninger til grunn ved beregning av avtalefestet pensjon for A, slik at A mottok for mye pensjon. KLP krevet tilbakebetaling basert på den ulovfestede læren om *condictio indebiti* fra A med skylddeling for en mindre del av det totale beløpet som skulle betales tilbake. I vurderingen la KLP avgjørende vekt på at A – etter KLPs syn – ikke hadde vært i god tro med hensyn til størrelsen på de feilaktige utbetalingene hun hadde mottatt.*

*Ombudsmannen var enig i at tilbakebetalingskravet måtte løses etter den ulovfestede læren om *condictio indebiti*, og kom til at de fleste momentene som typisk vektlegges i vurderingen etter den ulovfestede regelen talte i favør av ikke å kreve tilbakebetaling fra A, med unntak av spørsmålet om god tro. Det var ikke urimelig av KLP, mente ombudsmannen, å forvente at A reagerte da hun mottok et beløp som avvek ikke ubetydelig fra det forhåndstipulerte beløpet. Ombudsmannen kom til at det var grunnlag for tilbakesøking, men anbefalte at KLP begrenset tilbakesøkingen til halve beløpet av det som var feilutbetalt.*

A søkte 10. september 2003 om avtalefestet pensjon for 40 % av sin 100 % stilling fra 1. april 2004. Hun skulle fortsette i 60 % stilling. I søknadens arbeidsgi-

vererklæring oppga A fremtidig stillingsprosent til å være 60 %, og fremtidig årslønn (i søknaden feilaktig oppført som månedslønn) til å være kr 142 000, men samlet pensjonsgivende lønn per år ble opplyst å være kr 355 000. I brev 22. januar 2004 fra KLP til A opplyses A om at hun oppfyller kravene til avtalefestet pensjon og at delpensjonen er beregnet ut fra en forventet fremtidig arbeidsinntekt på kr 142 000. Riktig forventet arbeidsinntekt i 60 % stilling skulle vært 213 000. Før pensjonen ble tilstått mottok KLP en korrigeret AFP-beregning fra trygdeetaten ut fra en fremtidig inntekt på kr 213 000. Like fullt la KLP feil inntektsopplysninger til grunn for pensjonsutbetalingen og A mottok dermed for mye pensjon ved at pensjonen var basert på inntekt i 40 % stilling (kr 142 000) og ikke inntekt i 60 % stilling (kr 213 000). I forbindelse med KLPs første årlige etteroppgjør for As pensjon ble det avdekket at det var betalt for mye pensjon. A ble varslet om feilutbetalingen og etteroppgjør i brev 17. januar 2006 fra KLP. I vedtak 31. mars 2006 fattet KLP beslutning om etteroppgjør. Saken ble anket inn for Trygderetten som opphevet vedtaket og hjemviste saken til ny behandling i kjennelse 15. desember 2006. Begrunnelsen var følgende:

«Slik retten ser det er ikke dette en ordinær avregningssak som kan behandles etter AFP-forskriftens § 4. Retten mener det her dreier seg om en feilutbetalingssak, som må vurderes etter KLP vedtektenes § 12-4 første ledd tredje punktum. KLP må da blant annet vurdere hvor synbar feilen var for den ankende part samt vurdere om ansvarsdeling er aktuelt.»

KLP fattet deretter vedtak 23. januar 2007 om tilbakebetaling av feilutbetalt pensjon basert på den ulovfestede regelen om *condictio indebiti* da KLP mente A ikke hadde vært i god tro med hensyn til de feilaktige pensjonsutbetalingene. Det ble foretatt skylddeling for den delen av beløpet som skrev seg fra etter KLPs vedtak om etteroppgjør 31. mars 2006 fram til pensjonen ble korrigeret 1. september 2006, og totalt beløp som ble innkrevet utgjorde etter dette kr 82 655 (før skylddeling kr 90 007). KLP uttalte blant annet følgende i vedtaket i tilknytning til Trygderettens kjennelse:

«Trygderetten fastslo at dette er ei feilutbetalingssak som må vurderes etter tilbakekrevsreglene i Lov om pensjonsordning for sykepleiere § 36, og ikke Vedtekter for avtalefestet pensjon (AFP-etteroppgjør).

Tilbakekreving av feilutbetalt Avtalefestet pensjon reguleres ikke av Lov om pensjonsordning for sykepleiere.

Hjemmel for tilbakekreving av feilutbetalt Avtalefestet pensjon er *Condictio indebiti* (ulovfestede regler om tilbakekreving). Disse reglene gir en rett til å søke tilbake det som er utbetalt feilaktig. Grunnlaget for regelen er at den som

ikke er i rimelig god tro må tilbakebetale feilaktig utbetalte beløp. Den som var ansvarlig for utbetalingen må sannsynliggjøre at mottakeren burde ha skjønnet at beløpet var feil (altså at mottakeren manglet god tro).»

A klaget til ombudsmannen over KLPs vedtak 23. januar 2007 om tilbakekreving av feilutbetalt avtalefestet pensjon. Klagen ble fremmet av advokat B i Norsk sykepleierforbund på vegne av A. Advokat B anførte i klagen hit blant annet at A hadde vært i akt-som god tro og at hun ikke satt igjen med noen berikelse. Videre anførte advokat B at feilen var forårsaket av KLP og at det var mest rimelig at KLP tok de økonomiske konsekvensene av feilen. Advokat B anførte også at selv om det var grunnlag for tilbakebetalingskrav så burde KLP påta seg skylddeling for hele beløpet.

I brev herfra ble KLP bedt redegjøre nærmere for hvorfor Trygderettens henvisning til «KLP vedtektenes § 12-4 første ledd tredje punktum» skal forstås som henvisning til «Lov om pensjonsordning for sykepleiere § 36». Dernest ble det bedt redegjort for om «KLP vedtektenes § 12-4 første ledd tredje punktum» kom til anvendelse i saken. Det ble også bedt om en nærmere redegjørelse for hvorfor lov om pensjonsordning for sykepleiere 22. juni 1962 nr. 12 § 36 ikke kom til anvendelse i saken. Videre ble det vist til at ut fra den vurderingen KLP hadde foretatt i vedtaket syntes det som det utelukkende hadde vært vurdert og lagt avgjørende vekt på hvorvidt A var i god tro eller ikke i forhold til utbetalingene. KLP ble bedt om å redegjøre nærmere for hvorvidt KLP mente den vurderingen som hadde vært foretatt i vedtaket var en tilstrekkelig og riktig vurdering av de momenter som inngår ved vurderingen av tilbakesøkning etter den ulovfestede regelen om såkalt *condictio indebiti*.

Til spørsmålene om Trygderettens henvisning og hvilke regler som kom til anvendelse i saken, uttalte KLP blant annet følgende:

«Ved Trygderettens kjennelse av 15. desember 2006 ble KLPs vedtak opphevet og hjemvist til ny behandling. Begrunnelsen var at saken etter rettens mening ikke var en ordinær avregningssak som kunne behandles etter AFP-forskriftens § 4. Retten mente at saken måtte betraktes som en ordinær feilutbetalingssak og behandles etter Vedtekter for felles kommunal tjenstepensjonsordning § 12-4 første ledd tredje punktum.

Du ble tilstått Avtalefestet pensjon (AFP) fra KLP med virkning fra 01.01.04. Vedtekter for AFP står i vedlegg 4 i Hovedtariffavtalen. Vedtekter for felles kommunal tjenstepensjonsordning, herunder tilbakekrevingshjemmelen i § 12-4, får ikke anvendelse på AFP-saker. Dette fordi AFP før fylte 65 år ikke er en del [av] tjenstepensjonsordningen.

Trygderetten uttalte seg ikke om dette.

Du er innmeldt i Pensjonsordningen for sykepleiere. Dette er en lovfestet pensjonsordning for

sykepleiere som følger av Lov om pensjonsordning for sykepleiere (Lov 1962-06-22-12). Tilbakekreving etter denne loven følger av § 36. Regelen i § 36 4. ledd er i all hovedsak den samme som regelen i § 12-4 i Vedtekter for felles kommunal tjenstepensjonsordning.

En ordinær sak om tilbakekreving av for mye utbetalt pensjon, for en som er innmeldt i Pensjonsordningen for sykepleiere, skal behandles etter Lov om pensjonsordning for sykepleiere § 36 og ikke etter Vedtekter for felles kommunal tjenstepensjonsordning § 12-4. Dette var grunnen til at KLP i vedtak datert 23.01.07 opplyste at Trygderetten hadde fastslått at feilutbetalingssaken skulle behandles etter Lov om pensjonsordning for sykepleiere § 36. KLP ser at dette kunne vært opplyst bedre i ovennevnte vedtak. Det følger av Vedtekter for AFP § 1.3 at ordningen med AFP fra 62 år til 65 år ikke er en del av tjenstepensjonsordningen. Fra fylte 65 år inngår AFP likevel som en del av rettighetene fra tjenstepensjonsordningen.

For inntektsåret 2004 var du ikke fylt 65 år. Du var således omfattet av reglene som følger av Vedtekter for AFP. Lov om pensjonsordning for sykepleiere regulerte derfor ikke dine pensjonsforhold.

Ettersom verken Lov om pensjonsordning for sykepleiere eller AFP-forskriften regulerer tilbakekrevingsforholdet, faller en tilbake på ulovfestede regler for tilbakekreving (Condictio indebiti) som hjemmelsgrunnlag for tilbakekreving.»

Ved vurderingen etter den ulovfestede regelen om condictio indebiti, viste KLP blant annet til at hvorvidt tilbakekreving kan kreves etter den ulovfestede regelen må avgjøres etter en helhetsvurdering ut fra sakens konkrete omstendigheter, og at det er et grunnleggende trekk at hvert enkelt tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet. Videre viste KLP at det i henhold til juridisk teori og praksis er to grunnleggende hensyn som står i mot hverandre ved vurderingen av om tilbakebetaling kan kreves, oppgjørshensynet og korreksjonshensynet. KLP viste til at oppgjørshensynet «bygger på tanken om at gjort er gjort, og at man ikke i ettertid bør rippe opp i forholdet, til tross for at det foreligger en feil», mens korreksjonshensynet «begrunnes i tanken om at feil alltid bør korrigeres». Deretter opplyste KLP at den «nærmere vurderingen av hvilket av de nevnte hensyn som skal veie tyngst, må avgjøres konkret i det enkelte tilfellet», og at det «gjennom rettspraksis [er] lagt til grunn en del momenter som skal trekkes inn i rimelighetsvurderingen», og at disse momentene ble vurdert i KLPs vedtak. KLP opplyste videre at det «likevel [er] mulig at KLP ikke var tydelig nok i begrunnelsen», og valgte derfor å «gå nærmere inn på hva som lå til grunn» for vedtaket.

Når det gjaldt momentet om partenes subjektive forhold, la KLP til grunn at feilutbetalingen var KLPs feil og at A var uten skyld i denne forbindelse, noe som talte i KLPs disfavør. Videre viste KLP til at det

på den annen side fremgikk av innvilgelsesbrevet 22. april 2004 hvilken inntekt som ble lagt til grunn for pensjonsberegningen og at A i brevet ble bedt om å gi skriftlig melding til KLP dersom opplysninger i brevet var feil. KLP forutsatte at A hadde gjort seg kjent med innholdet i brevet, og viste til at A ikke hadde tatt kontakt med KLP om opplysningene i brevet. Det ble også vist til at A «i forkant av søknad om AFP hadde satt [s]eg godt inn i hvordan [hennes] økonomiske situasjon ville bli etter uttak av pensjon. [Hun] fikk serviceberegning fra trygdekontoret med opplysninger om at inntektsredusert AFP med fremtidig årlig inntekt på kr 210 000 ville utgjøre brutto kr 7 661 per måned. [Hun] søkte pensjon ut fra disse forutsetningene (kr 213 000). Fra og med januar 2004 mottok [hun] likevel en pensjon på brutto kr 10 434 per måned». KLP mente A burde «ha reagert på at det var så stor forskjell mellom forhåndsberegnet pensjon og den endelige pensjonsberegningen fra KLP», og at opplysningene fra KLP og trygdeetaten gjorde at det måtte fremstå som «åpenbart» for A at hun mottok for mye pensjon, og at det var på grensen til faktisk kunnskap. KLP mente også at dette ble forsterket av at A «etter uttak av delpensjon mottok pensjon og arbeidsinntekt som lå godt opp mot full lønn i 100 % stilling før pensjonsuttaket. [Hun] hadde en samlet inntekt (delvis jobb + delvis pensjon) som utgjorde hele 95 % av full lønn i 100 % stilling». KLP mente etter dette at «summen av feil/skyld på begge parter side i stor grad veier opp for hverandre. I en slik situasjon mener KLP at [A] ikke har noe rimelig krav på beskyttelse mot tilbakekreving».

Hva gjaldt momentet om partenes profesjonalitet, mente KLP at KLP som profesjonell aktør var forventet å foreta korrekte beregninger innenfor pensjon og at momentet normalt talte for at det var en rimeligere løsning da å la feilen gå utover KLP som profesjonell part og ikke A. Like fullt mente KLP at momentet ikke kunne tillegges så stor vekt at det «fjerner enhver aktsomhetsplikt hos betalingsmottaker», og at momentet måtte sees i sammenheng med partenes subjektive forhold. KLP mente derfor at «hensynet om at det er mer rimelig å la feilen gå ut over den profesjonelle part svekkes i dette konkrete tilfellet. Dette fordi det måtte fremstå som åpenbart for [A] at [hun] fikk utbetalt for mye pensjon».

Momentet om fordringens art mente KLP i utgangspunktet talte imot tilbakekreving da ytelsen gjaldt pensjonsutbetaling fra KLP og det måtte antas «at denne i stor utstrekning er blitt brukt til alminnelige leveomkostninger». På den annen side viste KLP til at A også hadde inntekt fra hennes gjenværende 60 % stilling og at pensjonsutbetalingen utgjorde under halvparten av hennes totale inntekt. KLP mente derfor at det ikke bare var «pensjonsutbetalingene som gikk med til å dekke [As] leveomkostninger», og at

dette «demper argumentet om at det ikke skal foretas tilbakebetaling».

I forhold til tiden som var gått viste KLP blant annet til at det gikk lang tid fra KLP startet feilutbetalingen (januar 2004) til den ble oppdaget (september 2006), men at dette måtte sees i sammenheng med As subjektive forhold. KLP mente at ettersom det var grunn til tro at A hele tiden hadde vært klar over feilen, ettersom KLP mente dette fremsto som åpenbart for A, så burde «selv et langvarig tidsforløp ikke gi [henne] beskyttelse mot tilbakebetaling». A burde ha reagert på den «åpenbare feilutbetalingen» og kontakten KLP. Etter dette kom KLP til at «tidsmomentet ikke taler klart i KLPs disfavør i dette konkrete tilfellet».

KLP konkluderte deretter med følgende:

«KLP har foretatt en konkret vurdering under hensyn til rimelighet. Feilutbetalingen kan føres tilbake til forhold på KLPs side. Du var ikke en medvirkende årsak til at pensjonen ble feilberegnet ved oppstart. KLP mener likevel at du allerede fra første pensjonsutbetaling må ha vært klar over at du fikk utbetalt for mye pensjon. Dette på bakgrunn av informasjon som du hadde innhentet i forkant av innvilgelse av pensjon og informasjon gitt av KLP i forbindelse med innvilgelse. I dette konkrete tilfellet mener KLP derfor at korreksjonssynet veier tyngre enn oppgjørshensynet.»

Avslutningsvis la KLP så følgende til grunn i forhold til spørsmål om skylddeling:

«KLP har videre vurdert om det er grunnlag for å begrense tilbakebetalingskravet i form av skylddeling. Skylddeling innebærer at KLP påtar seg deler av skylden for feilutbetalingen fra et gitt tidspunkt, til tross for at hele beløpet kan kreves tilbake.

KLP praktiserer skylddeling i saker hvor vi finner at vi på et tidligere tidspunkt faktisk kunne fange opp at det forelå en feilutbetaling. Ved vurdering av skylddeling ser vi på om vi har kontrollrutiner som burde ha begrenset feilutbetalingen.

KLP sine kontrollrutiner i forbindelse med AFP er at det foretas årlige etteroppgjør. Disse blir gjennomført så snart KLP mottar opplysninger om den endelige skatteliggingen fra ligningsmyndighetene.

Du ble tilstått AFP med virkning fra 01.01.04. KLP foretok det første etteroppgjøret for din pensjon i vedtak datert 31.03.06. Det er vår oppfatning at det var først på dette tidspunktet at vi kunne ha oppdaget feilutbetalingen. KLP besluttet derfor i vedtak av 23.01.07 å skylddele tilbakebetalingsbeløpet med virkning fra 31.03.06 frem til pensjonen ble korrigert 01.09.06. Det vil si at vi ikke krevde tilbake mer enn halvparten av feilutbetalt pensjon for perioden 31.03.06 - 01.09.06.

KLP fastholder sitt vedtak datert 23.01.07 om tilbakebetaling av for mye utbetalt pensjon.

KLP betrakter med dette saken som ferdigbehandlet fra vår side.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«KLP har redegjort for at verken reglene om tilbakebetaling etter KLPs egne Vedtekter for felles kommunal tjenstepensjonsordning § 12-4 eller reglene om tilbakebetaling etter lov 22. juni 1962 nr. 12 om pensjonsordning for sykepleiere § 36 kommer til anvendelse i saken. Årsaken opplyser KLP å være at ordningen med avtalefestet pensjon fra 62 til 65 år etter KLPs Vedtekter for AFP § 1.3 ikke er en del av tjenstepensjonsordningen. Ettersom verken lov om pensjonsordning for sykepleiere eller KLPs Vedtekter for felles kommunal tjenstepensjonsordning får anvendelse på forholdet, og KLPs Vedtekter for AFP ikke har egne bestemmelser om tilbakekreving, har KLP lagt til grunn at spørsmålet om tilbakekreving må løses etter den ulovfestede regelen om *condictio indebiti*. Hva gjelder Trygderettens henvisning til Vedtekter for felles kommunal tjenstepensjonsordning mener KLP Trygderetten kun viser til at saken må løses etter feilutbetalingsregler, og ikke som en ordinær avregningssak. Trygderetten har derimot etter det KLP legger til grunn ikke uttalt seg eller tatt stilling til hvilket regelverk om tilbakekreving av feilutbetalt beløp som skal anvendes i saken.

Jeg legger etter dette til grunn at saken må løses etter den ulovfestede regelen om *condictio indebiti* og tar KLPs redegjørelse om valg av regler til etterretning.

Utgangspunktet, som også KLP har lagt til grunn, er at det etter den ulovfestede læren om *condictio indebiti* skal foretas en konkret helhetsvurdering for det enkelte tilfellet under hensyn til rimelighet. De to hovedhensyn som står mot hverandre ved vurderingen er oppgjørshensynet som tilsier at når betaling har funnet sted så bør den anses endelig, og korreksjonshensynet som tilsier at feil utbetalinger skal korrigeres fordi mottakeren har fått en uberettiget berikelse. Hensynene er av overordnet karakter, og har liten konkret betydning ut over i noen grad å styre avveiningen av den konkrete rimelighetsvurderingen som må foretas. På grunnlag av teori og rettspraksis er en rekke momenter trukket frem uten at disse momentene er uttømmende. KLP har trukket frem de fleste av de momentene som typisk nevnes i forbindelse med vurderingen og vurdert disse enkeltvis og i forhold til hverandre.

Det er erkjent av KLP at den uriktige utbetalingen skyldes feil på KLPs side, og at A ikke var skyld i dette. Videre har KLP bekreftet sin stilling som den profesjonelle part i forholdet, og akseptert at det har gått lang tid fra feilutbetalingene oppsto til tilbakebetalingen ble avkrevd. Like fullt har KLP lagt avgjørende vekt på at A ikke har vært i god tro med hensyn til feilutbetalingene da hun måtte forstå at hun mot-

tok for mye pensjon. Det er i forhold til spørsmålet om A forsto dette særlig vist til innvilgelsesbrevet der det oppgis en forventet inntekt per år på kr 142 000 som A burde/måtte forstå var feil, og at A hadde satt seg godt inn i sine rettigheter i kontakt med trygdeetaten. Serviceberegningen fra trygdeetaten innebar at A måtte forstå at hun mottok for mye pensjon da beløpet som ble opplyst i serviceerklæringen, kr. 7.661 per måned og det beløpet hun faktisk mottok, kr 10 434 per måned, avvek i så stor grad. KLP mener derfor at til tross for de momenter som taler i favør av ikke å kreve tilbakebetalt beløpet, så må As subjektive forhold i forbindelse med mottakelse av pensjonen veie tyngst. Denne tilnærmingen fra KLPs side til å løse retts spørsmålet om tilbakesøkning slik denne konkrete saken ligger an, synes også etter min vurdering å være hensiktsmessig.

De fleste momenter som typisk vektlegges i vurderingen etter den ulovfestede læren om *condictio indebiti* taler også etter min mening i favør av ikke å kreve tilbakebetaling fra A. Både det forhold at KLP er den profesjonelle part, at feilen ene og alene kan føres tilbake til KLP, at det dreier seg om en ytelse til livsopphold, at det er gått lang tid (ca. to og et halvt år for de første utbetalingene) og at det meste av det som er betalt trolig er forbrukt slik at A ikke sitter igjen med noen berikelse, taler imot tilbakebetaling. Det ene momentet som kan tale i andre retning er hvor synlig feilutbetalingen har vært for A og dermed i hvilken grad A har vært i god tro med hensyn til betalingene eller burde eller måtte forstå at hun mottok for mye pensjon.

Jeg legger til grunn at A mottok innvilgelsesbrevet der det er opplyst feil forventet fremtidig årsinntekt, og at A mottok opplysninger fra trygdeetaten om hva forventet pensjon ville være under de rette forutsetninger om fremtidig forventet inntekt ut fra 60 % stilling. Det er ikke grunnlag for å konstatere at utbetalingene har vært mottatt mot bedre vitende. På bakgrunn av at A i forkant, gjennom serviceerklæringen, var gjort kjent med hvilken pensjonsutbetaling som ville bli resultatet, ville det ikke være urimelig å forvente at hun reagerte da hun mottok et beløp som avvek ikke ubetydelig fra det forhåndsstipulerte beløpet. Det er ikke, så vidt jeg kan se, påvist forhold som skulle kunne ha gitt A grunn til å tro at det hadde skjedd endringer, for eksempel at det i mellomtiden hadde skjedd lønns- og pensjonsjusteringer. Den nærmere fastsettelsen av størrelsen på ansvarsdelingen må bli skjønnsmessig. Jeg vil anbefale at KLP krever tilbakesøkning begrenset til halve beløpet av det som er feilutbetalt.

Jeg ber KLP derfor vurdere saken på nytt, og orientere meg om utfallet av den fornyede vurderingen av saken.»

102.

Tilbakekreving av feilutbetalt voldsoffererstatning

(Sak 2008/988)

Voldsoffererstatning var innvilget og utbetalt med kr 60 000 til skadelidte fra Kontoret for voldsoffererstatning. Ved en feil utbetalte Statens innkrevingsentral senere ytterligere erstatning med kr 35 000. Mer enn femten måneder senere ble det sendt forhåndsvarsel til skadelidte med krav om tilbakebetaling.

Ombudsmannen kom til at det knyttet seg tvil til om voldsoffererstatningsnemnda hadde foretatt en tilstrekkelig individuell vurdering av tilbakekrevings spørsmålet.

Nemnda behandlet saken på nytt og kom til at det feilutbetalte beløpet likevel ikke skulle kreves tilbake.

I vedtak i mars 2004 fra Kontoret for voldsoffererstatning fikk A, født 1981, innvilget voldsoffererstatning med kr 60 000, etter dom mot faren for familievold. Beløpet ble kort tid etter utbetalt og tilsvarte det hun var tilkjent i oppreisning fra skadevolderen ved tingrettens dom i februar 2002. Den 25. oktober 2005 fikk hun utbetalt ytterligere kr 35 000 fra Statens innkrevingsentral (SI), som hadde inndrevet beløpet fra skadevolderen.

I brev 2. februar 2007 fikk hun varsel fra Kontoret for voldsoffererstatning om at det vurderte å kreve tilbake den siste utbetalingen. Vedtak om tilbakekreving ble truffet 5. mars 2007. Etter klage fra skadelidte ble vedtaket stadfestet av Erstatningsnemnda for voldsopfre 13. desember 2007. Nemnda begrunnet vedtaket med at kr 35 000 var utbetalt to ganger. Det ble vist til at en skadelidt ikke skal få erstattet samme skade flere ganger, og at voldsoffererstatningsordningen er subsidiær i forhold til skadevolderens ansvar. Videre viste nemnda til alminnelige erstatningsrettslige prinsipper og voldsoffererstatningsloven 20. april 2001 nr. 13 § 16. Skadelidtes økonomiske situasjon ble ikke tillagt vekt, da den kunne endre seg, og SI kunne kontaktes for å avtale hensiktsmessige nedbetalingsordninger.

Skadelidte klaget hit over erstatningsnemndas vedtak, og anførte at hun i god tro hadde mottatt og brukt pengene. Hun viste til at det var SI som hadde gjort en feil, og at det da var urimelig, så lang tid etterpå, å kreve pengene tilbake. Klageren opplyste også at hun hadde vært i tvil om pengebeløpet var til henne og hadde kontaktet SI på telefon og fått bekreftet at utbetalingen var riktig.

Saken ble herfra tatt opp med Erstatningsnemnda for voldsopfre. Det ble vist til voldsoffererstatningsloven § 16, der det er bestemt at utbetalt erstatning kan kreves tilbake dersom søkeren senere får dekket tapet på annen måte, men at det ikke er noen automatikk i

at senere utbetaling skal medføre tilbakekreving, slik at spørsmålet må vurderes konkret. Erstatningsnemnda ble bedt om å redegjøre nærmere for praksis i saker om feilutbetaling, herunder om det kunne sies noe generelt om de hensyn som gjør seg gjeldende ved vurderingen. Det ble videre vist til at utbetalingen i denne saken skyldtes en feil fra SI, at det ikke var anført at mottakeren kunne lastes for feilen og at det gikk mer enn femten måneder fra feilutbetalingen til forhåndsvarsel om tilbakekreving ble sendt. Erstatningsnemnda ble bedt om å redegjøre for om og i tilfelle hvilken betydning dette forholdet hadde hatt for vurderingen av om pengene skulle kreves tilbake. Nemnda ble også spurt om den mente at klagerens anførsel hit, om at hun hadde kontaktet SI på telefon og fått bekreftet at pengene var til henne, hadde betydning for spørsmålet om tilbakekreving. For øvrig ble det bedt redegjort for hvilke forhold nemnda hadde lagt vekt på i sin vurdering.

Erstatningsnemnda for voldsofre svarte at søkerens krav mot skadevolderen går over på staten i den utstrekning det utbetales erstatning etter loven, jf. voldsoffererstatningsloven § 15 og forskrift 23. januar 1981 nr. 8983 § 7. Videre viste nemnda til at når voldsoffererstatning innvilges, har søkeren ikke lenger et krav mot skadevolderen. Det ble redegjort for at ordningen med voldsoffererstatning er en forskutteringsordning, jf. Ot.prp. nr. 4 (2000-2001).

Ifølge nemnda gir loven § 16 første ledd annet punktum, jf. forskriften § 9 tredje ledd, adgang til å kreve tilbake utbetalt erstatning, dersom søkeren senere får dekket tapet på annen måte. Det ble vist til at bestemmelsene er objektive hjemler, som uttømmende regulerer i hvilke tilfeller tilbakekreving kan skje, og som gir forvaltningen en ubetinget rett til å kreve for mye utbetalt erstatning tilbakebetalt. Nemnda viste til at dette står i motsetning til det som gjelder etter alminnelig pengekravsrett, hvor mottakeren etter omstendighetene kan beholde det vedkommende mottar i god tro, men har bevisbyrden for dette.

Om hvilke momenter som skal vektlegges ved vurderingen av tilbakekreving av voldsoffererstatning, viste nemnda til at det ikke gis nærmere veiledning i lovens eller forskriftens ordlyd, men at det er opp til myndighetenes skjønn å avgjøre om det skal kreves tilbakebetaling og hvilke omstendigheter som kan få betydning ved vurderingen.

Nemnda redegjorde for at det av praksis kan utledes enkelte generelle hensyn som gjør seg gjeldende. For det første at det er et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp at den erstatningsberettigede ikke skal få dekket sitt tap to ganger. Videre at voldsoffererstatningsordningen er subsidiær i forhold til andre ytelser som søkeren måtte få som følge av skaden. I den forbindelse ble det vist til at det skal gjøres fradrag for trygdeytelser, pensjonsytelser, forsikringsytelser

eller annen økonomisk støtte søkeren er berettiget til som følge av skaden, og at det er opplyst om dette i søknadsskjemaet. Det ble vist til at det av veiledningen til søknadsskjemaet fremgår at søkeren skal gi opplysninger om andre ytelser vedkommende får, og at utbetalt erstatning kan kreves tilbake dersom man får tapet dekket.

Nemnda fastslo at dersom søkeren handler i villfarelse når det gjelder de forutsetninger som er satt i loven eller forskriften, kan ikke det tillegges avgjørende vekt ved vurderingen av om tilbakebetaling skal kreves. Etter praksis er det ikke et vilkår at søkeren har opptrådt uaktsomt eller hatt en «ond hensikt» for at tilbakebetaling kreves, men dette kan ha en viss betydning i den skjønsmessige vurderingen. Om søkerens økonomi opplyste nemnda at denne vil ha begrenset vekt, da det kan avtales nedbetalingsordninger med SI.

Om vurderingen i nærværende sak, bekreftet nemnda at det forhold at det hadde gått mer enn femten måneder fra feilutbetalingen til søkeren ble varslet, ikke var vektlagt. Det var lagt avgjørende vekt på at voldsoffererstatningsordningen er subsidiær i forhold til skadevolderens ansvar og at søkeren ikke skal motta erstatning for samme skade mer enn en gang.

Selv om utbetalingen i denne saken skyldtes en feil fra SI, mente nemnda at dette ikke kunne være avgjørende, idet det foreligger en objektiv hjemmel til å kreve tilbake utbetalt erstatning, dersom søkeren får sitt tap dekket på annen måte.

Til opplysningen i klagen hit om at klageren hadde tatt kontakt med SI på telefon bemerket nemnda at dette ikke var anført i hennes klage til nemnda.

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Voldsoffererstatningsloven § 16 lyder:

«Utbetalt voldsoffererstatning eller forskudd på voldsoffererstatning kan kreves tilbake dersom søkeren har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av betydning for utbetalingen. Det samme gjelder dersom søkeren senere får dekket tapet på annen måte.

Kontoret for voldsoffererstatning avgjør om det skal kreves tilbakebetaling og treffer i tilfelle vedtak om det».

I denne saken er annet alternativ i første ledd benyttet.

Nemnda har redegjort for at voldsoffererstatningsordningen er en forskutteringsordning. Lovens § 16 første ledd annet punktum må leses med dette som utgangspunkt. Det er vist til at dersom «tapet» senere blir dekket på annen måte, kan tidligere utbetalt voldsoffererstatning kreves tilbakebetalt. Et praktisk eksempel er at skadevolderen i ettertid betaler til skadelidte en erstatning som voldsoffererstat-

ningsordningen allerede har dekket. I denne saken hadde SI i ettertid innkrevet fra skadevolderen deler av beløpet som var utbetalt til skadelidte. Ved en feil ble beløpet utbetalt til skadelidte, i stedet for å gå til delvis dekning av allerede utbetalt erstatning fra staten. Dette er en noe annen situasjon enn det som følger av en naturlig forståelse av ordlyden i § 16 første ledd annet punktum.

Nemnda har lagt til grunn at dette ikke er avgjørende, fordi bestemmelsen gir en «objektiv hjemmel» til å kreve utbetalt erstatning tilbake, dersom søkeren får dekket sitt tap «på annen måte». Hva nemnda mener med henvisningen til «objektiv hjemmel», fremstår som uklart, men det er mulig at det er ment å si at hjemmelen gjelder uansett årsaken til en dobbeltutbetaling. Det er ingen nærmere drøfting av problemstillingen i forarbeidene til loven. Uansett må det kunne legges til grunn at bestemmelsen dekker et tilfelle som det foreliggende.

Det er ingen automatikk i at det skal skje tilbakekreving etter § 16, hvor det heter at dette *kan* gjøres. I hver enkelt sak må det foretas en konkret skjønnsmessig vurdering. Jeg oppfatter det slik at nemnda er enig i dette rettslige utgangspunktet, slik at henvisningen til «objektiv hjemmel» ikke innebærer at nemnda mener at det skal sees bort fra subjektive forhold.

Nemnda har lagt avgjørende vekt på at voldsoffererstatningen er subsidiær i forhold til skadevolderens ansvar og at søkeren ikke skal motta erstatning for samme skade to ganger. Disse momentene er også sammenfallende med hovedhensynene bak regelen om tilbakekreving, og det kan derfor ikke rettes innvendinger mot at de er vektlagt. Det er likevel ikke tilstrekkelig i den skjønnsmessige vurderingen bare å vise til disse generelle legislative hensynene. Også andre forhold av betydning i saken må tas med i en totalvurdering av om tilbakebetaling skal kreves.

Det gikk over femten måneder fra feilutbetalingen til varsel om tilbakekreving ble sendt. Verken i Kontoret for voldsoffererstatning eller Erstatningsnemnda for voldsofres vedtak fremgår det at dette forholdet ble vurdert. I svarbrevet hit har nemnda opplyst at omstendighetene ikke ble vektlagt ved vurderingen. Det er vanskelig å utlede av svaret om det med dette menes at forholdet har vært ansett som et relevant moment ved vurderingen, eller om det bare ikke har vært ansett å være avgjørende. Forholdet etterlater tvil om vurderingen av et viktig punkt i saken,

da tidsmomentet etter min mening fremstår som sentralt når det skal vurderes om det skal kreves tilbakebetaling. I denne sammenheng bemerkes at mer enn femten måneder fremstår som svært lang tid.

I tillegg til denne tvilen er det et sentralt moment at saken har sitt utspring i en feil begått fra det offentlige. Selv om det legges til grunn at loven § 16 får anvendelse, tilsier ordlyden at det ikke er slike situasjoner det i utgangspunktet har vært tatt sikte på å regulere ved utformingen av regelen. Det bør ved den skjønnsmessige vurderingen derfor også ses hen til det rettslige utgangspunktet i den alminnelige pengekravsretten, som nemnda har vist til i svarbrevet hit, slik at mottakerens forhold også vurderes i et slikt perspektiv. Klageren i denne saken har forklart at feilutbetalingen skapte forvirring og usikkerhet om hennes rett til det feilutbetalte beløpet, og hun har i klagen hit skrevet at hun tok kontakt med SI for å høre om pengene var til henne. Hennes unge alder og de omstendighetene som fremkommer i straffedommen, er også forhold som kan ha betydning ved en slik vurdering.

Jeg har etter dette kommet til at det knytter seg berettiget tvil til om nemnda har foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering, og jeg ber om at saken behandles på nytt. I den nye vurderingen vil det være sentralt å synliggjøre avveiningen av tidsmomentet og at saken har sitt utspring i en feil fra det offentlige. Nemnda har bemerket at klagerens opplysninger om kontakten med SI ikke var anført i hennes klage dit. Også denne anførselen vil måtte tas med i den nye vurderingen.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av nemndas nye behandling ved kopi av brev til klageren. »

Nemnda behandlet saken på nytt og kom til at det feilutbetalte beløpet likevel ikke skulle kreves tilbake. Det ble lagt avgjørende vekt på at det gikk mer enn 15 måneder fra utbetalingen fant sted til det ble sendt forhåndsvarsel med krav om tilbakebetaling. Videre ble det sett hen til at beløpet ble utbetalt ved en feil fra det offentliges side. Nemnda viste til at etter alminnelig pengekravsrett kan mottakeren etter omstendighetene beholde det vedkommende har mottatt i god tro. Det ble vist til at søkeren hadde tatt kontakt med SI og fått bekreftet at utbetalingen var til henne, og at hun dermed hadde vært i god tro. Ved nemndas nye vurdering var det også sett hen til søkerens unge alder og psykiske problemer.

Annet

103.

Sak om tilbakekall av førerett – klagebehandlingen

(Sak 2007/1197)

Politidirektoratet unnlot å realitetsbehandle klage over politidistriktets vedtak om tilbakekall av retten til å føre motorvogn for en periode av tre år, fordi tidsperioden for tilbakekallet var utløpt.

Ombudsmannen uttalte at direktoratet neppe kunne stille som betingelse for realitetsbehandling at klageren hadde en aktuell rettslig klageinteresse, utover sin partsstatus i saken, og at klageren dessuten hadde en aktuell materiell interesse i å påklage vedtaket. Direktoratet ble bedt om å behandle saken på nytt.

Ved fornyet behandling av saken traff direktoratet vedtak om at klageren ved gjenerverv av førerett måtte dokumentere sitt forhold til rusmidler, men at det ikke var grunnlag for pålegg om ny førerprøve.

As førerkort ble 24. mars 2004 beslaglagt av politiet på grunn av mistanke om at han hadde ført motorvogn i påvirket tilstand. Han ble dømt for forholdet ved tingrettens dom i november 2005.

I brev i mai 2006 til politiet anmodet A om å få avlegge ny førerprøve. Politidistriktet ba i brev i juli 2006 om at A på grunn av tidligere rusproblemer, fremla erklæring fra minst to personer som kjente ham, vedrørende hans nåværende forhold til rusmidler. En attest måtte være fra psykolog eller spesialist i psykiatri, eventuelt fra fast behandler lege. A motsatte seg anmodningen. Han opplyste at han hadde vært innsatt i fengsel i ett år, og at det fremgikk av Kriminalomsorgens database Kompis at han i løpet av det siste året hadde avgitt et titalls urinprøver, som alle hadde vært negative. Videre opplyste A at han hadde innehatt førerkort i 30 år, og at han i denne tiden bare hadde gjort seg skyldig i et fåtall trafikkforseelser og ett tilfelle av kjøring i påvirket tilstand.

Politidistriktet oversendte saken til Politidirektoratet. Direktoratet bemerket i brev 16. oktober 2006 til politidistriktet at tingrettens dom ikke inneholdt noen avgjørelse om tap av førerett, og ba opplyst hvilken status As førerett hadde. I brev 17. november 2006 forhåndsvarslet politidistriktet A om at det i medhold av vegtrafikkloven 18. juni 1965 nr. 4 § 34 kunne bli aktuelt for politiet å treffe vedtak om tilbakekall av As rett til å føre motorvogn for en tid av tre år regnet fra 24. mars 2004. I brev fra politidistriktet samme dag ble A på ny anmodet om å fremlegge attester og erklæringer om sitt forhold til rusmidler.

As fullmektig B anførte i brev til politiet at inn-dragningen av As førerkort fremsto som et forsøk på å illegge ham en tilleggsstraff, at det ikke er hjemmel for å kreve fremlagt erklæringer om hans forhold til rusmidler, at A ikke er narkoman og at han var i fast arbeid som stilte krav om førerkort.

Politidistriktet fattet 11. desember 2006, i medhold av vegtrafikkloven § 34 femte ledd, vedtak om å tilbakekalle As rett til å føre førerkortpliktig motorvogn for et tidsrom av tre år, regnet fra 24. mars 2004. Det ble under henvisning til dommen fra 2005 og tidligere dom fra 2004, fremholdt at det fremsto som om A har et rusproblem, og ikke lenger fyller kravene til edruelighet for å inneha førerkort. Det ble opplyst at ved gjenerverv av førerkort vil A bli pålagt å dokumentere sitt forhold til rusmidler, samt å avlegge full ny førerprøve. Avslutningsvis ble det opplyst at vedtaket «kan uten frist påklages til Politidirektoratet».

I oversendelsespåskrift 25. januar 2007 til direktoratet redegjorde politidistriktet for saken. Direktoratet uttalte følgende i brev 13. februar 2007 til politidistriktet:

«Det fremgår av de tilsendte dokumenter at As førerkort ble beslaglagt den 24. mars 2004 i forbindelse med mistanke om kjøring i påvirket tilstand. Ved X tingretts dom av 9. november 2005 ble han bl a domfelt for dette forhold. Det ble ikke lagt ned påstand om tap av førerett i medhold av vegtrafikkloven § 33 nr 1 annet ledd. Det fremgår at dommen ble rettskraftig 14. november 2005.

Fra dette tidspunkt har politiet uhjemlet beholdt As førerkort.

Det fremgår at A søkte om gjenerverv av førerett ved brev til X politidistrikt av 17. mai 2006, jf dok 8. Videre fremgår det at politiet den 11. desember 2006 traff vedtak om tilbakekall av føreretten for A for et tidsrom av 3 år regnet fra datoen førerkortet ble beslaglagt jf ovenfor. Tapstiden utløper 24. mars 2007.

Direktoratet kan ikke se at politiets vedtak er påklaget. Det foreligger uttalelse fra klageren ved B av 29. november 2006 i anledning politiets forhåndsvarsel av 17. november 2006, men det er ikke opplyst at B har bedt om at saken forelegges direktoratet som klagesak dersom politiet treffer vedtak i samsvar med forhåndsvarselet.

På denne bakgrunn samt at det kun gjenstår i overkant av 1 måned av den fastsatte tapsperioden finner ikke direktoratet å ville behandle saken, som derfor returneres.»

I brev 14. mars 2007 påklaget A politidistriktets vedtak 11. desember 2006 og fremholdt at spørsmålet om hans forhold til rusmidler var av medisinsk art og at dette ikke hadde vært gjenstand for noen bevisførsel. Han fant det urimelig at han etter å ha vært utsatt for en tilsynelatende uriktig saksbehandling, skulle påføres ytterligere straff i form av ny oppkjøring m.v.

Direktoratet fattet 14. mai 2007 følgende vedtak:

«Politidirektoratet viser til X politidistrikts oversendelse av 28. mars 2007 av klage fra A over politiets vedtak av 11. desember 2006 om tilbakekall i medhold av vegtrafikkloven § 34 femte ledd av hans førerett for et tidsrom av 3 år regnet fra 24. mars 2004. Tapstiden utløp 24. mars 2007. Den var med andre ord allerede utløpt da klagen ble sendt direktoratet.

Vi finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for å behandle klagen nå.

En eventuell søknad fra A om erverv av førerett må vurderes i forhold til bestemmelsene i vegtrafikkloven § 24 fjerde ledd.»

As fullmektig brakte saken inn for ombudsmannen og fremholdt at direktoratets og politidistriktets vedtak må erklæres ugyldige, slik at A tilbakeleveres førerkortet, subsidiært at direktoratet må pålegges å realitetsbehandle klagen i saken.

I brev herfra til direktoratet ble det stilt spørsmål om i hvilken grad A hadde en aktuell rettslig interesse i å påklage politidistriktets vedtak 11. desember 2006. Det ble bedt redegjort for om en eventuell omgjøring av politidistriktets vedtak ville innebære at A fikk tilbake føreretten uten å måtte fremstille seg til ny førerprøve og underkaste seg slik legeundersøkelse som ble funnet påkrevd. I bekreftende fall, ble det bedt redegjort for om dette medførte at A hadde en aktuell rettslig interesse i at direktoratet overprøvde politidistriktets vedtak. Det ble dessuten bedt opplyst om plikten til å fremstille seg til ny førerprøve fulgte automatisk av vedtaket om tilbakekall av føreretten etter vegtrafikkloven § 34 femte ledd, eller om vedtaket på dette punkt var hjemlet i lovens § 34 første ledd. I denne forbindelse ble det vist til politidistriktets oversendelsespåskrift 25. januar 2007 til direktoratet, hvor det også var vist til den sistnevnte lovbestemmelsen.

I svar fra direktoratet ble det redegjort for saksgangen, og på bakgrunn av denne fremholdt at direktoratet ikke på noe tidspunkt hadde gått formelt inn i sakens realitet, heller ikke spørsmålet om eventuell ny førerprøve. Deretter ga direktoratet følgende generelle redegjørelse for sitt syn på saken:

«Pålegg om ny førerprøve må vurderes på det tidspunkt føreretten gjenerverves. Det avgjørende for om det skal kreves ny førerprøve ved gjennerverv av førerett etter tilbakekall i medhold av vegtrafikkloven § 34 femte ledd, er om vedkommende antas å ha den nødvendige kjøreferdighet eller ikke. Det vises i denne sammenheng til pkt 3.5 og 3.3.6 i direktoratets håndhevningsinstruks av 7. februar 2007.

Dersom A i dag var gitt samtykke til gjennerverv av førerett, er det ikke åpenbart at vilkårene for pålegg om ny førerprøve er til stede. I ettertid ser vi at dette ex officio burde vært bemerket fra direktoratets side i tilfelle X politidistrikt i overskuelig fremtid gir samtykke til gjennerverv uten

ny behandling fra direktoratets side. Vi beklager derfor at dette ikke ble bemerket.

Det vesentligste for direktoratet ved vurderingen av behovet for av eget tiltak formelt å gå inn i sakens realitet, var opplysninger i bl. a. to dommer som omhandlet rusmisbruk / manglende edruelighet. På bakgrunn av opplysningene fant direktoratet det klart at A ikke kunne erverve førerett umiddelbart. Denne vurderingen ble imidlertid kun foretatt prejudisielt, uten at den kommer til uttrykk i direktoratets brev.

På denne bakgrunn og under henvisning til hans vegring mot å gi politiet opplysninger om sitt forhold til rusmidler, jf brev av 29. november 2006 fra As prosessfullmektig B, fant direktoratet i mai måned 2007 at det klart var grunnlag for tilbakekall av føreretten i medhold av vegtrafikkloven § 34 femte ledd. På grunn av at tapsperioden var utløpt, fant vi likevel ikke grunn til formell realitetsbehandling av klagen.

Politiet plikter, selv om en tidsbegrenset tapsperiode er utløpt, å vurdere om lovens krav til edruelighet er oppfylt, jf vegtrafikkloven § 24 fjerde ledd. Tapsperiodens lengde er derfor bare veiledende siden et av grunnvilkårene for å ha førerett er krav til edruelighet. På den annen side, dersom kravet til edruelighet er oppfylt før tapsperiodens utløp, skal samtykke til gjennerverv av førerkort gis umiddelbart.»

Til spørsmålet om rettsvirkningene av en eventuell omgjøring av politidistriktets vedtak 11. desember 2006 bemerket direktoratet:

«Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor ville ikke en omgjøring av X politidistrikts vedtak ha medført at A fikk tilbake føreretten. Samtykke til gjennerverv av førerett vil bero på om han kunne sannsynliggjøre at kravet til edruelighet er oppfylt. Om han ville måtte avlegge ny førerprøve vil som nevnt avhenge av om han på tidspunktet for gjennerverv har de nødvendige kjøreferdigheter eller ikke.

Vi bemerker i denne sammenheng at det skulle vært lagt ned påstand om tap av førerett og pålegg om ny førerprøve i forbindelse med X tingretts dom av 9. november 2005. Når dette ikke ble gjort, kan ikke politiet senere treffe vedtak om ny førerprøve på grunnlag av de overtredelser av trafikale adferdsregler som tidligere har vært vurdert av retten, jf håndhevningsinstruks pkt 3.5, tredje avsnitt. Dette gjelder selv om det i medhold av § 8-3 i forskrift om tap av førerett for motorvogn (tapsforskriften) skulle ha vært fastsatt pålegg om ny førerprøve.

Svaret på spørsmål 1 må etter dette bli at A, dersom direktoratet hadde omgjort politiets vedtak av 11. desember 2006 og med det gitt samtykke til gjennerverv av førerett, neppe ville bli pålagt ny førerprøve.»

Til spørsmålet om A har en aktuell rettslig interesse i at direktoratet overprøver politidistriktets vedtak, svarte direktoratet:

«Som nevnt ovenfor ville ikke A ha hatt krav på å få førerett uten vurdering av edrueligheten.

Som det fremgår ovenfor, har direktoratet ved vurderingen av om saken skal tas til realitetsbehandling her, prejudisielt tatt standpunkt til at kravet til edruelighet ikke er oppfylt. Vi kan følgelig ikke se at klageren hadde en rettslig interesse i at direktoratet overprøver politiets vedtak, dog med unntak av en bemerkning knyttet til kravet om ny førerprøve.»

For så vidt gjelder spørsmålet om hjemmel for plikten til å fremstille seg til ny førerprøve, uttalte direktoratet:

«Som det er redegjort for ovenfor, er ikke ny førerprøve en automatisk følge av vedtak om tilbakekall av retten til å føre motorvogn i medhold av vegtrafikkloven § 34 femte ledd. Pålegg om ny førerprøve skal som nevnt tidligere bare ilegges når det er grunn til å frykte at vedkommende ikke har tilstrekkelige kjøreferdigheter.

Henvisningen i X politidistrikts påtegning av 25. januar 2007 til vegtrafikkloven § 34 første og annet ledd oppfattes av direktoratet som utslag av sammenblanding av ulike hjemler for tap av førerrett. Henvisningen burde ikke vært tatt inn i oversendelsesbrevet i en sak der vegtrafikkloven § 34 femte ledd danner grunnlaget for tapet.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Spørsmålet i saken er om direktoratet hadde plikt til å realitetsbehandle klagen 14. mars 2007 over politidistriktets vedtak 11. desember 2006.

Forvaltningslovens vanlige regler om klage kommer til anvendelse i saker om klage etter vegtrafikkloven 18. juni 1965 nr. 4 § 39, over politiets vedtak om tilbakekall av retten til å føre førerkortpliktig motorvogn, jf. Ot.prp. nr. 52 (1967-68) s. 10. Bestemmelsen fraviker imidlertid forvaltningsloven § 29, idet det ikke gjelder noen frist for å klage.

Det følger av forvaltningsloven § 28 første ledd at enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken. Klageren er part i saken. Jeg har tidligere uttalt at det etter forvaltningsloven ikke uten videre kan oppstilles noe krav om materiell klageinteresse for rett til å klage, når det først er på det rene at en person er å anse som part i saken, jf. ombudsmannens årsmelding for 1992 s. 71 ff. (Somb-1992-24). Det samme er lagt til grunn i en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling og i juridisk teori.

Politidirektoratet har ikke bestridt at klageren formelt hadde klageadgang, men har avvist å realitetsbehandle klagen, under henvisning til at tapstiden for tilbakekall av klagerens førerrett var utløpt da saken ble oversendt fra politidistriktet. Ettersom klageren er part i saken, og det ikke gjelder noen frist for å påklage politidistriktets vedtak, kan jeg vanskelig se at det var adgang til å unnlate realitetsbehandling av klagen på dette grunnlaget. Det kan neppe stilles som betingelse for realitetsbehandling at klageren har en

aktuell rettslig klageinteresse, utover sin partsstatus i saken.

Klageren hadde dessuten en aktuell materiell interesse i å påklage politidistriktets vedtak. Ifølge vedtaket ville klageren ved gjenerverv av førerkort bli pålagt å dokumentere sitt forhold til rusmidler og å avlegge full ny førerprøve. Klageren har i saken hatt innsigelser mot begge disse vilkårene. Han hadde således en aktuell interesse i at direktoratet som klageinstans tok uttrykkelig stilling til nevnte vilkår. Det fremgår av direktoratets redegjørelse hit at det har tatt «prejudisielt» stilling til spørsmålet om dokumentasjon av edruelighet og at spørsmålet om ny førerprøve ikke ble vurdert. På denne bakgrunn fremstår behandlingen av klagen som mangelfull. Ved en realitetsbehandling av klagen vil direktoratet måtte ta stilling til klagerens anførsler vedrørende vilkårene for gjenerverv av førerrett og gi en nærmere begrunnelse for vedtaket på disse punktene, jf. forvaltningsloven § 33 første ledd sammenholdt med §§ 24 og 25. I denne forbindelse nevner jeg spesielt at verken politidistriktet eller direktoratet har kommentert klagerens opplysning i brev 31. juli 2006 om at han under soning i fengsel var blitt testet en rekke ganger for rusmisbruk, med negativt resultat. Det fremsto etter min mening som nærliggende for politiet å etterprøve denne opplysningen og ta uttrykkelig stilling til dens betydning for saken, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd.

Også politidistriktets mangelfulle behandling av saken er et moment som tilsier at direktoratet realitetsbehandler klagen. Jeg viser til direktoratets brev 13. februar 2007 til politidistriktet, hvor det er gitt uttrykk for at politiet etter 14. november 2005, da X tingsretts dom 9. november 2005 ble rettskraftig, beholdt klagerens førerkort uten at det var hjemmel for dette. Videre viser jeg til at spørsmålet om gjenerverv av førerrett må antas å ha stor velferdsmessig betydning for klageren, ettersom det er opplyst at han har behov for førerkort i sitt arbeid.

Jeg har kommet til at Politidirektoratet hadde og fortsatt har plikt til å realitetsbehandle klagen 14. mars 2007 over X politidistrikts vedtak 11. desember 2006, og herunder ta uttrykkelig stilling til vilkårene i vedtaket om at klageren må dokumentere sitt forhold til rusmidler og avlegge ny full førerprøve.

Politidirektoratet bes behandle saken på nytt i lys av bemerkningene foran. Jeg ber om å bli orientert om utfallet av direktoratets nye behandling.»

Politidirektoratet behandlet deretter As klage 14. mars 2007 over politiets vedtak 11. desember 2006. Direktoratet stadfestet vedtaket for så vidt gjaldt pålegget om å dokumentere sitt forhold til rusmidler, for gjenerverv av førerrett. Det ble ikke funnet grunnlag for pålegget om ny førerprøve, men vist til at det-

te spørsmålet må tas opp til ny vurdering når klageren gis samtykke til å erverve førerkort.

104.

Habilitet for ansattes representanter i styret i et interkommunalt tiltak

(Sak 2008/284)

Spørsmål om de ansattes representanter i et styre i et interkommunalt krisesenter var inhabile til å delta ved styrets behandling av et brev fra de ansatte om kritikkverdige forhold ved daglig leders disposisjoner. De to representantene hadde underskrevet brevet sammen med de øvrige ansatte.

Når det opprettes organer med interesserepresentasjon, må forutsetningen være at medlemmene har adgang til å fremme de interessene som de representerer. Selv om de ansattes representanter gjennom å underskrive brevet kunne sies å ha gitt uttrykk for en mening om den saken styret skulle behandle, var dette ikke et slikt særegent forhold som var egnet til å svekke tilliten til deres upartiskhet.

De ansatte ved et interkommunalt krisesenter hadde i et brev til styret tatt opp flere forhold ved daglig leders disposisjoner som de ønsket at styret skulle se nærmere på. I brevet het det bl.a.:

«På bakgrunn av de opplysninger som er kommet frem har ikke personalet lenger tillit til det arbeidet som daglig leder gjør. De ansatte anser det som vanskelig å fortsette i sine stillinger dersom daglig leder fortsetter i sin stilling.»

Alle de ni ansatte, deriblant de to ansattes representanter i styret, hadde underskrevet brevet. Da styret i det første styremøtet skulle ta stilling til om brevet fra de ansatte skulle behandles, ble de ansattes representanter bedt om å forlate møtet med den begrunnelse at de var inhabile. De to representantene forlot møtet, men stilte i senere brev til styret spørsmål om hjemmelen for inhabiliteten og styreleders håndtering av deres møterett. På det neste styremøtet, der brevet fra de ansatte skulle behandles, ble de ansattes representanter på nytt bedt om å forlate møtet.

Fellesorganisasjonen (FO) klaget til ombudsmannen over at de ansattes representanter var blitt utestengt fra styremøtene.

Saken ble herfra tatt opp med krisesenteret. Det ble vist til at de ansattes representanter var ansett som inhabile til å behandle saken fordi de var parter i saken, jf. forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav a. Det ble spurt om det var avgjørende for styrets vurdering av habiliteten til de ansattes representanter at disse hadde signert brevet sammen med de andre ansatte, og om styret ville ha vurdert saken annerledes hvis de ikke hadde gjort dette.

Det ble også bedt om en kommentar til opplysningen i brevet fra de ansattes representanter til styret om at det bare var tre styremedlemmer til stede på det første styremøtet og at styret derfor ikke var beslutningsdyktig ved behandlingen av saken.

Videre ble det bedt om en kommentar til FOs henvisning i klagen om at representantene i styret er valgt inn i «kraft av gruppeinteresser som arbeidsmiljø, ledelse og forsvarlig drift» og at «[s]like interesser ikke er ansett for å medføre inhabilitet etter forvaltningsloven». I denne sammenheng ble det også bedt om krisesenterets syn på hvilken funksjon de ansattes representanter har i styret.

Krisesenteret viste til at samtaler med de ansattes representanter og innholdet av brevet, hadde gitt styret klar innsikt i at styremedlemmene opplevde seg som parter i saken om daglig leders disposisjoner. Krisesenteret viste videre til at de ansattes representanter under det første styremøtet tok styreleders orientering om habilitetsreglene til etterretning og forlot styremøtet. Det samme gjorde daglig leder, som var til stede som styrets sekretær. Krisesenteret opplyste at fem styremedlemmer var til stede på møtet og at det ikke ble votert, samt at møtereferatet ble godkjent på det neste styremøtet med de ansattes representanters stemmer.

Krisesenteret opplyste videre at et brev fra styrets leder, der daglig leder ble gitt frist til å kommentere de ansattes brev, også ble lagt frem i det første møtet. Ellers var det spørsmål om *hvordan* styret skulle behandle saken videre, og ikke innholdet i saken, som ble behandlet i dette møtet. Selve saken ble behandlet i det neste styremøtet, der et beslutningsdyktig styre fattet vedtak om [in]habilitet mot de ansattes stemmer.

Det ble videre vist til at vedtektene og praksis ikke skiller mellom de syv styremedlemmenes rolle i styret, og at medlemmene ikke er valgt inn for å representere særinteresser.

Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«1. Habilitetsspørsmålet

Hovedspørsmålet i saken er om de ansattes representanter i styret i krisesenteret var inhabile da styret i de to møtene skulle ta stilling til henholdsvis om styret skulle foreta seg noe som følge av innholdet i brevet fra de ansatte og hva som i så fall skulle gjøres.

Saken dreier seg om behandlingen av forhold knyttet til en ansatt i et interkommunalt tiltak, og det er således tale om tilrettelegging av grunnlaget for «avgjørelse i en forvaltningssak», jf. forvaltningsloven § 6 første ledd. Det er derfor ikke tvilsomt at forvaltningslovens alminnelige habilitetsregler kommer til anvendelse. Videre følger det av forvaltningsloven § 10 at habilitetsreglene også gjelder for medlemmer

av styrer og råd, og dermed får anvendelse for de ansattes representanter i styret.

I referatet fra styresaken er det opplyst at de to styremedlemmene ble ansett inhabile til å behandle saken fordi de ble vurdert som «parter», jf. forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav a. Hvem som regnes som part, er i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e definert som «person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Brevet som styret skulle behandle i den aktuelle styresaken gjaldt ikke de to ansatterepresentantene som enkeltpersoner eller arbeidstakere. I brevet, som samtlige ansatte hadde underskrevet, tok derimot personalet som gruppe opp flere kritikkverdige forhold ved daglig leders disposisjoner. De ansattes representanter kunne derfor neppe anses som «parter» i saken, og kunne således heller ikke anses inhabile etter forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav a.

Spørsmålet er om de ansattes representanter i styret var inhabile etter forvaltningsloven § 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». Krisesenteret synes å ha lagt avgjørende vekt på at de to styremedlemmene hadde underskrevet på brevet til styret sammen med de øvrige ansatte. Spørsmålet er om dette er et slikt særegent forhold som var egnet til å svekke tilliten til de to styremedlemmenes upartiskhet ved styrets behandling av saken.

Ved habilitetsvurderingen etter § 6 annet ledd skal det bl.a. legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære «særlig fordel, tap eller ulempe» for vedkommende tjenestemann eller noen han har nær personlig tilknytning til. Det må imidlertid dreie seg om en særinteresse i sakens utfall, slik at for eksempel alminnelige distriktsinteresser, grendeinteresser eller yrkes- eller næringsinteresser ikke medfører inhabilitet. Det er videre alminnelig antatt i teori og rettspraksis at gruppe- og interesserepresentanter normalt ikke blir inhabile til å ivareta de interessene de representerer eller er satt til å ivareta, jf. Frihagen, Forvaltningsrett bind II, 5 utg. 1992 side 106 og Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, 8. utg. 2006 side 194. For oversiktens skyld nevner jeg at habilitetsreglene retter seg mot visse egenskaper ved og preferanser hos vedkommende tjenestemann som forbereder eller avgjør saken. Hvorvidt ivaretagelse av ansattes interesser i en konkret sak vil være usaklig og dermed en feil ved vedtakets innhold, er en annen sak og uten betydning i forhold til spørsmålet om inhabilitet.

FO har påpekt at de ansattes representanter er valgt inn i styret for nettopp å ivareta gruppeinteresser som arbeidsmiljø, ledelse og forsvarlig drift. Kri-

sesenteret på sin side har fremholdt at det ikke er noen forskjell i de ulike styremedlemmenes funksjon, og at de ansattes representanter i styret ikke er valgt inn for å ivareta gruppeinteresser.

Verken stiftelsesdokumentene eller vedtektene for krisesenteret sier noe uttrykkelig om de ansattes representanters rolle i styret. På den annen side fremgår det at det skal være to representanter fra de ansatte i styret, og at disse velges av de ansatte. Om ikke de ansattes representanter har plikt til å ivareta de ansattes interesser i styret, synes det å være temmelig opplagt at disse representantene i det minste skal bidra med et perspektiv fra de ansatte. Det følger videre av systemet med ansatterepresentasjon i styrer at det må være adgang for disse medlemmene til konsekvent å stemme på den måten som best ivaretar de ansattes interesser, uten at de av den grunn anses inhabile. Jeg antar i det hele at det skal svært mye til for at inhabilitetsreglene kommer til anvendelse for slike representanter, med mindre saksutfallet har en rent personlig økonomisk interesse for vedkommende eller hennes nærmeste.

Til dette kommer at spørsmålet om forsvarlig drift av senteret, herunder forhold knyttet til daglig leders utførelse av sine arbeidsoppgaver, må anses som ett av styrets kjerneoppgaver og hvor de ansattes syn er særlig viktig for å sikre en forsvarlig opplysning av saken. Videre ville de ansattes representanter i kraft av sin forslagsrett kunne ha fremmet forslag direkte til styret om å se nærmere på daglig leders disposisjoner på bakgrunn av opplysninger fra de øvrige ansatte. Hvert enkelt av styremedlemmene ville også ha kunnet fremmet mistillitsforslag mot daglig leder, uten at dette automatisk ville gjøre vedkommende styremedlem inhabil til å delta ved behandlingen av saken. Det at de ansattes representanter gjennom sin underskrift på det aktuelle brevet på forhånd hadde gitt uttrykk for en mening, kunne derfor ikke alene gjøre dem inhabile til å delta ved styrets behandling av brevet fra de ansatte. Det er ikke fremholdt fra krisesenterets side at det forelå andre omstendigheter som skulle gjøre de to styremedlemmene inhabile.

Jeg har etter dette kommet til at det ikke forelå slike særegne forhold som var egnet til å svekke tilliten til de to styremedlemmenes upartiskhet. Styrets avgjørelse om at de ansattes representanter var inhabile til å delta ved styrets behandling av brevet i de to styremøtene må derfor kritiseres på rettslig grunnlag.

2. Saksbehandlingen

2.1 Ifølge vedtektene for krisesenteret, er styret beslutningsdyktig når minst halvparten av styremedlemmene er til stede. I følge vedtektene består styret for krisesenteret av syv medlemmer, inkludert styreleder. I referatet fra det første styremøtet er det navn-

gitt fem styremedlemmer, herunder styreleder, som var til stede. Daglig leder var også til stede, men i egenskap av sekretær for styret. De to ansattrepresentantene forlot møtet etter at de ble ansett inhabile, slik at det derfor bare var tre av syv styremedlemmer til stede under behandlingen av brevet fra de ansatte. Styret var derfor ikke beslutningsdyktig da det i det første styremøtet behandlet spørsmålet om styret skulle foreta seg noe i forhold til brevet fra de ansatte.

2.2 Reglene for fremgangsmåten ved avgjørelsen av habilitetsspørsmål i kollegiale organer følger av forvaltningsloven § 8 annet ledd. Det fremgår at avgjørelsen av habilitetsspørsmålet skal treffes av organet selv. Når det gjelder det første styremøtet, har kritesenteret opplyst at styrets leder ba de ansattes representanter om å forlate møtet, uten at det ble votert over habilitetsspørsmålet. Det var derfor en saksbehandlingsfeil at det ikke ble votert over og truffet en avgjørelse av habilitetsspørsmålet i det første styremøtet.

I referatet fra det andre styremøtet er det opplyst at de ansattes representanter ble ansett inhabile «mot ansattes representanters stemmer». Også denne fremgangsmåten synes å være i strid med saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven § 8 annet ledd, da det følger av bestemmelsen at avgjørelsen i kollegiale organer som hovedregel treffes uten at vedkommende medlem deltar.»

105.

Antakelse av fast forsvarer

(Sak 2008/602)

Vedtak om å anta to faste forsvarere ved en tingrett og en lagmannsrett. Klageren mente han var usaklig forbigått, og klaget også over nektet innsyn i innstillingene fra sorenskriveren og førstelagmannen ved de to aktuelle domstolene.

Det var tvilsomt om Domstoladministrasjonen kunne unnta innstillingene i sin helhet, og ombudsmannen ba om at innsynsbegjæringen ble undergitt en fornyet vurdering. Ombudsmannen fant ellers ikke grunn til å kritisere Domstoladministrasjonens håndtering av antakelsessaken.

I lys av de uklare saksbehandlingsreglene ved antakelse av faste forsvarere, og sett hen til at hjemmelssituasjonen for dokumentinnsyn for søkerne ikke er opplagt, anbefalte ombudsmannen at Domstoladministrasjonen tok opp med Justisdepartementet om det kan være grunn til å formalisere reglene for behandlingsmåten av denne type saker.

Etter ombudsmannens uttalelse fant Domstoladministrasjonen å kunne gi klageren ytterligere innsyn. Ombudsmannen lot deretter denne siden av saken bero.

Saken gjelder Domstoladministrasjonens antakelse av faste forsvarere. Advokat A søkte i september 2007 om å bli antatt som fast forsvarer ved en tingrett og en lagmannsrett. I medhold av straffeprosessloven § 101 ble to verv tildelt, til henholdsvis advokat B og advokat C.

A ba om innsyn i innstillingene fra den aktuelle sorenskriver og førstelagmann, men innsyn ble nektet. Hjemmel for unntatt offentlighet ble først oppgitt å være offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 første ledd, jf. annet ledd bokstav a, så forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18 annet ledd.

A mente seg usaklig forbigått ved tildelingen av forsvarervervene, og klaget saken inn for ombudsmannen. Han fremholdt også at det ikke var rettslig grunnlag for å unnta innstillingene fra partsinnsyn.

I brev herfra ble Domstoladministrasjonen bedt om å redegjøre for det rettslige utgangspunktet for vurderingen av søkere som skal antas som faste forsvarere, herunder om det såkalte kvalifikasjonsprinsippet kommer til anvendelse. Det ble videre bedt om en nærmere redegjørelse for den vurderingen som var gjort, herunder hvordan saken var opplyst da vervet ble tildelt. Endelig ble Domstoladministrasjonen bedt om å klargjøre og utdype sitt syn på innsynsspørsmålet, samt redegjøre for den meroffentlighetsvurderingen som var foretatt.

Domstoladministrasjonen fremholdt at den advokaten som anses å være best kvalifisert for å utføre funksjonen som fast forsvarer, sett hen til så vel formelle som personlige kvalifikasjoner, skal antas. Selv om antakelse av faste forsvarere etter straffeprosessloven § 101 ikke er en ordinær tilsetning, ville derfor kvalifikasjonsprinsippet komme til anvendelse.

I den foreliggende saken var det foretatt en helhetsvurdering av søkerne, og det var tillagt betydelig vekt at de advokatene som ble antatt hadde kontorsted der domstolen hadde faste rettslokaler, noe A ikke hadde. Domstoladministrasjonen hadde ikke funnet at hans øvrige kvalifikasjoner var tilstrekkelige til å anta ham til tross for dette.

Domstoladministrasjonen fremholdt at det ofte var ønskelig at tiltalte raskt får kontakt med sin forsvarer, og at dette ville bli vanskeliggjort dersom forsvareren ikke hadde kontorsted i rettskretsen. A kunne ikke likestilles med de andre søkerne i forhold til reisetid og -kostnad.

Når det gjaldt det rettslige grunnlaget for innsynsspørsmålet, mente Domstoladministrasjonen at antakelse av faste forsvarere omfattes av unntaksbestemmelsen i forvaltningsloven § 4 første ledd bokstav b, slik at reglene om partsinnsyn i forvaltningsloven § 18 ikke kommer direkte til anvendelse. Spørsmålet om anvendelse av forvaltningsloven i slike saker hadde tidligere vært forelagt Justis- og poli-

tidepartementets lovavdeling, som hadde kommet til samme konklusjon. Domstoladministrasjonen mente imidlertid at bestemmelsens innhold ville gjelde tilsvarende på ulovfestet grunnlag. Forvaltningslovsforskriften 15. desember 2006 nr. 1456 kapittel 5 om partsinnsyn i tilsettingssaker, kunne dog etter Domstoladministrasjonens syn ikke gis analogisk anvendelse. Dette ble først og fremst begrunnet med at det var vesentlige forskjeller mellom vervet som fast forsvarer og en tilsetting i offentlig stilling. Etter Domstoladministrasjonens syn var innstillingene interne dokumenter som kunne unntas etter forvaltningsloven § 18 annet ledd.

Det var ikke funnet grunn til å utvise meroffentlighet, bl.a. fordi innstillingene inneholdt vurderinger av advokatene som det «av hensyn til domstolenes særlige rolle, ikke burde gis innsyn i». Det ble blant annet vist til at dersom dommernes vurderinger av lokale advokater ble gjort kjent, ville det kunne få store konsekvenser for advokatmarkedet på stedet.

Advokat A var enig i at kvalifikasjonsprinsippet måtte gis anvendelse på valget av faste forsvarere, men mente at den best kvalifiserte – A selv – ikke var valgt i dette tilfellet. Uansett mente han at han ikke var mindre tilgjengelig for de aktuelle domstolene enn C. Selv om C hadde oppgitt å ha kontor i rettskretsen, fremholdt A at kontoret bare i liten grad var virksomt, og at kontoret normalt var ubetjent. Det ville derfor reelt sett ikke være noen forskjell på C og A med hensyn til tilgjengelighet.

A pekte videre på at selv om B nok ville være mer tilgjengelig i forhold til oppdrag ved det ene stedet der domstolen har rettslokale, ville han ikke være det i forhold til oppdrag ved det andre stedet. Dette var oppdrag også han måtte påregne å ta. A mente at tilgjengelighetsargumentet var et proformaargument.

Det ble antydnet at bakgrunnen for at A ikke ble antatt, i realiteten skyldtes en faglig uoverensstemmelse A hadde hatt med sorenskriverne ved to tingretter i tilknytning til en konkret rettssak i 2007.

Om innsynsspørsmålet mente A at forvaltningslovens regler måtte komme til anvendelse. Det ble vist til at domstoloven 13. august 1915 nr. 5 § 33 b bestemmer at forvaltningsloven gjelder for Domstoladministrasjonens virksomhet. A mente at Lovavdelingen hadde oversett denne bestemmelsen, og at unntaket i forvaltningsloven § 4 b uansett ikke kunne medføre at forvaltningsloven ikke kom til anvendelse for antakelse av faste forsvarere, så lenge dette var regulert i domstoloven § 33 b.

A var heller ikke enig i at «domstolenes særlige rolle» kunne ha betydning for meroffentlighetsvurderingen. Antakelse av faste forsvarere hadde etter hans syn ikke noe med domstolenes rolle i tradisjonell forstand å gjøre. Det ble videre fremholdt at A uteluk-

kende ønsket innsyn i de vurderinger som var gjort om ham, ikke de øvrige søkerne.

På bakgrunn av As antydninger om at uoverensstemmelsen mellom ham og to sorenskrivere hadde vært tillagt vekt ved antakelsen av fast forsvarer, fremla Domstoladministrasjonen uttalelser fra de to berørte dommerne. Det ble imidlertid fremholdt at denne uoverensstemmelsen ikke hadde vært vektlagt i antakelsesprosessen.

Domstoladministrasjonen hadde også bedt samtlige lagmannsretter i landet om å uttale seg om kontorstedets betydning ved valg av faste forsvarere. Av de fire som besvarte henvendelsen, mente tre at det ville være uaktuelt å tilsette faste forsvarere utenfor rettskretsen. Den siste opplyste at advokatenes kontorsted ikke hadde vært noe spesielt tema ved antakelse av faste forsvarere. Bl.a. på denne bakgrunn fastholdt Domstoladministrasjonen at antakelsesvedtaket var i tråd med praksis og at denne praksisen var saklig forankret. Det ble vist til Justisdepartementets rundskriv G-8/96 om «Kunngjøring av verv som faste forsvarere», der det innledningsvis heter:

«Forsvarerne knyttes til det enkelte lagsogn og deres virke omfatter lagmannsretten og den by-/herredsrett hvor forsvareren har sitt kontorsted.»

Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Antakelse av fast forsvarer

Så vel Domstoladministrasjonen som advokat A har fremholdt at kvalifikasjonsprinsippet kommer til anvendelse ved antakelse av fast forsvarer etter straffeprosessloven § 101. Det sentrale hensynet bak kvalifikasjonsprinsippet er å sikre at forvaltningen rekrutterer personer med best mulig kompetanse i forhold til de oppgavene det offentlige skal utføre. Videre må avgjørelsen skje på en måte som sikrer likebehandling og som hindrer at det blir tatt usaklige hensyn.

Dette er vektige hensyn også ved antakelse av faste forsvarere, og jeg er enig i at kvalifikasjonsprinsippet må være styrende for den vurdering Domstoladministrasjonen foretar når den antar forsvarere.

Siktemålet skal da normalt være å finne frem til den som etter en helhetsvurdering må anses best kvalifisert for vervet. Ved vurderingen må de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten, i tillegg til eventuelle lov- og avtalefestede krav, tillegges vekt. Andre sentrale momenter vil være utdanning, praksis og personlig skikkethet.

Det helt sentrale må imidlertid være hvem som best kan fylle det behovet de faste forsvarerne er ment å fylle. Advokatens tilgjengelighet må klart nok være et relevant moment i denne sammenhengen. Dette synes også advokat A å være enig i. Det kan ikke kritiseres at dette forhold tillegges betydelig vekt i vurderingen av hvilke advokater som skal antas som faste forsvarere, selv om dette kan innebære

at den isolert sett faglig best kvalifiserte advokaten ikke vil bli antatt. Dette synes for øvrig å være i tråd med den praksis som følges i domstolene, jf. uttalelsene Domstoladministrasjonen har fremlagt fra lagmannsrettene.

Advokatens kontorsted må antas å ha betydning for tilgjengeligheten. Dog er det bare i den grad kontorstedet rent faktisk vil gjøre søkeren mindre tilgjengelig enn de øvrige søkerne, at dette er relevant. Domstoladministrasjonen må følgelig foreta en konkret vurdering av dette, og kan derfor ikke generelt utelukke søkere som ikke har kontorsted samme sted som rettslokalet.

Domstoladministrasjonen har unntatt store deler av begrunnelsen fra partsinnsyn. Jeg konstaterer imidlertid at Domstolsadministrasjonen har lagt et riktig rettslig utgangspunkt til grunn for vurderingen, og jeg har ut fra sakens dokumenter ikke grunnlag for å anta at det er tatt utenforliggende hensyn. Begrunnelsen kunne imidlertid vært klarere i forhold til kontorstedets betydning. Slik begrunnelsen fremsto kunne den gi inntrykk av at det var tale om et helt absolutt krav.

Det er vanskelig for meg å ha noen formening om de forskjellige søkeres reelle tilgjengelighet for domstoler og klienter. Slike spørsmål er lite egnet for overprøving fra min side.

Jeg har etter dette ikke rettslig grunnlag for å rette vesentlige innvendinger mot Domstoladministrasjonens rettsanvendelse og saksbehandling i forbindelse med antakelsen av fast forsvarer ved X tingrett og Y lagmannsrett.

2. Innsyn i innstillingene

Det har under saksforberedelsen her vært uklarhet om hvilke regler som gjelder for søkeres innsyn i saksdokumenter knyttet til antakelse av fast forsvarer etter straffeprosessloven. Domstoladministrasjonen har tidligere bedt om lovavdelingens syn på spørsmålet om forvaltningslovens anvendelse på saker om antakelse av fast forsvarer. Lovavdelingen konkluderte da med at forvaltningsloven ikke kom til anvendelse. I den forbindelse uttalte lovavdelingen blant annet:

«Antakelse av faste forsvarere skjer med hjemmel i straffeprosessloven § 101. Domstoladministrasjonens avgjørelse i saken må språklig sies å skje i 'medhold av rettspleielovene'. Etter ordlyden i forvaltningsloven § 4 første ledd bokstav b synes slike saker å falle utenfor virkeområdet til forvaltningsloven.

(...)

Ifølge Ot.prp. nr. 38 (1964-65) s. 37 er bakgrunnen for det relativt vide virkeområdet for unntaket at 'det er nærmest ugjørlig' å skulle ut avgjørelser truffet av andre myndigheter enn domstolene i medhold av rettspleielovene, at dette 'i alle fall ville reise mange og høyst kompli-

serte tolkningsspørsmål' og at det uansett var 'ubetenkelig å unnta disse helt særegne forhold fra lovens virkeområde'. I Ot.prp. nr. 75 (1993-94) pkt. 6.1 er det dessuten pekt på at bakgrunnen for unntaket er at rettspleielovene selv inneholder utførlige saksbehandlingsregler. Straffeprosessloven § 101 inneholder selv ikke nærmere regler om fremgangsmåten ved antakelse av faste forsvarere. Det kan ut fra dette anføres at de grunner som i sin tid ble anført for unntaket i forvaltningsloven § 4 første ledd bokstav b, i mindre grad enn ellers slår til for saker om antakelse av faste forsvarere. Ettter vårt syn er dette ikke tilstrekkelig til å tolke unntaket i forvaltningsloven § 4 første ledd bokstav b innskrenkende. Direkte anvendelse av forvaltningslovens regler om saksbehandlingen bør i tilfelle skje ved lovendringer...»

(...)

Lovavdelingen antar etter dette at forvaltningsloven ikke gjelder direkte for saker om antakelse av faste offentlige forsvarere etter straffeprosessloven § 101. Selv om forvaltningsloven ikke direkte kommer til anvendelse ved antakelse av faste forsvarere, understreker vi at forvaltningsloven kan gi uttrykk for grunnleggende krav til forvaltningens saksbehandling som forvaltningsorganet likevel bør følge, med mindre strengere regler i særlovgivning får anvendelse.»

Jeg er enig i lovavdelingens resonnement.

Advokat A har anført at domstolloven § 33 b medfører at forvaltningsloven kommer til anvendelse på saker for Domstoladministrasjonen, selv om disse i utgangspunktet faller utenfor lovens anvendelsesområde etter forvaltningsloven § 4. En slik lovforståelse kan neppe legges til grunn.

For det første må henvisningen til forvaltningsloven i domstolloven § 33 b naturlig nok omfatte også forvaltningsloven § 4, slik at også unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse for Domstoladministrasjonens virksomhet. For det annet var bakgrunnen for domstolloven § 33 b at oppgavene knyttet til administrasjon av domstolene ble flyttet fra Justisdepartementet til den nye Domstoladministrasjonen. Disse oppgavene endret ikke med flyttingen karakter av å være en form for forvaltningsvirksomhet, og det var meningen at Domstoladministrasjonen skulle følge de samme saksbehandlingsregler som departementet hadde gjort. De begrensningene i forvaltningslovens anvendelsesområde som tidligere gjaldt for Justisdepartementets saksbehandling, vil derfor også gjelde når sakene nå behandles av Domstoladministrasjonen. Forvaltningsloven kan følgelig ikke gi direkte anvendelse i den foreliggende sak.

Innsynsreglene i straffeprosessloven passer ikke på saker om antakelse av fast forsvarer. Prinsippet om parterets rett til innsyn i sakens dokumenter følger imidlertid også av det såkalte offentlighetsprinsippet. Offentlighetsprinsippet gjelder på ulovfestet grunnlag for forvaltningens virksomhet, også utenfor forvaltningslovens anvendelsesområde. Selv om saken

isolert sett faller utenfor forvaltningslovens anvendelsesområde, antar jeg derfor at partsinnsynsreglene bør gis analogisk anvendelse i saker om antakelse av faste forsvarere etter straffeprosessloven. Så vel As behov for en kontradiktorisk behandling som allmennhetens tillit til antakelsesprosessen, taler med styrke for en slik løsning.

Saker om antakelse av fast forsvarer har ikke noe utpreget straffeprosessuelt preg, til tross for at antakelsen skjer i medhold av straffeprosessloven. Etter sin art har slike saker snarere en del likhetstrekk med alminnelige tilsettingssaker, og det kan derfor være grunn til å ha et øye til de særlige begrensninger som er gjort i søkerens rett til innsyn i tilsettingssaker, når omfanget av As innsynsrett skal fastlegges.

Det klare utgangspunkt etter så vel offentlighetsprinsippet som forvaltningsloven, er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige. Det gjelder også slike innstillinger som denne saken gjelder. Som nevnt ovenfor mener jeg imidlertid at forvaltningsloven § 18 kan gis tilsvarende anvendelse her, og etter bestemmelsens annet ledd kan dokumenter som er utarbeidet for et organs interne saksforberedelse unntas fra partsinnsyn. Det samme gjelder slike dokumenter som er utarbeidet av et underordnet organ.

Så vel tingretten som lagmannsretten er administrativt underlagt Domstoladministrasjonen, og er således underordnede organer i en sak om antakelse av faste forsvarere. Innstillingene fra sorenskriveren i X tingrett og førstelagmannen i Y lagmannsrett er således interne dokumenter i forvaltningslovens forstand. A har da bare krav på innsyn i «de deler av [innstillingene] som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum», jf. forvaltningsloven § 18 tredje ledd. Begrepet «faktiske opplysninger» er i forarbeidene (Ot.prp. nr. 3 (1976-77) side 79) forstått svært vidt, slik at også opplysninger som i høy grad bygger på vurderinger er omfattet.

I lys av dette, og etter en gjennomgang av sorenskriver Ds innstilling 25. september 2007 og første-

lagmann Es innstilling 4. oktober 2007, er jeg i tvil om Domstoladministrasjonen kan unnta disse *i sin helhet* fra partsinnsyn. Slik jeg leser innstillingene, er det bare enkelte deler av dokumentene som inneholder rene vurderinger som kan unntas etter forvaltningsloven § 18 annet ledd. Jeg ber derfor Domstoladministrasjonen om å vurdere innsynsspørsmålet for disse to dokumentene på nytt.

Jeg har bedt om at innsynsspørsmålet vurderes på nytt, og finner derfor ikke grunn til å gå inn på Domstoladministrasjonens meroffentlighetsvurdering.

3. Saksbehandlingsmåten

Saksbehandlingsreglene ved antakelse av faste forsvarere er i stor grad ulovfestet, og det er heller ikke helt opplagt hvilke krav som gjelder for domstolene og Domstoladministrasjonens saksbehandling. Riktignok fremkommer enkelte regler om bl.a. utlysning og innstillingskompetanse av Justis- og politidepartementets rundskriv G-8/96, men forholdet til de øvrige saksbehandlingsregler i forvaltningsloven er ikke berørt. Så vel dette som den uklare hjemmelssituasjonen for partsinnsyn, skaper dårlig forutberegnelighet for søkerne og er egnet til å svekke tilliten til antakelsesprosessen. Når antakelse av faste forsvarere etter 1. januar 2006 skjer på åremål, også for tingretter og lagmannsretter, vil slike prosesser nødvendigvis måtte gjennomføres oftere enn tidligere, noe som ytterligere styrker behovet for gode saksbehandlingsregler.

I lys av dette ber jeg om at Domstoladministrasjonen tar opp med Justisdepartementet om de reglene som gjelder for antakelsesprosessen bør formaliseres. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av denne vurderingen.»

Etter ombudsmannens uttalelse vurderte Domstoladministrasjonen spørsmålet om innsyn på nytt, og fant å kunne gi klageren ytterligere innsyn. Ombudsmannen lot deretter denne siden av saken bero.

Emne og stikkordregister¹

Alminnelig forvaltningsrett

enkelvedtak		for gjenoppbygging/forlengelse av brygge	317
spørsmål om en omklassifisering var enkeltvedtak	189	for riving og gjenoppbygging av båthus.....	321
klagerett	85	fra reguleringsplikt for større bygge- og anleggsarbeider.....	294
foreløpig svar	69	midlertidig	301
føring fra overordnet organ	133	snøscooterkjøring	128
habilitet		tomteutnyttelse	337
for ansattes representanter i styret i interkommunalt tiltak	402	vilkår.....	324
klagebehandling		gebyr	
manglende behandling i kollegialt klageorgan	172	selvkostprinsippet.....	350
manglende underretning om vedtak, klagerett og klagefrist	114	ulovlig byggearbeid.....	345
plikt til å realitetsbehandle klage	399	oppføring av kårbolig i LNF- område.....	342
rettslig klageinteresse	135, 283	reguleringsplan	
kontradiksjon.....	122	tolking	305
oversittelse av klagefrist.....	286	søknads- og meldeplikt.....	355
saksbehandling		ulovlighetsforfølgning.....	355
begrunnelse 96, 144, 172, 206, 241		unnlattelse av å behandle byggesøknad i påvente av mulig byggeforbud	290
informasjonsplikt.....	149	unnlattelse av å forfølge et ulovlig tiltak.....	357
registreringsrutiner.....	231	vilkår for tillattelse	311
sakens opplysning	106, 118, 172, 206	Domstoler	
undersøkelsesplikt.....	149, 206	antakelse av fast forsvarer	404
veiledningsplikt.....	149, 231	Erstatning	
saksbehandlingstid	220, 231, 241, 391	etter straffeprosessuelt beslag.....	377
Avgifter og gebyrer		etter strafforfølgning	374, 389, 391
dokumentavgift	271	fra trygden etter refusjon i etterbetalt trygdeytelse	370
engangsavgift for campingbil.....	268	voldsoffererstatning.....	396
merverdiavgift		yrkesskadeerstatning	380
speilkopiering.....	244	Fengselsforhold, se Kriminalomsorg	
ugyldig avslag på tilbakegående avgiftsoppgjør.....	251	Foreldelse	
vann- og kloakkavgift		av krav om erstatning etter strafforfølgning.....	389
selvkostprinsippet.....	275	Fri rettshjelp	
Barnebidrag, se Underholdsbidrag		forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og rettshjelploven § 3	366
Barnevern		ved søknad om erstatning etter strafforfølgning.....	374
ansvar for enslige mindreårige asylsøkere	193	Gebyr, se Avgifter og gebyrer	
oppfølgingsansvar overfor barnets mor	195	God forvaltningsskikk, se Alminnelig forvaltningsrett	
Bo- og driveplikt, se også Konesjon		Helsevesen	
pålegg om konsesjonssøknad grunnet brudd på boplikt	118	legemiddelreklame	183
Bygge- og plansaker		omgjøring av plass i sykehjem til plass i omsorgsbolig	172
deling		retting og sletting av journalopplysninger.....	178
vilkår om deltakelse i fellesareal	327	tilbud til innsatte i fengsel	217
dispensasjon			
avkjørsel	333		

¹ Register over saker referert i meldingen for 1963-1977 og 1978-2003 er inntatt henholdsvis i ombudsmannens melding for 1997, Dok. nr. 4 (1977-78) s. 167 flg. og ombudsmannens melding for 2003, Dok. nr. 4 (2003-2004) s. 308. Fra og med ombudsmannens melding for 2004, Dok. nr. 4 (2004-2005), er det laget årlige emne- og stikkordregistre.

tildeling av driftstilskudd fysioterapi	109	Plansaker, se Bygge- og plansaker	
Innsyn, se Offentlighet i forvaltningen		Politi og påtalemyndighet	
Klage, se Alminnelig forvaltningsrett		sittetid i politiets arrester	197
Konsesjon, se også Bo- og driveplikt		Psykisk helsevern, se Helsevesen	
konsesjonsfrihet etter konsesjonsloven § 5	118	Reindrif	
pålegg om opphør av ulovlig rettshjelp- virksomhet	122	overføring av driftsenhet fra avdød reineier	140
tilbakekall av kjøreseddel for drosje	123	Sakskostnader	
Kriminalomsorg		dekning av sakskostnader ved opphevelse av vedtak	367
dobbeltceller	212	forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og rettshjelploven § 3	366
fysisk aktivitet	212	nødvendighetskriteriet i forvaltningsloven § 36	364
helsetilbud	217	Sjøfart, Havnevesen	
hygiene og privatliv	212	havnesjefens myndighet til å stille vilkår ved utlegging av flytebrygge	311
kontrolltiltak		Skatt og ligning	
glassvegg	206	avvisning av anmodning om overprøving	263
overføring	201	ettergivelse av skatt	261
permisjon	210	nye endringsfrister etter ombudsmanns- uttalelse	266
sittetid i politiets arrester	197	skattlegging av utenlandstillegg	266
urinprøvekontroll	203	Skole og universitet, se Utdanning	
utelukkelse fra fellesskapet	201, 217	Soningsforhold, se Kriminalomsorg	
åpne telefonbokser	212	Sosiale tjenester	
Kulturminner		midlertidig husvære	161
pålegg om undersøkelser etter kulturminneloven	360	refusjon i trygd	370
Landbruk, se Bo- og driveplikt og Konsesjon		økonomisk sosialhjelp	159
Ligning, se Skatt og ligning		Studiefinansiering, se Utdanningsstøtte	
Menneskerettigheter		Taushetsplikt	
forbud mot diskriminering	206	taushetsplikt	75
retten til arbeid	106	utlevering av bilder	82
uskylDSPresumsjonen	210	utlevering av trygdemappe	80
Merverdiavgift, se Avgifter og gebyr		Tilbakebetaling	
Offentlighet i forvaltningen		tilbakekreving av feilutbetalt AFP	392
innsyn		tilbakekreving av feilutbetalt voldsoffererstatning	396
i interne dokumenter	54	Tillatelse, se Konsesjon	
i søkerliste	61, 62, 65	Tilsetting	
i stemmesedler ved ordførervalg	49	kunngjøring	
taushetsplikt	75	unnlatt kunngjøring	91
journalføring i saker om tilsetting	71	kvalifikasjonsvurderingen	
lovens virkeområde	49, 73	adgang til å vektlegge personlig egnethet	93
meroffentlighet		andre krav enn utlysningstekstens	98
interne dokumenter	57	lovfestede kvalifikasjonskrav	100, 101, 104
ved brev mellom departementer	51	saksbehandlingen	
møteoffentlighet	89	manglende intervju	98
partsinnsyn		sakens opplysning	96, 98, 101
for innsatt i fengsel	68	skriftlig begrunnelse	96
i asylsak	238	Trygd	
i sak om antakelse av fast forsvarer	404	bortfall av ventestønad	155
hensynet til etterforskning	220	refusjon i trygd	370
publisering av foreløpig vurdering	183	Underholdsbidrag	
saksbehandling		skjønnsfastsetting av inntekt for lønnsmottaker	166, 170
journalføring av dokumenter i		særtilskudd til briller	168
innsynssaker	73	Utdanning	
saksbehandlingen i innsynssak	75	opptak til Politihøgskolen	144
saksbehandlingstid	54, 59, 69		
Ombudsmannens arbeidsområde			
saker som har vært behandlet av Kongen i statsråd	48		

Utdanningsstøtte		innhenting og bruk av spesifikk	
bostipend	147	landinformasjon i asylsak.....	238
Utlendingssaker		statsborgerskap	220
bortvisning	234	visumnektelse	225
fristfastsetting.....	234	utsatt iverksetting	241
		utvisning	241

Lovregister¹

1. Lover

17.5.1814 Grunnloven		31.5.1974 nr. 17 vass- og kloakkavgiftslova	
§ 110.....	106	§ 2.....	275
13.8.1915 nr. 5 domstolloven		28.6.1974 nr. 58 odelslova	
§ 200.....	389	§ 1.....	118
7.6.1935 nr. 2 tinglysingsloven		§ 29.....	118
§ 20.....	271	6.6.1975 nr. 29 eigedomsskattelova	
§ 21.....	271	§ 29.....	49
21.11.1952 nr. 2 skattebetalingsloven		12.12.1975 nr. 59 dokumentavgiftsloven	
§ 41.....	261	§ 3.....	271
22.6.1962 nr. 8 ombudsmannsloven		11.6.1976 nr. 79 produktkontrolllov	
§ 4.....	48	§ 11.....	75
§ 10.....	147	9.6.1978 nr. 49 reindrifstloven	
18.6.1965 nr. 4 vegtrafikkloven		§ 4.....	140
§ 39.....	399	9.6.1978 nr. 50 kulturminneloven	
10.2.1967 forvaltningsloven		§ 9.....	360
§ 2.....	85, 114, 183, 189	13.6.1980 nr. 24 ligningsloven	
§ 6.....	402	§ 3-4.....	69
§ 11.....	149, 231	§ 9-5.....	263
§ 11 a.....	220, 231, 234, 391	§ 9-6.....	266
§ 12.....	234	13.6.1980 nr. 35 rettshjelploven	
§ 13.....	80, 82	§ 3.....	366
§ 13 a.....	80	8.4.1981 nr. 7 barnelova	
§ 16.....	321	§ 67.....	168
§ 17.....	96, 98, 101, 106, 122, 149, 206, 220, 238, 321, 374, 399	22.5.1981 nr. 25 straffeprosessloven	
§ 19.....	220, 238	§ 101.....	404
§ 24.....	144, 399	§ 183.....	197
§ 25.....	172, 399	§ 444 flg.....	374
§ 27.....	114	§ 447.....	389
§ 28.....	85, 135, 283, 399	§ 448.....	377
§ 29.....	114, 286	§ 449.....	391
§ 31.....	114, 286	19.11.1982 nr. 66 kommunehelsetjenesteloven	
§ 33.....	172	§ 1-3.....	114
§ 34.....	321	§ 2-4.....	172
§ 36.....	364, 366, 367	§ 4-2.....	109, 114
§ 41.....	321	8.6.1984 nr. 51 havneloven	
§ 42.....	241	§ 18.....	311
13.6.1969 nr. 26 skadeserstatningsloven		14.6.1985 nr. 77 plan- og bygningsloven	
§ 2-1.....	370	§ 7.....	128, 294, 301, 311, 317, 321, 333, 337
19.6.1969 nr. 66 merverdiavgiftsloven		§ 17-2.....	317
§ 46.....	44	§ 20-4.....	342
§ 70.....	251	§ 23.....	294
19.6.1970 nr. 69 offentlighetsloven		§ 33.....	290
§ 1.....	49	§ 66.....	333
§ 2.....	54, 57	§ 67 a.....	327
§ 3.....	73	§ 70.....	311
§ 5.....	51, 54, 57	§ 84.....	355
§ 6.....	61, 62, 65	§ 93.....	355
§ 9.....	48, 54, 59, 61, 69	§ 109.....	275, 345, 350
		§ 116.....	355
		§ 116 b.....	357

¹Lovregister over saker referert i meldingen for 1963-1977 og 1978-2003 er inntatt henholdsvis i ombudsmannens melding for 1997, Dok. nr. 4 (1977-78) s. 167 flg. og ombudsmannens melding for 2003, Dok. nr. 4 (2003-2004) s. 308. Fra og med ombudsmannens melding for 2004, Dok. nr. 4 (2004-2005), er det laget årlige lovregistre.

24.6.1988 nr. 64 utlendingsloven	
§ 25.....	225
§ 27.....	234
§ 38 c.....	238
§ 41.....	241
16.6.1989 nr.65 yrkesskadeforsikringsloven	
§ 11.....	380
13.12.1991 nr. 81 sosialtjenesteloven	
§ 4-5.....	161
§ 5-1.....	159
§ 10-1.....	161
17.7.1992 nr. 100 barnevernloven	
§ 4-16.....	195
§ 5A-1.....	193
§ 5A-8.....	193
25.9.1992 nr. 107 kommuneloven	
§ 31.....	89
§ 35 nr. 5.....	49
§ 59.....	128
4.12.1992 nr. 132 legemiddeloven	
§ 2.....	189
4.8.1995 nr. 53 politiloven	
§ 24 b.....	144
28.2.1997 nr. 19 folketrygdloven	
§ 13-3.....	380
§ 21-1.....	149
§ 21-4.....	85
§ 22-7.....	370
17.7.1998 nr. 61 opplæringslova	
§ 10-1.....	100, 101, 104
§ 10-5.....	101
26.3.1999 nr. 14 skatteloven	
§ 5-11.....	266
2.7.1999 nr. 63 pasientrettighetsloven	
§ 3-6.....	85
2.7.1999 nr. 64 helsepersonelloven	
§ 21.....	85
§ 23.....	85
§ 43.....	178
20.4.2001 nr. 13 voldsoffererstatningsloven	
§ 16.....	396
18.5.2001 nr. 21 straffegjennomføringsloven	
§ 7.....	68
§ 2 212	
§ 14.....	201
§ 29.....	203
§ 31.....	206
§ 33.....	210
§ 37.....	201, 217
§ 40.....	203
21.6.2002 nr. 45 yrkestransportlova	
§ 37 f.....	123
28.11.2003 nr. 98 konsesjonsloven	
§ 5.....	118
1.4.2005 nr. 15 universitetsloven	
§ 6-3.....	93
§ 6-5.....	93
10.6.2005 nr. 51 statsborgerloven	
§ 30.....	220

2. Konvensjoner

4.11.1950 Den europeiske menneskeretts-	
konvensjon	
artikkel 3.....	212
artikkel 6.....	210
artikkel 8.....	206, 212
artikkel 14.....	206

3. Forskrifter og vedtekter

19.2.1980 ombudsmannsinstruksen	
§ 6.....	220
3.5.1983 nr. 918 forskrift (nr. 80) om frivillig	
registrering av utleier av bygg eller anlegg til bruk	
i virksomhet som er registrert etter	
merverdiavgiftsloven	
§ 70.....	251
14.11.1988 nr. 932 sykehjemsforskriften	
§ 4-11.....	172
21.12.1990 nr. 1028 utlendingsforskriften	
§ 106.....	225
11.12.1998 nr 1193 forskrift om offentlige arkiv	
§ 2-6.....	71,73
§ 2-7.....	71
§ 2-9.....	71
22.12.1999 nr. 1559 legemiddelforskriften	
§ 13-10.....	183
19.3.2001 nr. 268 forskrift om engangsavgift	
på motorvogner	
§ 2-5.....	268
20.12.2001 nr. 1544 forskrift om	
arbeidsmarkedstiltak	
§ 10-2.....	155
22.2.2002 nr. 183 forskrift til lov om	
straffegjennomføring	
§ 3-16.....	217
§ 3-26.....	203
§ 4-1.....	197
15.1.2003 nr. 123 forskrift om fastsetjing og	
endring av fostringstilskot (bidragsforskriften)	
§ 4.....	166, 170
30.4.2004 nr. 715 forskrift om forebyggelse	
av anslag mot sikkerheten i luftfarta	
§ 14.....	106
§ 24.....	106
§ 26.....	106
21.2.2006 nr. 247 forskrift om tildeling av	
utdanningsstøtte for undervisningsåret 2006-2007	
§ 17-2.....	147
23.6.2006 nr. 724 forskrift til opplæringslova	
§ 14-5.....	104
20.6.2006 nr. 749 forskrift om bruk av politiarrest	
§ 3-1.....	197

Vedlegg 1**Ombudsmannens kontor – personaloversikt**

Ombudsmannens kontor hadde per 31. desember 2008 følgende avdelingsinndeling og personalsam-

mensetning. Avdelingenes saksområder fremgår av organisasjonskartet i kapittel I og i vedlegg 2.

Avdeling 1:

Kontorsjef: Bjørn Dæhlin
Nestleder: Annicken Sogn
Rådgiver: Jan Gunnar Aschim
Rådgiver: Heidi Quamme Kittilsen
Rådgiver: Tor Sandsbraaten
Førstekonsulent: Leif Erlend Johannessen

Avdeling 2:

Kontorsjef: Eivind Sveum Brattegard
Nestleder: Camilla Wohl Sem
Seniorrådgiver: Elisabeth Fougner
Rådgiver: Kari Bjella Unneberg
Rådgiver: Henrik Magnusson
Førstekonsulent: Stine Elde
Førstekonsulent: Harald Søndena Jacobsen

Avdeling 3:

Kontorsjef: Berit Sollie
Nestleder: Bente Kristiansen
Rådgiver: Eva Grotnæss Barnholdt
Førstekonsulent: Frederik Langeland

Avdeling 4:

Kontorsjef: Kai Kramer-Johansen
Nestleder: Annette Dahl
Seniorrådgiver: Christian P. Gundersen
Seniorrådgiver: Stine R. Jarslett
Seniorrådgiver: Cecilie Karlson
Rådgiver: Birgitte Bie Mørkved
Rådgiver: Johan Nyrrerød Spiten

Avdeling 5:

Kontorsjef: Kristian Brandt
Nestleder: Ola Berg Lande
Seniorrådgiver: Siv Nylenna
Førstekonsulent: Edvard Aspelund
Førstekonsulent: Dagrun Grønvik
Førstekonsulent: Gustav Haver

Alle avdelinger:

Kontorsjef: Harald Gram

Administrasjonen:

Administrasjonssjef: Grethe Fjeld Heltne

Økonomi, personal, og generell drift:

Seniorrådgiver: Solveig Torgersen

Kontor- og resepsjonstjeneste:

Seniorkonsulent: Mette Stenwig

(ombudsmannens sekretær)

Førstekonsulent: Nina Olafsen

Førstekonsulent: Caroline Aarsæther

Seniorkonsulent: Torill H. Carlsen

Seniorkonsulent: Tina Hafslund

Seniorkonsulent: Kari Rimala

Arkiv og bibliotek

Arkivleder: Elisabeth Norby

Rådgiver: Anne-Marie Sviggum

Førstekonsulent: Anne Gunn Lyen Green

Seniorkonsulent: Anne Kristin Larsen

Konsulent: Kari Partyka

Følgende hadde per 31. desember 2008 permisjon fra sin stilling:

Kontorsjef: Hanne S. Nymoen

Seniorrådgiver: Yeung Fong Cheung

Seniorrådgiver: Mentz Grieg

Seniorrådgiver: Vibeke Woldseth

Seniorrådgiver: Anders Blix Gundersen

Rådgiver: Ståle Hovda

Rådgiver: Camilla Lie

Rådgiver: Cathrine Opstad Sunde

Rådgiver: Lisa Vogt-Lorentzen

Førstekonsulent: Therese Sørli Stange

Vedlegg 2

Oversikt over avdelingsinndeling og saksområder



Vedlegg 3**Ombudsmannens foredrag, møter, besøk og reiser i 2008****Foredrag:**

11. januar: Innlegg om «Fengselsliv, fangeliv og menneskerettigheter» på KROM-seminar, Spåtind
16. januar: Foredrag «Sivilombudsmannen – mellom menigmann og myndighet» ved Eldreakademiet i Moss
14. februar: Foredrag om åpenhet i offentlig forvaltning, Transparency International Norge, Oslo
13. mars: Foredrag ved ombudsmannens markering av 50-års jubiléet for avgivelsen av Forvaltningskomiteens innstilling
1. april: Foredrag om god forvaltningsskikk i eiendomsskattesaker for KS Eiendomsskatteforum, Oslo
26. april: Foredrag om ombudsmannsordningen på etterutdanningsseminar for lærere, Gyldendal Undervisning, Gardermoen
11. juni: Innledning og deltakelse i panel om demokratiet på møte hos Civita, Oslo
16. juni: Foredrag om utvalgte emner fra Sivilombudsmannens praksis 2007-2008 med relevans for kommuner og fylkeskommuner, for landets kommune- og fylkesadvokater, KS, Oslo
29. august: Foredrag om advokatens forhold til forvaltningen i Advokatforeningen Vest-Agder krets
9. september: Foredrag «Mellom menigmann og myndighet – er rettigheter bare til velsignelse? - Gjør din plikt – krev din rett» i Norske Selskab, Oslo
17. september: Forelesning om Sivilombudsmannen og utenriksforvaltningen for UD-aspiranter, Utenriksdepartementet, Oslo
18. september: Foredrag «Grunnloven – en levende lov eller et språklig gjenferd?» ved Asker senioruniversitet
9. oktober: Foredrag «Sivilombudsmannen – mellom menigmann og myndighet» ved Senioruniversitetet i Ytre Ryfylke, Jørpeland
15. oktober: Foredrag «Trenger nordmennene en klagemur? – fra Sivilombudsmannens erfaringer» for Foreningen Andvake, Oslo
24. oktober: Foredrag «Rettshjelperen og forvaltningen – medspiller eller motpart?» for Juss-buss, Oslo
4. november: Foredrag «Ombudsmannens innseende, kontroll og tilsyn med forvaltningen» på kurs i regi av Juristenes Utdanningscenter, Oslo
20. november: Foredrag «God forvaltningsskikk som rettslig norm» på forskningsseminar om forvaltningsrett, Bergen
27. november: Foredrag om god forvaltningsskikk på Fylkesmannen i Østfolds konferanse for rådmenn og ordførere, Moss

Møter og besøk i Norge:

21. januar: Møte med Gatejuristen, her
24. januar: Møte med Radiografforbundet, her
6. februar: Besøk i Tromsø fengsel, Tromsø
12. februar: Møter med fylkesmannen og fylkesdirektøren i Møre og Romsdal, Molde
25. februar: Deltakelse på seminar om grunnlovens rolle ved Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet
27. februar: Møte om rettssikkerheten med Advokatbladet
28. februar: Lunsjmøte med Public Concern Work, her
28. februar: Møte om varslingsproblematikken
4. mars: Besøk på Lier ventemottak

- 5. mars: Deltakelse på Advokatforeningens seminar om injurieordningen
- 6. mars: Besøk hos Fylkesmannen i Hedmark, Hamar
- 7. april: Besøk hos Helse Midt-Norge RHF, Stjørdal
- 6. mai: Møte med ULOBA (Andelslag for borgerstyrt personlig assistanse), her
- 20. mai: Møte med Fylkesmannen i Oslo og Akershus
- 27. mai: Besøk i Utdanningsdirektoratet
- 4. juni: Besøk ved Oslo Politidistrikt
- 9. juni: Møte med Riksarkivet om elektronisk arkivering og avlevering
- 11. juni: Møte med skattedirektøren/Skattedirektoratet
- 7. august: Møte om innsyn i Arbeids- og inkluderingsdepartementet
- 27. august: Møte med OMOD (Organisasjon mot etnisk diskriminering), Oslo
- 4. september: Besøk i Engerdal kommune
- 15.-16. september: Vert for Nordisk ombudsmannsmøte, her
- 26. september: Møte med utenriksråden i Utenriksdepartementet
- 8. oktober: Møte med Diabetesforbundet, Oslo
- 24. oktober: Møte med Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité om særskilte meldinger avgitt til Stortinget
- 28. oktober: Besøk hos Politiets utlendingsinternat på Trandum
- 6. november: Deltakelse på Castbergs minneforelesning: «Er domstolene statsvennlige?»
- 11. november: Deltakelse ved Norges banks seminar «Om å holde ord», Det norske vitenskapsakademi, Oslo
- 18. november: Besøk hos Fylkesmannen i Oppland, Lillehammer
- 19. november: Sivilombudsmannens menneskerettighetsseminar 2008, Litteraturhuset, Oslo
- 3. desember: Møte i Helse- og omsorgsdepartementet, helserettsavdelingen

Internasjonale besøk hos ombudsmannen:

- 21. januar: Møte med høyesterettspresidenten i Bangladesh
- 27. februar: Besøk av parlamentarikere fra Angola
- 25. april: Besøk fra Kinas Ministry of Supervision
- 2. mai: Besøk fra Norsk Folkehjelp i Kurdistan, Irak
- 2. juni: Lunsjmøte med Alexandr Nikitin, Bellona
- 30. juni: Besøk av representanter for myndighetene i Bangladesh
- 26. august: Møte med den kinesiske riksadvokaten
- 5. november: Besøk av Ombudsmannen for menneskerettigheter i St. Petersburg
- 23.-26. november: Besøk fra ombudsmannsinstitusjonene i Guatemala, Nicaragua, Honduras, Panama, El Salvador, Costa Rica og Bolivia

Internasjonal deltakelse:

- 18. januar: Seminar om frihetsberøvelse, Paris
- 7. mars: Konferanse i forbindelse med 10-års jubileet for Estlands ombudsmann, Tallinn
- 14. april: Foredrag om ombudsmannen og menneskerettigheter på internasjonal konferanse, Kiev
- 30. april: Seminar om ombudsmannens kompetanse i saker med politisk innhold, Christiansborg, København
- 21.-23. mai: Vest-nordisk ombudsmannsmøte, København
- 20.-21. august: Styremøte for Nordiske juristmøter, København
- 11. september: Seminar om Riksdagens ombudsmän, Uppsala
- 17.-18. oktober: Vest-nordisk ombudsmannsmøte, Reykjavik
- 20.-21. oktober: The Human Rights Law Conference, London
- 21. november: Konferanse om domstolskontroll med forvaltningen, London

Vedlegg 4**Kongeriget Norges****Grundlov § 75 bokstav I:**

Det tilkommer Stortinget at udnævne en Person, der ikke er Medlem af Stortinget, til, paa en Maade som er nærmere bestemt i Lov, at have Indseende med den offentlige Forvaltning og alle som virke i dens Tjeneste, for at søge at sikre at der ikke øves Uret mod den enkelte Borger.¹

¹ Tilføyd ved grunnlovsbestemmelse 23. juni 1995 nr. 567.

Vedlegg 5**Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen¹**

§ 1.

Valg av ombudsmann.

Etter hvert stortingsvalg velger Stortinget en ombudsmann for forvaltningen, Sivilombudsmannen. Valget gjelder for 4 år fra 1. januar året etter stortingsvalget.

Ombudsmannen må fylle vilkårene for å være høyesterettsdommer. Han må ikke være medlem av Stortinget.

Hvis Ombudsmannen dør eller blir ute av stand til å utføre sitt verv, velger Stortinget en ny ombudsmann for den gjenværende del av tjenestetiden. Det samme gjelder dersom Ombudsmannen sier fra seg vervet, eller Stortinget med et flertall på minst to tredjedeler av de avgitte stemmer beslutter å frata ham vervet.

Er Ombudsmannen på grunn av sykdom eller av andre grunner midlertidig forhindret fra å utføre sitt verv, kan Stortinget velge en stedfortreder til å gjøre tjeneste så lenge fraværet varer. Ved fravær inntil 3 måneder kan Ombudsmannen bemyndige kontorsjefen til å gjøre tjeneste som stedfortreder.

Finner Stortingets presidentskap at Ombudsmannen bør anses som inhabil ved behandlingen av en sak, velger det en setteombudsmann til å behandle saken.

§ 2.

Instruks.

Stortinget fastsetter alminnelig instruks for Ombudsmannens virksomhet. For øvrig utfører Ombudsmannen sitt verv selvstendig og uavhengig av Stortinget.

§ 3.

Formål.

Som Stortingets tillitsmann skal ombudsmannen på den måte som fastsatt i denne lov og i hans instruks, søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.

§ 4.

Arbeidsområde.

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter den offentlige forvaltning og alle som virker i dens tjeneste. Hans arbeidsområde omfatter likevel ikke:

a) forhold som Stortinget eller Odelstinget har tatt

standpunkt til,

- b) avgjørelser truffet i statsråd,
- c) domstolenes virksomhet,
- d) Riksrevisjonens virksomhet,
- e) saker som etter Stortingets bestemmelse hører under Ombudsmannsnemnda eller Ombudsmannen for Forsvaret og Ombudsmannsnemnda eller Ombudsmannen for sivile 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 rettssikkerheten eller andre særlige grunner tilsier det.

Stortinget kan i Ombudsmannens instruks fastsette:

- a) om en bestemt offentlig institusjon eller virksomhet skal anses for å være offentlig forvaltning eller en del av statens, kommunenes eller fylkeskommunenes tjeneste etter denne lov,
- b) at visse deler av et offentlig organs eller en offentlig institusjons virksomhet skal falle utenfor Ombudsmannens arbeidsområde.

§ 5.

Grunnlag for arbeidet.

Ombudsmannen kan ta saker opp til behandling enten etter klage eller av eget tiltak.

§ 6.

Nærmere om klage og klagefrist.

Enhver som mener å ha vært utsatt for urett fra den offentlige forvaltnings side, kan klage til Ombudsmannen.

Den som er fratatt sin personlige frihet har rett til å klage til Ombudsmannen i lukket brev.

Klagen skal være navngitt og må være satt fram innen 1 år etter at den tjenestehandling eller det forhold det klages over ble foretatt eller opphørte. Har klageren brakt saken inn for høyere forvaltningsorgan, regnes fristen fra det tidspunkt denne myndigheten treffer sin avgjørelse.

¹ Endret ved lover av 22. mars 1968 nr. 1, 8. februar 1980 nr. 1, 19. desember 1980 nr. 63, 6. september 1991 nr. 72, 11. juni 1993 nr. 85, 15. mars 1996 nr. 13, 28. juli 2000 nr. 74, 14. juni 2002 nr. 56 og 16. januar 2004 nr. 3, 17. juni 2005 nr. 90, 29. juni 2007 nr. 82.

Ombudsmannen avgjør om en klage gir tilstrekkelig grunn til behandling.

§ 7.

Rett til å få opplysninger.

Ombudsmannen kan hos offentlige tjenestemenn og hos alle andre som virker i forvaltningens tjeneste, kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv. I samme utstrekning kan han kreve fremlagt protokoller og andre dokumenter.

Reglene i tvisteloven kapittel 22, med unntak for §§ 22-2, 22-6 og 22-7, får tilsvarende anvendelse for Ombudsmannens rett til å kreve opplysninger.

Ombudsmannen kan kreve bevisopptak ved domstolene etter reglene i domstollovens § 43 annet ledd. Rettsmøtene er ikke offentlige.

§ 8.

Adgang til forvaltningens kontorer.

Ombudsmannen har adgang til tjenestesteder, kontorer og andre lokaler for ethvert forvaltningsorgan og enhver virksomhet som går inn under hans arbeidsområde.

§ 9.

Dokumentoffentlighet og taushetsplikt.

Ombudsmannens saksdokumenter er offentlige. Ombudsmannen avgjør med endelig virkning om et dokument helt eller delvis skal unntas offentlighet. Nærmere regler, herunder om adgangen til å unnta dokumenter fra offentlighet, gis i Ombudsmannens instruks.

Ombudsmannen har taushetsplikt med omsyn til opplysninger han får i sin tjeneste om forhold av personlig karakter. Taushetsplikten gjelder også opplysninger om drifts- og forretningshemmeligheter. Taushetsplikten varer ved også etter ombudsmannens fratreden. Den samme taushetsplikt påhviler hans personale.

§ 10.

Avslutning av en klagesak.

Ombudsmannen har rett til å uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde.

Ombudsmannen kan påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelig forhold i den offentlige forvaltning. Om han finner tilstrekkelig grunn til det, kan han meddele påtalemyndigheten eller tilsettingsmyndigheten hva han mener i den anledning bør foretas overfor vedkommende tjenestemann. Kommer Ombudsmannen til at en avgjørelse må anses ugyldig eller klart urimelig, eller klart strir mot god forvaltningspraksis, kan han gi uttrykk for dette. Mener Ombudsmannen at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, kan han gjøre vedkommende forvaltningsorgan oppmerksom på det.

Finner Ombudsmannen at det foreligger forhold som kan medføre erstatningsansvar, kan han etter

omstendighetene gi uttrykk for at det bør ytes erstatning.

Ombudsmannen kan la saken bero med retting av feilen eller med den forklaring som gis.

Ombudsmannen skal gi klageren og den eller dem saken angår underretning om resultatet av sin behandling av en sak. Han kan også gi overordnet forvaltningsorgan slik underretning.

Ombudsmannen avgjør selv om, og i tilfelle i hvilken form, han skal gi offentligheten meddelelse om sin behandling av en sak.

§ 11.

Innberetning om mangler i lovverk og praksis.

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 tilsettingsråd. 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 6**Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen**Fastsatt av Stortinget 19. februar 1980 i medhold av ombudsmannsloven § 2¹

§ 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 forsommer 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 fore-

¹ Endret 22. oktober 1996, 14. juni 2000, 2. desember 2003 og 12. juni 2007 nr. 1101.

ta 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 sakdokumenter er offentlige, med mindre annet følger av taushetsplikt eller av

unntakene i nr. 2, 3 og 4 nedenfor. Med ombudsmannens saksdokumenter menes dokumenter utarbeidet i forbindelse med ombudsmannens behandling av saken. Forvaltningens saksdokumenter utarbeidet eller innhentet under forvaltningens behandling av saken, er ikke offentlige hos ombudsmannen.

2. Ombudsmannens saksdokumenter kan unntas offentlighet når særlige grunner tilsier det.
3. Ombudsmannens interne saksdokumenter kan unntas offentlighet.
4. Dokumenter som utveksles mellom Stortinget og Ombudsmannen og som gjelder Ombudsmannens budsjett og interne administrasjon, kan unntas offentlighet.
5. Det kan kreves innsyn i det offentlige innholdet av journal som Ombudsmannen fører for registrering av dokument i de sakene som opprettes. Arkivloven av 4. desember 1992 nr. 126 og arkivforskriften av 11. desember 1998 nr. 1193 gjelder tilsvarende så langt de passer på Ombudsmannens virksomhet.

§ 12.

Årlig melding til Stortinget.

(Til ombudsmannslovens § 12.)

Ombudsmannens årlige melding til Stortinget skal avgis innen 1. april hvert år og omfatte ombudsmannens virksomhet i tidsrommet 1. januar - 31. desember det foregående år.

Meldingen skal inneholde en oversikt over behandlingen av de enkelte saker som Ombudsmannen mener har alminnelig interesse, og nevne de tilfelle der han har gjort oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis eller har gitt særskilt melding etter ombudsmannslovens § 12 annet ledd. I meldingen skal ombudsmannen også orientere om sitt arbeid med å overvåke og kontrollere at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.

Når Ombudsmannen finner grunn til det, kan han unnlate å nevne navn i meldingen. Meldingen skal uansett ikke inneholde opplysninger som er undergitt taushetsplikt.

Omtalen av saker hvor Ombudsmannen har gitt uttalelse som nevnt i ombudsmannslovens § 10 annet, tredje og fjerde ledd, skal inneholde et referat av hva vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann har uttalt om klagen, jfr. § 6 første ledd tredje punktum.

§ 13.

Ikrafttredelse.

Denne instruks trer i kraft 12. mars 1980. Fra samme dato oppheves Stortingets instruks for Ombudsmannen av 8. juni 1968.

Vedlegg 7

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 vernepliktige behandlet av ombudsmannen. Ombudsmannen kan

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 heller ikke omgjøre forvaltningsavgjørelser.

En klage til ombudsmannen må gjelde noe som kan anses for en urett mot den som klager. Det vil være tilfellet når klagen går ut på at en forvaltningsavgjørelse er uriktig, eller at en sak har vært behandlet på en uriktig eller uforsvarlig måte av myndighetene. Den som mener at forvaltningen har opptrådt på en hensynsløs, krenkende eller annen belastende måte, kan klage på det. Det kan også klages på at forvaltningen lar være å svare på forespørslers eller ikke handler i en sak.

Klagebehandlingen hos sivilombudsmannen er gratis.

Når kan det klages til Sivilombudsmannen?

Sivilombudsmannens kontroll skal være etterfølgende. Det betyr at forvaltningen selv skal ha mulighet for å ordne opp og ta endelig standpunkt til saken før det klages til ombudsmannen. Dersom forvaltningen har egne tilsyns- og kontrollordninger, må klagen normalt først rettes dit.

Gjelder klagen en forvaltningsavgjørelse, finnes det i mange tilfeller en høyere instans i forvaltningen som kan overprøve avgjørelsen. Da må denne klagemuligheten ha vært brukt før det klages til Sivilombudsmannen. For eksempel må en trygdeavgjørelse som regel ha vært klaget inn for Trygderetten, og en avgjørelse i en byggesak eller sosialsak må først ha vært klaget inn for Fylkesmannen. Hvis man også etter endelig avgjørelse i en slik klagesak mener det er begått feil eller urett, kan man klage til Sivilombudsmannen.

I de saker der Kongen (Regjeringen) er klageinstans, gjelder ikke regelen om at klageadgangen til høyere forvaltningsorgan må være benyttet før det kan klages til Sivilombudsmannen. Dette innebærer at avgjørelser truffet i et departement som førsteinstans kan klages inn for ombudsmannen uten at det først er klaget til Kongen.

Det som er sagt foran, gjelder først og fremst klager på avgjørelser. I visse tilfeller kan det også klages til ombudsmannen mens en sak fortsatt er under behandling i forvaltningen. Dette kan f.eks. gjelde fremdriften av saken (sen saksbehandling).

Klagefrist

Klagefristen er ett år. Fristen regnes fra forvaltningens endelige avgjørelse i saken eller fra tidspunktet for det forhold klagen gjelder. Avvik fra denne regelen skjer bare unntaksvis.

Hvem kan klage?

Enhver som mener å ha vært utsatt for urett eller feil fra offentlige myndigheters side, kan klage til ombudsmannen. Klageren må imidlertid selv ha vært utsatt for den feilen eller forsømmelsen klagen gjelder. Ombudsmannen behandler normalt ikke klager over noe som bare gjelder andre.

Det er imidlertid ikke noe i veien for at man kan få en annen til å sende inn klage for en. I så fall må

det legges ved en fullmakt fra den som saken gjelder. En organisasjon kan klage til ombudsmannen på vegne av et enkelt medlem. Da bør medlemmet medunderskrive klagen, eller det bør legges ved skriftlig fullmakt.

De som er fratatt sin personlige frihet, f.eks. innsatte i fengslene, har rett til å klage til ombudsmannen i lukket brev, dvs. uten noen form for brevsensur fra institusjonens side.

Ombudsmannen kan også ta opp saker til undersøkelse av eget tiltak.

Hvordan settes en klage opp?

Klagen må være skriftlig og undertegnet av klageren selv, eller av en annen etter fullmakt fra klageren. Et vanlig brev er nok. Det gjelder ingen spesielle krav til formen, bortsett fra at ombudsmannen må ha sikkerhet for at klageren er den hun eller han utgir seg for å være. Derfor brukes e-post bare til forespørslers og orienteringer og ikke som grunnlag for klagebehandling. Klageren bør i klagen gjøre rede for hva uretten eller feilen består i, og gjerne legge ved eventuelle saksdokumenter.

Klagebehandlingen hos Sivilombudsmannen

Når det er på det rene at en klage hører under ombudsmannens arbeidsområde, tas det stilling til om det er tilstrekkelig grunn til å behandle klagen. Hvis så er, sørger ombudsmannen for at saken blir undersøkt.

Ombudsmannen bestemmer omfanget av undersøkelsen. Det blir innhentet dokumenter, opplysninger og uttalelser fra forvaltningen og klager i den grad dette er nødvendig. (Undersøkelsene må normalt begrense seg til gjennomgåelse av saksdokumenter og annet skriftlig materiale, men den som ønsker det, kan be om samtaler eller muntlig konferanse med ombudsmannen eller hans medarbeidere.)

Fotografier og videofilmer o.l. kan også benyttes til å kaste lys over saken. Ombudsmannen foretar normalt ikke befaringer og kan heller ikke selv avhøre parter eller vitner.

Klageren blir holdt orientert om sakens gang og om resultatet av ombudsmannens behandling.

Ombudsmannen skal undersøke sakene objektivt og nøytralt, og han kan derfor ikke opptre som partsrepresentant, advokat eller fullmektig for den enkelte berger i forhold til myndighetene.

Hva kan Sivilombudsmannen gjøre?

Ombudsmannen kan uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde. De undersøkelser ombudsmannen gjør, kan med andre ord munne 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 skjønnsmessige forvaltningsavgjørelser, har ombudsmannen bare begrenset adgang til å uttale kritikk.

Ombudsmannen kan også gjøre oppmerksom på mangler ved lover, regelverk og myndighetspraksis.

Ikke alle saker egner seg for undersøkelser av Sivilombudsmannen

Som det fremgår av avsnittet om klagebehandlingen, er enkelte spørsmål ikke egnet for behandling og uttalelse fra ombudsmannens side. Det vil for eksempel være tilfellet når åstedsbefaring eller muntlig forklaring er av betydning, slik som i en del saker om fast eiendom og enkelte erstatningskrav.

Vil du vite mer om Sivilombudsmannen?

Den som vil vite mer om Stortingets ombudsmannsordning, kan skrive eller ringe til ombudsmannens kontor. Muntlige konferanser med ombudsmannens medarbeidere må avtales på forhånd.

Besøksadresse: Akersg. 8, 6. et. (inngang Tollbug.)

Postadresse: Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefon 22 82 85 00

Grønt nummer 800 80 039

Telefaks 22 82 85 11

postmottak@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 uttrykkjeleg lovregel kan leggast fram for domstolane ved bruk av anke, klage eller anna rettsmiddel, til dømes ei utpanting eller eit trekkpållegg
 - verksemda til Riksrevisjonen
 - saker som høyrer inn under Ombodsmannen for Forsvaret og Ombodsmannen for sivile vernepliktige

Av omsyn til det kommunale sjølvstyret kan ikkje alle avgjerder som kommunestyre eller fylkesting har teke, leggast fram for Sivilombodsmannen.

Når kan det klagast til 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 ufor-svarleg 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 lét vere å svare på spørsmål eller ikkje handlar i ei sak.

Klagebehandlinga hos Sivilombodsmannen er gratis.

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 sossalsak 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 leggast 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 leggast ved skriftleg fullmakt.

Personar som er fråtekne den personlege fridommen, til dømes innsette i fengsel, har rett til å klage til ombodsmannen i lukka brev. Det vil seie at institusjonen ikkje kan sensurere brevet.

Ombodsmannen kan også ta opp saker til gransking etter eige initiativ.

Korleis skal ein klage setjast opp?

Klagen må vere skriftleg og underskriven av klagaren sjølv eller ein annan etter fullmakt frå klagaren. Eit vanleg brev er nok. Det blir ikkje stilt spesielle krav til forma, bortsett frå at ombodsmannen må ha garanti for at klagaren er den ho eller han gir seg ut for å vere. Derfor blir e-post berre brukt til spørsmål og orienteringar og ikkje som grunnlag for klagebehandling. Klagaren bør i klagen gjere greie for kva uretten eller feilen går ut på, og gjerne leggje ved eventuelle saksdokument.

Klagebehandlinga hos Sivilombodsmannen

Når det er på det reine at ein klage høyrer inn under arbeidsområdet til ombodsmannen, blir det teke stilling til om det er god nok grunn til å behandle klagen. Dersom det er det, sørgjer ombodsmannen for at saka blir granska. Ombodsmannen avgjer kva omfang granskinga skal ha. Det blir henta inn dokument, opplysningar og fråsegner frå forvaltninga og klagaren i den monn det trengst. (Granskinga må normalt avgrense seg til gjennomgang av saksdokument og anna skriftleg materiale, men den som ønskjer det, kan be om samtalar eller munnleg konferanse med ombodsmannen eller medarbeidarane hans.)

Fotografi og videofilmar og liknande kan også brukast til å kaste lys over saka. Ombodsmannen dreg normalt ikkje ut på synfaring og kan heller ikkje sjølv avhøyre partar eller vitne.

Klagaren blir halden orientert om saksgangen og om resultatet av behandlinga hos ombodsmannen.

Ombodsmannen skal granske sakene objektivt og nøytralt, og han kan derfor ikkje fungere som partsrepresentant, advokat eller fullmektig for ein borgar i høve til styresmaktene.

Kva kan Sivilombodsmannen gjere?

Ombodsmannen kan seie kva han meiner om saker som høyrer inn under arbeidsområdet hans. Dei granskingsane ombodsmannen gjer, kan med andre ord munne ut i kritikk av eller oppmodingar og tilrådingar til styresmaktene. Ombodsmannen kan peike på at eit forvaltningsorgan eller ein tenestemann har gjort ein feil eller har forsømt seg. Han kan også oppmode forvaltningsorganet om å rette opp feil, forsømming eller mishøve. Sivilombodsmannen kan ikkje sjølv ta bindande avgjerder eller endre avgjerder som forvaltninga har teke. Han kan heller ikkje gi rettsleg bindande instruksar til styresmaktene. I praksis rettar styresmaktene seg likevel etter oppmodingane og tilrådingane frå ombodsmannen.

Når det gjeld forvaltningsavgjerder som byggjer på skjønn, har ombodsmannen berre avgrensa rett til å kome med kritikk.

Ombodsmannen kan også gjere merksam på manglar ved lover, regelverk og forvaltningspraksis.

**Ikkje alle saker eignar seg for behandling hos
Sivilombudsmannen**

Som det går fram av avsnittet om klagebehandlinga, er det visse spørsmål ombodsmannen ikkje behandlar og uttalar seg om. Det gjeld til dømes tilfelle der det krevst synfaring eller munnleg forklaring, slik som i ein del saker om fast eigedom og visse erstatningskrav.

Vil du vite meir om Sivilombudsmannen?

Den som vil vite meir om ombodsmannsordninga, kan skrive eller ringje til ombodsmannskontoret. Munnlege konferansar med medarbeidarane til ombodsmannen må avtalast på førehand.

Besøksadresse: Akersg. 8, 6. et. (inngang Tollbug.)

Postadresse: Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefon 22 82 85 00

Grønt nummer 800 80 039

Telefaks 22 82 85 11

postmottak@sivilombudsmannen.no

www.sivilombudsmannen.no

OVDASÁTNÍ

Muhtimin ovttaskas riikkaássi oaivvilda, ahte almmolaš eiseválddit leat bargan boastut su vuostá dahje boastut muhtin áššis. Dalle son sáhtta bivdit Siviilaáittardeaddji guorahallat ášši.

Stuorradiggi lea nammadan siviilaáittardeaddji bealuštit ovttaskas riikkaáššiid vuoigatvuodaid. Dát gihpa čilge maid Siviilaáittardeaddji sáhtta dahkat, mo dasa sáhtta váidit áššiid ja mo áittardeaddji ja su mielbargit meannudit váidagiid.

Oslo, suoidnemánu 2005

Stuorradikki hálddahušáittardeaddji

Arne Fliflet
Siviilaáittardeaddji

Makkár áššiiguin ja jearaldagaiguin Siviilaáittardeaddji bargá?

Siviilaáittardeaddji sáhtta guorahallat eanaš iešguđetlágan áššiid ja diliid, maid almmolaš eiseválddit leat meannudan ja mearridan. Stáhta, fylkkagiielddaid ja giielddaid hálddašeapmi gullá náppo Siviilaáittardeaddji bargosuorgái. Sáhtat váidit dasa sihke eiseváldgeorgánaid (hálddašnorgánaid) ja virgeolbmuid dahje earáid, geat doibmet hálddahuša bálvalusas.

Priváhta nákkut eai gula bargosuorgái. Áittardeaddji ii sáhte omd. meannudit ránnjážiid priváhta nákkuid, nákkuid priváhta soahpamušaid alde dahje váidagiid priváhta servviid hárrái. Seamná guoská ollu dáhpáhusaide, main almmolašvuohtha lea osolaš priváhtarievtti oktavuodain.

Siviilaáittardeaddji ii maid sáhte meannudit

- áššiid, maid hárrái Stuorradiggi dahje Odeldiggi lea cealkán oaivila
- mearrádusaid, mat leat dahkkon stáhtarádis
- duopmostuoluid doaimmaid, maid dáid hálddahušdoaimmaid, mat gullet duopmárvrraide, ja mearrádusaid maid hárrái čielgasit lea lágas mearriduvvon, ahte daid sáhtta guoddalit dahje váidit duopmostullui dahje geavahit eará riektevugiid omd. pántema dahje geassingáibádušaRiikarevišuvnna doaimmaid
- áššiid, mat gullet Suodjalusa áittardeaddjái ja siviila bálvalangeatnegasaid áittardeaddjái

Giielddaid iešstivrejumi geažil ii sáhte buot mearrádusaid, maid giielddaráđdehus dahje fylkkadiggi dahket, ovddidit áittardeaddjái.

Siviilaáittardeaddji ja su kantuvra bagadit

Siviilaáittardeaddji kantuvra bagada, rávve ja veahkeha daid, geat áigot geavahit Stuorradikki áittardeaddjiortnega. Kantuvra sáhtta maid vástidit riektegažaldagaide, mat gullet dihto váidagii.

Váidda Siviilaáittardeaddjái - mii dat leat? Maid váidagii sáhtta čállit? Maid váidin máksá?

Go váiddát ášši Siviilaáittardeaddjái, de bivddát áittardeaddji dutkat ášši dahje dili, maid hálddahuš (almmolaš eiseválddit) lea meannudan. Áittardeaddji mearrida leago váidda nu vudolaš, ahte dan sáhtta meannudit.

Váidda Siviilaáittardeaddjái ja váidda bajit hálddašaneiseválddiide leat guokte sierra ášši. Das gii váidá ášši bajit hálddašaneiseválddiide, lea dába-laččat vuoigatvuohtha dasa ahte bajit eiseválddit meannudit ášši odđasit, ja váiddaorgána sáhtta de rievdadit mearrádusa. Dat fas, gii váidá ášši Siviilaáittardeaddjái, bivdá áittardeaddji guorahallat ášši dahje hálddahušdili, ja jus dat dan dahká, de dat cealká man oaivilis dat lea guorahallamis ovdanbohtán áššiid hárrái. Ii oktage sáhte *gáibidit* áittardeaddji meannudit iežas váidaga. Áittardeaddji ii sáhte maid rievdadit hálddahušmearrádusaid.

Áittardeaddjái sáhtta váidit dušše áššiid, maid sáhtta navdit leat boastut dan vuostá, gii ášši váida. Nu lea dakkár dáhpáhusain, main váidet hálddahušmearrádusa mii lea boastut, dahje go eiseválddit leat meannudan ášši boastut dahje dohkketmeahttumit. Dat, gii oaiivvilda hálddahuš leat láhtten ávvirmeahttumit (hensynsløst), rihkkon su vuostá dahje eará láhkai bargan nu ahte sutnje lea čuočcan, sáhtta váidit dan. Sáhtta maid váidit jus hálddahuš ii vástit jearaldagaide dahje jus dat ii doaimma muhtin áššis.

Siviilaáittardeaddji meannuda váidagiid nuvttá.

Goas sáhtat váidit Siviilaáittardeaddjái?

Siviilaáittardeaddji goziheapmi galgá dáhpáhuvvat eará vejolašvuodaid maŋŋá. Dat mearkkaša, ahte hálddahuš galgá ieš beassat ordnet ja mearridit ášši ovdal go dat váidojuvvo siviilaáittardeaddjái. Jus hálddahuš leat iežas geahččo- ja gozihanortnegat, de fertet vuos váidit daidda.

Jus áiggut váidit hálddahušmearrádusa, hálddahuš lea dábálaččat bajit dássi, masa sáhtat váidit mearrádusa. Dalle fertet leat geahččalan dan váid- invejolašvuoda ovdal go váiddát ášši Siviilaáittardeaddjái. Ovdamearkka dihte oadjomearrádusa fertet dábálaččat váidit vuos Oadjoriektái ja huksen- dahje sosiálaášši fertet vuos váidit Fylkkamánnii. Jus váiddaášši lea mearriduvvon loahpalaččat ja oaiivvildat ain, ahte das leat dahkkojuvvon boasttuođat dahje vuoigatmeahttunvuodát, de sáhtat váidit ášši Siviilaáittardeaddjái.

Daid áššiin, maid váidininstánsa lea Gonagas (Ráđđehus), ii gusto njuolggadus, man mielde galggaat vuos leat váidan bajit hálddašanorgánii, ovdal go váiddát Siviilaáittardeaddjái. Dat mearkkaša, ahte mearrádusaid, maid departemeanttat leat dahkan vuosttaš mearridaninstánsan, sáhtat váidit áittardeaddjái váiddekeahhtá vuos Gonagassii.

Dás ovddabealde čilgejuvvon áššit gusket ovddimusat mearrádusaid váidimii. Muhtin dáhpáhusain sáhtta áittardeaddjái maid váidit dalle go hálddahuš lea ain meannudeamen ášši, omd. go váidda guoská ášši ovdáneapmái (ášši meannudit njozet).

Váidináigi

Váidináigi lea jahki. Áigemeari rehkenastet dan rájes, goas hálddahuš loahpalaččat lea mearridan ášši dahje dan beaivi rájes, goas váidojuvvon dáhpáhus lea leamaš. Dán njuolggadusas spiehkastit háreve.

Gii sáhtta váidit?

Juohkehaš, gii oaiivvilda iežas gillán vuoigameahttunvuoda dahje boasttuođat eiseválddiid beales,

santta vaidit assi áittardeaddjai. Vaidit ierte gal ies leat šaddan gillát boasttuođat dahje hilggodeami, masa váidda guoská. Áittardeaddji ii dábálaččat meannut váidagiid, mat gusket dušše earáide.

Mihkkege ii dattetge hehte čállimis váidaga geannu eará beales. Dalle fertet bidjat mielddusin fápmudusa dan olbmos, geasa ášši guoská. Organisašuvdna sáhtta váidit ášši siviilaáittardeaddjái ovttaskas miellahttu beales. Dalle miellahttu berre leat mielvuolláičállin, dahje berre mielddustit čálalaš fápmudusa.

Dain, geaid persovnnalaš friijavuohta lea duo- guštuvvon, omd. fánngain, lea vuoigatvuohta váidit áittardeaddjái giddejuvvon reivviin, dat mearkkaša ášahusa mangeláhkai sensurerekeahhtá reivve.

Áittardeaddji sáhtta maid guorahallat áššiid iežas álgagiin.

Mo čálán váidaga?

Váidda ferte leat čálalaš ja dan galgá vuolláičállit ieš váidi, dahje giinu eará, gii dasa oázžu fápmudusa váidis. Dábalaš reive lea doarvái, eaige hámi dáfus leat matge erenoamáš gáibádusaid, earret ahte áittardeaddji galgá sáhttit luohttit ahte váidi lea dat, geanin son čállá iežas leat. Danin e-poasta geavahuvvo dušše jearaldagaide ja dieđuid addimii, iige váiddameannudeami vuodđun. Váidi berre čilget váidagis makkár vuoigatmeahttunvuohta dahje boasttuođat lea dahkkon, ja áinnas bidjat mielddusin vejolaš áššebáhpáriid.

Siviilaáittardeaddji meannuda váidaga

Go lea čielgan, ahte váidda gullá áittardeaddji bargosuođái, de gehččet leago vuoddu váidaga meannudeapmái. Jus nu lea, áittardeaddji fuolaha ášši guorahallamis.

Áittardeaddji mearrida man viidat ášši dutket. Dárbbu mielde bivdet áššebáhpáriid, dieđuid ja cealkámušaid hálddahuš ja váidis. (Guorahallama fertet dábálaččat ráddjet áššebáhpáriid ja eará čállojuvvon dieđuid lohkamii, muhto jus giinu hálda, de sáhtta dáhttu ságastallamiid dahje njálmmálaš konferánsa áittardeaddjiin dahje su mielbargiiguin).

Govaid ja videofilmmaid ja eará diekkáriid sáhtta maid geavahit ášši čilgemis. Áittardeaddji ii dábálaččat fina báikkiid geahččamin iige sáhte maid ies jearahallat osolaččaid iige vihtaniid.

Váidi oázžu dieđu(id) ášši ovdáneames ja áittardeaddji meannudeami bohtosiin.

Áittardeaddji galgá leat objektiivvalaš ja neutrála ášši guorahallamis, iige dan geažil sáhte doaimbat

ovttaskas riikkaássi vo ovddasteaddjin, advokáhtan iige fápmuduvvon olmmošin eiseválddiid hárrái.

Maid Siviilaáittardeaddji sáhtta dahkat?

Siviilaáittardeaddji sáhtta cealkit maid dat oaivvilda dili hárrái, mii gullá su bargosuorgái. Siviilaáittardeaddji sáhtta guorahallamiiddis boađusin cuiggodit eiseválddiid dahje ávžžuhit daid bargat dihto láhkai. Áittardeaddji sáhtta čujuhit dasa, ahte hálddašanorgána dahje virgeolmmoš lea bargan boas-tut dahje guođđán maidnu barggabeahtta. Dat sáhtta maid ávžžuhit hálddahusorgána njulget boasttu-voadaid, hilggodemiid dahje bonjuvoadaid. Siviilaáittardeaddji ii sáhte ieš mearridit áššiid, ja dan láhkai čatnat eiseválddiid, iige rievdadit hálddahusa mearrádusaid. Son ii maid sáhte gohčcut eiseválddiid ja dainna geatnegahttit daid riektedásis. Geavadiis eiseválddit dattetge čuvvot áittardeaddji ávžžuhusaid.

Hálddahusmearrádusaid hárrái, mat dahkkojit friijasat árvoštallama vuodul, leat siviilaáittardeaddji cuiggodanvejolašvuodat ráddjejuvvon.

Áittardeaddji sáhtta maid fnomásahttit lágaid, njuolggadusaid ja eiseválddiid geavadiid váilevašvuodain.

Eai buot áššit heive Siviilaáittardeaddji guorahallamii

Nugo váidagiid meannudeami oktavuodas (9. siid-dus) namuhuvvo, muhtin áššiid Siviilaáittardeaddji

ii sáhte meannudit, iige cealkit oainnu daid hárrái Nu lea ovdamearkka dihte dalle, go dáhpáhusbaik ki oaidnin dahje njálmmálaš čilgehus leat dehá laččat, nu movt lea muhtin áššiin, mat gusket fást: opmodahkii ja ovttaskas buhtadusgáibádusaide.

Hálidatgo diehtit eambo Siviilaáittardeaddji birra?

Jus hálidat eambo dieđuid Stuorradikki áittardead djiortnega birra, sáhtát čállit dahje riŋget áittarde addji kantuvrii. Njálmmálaš ságastallamiid áittarde addji mielbargiiguin fertet šiehttat ovddalgihtii.

Galledančujuhus
Akersgata 8, 6. geardi
(sisa Tollbugata bealde)

Poastačujuhus
Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefodna 22 82 85 00
Ruoná nummir 800 80 039
Telefákša 22 82 85 11
post@sivilombudsmannen.no
www.sivilombudsmannen.no



Sivilombudsmannen

Besøksadresse
Akersgata 8, 6. etg
(inngang Tollbugata)

Postadresse
Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefon 22 82 85 00
Grønt nummer 800 80 039
Telefaks 22 82 85 11
postmottak@sivilombudsmannen.no
www.sivilombudsmannen.no

