Dokument nr. 4

(2006–2007)

Melding for året 2006

fra

Sivilombudsmannen

Stortingets ombudsmann for forvaltningen

Avgitt til Stortinget i mars 2007

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, ønskjer eg å gje Stortinget melding om arbeidet til ombodsmannen i 2006.

Meldinga har i år ny kapittelinndeling. Kapittel I inneheld eit oversyn over arbeidet og sakshandsaminga ved institusjonen. I kapittel II er det statistiske opplysningar om saksfordeling og sakshandsaming. I kapittel III gjer eg greie for nokre generelle forvaltningsrettslege spørsmål. Emna har utgangspunkt i saker som er handsama i meldingsåret. Kapittel IV gjeld saker der det er funne manglar ved lover, forskrifter eller praksis. I kapittel V vert det referert saker av allmenn interesse frå meldingsåret, jf. instuksen § 12 andre ledd, og i kapittel VI er det tilleggsopplysningar om saker som er referert i tidlegare årsmeldingar. Kapittel VII gjeld organisasjon, personale og krav om innsyn i saksdokument hos ombodsmannen.

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

Oslo, mars 2007

Arne Fliflet



Foto: Jo Michael

Sivilombudsmann Arne Fliflet

Innhold

Side

I. OM VIRKSOMHETEN I 2006

1. Innledning 9
2. Klager fra borgerne 10
3. Saker tatt opp av eget tiltak 10
4. Saksbehandlingstid 11
5. Arbeidet med å sikre at menneskerettighetene respekteres 11
6. Høringsuttalelser 11
7. Møter og besøk i forvaltningen 12
8. Hva står i årsmeldingen? 12

II. STATISTIKK

1. Innledning 14
2. Tilgangen på saker i meldingsåret 14
3. Sakenes utfall 15
4. Fordeling av saker ut fra geografi, forvaltningsorgan og saksområder 17

III. NOEN AKTUELLE FORVALTNINGSRETTSLIGE SPØRSMÅL

1. Hva er «den offentlige forvaltning»? 23
2. Offentlig ansattes ytringsfrihet 24
3. Barnevern 25
   1. Barnevernlovens frister 26
   2. Fylkesmannens tilsynsoppgave etter § 2-3 tredje ledd 26
   3. Fylkesnemnda for sosiale saker 26
   4. Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, uten vedtak 27
   5. Enslige mindreårige asylsøkere 27
4. Eiendomsskatt 27
   1. Ombudsmannens kontroll begrenset 27
   2. Saksbehandling 28
   3. Særlig om seksjonerte eiendommer som takseringsobjekter 28
5. Merverdiavgift for advokattjenester knyttet til rettspleien – forholdet til Grunnloven § 98 30
6. Dispensasjoner i strandsonen 30
7. Fritak for boplikt – særlig om forholdet mellom bosettingshensynet og brukets avkastningsevne 32
   1. Innledning 32
   2. Fritak for boplikt etter odelsloven 32
   3. Særlig om hensynet til eiendommens avkastningsevne 33
   4. Forholdet mellom odelsloven og konsesjonsloven 34
   5. Oppsummering 35
8. Endringer i ombudsmannsloven § 7 som følge av ikraftsettingen av ny tvistelov 35
   1. Innledning 35
   2. Høringsuttalelsen til departementet 36
   3. Odelstingsproposisjonen – Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) 38
   4. Brev til Stortingets presidentskap 39
   5. Stortingsbehandlingen 39
   6. Videre oppfølging 40

IV. PÅVISTE MANGLER VED LOVER, FORSKRIFTER ELLER PRAKSIS

1. Kvoteordningen for melk – plikten til å utøve skjønn 41
2. Fylkeslandbruksstyrenes begrunnelse av enkeltvedtak 43
3. Stans i ventestønad – forvaltningspraksis ved sen innsending av meldekort 43

Side

4. Skattedirektoratets instruks for skatteoppkrevere – gjennomføring av tvangsdekning der kravet er pantsikret ved utlegg eller på annen måte, og klage er sendt ombudsmannen 44
5. Saker som er omtalt i kapittel V 44

V. REFERAT AV SAKER AV ALMINNELIG INTERESSE, JF. INSTRUKSENS § 12

Offentlighet i forvaltningen, rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter

1. Innsyn i rapport fra overskattetakstnemnd 46
2. Innsyn i dom i straffesak 49
3. Innsyn i hjelpeverges regnskaper for avdød person 52
4. Innsyn i dokumenter i traktatbruddssak for EFTA-domstolen 55
5. Sen saksbehandling av begjæring om innsyn i årsrapporter fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll 60
6. Manglende journalføring av e-brev – Statens vegvesen 62
7. Utsendelse av saksdokumenter til tredjepart 63
8. Innsyn i dokumenter hos Konkurransetilsynet – taushetsplikt om forretningsforhold 67
9. Møteoffentlighet i Gausdal kommune 70
10. Praktisering av offentlighetsloven ved tilsetting av rådmann – offentlig søkerliste 74

Ytringsfrihet, varsling

11. Ombudsmannens høringsuttalelse til rapport om ansattes ytringsfrihet 77
12. Ansattes ytringsfrihet – skriftlig advarsel etter avisinnlegg 79
13. Tjenstlig tilrettevisning etter interne ytringer fra lærer ved en av Forsvarets skoler 84
14. Utestenging av vararepresentant fra videre deltakelse i et bystyremøte på bakgrunn av ytringer i møtet 87

Tilsetting i offentlige stillinger, offentlige tilsettingsforhold

15. Utlysing av stilling som førsteamanuensis – tilsettingsmyndighet og krav til skriftlighet 88
16. Krava i tilsetjingsprosessen – tilsetjing av fleire lærarar 92
17. Rutiner for oppbevaring av søknader til ledige stillinger 95
18. Tilsetting av spesialsykepleier – negative faktiske opplysninger ble ikke forelagt søkeren til uttalelse 96
19. Tilsetting – forholdet mellom attføringstiltak og retten til utvidelse av stilling 98
20. Tilsetjing av undervisningsinspektør – utanforliggjande omsyn 99
21. Kravene til forsvarlig saksbehandling ved tjenstlig tilrettevisning 101

Utdanning, eksamen, studiefinansiering

22. Partsrettigheter i skolesak hos fylkesmannen 103
23. Oppnevning av ektefeller som sensorer ved klagesensur ved høgskole 106
24. Sensur av eksamen etter klage – spørsmål om plikt til å begrunne vedtak 108
25. Ettergivelse av studielån ved fullført langvarig utdanning – normert tid for utdanning 111

Helserett

26. Sletting av opplysninger i pasientjournal 114
27. Helsetilsynets behandling av henvendelser om feilbehandling ved sykehus 121
28. Varsel til utleieforetak om tilbakekall av autorisasjon som psykolog 126
29. Statens helsetilsyns saksbehandlingstid i tilsynssaker – betydningen for ileggelse og valg av reaksjon etter helsepersonelloven 128
30. Tilsynssak – medisinering av dement person – begrunnelse 131
31. Spesialistgodkjenning i allmennmedisin – forholdet til EØS-regelverket og nordisk overenskomst 134
32. Tildeling av behandlingshjelpemiddel – klagerett og klageinstans 135
33. Tildeling av avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis 139

Trygd, sosiale tjenester

34. Skadelidtes plikt til å begrense tap ved feilinformasjon fra trygdekontoret 148
35. Begjæring om gjenopptakelse av attføringssak – spørsmål om klageadgang 150
36. Krav til Trygderettens begrunnelse – kjennelser avsagt med forenklet grunngiving 151

Side

37. Avslag på søknad om barnetrygd ved opphold i USA – betydningen av at medlemskapet i folketrygden fulgte av trygdeavtalen mellom Norge og USA, og ikke folketrygdlovens bestemmelser om medlemskap 153
38. Renter ved forsinket utbetaling av økonomisk stønad og økonomisk stønad til betaling av avdrag på boliglån 156

Barnebidrag
39. Barnebidrag – spørsmål om delt bosted 158
40. Barnebidrag – skjønnsfastsetting av inntekt 162
41. Nedsettelse av barnebidrag tilbake i tid – plikt til å vurdere hvorvidt bidrag skal nedsettes 164

Fengselsforhold
42. Kontroll av kommunikasjon med advokat i fengselsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå – prøveløslatelse – innsyn 167
43. Adgangen til å ha fortrolige samtaler med psykiater i fengselsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå 177
44. Soningsforhold i fengselsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå – skjerming av utsyn fra celle 179
45. Oppfølging av besøk ved Trondheim fengsel 180
46. Oppfølging av besøk ved Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt 184
47. Oppfølging av besøk ved Bredtveit fengsel, forvarings- og sikringsanstalt 186

Utlendingssaker
48. Forholdsmessigheten av et vedtak om utvisning 189
49. Fastsetting av tilleggstid i botiden ved søknad om norsk statsborgerskap – betydningen av fellesdommer og deldommer 193
50. Saksbehandlingstiden i Utlendingsnemnda 198
51. Saksbehandlingen i klagesak om visum 202

Politi, påtalemyndighet
52. Retten til underretning om og innsyn i statsadvokatens uttalelse til Riksadvokaten i klagesak om registrering av DNA-profil 204
53. Tilbakekall av våpenkort – saksbehandlingen og den skjønnsmessige vurderingen 208

Skatt, ligningsbehandling
54. Taksering av seksjonerte boligeiendommer – klagebehandling og anvendelse av likhetsprinsippet 213
55. Begrunnelse av vedtak om eiendomsskatt 219
56. Ligningsmyndighetenes lovanvendelse og begrunnelse ved tilbakeføring av innrømmet fiskerfradrag 222
57. Endring av ligningene for inntektsårene 1996–1999 i forbindelse med lønn opptjent på skip på brasiliansk kontinentalsokkel – uttalelse om endring av ligning som følger av «skatteavtale» etter ligningsloven § 9-5 nr. 2 bokstav c) 225

Merverdiavgift, investeringsavgift, miljøgebyr
58. Avgiftsfritak for reklametjenester for utenlandsk regning 229
59. Saksbehandling forut for etterberegning av merverdiavgift og ileggelse av tilleggsavgift – gransking etter forvaltningsloven § 15 234
60. Merverdiavgift for advokattjenester knyttet til rettspleien – forholdet til Grunnloven § 98 238
61. Etterberegning av investeringsavgift og ileggelse av tilleggsavgift 242
62. Mangelfullt hjemmelsgrunnlag for ileggelse av miljøgebyr 247

Sakskostnader, erstatning
63. Forvaltningsloven § 36 – purrekostnader 249
64. Omkostningskrav i forbindelse med ekspropriasjon – forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og oreigningsloven § 15 252
65. Dekning av sakskostnader ved søknad om familiegjenforening 256

Side

66. Varsel om etterberegning av merverdiavgift – sakskostnader – spørsmål om analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 36 – erstatning 260

Naturvern

67. Dispensasjon fra vernebestemmelser i naturreservat 262

Bygge- og reguleringssaker, forurensning

68. Usaklig forskjellsbehandling i reguleringssak 265
69. Uriktig anvendelse av regler for utnyttingsgrad i reguleringsplan 267
70. Forlengelse av midlertidig bygge- og deleforbud 274
71. Dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 – betydningen av hensynet til likebehandling 279
72. Dispensasjon fra reguleringsformålet friområde 282
73. Oppføring av hytte i strandsonen på Sørlandet – dispensasjon etter plan- og bygningslovens byggeforbud og bestemmelser i kommuneplanens arealdel 286
74. Oppføring av hytte i strid med bindende byggegrenser 295
75. Bruksendring av campingplass – vilkår og saksbehandling 300
76. Beregning av byggesaksgebyr 304
77. Gebyr for «gjenopptakelse» av «henlagt» byggesak 308
78. Forholdet mellom kommunehelsetjenesteloven og annet regelverk i saker om støy 310

Landbruk, boplikt

79. Begrunnelsesplikt i sak om fradeling av landbrukseiendom 313
80. Klagerett på avgjørelse fattet av Statskog etter seterforskriften 315
81. Bo- og driveplikt etter overtakelse på uskifte 320
82. Varig fritak fra boplikt – spørsmål om eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1, eller anses som «jord- og skogbrukseiendom», jf. konsesjonsloven § 5 322
83. Varig fritak fra boplikt – spørsmål om eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1 327

VI. TILLEGGSOPPLYSNINGER I SAKER REFERERT I TIDLIGERE ÅRSMELDINGER .. 332

VII. ADMINISTRATIVE FORHOLD

1. Organisasjon og personale 338
2. Likestilling 338
3. Innsyn i ombudsmannens saksdokumenter 339
4. Ombudsmannens møter og besøk 340

REGISTRE

Emne- og stikkordregister 342
Lovregister 344

VEDLEGG

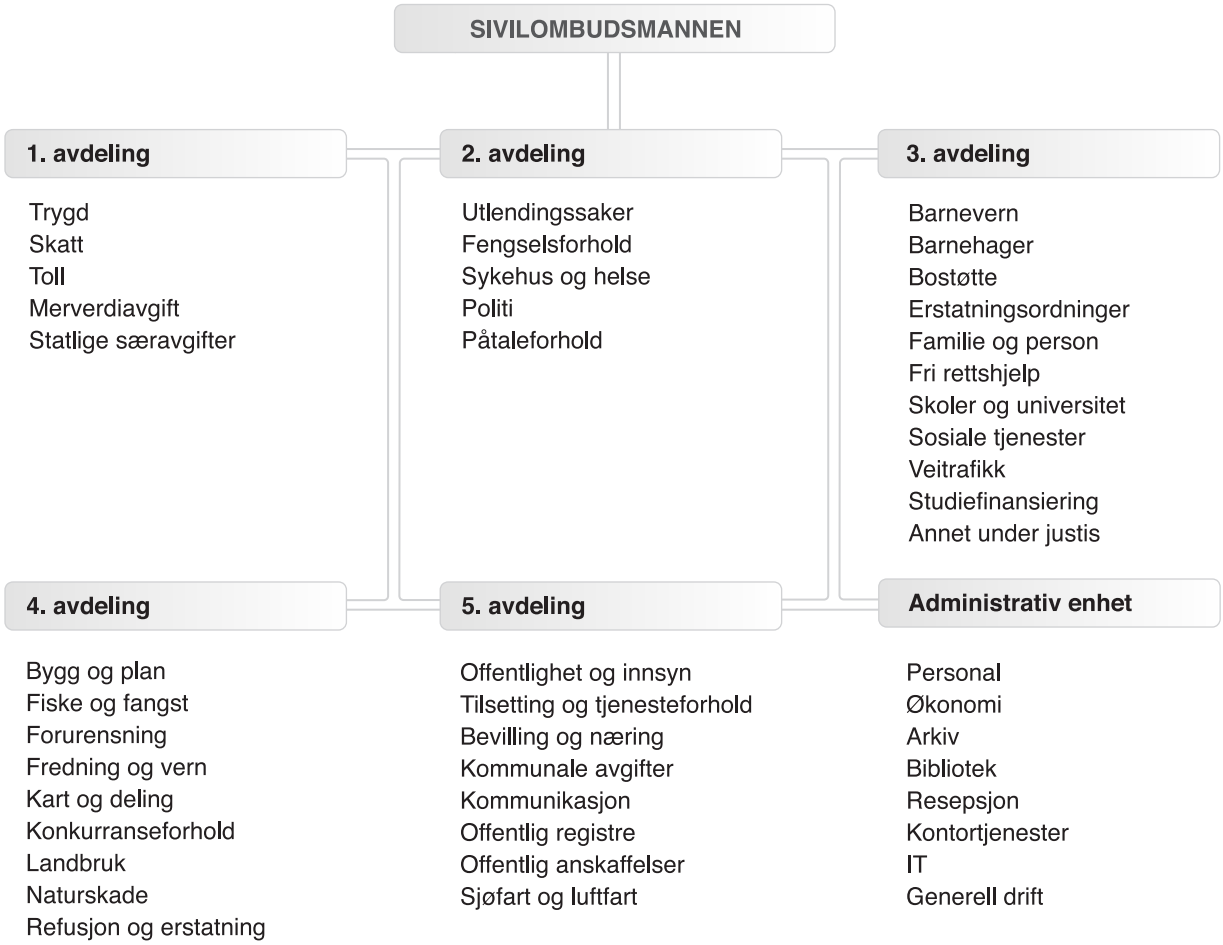
1. Personaloversikt 346
2. Kongeriget Norges Grundlov 17de Mai 1814 § 75 l 347
3. Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen 348
4. Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen 350
5. Orientering om Sivilombudsmannens oppgaver og virksomhet – brosjyretekster på bokmål, nynorsk og samisk 352

I. Om virksomheten i 2006

1. Innledning

Sivilombudsmannen – Stortingets ombudsmann for forvaltningen – skal søke å sikre at det i den offentlige forvaltningen ikke øves urett mot den enkelte borger. Ombudsmannen utøver en rettslig kontroll med hele den offentlige forvaltningen, og på nær sagt alle forvaltningsområder. I tillegg skal ombudsmannen bidra til at menneskerettighetene respekteres. Den rettslige kontrollen gjennomføres hovedsakelig gjennom undersøkelser av klager fra publikum, enkeltindivider eller juridiske personer. Ombudsmannen kan også sette i verk undersøkelser av eget tiltak. Særlig gjennom behandlingen av klagene, men også i saker som settes i verk av eget tiltak, supplerer ombudsmannen domstolskontrollen. Ombudsmannen gir imidlertid også borgerne et mulig alternativ til domstolsbehandling.

For bedre å ivareta kontrollfunksjonen overfor forvaltningen, og for å effektivisere saksbehandlingen er ombudsmannens kontor inndelt i fem fagavdelinger. Hver avdeling ledes av en kontorsjef, som er gitt fullmakt til å avslutte formelle avvisningssaker og klager som åpenbart ikke kan føre frem.



2. Klager fra borgerne

Grunnlaget for ombudsmannens arbeid er først og fremst klager fra borgerne. I 2006 mottok ombudsmannen 2027 klager. 979 av disse klagene ble avvist på formelt grunnlag. Bakgrunnen for at en klage blir avvist kan være at den er rettet mot organer, institusjoner og andre selvstendige rettssubjekter som ikke er en del av den offentlige forvaltningen og dermed faller utenfor ombudsmannens arbeidsområde, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 4. I tillegg er det i utgangspunktet et vilkår for klagebehandling at den forvaltningsrettslige klageadgangen er uttømt og at klagen til ombudsmannen er sendt innen ett år etter at endelig avgjørelse forelå i forvaltningen, eller den handling eller det forhold det klages over ble foretatt eller opphørte.

I tillegg til saker som avvises ut fra rene formelle betraktninger, er det hvert år noen saker som blir avvist ut fra en vurdering av om saken er egnet for behandling hos ombudsmannen. Saksbehandlingen hos ombudsmannen er skriftlig og det foretas normalt ikke avhør av parter eller vitner. Det er heller ikke vanlig at det gjennomføres befaringer. Videre er ombudsmannskontrollen først og fremst en rettslig kontroll. Dette innebærer at saker der resultatet beror på bevisvurderinger av faktisk karakter, og hvor sakens dokumenter ikke gir nærmere veiledning, er mindre egnet for behandling av ombudsmannen. Domstolsbehandling vil da kunne være et bedre alternativ enn undersøkelser fra ombudsmannens side. I 2006 ble 129 saker avvist fordi de ble ansett som uegnet for ombudsmannsbehandling.

Av de sakene som ble tatt opp til nærmere undersøkelse i 2006, ble 763 saker avsluttet uten at saken ble tatt opp med forvaltningen. I 559 av disse sakene fant ombudsmannen etter en gjennomgang av sakens dokumenter at klagen åpenbart ikke kunne føre frem. I de resterende 204 sakene var det tilstrekkelig med en telefonhenvendelse til forvaltningen for å ordne opp i saken. Disse sakene gjaldt primært sen saksbehandling eller manglende svar fra forvaltningen.

Av de mottatte klagene endte 161 med en eller annen form for kritikk eller henstilling til forvaltningen. Det følger av ombudsmannsloven § 10 første ledd at ombudsmannen kan «uttale sin mening om saken». Dette betyr at ombudsmannen kan påpeke at det er gjort feil i saksbehandlingen eller rettsanvendelsen, og kan gi uttrykk for at en avgjørelse må anses ugyldig, klart urimelig eller strider mot god forvaltningspraksis. Han kan også gi uttrykk for at det bør ytes erstatning dersom det foreligger erstatningsbetingende feil fra forvaltningens side. Viktig er det også at ombudsmannen kan påpeke at det knytter seg berettiget tvil til de avgjørelser det klages på. Slik tvil kan både være knyttet til faktiske og rettslige forhold. Ombudsmannen kan ikke treffe avgjørelser som er rettslig bindende for forvaltningen eller borgerne.

Når ombudsmannen mener at det er gjort feil eller begått urett, vil han normalt be om at forvaltningen vurderer eller behandler den aktuelle saken på nytt. Forvaltningen følger alltid slike oppfordringer fra ombudsmannens side. Forvaltningen legger også normalt til grunn de oppfatninger ombudsmannen gir uttrykk for. Visse unntak finnes. Men hovedinntrykket er at forvaltningen sjelden uten grunn ikke forholder seg lojalt til ombudsmannens henstillinger og anmodninger. I de tilfeller forvaltningen ikke følger ombudsmannens syn, kan ombudsmannen anbefale borgeren å anlegge sak. Konsekvensen av dette er at borgeren har krav på fri sakførsel, jf. rettshjelploven 13. juni 1980 nr. 35 § 16 første ledd nr. 3. I en del saker kan det være betenkelig å anbefale en part å begi seg inn på en lang og tidkrevende rettsprosess, og en slik anbefaling fra ombudsmannen hører derfor til sjeldenhetene. I 2006 var det ingen saker hvor søksmål ble anbefalt.

Kapittel V inneholder referater av de viktigste uttalelsene ombudsmannen avga i meldingsåret 2006.

3. Saker tatt opp av eget tiltak

I tillegg til å behandle klager fra borgerne kan ombudsmannen ta opp saker av eget tiltak. Når ombudsmannen benytter seg av denne muligheten kan det skyldes for eksempel at han er gjort oppmerksom på et problem gjennom omtale i media. Det hender også at slike undersøkelser settes i verk når en klage illustrerer et problem uten at klagen i seg selv er egnet til nærmere undersøkelser. Dersom ombudsmannen mottar flere klager som gjelder samme spørsmål, kan det også være mer hensiktsmessig at saken tas bredere opp, av eget tiltak, enn ved at de konkrete enkeltsakene forfølges. Både i meldingen for 2004 og 2005 er viktigheten av denne siden av ombudsmannens arbeid omtalt. I løpet av meldingsåret 2006 har ombudsmannen tatt opp 40 saker av eget tiltak. Dette er en nedgang i forhold til meldingsåret 2005, men likevel en klar oppgang i forhold til 2004. Enkelte av årets saker tatt opp av eget tiltak er nevnt i kapittel III, mens følgende saker er referert i sin helhet i kapittel V:

10. Praktisering av offentlighetsloven ved tilsetting av rådmann – offentlig søkerliste (sak 2005/2285)
29. Statens helsetilsyns saksbehandlingstid i tilsynssaker – betydningen for ileggelse og valg av reaksjon etter helsepersonelloven (sak 2005/1687)
31. Spesialistgodkjenning i allmennmedisin – forholdet til EØS-regelverket og nordisk overenskomst (sak 2006/321)
45. Oppfølging av besøk ved Trondheim fengsel (sak 2005/465)
46. Oppfølging av besøk ved Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt (sak 2004/2813)

47. Oppfølging av besøk ved Bredtveit fengsel, forvarings- og sikringsanstalt (sak 2005/1502)
50. Saksbehandlingstiden i Utlendingsnemnda (sak 2006/323)
54. Taksering av seksjonerte boligeiendommer – klagebehandling og anvendelse av likhetsprinsippet (sak 2005/1227 og sak 2005/1163)
60. Merverdiavgift for advokattjenester knyttet til rettspleien – forholdet til Grunnloven § 98 (sak 2004/2652)

4. Saksbehandlingstid

Saksbehandlingstiden hos ombudsmannen vil variere etter hva saken gjelder, hvor omfattende den er og hvilke undersøkelser som anses nødvendig for å opplyse saken på en tilstrekkelig god måte. Normalt vil borgeren motta et svar fra ombudsmannen innen en uke etter at klagen ble mottatt. Dersom klagen må avvises på formelt grunnlag, vil dette som regel bli avklart umiddelbart. Hvis det er grunn til å undersøke saken nærmere og ta saken opp med forvaltningen, kan det ta noen tid før saken avsluttes hos ombudsmannen. Dette har sammenheng med at forvaltningsorganet i disse sakene må få anledning til å redegjøre for sitt syn på saken. Denne redegjørelsen vil så bli oversendt klager for merknader, som forvaltningsorganet gis anledning til å kommentere. Både hensynet til kontradiksjon og hensynet til at saken blir best mulig opplyst for ombudsmannen, medfører dermed at saksbehandlingstiden for disse sakene blir relativt lang.

Det er altså vanskelig å angi gjennomsnittlig saksbehandlingstid i alle saker som behandles av ombudsmannen. Men normalt vil saksbehandlingstiden ligge innenfor følgende tidsrammer, avhengig av hva som skjer med saken:

– formell avvisning:	1 uke
– avslutning, men med en foreløpig undersøkelse av klagen for å avklare om det er tilstrekkelig grunn til å gå videre med klagen, dvs. ta opp klagen med forvaltningen:	4–8 uker
– avslutning etter at saken har vært tatt opp med forvaltningen (uttalelse):	6 mnd

Dette er mål for saksbehandlingstiden. Saksbehandlingstiden vil kunne variere også innenfor disse kategoriene, avhengig av sakens karakter. For eksempel er saksbehandlingstiden for saker om innsyn i forvaltningens saksdokumenter kortere enn for andre sakstyper.

5. Arbeidet med å sikre at menneskerettighetene respekteres

Ombudsmannen skal også «bidra til at menneskerettighetene respekteres». Denne tilføyelsen ble tatt inn i ombudsmannsloven § 3 i 2004, selv om det også før lovendringen var klart at menneskerettighetene hører inn under ombudsmannens arbeidsområde. Det har vært – og er – en viktig del av arbeidet her å undersøke om de internasjonale forpliktelsene som Norge har påtatt seg, blir fulgt opp av forvaltningen i forhold til borgerne. Det hører også til ombudsmannens arbeidsområde å kontrollere at forvaltningen følger opp dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstolen mot Norge. Etter initiativ fra Europarådet og Stortingets administrasjon vil dette arbeidet nå bli prioritert ytterligere. Ombudsmannen vil også i tiden fremover bidra til å sikre at forvaltningen følger opp anbefalinger fra andre håndhevingsorganer til menneskerettskonvensjoner Norge har forpliktet seg etter.

Alle avdelingene og alle ombudsmannens rettslige medarbeidere, enten de er saksbehandlere eller kontorsjefer har et ansvar for arbeidet med å sikre at menneskerettighetene respekteres. I tillegg er det organisert en ressursgruppe som skal holde seg særlig orientert om menneskerettighetsspørsmål, og som også skal sørge for at kollegene deres og ombudsmannen holdes informert om rettsutviklingen. Det drøftes nå hvordan arbeidet med å sikre at menneskerettighetene respekteres kan styrkes ytterligere.

Informasjon om saker behandlet i 2006 som berører en eller flere internasjonale menneskerettskonvensjoner, kan finnes gjennom emne- og stikkordregisteret under emneordet «Menneskerettigheter», eller gjennom lovregisteret under punktet «Konvensjoner».

Ombudsmannen har stilt en juridisk medarbeider med særlig kjennskap til kinesisk språk og de kinesiske forhold til rådighet for Utenriksdepartementet for dermed å kunne bidra til å styrke Norges arbeid for menneskerettighetene i Kina. Ombudsmannens medarbeider har siden 2005 vært med på organisering og tilrettelegging av flere møter, seminarer og konferanser med deltakelse fra norske og kinesiske fengselsmyndigheter.

6. Høringsuttalelser

Ombudsmannen mottar regelmessig forslag sendt på høring fra forvaltningen. I 2006 mottok jeg 77 høringsforslag. Av prinsipielle grunner har ombudsmannen vært tilbakeholden og forsiktig med å avgi høringsuttalelser til lovforslag, unntatt i saker som direkte berører ombudsmannsinstitusjonen eller angår forhold som tidligere har vært behandlet av ombudsmannen. Utgangspunktet for ombudsmannens undersøkelser er gjeldende lovgivning, og det faller utenfor ombudsmannens mandat å overprøve lovgiverens vurderinger. I 2006 avga ombudsmannen seks høringsuttalelser. Det er grunn til å nevne særlig tre av uttalelsene, som omhandlet ansattes ytringsfrihet, ikraftsetting av ny tvistelov, og ratifikasjon av FN-konvensjonen mot korrupsjon. I til-

legg er det i to brev påpekt at forhold som omtales i høringsforslaget, er omhandlet i ombudsmannssaker som ikke var endelig avsluttet innenfor høringsfristen: Det gjelder forslaget til forskrift med hjemmel i utlendingsloven § 37 d siste ledd, og tiltak mot soningskø og for bedre innhold i soningen.

I en arbeidsgrupperapport fra Arbeids- og sosialdepartementet ble det foreslått nye regler i arbeidsmiljøloven om ansattes ytringsfrihet. Jeg ga i min høringsuttalelse uttrykk for tvil med hensyn til om de foreslåtte lovbestemmelsene vil bidra til den nødvendige klargjøring av rammene for ansattes ytringsfrihet og rett til varsling. Det burde blant annet overveies om det er bedre i samsvar med Grunnloven § 100 dersom loven formuleres slik at det er *begrensningene* i arbeidsgivers adgang til å bruke sanksjoner og andre negative virkemidler som beskrives, og at vilkårene ikke ble knyttet til utøvelsen av ytringsfriheten. Høringsuttalelsen er tatt inn i sin helhet i kapittel V, som sak nr. 11.

Justis- og politidepartementet foreslo i et høringsnotat at Norge ratifiserer FNs konvensjon mot korrupsjon. I høringsuttalelsen minnet jeg om sivilombudsmannsordningen og den rollen institusjonen kan spille i det forebyggende arbeidet mot korrupsjon. Jeg pekte spesielt på viktigheten av offentlighetsprinsippet i forvaltningen, og ombudsmannens oppgave med å bidra til at dette prinsippet blir etterlevd.

Justis- og politidepartementet foreslo i høringsbrev endringer i en rekke lover i forbindelse med ikraftsettingen av tvisteloven 17. juni 2005 nr. 90. Ett av forslagene var å endre ordlyden i ombudsmannsloven § 7 annet og tredje ledd om ombudsmannens rett til å kreve opplysninger av forvaltningen.

I høringsuttalelsen påpekte jeg blant annet at forslaget formelt sett innebar nye materielle begrensninger i retten til å kreve opplysninger. Kommentarene ledet frem til et forslag om en ny og endret utforming av bestemmelsen. Departementets høringsforslag, min høringsuttalelse og videre oppfølging av lovforslaget er omtalt i kapittel III, under punkt 8.

7. Møter og besøk i forvaltningen

I løpet av meldingsåret har mine medarbeidere og jeg hatt møter med ulike organisasjoner og offentlige etater. Slike møter åpner for menings- og informasjonsutveksling og gir ombudsmannen et bedre grunnlag for kontrollen med forvaltningen.

Det har videre vært avholdt møter med Fylkesmannen i Nord-Trøndelag, Hordaland og Sogn og Fjordane. Temaene for møtene har foruten en gjensidig orientering om virksomhetene, blant annet vært alminnelige forvaltningsrettslige spørsmål samt spørsmål angående håndhevingen av sosialtjenesteloven, behandlingen av barnevernsaker og håndhevingen av plan- og bygningsloven, herunder om bygging i strandsonen og kommunenes dispensasjonspraksis.

Også i år har ombudsmannen besøkt fengsler. Slike besøk gir mulighet til direkte kontakt med innsatte for blant annet å gjøre ombudsmannsinstitusjonen bedre kjent for dem. Samtidig er det nyttig i møter med ledelsen å få kunnskap om de enkelte fengslene. I forkant av besøkene ble det avholdt et møte med Kriminalomsorgens sentrale forvaltning. Det tas sikte på å få i stand fengselsbesøk også i 2007.

I 2006 besøkte jeg også Politiets utlendingsinternat på Trandum. De erfaringer som ble gjort ved dette besøket, førte til at det ble iverksatt enkelte undersøkelser knyttet til forholdene ved internatet. Stortinget er orientert om utfallet av disse undersøkelsene gjennom en særskilt melding, jf. ombudsmannsloven § 12 annet ledd, som ble overlevert 15. februar 2007.

En viktig del av arbeidet som ombudsmann er å utveksle erfaringer med liknende virksomheter i utlandet. Gjennom denne gjensidige meningsutvekslingen gis viktige impulser, samtidig som informasjon om den norske ombudsmannsordningens oppgaver, funksjoner og virke kan videreformidles herfra. I år har ombudsmannen blant annet deltatt på den fjerde International Conference of Information Commissioners i Manchester, England, European Ombudsman Meeting, IOI, General Assembly, i Wien, Østerrike, og den årlige Conference of European Information Commissioners, i Budapest, Ungarn.

I løpet av meldingsåret har mine medarbeidere og jeg i tillegg deltatt på flere seminarer og kurs, og holdt en rekke foredrag og forelesninger.

For en fullstendig oversikt over ombudsmannens møter og besøk vises det til kapittel VII, punkt 4.

8. Hva står i årsmeldingen?

Årsmeldingen er delt inn i sju kapitler. Etter disse kommer registre og vedlegg til årsmeldingen.

I dette *kapittel I* er det redegjort for sivilombudsmannens ulike arbeidsoppgaver, herunder hvilke saker som tas til behandling ved ombudsmannens kontor. Deretter presenteres i *kapittel II* statistiske oversikter vedrørende saksbehandlingen og de sakene som har vært til behandling i året som har gått.

På bakgrunn av de sakene som klages inn hit og den øvrige kontakten med forvaltningen er det enkelte rettsspørsmål som peker seg ut som problematiske eller særlig praktiske. I *kapittel III* blir det redegjort for sivilombudsmannens syn på enkelte av disse spørsmålene. Deretter gis det i *kapittel IV* en oversikt over de mangler ved lover, forskrifter og praksis som er avdekket på bakgrunn av saksbehandlingen ved ombudsmannens kontor det seneste året.

Kapittel V presenterer et utvalg av de saker som har vært til behandling her i 2006. Sakene som gjengis i dette kapitlet, er systematisk inndelt etter hvilke saksområder de hører inn under. Det er også mulig å

bruke et av registrene bak i årsmeldingen til å finne frem til saker vedrørende bestemte temaer. Disse registrene åpner for søk både etter bestemte emne- og stikkord og på basis av ulike lov- eller forskriftsbestemmelser. De ulike måtene sakene er systematisert på, vil samlet sett gjøre det lettere for leseren å finne fram til saker som kan være av interesse.

Tilleggsopplysninger til saker som er referert i tidligere årsmeldinger, er gitt i *kapittel VI*. Slike tilleggsopplysninger vil typisk forekomme dersom forvaltningen i en tidligere referert sak er bedt om behandle saken på nytt.

Det avsluttende *kapittel VII* inneholder enkelte opplysninger omkring de alminnelige forholdene ved sivilombudsmannens kontor, som bemanning og likestilling. Det er også redegjort for behandlingen av innsynsbegjæringer til ombudsmannen. I tillegg er det gitt en oversikt over ombudsmannens møter og besøk i 2006.

II. Statistikk

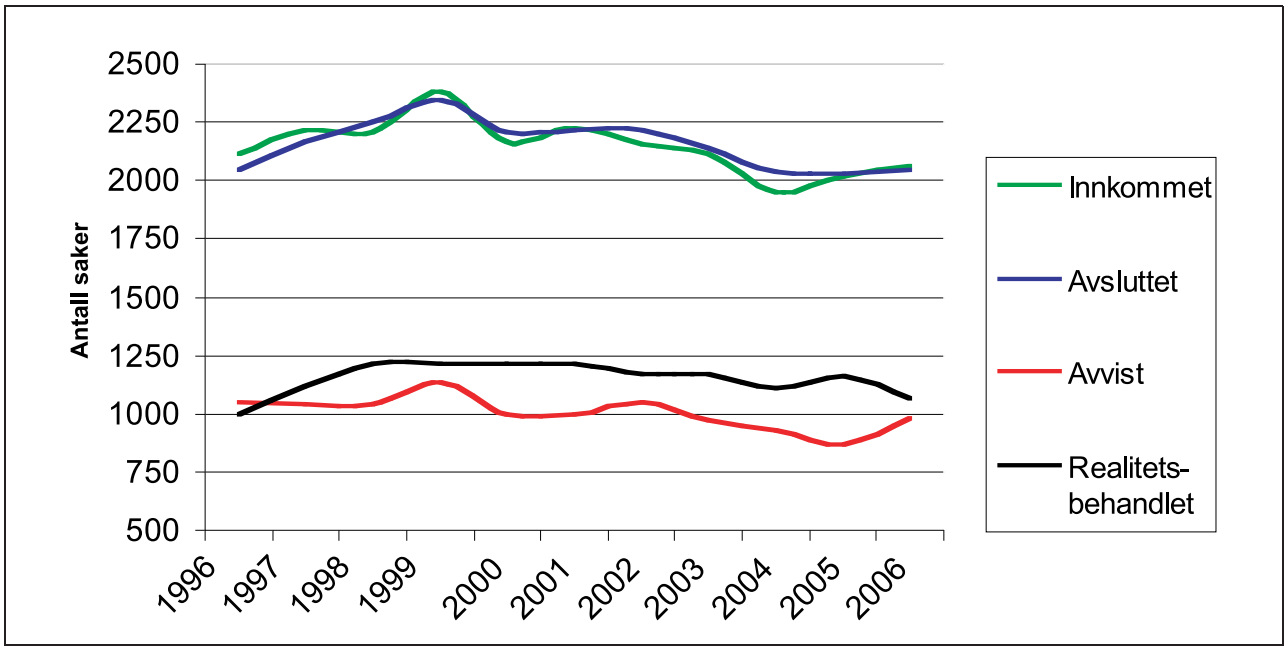
1. Innledning

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 ti-års periode. Tallmaterialet bak figuren utdypes i det følgende.

I tillegg til det tallmaterialet som fremkommer i dette kapitlet, nevnes at det i meldingsåret ble registrert 1318 generelle forespørsler over telefon. Det ble avholdt 68 konferanser med privatpersoner.

Figur 1.1 Innkomne og avsluttede saker – avviste og realitetsbehandlede 1996 – 2006



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 2006 ble ca. 10 % av sakene gjenåpnet fordi klageren kom tilbake med en ny henvendelse etter at saken var avsluttet her.

Tabell 2.1 Sakstilfang

	2005	2006
Klagesaker og forespørsler	1956	2027
Saker tatt opp av eget tiltak	64	40
I alt	2020	2067

Tabell 2.2 Avsluttede og uavsluttede saker

	2005	2006
Avsluttede saker i løpet av året	2028	2047
Uavsluttede saker ved utgangen av året	326	346

3. Sakenes utfall

Utfallet av sakene som behandles hos ombudsmannen kan deles i to hovedkategorier; avviste og realitetsbehandlede saker. I meldingsåret ble 48 % av henvendelsene til ombudsmannen avvist og 52 % realitetsbehandlet.

Som realitetsbehandlet regnes alle saker som ikke er avvist av formelle grunner. I dette ligger at ombudsmannen ved sin behandling har gitt uttrykk for et standpunkt i saken som er brakt inn for ombudsmannen, eller har fått saken ordnet. 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 ombudsmannens behandling normalt bare ha hatt som siktemål å finne ut om det er grunnlag for å sette i verk en nærmere undersøkelse. I slike tilfeller har ombudsmannen bare i begrenset grad tatt stilling til realiteten i den forvaltningssaken det er klaget på. I mange saker begrenser ombudsmannens undersøkelser seg til forvaltningens saksbehandling. Mange klager over at offentlige organer ikke svarer på henvendelser eller at behandlingen tar for lang tid. Ombudsmannens behandling av disse sakene kan ofte begrenses til en telefon til vedkommende forvaltningsorgan.

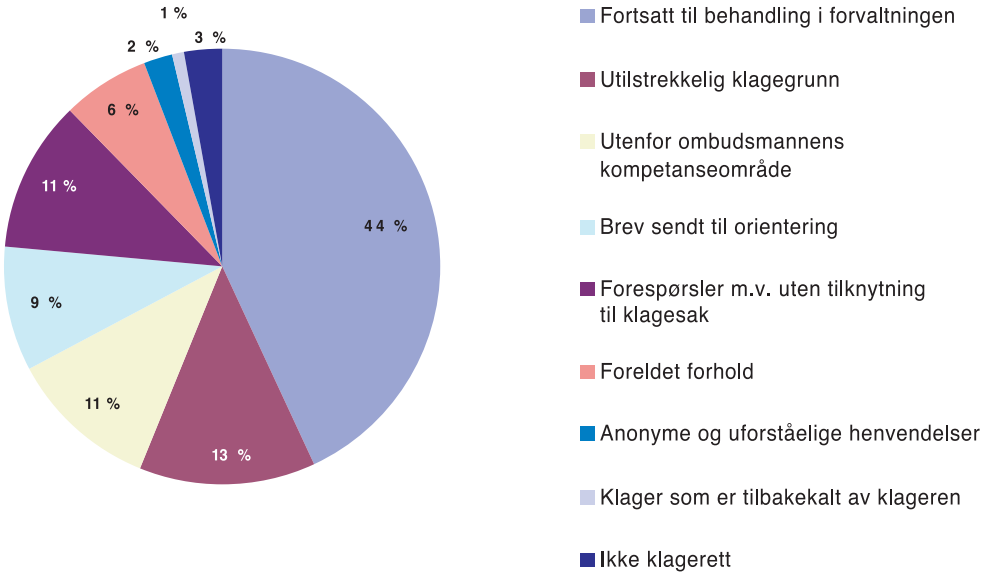
Tabell 3.1 viser forholdet mellom de avviste og de realitetsbehandlede sakene i meldingsåret, og forholdet til forrige meldingsår. For de realitetsbehandlede sakene er det nærmere angitt hva som ble resultatet av ombudsmannens saksbehandling. En fullstendig oppgave over det endelige utfallet av ombudsmannens behandling 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. VI Tilleggsopplysninger).

Figur 3.2 viser avvisningsgrunnene 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 ombudsmannens kritikk eller henstilling retter seg mot.

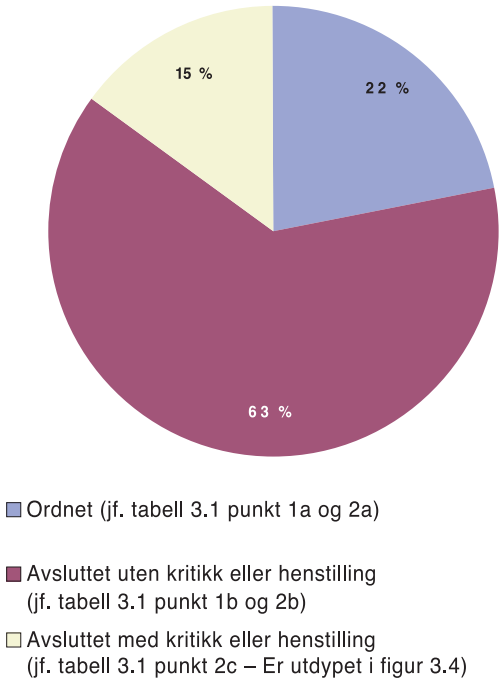
Tabell 3.1 Fordelingen mellom avviste og realitetsbehandlede saker

	2005	2006
Avviste saker	**870**	**979**
Realitetsbehandlede saker	**1158**	**1068**
1. Unødvendig å innhente skriftlig uttalelse fra forvaltningen		
a) Saken kunne ordnes ved en telefonhenvendelse	217	204
b) Klagebrevet, eventuelt supplert med saksdokumentene, viste at klagen ikke kunne føre frem	585	559
2. Innhentet skriftlig uttalelse fra forvaltningen		
a) Saken ordnet uten at det var nødvendig med avsluttende uttalelse fra ombudsmannen	42	40
b) Saken avsluttet uten kritikk eller henstilling, dvs. klagen førte ikke frem	144	104
c) Saken avsluttet med kritikk eller henstilling om å se på saken på nytt, eventuelt avbøte skadevirkninger	170	161

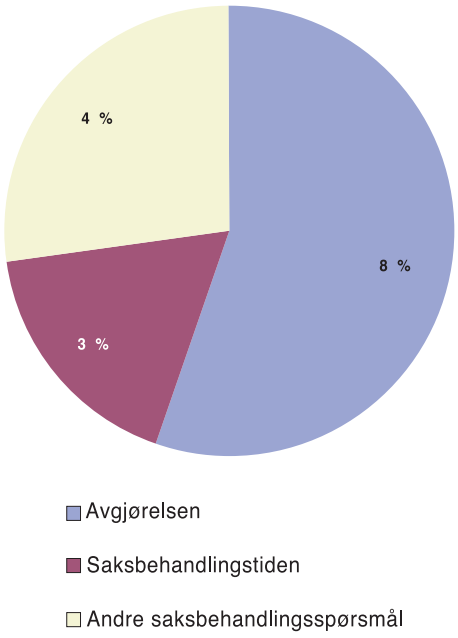
Figur 3.2 Avviste saker (48 %)



Figur 3.3 Realitetsbehandlede saker (52 %)



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



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

Tabell 4.1 Geografisk fordeling av klagesakene

Fylke	Antall klager	Klager i prosent	Folkemengde i prosent 01.01.2006
Østfold	82	4,6	5,6
Akershus	201	11,2	10,8
Oslo	384	21,3	11,6
Hedmark	53	2,9	4,1
Oppland	49	2,7	3,9
Buskerud	70	3,9	5,3
Vestfold	51	2,8	4,8
Telemark	58	3,2	3,6
Aust-Agder	49	2,7	2,2
Vest-Agder	57	3,2	3,5
Rogaland	122	6,8	8,6
Hordaland	164	9,1	9,7
Sogn og Fjordane	45	2,5	2,3
Møre og Romsdal	89	4,9	5,3
Sør-Trøndelag	80	4,4	5,9
Nord-Trøndelag	44	2,4	2,8
Nordland	91	5,1	5,1
Troms	60	3,3	3,3
Finnmark	50	2,8	1,6
Svalbard	1	0,1	0
	1800	100	100
Andre	227		
I alt	2027		

Tabell 4.2 Fordeling på forvaltningsorganer

	I alt	Avvist	Realitet
Statsministerens kontor	1	1	–
Arbeids- og inkluderingsdepartementet	9	3	6
Arbeidsmarkedsetaten (A-etat)	28	15	13
Arbeidstilsynet	4	1	3
Trygdeetaten	155	86	69
Trygderetten	31	12	19
Utlendingsdirektoratet	42	18	24
Utlendingsnemnda	48	15	33
Barne- og likestillingsdepartementet	7	2	5
Barne-, ungdoms- og familieetaten	7	3	4
Fylkesnemndene for sosiale saker	5	4	1

	I alt	Avvist	Realitet
Forbrukerrådet	1	1	–
Forbrukertvistutvalget	1	–	1
Likestillings- og diskrimineringsombudet	1	1	–
Finansdepartementet	23	7	16
Kredittilsynet	1	1	–
Skatteetaten (folkeregistrene)	151	56	95
Toll- og avgiftsetaten	19	11	8
Statens innkrevingssentral	3	3	–
Fiskeri- og kystdepartementet	8	2	6
Fiskeridirektoratet	11	2	9
Kystverket	1	–	1
Forsvarsdepartementet	6	4	2
Forsvarsbygg	2	1	1
Forsvarsstaben	2	1	1
Forsvaret, diverse	3	1	2
Justis- og politidepartementet	48	16	32
Politidirektoratet	20	5	15
Erstatningsnemnda for voldsofre	3	–	3
Kriminalomsorgen	51	30	21
Politi- og påtalemyndigheter	79	49	30
Namsmenn	9	8	1
Domstolene	22	22	–
Billighetserstatningsutvalget	4	2	2
Justissekretariatene	7	2	5
Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker	1	–	1
Tilsynsrådet for advokatvirksomhet	2	1	1
Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap	1	–	1
Kunnskapsdepartementet	2	1	1
Norges forskningsråd	3	1	2
Statens lånekasse for utdanning	18	7	11
Universiteter og høgskoler	36	20	16
Kommunal- og regionaldepartementet	7	1	6
Husbanken	5	3	2
Kultur- og kirkedepartementet	9	4	5
Norsk rikskringkasting	3	3	–
Den norske kirke	5	4	1
Lotteritilsynet	2	–	2
Riksarkivet	1	–	1
Klagenemnda for stedsnavnsaker	1	1	–
Opplysningsvesenets fond	1	1	–
Landbruks- og matdepartementet	5	2	3
Fylkeslandbruksstyrene	15	2	13
Statens landbruksforvaltning	5	1	4
Mattilsynet	13	8	5
Reindriftsforvaltningen	6	5	1
Statskog	2	1	1
Klagenemnda for kvoteordning for melk	4	1	3

	I alt	Avvist	Realitet
Miljøverndepartementet	13	6	7
Direktoratet for naturforvaltning	4	1	3
Statens forurensningstilsyn	4	1	3
Statens kartverk	3	2	1
Riksantikvaren	4	2	2
Nærings- og handelsdepartementet	5	4	1
Innovasjon Norge	3	2	1
Patentstyret	2	–	2
Brønnøysundregistrene	1	1	–
Olje- og energidepartementet	4	2	2
Oljedirektoratet	1	1	–
Samferdselsdepartementet	12	5	7
Jernbaneverket	1	1	–
Statens vegvesen	29	11	18
Post- og teletilsynet	1	1	–
Posten Norge AS	1	1	–
Helse- og omsorgsdepartementet	15	7	8
Fylkesleger	1	–	1
Kontrollkommisjoner	3	–	3
Norsk pasientskadeerstatning	11	4	7
Sosial- og helsedirektoratet	12	1	11
Statens helsetilsyn	46	21	25
Sykehus- og helseinstitusjoner	30	21	9
Regionale helseforetak	1	1	–
Statens helsepersonellnemnd	2	–	2
Utenriksdepartementet	4	3	1
Fornyings- og administrasjonsdepartementet	5	3	2
Konkurransetilsynet	3	2	1
Statsbygg	1	–	1
Statens pensjonskasse	6	3	3
Datatilsynet	1	1	–
Partilovnemnda	1	1	–
Fylkesmenn	352	116	236
Fylkeskommunal forvaltning	30	19	11
Kommunal forvaltning	428	236	192
Andre	47	47	–
I alt	**2047**	**979**	**1068**

Tabell 4.3 Fordeling på saksområder

	I alt	Avvist	Realitet
Arbeidsliv, utdanning, forskning, kultur, lotteri, åndsrett, målbruk i offentlig tjeneste			
Isolerte saksbehandlingsspørsmål:			
Saksbehandlingstid, manglende svar	21	9	12
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	22	10	12
Saksomkostninger, erstatning	2	2	–
Saksbehandlingen, annet	25	10	15
Tilsetting	85	36	49
Arbeids- og tjenesteforhold	43	28	15
Arbeidsmiljø, vernebestemmelser	5	4	1
Annet om arbeidsliv	13	7	6
Grunnskoler	24	15	9
Videregående opplæring i skole	10	7	3
Høgskoler og universiteter	18	7	11
Offentlig godkjenning av yrkesutøvere	10	3	7
Studiefinansiering	16	7	9
Annet om utdanning	3	2	1
Forskning	1	1	–
Kultur	3	3	–
Lotteri	2	–	2
Åndsrett	1	–	1
Annet om arbeidsliv m.v.	6	3	3
Helse- og sosialvesen, trygd, familie- og personsaker			
Isolerte saksbehandlingsspørsmål:			
Saksbehandlingstid, manglende svar	73	30	43
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	29	14	15
Saksomkostninger, erstatning	20	10	10
Saksbehandlingen, annet	57	30	27
Helse- og sosialvesen, generelt	6	3	3
Godkjenning av tilbud	1	–	1
Behandling, tvang, klage på personell, pasientskade	47	30	17
Journalspørsmål m.v.	8	5	3
Betaling for opphold, refusjon, pasientmidler	11	6	5
Økonomisk stønad	36	18	18
Sosiale tjenester utenfor institusjon	20	13	7
Annet om helse- og sosialvesen	10	7	3
Ytelser ved fødsel, adopsjon, forsørgelse av barn	5	4	1
Ytelser ved arbeidsløshet	20	9	11
Ytelser ved sykdom	57	36	21
Alderspensjon, etterlattepensjon	8	4	4
Krigspensjon	1	1	–
Annet om trygd	12	7	5
Barnebidrag, ektefellebidrag	34	10	24
Adopsjon	4	1	3
Barnevern, omsorg for barn	26	18	8
Barnehager	9	4	5
Vergemål, hjelpeverge	10	5	5
Ekteskap, separasjon, skilsmisse	1	1	–
Navnesaker	1	1	–
Annet om familie- og personsaker	2	2	–

	I alt	Avvist	Realitet
Ressurs- og miljøforvaltning, plan og bygg, ekspropriasjon, friluftsliv			
Isolerte saksbehandlingsspørsmål:			
Saksbehandlingstid, manglende svar	60	12	48
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	9	4	5
Saksomkostninger, erstatning	7	4	3
Saksbehandlingen, annet	39	26	13
Ombudsmannen (klage på)	1	1	–
Energi	1	1	–
Miljøvern	17	10	7
Renovasjonsordning, feiing	14	7	7
Vannforsyning og avløp	12	7	5
Annet om ressurs- og miljøvern	1	–	1
Kart- og delingssaker	6	5	1
Plansaker	45	12	33
Dispensasjon fra plan, strandsone	62	18	44
Andre byggesaker	97	27	70
Behandlingsgebyr	3	1	2
Annet om plan og bygg	2	1	1
Ekspropriasjon	4	4	–
Annet	5	2	3
Næring, kommunikasjon, distriktsutbyggingsfond, Husbanken, konkurranseforhold, pris			
Isolerte saksbehandlingsspørsmål:			
Saksbehandlingstid, manglende svar	44	14	30
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	13	7	6
Saksomkostninger, erstatning	3	2	1
Saksbehandlingen, annet	17	10	7
Fiske, fangst, jakt	16	2	14
Landbruk, skogbruk, reindrift	47	18	29
Sjøfart, luftfart	2	2	–
Reiseliv, hoteller og restauranter, skjenkebevilling	9	7	2
Transportløyver, motorferdsel i utmark	6	3	3
Annet om næring	5	5	–
Samferdsel (veier, jernbane, havn, flyplass)	17	11	6
Postvesen	5	5	–
Telefon, kringkasting	4	3	1
Vegtrafikk (førerkort, parkeringstillatelse m.v.)	25	11	14
Kollektivtransport	1	1	–
Husbanken m.m.	4	1	3
Konkurranseforhold, pris	1	1	–
Annet	6	4	2
Skatter, avgifter			
Isolerte saksbehandlingsspørsmål:			
Saksbehandlingstid, manglende svar	25	10	15
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	5	1	4
Saksomkostninger, erstatning	9	1	8
Saksbehandlingen, annet	17	8	9

	I alt	Avvist	Realitet
Utligning av skattepliktig inntekt	60	18	42
Ettergivelse, lemping	8	4	4
Administrative reaksjoner (tilleggsskatt m.v.)	4	2	2
Andre skattesaker	43	23	20
Toll	4	1	3
Merverdiavgift, investeringsavgift	26	8	18
Særavgifter	25	14	11
Annet om skatt og avgifter	5	2	3
Justis, stiftelser, utlendingssaker			
Isolerte saksbehandlingsspørsmål:			
Saksbehandlingstid, manglende svar	74	20	54
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	15	6	9
Saksomkostninger, erstatning	9	4	5
Saksbehandlingen, annet	11	7	4
Påtalemyndighet og politi	47	32	15
Domstoler	12	11	1
Kriminalomsorg	42	27	15
Rettshjelp	27	9	18
Tvangsfullbyrdelse, gjeldsordning	11	10	1
Tinglysing	1	1	–
Offentlige erstatningsordninger	4	2	2
Annet om justis	9	7	2
Utlendingssaker, generelt	2	1	1
Asylsaker	15	5	10
Visum, statsborgerskap	11	4	7
Oppholds- og arbeidstillatelse	20	9	11
Utvisning, bortvisning	8	6	2
Annet om utlendingssaker	11	9	2
Offentlige registre, offentlige anskaffelser, offentlige eiendommer, forsvar, utenriksforvaltning			
Isolerte saksbehandlingsspørsmål:			
Saksbehandlingstid, manglende svar	8	3	5
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn	6	2	4
Saksomkostninger, erstatning	1	1	–
Saksbehandling, annet	7	7	–
Offentlige registre	16	13	3
Offentlige eiendommer	15	13	2
Forsvar	2	2	–
Annet	4	4	–

III. Noen aktuelle forvaltningsrettslige spørsmål

1. Hva er «den offentlige forvaltning»?

I løpet av 2006 har media omtalt flere tilfeller av korrupsjon og uregelmessigheter i kommunale selskaper. I kjølvannet av disse sakene er det reist spørsmål om habilitetsregler og offentlighetens rett til innsyn når statlig og kommunal virksomhet skilles ut i egne virksomheter og egne rettssubjekter. Utviklingen reiser også spørsmål om ombudsmannens arbeidsområde og rolle i forhold til den moderne forvaltning.

I årsmeldingen for 1995 uttalte jeg meg om ombudsmannens forhold til deler av offentlig forvaltning som skilles ut som egne virksomheter (årsmeldingen for 1995 side 13). Det er på det rene at ombudsmannens arbeidsområde favner noe videre enn virkeområdet for forvaltningsloven og offentlighetsloven. Min erfaring fra arbeidet med klagesakene de siste 10 årene tilsier at virkeområdet for forvaltningsloven og offentlighetsloven stadig begrenses i forhold til offentlig virksomhet som organiseres og drives i nye juridiske former. Dette utfordrer borgernes tillit til forvaltningen. Selv om den offentlige forvaltning organiseres annerledes i vår tid, er det fortsatt viktig at borgerne og samfunnet har mulighet til å kontrollere forvaltningen av fellesskapets verdier og interesser.

I det klassiske byråkratiet står saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og innsynsretten etter offentlighetsloven sentralt. I moderne offentlig forvaltning vil alminnelig foretaks- og selskapslovgivning i mange tilfeller få anvendelse. Men lovgivningen inneholder også en rekke bestemmelser som innebærer at forvaltningsloven og offentlighetsloven ikke lenger gjelder ved forvaltning av fellesskapets verdier og interesser. I slike tilfeller er det et spørsmål om rettssikkerhetsgarantiene og kontrollmulighetene er tilstrekkelige til å sikre borgernes tillit til at betrodde felles verdier og interesser forvaltes på samfunnets vegne og til borgernes beste. Det kan derfor være behov for å se nærmere på borgernes mulighet til å kontrollere den moderne offentlige forvaltning gjennom Sivilombudsmannen.

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter «den offentlige forvaltning», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 4 første ledd. Det klare utgangspunktet er at rene private virksomheter faller utenfor ombudsmannens kontroll, samtidig som de klassiske forvaltningsorganer faller innenfor.[1] Forvaltningsloven og offentlighetsloven gjelder «den virksomhet som drives av forvaltningsorganer»,[2] men ombudsmannens arbeidsområde er ikke avgrenset på samme måte. Begrepet «den offentlige forvaltning» angir en annen og videre innfallsvinkel til ombudsmannens kontroll. Et stykke på vei er virkeområdene overlappende; ombudsmannen vil alltid kunne behandle en sak som omfattes av anvendelsesområdet til forvaltningsloven og offentlighetsloven. Men når en sak faller utenfor forvaltningslovens eller offentlighetslovens anvendelsesområde, får det selvstendig betydning å ta stilling til ombudsmannens adgang til å kontrollere «den offentlige forvaltning». I disse tilfellene er man ofte i et skjæringspunkt mellom privat og offentlig virksomhet, der spørsmål om anvendelse av privatrettslige og/eller offentligrettslige regler og prinsipper kommer på spissen.

> *Min erfaring tilsier at virkeområdet for forvaltningsloven og offentlighetsloven stadig begrenses i forhold til offentlig virksomhet som organiseres og drives i nye juridiske former.*

Formuleringen «den offentlige forvaltning» kom inn i ombudsmannsloven ved en endring i 1980, og erstattet den tidligere ordlyden «offentlige forvaltningsorganer». Lovendringen ble ansett påkrevd for å «gjøre det helt klart at ombudsmannens kompetanse også omfatter slike tilfeller der forvaltningsmyndighet utøves av institusjoner som ikke er organer i den offentlige forvaltning».[3] Når man skal avgjøre om en virksomhet er underlagt saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, vil utgangspunktet være den organisatoriske tilknytningen til stat eller kommune. Men når man skal avgjøre om en sak hører under ombudsmannens arbeidsområde, er utgangspunktet snarere hvilke verdier virksomheten er betrodd å forvalte på det offentliges eller samfunnets vegne og hvilke funksjoner og interesser virksomheten skal fremme eller ivareta:

[1] Departementene, direktoratene, fylkesmennene, kommunene osv.
[2] Henholdsvis forvaltningsloven § 1 første ledd og offentlighetsloven § 1 første ledd. Det antas at forvaltningsloven og offentlighetsloven i det vesentlige har samme virkeområde.
[3] Innst. O. nr. 15 (1979–80).

> «Ved vurderingen av spørsmålet om en institusjon utenfor det mer tradisjonelle forvaltningsapparat likevel omfattes av ombudsmannens arbeidsområde, tas utgangspunkt i om det er naturlig at institusjonen og dens gjøremål er det offentliges ansvar, og om den virksomhet som drives, berører den enkeltes rettsstilling. Eierforholdet eller organisasjonsformen vil ikke uten videre være avgjørende.»[4]

Formålet bak ombudsmannsordningen er å «søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger».[5] Formålet vil ha betydning ved avgrensningen av ombudsmannens arbeidsområde. Sakens betydning for borgerens rettsstilling og de involverte offentlige interesser, kan innebære at ombudsmannen vil undersøke en sak selv om den organisatoriske tilknytningen til stat eller kommune er svak. Dette betyr at selv om organet som sådan ikke naturlig er en del av offentlig forvaltning, kan hensynet til offentlige interesser og rettssikkerhet for borgerne tilsi at ombudsmannen undersøker enkeltsaker knyttet til virksomheten.[6] Dette er en viktig forskjell i forhold til forvaltningslovens og offentlighetslovens system.[7]

I forarbeidene til ombudsmannsloven § 4 er det uttalt at virksomheter som arbeider på felt som anses for «offentlig ansvarsområde», normalt omfattes av ombudsmannens kompetanse.[8] Hva som til enhver tid anses for offentlig ansvarsområde, vil variere etter samfunnsforholdene og må nødvendigvis avgjøres konkret. Det er verdt å merke seg at lovgiver klart har gitt uttrykk for at ombudsmannens arbeidsområde ikke er begrenset til forvaltningsorganers klassiske myndighetsutøvelse, ei heller forvaltningsorganers utøving av privat autonomi (avtaler og eierrådighet). Også selvstendige rettssubjekter hvis virksomhet er knyttet til offentlige interesser, vil være gjenstand for ombudsmannens kontroll. Et eksempel er forvaltning av statlig og kommunal eiendom som utføres av organer utenfor det tradisjonelle forvaltningsapparatet. Hovedsynspunktet er at forvaltningen av statens og kommunenes eiendommer gjelder disponering av offentlige verdier, som igjen er et offentlig ansvar. En tvist om innholdet i en leieavtale med en privat part vil derfor i prinsippet kunne undersøkes av ombudsmannen.

[4] Dokument nr. 9 (1977–78) side 26 annen spalte.

[5] Jf. ombudsmannsloven § 3.

[6] Et eksempel er saken hentet fra årsmeldingen for 1998 side 321 (Somb-1998–105), som gjaldt Posten Norge BA. Ombudsmannen uttalte at selskapet som sådan ikke kunne karakteriseres som del av «den offentlige forvaltning». Men saker med et klart forvaltningsrettslig preg, eller som er knyttet til Postens fremtredende monopolstilling, vil det av rettssikkerhetsmessige grunner kunne være aktuelt å behandle.

[7] Unntak fra dette er blant annet reglene i forvaltningsloven kapittel IV–VI, som etter lovens § 3 første ledd bare får anvendelse «i *saker* som gjelder enkeltvedtak» (min utheving), jf. for så vidt § 1 første ledd i.f.

[8] Jf. Dokument nr. 9 (1977–78) side 27.

Sakens betydning for borgerens rettsstilling og de involverte offentlige interesser, kan innebære at ombudsmannen vil undersøke en sak selv om den organisatoriske tilknytningen til stat eller kommune er svak.

Gjennom praksis har lovgiver gitt ombudsmannen stor frihet til å definere sitt eget arbeidsområde.[9] Ombudsmannen har i en rekke saker tatt stilling til ulike virksomheters forhold til ombudsmannsloven.[10] Et eksempel fra de senere år er ombudsmannens kontroll av tilsettinger i de nye helseforetakene. Det følger av helseforetaksloven § 5 at forvaltningsloven bare i begrenset utstrekning får anvendelse i tilsettingssaker. Et helseforetak anførte at dette måtte føre til at også ombudsmannen var avskåret fra å behandle en slik klagesak. Ombudsmannen slo imidlertid fast at helseforetakene er forvaltningsorganer etter forvaltningsloven, og at begrensningen i helseforetaksloven § 5 ikke var til hinder for ombudsmannskontroll. I den anledning ble det påpekt at tilsettingssaker har stor rettssikkerhetsmessig betydning for den enkelte, og at adgangen til ombudsmannskontroll i slike saker vil kunne styrke tilliten til forvaltningen.

Borgernes tillit til offentlig forvaltning står sentralt i ombudsmannens virksomhet. Gjennomgående har ombudsmannen derfor lagt mindre vekt på organisering og tilknytning til stat eller kommune, men desto større vekt på sakenes karakter, betydningen for borgerens rettsstilling og de offentlige interesser involvert. Dette har ikke bare sammenheng med formålet bak ombudsmannsordningen, men må også sees som en naturlig konsekvens av at lovgiver sjelden tar stilling til om en konkret omorganisering får betydning for ombudsmannskontrollen.

Borgernes tillit til offentlig forvaltning står sentralt i ombudsmannens virksomhet.

2. Offentlig ansattes ytringsfrihet

Meningsytring i det offentlige rom er en grunnleggende forutsetning for et velfungerende demokrati. I Norge er ytringsfriheten konstitusjonelt vernet gjennom Grunnloven § 100, sist endret ved Stortingets grunnlovsvedtak 30. september 2004. Det fremgår av forarbeidene at ytringsfriheten for ansatte ble styrket ved grunnlovsendringen. I sin alminnelighet må Grunnloven § 100 antas å gi et sterkere vern om ansattes ytringsfrihet enn det som følger av Den eu-

[9] Se Dokument nr. 9 (1977–78) side 26 annen spalte.

[10] For eksempel Somb-1973–35, Somb-1989–72, Somb-1995–66 og Somb-2001–65.

Utgangspunktet er at ansatte har ytringsfrihet på lik linje med alle andre. Det er begrensningene i ytringsfriheten som må begrunnes – ikke den ansattes ytringsfrihet.

ropeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 10. Utgangspunktet er at ansatte har ytringsfrihet på lik linje med alle andre. Det er begrensningene i ytringsfriheten som må begrunnes – ikke den ansattes ytringsfrihet.

Jeg har i flere saker de senere årene understreket betydningen av å respektere offentlig ansattes ytringsfrihet. I årsmeldingene for 2002, 2003, 2004 og 2005 har jeg redegjort for mitt syn på det rettslige grunnlaget for offentlig ansattes ytringsfrihet. Ansattes ytringsfrihet generelt, og retten til å varsle om kritikkverdige forhold spesielt, har det siste året fått stor oppmerksomhet i den offentlige debatten. Mitt syn er oppsummert i min høringsuttalelse 23. mars 2006 (sak 2005/2310) til lovforslaget fra arbeidsgruppen om ansattes ytringsfrihet. Høringsuttalelsen er gjengitt i sin helhet i meldingens kapittel V, sak 11, side 77. Nye bestemmelser i arbeidsmiljøloven om såkalt varsling ble vedtatt av Stortinget 1. desember 2006 og trådte i kraft 1. januar 2007.

Min erfaring gjennom kontakt med borgerne og arbeidet med klagesakene er at offentlige arbeidsgivere i praksis søker å legge bånd på offentlig ansattes ytringsfrihet, i strid med grunnlovsvernet. Dette gjelder ikke bare politiske og faglige ytringer om oppgaveløsing i den offentlige forvaltning, men også ytringer om kritikkverdige forhold i forvaltningen (såkalt varsling). Det kan synes som Grunnlovens styrkede vern om ytringsfriheten ennå ikke har fått det tiltenkte gjennomslag i praksis, og at flere offentlige arbeidsgivere fortsatt praktiserer et foreldet syn på ansattes ytringsfrihet og rett til varsling. Dette reiser spørsmål om det bør iverksettes tiltak med sikte på informasjon og holdningsendring blant ledere i den offentlige forvaltning. Jeg er nylig blitt kjent med at flere kommuner har instrukser og interne reglementer, der de ansattes ytringsfrihet er nærmere omhandlet. I tiden fremover vil jeg være spesielt oppmerksom på innholdet i slike skriv utarbeidet av arbeidsgiver.

Hensynet til åpen informasjon og debatt i et demokrati tilsier at også arbeidsgivere må leve med uenighet og kritikk av forhold på arbeidsplassen. Selv om ledere opplever det ubehagelig når slike forhold blir offentlig kjent og debattert, vil det gjennomgående føre for langt å gi en ansatt skriftlig advarsel som følge av offentlige ytringer. I St.meld.nr. 26 om endring av Grunnloven § 100 er det klart gitt uttrykk for at «arbeidsgivere må tåle et visst nivå av offentlig kritikk fra egne ansatte» og at «arbeidsgivere må lære seg toleranse for uenighet og kritikk ... og lære seg å bruke motinnlegg og korrigerende ytringer som viktigste virkemiddel, fremfor arbeidsrettslige tiltak mot den ansatte». Jeg slutter meg til dette synet.

Min erfaring gjennom kontakt med borgerne og arbeidet med klagesakene er at offentlige arbeidsgivere i praksis søker å legge bånd på offentlig ansattes ytringsfrihet, i strid med grunnlovsvernet.

Jeg har i flere uttalelser de senere år lagt til grunn at en arbeidsgiver ikke har adgang til å reagere på en ansatts ytringer, med mindre det foreligger en åpenbar risiko for skade på arbeidsgiverens legitime og saklige interesser. Dette er etter mitt syn en grunnleggende forutsetning for eventuelle reaksjoner fra arbeidsgiver, og her er sak 12 i årets melding, side 79, illustrerende.

Det er i samfunnets interesse at kritikkverdige forhold i den offentlige forvaltning blir kjent, slik at de ansvarlige gis anledning til å rydde opp. Også ansatte som sitter med kunnskap om kritikkverdige forhold på egen arbeidsplass må derfor ikke bare ha rettslig adgang, men også gis faktisk mulighet, til å gå videre med opplysningene.

Debatten om ansattes ytringsfrihet er gjennomgående lenket til spørsmål om den ansattes lojalitetsplikt, der fokus er arbeidstakers plikter overfor sin arbeidsgiver. Offentlig ansatte må fremfor alt ha lojalitet til befolkningen og det samfunnet som den offentlige forvaltning skal tjene. Dette er et grunnleggende hensyn bak all offentlig forvaltning, som etter mitt syn fortjener større oppmerksomhet både i den offentlige debatt og ved avgjørelsen av de rettslige spørsmål som oppstår i saker om såkalt «varsling».

Offentlig ansatte må fremfor alt ha lojalitet til befolkningen og det samfunnet som den offentlige forvaltning skal tjene.

3. Barnevern

I 2006 mottok ombudsmannen 26 klager i saker som på ulike måter omhandler barnevernet. De fleste av disse enkeltsakene kan ikke tas opp til behandling her, fordi de ikke er avsluttet i forvaltningen, fordi saken skal behandles av domstolene eller fordi klagen gjelder faktiske forhold eller barnevernfaglige vurderinger som er lite egnet for behandling her. Ombudsmannen har derfor som siktemål å ta opp saker av eget initiativ når det gjelder barns rettssikkerhet, og å følge utviklingen i det aktuelle lov- og forskriftsverket. I det følgende vil jeg omtale noe av det arbeidet som er gjort på området siden 2004.[11]

[11] I meldingen for 2004 s. 23 ble det redegjort for ombudsmannens særlige ansvar for å følge med på ulike rettsområder hvor barn er involvert.

1. Barnevernlovens frister

Barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100 oppstiller flere frister for barneverntjenesten som må følges ved gjennomføringen av deres oppgaver. Bekymringsmeldinger skal behandles «snarest og senest innen en uke», jf. barnevernloven § 4–2, undersøkelser skal gjennomføres snarest og senest innen tre eller seks måneder, jf. § 6–9. Ombudsmannen har flere ganger tatt opp spørsmålet om måloppnåelse av barnevernlovens frister med Barne- og likestillingsdepartementet (tidligere Barne- og familiedepartementet).

Som følge av ombudsmannens henvendelser, ba departementet i 2005 om en særskilt innrapportering av fristoversittelser i kommunene etter barnevernloven § 7–3. Departementet har opplyst at rapporteringen fra første halvår 2005 viste at kommunene samlet per 30. juni 2005 hadde mottatt 257 krav fra den private part om endringer i tidligere vedtak, og av disse var 187 saker behandlet innen fristen på tre måneder, 26 saker behandlet innen fristen på seks måneder, mens fristen ikke var overholdt i 17 saker. (De resterende sakene var ikke ferdigbehandlet.) For annet halvår 2005 viste rapporteringen at kommunene samlet per 31. desember 2005 hadde mottatt 261 krav fra den private part om endringer i tidligere vedtak, og av disse var 193 saker behandlet innen fristen på tre måneder, 32 saker var behandlet innen fristen på seks måneder, mens fristen ikke var overholdt i åtte saker. (De resterende sakene var ikke ferdigbehandlet). Departementet uttalte at resultatet for annet halvår viste en betraktelig forbedring fra første halvår.

Ombudsmannen har som siktemål å ta opp saker av eget initiativ når det gjelder barns rettssikkerhet, og å følge utviklingen i det aktuelle lov- og forskriftsverket.

Departementet opplyste også at det i 2006 var planlagt å igangsette forskningsprosjekt om kvalitetskontroll av barnevernets henleggelser. Jeg mener dette er et viktig arbeid, da det er av stor betydning å få undersøkt nærmere sammenhengen mellom måloppnåelse og kvaliteten på henleggelsene.

2. Fylkesmannens tilsynsoppgave etter § 2–3 tredje ledd

Etter barnevernloven kapittel 5, jf. 2–3 tredje ledd bokstav c), skal fylkesmannen føre tilsyn med at private og kommunale barnevernsinstitusjoner drives i samsvar med lov og forskrifter. Dette tilsynsansvaret har vært undersøkt av Riksrevisjonen.[12] Barne- og familiedepartementet orienterte i januar 2005 om at departementet i samarbeid med fylkesmennene, som en oppfølging av Riksrevisjonens rapport, gjennomførte et landsomfattende tilsyn med den kommunale barneverntjenesten høsten 2004. Det ble også gjennomført flere erfaringskonferanser med landets kommuner, der temaene særlig var kommunenes oppfølgingsansvar og oppgaver på barnevernområdet, individuelle plankrav i barnevernloven og tilsynsførerordningen.

Departementet har også sendt på høring forslag om plikt til internkontroll på barnevernsområdet, og opplyste at det planla revisjon av håndbøkene om saksbehandlingsrutinene i barneverntjenesten i kommunene.

Fylkesmannens tilsynsansvar omfatter også barneverntjenesten generelt i den enkelte kommune, jf. barnevernloven § 2–3 tredje ledd bokstavene a) og b). Tilsynsansvaret er regelmessig tema på mine møter med fylkesmenn rundt om i landet. Inntrykket er at det er problematisk å få prioritert dette forvaltningstilsynet. Tilsynet er viktig blant annet for å få satt fokus på de generelle saksbehandlingsreglene som gjelder. Ombudsmannen har som en sentral oppgave å påse at saksbehandlingsregler blir fulgt, og jeg vil derfor fortsatt ha oppmerksomheten rettet mot departementets oppfølging på dette punktet.

3. Fylkesnemnda for sosiale saker

Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven m.v. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker m.v.) ble behandlet i Odelstinget 19. oktober 2006, jf. Innst. O. nr. 2 (2006–2007) og Besl. O. nr. 2 (2006–2007). Med dette ble det vedtatt nye saksbehandlingsregler for fylkesnemndene. Odelstinget fattet vedtak om at enkelte bestemmelser trådte i kraft 1. januar 2007, mens øvrige bestemmelser skal tre i kraft samtidig med ny tvistelov, etter planen 1. januar 2008. De bestemmelsene som trådte i kraft 1. januar 2007 omhandler fylkesnemndenes stedlige virkeområde og nemndas sammensetning i den enkelte sak. De vedtatte, men ikke ikrafttrådte bestemmelsene, viderefører arbeidet med å legge til rette for en enhetlig og hensiktsmessig saksbehandling i fylkesnemndene, i tråd med de grunnreglene for god saksbehandling som gjelder for domstolene.

Ombudsmannen kan behandle saker om fylkesnemndenes saksbehandling. I en sak referert i meldingen for 2005 på s. 187 (sak 2004/1621) uttalte jeg meg generelt om foreldreansvarets betydning for partsstatus i fylkesnemndssak om omsorgsovertakelse. Spørsmålet ble tatt opp med Barne- og familiedepartementet, som avslutningsvis oversendte ombudsmannens uttalelse til fylkesnemndene.

[12] Dokument nr. 3: 10 (2002–2003) Riksrevisjonens undersøkelse av oppfølging og tilsyn i barnevernet.

Tilsynsansvaret er regelmessig tema på mine møter med fylkesmenn rundt om i landet.

4. Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, uten vedtak

På bakgrunn av en konkret klagesak ble det funnet grunn til å ta opp med Barne- og likestillingsdepartementet enkelte spørsmål knyttet til tilbakeføring av barn til foreldre etter omsorgsovertakelse, uten at det er fattet vedtak i fylkesnemnda. Det ble bedt opplyst om departementet er kjent med at slik tilbakeføring praktiseres, og hvilket omfang dette eventuelt har. Videre ble det bedt om departementets syn på en slik praksis sett i forhold til barnevernloven § 4–21. Det ble dessuten bedt om departementets syn på om det er behov for å se nærmere på regelverket, og eventuelt om det er grunn til tiltak i forhold til praksis (sak 2006/613).

Departementet svarte at det er kjent med at barneverntjenesten i enkelte tilfeller har foretatt eller har medvirket til slik tilbakeføring, og først har lagt saken frem for fylkesnemnda en tid etter at tilbakeføring faktisk har skjedd. Videre opplyste departementet at etter dets kjennskap, har noen fylkesnemnder lagt til grunn at vedtaket er bortfalt og avvist saken uten realitetsbehandling, mens andre nemnder har behandlet saken. Departementet opplyste også at det ikke har noen konkret oversikt over omfanget, men har ikke registrert at praksisen er utbredt.

Departementet fastslo at barneverntjenesten ikke har hjemmel til å foreta tilbakeføring uten at det foreligger formell opphevelse av omsorgsvedtaket fra fylkesnemnda, og at en slik praksis klart strider mot ordlyden i barnevernloven § 4–21. I et brev til alle kommunene, med kopi til fylkesmennene, presiserte departementet at kompetansen til å oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse ligger hos fylkesnemnda.

Jeg har også fulgt den politiske diskusjonen om ansvarsforholdene mellom Utlendingsdirektoratet og barnevernet når det gjelder enslige mindreårige asylsøkere.

5. Enslige mindreårige asylsøkere

I 2005 besøkte jeg Vårli asylmottak, et mottak for de yngste enslige mindreårige asylsøkerne, og møtte ledelsen ved mottaket, samt representanter fra Utlendingsdirektoratet.[13] I en høringsuttalelse samme år til utkast til lov om representasjon for enslige mindreårige asylsøkere i NOU 2004: 16 (Vergemål), påpekte jeg blant annet at det burde overveies å lovfeste prinsippet om barnets rett til å bli hørt og til å gi uttrykk for sine synspunkter, jf. barnekonvensjonen artikkel 12.[14]

Jeg har også fulgt den politiske diskusjonen om ansvarsforholdene mellom Utlendingsdirektoratet og barnevernet når det gjelder enslige mindreårige asylsøkere. Det er planlagt overføring av ansvaret til barnevernet i løpet av 2007. Utfordringene knyttet til denne gruppen barn er også av rettslig karakter, og jeg vil i tiden fremover fortsatt følge utviklingen på dette området.

Departementet fastslo at barneverntjenesten ikke har hjemmel til å foreta tilbakeføring uten at det foreligger formell opphevelse av omsorgsvedtaket fra fylkesnemnda

4. Eiendomsskatt

1. Ombudsmannens kontroll begrenset

Alle landets kommuner har i medhold av lov om eigedomsskatt til kommunane 6. juni 1975 nr. 29 (eiendomsskatteloven) hatt adgang til å utskrive eiendomsskatt fra loven trådte i kraft 1. januar 1976. Adgangen til å skrive ut eiendomsskatt etter eiendomsskatteloven § 3 var lenge begrenset til «klårt avgrensa område som heilt eller delvis er utbygde på byvis, eller der slik utbygging er i gang». Ombudsmannen har i flere år mottatt enkelte klager på beslutninger om utskriving av eiendomsskatt som gikk ut på at aktuelle områder ikke var utbygd «på byvis» og at eiendomsskatten derfor var ulovhjemlet. Myndigheten til å utskrive eiendomsskatt tilligger imidlertid etter eiendomsskatteloven § 2 og 3 kommunestyret og kan ikke delegeres. Beslutningen om å skrive ut eiendomsskatt og hvilke områder som var omfattet kunne av den grunn ikke tas opp til nærmere behandling her. Begrunnelsen for det er reelt sett at kommunestyrets beslutning er av utpreget politisk karakter og derfor ikke egnet til etterfølgende rettslig kontroll av ombudsmannen. Dette følger av ombudsmannsloven § 4 første ledd bokstav f), som unntar beslutninger som etter bestemmelse i lov «bare kan treffes av kommunestyret eller fylkestinget selv» fra ombudsmannens arbeidsområde. Ombudsmannen kan likevel av eget tiltak ta opp slike saker «når han finner at hensynet til rettsikkerheten eller andre særlige grunner tilsier det.». Regelverket må sies å ivareta de kryssende hensyn på en balansert måte, og denne typen saker har derfor normalt blitt avvist fra nærmere behandling her. I en god del saker har grunneiere gått til søksmål ved domstolene for å få underkjent kommunestyrets beslutning om utskriving av eiendomsskatt med den begrunnelse at det aktuelle området ikke var utbygd på byvis. Selv

[13] Møtet er også omtalt i meldingen for 2005 s. 28.
[14] Høringsuttalelsen er nærmere omtalt i meldingen for 2005 s. 28.

...kommunestyrets beslutning er av utpreget politisk karakter og derfor ikke egnet til etterfølgende rettslig kontroll av ombudsmannen.

om eiendomsskatt er en skatt og ikke et vederlag for en vare eller tjeneste, bygget lovens krav om «utbygd på byvis» på at grunneier ville nyte godt av opparbeidet kommunal infrastruktur i området, og hadde derfor i noen grad karakter av betaling for ytelser. Ved en lovendring i eiendomsskatteloven 16. juni 2006 nr. 25 § 3 er adgangen til å utskrive eiendomsskatt utvidet til å kunne omfatte «faste eigedomar i heile kommunen». Denne endringen synes å ville innebære at kommuner som velger dette alternativet vil kunne gjennomføre utskrivingen av eiendomsskatt uten tvister om områdets karakter av å være utbygd på byvis.

Fra en rekke oppslag i lokal presse i 2006 fremgår det at innføring av eiendomskatt i mange kommuner har vært gjenstand for politisk strid og i flere enkeltsaker skapt stort engasjement fra den enkelte eier av taksert eiendom. En innvending har vært at eiendomsskatten – som innenfor lovfastsatte rammer stipuleres til en viss promille av eiendommens omsetningsverdi – ikke tar hensyn til den enkelte eiers inntekts- og formuesforhold. Typisk har vært en enke eller enkemann som besitter et stort hus med inntekter begrenset til minstepensjon. Andre saker gjelder takstfastsettelsen. Her er det mitt inntrykk at særlig to forhold skaper tvist. Det ene er om takstfastsettelsen tar tilstrekkelig hensyn til individuelle forhold ved den enkelte eiendom. Et eksempel kan være at beliggenhet og ytre byggverk fremstår gunstig og i god forfatning, mens eiendommen innvending har alvorlige mangler uten at den nemnd som fastsatte taksten har vært klar over og tatt hensyn til det. Det andre er angivelig forskjellsbehandling. Andre nokså like eiendommer i samme område får lavere takst tilsynelatende uten saklig grunn eller andre eiendommer i angivelig bedre strøk verdsettes lavere.

2. Saksbehandling

I 2006 har ombudsmannen mottatt flere klager enn i tidligere år på takseringer i eiendomsskattesaker. Noen av sakene er avsluttet her og noen saker er fortsatt under behandling. Ombudsmannens oppgave er først og fremst å sikre at saksbehandlingsreglene blir fulgt i enkeltsakene. Noen overordnet verdsettelses- eller takseringsinstans kan ombudsmannen ikke være. Etter eiendomsskatteloven § 31 gjelder ikke forvaltningsloven for eiendomsskattesaker. Til gjengjeld har eiendomsskatteloven særlige saksbehandlingsregler, bl.a. om administrativ og rettslig prøving i kapittel 6. Mange av saksbehandlingsreglene i eiendomsskatteloven er ennå ikke satt i kraft. Regelverket er derfor uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig. Selv om forvaltningsloven ikke gjelder for eiendomsskattesaker, vil eiendomsskattekontoret i kommunen likevel måtte opptre i samsvar med god forvaltningsskikk og tilfredsstille kravene til forsvarlig saksbehandling. Generelt sett er eiendomsskattesaker en form for masseforvaltning. Hovedinntrykket fra eiendomsskatteloven – både de reglene som er satt i kraft og de reglene Stortinget har vedtatt, men som ennå ikke er satt i kraft – reflekterer sakenes karakter av masseforvaltning ved å stille noe mindre omfattende krav til saksbehandlingen i enkeltsaker enn det for tilsvarende spørsmål følger

Ved en lovendring i eiendomsskatteloven 16. juni 2006 nr. 25 § 3 er adgangen til å utskrive eiendomsskatt utvidet

Selv om forvaltningsloven ikke gjelder for eiendomsskattesaker, vil eiendomsskattekontoret i kommunen likevel måtte opptre i samsvar med god forvaltningsskikk og tilfredsstille kravene til forsvarlig saksbehandling.

av forvaltningsloven. Hva som konkret ligger i dette må i utgangspunktet vurderes fra sak til sak, men visse generelle prinsipper vil nok kunne gjøre seg gjeldende. Jeg viser som eksempel til sak nr. 55 inntatt i denne årsmeldingen kapittel V, side 219, der jeg har uttalt at det må stilles krav om en kort begrunnelse når klagen ikke tas til følge, og det er anført konkrete innsigelser mot opprinnelig saksbehandling eller takst (verdsettelse). Mye kan tale for i noen saker å godta til dels generelle og standardiserte begrunnelser så lenge det er på det rene at klagen og klagerens innsigelser har vært konkret og individuelt vurdert.

3. Særlig om seksjonerte eiendommer som takseringsobjekter

Behandlingen her av en klage (sak 2005/1227) over overskattetakstutvalgets takstavgjørelse for en leilighet i en seksjonert eiendom i Trondheim avdekket uklarheter og mangler ved Trondheim kommunes praksis ved fastsettelse av eiendomsskattetakst for seksjonerte eiendommer. Det synes nærliggende at disse praktiske rettslige spørsmålene særlig knyttet til seksjonerte eiendommer også er aktuelle for andre kommuner som skriver ut eiendomsskatt.

Bestemmelsene om fastsettelsen av eiendomsskattegrunnlaget i eiendomsskatteloven § 8 er ikke trådt i kraft, jf. lovens § 33 annet ledd. Derfor gjelder fortsatt takseringsbestemmelsene i byskatteloven fra 18. august 1911 §§ 4 og 5 slik de lød 31. desember 1975.

Byskatteloven § 4 første ledd første punktum lyder «[e]nhver eiendoms skatteverdi fastsettes ved taksering». I § 4 første ledd tredje punktum heter det at verdsettelsene «skjer på kommunens bekostning

ved dertil av bystyret særskilt oppnevnte takstmenn».

Den skatteverdi takseringen skal finne frem til er angitt i byskatteloven § 5 første ledd som lyder:

> «Ved takseringen ansættes eiendommens takstverdi til det beløp, som eiendommen etter sin beskaffenhet, anvendelighet og beliggenhet antages at kunne avhændes for under sedvanlige omsætningsforhold ved frit salg.»

Ved Trondheim kommunes alminnelige omtaksering per 1. januar 2004 skulle seksjonerte eiendommer anses som ett skatteobjekt og takseres som helhet. For enkelte seksjonerte eiendommer valgte skattetakstutvalget likevel å taksere de enkelte seksjonene hver for seg på selvstendig grunnlag. Ut fra lovens ordlyd var det ikke grunn til å kritisere kommunens oppfatning om at begge takseringsprinsippene kunne hjemles i byskatteloven § 4. Likhetsprinsippet fordret likevel at kommunen var konsekvent i anvendelsen av takseringsprinsipp ved takseringen av seksjonerte eiendommer.

Velger kommunen å anse hver enkelt seksjon som en selvstendig «eiendom» etter byskatteloven § 4, er utgangspunktet etter byskatteloven § 5 at det er den enkelte eierseksjons «beskaffenhet, anvendelighet og beliggenhet» som skal hensyntas ved takseringen, ikke hvordan disse forholdene arter seg for bygget som helhet. Skatteverdien for den seksjonerte eiendommen som helhet vil da kunne være et godt hjelpemiddel ved fastsettelsen av takstverdien for den enkelte eierseksjon. Forskjellene mellom de ulike eierseksjonene i en seksjonert eiendom kan likevel være vesentlige når det gjelder standard, lys- og/eller støyforhold, utsikt osv. Når det er tilfelle bør kommunen ta i betraktning at en takst utelukkende basert på en forholdsmessig fordeling etter eierbrøk av eiendommens skatteverdi som helhet kan være i strid både med likhetsprinsippet og med de uttrykte vurderingsnormene i byskatteloven § 5, som kan medføre krav om befaring av det enkelte takseringsobjekt (skatteobjekt).

Klagesaken fra Trondheim gir meg også grunn til å påpeke og minne om at selv hvis den enkelte seksjons takstverdi etter byskatteloven § 5 skulle kunne følge «automatisk av fordeling i hht eierbrøk» vil takstfastsettelsen like fullt være enkeltvedtak eller individuelle vedtak i forvaltningsrettslig betydning. Taksten kan derfor bare fastsettes av de organer som har myndighet til det etter byskatteloven § 4 første ledd. Byskatteloven gir ikke kommunen mulighet til å delegere noe av sin takseringsmyndighet til styrene i de respektive eierseksjonssameier.

Trondheim kommunes redegjørelse til ombudmannen i anledning denne klagesaken avdekket at kommunen fant takseringen av seksjonerte boligeiendommer vanskelig.

Klagesaken fra Trondheim illustrerte derfor hvor viktig det er at kommunen sørger for å få utarbeidet og vedtatt gode, anvendelige og detaljerte skriftlige retningslinjer for denne type taksering i forkant av takseringsarbeidet, og i alle fall før klagene på de fastsatte eiendomsskattetakstene skal behandles. Kommunen må særlig påse at det i takseringsretningslinjene for seksjonerte eiendommer skilles klart mellom angivelsen av skatteobjekter og verdsettelsesprinsipper.

I saken fra Trondheim var skattetakstutvalgets verdsettelsesprinsipp for taksering av klagernes eierseksjon – selvstendig verdsettelse av hver enkelt eierseksjon uavhengig av eiendommens verdi som helhet – i strid med de fastsatte retningslinjene. Denne feilen kunne ikke på noen måte lastes skattyter. Det var også nærliggende at utfallet av en eventuell feilretting kunne gå i skattyters disfavør, og føre til et økt skattegrunnlag.

I slike tilfeller tilsier normene for god forvaltningsskikk og forsvarlig saksbehandling at eiendomsskattekontoret, i stedet for å fremme klagen direkte for overskattetakstutvalget, bør gjøre skattetakstutvalget oppmerksom på at utvalgets valg av verdsettelsesprinsipp for den aktuelle eiendommen var i strid med retningslinjene og derfor anmode utvalget om å behandle saken på nytt. En slik fremgangsmåte vil gi skattyter mulighet til eventuelt å påklage skattetakstutvalgets nye vedtak til overskattetakstutvalget.

Saken fra Trondheim gir meg også grunn til å presisere at eiendomsskattekontorets og overskattetakstutvalgets myndighet som henholdsvis forberedende og avgjørende organ ved klagebehandlingen er begrenset i lov til kun å omfatte de saker som er fremmet for overskattetakstutvalget som klagesak enten av formannskapet eller av vedkommende skattyter, jf. byskatteloven § 4 første ledd sjette punktum. Overskattetakstutvalget har selvfølgelig ikke myndighet til av eget tiltak å overprøve takseringsfastsettelser som ikke er blitt påklaget.

«På bakgrunn av denne klagesaken ba jeg Finansdepartementet vurdere om det kunne være behov for sentrale retningslinjer for fastsettelse av eiendomskattetakst for seksjonerte eiendommer

I ombudsmannsloven § 11 er det bestemt at «[b]lir Ombudsmannen oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis, kan han gi vedkommende departement underretning om det». På bakgrunn av denne klagesaken ba jeg Finansdepartementet vurdere om det kunne være behov for sentrale retningslinjer for fastsettelse av eiendomskattetakst for seksjonerte eiendommer, herunder også for behandlingen av klager på eiendomsskattetaksten for seksjonerte eiendommer.

I Finansdepartementets svarbrev het det blant annet:

«Under punkt 14.4.3 i [Ot.prp. nr.77 (2005–2006)] heter det at «Departementet tek sikte på å kome tilbake med ein gjennomgang og vurdering av reglane om saksbehandling og klage ved utskriving av eigedomsskatt. (...)» Eventuelle forslag til endringer forutsettes sendt på høring på vanlig måte.

I påvente av utfallet av de vurderingene som skal foretas vil departementet som tidligere søke å avklare rettstilstanden gjennom fortolkningsuttalelser mv. Som eksempel på dette vises det til departementets brev av 24. oktober 2005 hvor det angående seksjonert eiendom er uttalt at:

«For eiendommer i sameie med særskilt eiendomsrett til bolig eller annen bruksenhet vil disse være selvstendige eiendomskatteobjekter med eierne som skattedebitor. Hvor eiendommen ligger i sameie med tilknyttet enerett til bruk av bolig eller bruksenhet antar departementet at eigedomsskattelova åpner for enten å skrive ut eiendomsskatt på hele eiendommen under ett, eller den enkelte seksjon. Kommunen vil da kunne velge mellom disse alternative fremgangsmåtene.»

Dette synes sammenfallende med hva Sivilombudsmannen legger til grunn i sin uttalelse av 12. april 2006. Departementet tilføyer at av hensyn til likhetsprinsippet må den fremgangsmåten kommunen velger følges for alle eiendommer innenfor samme kategori.

Endelig viser departementet til kommunenes adgang til å fastsette vedtekter for takseringen. Kommunene har gjennom slike vedtekter en mulighet til å regulere den typen spørsmål Sivilombudsmannen har tatt opp.»

Dette svaret fra departementet har jeg tatt til etterretning.

5. Merverdiavgift for advokattjenester knyttet til rettspleien – forholdet til Grunnloven § 98

Etter merverdiavgiftsloven 19. juni 1969 nr. 66 § 13 skal det betales «avgift av omsetning av varer og tjenester som er omfattet av loven i henhold til bestemmelsene i kapittel 1.» Omsetning av advokattjenester er merverdiavgiftspliktig etter bestemmelsen, som ble endret ved lov 21. desember 2000 nr. 113 med virkning fra 1. juli 2001. Det var ikke merverdiavgiftsplikt ved omsetning av advokattjenester i Norge tidligere. Under henvisning til ombudsmannsloven § 5, hvoretter ombudsmannen har adgang til å ta opp saker av eget tiltak, ba jeg Finansdepartementet redegjøre for den praksis som følges av avgiftsmyndighetene ved beregningen av merverdiavgiften på omsetning av advokattjenester i tilknytning til rettspleien (sakførsel for domstolene). Jeg ba også om departementets syn på om denne praksisen harmonerer med prinsippene i Grunnloven § 98 som sier at «Med Sportler, som erlægges til Rettens Betjente, bør ingen Afgifter til Statskassen være forbundne.» Etter å ha undersøkt saken, kom

Etter å ha undersøkt saken, kom jeg til at regelen om merverdiavgift på advokattjenester harmonerte dårlig med prinsippet i Grunnloven § 98

jeg til at regelen om merverdiavgift på advokattjenester harmonerte dårlig med prinsippet i Grunnloven § 98, selv om jeg ikke hadde grunnlag for å si at lovendringen som førte til merverdiavgift ved omsetning av advokattjenester i tilknytning til rettspleien, var grunnlovsstridig. Grunnloven må også anses som en «rettesnor» som lovgiver og forvaltningen bør søke å rette seg etter. Jeg avventer nå en tilbakemelding fra departementet i saken. Min uttalelse i saken er i sin helhet referert i kapittel V på side 238.

6. Dispensasjoner i strandsonen

Hvert år mottar ombudsmannen en rekke klager fra grunneiere over avslag på søknader om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen i plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 § 17–2. I tillegg kommer det klager fra berørte naboer og interesseorganisasjoner over gitte dispensasjoner. Jeg har i møter med fylkesmennene, samtaler med forvaltningen for øvrig og oppslag i media fått inntrykk av en omfattende dispensasjonspraksis. Statistisk sentralbyrås statistikk og tallmateriale vedrørende dispensasjoner for 2004, publisert i august 2005, bekreftet dette inntrykket. Ifølge statistikken var andelen innvilgede søknader 74 % både i 2003 og 2004. Da forvaltningspraksis er av interesse ved vurderingen av enkeltsakene, kom jeg til at det var nødvendig å undersøke praksis noe nærmere. Formålet med undersøkelsen var i første omgang å få mer informasjon om dispensasjonspraksis for å kunne vurdere forvaltningspraksis på dette området, jf. ombudsmannsloven § 11, og for å ha et bedre grunnlag ved behandlingen av enkeltsaker. Med bakgrunn i første rekke fra erfaringer fra behandlingen av enkeltsaker her og dessuten statistikken, fant jeg grunn til å stille noen spørsmål til Miljøverndepartementet for om mulig å få vite noe mer om hva som ligger bak de høye tallene og om hvilken kunnskap departementet sitter med på dette området.

Miljøverndepartementet uttalte i brev 21. desember 2005 blant annet:

«1. Sivilombudsmannen ber departementet kommentere i hvilken grad tallene fra SSB gir et korrekt og dekkende bilde av dispensasjonspraksisen i 2004.

Rapporteringen via KOSTRA og SSB viser at i 2004 var det registrert 1084 søknader om dispensasjon for nye bygninger i 100-metersbeltet langs sjøen, og at 74 prosent av dispensasjonene ble innvilget. Det betyr at det på landsbasis ble gitt 802 dispensasjoner for oppføring av nye bygninger i fjor. Tilsvarende tall for 2003 var

... det gis for mange dispensasjoner i 100-metersbeltet langs sjøen

1175 søknader, hvorav 74 prosent, dvs. 870 søknader ble innvilget.

Under opplysninger om statistikken peker SSB selv på at det for KOSTRA vil være feil knyttet til manglende rapportering og feilrapportering.

Etter Miljøverndepartementets oppfatning må tallene brukes med forsiktighet, på grunn av mulige feil som SSB påpeker. Tallene gir likevel en indikasjon på utviklingen i strandsonen, uten at det gis et fullstendig bilde. Dessuten gir tallene en mulighet til å sammenligne utviklingen fra år til år. Etter departementets oppfatning viser også siste rapportering at det gis for mange dispensasjoner i 100-metersbeltet langs sjøen, slik at det er viktig å følge utviklingen framover.

2. Sivilombudsmannen ber om kommentarer til økningen i andelen av innvilgede søknader som ifølge statistikken har funnet sted de seneste årene. Det bes særlig om departementets syn på mulige årsaker til en slik økning, herunder betydningen av at rapporteringen fra og med 2003 bare omfattet nybygg.

Som Sivilombudsmannen refererer til, viser statistikken at prosentandelen innvilgede søknader var 67 prosent i 2001, 69 prosent i 2002, 74 prosent i 2003 og 74 prosent i 2004. SSB kommenterer selv den økte andelen ved å peke på at en forklaring kan være at dispensasjon knyttet til nybygg er mer omfattende enn justering på eksisterende bygg, og at utbygger derfor i større grad forhører seg med kommunen før søknad fremmes.

Miljøverndepartementet har ikke opplysninger som gir oss mulighet til å vurdere hva som kan være årsaken til at innvilgelsesprosenten har gått opp fra 67 til 74 prosent. Hvorvidt det har hatt betydning at det fra 2003 bare er dispensasjoner for nye bygninger som rapporteres, har vi ikke grunnlag for å ha noen oppfatning om.

Dersom man skal spekulere på årsaken til større innvilgelsesprosent, vil vi i tillegg til det SSB peker på, også anta at en del søknader ikke har blitt sendt inn på grunn at departementets signaler om strengere dispensasjonspraksis har blitt oppfattet av potensielle søkere.

---

6. Sivilombudsmannen ber om departementets syn på mulige årsaker til de betydelige forskjeller mellom fylkene i andel innvilgede søknader.

Miljøverndepartementet registrerer at innvilgelsesprosenten i 2004 varierte fra 60 prosent i Østfold, til 92 prosent i Nord-Trøndelag. Departementet har ikke opplysninger om hva som er årsaken til såpass stor forskjell. Det kan skyldes flere forhold, og som Sivilombudsmannen antyder kan det vel også skyldes en ulik forståelse av dispensasjonshjemmelen. Vi kan også tenke oss at for eksempel søknadenes innhold og ulike geografiske og lokale forhold kan gjøre det berettiget med en noe ulik praksis. I tillegg kan det politiske flertall i kommunen spille inn. Dessuten kan det ha fått betydning hvordan kontakten mellom kommune og søker har vært, og kanskje også informasjonen fra fylkesmannen til kommunen. I tillegg vil vi tro at det kan ha hatt betydning om en kommune har et godt og oppdatert plangrunnlag.

Departementet vil peke på at det kystsonenettverket som siden 2000 har fungert mellom fylkesmennene fra Østfold til Rogaland har bidratt til en felles forståelse av regler og praksis. Nettverket har nylig blitt landsdekkende ved at det er etablert 4 regionale kystsonenettverk, og dette kan bidra til ytterligere utvikling av kompetanse og felles forståelse mellom fylkene.

7. Sivilombudsmannen ber om departementets syn på hvorvidt dagens dispensasjonspraksis er i overensstemmelse med plan- og bygningsloven, herunder hensynene bak lovens § 17–2 og de nasjonale målsettingene som har vært uttrykt vedrørende strandsonen.

Som nevnt mener Miljøverndepartementets at antall dispensasjoner er for høyt, og at utviklingen må følges nøye framover. Det er et viktig nasjonalt mål å hindre bygging i 100-metersbeltet langs sjøen, blant annet for å sikre allmenn ferdsel og friluftsliv, natur og landskap. Behovet for en streng forvaltning av strandsonen har kommet til uttrykk gjennom egne brev fra Miljøverndepartementet i 1999 og 2002. Behovet for en offensiv og framtidsrettet forvaltning av strandsonen og en streng praksis ved behandlingen av dispensasjoner og plansaker i 100-metersbeltet langs sjøen er videre omtalt i St.meld. nr. 21 (2004–2005) Regjeringens miljøvernpolitikk og rikets miljøtilstand.

Strandsonepolitikken er også omtalt i Soria Moria-erklæringen. Det uttales at regjeringen vil stanse nedbyggingen av strandsonen. Det legges opp til en sterkere geografisk differensiering i retningslinjene, der vernet gjøres strengere i områder med sterk konkurranse om strandsonen.

Miljøverndepartementet vil vurdere behovet for strengere regler for strandsonen i forbindelse med det arbeid som nå pågår med å følge opp Planlovutvalgets forslag til ny plandel av plan- og bygningsloven. Planlovutvalget foreslo i NOU 2003:14 innstramming av reglene om byggeforbud i 100-metersbeltet langs sjøen i § 17–2 og bestemmelsen om dispensasjon i § 7. Utvalget foreslo i den forbindelse innføring av en hjemmel til å flytte myndigheten til å gi dispensasjon fra kommunen til statlig eller fylkeskommunal myndighet.»

Det fremgår av departementets brev at reglene for strandsonen skal vurderes i forbindelse med det arbeidet som pågår med oppfølgingen av Planlovutvalgets forslag til ny plandel av plan- og bygningsloven. Etter det ombudsmannen fikk opplyst fra departementet, ville lovforslaget bli fremmet i løpet av våren 2007. Jeg underrettet departementet om at jeg ville avvente det varslede lovforslaget og utviklingen fremover, før saken eventuelt ble fulgt opp ytterligere herfra, og at jeg tok departementets svar til foreløpig etterretning.

Miljøverndepartementet vil vurdere behovet for strengere regler for strandsonen

7. Fritak for boplikt – særlig om forholdet mellom bosettingshensynet og brukets avkastningsevne

1. Innledning

Ombudsmannen mottar fra tid til annen klager på at det offentlige pålegger boplikt – eller – som regel – avslår å gi fritak for boplikt som hviler på eiendommen. I flere tilfeller har jeg funnet grunn til å be forvaltningen om å se på saken på nytt.

I lovverket forekommer boplikt så vel i odelsloven 28. juni 1974 nr. 58 som i konsesjonsloven 28. november 2003 nr. 98. Reglene om boplikt etter disse lovene er nært beslektet. De formelle utgangspunktene er imidlertid noe forskjellige.

Den som tar over eiendom han har odelsrett til, plikter å bosette seg på eiendommen innen ett år og bo på eiendommen i fem år, jf. odelsloven § 27. Dersom overtagelsen skjer gjennom odelsløsning, forlenges boplikten til ti år. Boplikt følger direkte av loven, og inntrer således uten noe forvaltningsvedtak. Om en bestemt eiendom skal regnes som en odelseiendom, er en privatrettslig vurdering som forvaltningen verken kan eller skal ta endelig stilling til.

Dersom en person overtar en eiendom han ikke har noen odelsrett til, kan boplikt være aktuelt med hjemmel i konsesjonsloven. Regelverket om boplikt er noe annerledes etter denne loven enn etter odelsloven. Konsesjonsloven bestemmer at erverv av fast eiendom som utgangspunkt er konsesjonspliktig, men i motsetning til situasjonen etter odelsloven, utløser ikke et erverv noe automatisk krav om boplikt. Dersom konsesjon er nødvendig for å erverve den aktuelle eiendommen, kan konsesjonsmyndighetene stille boplikt som *vilkår* for å gi konsesjon, jf. konsesjonsloven § 11. Om et slikt vilkår kan stilles i den enkelte sak, må det tas stilling til konkret. Et slikt vedtak må behandles og begrunnes i samsvar med de alminnelige reglene i forvaltningsloven. Jeg behandler ikke disse tilfellene i det følgende.

For visse praktisk viktige erverv har konsesjonsloven regler om boplikt, men da som betingelse for at ervervet er konsesjonsfritt. Jeg behandler dette nedenfor under pkt. 4.

Bopliktsakene reiser en rekke sammensatte og vanskelige spørsmål som det til dels har vært stor politisk strid om. Jeg tar i det følgende ikke sikte på å gi en uttømmende redegjørelse for hvordan ombudsmannen har sett på denne sakstypen.

2. Fritak for boplikt etter odelsloven

Selv om boplikt inntrer som en direkte følge av odelsloven, er den ikke unntaksfri. Etter søknad kan departementet gi varig eller midlertidig fritak for boplikten. Myndigheten er delegert til kommunene.

Loven gir en forholdsvis presis angivelse av hvilke hensyn det er relevant og nødvendig å legge vekt på ved vurderingen av om fritak skal gis. Loven

Den som tar over eiendom han har odelsrett til, plikter å bosette seg på eiendommen innen ett år og bo på eiendommen i fem år

angir disse hensynene i en rangordning, idet det skilles mellom hensyn det skal legges «*særlig*» vekt på og hensyn det «*skal*» legges vekt på. Til den første gruppen hører ønsket om å styrke eller opprettholde bosettingen i det området eiendommen ligger («bosettingshensynet»), søkerens tilknytning til eiendommen («tilknytningshensynet») og søkerens livssituasjon («livssituasjonshensynet»). Til den andre gruppen hører bruksstørrelse, avkastningsevne og husforhold på eiendommen, men loven angir uttrykkelig at disse hensynene ikke er uttømmende.

Lovens angivelse av trinnhøyden for de ulike hensynene er blitt endret flere ganger siden loven trådte i kraft, og må således antas å gi et uttrykk for lovgiverens standpunkt. Det er særlig grunn til å merke seg lovens vektlegging av bosettingshensynet. Loven, slik den lød ved ikrafttredelsen, nevnte ikke bosettingshensynet som et hensyn som måtte vurderes. På den annen side krevde loven at søkerens tilknytning til eiendommen var noe det skulle legges særlig vekt på.

Ved en lovendring i forbindelse med ikrafttredelse av ny jordlov i 1995 ble bosettingshensynet tatt inn som noe det «kunne» legges vekt på, og ved lovendringen i forbindelse med endring av arealgrensene i 2001 fikk bosettingshensynet den plass det har i dag.

Selv om landbruksmyndighetene i en sak mener at bosettingshensynet tilsier at fritak ikke bør gis, må det *likevel* vurderes om andre hensyn taler i motsatt retning, derunder hensyn av den typen det bare «skal legges vekt på». Det kan således ikke utelukkes at faktum i en sak kan fremstille seg slik at hensynet til bruksstørrelse og husforhold på eiendommen kan vurderes som mer tungtveiende enn bosettingshensynet.

Innenfor hver klasse må hvert av de nevnte hensynene anses likeverdige. Det er således vanskelig å se at bosettingshensynet som utgangspunkt skal anses mer tungtveiende enn søkerens livssituasjon. Disse hensynene hører begge til dem det skal legges særlig vekt på.

I alle tilfelle må landbruksmyndighetene foreta en grundig vurdering av hvert av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. I tråd med kravene i forvaltningsloven § 25 må de vurderingene landbruksmyndighetene har gjort, også komme til uttrykk i begrunnelsen for vedtaket.

I alle tilfelle må landbruksmyndighetene foreta en grundig vurdering av hvert av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i den enkelte sak.

3. Særlig om hensynet til eiendommens avkastningsevne

En vanlig anførsel i klagene til ombudsmannen er at eiendommen har for liten avkastningsevne til at det kan forsvares å kreve at eieren skal bo på eiendommen. Det vil typisk være tilfellet når eieren er etablert med arbeid langt unna den kommunen hvor eiendommen ligger.

Som nevnt over, har det alltid vært relevant å legge vekt på hensynet til eiendommens avkastningsevne. I saken inntatt i årsmeldingen for 1980 s. 66 uttalte ombudsmann Erling Sandene at det ikke kunne være tvilsomt at omstendigheter som at «eiendommen er liten, at den ikke kan gi tilstrekkelig levevei for en familie eller at den er ubebygd, må være forhold som taler for at dispensasjon gis». Saken inntatt i årsmeldingen for 1993 s. 238 gjaldt en eiendom der landbruksmyndighetene hadde lagt til grunn en bruttoavkastningsevne på kr 10–15.000,- pr år. Særlig under henvisning til bosettingshensynet hadde imidlertid departementet avslått fritakssøknaden. Jeg pekte på at eiendommens marginale avkastningsevne vanskelig kunne forsvare de investeringer i eiendommen som ville være nødvendige, og ga uttrykk for at jeg fant departementets vedtak «klart urimelig».

Den sterke betoningen av bosettingshensynet som er resultatet av lovendringene i 1995 og 2001 har i mange tilfeller ført til at dette hensynet er gitt avgjørende vekt selv der hensynet til avkastningsevnen isolert taler for å gi fritak. På bakgrunn av lovgivers valg om at hensynet til bosettingen skal vektlegges tyngre enn eksempelvis hensynet til avkastningsevnen, vil det ofte ikke være noe rettslig å innvende mot at bosettingshensynet tillegges avgjørende vekt ved fritaksvurderingen.

Saken kompliseres imidlertid av at selv om en eiendom har status som odelsjord, kan denne statusen tapes etter «skifte i tilhøva», jf. odelsloven § 23. Dette kan skyldes at eiendommen ikke lenger fyller arealkravene, jf. odelsloven § 2, eller – mer praktisk – at den ikke lenger «kan nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1. Dersom eiendommen ikke kan anses som en odelseiendom, faller grunnlaget for å pålegge boplikt etter odelsloven bort.

Rettspraksis etter Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1998 s. 450 Vesterøya, har gitt en stadig økende avklaring av når en eiendom ikke lenger kan «nyttast til landbruksdrift». Selv om ikke den økonomiske avkastningsevnen alene er ubetinget avgjørende, er det på det rene at avkastningsevnen har stor betydning i vurderingen. Vurderingstemaet ble formulert slik i Vesterøya-dommen s. 454:

> «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.»

I den siste høyesterettsdommen vi har om bortfall av odelsrett, Rt. 2002 s. 112 Gisløys, ble det lagt til grunn at en avkastningsevne fra skogsdrift på kr 5 000,- pr. år ikke var tilstrekkelig for å anta at eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift». Høyesterett la til grunn at sannsynligheten for at «en fornuftig kjøper nå vil starte opp skogsdrift ved eget arbeid og investeringer, eller ved å få andre til å drive ut skogen med sikte på en avkastning på selve drifta på høyst 5 000 kroner i året, fremstår etter mitt syn som liten». At eiendommen hadde tilleggsinntekter på rundt kr 12 000,- pr. år kunne ikke endre vurderingen.

Dersom eiendommen ikke kan anses som en odelseiendom, faller grunnlaget for å pålegge boplikt etter odelsloven bort.

Etter Gisløys-dommen foreligger flere lagmannsrettsdommer som konkluderer med at karakteren av odelsjord er gått tapt selv for bruk med til dels betydelig høyere avkastningsevne enn i Gisløys-dommen.

Om et bruk har tapt karakter av å være en odelseiendom, er en privatrettslig vurdering som ikke hører under landbruksmyndighetene. Siden det rettslige grunnlaget for boplikt er knyttet til eiendommens privatrettslige status, synes det likevel klart at landbruksmyndighetene prejudisielt må ta stilling til om eiendommen «kan nyttast til landbruksdrift» langs de linjene som er trukket opp i rettspraksis.

Jeg behandlet et tilfelle av denne typen i saken inntatt i årsmeldingen for 2005 s. 290. Klagen hit gjaldt varig fritak for boplikt. Eiendommen var av landbruksmyndighetene blitt vurdert som et «hobbybruk/småskalalandbruk» ved den opprinnelige behandlingen av saken, men brukets avkastningsevne ble ikke uttrykkelig vurdert. Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«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.»

Under ombudsmannens undersøkelse av saken utarbeidet kommunen et anslag over eiendommens avkastningsevne. Den avkastningsevnen som landbruksmyndighetene hadde kommet til, syntes ikke å tilfredsstille kravene i rettspraksis for at eiendommen skal kunne «nyttast til landbruksdrift». Jeg ba derfor fylkeslandbruksstyret vurdere saken en gang til i lys av rettspraksis. Fylkeslandbruksstyret har imidlertid fastholdt sitt syn. Saken er på nytt forelagt fylkeslandbruksstyret med spørsmål om boplikt bør opprettholdes i lys av eiendommens avkastningsevne.

Et tilsvarende tilfelle fra samme fylkeslandbruksstyre forelå i sak 2004/2672 (inntatt i kap. V på s. 322). Saken gjaldt en eiendom som i kommunens vedtak var beskrevet slik at «innmarka [ikke] egner seg ... til moderne jordbruksdrift». Eiendommen hadde også «begrensede arealer, og svært liten avkastingsevne ved tradisjonell landbruksdrift» og derfor «bare i liten grad [vil] være til støtte til annet yrke eller næring». På bakgrunn av den beskrivelsen av eiendommen landbruksmyndighetene selv hadde gitt av eiendommen, fant jeg det «uheldig og kritikkverdig at fylkeslandbruksstyret ved sin opprinnelige behandling av saken ikke tok stilling til om [eiendommen] fremdeles kunne «nyttast til landbruksdrift»».

Ombudsmannssak 05/1244 (inntatt i kap. V på s. 327) gjaldt en eiendom som fylkeslandbruksstyret etter konkret spørsmål herfra vurderte å ha en avkastningsevne på kr 12 500,- pr. år. Også i denne saken ga jeg uttrykk for at jeg fant det uheldig at spørsmålet om eiendommens avkastningsevne ikke var blitt vurdert av landbruksmyndighetene i forbindelse med den opprinnelige behandlingen av saken. Jeg ga dessuten uttrykk for at det var vanskelig å se at en fornuftig kjøper ville erverve eiendommen med sikte på økonomisk vinning i landbruksdriften med en slik avkastningsevne, og ba om en ny behandling av saken.

4. Forholdet mellom odelsloven og konsesjonsloven

Min anmodning om fornyet behandling av ombudsmannssakene 04/2672 og 05/1244 har resultert i at landbruksmyndighetene har opprettholdt boplikt, nå med hjemmel i konsesjonsloven § 5. Etter denne bestemmelsen er erverv fra visse nærstående familiemedlemmer konsesjonsfrie. Ved erverv av jord- og skogbrukseiendommer med et totalareal på over 100 dekar, eller der mer enn 20 dekar er fulldyrket, er imidlertid *konsesjonsfriheten* betinget av boplikt. Som det fremgår, er arealkravet til en viss grad sammenfallende med odelslovens arealkrav til odelseiendommer. Spørsmålet her er imidlertid om en eiendom som på bakgrunn av den rettspraksis om *odelsloven* som nå foreligger er vurdert slik at den ikke lenger «kan nyttast til landbruksdrift», likevel kan anses som en «jord- og skogbrukseiendom» etter *konsesjonsloven*.

Etter at fylkeslandbruksstyret opprettholdt sitt vedtak med endret begrunnelse i sak 04/2672, skrev jeg bl.a. følgende til fylkeslandbruksstyret:

«Det er antatt at kriteriet «jord- og skogbrukseiendom» faller sammen med odelslovens kriterium om at eiendommen må kunne «nyttast til landbruksdrift». I St.meld. nr. 109 (1975–76) s. 9 het det således:

> «Odelsloven er imidlertid ikke direkte avgjørende for forståelsen av konsesjonsloven på dette punkt, og det er ikke utelukket at en eiendom kan bli ansett som «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonslovens forstand, selv om den ikke kan regnes som odlingsjord etter odelsloven. En antar imidlertid at slike tilfelle vil være sjeldne.»

Selv om den aktuelle stortingsmeldingen tar viktige forbehold, må utgangspunktet være at en eiendom som vurderes slik at den ikke «kan nyttast til landbruksdrift» etter odelsloven, heller ikke kan anses som en jord- og skogbrukseiendom etter konsesjonsloven.

Ut fra rettspraksis er det på det rene at det i betydelig grad må sees hen til eiendommens økonomiske avkastningsevne når det vurderes om en eiendom «kan nyttast til landbrukseiendom», jf. odelsloven § 1. Jeg antar at vurderingene vil være nokså like når det tas stilling til om eiendommen er en «jord- og skogbrukseiendom» etter konsesjonsloven. I Landbruks- og matdepartementets rundskriv M-2/2004 om boplikt heter det således under pkt. 7.3:

> «Ved vurderingen av om det er en jord- og skogbrukseiendom må det foretas en helhetsvurdering, der en ved siden av eiendommens størrelse og produksjonsevne også må legge vekt på eiendommens beliggenhet, arealenes karakter og eiendommens tradisjonelle bruk. En må ha for øye at det ikke knytter seg bo- og driveplikt til en eiendom med mindre det er mulig å drive selvstendig landbruksvirksomhet på eiendommen på en regningsvarende måte.»

Fylkeslandbruksstyret gir uttrykk for at det forstår rundskrivet slik at det må drives landbruk med et positivt økonomisk resultat. I forholdet til kriteriet i odelsloven § 1 om at eiendommen må kunne «nyttast til landbruksdrift» er det ikke tilstrekkelig at driften av bruket gir et positivt, økonomisk resultat. Bruket må i tillegg kunne gi et tilskudd av betydning til familiens underhold. Det kan vanskelig sees at det er grunnlag for å forstå begrepet «jord- og skogbrukseiendom» på annen måte. Også i forhold til konsesjonsloven må det tas stilling til «om det – ut fra de rådende forhold eller sett i et lengre tidsperspektiv – kan fremstå som realistisk at en fornuftig kjøper vil erverve eiendommen til landbruksdrift», jf. Rt. 1998 s. 450 Vesterøya på s. 454.»

Jeg ba fylkeslandbruksstyret behandle saken på nytt, idet jeg vanskelig kunne se at eiendommen

Jeg antar at begrepet «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonsloven i det vesentlige er sammenfallende med kriteriet om at en eiendom må kunne «nyttast til landbruksdrift» for å kunne anses som en odelseiendom.

kunne anses som en «jord- og skogbrukseiendom». Saken er ikke avsluttet her.

Jeg antar således at begrepet «jord- og skogbrukseiendom» i konsesjonsloven i det vesentlige er sammenfallende med kriteriet om at en eiendom må kunne «nyttast til landbruksdrift» for å kunne anses som en odelseiendom. Rettspraksis omkring odelsloven § 1 vil derfor kunne gi et viktig bidrag til forståelsen av begrepet.

5. Oppsummering

Ved behandling av fritakssøknader er det, som nevnt over, sentralt at alle relevante hensyn vurderes av landbruksmyndighetene. Gjelder det en eiendom der det med rimelighet kan spørres om den fremdeles er underlagt odelsrett, må landbruksmyndighetene prejudisielt ta stilling til om eiendommen «kan nyttast til landbruksdrift». Den omfattende rettspraksis som nå foreligger omkring emnet vil kunne gi nyttig veiledning. Om nødvendig må landbruksmyndighetene gjennom takster eller på annen måte anslå eiendommens avkastningsevne.

Selv om eiendommens avkastningsevne er slik at eiendommen må anses som odelsjord eller som en jord- og skogbrukseiendom, kan midlertidig eller varig fritak gis. I slike tilfeller vil imidlertid bosettingshensynet kunne veie tyngst.

Bopliktreglene spiller trolig en viktig rolle i ønsket om å opprettholde bosettingsmønsteret i distriktene. Boplikt har tradisjonelt vært knyttet til en virksomhet som har mulighet for å gi et ikke ubetydelig bidrag til en families underhold. Jeg kan vanskelig se at lovgivningen i dag gir hjemmel for å pålegge boplikt for eiendommer som for alle praktiske formål fremstår som fritidseiendommer.

Dersom det er ønskelig at også eiendommer som ikke kan gi noe bidrag til en families underhold skal påheftes boplikt, må kommunen i tilfelle innføre 0-konsesjonsgrense i samsvar med reglene i konsesjonsloven § 7.

Jeg tar sikte på å ta opp disse generelle spørsmålene med Landbruks- og matdepartementet.

Bopliktreglene spiller trolig en viktig rolle i ønsket om å opprettholde bosettingsmønsteret i distriktene. Jeg kan vanskelig se at lovgivningen i dag gir hjemmel for å pålegge boplikt for eiendommer som for alle praktiske formål fremstår som fritidseiendommer.

8. Endringer i ombudsmannsloven § 7 som følge av ikraftsettingen av ny tvistelov

1. Innledning

Ved lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90 har Stortinget gitt en ny lov om behandlingen av sivile rettstvister. Når loven trer i kraft vil den erstatte den någjeldende tvistemålsloven 13. august 1915 nr. 6.

I tvisteloven § 37–3 er det gitt bestemmelser om endringer i flere lover, og da i første rekke bestemmelser som kunne påvirke utformingen av tvisteloven. Det ble imidlertid ikke ved vedtakelsen av loven gitt bestemmelser om endringer i alle lover som på ulike måter vil bli påvirket av ikrafttredelsen av tvisteloven. Dette ble overlatt til et eget lovarbeid.

Justis- og politidepartementet fremmet i høringsbrev 22. desember 2005 og tilhørende høringsnotat med vedlegg forslag til en lang rekke endringer i lovverket som tilpasning til tvisteloven. Departementet uttalte i høringsnotat at endringsforslagene var ment som en tilpasning til de nye reglene i tvisteloven og at det etter departementets syn «i all hovedsak» var tale om «konsekvensendringer av redaksjonell eller teknisk karakter», jf. høringsnotatet side 1.

Ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 7 har i dag følgende ordlyd:

> «Ombudsmannen kan hos offentlige tjenestemenn og hos alle andre som virker i forvaltningens tjeneste, kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv. I samme utstrekning kan han kreve fremlagt protokoller og andre dokumenter.
> Reglene i rettergangslovens §§ 204–209 får tilsvarende anvendelse for Ombudsmannens rett til å kreve opplysninger.
> Ombudsmannen kan kreve bevisopptak ved domstolene etter reglene i domstolslovens § 43 annet ledd. Rettsmøtene er ikke offentlige.»

Ettersom det i ombudsmannsloven § 7 annet ledd er vist til tvistemålslovens regler, er det nødvendig å endre bestemmelsen fra det tidspunktet tvisteloven trer i kraft. I departementets høringsforslag ble det derfor foreslått å gi § 7 annet og tredje ledd følgende ordlyd:

> «Reglene i tvisteloven kapittel 22 får tilsvarende anvendelse for Ombudsmannens rett til å kreve opplysninger.
> Ombudsmannen kan kreve bevisopptak ved domstolene etter reglene i domstolsloven § 43 annet ledd.»

I forhold til ombudsmannsloven § 7 tredje ledd bestod den foreslåtte endringen i at siste punktum, som nå sier at rettsmøtene om bevisopptak ikke er offentlige, ble foreslått opphevet.

I vedlegg til høringsnotatet hadde departementet følgende merknader til endringsforslaget:

> «I § [7] annet ledd er henvisningen til tvistemåls-

loven §§ 204–209 erstattet med henvisning til tilsvarende regler i tvisteloven. Det vises for øvrig til 1.1 og 1.2 i notatet. *Tredje ledd* første punktum foreslås ikke endret. Det innebærer at særreglene i tvisteloven kapittel 28 ikke kommer til anvendelse, jf. departementets merknader i 3.19 i høringsnotatet. Nåværende annet punktum foreslås opphevet. Departementet ser ikke grunn til at disse rettsmøtene bør reguleres av andre regler om offentlighet enn de generelle i domstolloven §§ 124–132, som antas å hjemle tilstrekkelige begrensninger i offentligheten når det foreligger tungtveiende grunner for det. At et rettsmøte holdes for lukkede dører, er dessuten ikke ensbetydende med at offentligheten ikke gis innsyn i rettsboka, jf. tvisteloven § 14–3, og i rettsboka vil forklaringer ofte være innført, jf. tvisteloven § 13–9 første ledd. Under enhver omstendighet har regelen i tredje ledd annet punktum i dag begrenset rekkevidde, idet den må fortolkes i lys av Grunnloven § 100 femte ledd.»

2. Høringsuttalelsen til departementet

2.1 Innledning

Jeg fant grunn til å komme med merknader til forslaget til endringer i ombudsmannsloven § 7, og avga derfor høringsuttalelse 1. mars 2006 til Justis- og politidepartementet. En kopi av høringsuttalelsen ble oversendt Stortingets presidentskap til orientering. Den er for øvrig tilgjengelig i sin helhet på ombudsmannens internettsider.[15]

I høringsuttalelsen pekte jeg på at forslagene til endringer i ombudsmannsloven § 7 gikk ut over det som det er naturlig å omtale som «konsekvensendringer av redaksjonell eller teknisk karakter». Jeg stilte videre spørsmål om hensiktsmessigheten av å ha en henvisning i ombudsmannsloven til de bevisforbuds- og fritaksgrunnene som gjelder for domstolenes virksomhet, all den stund virksomhetene har så ulik karakter. Avslutningsvis foreslo jeg å oppheve ombudsmannsloven § 7 annet ledd i sin helhet, og gi Sivilombudsmannen en innsynsrett på lik linje med hva som for eksempel er tilfellet for Folketingets ombudsmand i Danmark. I det følgende vil jeg redegjøre noe nærmere for innholdet i høringsuttalelsen.

2.2 Forslaget til endring i ombudsmannsloven § 7 annet ledd

Departementets forslag til endring i ombudsmannsloven § 7 annet ledd innebar formelt sett nye materielle begrensninger i ombudsmannens rett til å kreve opplysninger fra forvaltningen. Dette fordi den foreslåtte henvisningen til tvisteloven kapittel 22 omfatter flere bestemmelser som ikke omfattes av dagens henvisning til tvistemålsloven §§ 204–209, og fordi dagens henvisning til tvistemålslovens bestemmelser alltid har hatt en mer begrenset rekkevidde og betydning i praksis enn det ordlyden isolert sett har kunnet tyde på.

«Departementets forslag til endring i ombudsmannsloven § 7 annet ledd innebar formelt sett nye materielle begrensninger i ombudsmannens rett til å kreve opplysninger fra forvaltningen.

Når det gjaldt henvisningen til hele kapittel 22 i tvisteloven, viste jeg til at tvisteloven § 22–2 (Bevisforbud om drøftelser i regjeringskonferanser), § 22–6 (Bevisforbud om vandel og troverdighet), § 22–7 (Forbud mot bevis framskaffet på utilbørlig måte) og § 22–11 (Bevisfritak for massemedia) ikke omfattes av den gjeldende henvisningen til tvistemålsloven §§ 204–209.

Deretter gjennomgikk jeg noe av historikken knyttet til ombudsmannsloven § 7 første og annet ledd, som jeg understreket er sentrale bestemmelser for ombudsmannens virksomhet. Bestemmelsene har i hovedsak stått uendret siden ombudsmannsloven ble vedtatt i 1962.

«Formålet var med andre ord ikke først og fremst å begrense ombudsmannens rett til å kreve opplysninger fra forvaltningen, men å sikre at ombudsmannen skulle ha samme rett som domstolene til å kreve slike opplysninger.

Ett av punktene det var en viss uenighet om i forarbeidene til ombudsmannsloven, var om ombudsmannen også skulle ha rett til å se forvaltningens interne dokumenter. Forvaltningskomiteen mente at det i utgangspunktet ikke var noen grunn til å nekte ombudsmannen å se forvaltningens interne dokumenter, jf. Forvaltningskomiteens innstilling 13. mars 1958 side 452, mens Justis- og politidepartementet i Ot.prp. nr. 30 (1959–60) side 19 mente at det ville være uheldig å pålegge forvaltningen en uttrykkelig plikt til å legge frem slike dokumenter. Utenriks- og konstitusjonskomiteen anførte på sin side at «det riktige siktepunkt må være at ombudsmannen har rett til alle opplysninger som har betydning for den sak han har til behandling», jf. Innst. O. XV (1961–62) side 7. Komiteen la til grunn at spørsmålet ikke ville skape særlige vansker i praksis blant annet fordi forvaltningen selv vil være interessert i at alle tilgjengelige opplysninger i en sak blir gitt til ombudsmannen.

For øvrig ble det i forarbeidene til ombudsmannsloven uten nærmere drøftelser lagt til grunn at «Ombudsmannen må få samme rett som domstolene til å kunne kreve opplysninger som er omfattet av taushetsplikt, jf. lov om rettergangsmåten i tvistemål av 13. august 1915 §§ 204–206, eller opplysninger som angår forretnings- og driftshemmeligheter, jf. rettergangsloven § 209». Formålet var med andre ord ikke først og fremst å begrense ombudsmannens rett til å kreve opplysninger fra forvaltningen, men å

[15] www.sivilombudsmannen.no, under menyvalget «Uttalelser», sak 2005/2309.

sikre at ombudsmannen skulle ha samme rett som domstolene til å kreve slike opplysninger. Videre het det: «Likeså er en enig i at bestemmelsene i rettergangsloven §§ 207 og 208 gis tilsvarende anvendelse, selv om disse bestemmelsene må antas å få svært liten betydning i forhold til Ombudsmannen», jf. Ot.prp. nr. 30 (1959–60) side 19.

I høringsuttalelsen ble det deretter knyttet noen merknader til praktiseringen av ombudsmannsloven § 7 første og annet ledd. Jeg viste til at betydningen av den gjeldende henvisningen til tvistemålsloven §§ 204–209 i ombudsmannsloven § 7 annet ledd i praksis bare har knyttet seg til to hovedspørsmål. For det første i hvilken utstrekning meddelelse fra forvaltningen til ombudsmannen av taushetsbelagte opplysninger, eller opplysninger som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet, eller forholdet til fremmede stater, krever samtykke fra vedkommende departement eller Kongen, jf. tvistemålsloven § 204 nr. 1 og 2. For det annet den nærmere rekkevidden av ombudsmannens rett til innsyn i forvaltningens interne dokumenter.

"... det er en forutsetning for en reell prøving av saksforholdet, at ombudsmannen gis adgang til å gjennomgå de aktuelle dokumentene.

2.2.1 Forholdet til taushetsbelagte dokumenter og opplysninger

I forhold til bestemmelsen i tvistemålsloven § 204 nr. 1, ble det påpekt at det er på det rene at en muntlig forklaring fra forvaltningens tjenestemenn direkte overfor ombudsmannen, eller gjennom bevisopptak om «forhold som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat», ikke kan skje uten samtykke av Kongen. Videre ble det vist til at reelle hensyn tilsier at det samme gjelder for oversendelsen av skriftlige nedtegnelser av slike opplysninger, noe som ble lagt til grunn av Utenriksdepartementet i ombudsmannssak 2000/382. I den saken, som gjaldt avslag på en begjæring fra avisen Bergens Tidende om innsyn etter offentlighetsloven i flere dokumenter om Globus II-radaren i Vardø, anmodet jeg Kongen i statsråd om utlån av de dokumentene som var holdt hemmelige av hensyn til rikets sikkerhet eller fremmed stat. Anmodningen ble etterkommet, slik at jeg og to av mine medarbeidere fikk innsyn i de aktuelle dokumentene.

Det ble videre påpekt at praksis i forhold til øvrige taushetsbelagte saksdokumenter og opplysninger fra forvaltningen, jf. tvistemålsloven § 204 nr. 2, alltid har vært at ombudsmannen har bedt om, og stilt spørsmål knyttet til, slike dokumenter, uten først å innhente samtykke fra vedkommende departement. Videre ble det påpekt at forvaltningen nærmest unntaksfritt har etterkommet dette, slik at tvistemålsloven § 204 nr. 2 i praksis ikke har voldt noen særlige tolkningsproblemer. Det ble vist til at dette også må sees i lys av den omfattende taushetsplikt som både jeg og mine medarbeidere har i forhold til opplysninger som mottas i tjenesten, jf. ombudsmannsloven § 9 annet ledd.

2.2.2 Forvaltningens interne dokumenter

Om ombudsmannens rett til innsyn i forvaltningens interne dokumenter, ble det i høringsuttalelsen vist til uttalelser fra Justiskomiteen i forbindelse med en endring av ombudsmannsloven i 1980. Komiteen ga uttrykk for at ombudsmannen kan kreve å få utlånt slike dokumenter, og at det ikke var nødvendig med noen lovendring for å fastslå dette, jf. Innst. O. nr. 15 (1979–80) side 11. Jeg viste i høringsuttalelsen til at det i praksis er lagt til grunn at forvaltningen ikke kan nekte å etterkomme en anmodning fra ombudsmannens side om å utlevere interne dokumenter, men at det fra tid til annen har aktualisert seg om dette gjelder uten reservasjoner. Det ble vist til at det bl.a. har vært et spørsmål i forhold til regjeringsnotater, men at også slike dokumenter har vært oversendt til ombudsmannen i enkelte saker.

2.2.3 Nærmere om betydningen av henvisningene til tvisteloven §§ 22–1, 22–2 og 22–3

I høringsuttalelsen ble det deretter knyttet merknader til de tre bestemmelsene som etter den foreslåtte henvisningen til tvisteloven kapittel 22, vil ha størst praktisk betydning for ombudsmannen. I forhold til tvisteloven § 22–1 (Bevisforbud om opplysninger av betydning for rikets sikkerhet eller forholdet til fremmed stat), ble det påpekt at det er en forutsetning for en reell prøving av saksforholdet, at ombudsmannen gis adgang til å gjennomgå de aktuelle dokumentene. Det ble videre understreket at det har betydning både for tilliten til de undersøkelsene som foretas her, og til forvaltningens avgjørelser, at Kongen gir samtykke i saker der det foreligger slike opplysninger.

Om henvisningen til tvisteloven § 22–2 (Bevisforbud om drøftelser i regjeringskonferanser) uttalte jeg at endringsforslaget synes å løse spørsmålet om forvaltningen kan nekte å etterkomme en anmodning fra ombudsmannen om innsyn i regjeringsnotater, uten at det er drøftet på prinsipielt grunnlag. Jeg ga likevel uttrykk for at jeg legger til grunn at forvaltningen ikke kan være avskåret fra å oversende slike dokumenter i den grad de inngår i, eller kaster lys over, den saken som behandles av ombudsmannen, eller dersom det for øvrig er hensiktsmessig ut fra tilliten til forvaltningen. Videre påpekte jeg at ombudsmannen ikke kan være avskåret fra å motta og legge til grunn opplysninger i regjeringsnotater som er innsendt fra klagere som måtte ha disse i sin besittelse.

I forhold til henvisningen til tvisteloven § 22–3 (Bevisforbud om opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt), forutsatte jeg i høringsuttalelsen at den foreslåtte endringen i ombudsmannsloven ikke innebærer noen endring i den praksisen som er etablert. Det vil si at ombudsmannen ber om saksdokumenter og stiller skriftlige spørsmål knyttet til taushetsbelagte opplysninger uten å forelegge dette for departementet, noe som i praksis er etterkommet nærmest unntaksfritt.

2.2.4 Forslag om å oppheve ombudsmannsloven § 7 annet ledd

Henvisningen i ombudsmannsloven § 7 annet ledd til tvistemålsloven §§ 204–209 har alltid hatt en mer begrenset rekkevidde og betydning enn det ordlyden isolert sett har kunnet tyde på. Dette har naturlig nok å gjøre med de åpenbare forskjellene mellom domstolenes og ombudsmannens virksomhet.

På bakgrunn av departementets endringsforslag, fant jeg i høringsuttalelsen grunn til å stille spørsmål på prinsipielt grunnlag om berettigelsen av i det hele tatt å ha en henvisning i ombudsmannsloven til de bevisforbuds- og fritaksgrunnene som gjelder for domstolenes virksomhet, all den tid virksomhetene har en så vidt ulik karakter. Jeg fant også grunn til å stille spørsmål om det er naturlig og nødvendig å vise til *hele* tvistelovens kapittel 22 om «Bevisforbud og bevisfritak» så lenge bestemmelsene i realiteten legger svært få begrensninger på ombudsmannens rett til å få opplysninger fra forvaltningen.

I denne forbindelse viste jeg til at det i hovedsak bare er henvisningen i ombudsmannsloven § 7 annet ledd til tvisteloven § 22–1 om bevisforbud for opplysninger av betydning for rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat, som vel er dekkende for dagens praksis. Jeg stilte også spørsmål ved berettigelsen av denne bestemmelsen, og viste til den betydning det har, både for tilliten til de undersøkelsene som foretas her, og til forvaltningens avgjørelser, at Kongen samtykker til at ombudsmannen gis tilgang til denne typen opplysninger.

I høringsuttalelsen fant jeg deretter grunn til å redegjøre kort for rettstilstanden i Danmark og den danske ombudsmannsloven 12. juni 1996. Den danske ombudsmannsloven inneholder ikke i dag noen tilsvarende begrensninger som den norske, når det gjelder ombudsmannens rett til å kreve å få seg forelagt opplysninger fra forvaltningen. På bakgrunn av dette, og den betydningen det har for de undersøkelser ombudsmannen foretar, foreslo jeg å oppheve ombudsmannsloven § 7 annet ledd i sin helhet.

På bakgrunn av dette, foreslo jeg å oppheve ombudsmannsloven § 7 annet ledd i sin helhet.

2.3 Forslaget til endring av ombudsmannsloven § 7 tredje ledd

I høringsuttalelsen påpekte jeg at forslaget om å fjerne bestemmelsen i ombudsmannsloven § 7 tredje ledd annet punktum, om at rettsmøter i forbindelse med bevisopptak begjært av ombudsmannen ikke er offentlige, også innebærer en realitetsendring. Det er vanskelig å se at ikraftsettingen av ny tvistelov i seg selv nødvendiggjør endringen. Ombudsmannens undersøkelser har en annen karakter enn domstolenes virksomhet, og det gjør seg gjeldende særskilte hensyn som gjør det nødvendig med andre regler. På den bakgrunn ga jeg uttrykk for at ombudsmannsloven § 7 tredje ledd burde beholdes uendret.

3. Odelstingsproposisjonen – Ot.prp. nr. 74 (2005–2006)

Mine synspunkter i høringsuttalelsen ble delvis tatt til følge av departementet i forhold til ombudsmannsloven § 7 annet ledd, og fullt ut i forhold til ombudsmannsloven § 7 tredje ledd. Departementet omtaler endringene i Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover) på side 13–14, 77 og 134. I proposisjonen foreslo departementet å gi ombudsmannsloven § 7 annet og tredje ledd følgende ordlyd:

> «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».

Jeg finner grunn til å nevne at departementet under punkt 6 i proposisjonen på side 77 «Spesialmerknader til lovforslaget», synes å ha tatt et annet utgangspunkt enn det som faktisk har kommet til uttrykk i lovendringsforslaget. Departementet uttaler her:

> «Henvisningen til tvistemålsloven §§ 204–209 er erstattet med en henvisning til de tilsvarende bestemmelser i tvisteloven. I tillegg er det henvist til § 22–11, som er en videreføring av tvistemålsloven § 209 a. Ellers vises det til departementets merknader i 3.2.1.»

Endringsforslaget, som er gjengitt på side 134 i proposisjonen, gikk imidlertid ut på å vise til hele kapittel 22 i tvisteloven med unntak av § 22–2, 22–6 og § 22–7. Det synes således ikke å være samsvar mellom departementets merknader og lovendringsforslaget.

Departementet har også omtalt endringsforslaget i punkt 3.2.1 på side 13–14 i proposisjonen. Merknadene synes delvis å referere til det utgangspunktet som er tatt i punkt 6 på side 77 i proposisjonen, og delvis til forslaget på side 134. Etter en gjengivelse

av noen hovedpunkter i min høringsuttalelse, uttaler departementet:

> «Sivilombudsmannen understreker hvilken begrenset betydning reglene tvistemålsloven § 204 i dag har for ombudsmannens virksomhet, og viser til at forvaltningen nærmest unntaksfritt har besvart spørsmål selv om det har nødvendiggjort bruk av taushetsbelagte opplysninger. Departementet kan ikke se at tvisteloven § 22–3, som viderefører tvistemålsloven § 204 nr. 2, vil være til hinder for at Sivilombudsmannen mottar opplysninger i samme omfang som i dag. At henvisningen i lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 7 annet ledd endres slik at tvistemålsloven § 204 nr. 2 erstattes med tvisteloven § 22–3, tar uansett ikke sikte på noen endring av gjeldende rett om omfanget av opplysninger som kan kreves.
>
> Departementet finner ikke grunn til å oppheve hele § 7 annet ledd, slik Sivilombudsmannen har foreslått. Det vil ligge utenfor rammen for denne proposisjonen å foreta en generell revisjon av de prosess- og saksbehandlingsregler i andre lover som må endres som følge av opphevelsen av tvistemålsloven, eller å vurdere de prosessuelle reglene for Sivilombudsmannens virksomhet, jf. punkt 3.1 foran. Departementet følger derfor opp forslaget i høringsbrevet så langt det går ut på at henvisningen til reglene i tvistemålsloven blir erstattet med de tilsvarende bestemmelsene i tvisteloven. Det gjelder også de av lovbestemmelsene som har fått et noe annet innhold i tvisteloven, og det gjelder tvistemålsloven § 209 a, jf. de generelle merknadene foran og i 3.1. Departementet følger derimot ikke opp høringsforslaget om å henvise også til tvisteloven §§ 22–2 og § 22–6. § 22–2 om bevisforbud om drøftelser i regjeringskonferanser viderefører et bevisforbud for domstolene som følger av rettspraksis. Departementet tar ikke nå standpunkt til om det i forhold til Sivilombudsmannen bør gjelde en tilsvarende begrensning i hvordan en sak blir opplyst. Det vises til det som er sagt foran om rammen for denne proposisjonen. Departementet legger til grunn at det ikke vil medføre noen endring i den nåværende ulovfestede regel om at Sivilombudsmannen ikke har krav på å få innsyn i regjeringsnotater mv. § 22–6 er i hovedsak en videreføring av reglene i tvistemålsloven § 193, som ombudsmannsloven ikke henviser til.»

4. Brev til Stortingets presidentskap

På bakgrunn av departementets oppfølging av mine merknader i høringsuttalelsen, fant jeg grunn til på nytt å gjøre Stortinget oppmerksom på saken før behandlingen av proposisjonen. Jeg henvendte meg derfor i brev 17. oktober 2006 til Stortingets presidentskap. I brevet viste jeg til Stortingets forretningsorden § 12 nr. 10 bokstav d, og knyttet noen merknader til det som fremkommer i proposisjonen. Jeg pekte blant annet på at den lovgivningsteknikken som var benyttet av departementet i lovforslaget, ved at det henvises til hele tvisteloven kapittel 22 og gjøres unntak for enkeltbestemmelser, gir uheldige utslag i dette tilfellet. I denne forbindelse uttalte jeg: «Etter min mening får denne lovgivningsteknikken et uheldig utslag i dette tilfellet, bl.a. fordi det forsterker inntrykket av at de øvrige bestemmelsene i tvistelovens kapittel 22 har en større betydning for ombudsmannens rett til å kreve opplysninger enn det som er tilfellet.»

Jeg stilte meg videre «undrende til departementets grunnlag for å slå fast» at det foreligger en ulovfestet regel om at ombudsmannen «ikke har krav på å få innsyn i regjeringsnotater mv.».

Jeg stilte meg videre «undrende til departementets grunnlag for å slå fast» at det foreligger en ulovfestet regel om at ombudsmannen «ikke har krav på å få innsyn i regjeringsnotater mv.». Det ble vist til at det i høringsuttalelsen tvert i mot var lagt til grunn at dette spørsmålet ikke kan sees å ha fått sin endelige avklaring i praksis, og at det er på det rene at forvaltningen i enkelte saker har oversendt også regjeringsnotater hit. Jeg ba om at Justiskomiteen merket seg dette ved behandlingen av proposisjonen.

Deretter gjorde jeg på nytt oppmerksom på mitt synspunkt om å oppheve ombudsmannsloven § 7 annet ledd, og viste igjen til at domstolenes og ombudsmannens virksomhet er av ulik karakter. Videre viste jeg blant annet til at det i hovedsak bare er bestemmelsen i tvisteloven § 22–1 om bevisforbud for opplysninger av betydning for rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat, som er dekkende for dagens praksis.

5. Stortingsbehandlingen

I Innst. O. nr. 7 (2006–2007) fra Justiskomiteen er min høringsuttalelse omtalt generelt på side 6. Komiteens medlemmer fra Høyre og Fremskrittspartiet har videre på side 16–17 vist til mitt brev 17. oktober 2006 til Stortingets presidentskap. Under henvisning til brevet ble det av disse representantene forutsatt «at den etablerte praksis med mulighet for innsyn i forvaltningens dokumenter videreføres». Det ble også vist til uttalelser fra flertallet i Kontroll- og konstitusjonskomiteen i tilknytning til behandlingen av ny lov for Riksrevisjonen. Komiteen uttalte at det er en klar forutsetning for at Riksrevisjonen skal kunne utføre sine oppgaver at «den får tilgang på den informasjon som er nødvendig innenfor lov og instruks», jf. Innst. O. nr. 54 (2003–2004). Videre ble det vist til at det her ble lagt til grunn at Riksrevisjonens behov for opplysninger som kontrollorgan på vegne av Stortinget måtte være avgjørende for vurderingen av retten til å kunne kreve opplysninger. Det het videre:

> «Disse medlemmer viser til at de samme prinsipielle hensyn gjør seg gjeldende i forhold til Sivilombudsmannen og har dannet grunnlaget for Sivilombudsmannens virke på vegne av Stortinget. Disse medlemmer slutter seg på denne bakgrunn ikke til forslaget om å endre sivilombuds-

> mannsloven § 7, men foreslår at bestemmelsen i § 7 annet ledd strykes og legger til grunn merknadene gitt av Sivilombudsmannen i ovennevnte brev. Dette innebærer at nåværende annet ledd går ut, mens tredje ledd blir nytt annet ledd.»

Mindretallets forslag ble fremmet av saksordføreren innledningsvis under debatten i Odelstinget 23. november 2006. Senere ble imidlertid forslaget gjort om til et oversendelsesforslag.

Under debatten i Stortinget ble det fra flere hold presisert at det ikke var intensjonen å endre ombudsmannens rettslige stilling på noen måte. Jeg finner grunn til å vise særskilt til justisminister Knut Storbergets uttalelser i sitt siste innlegg under debatten, der dette ble understreket:

> «Vi oppfatter at det arbeidet som nå gjøres i forhold til tvisteloven, er lovendringer som ikke skal ha noen realitetsbetydning. I den grad man ønsker å gå inn i realitetsendringer i de berørte lovverk, bør det i hvert fall undergis en lovprosess som er forsvarlig.
>
> ---
>
> Når det gjelder helt konkret Sivilombudsmannens rett til å få opplysninger, er det etter Regjeringas oppfatning ikke noen endring i det reelle bildet av ombudsmannens rettslige situasjon med den endringen som den forrige regjering foreslo i tvisteloven, og det vi nå foreslår. Slik at det er status quo i forhold til Sivilombudsmannens rettslige stilling.
>
> I forarbeidene til ombudsmannsloven er det uttalt at Sivilombudsmannens rett til å få opplysninger ikke er begrenset til opplysninger som har betydning som bevis i saken, men gjelder alle opplysninger ombudsmannen trenger for å utføre sitt verv. Jeg oppfatter det slik at dette lovforslaget ikke endrer på en slik rettsstilling, og det er det viktige for Regjeringa. I den grad man ønsker å foreta endringer i ombudsmannslovgivningen, slik man foreslår, burde man i det minste undersøke hvilke konsekvenser det får bl.a. for taushetsbelagte opplysninger som kommer ombudsmannen i hende, og i hvilken grad man kan gi det videre til eventuelt begjærende part. Det er ikke godt nok utredet i forhold til dette forslaget. Det er en god grunn, ved denne anledning, til å stemme det ned, ved siden av at det faktisk ikke vedkommer den saken vi behandler, nemlig en av de største reformene i det sivile rettsvesen i Norge.»

Det ble understreket av flere at det er viktig at ombudsmannen får tilgang til all den informasjon som er nødvendig for en forsvarlig saksbehandling. For øvrig viser referatene fra debatten at det synes å ha foreligget noe usikkerhet, og til dels misforståelser, knyttet til betydningen av den endringen som var foreslått fra min side.

Ved voteringen ble forslaget til endring av ombudsmannsloven § 7 enstemmig bifalt som foreslått i Ot.prp. nr. 74 (2005–2006). Mindretallets forslag ble trukket av forslagstillerne «av formelle årsaker». Saksordføreren uttalte i denne forbindelse blant annet følgende:

> «Vi forventer likevel at statsråden har fått med seg debatten rundt temaet i salen i dag, og regner med at det blir behørig ivaretatt videre.»

6. Videre oppfølging

Bakgrunnen for at jeg i denne saken har funnet grunn til å avgi høringsuttalelse og gjøre Stortinget oppmerksom på mine synspunkter, har i første rekke vært departementets lovgivningsteknikk og det forhold at det i alle fall formelt sett har vært foreslått nye materielle begrensinger i ombudsmannens innsynsrett. Selv om dette muligens ikke har vært tilsiktet fra departementets side, ville det etter min mening ha vært uheldig om ombudsmannsloven § 7 annet ledd hadde fått en ordlyd som ville gitt, eller etterlatt inntrykk av, større begrensninger i ombudsmannens innsynsrett enn det som reelt sett er tilfellet. Det er derfor positivt at mine synspunkter i alle fall et stykke på vei har blitt tatt til følge, selv om jeg fortsatt ikke anser den ordlyden bestemmelsen har fått som fullt ut tilfredsstillende. Jeg har merket meg, og er tilfreds med, at det under debatten i Odelstinget ble presisert fra flere hold, herunder blant annet justisministeren, at den vedtatte lovendringen ikke er ment å skulle innebære en endring i dagens rettstilstand for så vidt gjelder ombudsmannens innsynsrett. Jeg legger til grunn at i den grad ordlyden eller uttalelser i forarbeidene kan tyde på noe annet, vil det ikke få noen praktisk betydning.

Forslaget om å oppheve dagens begrensning i innsynsretten i ombudsmannsloven § 7 annet ledd ble fremsatt av meg på et mer prinsipielt grunnlag. Jeg er naturlig nok innforstått med at det aktuelle lovgivningsarbeidet i forbindelse med ikraftsettingen av tvisteloven i første rekke har tatt sikte på nødvendige endringer av mer teknisk karakter, og at det dermed ikke har ligget til rette for mer realitetspregede endringer. Slik forslaget til endringer i ombudsmannsloven § 7 annet og tredje ledd var utformet, ga det meg imidlertid også en oppfordring til å ta opp forslaget om å oppheve § 7 annet ledd, selv om det ikke var utredet i sin fulle bredde hvilke konsekvenser en slik lovendring vil kunne få. Jeg har forståelse for at det kan være grunn til å klarlegge konsekvensene nærmere, for å gi Stortinget et fullt tilfredsstillende beslutningsgrunnlag til å vurdere spørsmålet på et senere tidspunkt.

Etter min mening er det vanskelig å se avgjørende motforestillinger mot å oppheve ombudsmannsloven § 7 annet ledd. En slik endring vil være egnet til å aksentuere ombudsmannens uavhengighet og styrke tilliten til ombudsmannsordningen blant borgerne. Tilliten til forvaltningen vil også kunne øke gjennom styrkingen av ombudsmannens innsynsrett.

IV. Påviste mangler ved lover, forskrifter eller praksis

1. Kvoteordningen for melk – plikten til å utøve skjønn (Sak 2005/313)

Ombudsmannen fant at landbruksforvaltningen hadde erstattet det brede skjønnet, som dispensasjonsbestemmelsen ga anvisning på, med en fastlåst regel og slo fast at en slik praksis måtte anses som regelstridig.

Klageren ønsket felles kvote for melk i samdrift med foreldrenes eiendom, men tilfredsstilte ikke kravet til sammenhengende leveranse som var oppstilt i forskrift om kvoteordning for melk 7. januar 2003 § 9. Han søkte om dispensasjon, men fikk avslag. Saken gjaldt forståelsen og praktiseringen av dispensasjonsbestemmelsen i forskriften § 26.

Bestemmelsen lyder:

> «Statens landbruksforvaltning kan i særlige tilfeller dispensere fra denne forskriften.»

Klagenemnda for kvoteordningen for melk skrev til ombudsmannen blant annet:

> «Frem til brev fra Landbruksdepartementet 06.02.2003 ble så nær som alle søknader om dispensasjon fra kravet om 24 måneders sammenhengende leveranse før etablering av samdrift avslått. Det ble frem til denne dato aldri innvilget dispensasjoner på bakgrunn av høye kostnader og eierskifter.
>
> Ved brevet i 06.02.2003 signaliserte imidlertid departementet at dispensasjonsvurderingen kunne gjøres noe mindre streng. Det ble vist til at høye kostnader og nylig gjennomførte eier/brukerskifter var av særlig relevans i dispensasjonsvurderingen.
>
> Fra denne dato la SLF [forkortelse for Statens landbruksforvaltning – ombudsmannens anmerkning] og klagenemnda om sin praktisering. Etter en tolkning av brevet fra departementet ble det lagt til grunn at ... nylig gjennomførte eier/brukerskifter betydde skifter som hadde funnet sted i løpet av de siste 12 måneder.
>
> ---
>
> Ved vurderingen av dispensasjon fra kravet om 24 måneders leveranse er det to avgjørende tidspunkter.
>
> For det første er tidspunktet for brevet fra Landbruksdepartementet 6. februar 2003 viktig. Tidspunktet for brevet ga som forutsetning at bare eier/brukerskifte fra og med februar 2002 kunne vektlegges.
>
> For det andre var søknadstidspunktet av avgjørende betydning. Det ble lagt til grunn at eier/brukerskiftet ikke kunne ha foregått tidligere enn 12 måneder før søknadstidspunktet.
>
> ---
>
> Etter Landbruksdepartementets brev av 16. juni 2004 har en godkjent noe eldre eierskifter (opp til 2 år).»

På ytterligere spørsmål herfra, tilføyde nemnda blant annet:

> «Det følger ikke direkte av fastsettelsesbrevet at eier/brukerskiftet skal være nylig gjennomført. Det står at «hvor ny eier/forpakter blir en aktiv melkeprodusent innenfor samdriften». Det sies imidlertid ikke noe om hvor nylig et eierskifte/brukerskifte må ha funnet sted for å komme inn under hva som menes med ny. For at begrepet «ny eier/forpakter» skulle være håndterbart og sikre likebehandling av søkerne, la Statens landbruksforvaltning (SLF) til grunn at man med «ny eier/forpakter» mente at eierskiftet/brukerskifte måtte være gjennomført maksimalt 12 måneder forut for dato for søknad om dispensasjon fra leveransekravet.»

Fra ombudsmannens avsluttende uttalelse gjengis:

«Hvorvidt dispensasjon skal gis i det enkelte tilfellet, vil avhenge av et konkret skjønn. Det følger både av formålet med dispensasjonsordningen og bestemmelsens ordlyd, jf. kriteriet «særlige tilfeller» og bruken av ordet «kan». Den myndighet som ligger i dispensasjonsordningen innebærer ikke bare en rett til å utøve skjønn, men også en plikt til å utøve skjønn i den enkelte saken. Forvaltningen må i den enkelte sak vurdere konkret om det foreligger et særlig tilfelle, som kan gi grunnlag for dispensasjon. Dette spørsmålet har vært tatt opp i en rekke ombudsmannssaker.

Det konkrete skjønn vil naturlig nok måtte utøves i samsvar med – og innenfor rammen av – formålet med kvoteordningen for melk. ... Hvilke tiltak som anses som egnet – eller nødvendig – for å fremme formålet, vil avhenge av markedet og produksjonen til enhver tid, og dette vil også måtte avspeile seg i dispensasjonspraksis. Av særlig interesse for saken her er at Landbruksdepartementet i forbindelse med den nye forskriften ga retningslinjer for dispensasjonsvurderingen. Av høringsbrevet fra Landbruksdepartementet 8. november 2002 fremgår:

> «[Kravet] om 24 måneders aktivitet forut for inngåelse av samdrift ... har sin bakgrunn i en markedssituasjon med overskudd av melk og bestemmelsen har til hensikt å hindre aktivisering av passiv kvote gjennom samdriftsetablering. Markedssituasjonen på melk er endret, og markedet er nå i bedre balanse. Nåværende bestemmelse *virker uheldig* for de som *overtar et bruk*

> *med passiv kvote, og som ønsker å gå inn i samdrift*. Dette innebærer betydelige *kostnader* for en egen produksjon for kun to år.» (ombudsmannens uthevinger)

I departementets brev 6. februar 2003 (fastsettelsesbrevet), som ble gitt i etterkant av forskriftens ikrafttredelse, står blant annet følgende om forskriften § 9:

> «På den annen side kan et krav om 24 måneders produksjon før inngåelse av samdrift *virke urimelig* for landbrukseiendommer der *for eksempel* oppstart av melkeproduksjon på eiendommen vil bli svært kostnadskrevende og hvor ny eier/forpakter blir en *aktiv melkeprodusent* innenfor samdriften. I slike tilfeller kan Statens landbruksforvaltning dispensere, jf. § 22. Det skal i vurderingen vektlegges at det *foreligger et eierskifte*, og at det *ikke er den nye eieren som har lagt kvoten sovende*. Videre skal *kostnadene* ved oppstart av melkeproduksjon på landbrukseiendommen som kvoten tilligger og graden av oppfyllelse av landbrukspolitiske mål og retningslinjer vektlegges.» (ombudsmannens uthevinger)

Slike saklig begrunnede retningslinjer kan være både ønskelig og nødvendig for å sikre en enhetlig praksis i samsvar med ordningens formål. Det må også aksepteres at de organer som praktiserer ordningen (Statens landbruksforvaltning og Klagenemnda) utarbeider en felles praksis som sikrer at regelverket blir håndhevet på en ensartet måte. Det vil imidlertid være i strid med dispensasjonsordningen å erstatte det konkrete skjønnet med en hjemmegjort regel. Det vil også være regelstridig å operere med strengere vilkår for å få dispensasjon enn det som naturlig kan utledes av dispensasjonsbestemmelsen og forskriftens formål.

Selv om det ikke fremgår av ordlyden i forskriften § 9, er det i dag et sentralt punkt i myndighetenes vurdering av om det skal dispenseres fra kravet til sammenhengende melkeleveranse, om det har funnet sted et eier- eller brukerskifte. Dette momentet er uttrykkelig trukket frem i departementets høringsbrev og fastsettelsesbrev, jf. sitatene ovenfor. Likevel forstår jeg det slik at eier/brukerskifte ikke er et absolutt vilkår, men kun nevnes som et eksempel på tilfeller der 24-månedersregelen kan virke urimelig. Den begrunnelsen som gis av departementet, fremstår som saklig, og rettslig sett er det neppe noe å innvende mot at eier/brukerskifte blir benyttet som et vektig moment, forutsatt at det inngår i en bredere vurdering.

Ved nemndas avslag på søknaden 15. juli 2002, inngitt 6 måneder etter eier/brukerskiftet, ble ikke eier/brukerskiftet og opprustningskostnadene vektlagt. Klagers fornyede henvendelse 16. september 2003 synes, etter nemndas redegjørelse hit, i hovedsak å ha blitt avslått fordi denne ikke ble sendt innen 12 måneder etter eier/brukerskiftet, samt at uansett «bare eier/brukerskifte fra og med februar 2002 kunne vektlegges». Også ellers synes bestemmelsen å ha blitt praktisert slik at «nylig» gjennomført eier/brukerskifte er et nødvendig vilkår for å få dispensasjon. Det vises særlig til nemndas uttalelse om at den «i praksis [har] lagt til grunn at det både må foreligge store kostnader og nylig gjennomført brukerskifte for at dispensasjon skal kunne innvilges». Konkret for denne saken skrev nemnda at «[s]iden det i [klagerens] tilfelle ikke nylig var gjennomført et brukerskifte, kunne uansett ikke kostnadene isolert sett gi [ham] dispensasjon».

Dette kan ikke være riktig rettsanvendelse. Verken forskriften selv, forarbeidene eller departementets fastsettelsesbrev sier at eierskiftet må ha skjedd i løpet av de siste 12 månedene for å være relevant, ei heller at eierskiftet må være «nylig». Det samme gjelder premissen om at «bare eier/brukerskifte fra og med februar 2002 kunne vektlegges». Klagenemnda har i redegjørelsene hit opplyst at kravet om at eierskiftet måtte ha funnet sted i løpet av de siste 12 måneder, ble stilt opp av SLF under praktiseringen av dispensasjonsbestemmelsen. Ut fra anvendelsen av kravet i den konkrete saken, og det som ellers er opplyst, må det legges til grunn at landbruksforvaltningen her har erstattet det brede skjønnet forskriften gir anvisning på, med en fastlåst regel. En slik praksis må anses som regelstridig. ...

Dispensasjonspraksis før departementets fastsettingsbrev synes å ha vært meget streng. Høye kostnader og eier/brukerskifter ble som nevnt ikke ansett som grunnlag for dispensasjon, og Klagenemnda har opplyst at dispensasjon kun ble gitt i et fåtall tilfeller. Det kan i seg selv neppe reises rettslige innvendinger mot at dispensasjonshjemmelen generelt blir praktisert restriktivt. En forutsetning er imidlertid at de hensyn som er relevante, blir vurdert. Det som er opplyst i saken her, synes å vise at også dispensasjonsvurderingen frem til departementets fastsettingsbrev, var for snever.

Etter mitt skjønn bygger det på en uriktig forståelse av regelverket når det i praksis synes å være lagt til grunn at det først var departementets fastsettingsbrev som åpnet adgang til å legge stor vekt på om det hadde funnet sted et eier/brukerskifte. Forskriften § 9 ble ... ikke endret i forbindelse med departementets regelverksgjennomgang, og har hele tiden gitt anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det fremgår både av departementets høringsbrev og fastsettingsbrev at kravet til 24 måneders sammenhengende leveranse virket uheldig, og at markedssituasjonen tillot en endret praksis. De hensynene som fastsettingsbrevet bygger på, gjorde seg med andre ord gjeldende også før brevet ble sendt ut, og må anses å ha vært relevante momenter i dispensasjonssaker like langt tilbake som de har gjort seg gjeldende.»

Ombudsmannen ba klagenemnda om å oppheve sitt vedtak og behandle saken på nytt.

Klagenemnda for kvoteordningen for melk opphevet sitt vedtak og fattet nytt vedtak, der klageren ble innvilget dispensasjon fra leveransekravet ved etablering av samdrift.

2. Fylkeslandbruksstyrenes begrunnelse av enkeltvedtak (Sak 2005/2095)

Gjennom klagebehandlingen her ble ombudsmannen oppmerksom på et tilbakevendende problem knyttet til behandlingen av klagesaker i fylkeslandbruksstyrene: Når styrene fatter vedtak som avviker fra fylkesmannens begrunnede innstilling, blir det vedtatte forslaget ikke alltid begrunnet i møteboken. I disse sakene kan det settes spørsmålstegn ved om kravet i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 24 første ledd, om at enkeltvedtak skal begrunnes, er oppfylt, alternativt om den begrunnelsen som eventuelt er gitt tilfredsstiller kravene i forvaltningsloven § 25.

På denne bakgrunn ble Landbruks- og matdepartementet spurt om det har foretatt seg noe for å sørge for at fylkeslandbruksstyrene begrunner sine vedtak i henhold til disse bestemmelsene. Videre ble departementet spurt om det vil foreta seg noe fremover for å sikre at fylkeslandbruksstyrenes vedtak er tilstrekkelig begrunnet, herunder sikre at nye medlemmer i styrene rutinemessig blir informert om begrunnelsesplikten.

Departementet svarte at saksbehandlerne hos fylkesmannen er blitt informert om plikten til å begrunne enkeltvedtak, og at det regelmessig er blitt satt fokus på «nødvendigheten av å få fram fylkeslandbruksstyrets begrunnelse for å innta et annet standpunkt enn det som er tilrådd». Denne informasjonen er blitt gitt til saksbehandlerne muntlig per telefon eller på fagsamlinger. Svaret ble herfra oppfattet slik at tilsvarende informasjonen kun er gitt enkelte styrer og da bare muntlig når styret selv har bedt om å få slik informasjon. Departementet opplyste at det har «ikke vært noen form for «obligatorisk opplæring» av nye styremedlemmer.» Avslutningsvis skrev departementet at det skal sørge for at fylkeslandbruksstyrenes begrunnelsesplikt «settes på dagsorden», så vidt skjøntes på den årlige fagsamlingen for saksbehandlerne på fylkesnivå.

På bakgrunn av dette, ba ombudsmannen departementet vurdere å innføre rutiner der fylkeslandbruksstyrene informeres skriftlig om begrunnelsesplikten, særlig ved valg av nye medlemmer. Han anga som et alternativ eller tillegg til dette å etablere rutiner der informasjon om begrunnelsesplikten inngår i innstillingen fra fylkesmannen.

Departementet svarte blant annet at det vil sørge for at Statens landbruksforvaltning (SLF) tar tak i denne problemstillingen. Vedlagt brevet hit fulgte kopi av brev fra departementet til SLF, der blant annet følgende fremgikk:

> «Vi ber SLF ta kontakt med samtlige fylkesmenn med sikte på å få dem til å utarbeide rutiner som sikrer at fylkeslandbruksstyrene begrunner sine vedtak på tilfredsstillende måte. Vi mener fylkesmannen bør gjøre det til en rutine kort å nevne i sin innstilling plikten til å begrunne enkeltvedtak.
>
> Det bør videre være slik at alle nye styremedlemmer gjøres kjent med begrunnelsesplikten.
>
> Til slutt ber vi om at begrunnelsesplikten settes opp som et eget punkt på årets fagsamling. ... Vi ser det som hensiktsmessig at representantene fra fylket kort redegjør for hva som er gjort med sikte på å følge opp dette.»

Etter dette fant ombudsmannen at saken kunne bero.

Ombudsmannen mottok senere kopi av brev fra SLF til fylkesmennene, der det ble vist til hovedpunktene i brevet fra departementet til SLF. Avslutningsvis uttalte SLF:

> «Fylkesmennene må etter dette utarbeide rutiner som sikrer at fylkeslandbruksstyrene begrunner sine vedtak på en tilfredsstillende måte.»

3. Stans i ventestønad – forvaltningspraksis ved sen innsending av meldekort (Sak 2005/1522)

A klagde til ombudsmannen etter at han hadde mottatt et vedtak om stans av ventestønad, jf. forskrift om arbeidsmarkedstiltak 20. desember 2001 § 10–10 tredje ledd og folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 4–20. Bortfall av ventestønad varer inntil nye rettigheter til dagpenger er opparbeidet, jf. forskriftens § 10–10. Begrunnelsen for vedtaket om stans av stønaden var at A hadde sendt et meldekort for sent i mai 2005. Klage- og ankekontoret la vekt på at A ikke hadde fremlagt tilstrekkelige bevis for at det aktuelle meldekortet var sendt i tide, og at det hadde sannsynligheten mot seg at meldekortet ble forsinket i posten. A fastholdt i klagen til ombudsmannen at han hadde sendt meldekortet innen fristen i en ordinær brevkonvolutt og i ordinær post. Ombudsmannen fant grunn til å undersøke klagen. Aetat Klage og ankekontoret ble bl.a. bedt om å redegjøre nærmere for om det alltid vil bli lagt til grunn at det er avsender som må dokumentere når et meldekort er sendt i posten. Brevet ble besvart av Aetat Arbeidsdirektoratet. I svarbrevet hit fremgikk bl.a.:

> «Aetat arbeidsdirektoratet ser at iverksettelse av stans i ventestønaden som følge av et for sent innsendt meldekort vil være en uforholdsmessig virkning, og har således sett nærmere på retningslinjene rundt stans i ventestønaden.
>
> I nytt rundskriv som ferdiggjøres av Arbeidsdirektoratet i løpet av desember 2005 er retningslinjene på dette punktet endret til følgende: *manglende tilmelding utover 4 uker uten godkjent, dokumentert fraværsgrunn, fører til varig stans/endelig bortfall av ventestønad. Ventestønaden kan i slike tilfeller ikke gjenopptas selv om vedkommende på et senere tidspunkt anses som reell arbeidssøker. Manglende tilmelding for et*

kortere tidsrom enn 4 uker, fører til trekk i utbetalingen for de aktuelle dagene, ikke varig bortfall.

I de nye retningslinjene er det tatt hensyn til at et isolert tilfelle av forsinket/utelatt innsendelse av meldekort ikke skal gi den uforholdsmessige store konsekvensen som et varig bortfall av ventestønaden vil være.

I saker hvor det er usikkert om et meldekort er innsendt rettidig skal det foretas en konkret vurdering av saken, og av de påstander som fremlegges. Søkerens meldehistorikk vil blant annet være et av kriteriene som vurderes i en slik sak. Hvis det foreligger ett isolert tilfelle av forsinket mottak av meldekort skal det utøves forsiktighet ved stans av ventestønaden. Det vil således ikke være noen automatikk i at enhver udokumentert påstand om forsinket eller bortkommet meldekort ikke vil bli tatt til følge.

Aetat legger til grunn at det er avsender som bærer risikoen for at et brev kommer frem til rett tid til riktig adressat. Hvis avsender derimot kan bevise at et meldekort er sendt rettidig (for eksempel ved en postkvittering), og/eller det kan dokumenteres at det har vært forsinkelser i postgang, vil dette anses som tilstrekkelig for at meldeplikten skal være oppfylt.»

I et avsluttende brev herfra til Aetat Arbeidsdirektoratet ble det vist til at direktoratet som følge av henvendelsen fra ombudsmannen hadde foretatt en gjennomgang av praksis og gjort endringer i retningslinjene med hensyn til hvilke forhold som tilsier stans i ventestønad. Det ble vist til at det – på bakgrunn av de endringer som var gjort – ikke var grunnlag for ytterligere undersøkelser herfra med hensyn til de generelle spørsmål som As klage hadde reist. Det ble samtidig vist til at ombudsmannen ikke hadde innvendinger mot at Aetat foretok en ny vurdering av As sak basert på de endrede retningslinjene, med mindre Aetat anså at hensynet til forbudet mot usaklig forskjellsbehandling av ventestønadsmottakere i samme eller lignende situasjon som A, tilsa noe annet. A hadde ellers opplyst at Aetat lokalt hadde innvilget hans søknad om gjenopptak av ventestønad. Aetat Arbeidsdirektoratet orienterte deretter ombudsmannen om at tidligere vedtak om stans av As ventestønad var omgjort og at det var fattet nytt vedtak om etterbetaling av ventestønad med unntak for den perioden A meldte seg for sent i mai 2005.

4. Skattedirektoratets instruks for skatteoppkrevere – gjennomføring av tvangsdekning der kravet er pantsikret ved utlegg eller på annen måte, og klage er sendt ombudsmannen (Sak 2005/2039)

Skattedirektoratet ble bedt om å vurdere om det ved en revisjon av direktoratets «Instruks for skatteoppkrevere» med merknader fra juli 2000 i forbindelse med ikrafttredelsen av den nye skattebetalingsloven 17. juni 2005 nr. 67, kunne sees nærmere på spørsmålet om å avvente gjennomføring av tvangsdekning i de situasjoner der det klages til ombudsmannen og der det utestående kravet er sikret ved utlegg eller på annen måte. Det ble vist til at det for krav som skal til behandling i ligningsnemnd, overligningsnemnd eller i rettsapparatet følger av merknadene til den nåværende instruksens § 4–4 nr. 1 at dekning bør avventes til endelig avgjørelse foreligger dersom kravet er sikret, men at det ikke fremgår at dette også gjelder ved klage til ombudsmannen.

Skattedirektoratet svarte:

«Direktoratet finner det rimelig at en klage til sivilombudsmannen likestilles med situasjonen der kravet er eller skal til behandling i likningsnemnd, overlikningsnemnd eller rettsapparatet i forhold til vurderingen av hvorvidt tvangsdekning av kravet bør avventes. Vi ønsker imidlertid å presisere at det unntaksvis kan tenkes situasjoner hvor det ikke er aktuelt å avvente videre tvangsdekning, jf. ordet «bør» i merknadene.

I forbindelse med utarbeidelse av ny eller revidert instruks som følge av ikrafttredelse av ny skattebetalingslov vil ovennevnte bli hensyntatt og innarbeidet.»

Ombudsmannen tok til etterretning at Skattedirektoratet – i denne sammenheng – vil likestille en klage til ombudsmannen med saker som skal til behandling ved domstolene ved utarbeidelse av en ny eller revidert instruks. Han fant etter dette å kunne avslutte saken.

5. Saker som er omtalt i kapittel V

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

7. Utsendelse av saksdokumenter til tredjepart (sak 2004/2331)
25. Ettergivelse av studielån ved fullført langvarig utdanning – normert tid for utdanning (sak 2006/1298)
32. Tildeling av behandlingshjelpemiddel – klagerett og klageinstans (sak 2005/903)
37. Avslag på søknad om barnetrygd ved opphold i USA – betydningen av at medlemskapet i folketrygden fulgte av trygdeavtalen mellom Norge og USA og ikke folketrygdlovens bestemmelser om medlemskap (sak 2005/452)
42. Kontroll av kommunikasjon med advokat i fengselsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå – prøveløslatelse – innsyn (sak 2005/1027)
49. Fastsetting av tilleggstid i botiden ved søknad om norsk statsborgerskap – betydningen av fellesdommer og deldommer (sak 2005/1856)
54. Taksering av seksjonerte boligeiendommer – klagebehandling og anvendelse av likhetsprinsippet (sak 2005/1227 og 2005/1163)

55. Begrunnelse av vedtak om eiendomsskatt (sak 2006/143)
58. Avgiftsfritak for reklametjenester for utenlandsk regning (sak 2004/3446)
80. Klagerett på avgjørelse fattet av Statskog etter seterforskriften (sak 2005/922)

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

Offentlighet i forvaltningen og rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter

1.
Innsyn i rapport fra overskattetakstnemnd

(Sak 2005/1985)

En rapport fra overskattetakstnemnda om takseringen i en kommune ble unntatt fra offentlighet som et internt dokument.

Ombudsmannen fant at det forelå begrunnet tvil knyttet til fylkesmannens konklusjon om at rapporten var utarbeidet for overskattetakstnemndas interne saksforberedelse. Ombudsmannen stilte også spørsmål om det var et reelt og saklig behov for å unnta dokumentet. Fylkesmannen omgjorde deretter avgjørelsen og etterkom begjæringen om innsyn i rapporten.

A ba om innsyn i en rapport utarbeidet av overskattetakstnemnda i en kommune. Rapporten var oversendt eiendomsskattekontoret i kommunen som vedlegg til et *«internt notat»*. Kommunen avslo As begjæring om innsyn. Det ble vist til at rapporten var unntatt offentlighet etter offentlighetsloven § 5 første ledd som et internt dokument. A påklaget avgjørelsen til fylkesmannen, som opprettholdt kommunens avslag på innsyn i rapporten.

A brakte deretter saken inn for ombudsmannen.

Saken ble herfra tatt opp med fylkesmannen. Til spørsmålet om overskattetakstnemnda og eiendomsskattekontoret i kommunen er samme organ, hadde fylkesmannen i brev til kommunen skrevet at «rapporten og følgebrevet gir rom for betydelig tvil om dokumentene er oversendt som ledd i Eiendomsskattekontorets arbeid for Overskattenemnda». Fylkesmannen ble bedt om å utdype dette. I fylkesmannens avgjørelse var det vist til eigedomsskattelova § 19. Det ble herfra påpekt at denne bestemmelsen ennå ikke hadde trådt i kraft, jf. eigedomsskattelova § 33 annet ledd, og bedt om fylkesmannens kommentarer.

Det ble videre bedt om fylkesmannens kommentarer til på hvilken måte rapporten måtte anses som utarbeidet for overskattetakstnemndas «interne saksforberedelse».

Det ble også bedt om at fylkesmannen kommenterte nærmere hva som lå i henvisningen i avgjørelsen til «behovet for å kunne holde dokumentene innenfor Overskattetakstnemndas fortrolighetssfære». Videre ble det herfra vist til at det etter vedtak fra formannskapet i kommunen ble utarbeidet en evaluering av eiendomsskattetakseringen m.v. i kommunen i 2002–2003, en evaluering som ligger offentlig tilgjengelig på kommunens nettsider. Det ble også vist til at det synes å være offentlig kjent at medlemmer av overskattetakstnemnda tidligere har kommet med kritikk mot måten omtakseringen ble gjennomført på. Fylkesmannen ble bedt om å kommentere hvilken betydning disse omstendighetene hadde for meroffentlighetsvurderingen.

Gjenpart av brevet herfra til fylkesmannen ble sendt til A, som kom med enkelte merknader i brev hit.

Fylkemannen besvarte foreleggelsen herfra. I brevet het det bl.a.:

> «Under punkt 1 bes det først om en utdyping av fylkesmannens utsagn om at *«rapporten og følgebrevet gir rom for betydelig tvil om dokumentene er oversendt som ledd i Eiendomsskattekontorets arbeid for Overskattetakstnemnda»*.
>
> Den tvil som fylkesmannen ved dette har gitt uttrykk for er knyttet til den konkrete vurderingen av om oversendelsen av den aktuelle rapporten skjedde til egen administrasjon. Fylkesmannen var ikke i tvil om det rettslige utgangspunktet eller det faktum som måtte legges til grunn for vurderingen. Ved vurderingen har fylkesmannen tatt utgangspunkt i objektivt konstaterbare forhold ved rapporten og overleveringen, samt opplysning fra kommunen om at rapporten ikke er sendt videre fra Eiendomsskattekontoret. Fylkesmannen kom til at disse forholdene samlet talte for at rapporten ble overlevert til egen administrasjon som et arbeidsdokument for vurdering og eventuell bearbeidelse og videresending.
>
> Til støtte for dette resultatet har jeg lagt vekt på at rapporten har fått en noe uferdig form og innhold. Både oppsettet, språket og enkelte deler av innholdet i rapporten synes således noe ubearbeidet for et dokument som er ment å gi uttrykk for Overskattetakstnemndas endelige syn på den gjennomførte takseringsprosessen.
>
> Etter fylkesmannens syn støtter omstendighetene rundt utarbeidelsen og oversendelsen av dokumentet dette. Fylkesmannen kan ikke se at rapporten er lagt fram til drøftelser eller votering i nemnda, og rapporten er bare påført nemndlederens navn og uten at den er underskrevet. Videre vil det faktum at rapporten ikke er oversendt eller lagt fram for Skattetakstnemndas kollegiale del eller andre organer, tyde på at oppfatningen i Eiendomsskattekontoret var at rapporten var ment som intern korrespondanse mellom Overskattetakstnemnda og dens administrasjon. Videre fant jeg grunn til å legge vekt på at følgebrevet

er stilet til Eiendomsskattekontoret – ikke Skattetakstnemnda – og dessuten benevnt internt notat. Innholdet i følgebrevet ellers har en noe uklar karakter, men det er etter fylkesmannens vurdering forenelig med en intensjon om at rapporten er lagt fram for egen administrasjon for nærmere vurdering.

Sivilombudsmannen spør videre om kommentarer til at fylkesmannen i sitt vedtak har vist til eigedomsskattelova § 19, selv om bestemmelsen til nå ikke er satt i kraft. Fylkesmannen har ved en inkurie tatt utgangspunkt i eigedomsskattelova § 19 ved vurderingen av om Overskattetakstnemnda er et særlovsorgan i forhold til kommunen. Jeg kan imidlertid ikke se at det ville ha ført til en annen konklusjon på dette spørsmålet om byskatteloven § 4, 2. ledd hadde blitt benyttet.

Endelig bes det under punkt 1 om fylkesmannens kommentarer til på hvilken måte rapporten må anses som utarbeidet for Overskattetakstnemndas interne saksforberedelse. Det framgår av vurderingen ovenfor at fylkesmannen har ansett rapporten for å være et foreløpig arbeidsdokument som skal vurderes nærmere og eventuelt bearbeides før rapportens innhold formidles til andre organer. Fylkesmannen har som følge av dette også lagt til grunn at rapporten er utarbeidet for Overskattetakstnemndas interne saksforberedelse.»

Om meroffentlighetsvurderingen skrev fylkesmannen bl.a.:

«Etter fylkesmannens vurdering hadde Overskattetakstnemnda et saklig og reelt behov for å unnta rapporten fra offentlighet. Dette behovet er knyttet til nødvendigheten av å ha en fortrolig og uformell utveksling av informasjon og synspunkter med nemndas egen administrasjon.

Den offentlige debatten om eiendomsskattetakseringen har etter fylkesmannens syn to betydninger i denne sammenheng. På den ene siden vil det være mindre grunn til å nekte innsyn i det allerede kjente innholdet i rapporten. Dette vil imidlertid i første rekke gjelde identifiseringen av problemområdene, og det vil likevel kunne være saklig grunn til å nekte innsyn i nemndas vurdering av disse problemområdene. Dessuten vil allmennhetens behov for innsyn begrenses ved at rapportens innhold til dels er kjent.

Samlet fant fylkesmannen at nemndas behov for intern utveksling av informasjon og synspunkter, veide tyngre enn allmennhetens interesse i å få tilgang til rapporten.»

A kom med merknader til fylkesmannens svar. A hadde innvendinger mot fylkesmannens begrunnelse for å unnta rapporten. A anførte bl.a. at objektive konstaterbare forhold ved rapporten «bekrefter at rapporten er en sluttrapport fra Sakkyndig ankenemnd (eller deler av denne) til sakkyndig nemnd/takstfolkene som skulle fortsette arbeidet med den løpende taksering av bl.a. nye eiendommer i tiden etter hovedomtakseringen fra årsskiftet 2002/2003 ble sluttført».

I e-brev hit oversendte A kopi av et brev fra leder av overskattetakstnemnda til en skattyter. I brevet uttales det bl.a.:

«Nemnda har ikke vedtatt at sluttrapporten skulle unntas fra offentlighet».

Kopi av dette brevet ble fra A også oversendt fylkesmannen. På denne bakgrunn ba fylkesmannen kommunen om å foreta en ny vurdering av om «rapporten fortsatt skal være unntatt fra offentlighet».

Fylkesmannen kom etter dette tilbake til saken i brev hit. Vedlagt fulgte kopi av svarbrev fra kommunen. Fra brevet til kommunen hitsettes:

«Etter sakkyndig ankenemnds brev ... har skattetakstkontoret tatt opp spørsmålet om offentlighet av nemndas rapport med leder for nemnda ... [Lederen] opplyser til skattetakstkontoret at brevet er slik å forstå at nemnda ikke har gjort noe vedtak om rapporten skal være offentlig eller ikke. Det vil si at det spørsmålet ikke har vært noe tema i nemndas arbeid med rapporten. Nemnda ser det ikke som sin oppgave å ta stilling til spørsmålet. Dette spørsmålet er således overlatt til rådmannen/skattetakstkontoret som har faglig kompetanse på området.

På bakgrunn av den avklaringen holder skattetakstkontoret fast på sin beslutning om at rapporten er unntatt offentlighet som et organinternt dokument.»

Fylkesmannen la etter dette til grunn at skattetakstkontoret, «som nemndas administrasjon, hadde selvstendig kompetanse til å ta stilling til begjæringer om innsyn i rapporten».

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen blant annet:

«1. Rettslige utgangspunkter

Utskriving av eiendomsskatt reguleres av eigedomsskattelova 6. juni 1975 nr. 29, og faller således utenfor anvendelsesområdet for ligningsloven 13. juni 1980 nr. 24, se denne lovs § 1–1. Bestemmelsen om taushetsplikt i ligningsloven § 3–13 er imidlertid gitt anvendelse for «tenestemenn og nemndmedlemar som er med på å skriva ut eigedomsskatt», jf. eigedomsskattelova § 29.

Etter eigedomsskattelova § 31 gjelder ikke forvaltningsloven 10. februar 1967 for forberedelse av saker etter eigedomsskattelova. Dette innebærer bl.a. at bestemmelsene om partsinnsyn etter forvaltningsloven §§ 18 flg. ikke får anvendelse. Eigedomsskattelova har imidlertid ingen tilsvarende bestemmelse når det gjelder offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69. Dette innebærer at offentlighetsloven som utgangspunkt gjelder, men med de begrensningene som følger av reglene om taushetsplikt i ligningsloven § 3–13, jf. offentlighetsloven § 5 a.

Herværende sak gjelder spørsmålet om rapporten fra overskattetakstnemnda kan unntas fra offentlighet etter bestemmelsen i offentlighetsloven § 5 første ledd. For at denne unntaksadgangen skal kunne benyttes må dokumentet være utarbeidet av et forvaltningsorgan for sin «interne saksforberedelse».

Dersom bestemmelsen er anvendelig, må det vurderes om dokumentet likevel skal gjøres kjent helt eller delvis, jf. offentlighetsloven § 2 tredje ledd.
---

3. Var rapporten utarbeidet for overskattetakstnemndas interne saksforberedelse?

Etter eigedomsskattelova § 1 første ledd er det kommunene som skriver ut eiendomsskatten. Det er kommunestyret som fastsetter hvilke eiendommer som skal takseres og hvordan takseringen skal gjennomføres. Eiendomsskattekontoret i kommunen skal være det organ i kommunen som «har med å skriva ut skatten», jf. § 1 tredje ledd. Kommunestyret i kommunen har opprettet en sakkyndig nemnd (skattetakstnemnda) som skal gjennomføre takseringen, og en overskattetakstnemnd som skal behandle klager over takseringene, jf. byskatteloven 18. august 1911 nr. 9 § 4 annet ledd. Dersom kommunen er uenig i den takseringen som har vært gjennomført, kan formannskapet, i tillegg til de skattepliktige, påklage de takster som sakkyndig nemnd fastsetter.

Overskattetakstnemnda er opprettet av kommunen i medhold av byskatteloven, og ikke i medhold av kommuneloven 25. september 1992 nr. 107. Nemnda er således et såkalt «særlovsorgan». Slike organer regnes som selvstendige organer i forhold til offentlighetsloven, og ikke som en del av kommunen, se St.meld. nr. 32 (1997–98) Om offentlighetsprinsippet i forvaltningen. På den annen side vil administrasjonen til særlovsorganet være en del av dette organet. Normalt vil særlovsorganet være knyttet til kommunens samlede administrasjon. Dette betyr at man i relasjon til offentlighetsloven § 5 første ledd må skille etter dokumenter som administrasjonen har utarbeidet som ledd i arbeidet for særlovsorganet og andre dokumenter. For sistnevnte dokumenter vil offentlighetsloven § 5 første ledd ikke være anvendelig.

Eiendomsskattekontoret er en del av kommunens administrasjon og fungerer som sekretariat for overskattetakstnemnda i de sakene nemnda er gitt kompetanse til å behandle. Dette betyr at korrespondansen mellom eiendomsskattekontoret og nemnda i forbindelse med nemndas arbeid i utgangspunktet vil falle inn under offentlighetsloven § 5 første ledd. Men dette gjelder bare så fremt dokumentene er utarbeidet som ledd i overskattetakstnemndas *interne saksforberedelse*. Spørsmålet om vi står overfor *samme organ* i offentlighetslovens forstand og spørsmålet om rapporten er utarbeidet som ledd i overskattetakstnemndas interne *saksforberedelse* vil således her i stor grad være to sider av samme sak.

Offentlighetsloven § 5 første ledd gir ikke selv noen nærmere veiledning om hva som skal anses som dokumenter utarbeidet for den «interne saksforberedelse». Opprinnelig lød bestemmelsen slik:

> «Unntatt fra offentlighet er ... [f]orslag, utkast, betenkninger og andre liknende arbeidsdokumenter, utredninger eller rapporter som det offentlige organ selv utarbeider...»

Senere endringer av den opprinnelige bestemmelsen har ikke tatt sikte på noen realitetsendring, men snarere på en mer sikker avgrensning.

Unntaket for organinterne dokumenter er i hovedsak begrunnet i behovet for å kunne føre en fortrolig og fri meningsutveksling innad i forvaltningsorganet under forberedelsen til et standpunkt. Det er også lagt vekt på behovet for klare ansvarsforhold utad, og at offentliggjøring av organinterne dokumenter vil kunne føre til at forvaltningen i større grad velger muntlige kommunikasjonsformer i stedet for skriftlige, se nærmere St.meld. nr. 32 (1997–98) s. 61.

Dette innebærer at det i første rekke er skriftlige fremstillinger på tidlige stadier i saksforberedelsen bestemmelsen tar sikte på. Behovet for unntak er videre størst før det er fattet en avgjørelse i saken. Dokumentet mister imidlertid ikke automatisk sin status som organinternt selv om det er truffet en endelig avgjørelse. Ordlyden og formålet med bestemmelsen tilsier at man i vurderingen av om dokumentet faller inn under offentlighetsloven § 5 første ledd ikke bare kan se hen til om dokumentet faktisk brukes for den interne saksforberedelsen. Man må også se hen til hva som var intensjonen med dokumentet da det ble utarbeidet, se for øvrig Frihagen, Offentlighetsloven I, s. 361. På den annen side vil ikke dokumentet lenger være organinternt dersom det faktisk sendes ut av organet, for eksempel som ledd i et annet organs saksforberedelse.

Det er ikke et vilkår at dokumentet er utarbeidet som ledd i forberedelsen av en enkeltsak. Unntaket omfatter også organets forberedelse av saker i alminnelighet.

En forutsetning for at dokumenter som sendes mellom eiendomsskattekontoret og overskattetakstnemnda skal kunne anses som interne dokumenter, må være at korrespondansen knytter seg til forberedelsen av saker som nemnda skal behandle og som ligger innenfor nemndas kompetanseområde. I motsatt fall kan det neppe sies at dokumentene er utarbeidet som ledd i overskattetakstnemndas saksforberedelse. Fylkesmannen legger i vedtaket vekt på at «rapporten har en form og et innhold som tyder på at den er utarbeidet også med tanke på Eiendomsskattekontorets forberedelse av klagesakene til Overskattetakstnemnda». Fylkesmannen skriver videre:

> «Rapporten framtrer således som en oppsummering av de momenter som Overskattetakstnemnda mener bør utbedres av administrasjonen før fremtidig taksering, forhold som også har betydning for Overskattetakstnemndas arbeid.»

Fylkesmannen har opplyst at rapporten ikke har vært sendt til andre organer enn eiendomsskattekontoret, og jeg legger dette til grunn. Det avgjørende er imid-

lertid om rapporten var *ment* for overskattetakstnemndas interne saksforberedelse.

Rapporten inneholder en oppsummering av Overskattetakstnemndas erfaringer med takseringsarbeidet i den perioden nemnda har vært i arbeid. Nemnda kommer også med enkelte forslag til «forbedringer med tanke på fremtidige takseringer». Meningen med rapporten synes å ha vært å påpeke feil og mangler med sikte på å unngå tilsvarende feil i fremtiden, jf. også innholdet i oversendelsesnotatet til eiendomsskattekontoret. Innholdet og kritikken som fremgår av rapporten synes imidlertid ikke å være rettet mot arbeidet i overskattetakstnemnda, men snarere mot det arbeidet som kommunen og skattetakstnemnda har ansvaret for. I den grad eiendomsskattekontoret er samme organ som overskattetakstnemnda, er dette utelukkende i egenskap av å fungere som sekretariat for nemnda i forhold til de saker nemnda skal behandle. Oversendelse av rapporten til eiendomsskattekontoret i egenskap av sekretariat for nemnda ville således hatt lite for seg dersom det var meningen å søke å bidra til forbedringer av takseringen i kommunen, et formål som altså synes å ha vært rapportens primære formål. Det naturlige ville ha vært å oversende rapporten til administrasjonen i kommunen, eventuelt skattetakstnemnda, til orientering og for eventuelle videre tiltak. Med det formål som kan utledes fra rapportens innhold, stiller jeg meg tvilende til at rapporten skulle ha vært utarbeidet for, og oversendt som ledd i, den interne saksforberedelsen i overskattetakstnemnda.

Fylkesmannen synes i svarbrevet hit å ha lagt til grunn at rapporten var ment for videresending til andre organer, men at den må anses som «et foreløpig arbeidsdokument som skal vurderes nærmere og eventuelt bearbeides før rapportens innhold formidles til andre organer».

Tittelen på dokumentet, «Rapport fra Sakkyndig ankenemd (Overskattetakstnemnda)», innholdet samt det forhold at dokumentet avsluttes med klare konklusjoner, taler etter mitt syn mot at dokumentet ble sendt eiendomsskattekontoret for videre bearbeidelse. Dokumentet fremstår snarere som et sluttprodukt fra overskattetakstnemndas side. Jeg kan for øvrig heller ikke se at rapporten er holdt i en form som skulle gjøre dokumentet uegnet for publisering.

Samlet sett, og ut fra hvordan rapporten objektivt sett fremstår, har jeg etter dette kommet til at det knytter seg begrunnet tvil til fylkesmannens konklusjon om at rapporten var utarbeidet for overskattetakstnemndas «interne saksforberedelse».

Det er etter dette ikke nødvendig for meg å se nærmere på fylkesmannens vurdering av om det forelå et reelt og saklig behov for å unnta rapporten, jf. for så vidt offentlighetsloven § 2 tredje ledd. Jeg nevner imidlertid at rapporten gjelder et forhold som har vært mye diskutert i kommunen og som må antas å ha stor offentlig interesse. Det er videre foretatt en utførlig evaluering av omtakseringen av et advokatfirma på oppdrag fra formannskapet, og som ligger fritt tilgjengelig på kommunens nettsider. Denne evalueringen omhandler flere av forholdene som er omtalt i rapporten. Det synes videre å være kjent at medlemmer av overskattetakstnemnda ved tidligere anledninger har uttalt seg kritisk til gjennomføringen av omtakseringen. Dette er alle forhold som etter min oppfatning taler mot at det skulle foreligge et reelt og saklig behov for å unnta dette dokumentet fra offentlighet.

Jeg må etter dette be fylkesmannen behandle saken på nytt.»

Fylkesmannen omgjorde etter dette avgjørelsen og etterkom As begjæring om innsyn i rapporten.

2.
Innsyn i dom i straffesak

(Sak 2005/2308)

Riksarkivaren nektet å gi en datter innsyn i en eldre straffedom mot hennes avdøde far.

Ombudsmannen kritiserte at det i begrunnelsen ikke var vist til det rettslige grunnlaget for avgjørelsen. Det var imidlertid ikke holdepunkter for å rette rettslige innvendinger mot Riksarkivarens avslag på innsyn i straffedommen. Det fremsto som uheldig at det i to tilnærmet like saker ble truffet vedtak av statsarkivene med ulikt utfall, uten at ombudsmannen kunne se at dette fikk noen innvirkning på resultatet i saken som var gjenstand for undersøkelse.

A ba om innsyn i straffedom X fra 1968. Straffedommen gjaldt As far. Statsarkivet i Trondheim la til grunn at A ikke hadde «rettslig interesse av saken» og avslo foreløpig innsynsbegjæringen. Saken ble tatt opp med Riksarkivaren som ikke betraktet henvendelsen som en klage, men ba Statsarkivet i Trondheim om å foreta en ny vurdering og fatte vedtak i saken. Statsarkivet i Trondheim ga etter dette A innsyn i straffedommen.

A anmodet deretter om innsyn i straffedom Y fra 1965. Denne straffedommen gjaldt også As far. I anmodningen var det blant annet vist til at innsyn var gitt i dom X. Statsarkivet i Oslo avslo anmodningen. Statsarkivet kunne «ikke se at Forvaltningsloven gir A rett til innsyn i sin avdøde fars dommer». Denne avgjørelsen ble påklaget til Riksarkivaren, som opprettholdt statsarkivets avslag.

På vegne av A klaget B Riksarkivarens avslag inn for ombudsmannen.

Avgjørelsen om å nekte innsyn i dom Y ble herfra tatt opp med Riksarkivaren. I vedtaket var det opplyst at Riksarkivaren som ankeinstans kan «prøve saksbehandlingen og lovforståelsen, ikke skjønnet, så lenge det er rimelig». Riksarkivaren ble bedt om å opplyse hva som er bakgrunnen for at det ble lagt til grunn at klageinstansen har en begrenset overprøvingsadgang. Da det ikke kunne sees å fremgå av vedtaket fra Statsarkivet i Oslo, ble det videre

bedt om en nærmere redegjørelse for det rettslige grunnlaget for Riksarkivarens avslag på innsyn i dommen. Det ble også bedt om en redegjørelse for hvilke hensyn det ble lagt vekt på i vurderingen av om innsyn skulle gis. Det ble videre bedt om Riksarkivarens kommentarer til Bs anførsel om at Riksarkivaren, ved å nekte innsyn i dommen, aksepterer at like tilfeller behandles ulikt, og at dette ikke er i samsvar med god forvaltningsskikk.

Riksarkivaren opplyste i svaret at det som i avgjørelsen ble sagt om prøving av skjønnet «dessverre [har] blitt noe uklart uttrykt ... Det som er ment, er at det skjønnet som er utøvet, framstår som så rimelig at Riksarkivaren ikke har sett noen grunn til å overprøve dette. Vi beklager denne uklarheten.»

Det ble videre fremholdt at begrunnelsen for vedtaket fra Statsarkivet i Oslo var lite presis. Det rettslige grunnlaget for avslaget ble av Riksarkivaren oppgitt å være forvaltningsloven § 13 første ledd, og vedtaket fra statsarkivet måtte forstås slik at det ikke er funnet hjemmel for å gjøre unntak fra taushetsplikten, et synspunkt Riksarkivaren var enig i. Når det gjelder den nærmere vurderingen av unntaksbestemmelsen i forvaltningsloven § 13 bokstav a nr. 3, opplyste Riksarkivaren:

> «Denne bestemmelsen åpner for en del skjønn, men Riksarkivaren har alltid vært av den oppfatning at eventuell tvil skal komme den til gode som måtte ha et krav eller behov for beskyttelse. En avdød person antas også å ha krav på beskyttelse. Taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd er som kjent knyttet til opplysningens alder ... ikke til eventuell dødsdato for den det gjelder. I dette tilfellet er det opplyst at avdøde også har etterlatt seg flere barn, som på sin side ikke kan utelukkes å ha en berettiget interesse i at opplysningene blir ansett som taushetsbelagte.»

Riksarkivaren opplyste videre at forvaltningsloven § 13 bokstav b nr. 1 i enkelte tilfeller kan gi hjemmel for å gi barn av avdøde innsyn i ellers taushetsbelagte opplysninger, og at det var denne bestemmelsen Statsarkivet i Trondheim hadde anvendt for å gi innsyn. Riksarkivet opplyste imidlertid at det for Statsarkivet i Oslo ikke forelå «opplysninger som skulle tilsi at det var aktuelt å vurdere denne hjemmelen», og at det var «uklart for Riksarkivaren hvilke opplysninger Statsarkivet i Trondheim bygget på når man har funnet det rimelig å anvende forvaltningsloven § 13 b nr. 1 som hjemmel for å gi innsyn i dette tilfellet.»

Når det gjaldt Bs anførsel om at like tilfeller var behandlet ulikt, erkjente Riksarkivaren at «de to statsarkivene har kommet til forskjellig resultat i to saker som er ganske like». Det ble imidlertid fremholdt at dette er noe som kan skje, all den tid det utøves skjønn. Men Riksarkivaren understreket at Arkivverkets vedtak skal være forutsigbare så langt det er mulig, og at det derfor «gjennom mange år [har] vært drevet intern opplysnings- og kursvirksomhet med dette for øye, og dette arbeidet vil fortsette kontinuerlig». Riksarkivaren bemerket avslutningsvis:

> «Riksarkivaren kunne opprettholde et vedtak han etter vurdering måtte si seg enig i, og dermed risikere å komme i motstrid med et vedtak fattet av et underordnet organ, eller omgjøre et vedtak han i utgangspunktet var enig i, for på den måten å komme på linje med et vedtak som etter de opplysninger som forelå, kunne vært tvilsomt. Riksarkivaren valgte den første løsningen.»

B kom deretter med merknader til Riksarkivarens svar. Det ble blant annet opplyst at C kunne «forsikre Riksarkivaren om at det ikke finnes etterlate etter [As far] som vil motsette seg at A får innsyn i den aktuelle dommen fra Asker og Bærum forhørsrett». Det ble videre fremholdt at Statsarkivet i Oslo var klar over avgjørelsen fra Statsarkivet i Trondheim, og at dersom man mente det manglet opplysninger som Statsarkivet i Trondheim hadde bygget på, måtte det være naturlig å skaffe til veie disse opplysningene. B mente også, i motsetning til Riksarkivaren, at Riksarkivarens brev til Statsarkivet i Trondheim «inneholdt ... en klar føring for den fornyede behandlingen». Avslutningsvis bemerket B at hemmeligholdelsen av dom Y hos A «har sådd en mistanke om at forhørsrettsdommen skjuler forhold som er langt mer graverende enn hva hun ut fra øvrige opplysninger har grunn til å tro».

Riksarkivaren kom med merknader til Bs brev. Når det gjaldt spørsmålet om det forelå gjenlevende personer som kan ha interesse av hemmelighold, antok Riksarkivaren at undersøkelsesplikten etter forvaltningsloven § 17 første ledd ikke strekker seg så langt som til at dette forholdet måtte undersøkes nærmere. Det ble videre fremholdt at dette uansett ikke hadde vært avgjørende for avgjørelsen. Riksarkivaren opplyste videre at Statsarkivet i Oslo ikke hadde grunn til å tro at Statsarkivet i Trondheim hadde bygget på andre faktiske opplysninger i avgjørelsen.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Rettslige utgangspunkter

Allmennhetens rett til utskrift av avsluttede straffedommer reguleres i utgangspunktet av straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 28 annet ledd. Nærmere regler om dette er gitt i forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 (påtaleinstruksen) kapittel 4. Arkiverte straffedommer skal imidlertid normalt etter 25–30 år avleveres til Arkivverket, jf. arkivlova 4. desember 1992 nr. 126 § 10, jf. forskrift 11. desember 1998 nr. 1193 om offentlege arkiv § 5–2 første ledd. Etter denne avleveringen vil straffedommene være underlagt de regler som gjelder for Arkivverkets saksbehandling, jf. for så vidt arkivlova § 10 fjerde ledd. Sammenhengen i regelverket tilsier at bestemmelsene i straffeprosessloven § 28 dermed ikke får direkte

anvendelse på dokumenter som er avlevert Arkivverket. Dette innebærer at en innsynbegjæring rettet til Arkivverket må behandles og avgjøres etter de alminnelige reglene i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 og forvaltningsloven 10. februar 1967, jf. også ombudsmannens uttalelse gjengitt i årsmeldingen for 2003 side 66. På den annen side vil bestemmelsene i straffeprosessloven § 28, og hensynene bak disse, kunne tenkes å komme inn som tolkningsmomenter ved anvendelsen av offentlighetsloven og taushetspliktbestemmelsene i forvaltningsloven.

Begrunnelsen for vedtaket

Riksarkivaren har i brev hit lagt til grunn at bestemmelsene om partsinnsyn i forvaltningsloven §§ 18 flg. ikke får anvendelse i saken. Dette er jeg enig i. Det betyr at en eventuell innsynsrett for datteren i straffedommen må følge av reglene i offentlighetsloven.

Det følger av offentlighetsloven § 9 annet ledd at forvaltningsorganet ved et avslag skal vise til den bestemmelsen som er grunnlag for avslaget. Det følger videre av bestemmelsens annet punktum at dersom «grunnlaget for avslaget [er] lovens § 5 a, skal forvaltningsorganet også vise til den eller de bestemmelsene som er grunnlag for taushetsplikten».

Verken Statsarkivet i Oslo eller Riksarkivaren har i vedtakene oppgitt noen hjemmel for avslaget på innsynbegjæringen, noe som gir grunn til kritikk. Jeg ber om at Riksarkivaren merker seg dette for fremtidige saker.

Innsyn i straffedommen

Riksarkivaren har opplyst hit at hjemmelen for avslaget på anmodningen om innsyn var forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Jeg er enig i at innholdet i dokumentene omfattes av begrepet «noens personlige forhold», slik at Arkivverket i utgangspunktet har taushetsplikt med hensyn til opplysningene. Spørsmålet blir så om det foreligger begrensninger i taushetsplikten som kan gi hjemmel for å gjøre opplysningene kjent for datteren.

Forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 1 forutsetter at datteren kan anses som «part», eventuelt en representant for parten. Slik saken er opplyst, har jeg ikke holdepunkter for å kritisere Riksarkivaren for å ha lagt til grunn at denne bestemmelsen ikke får anvendelse i saken. Et annet spørsmål er om opplysningene kan gjøres kjent for datteren i medhold av forvaltningsloven § 13 a nr. 1. Det er et vilkår at opplysningene «direkte gjelder» datteren. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at unntaket er ment å gi adgang til å gjøre opplysningene kjent for de samme personene man måtte ha innhentet samtykke fra hvis opplysningene skulle vært gitt til utenforstående, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) side 28–29. Jeg kan ikke se at opplysningene i dommen er av en slik karakter at de «direkte gjelder» datteren.

Riksarkivaren har lagt til grunn at begrensningen i forvaltningsloven § 13 a nr. 3 var mest nærliggende å vurdere i saken. Etter denne bestemmelsen kan opplysningene brukes når «ingen berettiget interesse tilsier at de holdes hemmelig». Som eksempel på slike tilfeller nevner lovstedet selv «når de er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder». For øvrig må det legges til grunn at bestemmelsen åpner for en helhetsvurdering av hvorvidt ingen berettiget interesse tilsier at opplysningene holdes hemmelig, og at styrken av de hensyn som taler for at taushetsplikten bør vike kan få betydning i grensetilfeller, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) side 28.

Slik saken er opplyst for meg, legger jeg til grunn at opplysningene i dom Y ikke *er* alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder. I denne sammenheng kan det ikke anses å ha betydning at straffedommen i sin tid kunne ha vært gjort kjent etter andre bestemmelser. Opplysningene i en dom er heller ikke alminnelig kjent selv om datteren vet at faren er straffedømt og for hvilke lovbrudd, så lenge opplysningene for øvrig ikke er alminnelig kjent. Jeg nevner for ordens skyld at Bs anførsel om at hemmelighold vil kunne bidra til en mistanke om at straffedommen inneholder «forhold som er langt mer graverende enn hva hun ut fra øvrige opplysninger har grunn til å tro», ikke kan tillegges stor vekt. En slik mistanke vil alltid kunne oppstå der innsyn avslås i identifiserbare dokumenter. Den tid som har gått kan heller ikke sees å være avgjørende i vurderingen av om «ingen berettiget interesse» tilsier hemmelighold. Det samme gjelder det faktum at den straffedømte er død, da det må legges til grunn at avdøde har et krav på vern.

Et spørsmål er om hensynene bak straffeprosessloven § 28 annet ledd får betydning i vurderingen av om datteren kan gis innsyn i dommen. I medhold av denne bestemmelsen kan «enhver» kreve utskrift av en dom i en bestemt straffesak. Kravet gjelder bare der det ikke gjelder forbud mot offentlig gjengivelse av dommen, noe som så vidt jeg kan se ikke gjelder for straffedommen i herværende sak. Det fremgår imidlertid av bestemmelsens annet punktum at kravet «alltid kan avslås hvis dommen er eldre enn fem år». Hensynet bak allmennhetens tilgang til straffedommer er først og fremst å sikre en offentlig kontroll med straffeprosessen, samt å bidra til å sikre en rettferdig rettergang, jf. også Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6. Reglene er ikke gitt «for å sikre allmennheten et generelt innsyn i hvilken grad personer er straffedømt», jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) kapittel 4.8.4. Det fremgår av de samme forarbeidene at retten til innsyn i straffedommer kan gripe inn i hensynet til personvern:

> «Ut fra personvernhensyn bør retten til innsyn i straffedommer ikke gjelde for dommer over en viss alder. Hvor grensen skal settes, blir et skjønnsspørsmål. Departementet foreslår en fem-års grense.»

Bestemmelsen om at krav om utskrift alltid kan avslås hvis dommen er eldre enn fem år, er ment å ivareta hensynet til personvernet. Men utskrift kan gis også etter dette tidspunktet. Det vises i denne sammenheng til Innst. O. nr. 28 (1998–99), der Justiskomiteen påpeker «at domstolene bør være tilbakeholdne med å avslå slike søknader fra media, dersom det gis aktverdige grunner for søknaden». Så vidt jeg kan se, beror dermed adgangen til å få utskrift av eldre straffedommer på en konkret, skjønnsmessig vurdering. Jeg antar at de momenter som er relevante etter straffeprosessloven § 28 annet ledd også vil ha betydning i en vurdering etter forvaltningsloven § 13 a nr. 3. Jeg kan derfor ikke se at hensynene bak regelen i straffeprosessloven § 28 annet ledd i denne saken skulle gi datteren noen ytterligere rett til innsyn utover det som følger av forvaltningslovens begrensninger i taushetsplikten.

Avgjørelsen av om datteren skal gis innsyn i straffedommen beror altså i stor grad på skjønn. Slike skjønnsmessige avgjørelser kan ombudsmannen bare kritisere dersom det er lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn eller avgjørelsen fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Med den redegjørelse som Riksarkivaren har gitt, legger jeg til grunn at det for avgjørelsen om å nekte innsyn ikke er lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn. Jeg kan heller ikke se at det foreligger andre feil ved avgjørelsen som skulle kunne gi grunnlag for å karakterisere den som ugyldig. Slik saken er opplyst, har jeg heller ikke holdepunkter for at avgjørelsen vil fremstå som «klart urimelig».

Et spørsmål som har vært reist i saken, er om det forhold at det er gitt innsyn i dom X skulle ha ført til at det også måtte gis innsyn i dom Y. Riksarkivaren har medgitt at «de to statsarkivene har kommet til forskjellig resultat i to saker som er ganske like». Jeg er enig i dette, og vil for egen del tilføye at det fremstår som uheldig at disse to sakene har endt opp med ulikt resultat. Det er imidlertid vanskelig å se at et resultat i den ene saken, som Riksarkivaren i etterkant har sagt seg uenig i, skulle kunne binde Riksarkivaren i forhold til utfallet i annen, tilsvarende sak. Jeg vil imidlertid minne om viktigheten av at Riksarkivaren kontinuerlig arbeider for å sikre at saksbehandlingen og skjønnsutøvelsen er mest mulig lik i de underordnete instanser, slik at borgerne i større grad kan forutberegne sin rettsstilling.

Konklusjon

Det gir grunn til kritikk at det i begrunnelsen ikke var vist til det rettslige grunnlaget for avgjørelsen. Jeg har imidlertid ikke funnet holdepunkter for at det kan rettes avgjørende rettslige innvendinger mot at Riksarkivaren avslo å gi datteren innsyn i straffedommen. Det fremstår som uheldig at avgjørelsene fra Statsarkivet i Trondheim og Statsarkivet i Oslo hadde ulikt utfall, uten at jeg dermed kan se at dette kan få noen innvirkning på resultatet i saken som har vært gjenstand for undersøkelse her.»

3.

Innsyn i hjelpeverges regnskaper for avdød person

(Sak 2006/161)

En arving (avdødes sønn) ba om innsyn i regnskapene som hjelpevergen hadde utarbeidet for moren de siste leveårene. Moren hadde sittet i uskiftet bo. Arvingen anførte at morens formue var blitt betydelig redusert de siste årene. Overformynderiet og fylkesmannen avslo kravet med en generell henvisning til en tidligere ombudsmannsuttalelse.

Ombudsmannen uttalte at innsynsspørsmålet må avgjøres etter en konkret interesseavveining, der det blant annet er relevant hvorvidt avdødes formue ble betydelig redusert de siste årene, og at avdøde satt i uskiftet bo. Fylkesmannen hadde ikke foretatt en tilstrekkelig bred vurdering av spørsmålet om det bør gis rett til innsyn i regnskapene. Etter en ny vurdering kom overformynderiet til at arvingen skulle gis innsyn i hjelpevergeregnskapet.

Klagerens mor satt i uskiftet bo da hun ble innlagt på aldershjem. Datteren (klagerens søster) ble oppnevnt som hjelpeverge i økonomiske saker. I forbindelse med utnevnelsen skal klageren (A) ha opplyst at han ønsket å motta månedlige bankutskrifter fra morens konto fra hjelpevergen. Dette ble ikke fulgt opp. Da moren døde ble det åpnet offentlig skifte i boet. I forbindelse med skiftebehandlingen ba A overformynderiet om innsyn i hjelpevergens regnskaper. Det fremgår av sakens dokumenter at grunnlaget for innsynskravet var ligningsopplysninger der det fremgår at morens formue var blitt redusert de siste årene. Innsynskravet ble avslått av overformynderiet, og stadfestet av fylkesmannen. Ved behandlingen av saken ble avslaget begrunnet med en generell henvisning til ombudsmannens uttalelse i en lignende sak, gjengitt i ombudsmannens årsmelding fra 1997 på side 102.

A brakte saken inn for ombudsmannen, og ba blant annet om en vurdering av om han hadde rett til innsyn i hjelpevergens regnskaper.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere, og det ble stilt enkelte spørsmål til fylkesmannens behandling av saken. Det ble vist til anførslene fra A om at morens formue ble betydelig redusert de siste årene hun levde, og at dette var et argument for å gi innsyn i regnskapene. Idet fylkesmannen ikke kunne sees å ha vurdert dette aspektet ved saken, ble det stilt spørsmål om det er fylkesmannens vurdering at avdødes formue ble betydelig redusert i løpet av kort tid. Fylkesmannen ble videre bedt om å kommentere om dette elementet i så fall kunne eller skulle tillegges vekt ved avgjørelsen av innsynsspørsmå-

let. Eventuelle andre, mer generelle merknader til problemstillingen ble også bedt utdypet.

I fylkesmannens svarbrev ble det gitt følgende opplysninger:

> «Fylkesmannen ser at hjelpevergen har brukt relativt mye penger. Vi har imidlertid ikke vurdert konkret om forbruket har vært høyere enn det som kan forsvares. Vi er ikke kjent med hvilket forbruk den hjelpetrengende hadde før hun kom på institusjon og det er derfor vanskelig å si om forbruket har vært større enn det som var forsvarlig etter at hun kom på institusjon. Vi har dessuten forstått av uttalelse fra hjelpevergen at B har vært vant til et visst forbruk.
>
> Når vi konkluderte med at A ikke fikk innsyn i hjelpevergeregnskapene, var det ikke spesielt vurdert i forhold til Justisdepartementets rundskriv om dødsboskifte. Vi er imidlertid kjent med at overformynderiet i samarbeid med revisjonen arbeider «for å få klarhet i et relativt høyt forbruk av penger». Dette fremgår av overformynderiets sak .... Det fremgår her også at hjelpevergens regnskap for 2003 og 2004 ennå ikke er godkjent. Fylkesmannen har vært i telefonisk kontakt med overformynderiet i X som bekrefter at undersøkelsene av regnskapene fortsatt er under arbeid og at de ikke er godkjent.
>
> Vi ser det slik at det på det nåværende tidspunkt ikke er konkrete holdepunkter for å kritisere hjelpevergen. Dersom overformynderiets undersøkelser skulle avdekke kritikkverdige forhold, vil det imidlertid være aktuelt å vurdere spørsmålet om innsyn på nytt.»

Klageren kommenterte overformynderiets og fylkesmannens behandling av saken som gjelder godkjennelse av regnskaper.

Fylkesmannen opplyste deretter at det var korrekt at fylkesmannen foreløpig ikke hadde foretatt noen selvstendige undersøkelser av hjelpevergeregnskapet, idet overformynderiet ikke hadde ferdigbehandlet saken.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Saken gjelder spørsmålet om en arving har krav på innsyn i hjelpevergens regnskap for avdøde. Jeg har tidligere, i sak 97/0569, gjengitt i årsmeldingen for 1997 på side 102, drøftet et lignende spørsmål. Den saken gjaldt arvingers krav om innsyn i vergens regnskap for en avdød, umyndiggjort person. Jeg uttalte da at arvinger i en slik sak ikke kunne betraktes som parter etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav e), og at et innsynskrav derfor ikke kunne hjemles i forvaltningsloven §§ 18 flg. Jeg vurderte også om offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 kunne hjemle innsynskravet, men fant at vergens regnskaper var underlagt lovbestemt taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Jeg vurderte deretter om det var grunnlag for å gjøre unntak fra taushetsplikten. Fra uttalelsen sitere:

> «Spørsmålet er dermed om taushetsplikten etter fvl. § 13 første ledd nr. 1 gjelder i mindre grad overfor arvingene enn overfor folk flest.
>
> Etter fvl. § 13 a nr. 1 er ikke taushetsplikten til hinder for at opplysningene gjøres kjent for dem de direkte gjelder. Vurderingen her må imidlertid bli den samme som ved vurderingen av om arvingene er parter.
>
> Etter fvl. § 13 a nr. 3 gjelder ikke taushetsplikten dersom ingen berettiget interesse tilsier at opplysninger holdes hemmelig. Prinsipielt kan det at den som beskyttes er død, og arvingen(e) ber om innsyn (eller samtykker i innsyn), være et argument for at vilkåret anses oppfylt.
>
> Spørsmålet om taushetsplikt for avdødes personlige forhold i relasjon til arvingene er lite utredet i norsk rett. Spørsmålet kan antakelig ikke besvares generelt, men må avgjøres etter en avveining i det enkelte tilfellet. Fylkesmannen har lagt til grunn at taushetsplikten gjelder i saken her, og ut fra det foreliggende materiale har jeg ikke noe å innvende mot dette. Unntak kan gjelde i spesielle tilfeller, jf. Justisdepartementets rundskriv Dødsboskifte, G-0203 B s. 7–8.»

I nevnte rundskriv, punkt 4.2, heter det bl.a. følgende om arvingers innsynsrett i opplysninger om personlige forhold:

> «Når det gjelder opplysninger om avdødes økonomiske forhold, bør de gjeldsovertakende arvingene kunne gis fullmakt til å innhente ligning for det seneste året. Når det gjelder de foregående år må skifteretten være restriktiv. Det er normalt arvingene uvedkommende hvordan avdøde selv i levende live forbrukte og anvendte sin formue. Men det kan være grunner til å gjøre unntak fra ovennevnte, f.eks. dersom avdøde satt i uskiftet bo, eller var gammel og syk og formuen i løpet av kort tid er blitt betydelig redusert.»

Jeg finner det klart at hjelpevergens regnskaper i vår sak inneholder opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Det relevante rettslige grunnlaget for begrensninger i taushetsplikten må i denne saken være forvaltningsloven § 13 a nr. 3, som lyder slik:

> «Taushetsplikt etter § 13 er ikke til hinder for:
> ---
> 3. at opplysningene brukes når ingen berettiget interesse tilsier at de holdes hemmelig, f.eks. når de er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder.»

I forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 3 (1976–1977), heter det i pkt. 3.3.3:

> «Som nevnt i høringsnotatet må det foretas en helhetsvurdering av hvorvidt ingen berettiget interesse tilsier at opplysningene holdes hemmelig. Det kan ofte være vanskelig å vurdere hva som er en berettiget interesse, jfr. pkt. 3.2.4. om kildebeskyttelse. I grensetilfelle må det være en viss adgang til å legge vekt på styrken av de hensyn som taler for at taushetsplikten bør vike. Men dersom det virkelig foreligger en berettiget interesse i hemmelighold, kan taushetsplikten ikke settes til side i medhold av § 13 a nr. 3 etter en konkret interesseavveining.»

Vurderingstemaet etter denne bestemmelsen er knyttet til interessene til den som har krav på hemmelighold. Forarbeidene åpner imidlertid for at hensynene for å begrense taushetsplikten kan få betydning i «grensetilfeller». Jeg antar at det her siktes til situasjoner der det av ulike grunner kan være vanskelig å avklare om det foreligger en berettiget interesse i hemmelighold, eller der det er tvil om hvorvidt en interesse i hemmelighold er berettiget. Jeg vil i det følgende se nærmere på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i herværende sak.

Det må innledningsvis presiseres at opplysningene i regnskapene ikke omhandler hjelpevergens personlige forhold. Den som har krav på hemmelighold i denne saken er avdøde, ikke hjelpevergen. Hvorvidt hjelpevergen samtykker til innsyn i avdødes regnskaper eller ikke, er derfor uten betydning for taushetspliktvurderingen.

Når det gjelder avdødes interesse i hemmelighold, er det alminnelige utgangspunktet i norsk rett at også avdøde har krav på vern om sine personlige forhold. Slik jeg ser det, kan imidlertid vurderingen av spørsmålet om berettiget interesse falle annerledes ut for en avdød som var senil dement, og som hadde oppnevnt hjelpeverge eller verge, enn for andre, friske personer. Uansett kan avdødes situasjon de årene regnskapene gjelder for gjøre det vanskelig å si noe sikkert om hennes berettigede interesse i å holde opplysningene i regnskapene hemmelig.

I denne saken er det på det rene at avdøde var gammel og syk, og at hun på grunn av svekkelsen hadde fått oppnevnt hjelpeverge til å ta hånd om sine økonomiske anliggender. Klageren har pekt på at det fremkommer av utskrifter av morens ligninger for de siste årene at det har skjedd en betydelig og uforklarlig formuesreduksjon i størrelsesorden kr 300 000 etter at moren fikk oppnevnt hjelpeverge. Han har vist til at de siste bankutskriftene viser et betydelig privat forbruk, og at dette forbruket er uforklarlig, idet moren var på aldershjem og fullstendig hjelpetrengende. Etter spørsmål herfra har fylkesmannen bekreftet at hjelpevergens regnskaper for de seneste årene foreløpig ikke er godkjent av overformynderiet. Det er videre opplyst at overformynderiet anser at avdødes forbruk var relativt høyt, uten at det foreløpig er gitt noen konklusjoner på hvorvidt dette skyldes kritikkverdige forhold hos hjelpevergen.

Dersom det er riktig at det skjedde en relativt betydelig reduksjon i avdødes formue i de årene hun hadde oppnevnt hjelpeverge, er dette forhold som kan tale mot at det foreligger en berettiget interesse i hemmelighold. Det vises i denne sammenheng til at avdødes antatte vilje vil kunne trekkes inn i vurderingen av hvorvidt avdøde hadde, og fortsatt har en berettiget interesse i hemmelighold. Dette vurderingstemaet er for eksempel relevant for taushetspliktvurderingen etter helsepersonelloven. Det heter i helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 24, om opplysninger etter en persons død, at:

> «Taushetsplikt etter § 21 er ikke til hinder for at opplysninger om en avdød person gis videre dersom vektige grunner taler for dette. I vurderingen av om opplysninger skal gis, skal det tas hensyn til avdødes antatte vilje, opplysningenes art og de pårørende og samfunnets interesser.»

I saker der en hjelpeverge eller verge har utnyttet avdødes hjelpeløse stilling til egen økonomiske vinning, eller det er grunn til mistanke om slike forhold, er det grunn til å anta at det ville vært avdødes vilje at det ble åpenhet om hjelpevergens regnskaper.

Vurderingen av om det er korrekt at det i dette tilfellet har skjedd en betydelig reduksjon av avdødes formue, og hvilken betydning dette eventuelt skal ha for spørsmålet om innsyn, må foretas av overformynderiet, eventuelt fylkesmannen i forbindelse med vurderingen av innsynsbegjæringen. Jeg har ikke grunnlag for å uttale meg konkret om denne vurderingen. Jeg vil imidlertid peke på at det må legges en *objektiv* norm til grunn for vurderingen av en eventuell formuesreduksjon.

Når det gjelder de hensyn som taler for at taushetsplikten bør vike, antar jeg, som nevnt i ombudsmannsuttalelsen fra 1997, at de momenter som er fremhevet i Justisdepartementets rundskriv G-0203 B om dødsboskifte, kan være relevante for vurderingen. I dette rundskrivet er det fremhevet at uskifte, og at avdøde var gammel og syk, og formuen i løpet av kort tid er blitt betydelig redusert, er momenter som kan tale for at taushetsplikten ikke gjelder i forhold til arvingene. Jeg har ovenfor redegjort for betydningen av en eventuell reduksjon av avdødes formue i forhold til avdødes behov for hemmelighold. En slik objektiv reduksjon av formuen vil altså også kunne tale for at arvingen gis innsyn i regnskapene.

Videre taler det for å gi arvinger innsyn i regnskapene at avdøde satt i uskiftet bo. I den nevnte saken fra ombudsmannens årsmelding fra 1997 var dette ikke tilfellet. Det er på det rene at arvinger i henhold til et uskiftet bo har en annen stilling, rettslig sett, enn arvinger i andre boer. Gjenlevende må på sett og vis anses å forvalte førsteavdødes formue på vegne av arvingene. Selv om gjenlevende har relativt stor frihet til å forvalte formuen fritt, foreligger det visse muligheter for arvingene til å gripe inn i forhold til gjenlevendes forvaltning av uskiftemidlene. Blant annet har arvinger etter arveloven 3. mars 1972 nr. 5 § 24 annet ledd rett til å kreve skifte av boet når gjenlevende «fer misleg åt så buet minskar unødig eller blir utsett for vesentleg minking». Det skal riktignok mye til for å nå fram med et slikt krav, men det viser at lovgiver prinsipielt sett ser annerledes på uskiftede boer.

Et argument som, generelt sett, taler for å nekte innsyn i økonomiske opplysninger om avdøde, er at det finnes et uavhengig, offentlig organ som er pålagt å kontrollere at hjelpevergen har utført sitt verv i tråd med oppdraget. Det ligger til overformynderiets oppgaver å kontrollere at hjelpevergen ikke har misbrukt klientens midler, og å godkjenne hjelpever-

gens regnskaper. Når det finnes et slikt kontrollorgan, er dette et moment som tilsier at *behovet* for å gi arvinger innsyn i regnskapene ikke er så sterkt som i saker der overformynderiet ikke er inne. I den grad overformynderiet utfører kontrollarbeidet på en forsvarlig måte, skulle det i prinsippet ikke være behov for å gi arvinger innsyn i hjelpevergens regnskaper for å kunne avdekke mislige forhold. Jeg finner imidlertid at dette argumentet ikke er tilstrekkelig sterkt til alene å avskjære muligheten for innsyn for arvinger. Arvingen kan ikke betraktes som helt uvedkommende de handlinger og disposisjoner som hjelpevergen har foretatt på vegne av avdøde, slik at arvingen kan ha en selvstendig interesse i å se regnskapene.

Slik saken er opplyst, er jeg i tvil om det foreligger en slik berettiget interesse i hemmelighold at anmodningen om innsyn må avslås. Slik denne saken ligger an, og særlig sett hen til at begjæringen om innsyn gjelder opplysninger om hvordan en hjelpeverge/arving har disponert midler til en person som satt i uskiftet bo, antar jeg at det dermed er en viss adgang til også å sen hen til styrken av de hensyn som taler for begrensninger i taushetsplikten.

Hvorvidt taushetsplikten i denne saken skal begrenses, beror etter dette på en konkret interesseavveining, der interessene som taler for hemmelighold må veies mot styrken av de hensyn som taler for å oppheve taushetsplikten. Jeg kan ikke se at fylkesmannen har foretatt en tilstrekkelig bred vurdering av de relevante momentene i saken. Fylkesmannen har i brevet hit 9. mars 2006 pekt på at det vil være aktuelt å vurdere spørsmålet om innsyn på nytt dersom overformynderiets undersøkelser avdekker kritikkverdige forhold. Jeg kan ikke se at det er adgang til å avvente behandlingen av innsynsspørsmålet til etter at overformynderiet har avsluttet kontrollen av hjelpevergens regnskaper. Det kan ikke være avgjørende for innsynsspørsmålet at overformynderiet eller fylkesmannen finner kritikkverdige forhold hos hjelpevergen.

Jeg må etter dette konkludere med at fylkesmannen ikke vurderte alle de relevante hensynene som kunne komme i betraktning ved vurderingen av om taushetsplikten i denne saken skulle begrenses. Fylkesmannens vurdering av innsynssaken fremstår som mangelfull, og på bakgrunn av det faktum som er presentert for meg i saken, anser jeg at det foreligger begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd siste punktum. Jeg må etter dette be om at fylkesmannen foretar en ny vurdering av om dokumentene skal gjøres kjent for klageren.»

Fylkesmannen ba overformynderiet om å vurdere spørsmålet om innsyn i hjelpevergeregnskapene på nytt. Etter den nye vurderingen kom overformynderiet til at klageren skulle få innsyn i regnskapene.

4.

Innsyn i dokumenter i traktatbruddssak for EFTA-domstolen

(Sak 2006/1520)

Kultur- og kirkedepartementet avslo en begjæring om innsyn i innlegg fra andre stater og internasjonale organisasjoner i en traktatbruddssak for EFTA-domstolen. Departementet viste til at søkeren selv måtte ta kontakt med avsenderne av dokumentene. Under behandlingen av saken for ombudsmannen fremholdt departementet også at en offentliggjøring av dokumentene ville kunne skade Norges strategiske interesser.

Ombudsmannen uttalte at Kultur- og kirkedepartementet ikke hadde adgang til å henvise søkeren til å begjære innsyn hos avsenderne av dokumentene. Det var videre tvilsomt om departementets anførsler om mulig skade på Norges strategiske interesser i denne saken oppfylte skadevilkåret i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1.

Etter at EFTAs Overvåkingsorgan (ESA) i mars 2006 tok ut traktatbruddssøksmål mot Norge, ba Norsk Lotteridrift ASA (NLD) om innsyn i ESAs stevning og statens tilsvar. Anmodningene ble imøtekommet av Kultur- og kirkedepartementet. NLD ba deretter om innsyn i ESAs svar på statens tilsvar i saken samt innlegg fra andre stater/instanser. Departementet avslo begjæringen med hjemmel i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1. I begrunnelsen var det blant annet vist til at det i forhold til ESAs replikk ikke var lagt opp til dialog om offentliggjøring. Når det gjaldt andre staters innlegg fremholdt departementet at innsyn var betinget av samtykke fra de respektive lands myndigheter, og at departementet ikke hadde lagt opp til kontakt med de enkelte land i forhold til innlegg som er kommet inn i saken.

Advokatfirmaet Hjort brakte saken inn for ombudsmannen på vegne av NLD. Det ble anført at offentlighetsloven § 6 nr. 1 ikke ga tilstrekkelig hjemmel for å unnta dokumentene fra offentlighet. Det ble videre fremholdt at departementet måtte ha plikt til å foreta en konkret vurdering av innsynsspørsmålet, herunder at departementet må ha en plikt til å eventuelt ta saken opp med vedkommende myndighet/instans som har utferdiget og sendt dokumentet. Det ble også vist til at det foreligger gode grunner for offentliggjøring, både generelt men også i forhold til NLD som part i saken for norske domstoler.

Ombudsmannen ba departementet om en nærmere redegjørelse for i hvilken grad og på hvilken måte dokumentene «inneholder opplysninger som, om de ble kjent, ville kunne skade rikets sikkerhet, landets forsvar eller forholdet til fremmede makter eller internasjonale organisasjoner». Det ble også spurt om noen av opplysningene i dokumentene var kjent fra før. Det ble videre bedt opplyst hva som var det rettslige grunnlaget for departementets begrunnelse om at innlegg fra andre stater ikke kan offentliggjø-

res uten særskilt samtykke fra de respektive lands myndigheter. Det ble i denne sammenheng bedt om en begrunnelse for at departementet ikke hadde kontaktet verken ESA, EFTA-domstolen eller de aktuelle statene som har gitt innlegg for å avklare hvordan de stiller seg til begjæringen om innsyn. Det ble spurt om hvordan departementets saksbehandling samsvarer med kravet om en individuell vurdering av hver enkelt innsynsbegjæring. Endelig ble det bedt opplyst om departementet hadde vurdert om dokumentene, helt eller delvis, likevel burde gjøres kjent.

I departementets svarbrev het det blant annet:

«Etter departementets vurdering vil en offentliggjøring fra norske myndigheter av de enkelte lands innlegg i saken kunne skade Norges forhold til det enkelte land. Reglene for offentliggjøring av denne typen prosessdokumenter varierer fra land til land. For å unngå at offentliggjøring av dokumentinnholdet skjer i strid med det enkelte lands egne regler om dette, må det derfor innhentes en vurdering/samtykke fra det enkelte land før dokumentet eventuelt helt eller delvis kan offentliggjøres. En direkte offentliggjøring uten slik kontakt vil anses som lite lojalt i forhold til de enkelte land, og kan dermed skade forholdet til fremmede makter.

Det er vanskelig å se at departementet kan ha en plikt til å innhente vurdering/samtykke fra det enkelte land. Slik aktivitetsplikt følger ikke av ordlyden i § 6 første ledd nr. 1. I en rettsprosess for EFTA-domstolen vil en slik aktivitetsplikt i praksis kunne innebære skriftlig dialog med 25 EU-land og to EFTA-land, noe som vil være en betydelig arbeidsbelastning. En mer hensiktsmessig løsning vil derfor være om den som ønsker innsyn i de aktuelle innlegg selv tar kontakt med det enkelte lands myndigheter, og slik avklarer adgangen til dokumentinnsyn.

Innholdet i innleggene fra de øvrige land er etter det departementet kjenner til ikke offentlig kjent, ut over at innleggene er inngitt som støtteskriv til norske myndigheters standpunkt i saken.

Etter departementets vurdering kan heller ikke partsinnlegg fra ESA som er inngitt for EFTA-domstolen offentliggjøres uten at det er innhentet samtykke fra ESA. Offentliggjøring fra norske myndigheter uten slikt samtykke, vil være et brudd på praksis etter *Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol* (ODA), og vil kunne skade Norges forhold til både ESA og EFTA-domstolen. I forhold til slike dokumenter kan departementet vanskelig se at det foreligger en plikt, verken til å innhente samtykke, eller til å offentliggjøre når et eventuelt samtykke foreligger.

I den grad dokumentet offentliggjøres fra norske myndigheter må dette skje ut fra en meroffentlighetsvurdering. Selv om offentliggjøring av dokumenter i utgangspunktet anses som et gode, vil norske myndigheter i slike rettsprosesser (som i de nasjonale rettsprosessene) ha et behov for å ivareta sine strategiske interesser i de saker som pågår. Det må være et legitimt argument for å unnta et dokument etter bestemmelsen, at offentliggjøring vil kunne skade norske (utenrikspolitiske) interesser. Her kan både innholdet i dokumentet og tidspunktet for offentliggjøring ha betydning.

Et moment ved den strategiske vurderingen vil ofte være at de som ber om innsyn i slike saker er aktører som er berørt av saken. Disse har i mange tilfeller egne særinteresser som ikke sammenfaller med de norske fellesskapsinteressene, som staten forfekter i saken. I mange tilfeller vil slike aktører ha det samme ønsket for saksutfallet som ESA, og kanskje være den som har klaget saken inn for kontrollorganet. (Siden norske myndigheter ikke får innsyn i klagedokumenter som er innkommet til ESA, vet myndighetene sjelden sikkert hvem klagerne er.) Slike aktører vil ofte ønske fortløpende innsyn i prosessdokumenter for å bistå eller gi innspill til ESAs prosessforberedelse. Dersom norske myndigheter har en mer liberal praksis for offentliggjøring av ESAs prosessdokumenter enn ESA selv, kan dette gi en svekket posisjon for norske fellesskapsinteresser i saken. Det er vanskelig å se at dette kan være en ønsket konsekvens av et liberalt regelverk for dokumentinnsyn i offentlig virksomhet.

2. Hel eller delvis offentlighet etter offentlighetsloven § 2 annet ledd

... Fordi det ikke har vært kontakt verken med det enkelte land eller med ESA om offentlighetsspørsmålet i forhold til disse dokumenter har det ikke vært grunnlag for å gå inn på spørsmålet om hel eller delvis offentlighet etter offentlighetsloven § 2 annet ledd, jf begrunnelsen som er angitt ovenfor under punkt 1.

[ESAs stevning] ble offentliggjort ut fra en meroffentlighetsvurdering, hvor det blant annet ble lagt vekt på den alminnelige offentlige interesse i å få kjennskap til innholdet i saksanlegget. Når det gjelder offentliggjøring av motpartens senere prosessdokumenter i saken må det generelt kunne legges til grunn at disse har en mindre allmenn offentlig interesse fordi de normalt gjelder nærmere detaljer i forholdet til spørsmål som alt er berørt i stevningen. Samtidig vil ofte de strategiske hensyn som nevnt under punkt 1 kunne gjøre seg sterkere gjeldende ut over i prosessen, noe som taler for en stor grad av skjønnsfrihet ved departementets utøvelse av meroffentlighetsprinsippet som part i den pågående rettsprosessen.»

Departementet viste også til at saker som behandles etter rettspleielovene er unntatt fra offentlighetsloven, jf. § 1 tredje ledd, uten at dette omfatter saker som følger konfliktløsningsreglene etter EØS-avtalen. Etter departementets syn «kan det virke inkonsekvent dersom staten står mindre fritt til å vurdere de strategiske sider ved dokumentinnsyn i traktatbruddssaker for EFTA-domstolen, enn i andre rettsprosesser hvor staten er part». Det ble også fremholdt at det ofte er «i traktatbruddssaker for EFTA-domstolen at Norges mest konkrete utenrikspolitiske interessekonflikter i forhold til EØS-avtalen kommer på spissen. Dette bør tillegges vekt ved praktiseringen av offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1.»

NLD kom med merknader til departementets svar og fremholdt blant annet at departementet ikke

hadde foretatt en konkret vurdering, slik offentlighetsloven krever. Det ble videre anført at det er «uholdbar juss» at spørsmålet om innsyn skal bero på statens prosesstaktiske hensyn. NLD viste videre til at saksbehandlingen for EFTA-domstolen i all hovedsak er skriftlig, slik at de skriftlige innleggene til domstolen «er selve partsforhandlingene». NLD fremholdt videre:

> «Dette innebærer at når departementet anfører at strategiske vurderinger taler for hemmelighold, argumenterer departementet samtidig for hemmeligholdelse av selve partsforhandlingen ut fra snevre taktiske hensyn. Dette er prinsipielt betenkelig fordi det ikke minst i rettsprosesser om borgernes rettigheter er viktig å unngå hemmelighold som undergraver tilliten til forvaltningen og domstolene.»

Når det gjaldt forholdet til internasjonale avtaleforpliktelser, viste NLD til at ESA normalt vil være restriktiv med å gi ut dokumenter fra rettssaker ut fra hensynet til saksøker eller saksøkt. Dersom staten selv tillot innsyn, ville ESA for egen del ikke ha interesse i hemmelighold.

Departementet kom deretter med ytterligere merknader og viste blant annet til at unntak etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 ikke bare kan gjøres for å hindre skade på Norges gode forhold til andre land, men at det «også dekker Norges interesser overfor andre land og organisasjoner». Departementet fremholdt at dette «tilsier stor grad av skjønnsfrihet for staten». Det ble også anført at hensynet til statens strategiske interesser ikke gjør seg gjeldende på samme måte i saker for Den europeiske menneskerettsdomstol som i saker for EFTA-domstolen, hvor «uenigheten gjelder økonomiske og handelspolitiske interesser, og hvor det strategiske spillet mellom de ulike parter og synspunkt i forhandlings- eller rettsprosesser kan være mer rendyrket og framtredende». Departementet anførte at det «er forutsatt i forhold til § 6 første ledd nr. 1 at statens interesser i visse tilfeller kan tale mot full offentlighet i slike prosesser».

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Rettslige problemstillinger

Dokumentene i denne saken gjelder et traktatbruddssøksmål fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA) mot staten Norge om det norske spilleautomatmonopolet. Søksmålet er tatt ut etter bestemmelsene i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og domstol (ODA) artikkel 31. ESA har anført at Stortingets vedtak om å tildele Norsk Tipping AS monopol for drift av spilleautomater er i strid med enkelte av EØS-avtalens bestemmelser. Dokumentene innsynsbegjæringen gjelder, er:

– Replikk 31. juli 2006 fra ESA til det norske forsvarsskriftet
– Skriftlige innlegg fra Finland, Hellas, Nederland, Portugal, Sverige og Ungarn
– Skriftlig innlegg fra EU Kommisjonen

De aktuelle dokumentene i saken er «forvaltningens saksdokumenter» og offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 kommer dermed til anvendelse. Den aktuelle unntaksbestemmelsen er offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1, som lyder slik:

> «Følgende dokumenter kan unntas fra offentlighet:
> 1) Dokument som inneholder opplysninger som om de ble kjent, ville kunne skade rikets sikkerhet, landets forsvar eller forholdet til fremmede makter eller internasjonale organisasjoner.»

Det fremgår av avgjørelsen fra departementet og fra undersøkelsen av saken her, at det relevante alternativ i bestemmelsen er «forholdet til fremmede makter eller internasjonale organisasjoner». Kultur- og kirkedepartementet har begrunnet avslaget på dokumentinnsyn på to måter. For det første er det lagt til grunn at en offentliggjøring uten samtykke fra fremmede makter eller internasjonale organisasjoner som har gitt innleggene vil kunne skade forholdet til disse, og at departementet ikke har plikt til å innhente slikt samtykke. For det andre har departementet i svarbrevene hit anført at en offentliggjøring av dokumentene vil kunne skade Norges strategiske interesser i forbindelse med EFTA-domstolens behandling av saken.

2. Innhenting av samtykke – kravet til å foreta en konkret vurdering

Offentlighetsloven bygger på en forutsetning om at det skal foretas en konkret og individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle. Dette følger av hovedregelen om offentlighet i lovens § 2 første ledd. Etter denne bestemmelsen *er* forvaltningens saksdokumenter offentlige «så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov». Dette innebærer at forvaltningen må ha et rettslig grunnlag i eller i medhold av lov for å kunne gjøre unntak. I plikten til å vurdere meroffentlighet ligger det videre en forutsetning om at hensynene for og mot offentlighet knyttes til dokumentet det er begjært innsyn i. Plikten til å foreta en konkret og individuell vurdering er også lagt til grunn i Forvaltningskomiteens innstilling (1958) side 438–439, og er senere gjentatt flere ganger i forbindelse med lovrevisjoner. Det følger endelig av offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 at forvaltningen bare har adgang til å unnta dokumentet dersom nærmere vilkår er oppfylt.

Samlet innebærer dette at forvaltningen må foreta en vurdering av om det er adgang til å unnta det aktuelle dokumentet fra offentlighet. Hva som nærmere ligger i kravet til individuell og konkret vurdering vil imidlertid kunne variere etter forholdene og hvilken unntaksbestemmelse som er aktuell. For ek-

sempel vil en klar folkerettslig plikt til å hemmeligholde dokumentet kunne føre til at det uten videre er adgang til å unnta det etter § 6 første ledd nr. 1, se Frihagen *Offentlighetsloven* side 119 og Stortingsmelding nr. 32 (1997–98) punkt 5.7.1. På den annen side må forvaltningen også i slike situasjoner foreta en vurdering av om det foreligger en slik folkerettslig taushetsplikt, hvor langt den strekker seg og om det er *behov* for å gjøre unntak, jf. Stortingsmelding nr. 32 (1997–98) punkt 5.7.1:

> «Det avgjørende for om innsyn kan gis eller ikke, vil være hvilken reell skadevirkning en offentliggjøring vil kunne få, og ikke hvorvidt skaden formelt kan tilskrives brudd på rettslige forpliktelser eller brudd på internasjonal kutyme eller praksis.»

Den samme plikten til å foreta en konkret vurdering gjelder der avsenderen har påført en eller annen form for «gradering». Også her kan det tenkes at det ikke foreligger et reelt behov for unntak, enten fordi innholdet ikke tilsier det eller fordi opplysningene for øvrig er kjent. Unntaksadgangen må derfor her, som ellers, avhenge av de konkrete omstendigheter, jf. Stortingsmelding nr. 32 (1997–98) og Frihagen *Offentlighetsloven* side 119. Fredrik Sejersted konkluderer slik:

> «Konklusjonen er at unntak etter § 6, nr. 1 krever en konkret og individuell skadevurdering, og at denne bare kan settes til side dersom opplysningene i dokumentet er omfattet av en utvetydig EØS-rettslig eller folkerettslig taushetsplikt. Taushetspraksis og klare anmodninger fra avsender kan skape en presumsjon for skade, men kan ikke legitimere automatiske unntak.» (Sejersted, *Innsyn og integrasjon*, Oslo 1997, side 253–254)

Det kan etter dette ikke være tvilsomt at forvaltningen må foreta en konkret og individuell vurdering av hvert enkelt dokument for å ta stilling til om det er adgang til å unnta dokumentet fra offentlighet etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1.

I en kommentar til avslaget på innsynsbegjæringen, skrev Kultur- og kirkedepartementet følgende i en e-post til Advokatfirmaet Hjort:

> «KKD har fortløpende offentliggjort egne dokumenter i denne saken. I de tilfeller KKD har offentliggjort ESAs dokumenter har dette skjedd etter forutgående dialog med ESA (og med domstolen i forhold til stevningen). I forhold til ESAs siste replikk i saken har det ikke vært dialog med ESA/domstolen om offentliggjøring. Det er i denne omgang heller ikke lagt opp til slik dialog.
>
> Når det gjelder innlegg fra andre stater, kan disse ikke offentliggjøres uten særskilt samtykke fra de respektive lands myndigheter. De ulike lands praksis i forhold til offentliggjøring av slike innlegg varierer. En anmodning om innsyn kan derfor enklest rettes direkte til de land som har gitt innlegg, jf. deres kontakt med svenske myndigheter. KKD legger ikke opp til kontakt med de enkelte land i forhold til innlegg som er kommet inn i denne saken.»

I svarbrevet hit 13. september 2006 skrev departementet følgende:

> «For å unngå at offentliggjøring av dokumentinnholdet skjer i strid med det enkelte lands egne regler om dette må det derfor innhentes en vurdering/samtykke fra det enkelte land før dokumentet eventuelt helt eller delvis kan offentliggjøres. En direkte offentliggjøring uten slik kontakt vil anses som lite lojalt i forhold til de enkelte land, og kan dermed skade forholdet til fremmede makter.
>
> Det er vanskelig å se at departementet kan ha en plikt til å innhente vurdering/samtykke fra det enkelte land.
>
> ---
>
> Fordi det ikke har vært kontakt verken med det enkelte land eller med ESA om offentlighetsspørsmålet i forhold til disse dokumentene har det ikke vært grunnlag for å gå inn på spørsmålet om hel eller delvis offentlighet etter offentlighetsloven § 2 annet ledd, jf. begrunnelsen som angitt ovenfor under punkt 1.»

Slik saken er opplyst, legger jeg til grunn at departementet ikke foretok en konkret vurdering av innsynbegjæringen, men i stedet henviste NLD til selv å rette en anmodning om innsyn direkte til de land og organisasjoner som har gitt innlegg. Det ser ut til at departementet nærmest avviste innsynsbegjæringen, eller i beste fall anvendte et automatisk unntak. Som jeg har redegjort for ovenfor, bryter dette med plikten til å foreta en konkret og individuell vurdering. Departementets håndtering av innsynskravet er videre i strid med offentlighetsloven § 2 annet ledd første punktum om at «[e]nhver kan hos vedkommende forvaltningsorgan kreve å få gjøre seg kjent med det offentlige innholdet av dokumenter i en bestemt sak». Det strider videre mot offentlighetslovens intensjoner og plikten til å vurdere meroffentlighet etter § 2 tredje ledd. Jeg kan derfor ikke se at det er adgang til å henvise en søker til å ta spørsmålet om innsyn opp med avsenderen.

Departementet har fremholdt at det ikke har plikt til å ta kontakt med fremmede makter eller internasjonale organisasjoner for å avklare spørsmålet om mulige skadevirkninger. Hvorvidt det foreligger en «plikt til å innhente vurdering/samtykke fra det enkelte land», er av underordnet betydning. Departementet må sørge for å opplyse saken på en tilstrekkelig god måte før det tas stilling til om et dokument skal unntas fra offentlighet etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1. Dette følger av at unntaksadgangen er avhengig av at vilkårene i bestemmelsen må være oppfylt, i tillegg til alminnelig forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Dersom mulige skadevirkninger bare kan avklares gjennom en henvendelse til det enkelte land eller den enkelte organisasjon, antar jeg at departementet må rette en slik henvendelse til vedkommende land eller organisasjon. Det samme gjelder der man antar at avsenderen ønsker fortrolighet. I slike tilfeller må det, som Sejersted fastslår, «være et minstekrav at

man innhenter en klar uttalelse», se *Innsyn og integrasjon* side 254. Jeg minner for øvrig om at dersom vedkommende stat eller organisasjon motsetter seg innsyn, må departementet i tråd med det jeg tidligere har sagt på selvstendig grunnlag vurdere om skadevilkåret er oppfylt og om det foreligger et reelt behov for innsyn. Videre har departementet plikt til å vurdere meroffentlighet.

Departementet har i forhold til ESA og Kommisjonen ikke påvist at det foreligger noen klar folkerettslig plikt eller en klar forutsetning mellom partene om hemmelighold. Departementet har i forhold til ESA riktignok henvist til en «praksis» som følger av ODA, og fremholdt at en offentliggjøring vil kunne skade forholdet til ESA og EFTA-domstolen. Jeg kan imidlertid ikke se at departementet har redegjort noe nærmere for denne praksisen. Under enhver omstendighet måtte i tilfelle departementet ha undersøkt og vurdert hvor langt en slik praksis strekker seg og om den gjør seg gjeldende overfor opplysningene i *disse* dokumentene. Slike undersøkelser og vurderinger har ikke departementet foretatt.

Jeg har etter dette kommet til at departementet ikke hadde adgang til å henvise NLD til å ta spørsmålet om innsyn opp med avsenderne av dokumentene. Departementet har videre brutt plikten til å foreta en konkret vurdering av begjæringen om innsyn, samt den uttrykkelige lovpålagte plikten til å vurdere meroffentlighet. Da det ikke foreligger nærmere opplysninger om hvordan de aktuelle statene og organisasjonene ville ha stilt seg til en eventuell offentliggjøring, har jeg ikke grunnlag for å vurdere om skadevilkåret i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 på dette punkt er oppfylt.

3. Hensynet til Norges strategiske interesser

Offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 gir ikke bare adgang til å unnta dokumenter som vil kunne skade *forholdet* til fremmede makter eller internasjonale organisasjoner. Bestemmelsen gir også adgang til å unnta dokumenter som ved offentliggjøring ville kunne skade Norges utenrikspolitiske interesser i videre forstand. I forarbeidene er det blant annet pekt på at unntak kan gjøres for å beskytte Norges posisjon i økonomiske eller handelsmessige forhandlinger med andre stater eller internasjonale organisasjoner, jf. Ot.prp. nr. 70 (1968–69) side 40–41. Dette vil særlig gjelde dokumenter som inneholder norske forhandlingsstrategier og som gjennom en offentliggjøring ville ha blitt avslørt for motparten, se St.meld. nr. 32 (1997–98) punkt 5.7.1.

I denne saken har departementet vurdert hensynet til Norges strategiske interesser blant annet slik:

> «Et moment ved den strategiske vurderingen vil ofte være at de som ber om innsyn i slike saker er aktører som er berørt av saken. Disse har i mange tilfeller egne særinteresser som ikke sammenfaller med de norske fellesskapsinteressene, som staten forfekter i saken. I mange tilfeller vil slike aktører ha det samme ønsket for saksutfallet som ESA, og kanskje være den som har klaget saken inn for kontrollorganet... Slike aktører vil ofte ønske fortløpende innsyn i prosessdokumentene for å bistå eller gi innspill til ESAs prosessforberedelse. Dersom myndigheter har en mer liberal praksis for offentliggjøring av ESAs prosessdokumenter enn ESA selv, kan dette gi en svekket posisjon for norske fellesskapsinteresser i saken. Det er vanskelig å se at dette kan være en ønsket konsekvens av et liberalt regelverk for dokumentinnsyn i offentlig virksomhet.»

Departementet har videre, under henvisning til juridisk teori, fremholdt at i forhandlingsposisjoner med andre land eller internasjonale organisasjoner må staten ha en «stor grad av skjønnsfrihet» med hensyn til vurderingen av dokumentoffentlighet.

Norges deltakelse i utenrikspolitiske forhandlinger som ennå ikke er avsluttet kan tilsi varsomhet med å offentliggjøre dokumenter i saken av flere grunner. For det første kan det foreligge en klar folkerettslig plikt eller en klar forutsetning mellom partene at dokumentene skal hemmeligholdes. Hensynet til partene i forhandlingene vil altså normalt kunne føre til at skadevilkåret etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 er oppfylt. Skadevirkningene vil her være knyttet til manglende tillit til Norge hos de øvrige partene, som kan få uheldige konsekvenser for Norges forhold til disse. For det andre kan Norges egne interesser i forhandlingene kunne bli skadelidende. Men dette vil normalt bare gjelde dersom offentliggjøring på en eller annen måte vil kunne skade Norges forhandlingsposisjon. Dersom innholdet i dokumentene er gjort kjent for partene i forhandlingene, vil ikke skadepotensialet for de norske interessene være det samme.

Dokumentene i denne saken er kjent for det internasjonale organet som skal avgjøre saken, EFTA-domstolen. Dokumentene er også kjent for de statene som har gitt innlegg og for saksøker i saken, ESA. Jeg har videre merket meg at innsynsbegjæringen ikke gjelder de norske innleggene i saken, men innleggene fra andre stater, ESA og Kommisjonen. Det må således være åpenbart at en offentliggjøring av disse dokumentene ikke vil avsløre noe for de involverte parter som de ikke allerede vet. I den grad Norges strategiske interesser fremgår av de aktuelle dokumentene, vil derfor en offentliggjøring av dokumentene neppe kunne føre til skade på disse interessene.

Departementet ser da heller ikke ut til å ha argumentert langs en slik linje. Slik jeg forstår departementets argumentasjon, menes det at en offentliggjøring til NLD, som åpenbart har en interesse i sakens utfall, vil kunne føre til at NLD gir opplysninger til ESA som kan være egnet til å svekke statens argumenter i saken for EFTA-domstolen. Jeg kan imidlertid ikke se at et slikt hensyn kan ha noen betydning ved anvendelsen av offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1. Det kan neppe skade Norges *utenrikspolitiske* interesser at saken blir så godt opplyst som mulig i en sak for en overnasjonal domstol som

skal avklare om medlemsstatene overholder et folkerettslig regelverk de er bundet av. Jeg antar at det for Norges del er viktig at alle fakta og relevante hensyn og argumenter for og mot Norges syn ligger til grunn for EFTA-domstolens avgjørelse i en sak av betydning for norsk lovgivning. Dette er også viktig av hensyn til tilliten til EFTA-domstolens avgjørelse, uavhengig av hvilket resultat den kommer til. At staten Norge av innenrikspolitiske hensyn ønsker et bestemt utfall, er en annen sak, men kan ikke begrunne en unntaksadgang etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1.

Det er vanskelig å se at Norges utenrikspolitiske interesser blir skadelidende om EFTA-domstolen skulle komme til at Norge ikke har overholdt sine rettslige forpliktelser i en traktatbruddssak. Domstolen er opprettet som et redskap for å sikre målet om en ensartet og dynamisk rettsutvikling i EØS og EU, jf. blant annet fortalen til ODA. Slik sett fungerer domstolen også som en viktig kilde til informasjon for både den utøvende og lovgivende makt om hvor grensene går for eventuelle skranker som følger av EØS-avtalen.

Videre gjelder saken ikke en *forhandlings*situasjon. Saken er til behandling hos en overnasjonal domstol, som på selvstendig grunnlag skal ta stilling til om Norge har overholdt sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Situasjonen er således annerledes enn ved den type politiske forhandlinger hvor hensynet til statens strategiske hensyn må tillegges særlig vekt.

Det er lagt til grunn, både av regjeringen og i juridisk teori at reelle hensyn taler for stor åpenhet når det gjelder utviklingen av internasjonalt regelverk i internasjonale organer:

> «Fra et demokratisk synspunkt er det særlig viktig med størst mulig åpenhet omkring slike forhandlinger.» (St.meld. nr. 32 (1997–98))
>
> «Det gjelder en særlig presumsjon for åpenhet for alle opplysninger fra internasjonale beslutningsprosesser som senere kan antas å få direkte betydning for norsk lovgivning.» (Sejersted, *Innsyn og integrasjon*, Oslo 1997 side 281)

Jeg tilføyer at den såkalte spilleautomatsaken har vært gjenstand for betydelig omtale og debatt her hjemme, og det må sies å foreligge en bred samfunnsmessig interesse rundt saken. I et slikt klima er det særlig viktig med åpenhet fra Norges side, slik at enhver får mulighet til å ha en mening om regjeringens og Stortingets standpunkt og argumenter i en såpass prinsipiell og viktig sak. Dette er momenter som også må tillegges vekt i en eventuell meroffentlighetsvurdering.

Som jeg har vært inne på tidligere, henviste opprinnelig departementet NLD til å ta spørsmålet om innsyn opp med avsenderne av dokumentene. Dette skjedde uten at departementet tok nærmere stilling til skadevilkåret i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 og uten å vurdere meroffentlighet. Det ble heller ikke nevnt at Norge ville motsette seg offentliggjøring av innleggene fra de øvrige statene av hensyn til strategiske interesser. Dette kan tyde på at departementet mente en offentliggjøring av disse dokumentene ville vært greit dersom de ble utlevert direkte fra avsenderne.

Samlet sett, og etter å ha foretatt en bred vurdering av dokumentene i saken og partenes anførsler, har jeg vanskelig for å se at de hensyn som departementet har fremsatt mot innsyn, skulle kunne innebære at skadevilkåret i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1 er oppfylt.

4. Konklusjon

Min konklusjon er at departementet ikke hadde adgang til å henvise NLD til å begjære innsyn hos avsenderne av dokumentene.

Jeg har også kommet til at de hensyn mot innsyn som departementet har lagt vekt på i korrespondansen hit neppe oppfyller skadevilkåret i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 1.

Departementet må derfor behandle innsynsbegjæringen fra NLD på nytt, og sørge for at mine synspunkter om skadevilkåret blir tatt i betraktning ved den fornyede behandlingen.»

5.

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

(Sak 2006/1323)

NRK Dagsnytt ba Justis- og politidepartementet om innsyn i årsrapporter fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Klagen til ombudsmannen gjaldt manglende svar på innsynsbegjæringen.

Innsynbegjæringen i de ugraderte rapportene ble avgjort av departementet etter fem måneder. Begjæringen om innsyn i de graderte årsrapportene var fremdeles ikke avgjort da ombudsmannen avsluttet saken, det vil si mer enn et halvt år etter at begjæringen ble fremsatt. Saksbehandlingstiden var uakseptabel og et klart brudd på offentlighetslovens krav om at begjæringer om innsyn «skal avgjøres uten ugrunnet opphold». Når en begjæring om innsyn i graderte dokumenter er mottatt, må behandlingen av spørsmålet om nedgradering settes i gang umiddelbart. Justis- og politidepartementet ble bedt om å gjennomgå rutinene ved behandling av innsynsbegjæringer. Raske og utfyllende svar fra forvaltningen er en forutsetning for at ombudsmannen skal kunne utføre sin oppgave. Justis- og politidepartementets behandling av henvendelsene fra ombudsmannen var ikke i samsvar med ombudsmannslovens forutsetninger.

NRK Dagsnytt ba Justis- og politidepartementet om innsyn i «alle årsrapporter til Kontrollutvalget for

kommunikasjonskontroll så langt tilbake i tid som utvalget har eksistert.» NRK Dagsnytt mottok ikke svar fra departementet, og ba ombudsmannen gripe inn i saken.

Ombudsmannen ba departementet redegjøre nærmere for saksbehandlingstiden for innsynsbegjæringen, herunder fremdriften i saken. Departementet ble særlig bedt om å kommentere behandlingstiden i forhold til kravet i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 9 første ledd om at begjæringer om innsyn skal behandles «uten ugrunnet opphold».

Etter gjentatte purringer svarte Justis- og politidepartementet:

> «Justisdepartementet mottok 18.05.06 anmodning om innsyn i en rekke dokumenter knyttet til kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll sin virksomhet. Disse ble besvart henholdsvis 19.05. og 31.05.06, jf. vedlagte utskrifter fra vårt dokumentasjonssenter.
>
> Ved kopi av NRK Dagsnytt sin klage til Sivilombudsmannen av 12.07.06 ble Justisdepartementet gjort oppmerksom på at det også var anmodet om innsyn i alle rapporter som var avgitt av kontrollutvalget. Begjæringen, som var sendt på e-post var dessverre ikke blitt behørig registrert i vårt arkiv. Departementet kan dessverre heller ikke se å ha registrert inn klagen på manglende svar av 16.06.06.
>
> Etter at vi mottok kopi av klagen til Sivilombudsmannen, ble det satt i gang søk i vårt arkiv for å finne frem til aktuelle rapporter for perioden fra opprettelse av kontrollutvalget. Etter det vi nå kan se gjelder dette årsrapporter fra og med 2000 til og med 2004. Rapporten for 2004 ble mottatt i juli i år, mens rapporten for 2005 ennå ikke er avgitt. Omhandlede rapporter er gradert etter beskyttelsesinstruksen som «strengt fortrolig». Rapporten for 2003 er imidlertid gjort offentlig tilgjengelig i en sladdet versjon som har vært tilgjengelig for innsyn.
>
> Justisdepartementet går gjennom de aktuelle rapportene nå, og vil komme tilbake til svar på innsyn så snart rapportene er nedgradert, eventuelt sladdet. Rapportene fra perioden før 2000 er ugraderte og vil bli oversendt omgående.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Sen behandling av begjæringen om innsyn

Det følger av offentlighetsloven § 9 første ledd at en begjæring om innsyn «skal avgjøres uten ugrunnet opphold».

Hva som skal regnes som ugrunnet opphold, vil i noen grad måtte sees i sammenheng med spørsmålets vanskelighet, begjæringens omfang og organets arbeidsmengde. Det må også tas hensyn til om den som har begjært innsyn har behov for en rask avgjørelse. Når det gjelder innsynsbegjæringer etter offentlighetsloven, har jeg i tidligere uttalelser lagt til grunn at disse bør kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1–3 virkedager, dersom det ikke foreligger særlige praktiske vanskeligheter. Regjeringen og Stortinget har sluttet seg til dette, jf. St.meld. nr. 32 (1997–1998) side 97 og 100 og Innst. S. nr. 21 (1998–1999) side 18.

a. Årsrapportene fra perioden før 2000

NRK Dagsnytt begjærte 18. mai 2006 innsyn i alle årsrapportene fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Av svaret hit 23. oktober 2006 fra Justis- og politidepartementet fremgår at rapportene fra perioden før 2000 er ugraderte og vil bli oversendt omgående.

Dette gir en behandlingstid for begjæringen om innsyn i de ugraderte rapportene på over fem måneder, en behandlingstid som klart er i strid med kravet i offentlighetsloven § 9 første ledd om at begjæringer om innsyn skal avgjøres uten ugrunnet opphold.

b. Årsrapportene fra perioden 2000–2004

Rapportene for perioden 2000 til 2004 er graderte dokumenter. Det følger av forskrift 17. mars 1972 nr. 3352 Instruks for behandling av dokumenter som trenger beskyttelse av andre grunner enn nevnt i sikkerhetsloven med forskrifter (beskyttelsesinstruksen) § 5 nr. 4 punkt a at en revurdering av graderingen av et dokument skal skje når det kommer henvendelse om innsyn i dokumentet. Etter punkt 4 første ledd kan et dokument bare nedgraderes av den etaten som har foretatt graderingen. I samsvar med dette er det i forskrift 14. februar 1986 nr. 351 Forskrift til offentlighetsloven. Delegering av myndighet. II fastslått at dersom det etter offentlighetsloven § 2 kreves innsyn i dokument som er påført gradering etter sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen, skal spørsmål om nedgradering forelegges utsteder av dokumentet for avgjørelse i samsvar med beskyttelsesinstruksen § 5.

Som begrunnelse for hvorfor behandlingen av begjæringen om innsyn tok tid, har departementet opplyst at graderte dokumenter må gjennomgås før eventuell nedgradering og at dette er en omfattende prosess hvor også ansvarlig påtalemakt må konsulteres. Videre skrev departementet i e-post 13. juli 2006 til NRK Dagsnytt:

> «Arbeidet med gjennomgang av tidligere rapporter for mulig avgradering er igangsatt. Dette er så vidt jeg minnes også opplyst på telefon. Denne gjennomgangen kan uansett ikke påregnes ferdig før etter sommerferien, og vedkommende saksbehandler er tilbake.»

Som det fremgår ovenfor av Justis- og politidepartementets svar hit 23. oktober 2006, foretok departementet på dette tidspunkt en gjennomgang av de aktuelle rapportene og ville komme tilbake til svar på innsynsbegjæringen så snart rapportene var nedgradert, eventuelt sladdet. Det er fra departementets side ennå ikke bekreftet at innsynsbegjæringen er besvart.

Justisdepartementets svar hit 23. oktober 2006 tyder på at departementets reelle arbeid med eventu-

ell nedgradering av rapportene først startet i oktober – etter flere purringer fra NRK Dagsnytt og etter gjentatte henvendelser herfra. Jeg har gjentatte ganger understreket nødvendigheten av å behandle begjæringer om dokumentinnsyn raskt, og i normale tilfeller, der det ikke foreligger særlige praktiske vanskeligheter, innen 1–3 virkedager. Det er åpenbart at det vil kunne ta lenger tid å behandle en begjæring om innsyn i et gradert dokument. Jeg må imidlertid understreke at behandlingen av spørsmålet om et dokument kan nedgraderes må settes i gang umiddelbart etter at begjæringen om innsyn er mottatt. En henvendelse til det organet som har utstedt dokumentet med spørsmål om nedgradering må gjøres straks. Forvaltningsorganets ferieavvikling, herunder en saksbehandlers ferie, vil ikke være tilstrekkelig grunn til å utsette saksbehandlingen. Justisdepartementet har ikke gitt noen god forklaring på hvorfor arbeidet med nedgradering av dokumentene har kommet så sent i gang, eller hvorfor saksbehandlingstiden i saken så langt har vært over et halvt år. Slik saken er opplyst, synes den lange saksbehandlingstiden å være uakseptabel og et klart brudd på offentlighetslovens krav om at begjæringer om innsyn «skal avgjøres uten ugrunnet opphold».

Justis- og politidepartementet bør gjennomgå sine rutiner for behandling av begjæringer om dokumentinnsyn. Jeg ber om å bli orientert om utfallet av dette arbeidet.

NRK Dagsnytts begjæring om innsyn må nå besvares uten ytterligere opphold. Departementet bes om å orientere meg når dette skjer.

2. Justis- og politidepartementets behandling av henvendelser fra ombudsmannen

Justis- og politidepartementet ble i brev herfra 28. august 2006 bedt om å svare på spørsmål vedrørende behandlingstiden av begjæringen om innsyn fra NRK Dagsnytt. Det ble ikke mottatt svar, og i brev herfra 6. oktober 2006 ble det minnet om at loven klart forutsetter at innsynsbegjæringer skal behandles raskt og understreket at Stortinget forutsetter at forvaltningen skal prioritere henvendelser fra ombudsmannen. Svarfrist ble satt til 13. oktober 2006. Justis- og politidepartementet svarte ikke innen fristen. I brev 20. oktober 2006 ble svar igjen etterlyst og svarfrist satt til 24. oktober 2006 kl. 15.00. Svar ble mottatt per telefaks 24. oktober 2006 kl. 15.42. Departementet beklaget at det hadde tatt så lang tid å besvare henvendelsene fra Sivilombudsmannen.

Raske og utfyllende svar fra forvaltningen er en forutsetning for at ombudsmannen skal kunne utføre sin oppgave. Justis- og politidepartementets behandling av henvendelsene herfra er ikke i samsvar med lovens forutsetninger og vanskeliggjør mitt arbeid. Jeg ber departementet om å merke seg dette og sørge for at fremtidige henvendelser herfra blir behandlet og avgjort uten ugrunnet opphold.»

6.

Manglende journalføring av e-brev – Statens vegvesen

(Sak 2006/1149)

Manglende journalføring av e-brev som inngikk i grunnlaget for vegvesenets forslag til svar på et spørsmål fra Stortingets transport- og kommunikasjonskomité.

E-brevet skulle vært journalført. Statens vegvesen hadde ikke tilfredsstillende rutiner for journalføring av e-post. Statens vegvesen må påse at egne retningslinjer praktiseres slik at alle inngående og utgående dokumenter blir journalført i tråd med arkivforskriften.

I forbindelse med behandlingen av sak om ny Hardangerbro, stilte Stortingets transport- og kommunikasjonskomité spørsmål til Samferdselsdepartementet om trafikkprognosenes forutsetninger, herunder spørsmål knyttet til tallmateriell fra ferjeselskapet HSD Sjø AS (HSD). Som ledd i utredningen av spørsmålet for departementet, innhentet Statens vegvesen Vegdirektoratet materiale, blant annet fra Statens vegvesen region vest (regionvegkontoret). Regionvegkontoret henvendte seg til ferjeselskapet per e-brev 8. februar 2006, som svarte per e-brev med oversendelse av et tidligere brev fra HSD til Norges Miljøvernforbund. Ferjeselskapets svar ble først videresendt innad i regionvegkontoret per e-brev 8. august 2006, for senere å bli videresendt til Vegdirektoratet per e-brev 9. august 2006. Ingen av disse e-brevene ble journalført i Statens vegvesens elektroniske saksbehandlingssystem (Sveis). Norges Miljøvernforbund klaget til ombudsmannen over manglende journalføring.

Statens vegvesen Vegdirektoratet ble bedt om en nærmere begrunnelse for den manglende journalføringen av e-brevene til regionvegkontoret og i Vegdirektoratet, samt en redegjørelse for direktoratets rutiner knyttet til journalføring av e-brev sendt innen etaten. Det ble vist til et notat 20. april 2004 utarbeidet av direktoratets seksjon for administrative tjenester, som blant annet omhandlet behovet for en presisering og bedre oppfølging av etatens rutiner for journalføring. Direktoratet ble bedt om å opplyse hva som i ettertid var gjort for å følge opp og sikre etatens rutiner, samt hvilke erfaringer direktoratet hadde med hensyn til om rutinene faktisk var forbedret.

I direktoratets svarbrev fremgår det blant annet:

> «I ettertid mener Statens vegvesen at e-posten fra HSD Sjø av 08.08.2006 burde vært journalført straks den ble mottatt av regionvegkontoret. At e-posten ikke ble journalført på dette tidspunktet innebærer ikke at e-posten har vært forsøkt unntatt fra innsyn. Det ligger ingen rettslig vurdering bak at e-posten ikke ble journalført.
> ---
> Det er 6 offisielle e-postmottak (firmapost) i Statens vegvesen, ett for Vegdirektoratet og ett i

hver region. E-post som er adressert til etatens e-postmottak blir åpnet og vurdert av arkivtjenesten. Mottatt e-post med innhold som anses journalverdig, blir journalført og arkivert i Sveis. ... Det er den enkelte ansattes ansvar og plikt å vurdere om e-post sendt direkte er journalverdig, og sørge for riktig registrering og arkivering i journalsystemet.

Det foregår en omfattende utveksling av informasjon via e-post mellom ansatte i Statens vegvesen, herunder videreformidling av kopier av interne og eksterne dokumenter. Når Statens vegvesen har en felles dokumentbase, journalføres et dokument første gang det mottas i etaten, eller blir utarbeidet i etaten. Dette var også grunnlaget for Vegdirektoratets vurdering da e-posten fra HSD Sjø ble videreformidlet til direktoratets saksbehandler.

Statens vegvesen har god integrasjon mellom arkiv- og saksbehandlingssystemet og e-post, slik at e-post enkelt kan journalføres av den enkelte ansatte.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Journalføring av det konkrete dokumentet

Av svarbrevet fremgår det at Vegdirektoratet mener det var en feil at e-brevet fra HSD ikke ble journalført da det ble mottatt av *regionvegkontoret*. Det er jeg enig i. E-brevet var klart av en slik karakter at det skulle vært journalført da det kom inn til regionvegkontoret.

Når det gjelder den manglende journalføringen av e-brevet etter videresending til *Vegdirektoratet*, har direktoratet vist til at det i Statens vegvesen er en felles dokumentbase som innebærer at et dokument journalføres første gang det mottas i etaten, og at dette var «grunnlaget for Vegdirektoratets vurdering da e-posten fra HSD ble videreformidlet til direktoratets saksbehandler». Jeg forstår sistnevnte slik at direktoratet *gikk ut fra* at e-brevet var blitt journalført ved regionvegkontoret. Vegdirektoratet sendte imidlertid svar til departementet 10. februar 2006 basert på de opplysninger som var gitt i e-brevet fra HSD. Slik jeg forstår det, vil det da fremgå av det elektroniske saksbehandlingssystemet at e-brevene ikke var journalført på saken, og den manglende journalføringen burde blitt oppdaget i direktoratet. I dette tilfellet burde direktoratet sørget for at e-brevene, og i alle fall e-brevet fra HSD, ble journalført. Det følger videre av direktoratets egne retningslinjer at den enkelte ansatte plikter «å vurdere om mottatt eller sendt e-post er journalverdig, og sørge for riktig registrering og arkivering i Sveis».

2. Statens vegvesens rutiner for journalføring av e-brev

Direktoratet har i svarbrevet opplyst at det foregår en omfattende utveksling av informasjon via e-brev mellom ansatte i Statens vegvesen, herunder videreformidling av kopier av interne og eksterne dokumenter. Direktoratet opplyser videre:

«Manglende journalføring av e-post er et kjent problem i Statens vegvesen, men vi tar dette alvorlig og arbeider kontinuerlig med å forbedre kunnskapen hos de ansatte. Ved notat fra Seksjon for administrative tjenester i Vegdirektoratet datert 20.04.2004 ble etatens rutiner for journalføring av e-post innskjerpet. I retningslinjene går det klart fram at ansatte har plikt til å vurdere om mottatt eller sendt e-postmelding er journalverdig, og dermed skal inngå som et saksdokument i Sveis. I tillegg tilbys det jevnlig opplæring for ansatte i bruk av Sveis».

Jeg minner om at undersøkelsene herfra i ombudsmannssak 2003/144 også gjaldt Vegdirektoratets manglende journalføring av e-brev som inngikk i utarbeidelsen av utkast til svar på spørsmål fra Stortinget. Etatens rutiner for journalføring av e-brev skal ha blitt innskjerpet i etterkant av min uttalelse, men denne saken synes å vise at Statens vegvesen fremdeles ikke har tilfredsstillende rutiner som sørger for at slike dokumenter blir journalført. Jeg forutsetter at direktoratet, som har det overordnede ansvaret for etatens arkivtjeneste og systemet Sveis, påser at retningslinjene og rutinene praktiseres slik at alle inngående og utgående dokument blir journalført i samsvar med forskrift 12. november 1998 nr. 1193 om offentlige arkiv §§ 2–6 og 2–7. Jeg forutsetter videre at eventuelle vanskeligheter knyttet til at etaten opererer med en felles database, sammenholdt med den omfattende informasjonsutveksling som foregår mellom ansatte i Statens vegvesen, ikke er til hinder for at journalføringen gjennomføres i tråd med arkivforskriften.

Direktoratet må merke seg mine merknader angående rutinene for journalføring. Ut over dette gir ikke saken grunn til ytterligere herfra.»

7.

Utsendelse av saksdokumenter til tredjepart

(2004/2331)

A klaget hit over saksbehandlingen i forbindelse med et vedtak om markedsføringsforbud. Bakgrunnen for vedtaket var en henvendelse til forvaltningen fra en konkurrent av klageren. Under saksbehandlingen holdt forvaltningen konkurrenten orientert ved å sende ham kopi av sakens dokumenter.

Ombudsmannen var kritisk til en slik praksis. Forvaltningen hadde i denne saken feilaktig lagt til grunn at konkurrenten var part. Visse spørsmål vedrørende offentlighet og taushetsplikt var ikke tilstrekkelig vurdert. I den grad dokumentene i saken var offentlige, mente ombudsmannen uansett at en slik praksis er uheldig og i dårlig samsvar med offentlighetslovens ordning. Helsedepartementet kom deretter tilbake til saken og opplyste at det hadde bedt Mattilsynet om å merke seg kommentarene i ombudsmannens uttalelse.

Mattilsynet (daværende Statens næringsmiddeltilsyn) fattet vedtak som påla endring i merking og markedsføring av et bestemt næringsmiddelprodukt og forbød samtidig markedsføring av produktet inntil de pålagte endringene var etterkommet.

Det aktuelle produktet ble markedsført av A. Vedtaket var begrunnet i at produktet, etter Mattilsynets vurdering, hadde en annen opprinnelse enn hva A oppga i sin merking og markedsføring. Markedsføringen ble således ansett å være strid med reglene i forskrift 21. desember 1993 nr. 1385 om merking mv av næringsmidler.

Bakgrunnen for vedtaket var en henvendelse fra B til Mattilsynet, der det ble antydet at produktet hadde en annen opprinnelse enn angitt av A, og således ble markedsført under feil forutsetninger. B er konkurrent av A og frembyr et produkt som konkurrerer direkte med As produkt.

På bakgrunn av Bs henvendelse iverksatte Mattilsynet undersøkelser av As produkt. I forhåndsvarsel til A opplyste Mattilsynet at det var foretatt laboratorieanalyser av prøver av produktet som tilsa at dette hadde en annen opprinnelse enn angitt av A. Samtidig ble det varslet at vedtak om pålegg om endring/forbud mot markedsføring av produktet ville bli fattet, med mindre markedsføringen ble endret/stanset i løpet av tre uker. Kopi av forhåndsvarselet ble sendt til B.

I svarbrev til Mattilsynet hadde A visse kritiske bemerkninger til analyseresultatene og protesterte samtidig mot at B ble tilsendt saksdokumenter. I brevet het det blant annet:

> «Fordi det offentlige har så stor makt, og for å unngå misbruk av informasjon fra det offentlige, er, så vidt vi vet, SNT [senere Mattilsynet] og andre statlige og kommunale organer bundet av en streng taushetsplikt i saker som av denne typen.
>
> Hvis SNT skulle bryte sin taushetsplikt, og gi informasjon i en sak som dette direkte til noen av våre konkurrenter, sier det seg selv at informasjonen blir brukt for det den er verdt, for å sverte oss, så våre konkurrenter kan ta kunder og markedsandeler fra oss.
>
> Vi er mer enn forbauset over at SNT har sendt kopi av sitt forhåndsvarsel til vår konkurrent B. At det åpenbart er dette firma som har henvendt seg til SNT, og dette firmas synspunkter som SNT langt på vei har lagt til grunn, gjør ikke B til part i saken, eller på annen måte berettiget til informasjon. Under enhver omstendighet må dette gjelde på det nåværende stadium av saken, før vi har hatt anledning til å kommentere SNTs utspill.»

I Mattilsynets vedtak ble spørsmålet om tilsendelse av saksdokumenter til B kommentert slik:

> «SNT praktiserer meroffentlighet. Det vil i praksis si at saker kun unntaksvis unntas offentlighet. Vi anser ikke at det er forhold ved denne saken som tilsier at den skal unntas offentligheten. Vedrørende det faktum at B har fått kopi av utgått forhåndsvarsel er det praksis at de parter som er involvert i saken får kopi av de brevene som går ut.»

Mattilsynets vedtak ble sendt i kopi til B.

Vedtaket ble påklaget av A. I klagen het det blant annet:

> «SNT er underlagt m.a. Forvaltningsloven og Offentlighetsloven. Uttrykket *meroffentlighet* finnes ikke i disse lovene. Selv om ikke vedtakene normalt er unntatt offentlighet, er det et krav om at bedriftsinterne og økonomiske hensyn skal ivaretas. SNT har i denne saken aktivt holdt firma B underrettet om saksbehandlingen, noe som bare er vanlig når en sak har allmennhetens interesse. Som part i en sak regnes en person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken direkte gjelder. Denne saken gjelder ikke firma B direkte, og han er derfor ikke part i saken. Til orientering har firmaet nå distribuert vedtaket fra SNT til våre kunder før klagen er behandlet, og således påført oss direkte økonomisk skade.»

Helsedepartementet stadfestet Mattilsynets vedtak. I departementets vurdering av tilsendelse av saksdokumenter til B het det blant annet:

> «SNT praktiserer meroffentlighet ved at saker kun unntaksvis unntas offentlighet.
>
> Det sentrale spørsmålet er her hvorvidt det finnes rettslig grunnlag for å unnta dokumenter offentlighet. Dokumenter kan unntas offentlighet dersom det er hjemmel for det i lov jf. offentlighetsloven § 5a eller på grunn av dokumentets innhold jf. offentlighetsloven § 6.
>
> Helsedepartementet finner ikke grunnlag i offentlighetsloven § 6 for å unnta sakens dokumenter fra offentlighet.
>
> A har i sin klage anført at bedriftsinterne og økonomiske hensyn bør ivaretas og at dokumentene ikke burde ha blitt oversendt B.
>
> Helsedepartementet vil bemerke at B er klager i saken og derfor har rett til innsyn i sakens dokumenter jf. forvaltningsloven § 18, første ledd. I henhold til forvaltningsloven § 19, bokstav b, så er tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår, unntatt fra partenes innsynsrett.
>
> Helsedepartementet kan ikke se at det forhold [at As produkt har en annen opprinnelse enn angitt], rammes av denne bestemmelsen. Det er således ikke noe grunnlag for å unnta dokumentene i saken fra offentlighet.
>
> A hevder videre at det faktum at B har informert A sine kunder om vedtaket, har medført direkte økonomisk skade. Helsedepartementet vil påpeke at A i fax datert 29. april opplyser om at de selv har orientert sine kunder om SNT»s vedtak.»

A brakte deretter saken inn for ombudsmannen.

Departementet ble i brev herfra bedt om å redegjøre nærmere for enkelte spørsmål angående utsendelse av saksdokumenter til B. I brevet het det blant annet:

> «2. Departementet bes videre opplyse om Mattilsynet, på tidspunktet for Bs henvendelse, var klar

over at B og A konkurrerte i samme marked. Dersom Mattilsynet ikke var klar over dette, bes det opplyst på hvilket tidspunkt tilsynet/departementet fikk kjennskap til konkurranseforholdet.
---

5. Mattilsynet og departementet har i løpet av saksgangen sendt gjenpart av en rekke saksdokumenter til B, herunder gjenpart av forhåndsvarsel fra Mattilsynet 19. februar 2003. A har gjentatte ganger protestert mot dette og anført at B kan benytte disse dokumentene til å forsøke å skaffe seg markedsandeler på As bekostning. I As klage 25. april 2003 over Mattilsynets vedtak 15. april 2003 hevdes det at B har distribuert tilsynets vedtak til As kunder og at forvaltningens oversendelse av saksdokumenter til B således har påført A økonomisk skade.

Spørsmål knyttet til underretning av B er behandlet i departementets vedtak 22. juli 2003, der det blant annet heter «Helsedepartementet finner ikke grunnlag i offentlighetsloven § 6 for å unnta sakens dokumenter fra offentlighet».

Departementet bes i denne forbindelse redegjøre for hvilke vurderinger som er gjort i forhold til bestemmelsen i offentlighetsloven § 6 første ledd nr 5 om «Anmeldelse, rapport og annet dokument om lovovertredelse».

6. Det fremgår ikke av departementets vedtak at forholdet til offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr 2 er vurdert. Ifølge disse bestemmelsene er «drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår» unntatt offentlighet. Departementet bes redegjøre for hvorvidt dette er vurdert.

7. I departementets vedtak heter det at «A hevder videre at det faktum at B har informert A sine kunder om vedtaket, har medført direkte økonomisk skade. Helsedepartementet vil påpeke at A i fax til SNT datert 29. april opplyser om at de selv har orientert sine kunder om SNTs vedtak».

Departementet bes utdype hva som menes i sitatet ovenfor, særlig sett hen til at B ble holdt orientert ved gjenpart av saksdokumenter også før vedtak ble fattet.

8. I departementets vedtak heter det at «B er klager i saken og derfor har rett til innsyn i sakens dokumenter jf. forvaltningsloven § 18, første ledd». Forvaltningsloven § 18 omhandler partenes rett til innsyn i sakens dokumenter. Departementets vedtak forutsetter således at B har status som part i saken. Vedtaket inneholder imidlertid ingen vurdering av forholdet til lovens § 2 første ledd bokstav e, der «part» er definert som «person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder».

Departementet bes redegjøre nærmere for hvilke vurderinger som ligger til grunn for å anse B som part i saken.»

I brev 15. februar 2005 hit svarte departementet:

«2. SNT var hele tiden klar over at B og A konkurrerer på samme marked.
---

5. Departementet vurderte offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 slik at det ikke forelå en plikt til å unnta fra offentlighet, men en mulig hjemmel til å gjøre. I denne saken ble hensynet til offentlighet ut i fra prinsippet om meroffentlighet vurdert som mer tungtveiende enn hensynet til den berørte part.

6. Departementet vurderte ikke spørsmålet om unntak fra offentlighet for «drifts- eller forretningsforhold» etter offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, men etter offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet fant at denne bestemmelsen ikke fikk anvendelse i denne saken.

7. Departementets svar retter seg mot opplysninger til As kunder og ikke B. Det ble vist til en fax sendt til SNT 29. april, hvor det ble opplyst om at A hadde informert sine kunder om vedtaket. Uttalelsen man ber departementet kommentere, er et direkte sitat fra SNTs oversendelsesbrev, som i sin tur siterer As faks av den 29. april 2004. Det ligger under spørsmålet at sivilombudsmannen stiller spørsmål om hvorvidt klager burde blitt informert ved kopi om sakens stilling. Departementet viser til kommentaren under pkt 1. Departementet ønsker ikke å kommentere forholdet mellom B og A.

8. Departementet tolket partsbegrepet i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e til også å omfatte B på bakgrunn av at firmaet hadde klaget inn saken, og det lå i et konkurransemessig forhold til A.»

Departementets svar ble kommentert av A i brev hit:

«Spørsmålet om meroffentlighet har i denne saken utelukkende vært et spørsmål om å holde B løpende orientert om saksbehandlingen. Saken har neppe hatt generell informasjonsverdi for allmennheten eller forbrukerne. SNT har gjennom sitt vedtak gitt en betydelig konkurransevridning ved at det har gitt B en monopolsituasjon i markedet, samtidig som det har gitt dem mulighet til å sverte vårt rykte og svekke vår tillit generelt i markedet. B fikk tilgang på saksbehandlingen samtidig med oss, noe som har gitt dem et forsprang til å gå ut med informasjon til markedet om at [As produkt] ikke var lovlig å bruke, på grunn av en formulering i et datablad som Mattilsynet ikke aksepterte, basert på en ikke-akkreditert analysemetode fremskaffet av B.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Det fremgår av departementets vedtak og svarbrev 15. februar 2005 hit at departementet har ansett B som berettiget til innsyn i saksdokumentene både etter bestemmelsene om partsoffentlighet i forvaltningsloven 10. februar 1967 og etter bestemmelsene om dokumentoffentlighet i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69.

1. Partsoffentlighet

Partenes rett til innsyn i sakens dokumenter følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18. Hvem som er part i en forvaltningssak, fremgår av lovens § 2 første ledd bokstav e. I denne bestemmelsen defineres «part» som en «person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder».

Vedtaket i denne saken var ikke bestemmende for Bs rettigheter eller plikter og hadde således ikke

innvirkning på Bs rettsstilling. Vedtaket var dermed ikke en avgjørelse som rettet seg mot B.

Jeg kan heller ikke se at saken ellers direkte gjaldt B. At Mattilsynet iverksatte sine undersøkelser på bakgrunn av en henvendelse fra B, kan i denne sammenhengen ikke være avgjørende. Det er for øvrig terminologisk uheldig når departementet så vel i vedtaket 22. juli 2003 og i svaret 15. mars 2005 på foreleggelsen herfra, omtaler B som «klager». Den som påklager et forvaltningsvedtak etter forvaltningsloven § 28 og som har rettslig klageinteresse, regnes som «part» i klagesaken. En slik klager står imidlertid i en helt annen situasjon enn den som bare har orientert forvaltningsorganet om mulig lov- eller forskriftsstridig atferd.

Jeg kan heller ikke følge departementet når det legges til grunn at det forhold at B sto i et «konkurransemessig forhold til A», gjør at B derfor må anses som part. Jeg viser i denne forbindelse til sak inntatt i årsmeldingen herfra for 1981 s 72, der det ble lagt til grunn at en jordsøkende nabo ikke kan regnes som part i en konsesjonssak.

Etter min mening er det klart at B ikke kan regnes som part i saken og dermed heller ikke har rett til innsyn i sakens dokumenter etter forvaltningsloven § 18.

Departementet vurderte i vedtaket om det var grunnlag for å unnta opplysningene med hjemmel i forvaltningsloven § 19. Bestemmelsen i § 19 regulerer unntak fra reglene om partsoffentlighet i § 18. Departementets vurdering forutsetter således at B er part i saken. Som det fremgår ovenfor, mener jeg at B ikke kan regnes som part i saken og dermed ikke har rett til innsyn etter § 18. En vurdering av hvorvidt unntaksbestemmelsen i § 19 kommer til anvendelse, er derfor overflødig.

2. Dokumentoffentlighet og meroffentlighet

Departementet har i vedtaket 22. juli 2003 vist til at dokumentene ifølge offentlighetsloven er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i eller i medhold av lov. Av vedtaket sammenholdt med departementets svarbrev hit fremgår det at departementet vurderte å unnta dokumentene offentlighet etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr 5 og § 5a jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Det ble imidlertid ikke vurdert å gjøre unntak etter offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13.

2.1 Offentlighetsloven § 6 nr 5 – dokument om lovovertredelse

Ifølge offentlighetsloven § 6 nr 5 kan «dokument om lovovertredelse» unntas offentlighet. Bestemmelsens anvendelsesområde er nærmere utdypet av Justisdepartementets lovavdeling i en uttalelse 20. november 2001 (01/3181):

> «Offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 gir adgang til å unnta «anmeldelse, rapport og annet dokument om lovovertredelse». Bestemmelsen omfatter bare dokumenter som direkte omhandler og er skrevet som en direkte følge av en konkret lovovertredelse, for eksempel for å klarlegge, stoppe eller sanksjonere den. Det forhold at et dokument inneholder opplysninger om en overtredelse, er altså ikke nok til å unnta det fra offentlighet etter § 6 første ledd nr. 5.
>
> Det er ikke noe vilkår at lovovertredelsen er straffbar. Bestemmelsen omfatter også lovovertredelser som bare er undergitt administrative sanksjoner, som for eksempel tilbakekall av autorisasjon eller rekvireringsrett. Det må imidlertid være tale om et lovbrudd i betydningen brudd på formell lov eller forskrift fastsatt med hjemmel i slik lov. Handlinger som bare strider mot for eksempel yrkesetiske normer som ikke er regulert i lov eller forskrift, vil derfor ikke omfattes av bestemmelsen.
>
> Det er antatt at bestemmelsen ikke bare omfatter dokumenter om fullbyrdede lovovertredelser, men også dokumenter i saker hvor det er uklart om det foreligger en lovovertredelse. Muligheten for at det er begått en lovovertredelse må likevel ikke være for fjern eller usikker.»

Jeg er enig i Lovavdelingens forståelse av bestemmelsen. I denne saken gir den således grunnlag for å unnta saksdokumentene fra offentlighet.

Etter lovens § 2 tredje ledd skal forvaltningen vurdere om dokumentene likevel skal gjøres helt eller delvis kjent (meroffentlighet). I en sak som den foreliggende vil opplysningene kunne påvirke konkurransen i det aktuelle markedet og resultere i økonomiske skadevirkninger for den private part som opplysningene gjelder. Etter min mening er det derfor grunn for forvaltningen til å utvise forsiktighet med å gjøre opplysningene kjent. Særlig gjelder dette i tiden før det treffes noe vedtak.

2.2 Offentlighetsloven § 5a – opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt

Offentlighetsloven § 5a bestemmer at opplysninger som er undergitt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov er unntatt fra offentlighet. I disse tilfellene skal opplysningene unntas. Det foreligger ingen skjønnsmessig adgang for forvaltningen til likevel å gjøre dem kjent (praktisere meroffentlighet).

Ifølge forvaltningsloven § 13 har forvaltningen taushetsplikt i forhold til opplysninger om «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår». Taushetsplikten gjelder her i forhold til utenforstående, altså personer som ikke er part i saken, jf. forvaltningsloven § 13b første ledd nr 1.

Av departementets svarbrev hit 15. februar 2005 fremgikk det at spørsmålet om taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 ikke var vurdert. I denne forbindelse het det imidlertid i svarbrevet at departementet hadde vurdert om det kunne gjøres unntak fra offentlighet etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b om opplysninger «som angår tekniske inn-

retninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og berekninger og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet». Denne bestemmelsen gjelder imidlertid innskrenkninger i *partenes* rett til innsyn i saksdokumentene, ikke i allmennhetens rett til innsyn etter offentlighetsloven.

Det er mulig at departementets svarbrev skal forstås dit hen at likhetene mellom de to bestemmelsene innebærer at dersom opplysningene ikke omfattes av § 19 første ledd bokstav b, vil de heller ikke omfattes av § 13. Bestemmelsen i § 19 første ledd bokstav b har likhetstrekk med § 13, men vurderingstemaet er noe annerledes. Det avgjørende etter § 13 er om opplysningen gjelder «forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår», mens § 19 regulerer «forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet». Dessuten vil det kunne være andre hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av hvorvidt opplysningene skal unntas partsoffentlighet enn i vurderingen av om de skal unntas den alminnelige dokumentoffentligheten etter offentlighetsloven.

I denne saken iverksatte Mattilsynet sine undersøkelser på bakgrunn av en henvendelse fra en konkurrent av A. Det må antas at deler av opplysningene i saken vil kunne påvirke konkurransen i markedet og at dette vil kunne være til skade for A. I hvilken grad en slik påvirkning er tilstrekkelig til at opplysningene omfattes av bestemmelsen i § 13, må vurderes konkret. Denne vurderingen må i første omgang foretas av forvaltningen selv. Etter min mening er det en svakhet ved behandlingen av denne saken at det ikke er foretatt en slik vurdering.

Uavhengig av om det er grunnlag for å unnta sakens dokumenter fra offentlighet, er jeg kritisk til en praksis som går ut på at forvaltningen på eget initiativ sender kopi av sakens dokumenter til andre enn den som saken direkte gjelder. Offentlighetsloven § 2 annet ledd bestemmer at «enhver kan ... kreve å få gjøre seg kjent med det offentlige innholdet i en bestemt sak». Som det fremgår av lovteksten, bygger loven på en forutsetning om at den som er interessert i et bestemt dokument eller bestemte opplysninger, må henvende seg til forvaltningen og be om innsyn. Prinsippet om meroffentlighet kan i hvert fall ikke forstås slik at forvaltningsorganet på eget initiativ har adgang til å sende kopier av alle dokumentene i en sak til bestemte tredjepersoner som forvaltningsorganet selv utpeker. Jeg finner det derfor uheldig og kritikkverdig at Mattilsynet rutinemessig sendte kopier av saksdokumentene til B.»

Departementet kom tilbake til saken og opplyste at det hadde bedt Mattilsynet om å merke seg kommentarene i ombudsmannens uttalelse og ta hensyn til disse i det videre forvaltningsarbeidet.

8.

Innsyn i dokumenter hos Konkurransetilsynet – taushetsplikt om forretningsforhold

(Sak 2006/902)

Konkurransetilsynet ga et advokatfirma innsyn i dokumenter som et selskap hadde innlevert i forbindelse med melding om bedriftserverv. Selskapet klaget til ombudsmannen og hevdet at Konkurransetilsynet hadde brutt taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Flere av dokumentene inneholdt ifølge klageren opplysninger om selskapets forretningshemmeligheter.

Ombudsmannen kom til at Konkurransetilsynets første håndtering ikke hadde vært i tråd med tilsynets egne retningslinjer for behandling av innsynsbegjæringer. Verken tilsynets nye behandling eller redegjørelsene til ombudsmannen ga tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om tilsynet hadde tolket reglene om taushetsplikt korrekt. Konkurransetilsynet ble bedt om å vurdere spørsmålet på nytt.

Et aksjeselskap ga melding til Konkurransetilsynet om bedriftserverv, og oversendte i den forbindelse sentrale selskapsdokumenter.

Advokatfirmaet X fikk innsyn i dokumentene. Aksjeselskapet mente at de utleverte dokumentene inneholdt forretningshemmeligheter, og ba Konkurransetilsynet vurdere innsynsbegjæringen på ny. Konkurransetilsynet ba selskapet identifisere hvilke opplysninger som etter deres syn inneholdt forretningshemmeligheter. I fornyet vurdering fastholdt Konkurransetilsynet at de utleverte dokumentene ikke inneholdt taushetsbelagte opplysninger. Tilsynet viste dels til at opplysningene var allment kjent, og dels at det på grunn av tiden som var gått ikke hadde konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningene. Konkurransetilsynet erkjente imidlertid i ettertid at dokumentene var av en slik karakter at spørsmålet om innsyn med fordel kunne vært forelagt aksjeselskapet før begjæringen ble tatt til følge. Da et annet advokatfirma Y senere begjærte innsyn i de samme dokumentene, ble det bare gitt delvis innsyn i tråd med selskapets syn.

Klagen til ombudsmannen gjaldt Konkurransetilsynets saksbehandling i forbindelse med tilsynets avgjørelse om å gi innsyn i saksdokumentene. Selskapet anførte at Konkurransetilsynets saksbehandling medførte et rettsbrudd, fordi en tredjepart hadde fått innsyn i dokumenter som gjaldt forretningshemmeligheter. Uavhengig av om opplysningene ble ansett som forretningshemmeligheter, anførte selskapet at saksbehandlingen var mangelfull og i strid med god forvaltningsskikk.

I brev herfra ble Konkurransetilsynet bedt om å redegjøre for årsaken til at selskapets syn på opplysningene ikke er kommentert i begrunnelsen for den nye vurderingen. Konkurransetilsynet ble videre bedt om å redegjøre nærmere for hva tilsynet kon-

kret la i at opplysningene som ble ulevert var «allment kjent», og at de på grunn av den tiden som var gått ikke lenger «var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde». Det ble også bedt om en utdyping av hvilke andre forhold som var avgjørende for tilsynets konklusjon.

Konkurransetilsynet ble videre bedt om å redegjøre for hvorfor det bare ble gitt delvis innsyn i de samme dokumentene, da et annet advokatfirma Y senere ba om innsyn. I lys av Konkurransetilsynets interne retningslinjer, samt ombudsmannens vurderinger og anbefalinger i ombudsmannssak 2000/1601, ble tilsynet bedt om å vurdere saksbehandlingen, både før utleveringen av dokumentene og senere i forbindelse med den fornyede vurderingen.

I svarbrevet viste Konkurransetilsynet blant annet til at en beslutning om å gi innsyn ikke er et enkeltvedtak. I forlengelsen av dette uttalte tilsynet:

> «Når Konkurransetilsynet i sin avgjørelse viser at tilsynet har vurdert om opplysningene er underlagt taushetsplikt, må dette uansett være tilstrekkelig i forhold til prinsippet om forsvarlig saksbehandling i forvaltningen. Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan det ikke oppstilles noe krav om at alle enkeltopplysningene, og de konkrete vurderingene knyttet til disse, spesifikt må gjengis i denne type avgjørelser.»

Til spørsmålene herfra om hva tilsynet konkret la i at opplysningene var allment kjent og at de på grunn av den tiden som var gått ikke lenger var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, svarte tilsynet følgende:

> «Som det fremkommer ovenfor foretok Konkurransetilsynet i forbindelse med avgjørelsen en konkret vurdering av de opplysningene som [selskapet] mente var forretningshemmeligheter. Ut fra den kunnskap som Konkurransetilsynet hadde om hva som var kjent i markedet og informasjon på aktørenes hjemmesider, ble det konkludert med at de aktuelle opplysningene var allment kjent og at de på grunn av den tiden som var gått ikke lenger var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Det vises i denne sammenheng til at de aktuelle opplysningene knytter seg til avtaler fra 1999, og at det er skjedd en rekke omstruktureringer i markedet etter dette. Det var også eksempelvis offentlig kjent at eierforholdet i [selskapet] er 50/50.»

Om hvilke andre forhold som var avgjørende, viste tilsynet for det første til Ot.prp. nr. 3 (1975 – 1977) side 142 der det er redegjort nærmere for hvilke opplysninger som vanligvis ikke omfattes av taushetsplikten. Under henvisning til dette uttalte tilsynet:

> «Slik Konkurransetilsynet vurderte det, inneholdt dokumentene som [advokatfirmaet] ba om innsyn i også opplysninger som nevnt i listen ovenfor.»

Konkurransetilsynet viste også til det som fremgår på side 63 i Justisdepartementets veileder i offentlighetsloven om uttrykket «konkurransemessig betydning».

Til spørsmålet om behandlingen av innsynsbegjæringen fra advokatfirmaet Y uttalte tilsynet:

> «På bakgrunn av begjæringen om innsyn, tok tilsynet kontakt med [advokatfirmaet Y] med forespørsel om det var behov for å oversende de opplysningene som [selskapet] mente var forretningshemmeligheter. Etter dette begjærte [advokatfirmaet Y] kun innsyn i de opplysningene som etter [selskapets] oppfatning ikke inneholdt forretningshemmeligheter. Det var følgelig ikke nødvendig for Konkurransetilsynet å foreta en vurdering av dokumentenes innhold med hensyn til spørsmålet om forretningshemmeligheter.»

I svarbrevet er det også opplyst at tilsynet i svært stor utstrekning gir den som eventuelt måtte være beskyttet av reglene om taushetsplikt anledning til å uttale seg, og at dette også ofte blir gjort i saker der det verken er tvilsomt eller vanskelig å avgjøre om det foreligger forretningshemmeligheter. På denne bakgrunn erkjente tilsynet at dokumentene burde vært forelagt selskapet før begjæringen om innsyn fra advokatfirmaet X ble tatt til følge. I forlengelsen av dette uttalte tilsynet:

> «Selv om dokumentene ikke ble forelagt [selskapet] for uttalelse, ble det imidlertid foretatt en konkret vurdering av opplysningene før utsendelsen. Den etterfølgende behandlingen av spørsmålet om innsyn viser også at oversendelse til [selskapet] var uten betydning.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Rettslig utgangspunkt

Utgangspunktet i norsk rett er at forvaltningens dokumenter er offentlige, se offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 første ledd. Opplysninger som er underlagt taushetsplikt er imidlertid unntatt fra offentlighet etter særskilt bestemmelse i lovens § 5a første ledd. Det følger av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 at forvaltningen har taushetsplikt om opplysninger i dokumenter som gjelder

> «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.»

Saken gjelder innsyn i dokumenter som ble innlevert til Konkurransetilsynet i forbindelse med et selskaps melding om bedriftserverv i 1999. Dokumentene ble innlevert i medhold av den tidligere konkurranseloven 11. juni 1993 § 3–11, sjette ledd. Tilsvarende bestemmelse er gitt i gjeldende konkurranselov 5. mars 2004 § 18, femte ledd. Begjæringen om innsyn var forankret i offentlighetsloven § 2 annet ledd. Spørsmålet er om innsyn burde vært nektet, helt eller delvis, fordi opplysninger i dokumentene var under-

lagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2).

Jeg har begrenset mulighet til å vurdere Konkurransetilsynets taushetsplikt i et tilfelle som dette. Saksbehandlingen må under enhver omstendighet være forsvarlig, og jeg vil derfor se nærmere på dette spørsmålet.

2. Saksbehandling ved begjæring om innsyn i mulig taushetsbelagte opplysninger

Spørsmålet er hvilke saksbehandlingskrav som gjelder når et forvaltningsorgan vurderer å gi innsyn i dokumenter der det kan reises spørsmål om dokumentet inneholder opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt.

En beslutning om å gi innsyn etter offentlighetsloven 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 begjæringer om innsyn.

For å vareta kravene til saksbehandlingen i innsynssaker, har Konkurransetilsynet gitt retningslinjer for praktisering av offentlighetsloven. I retningslinjene punkt 3.1 er det gitt regler for behandling av begjæringer om innsyn der det kan være spørsmål om taushetsplikt etter offentlighetsloven § 5a. Det fremgår at:

> «Med forretningshemmeligheter menes «tekniske innretninger og framgangsmåter samt drifts- eller forretningsinnhold». Slike opplysninger vil være underlagt taushetsplikt hvis det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningene av hensyn til den som opplysningene angår.
>
> Formålet med bestemmelsen er å hindre spredning av opplysninger som kan føre til økonomisk tap for et foretak samt å opprettholde et tillitsforhold av stor betydning fordi tilsynets saksbehandling i stor grad baserer seg på opplysninger innhentet fra markedsaktørene.
>
> Ofte må det foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering hvor det sentrale vil være om det er av konkurransemessig betydning for vedkommende foretak å hemmeligholde opplysningene. Dette vil foretaket som opplysningene angår, ofte være den nærmeste til å vurdere. Det kan derfor være hensiktsmessig å be foretaket angi hvilke opplysninger den mener er taushetsbelagte og eventuelt hvorfor foretaket mener dette. Tilsynet må likevel foreta sin egen vurdering for å klargjøre om det er fyllestgjørende grunn til å hemmeligholde alle de opplysninger foretaket anser som forretningshemmeligheter.»

Etter mitt syn gir disse retningslinjene et korrekt rettslig utgangspunkt for hvilke krav som stilles til saksbehandlingen i innsynssaker der det kan være spørsmål om dokumenter inneholder taushetsbelagte opplysninger. Når Konkurransetilsynet skal ta stilling til spørsmål om opplysninger er underlagt taushetsplikt, vil det avgjørende alltid være en tolkning av offentlighetsloven § 5a) og de rettskilder som knytter seg til den aktuelle bestemmelsen om taushetsplikt. Det gjelder tolkning av en bestemmelse som gjør unntak fra offentlighetslovens hovedregel om at forvaltningens dokumenter er offentlige. Hovedregelen bærer det grunnleggende offentlighetsprinsippet i norsk rett. Hensynet til selskapets behov for taushet må derfor vurderes i lys av at borgerne som hovedregel har krav på innsyn i forvaltningens dokumenter.

3. Konkurransetilsynets saksbehandling ved begjæring om innsyn

Det er på det rene at Konkurransetilsynet utleverte de aktuelle dokumentene etter en telefonisk henvendelse fra advokatfirmaet X. Det er videre på det rene at dokumentene ble utlevert uten at klageren fikk anledning til å gi sitt syn på spørsmålet om dokumentene inneholdt taushetsbelagte opplysninger.

Jeg har gjentatte ganger understreket betydningen av at innsynsbegjæringer behandles raskt, og i alminnelighet innen 1–3 virkedager etter at en innsynsbegjæring er mottatt. En forutsetning for så rask behandling, er imidlertid at spørsmålet om dokumentene inneholder taushetsbelagte opplysninger er tilstrekkelig opplyst før dokumentene leveres ut.

I forbindelse med klagerens begjæring om omgjøring av innsynsspørsmålet, uttalte Konkurransetilsynet:

> «I ettertid ser vi at dokumentene i saken er av en slik karakter at Konkurransetilsynet med fordel kunne ha forelagt spørsmålet om innsyn for [selskapet] før avgjørelsen ble truffet.»

I brev til ombudsmannen uttalte Konkurransetilsynet at dokumentene, i tråd med retningslinjene, burde vært forelagt klageren før avgjørelsen om innsyn ble tatt. Videre uttalte tilsynet:

> «Selv om dokumentene ikke ble forelagt [selskapet] for uttalelse, ble det imidlertid foretatt en konkret vurdering av opplysningene før utsendelsen. Den etterfølgende behandlingen av spørsmålet om innsyn viser også at oversendelse til [selskapet] var uten betydning.»

Jeg er enig med Konkurransetilsynet i at spørsmålet om dokumentene inneholdt taushetsbelagte opplysninger i dette tilfellet burde ha vært forelagt klageren før spørsmålet om innsyn ble avgjort. Dette underbygges av at klageren allerede ved meldingen om bedriftserverv i 1999, uttrykkelig gjorde oppmerksom på at den såkalte «Head Agreement» måtte betraktes som en forretningshemmelighet. Da tilsynet senere mottok begjæring om innsyn i et slikt dokument, burde selskapet fått adgang til å uttale seg om taushetspliktspørsmålet. Denne saksbehandlingsrutinen følger klart av Konkurransetilsynets interne ret-

ningslinjer om praktisering av offentlighetsloven. Et slikt krav følger også av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Kravet til kontradiksjon skjerpes når en mulig uriktig avgjørelse kan få alvorlige konsekvenser for den opplysningene gjelder. Dette vil typisk være tilfellet der det er fare for å røpe mulig taushetsbelagte opplysninger.

4. Konkurransetilsynets saksbehandling ved klagers begjæring om omgjøring

I brev 5. oktober 2005 ba klageren om omgjøring av Konkurransetilsynets avgjørelse om å gi innsyn. Klageren ga deretter 21. oktober 2005 en konkret redegjørelse for hvilke opplysninger i dokumentene som selskapet anså som forretningshemmeligheter, og som etter selskapets syn var underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

I Konkurransetilsynets brev 27. oktober 2005 til klageren fremgår det:

> «Konkurransetilsynet har foretatt en fornyet vurdering av innsynsbegjæringen. Hva som er underlagt taushetsplikt vil avhenge av omstendighetene i den konkrete saken. I denne saken er det Konkurransetilsynets vurdering at opplysningene det er gitt innsyn i, ikke er å anse som forretningshemmeligheter. Det dreier seg blant annet om opplysninger som er allment kjent og om opplysninger som det på grunn av den tiden som er gått ikke lenger er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Konkurransetilsynet fastholder derfor sin avgjørelse om innsyn i dokumentene i ovennevnte sak.»

Det ble herfra stilt spørsmål om hvorfor Konkurransetilsynets begrunnelse ikke gikk nærmere inn på de ulike opplysningene som selskapet anså for å være taushetsbelagte. I Konkurransetilsynets brev hit het det:

> «Som det fremkommer av brev fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet til [klageren], er det ikke klageadgang i saker hvor det gis innsyn etter offentlighetsloven. I følge offentlighetsloven § 9 tredje ledd er det kun klageadgang i forhold til avslag på begjæring om innsyn. Dette er også lagt til grunn i blant annet Ot. prp. nr. 102 (2004–2005) punkt 12.5 og Frihagens Offentlighetsloven II, tredje utgave side 267. Dette må etter Konkurransetilsynets oppfatning innebære at det heller ikke foreligger en plikt til å begrunne hvorfor innsyn er gitt. Beslutning om å gi innsyn er ikke et enkeltvedtak, og kravene til begrunnelse i forvaltningsloven § 25 kommer ikke direkte til anvendelse. Når Konkurransetilsynet i sin avgjørelse viser at tilsynet har vurdert om opplysningene er underlagt taushetsplikt, må dette uansett være tilstrekkelig i forhold til prinsippet om forsvarlig saksbehandling i forvaltningen. Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan det ikke oppstilles noe krav om at alle enkeltopplysningene, og de konkrete vurderingene knyttet til disse, spesifikt må gjengis i denne type avgjørelser.»

Konkurransetilsynet har korrekt lagt til grunn at reglene i forvaltningsloven kapittel IV-VI ikke får direkte anvendelse ved denne typen avgjørelser. Forvaltningslovens regler suppleres imidlertid av grunnleggende prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Når privatpersoner eller andre private rettssubjekter vil bli sterkt berørt av en offentlig avgjørelse, skjerpes kravene til saksbehandling også når forvaltningen treffer andre avgjørelser enn «enkeltvedtak».

I denne saken er det på det rene at Konkurransetilsynet brøt sine egne retningslinjer ved første gangs behandling av begjæringen om innsyn. [Selskapet] fikk ikke anledning til å uttale seg om forholdet til taushetsplikten før tilsynet ga innsyn i dokumentene. Gjennomgangen av saken her etterlater også et inntrykk av at begjæringen om innsyn ble behandlet svært raskt, foranlediget av en telefonisk henvendelse fra advokatfirmaet X med påfølgende oversendelse av dokumentene per telefaks. Den raske behandlingen var i prinsippet i samsvar med god forvaltningsskikk i slike saker. Men i dette tilfellet kan det reises spørsmål om saken var tilstrekkelig opplyst og om Konkurransetilsynet bygget på korrekt rettsanvendelse ved sin vurdering av spørsmålet om taushetsplikt.

Når klageren i et slikt tilfelle senere ber om omgjøring, må det etter mitt syn stilles visse krav til forvaltningens redegjørelse for saksbehandlingen og de vurderingene som er gjort. Konkurransetilsynets begrunnelse i brevet 27. oktober 2005 til klager, fremstår som knapp og mindre egnet til å underbygge de vurderinger Konkurransetilsynet gjorde ved avgjørelsen av spørsmålet om taushetsplikt. Konkurransetilsynets redegjørelse til ombudsmannen er også så vidt generelt vinklet at det ikke er mulig å avgjøre om de aktuelle dokumentene inneholder taushetsbelagte opplysninger. Det må i det minste kreves at Konkurransetilsynet kommenterer de konkrete opplysningene som selskapet anser som forretningshemmeligheter.

Jeg ber Konkurransetilsynet vurdere taushetspliktspørsmålet på nytt. Spørsmålet om de enkelte dokumentene inneholder taushetsbelagt informasjon må vurderes konkret.»

9.

Møteoffentlighet i Gausdal kommune

(Sak 2006/425)

Som grunnlag for budsjettarbeidet 2006 ønsket Gausdal kommune en gjennomgang av hele kommunens organisasjon og alle oppgaver. Arbeidet ble lagt til et partssammensatt utvalg (PSU), som i første møte besluttet å lukke dørene til samtlige fremtidige møter av hensyn til personvernet, jf. kommuneloven § 31 nr. 3.

Etter klage fra en lokalavis, konkluderte ombudsmannen med at utvalget ikke hadde rettslig grunnlag for avgjørelsen om å holde samtlige fremtidige møter for lukkede dører. Kommunen hadde

tolket uttrykket «hensynet til personvern» i kommuneloven § 31 nr. 3 for vidt. Ombudsmannen mente at spørsmål om begrenset møteoffentlighet måtte vurderes i forhold til utvalgets behandling av konkrete saker eller emner i hvert enkelt møte.

Ved behandling av budsjettet for 2005 og økonomiplanen for 2005–2008 besluttet Gausdal kommunestyre å gjennomgå kommunens tjenester og oppgaver i god tid før oppstart av budsjettarbeidet for 2006. Målsettingen var bedre samsvar mellom utgifter og inntekter i kommunen, og det skulle fremmes konkrete forslag for å bedre budsjettbalansen. Kommunestyret forutsatte at hele kommunens organisasjon og alle oppgaver skulle gjennomgås.

Formannskapet vedtok 17. januar 2005 at gjennomgangen skulle gjøres i et utvalg som består av formannskapet og hovedtillitsvalgte – såkalt Partssammensatt utvalg (PSU). I første møte 15. april 2005 bestemte utvalget at alle fremtidige møter skulle holdes for lukkede dører med hjemmel i kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 31 nr. 3.

Utvalget begrunnet avgjørelsen slik:

> «I den pågående prosessen vil det bli vurdert og diskutert innsparing, kutt og rasjonalisering av deltjenester hvor også enkeltansatte i de ulike enhetene blir berørt på en slik måte og så vidt tidlig i prosessen at unødige spekulasjoner og reaksjoner kan oppstå. Forhold knyttet til enkeltpersoner blir i løpet av prosessen berørt i en slik grad at hensynet til personvernet hjemler grunnlag for lukking av møtene.»

Lokalavisa Gausdøl'n påklaget avgjørelsen til Fylkesmannen i Oppland, som mente det ikke var adgang til lovlighetskontroll av kommunens vedtak om lukkede dører. Fylkesmannen fastholdt sitt syn og avviste klagen 23. november 2005.

Lokalavisa Gausdøl'n klaget deretter til Stortingets ombudsmann. Klagen gjaldt både kommunens avgjørelse om å lukke dørene, og fylkesmannens avvisning av klagen.

Ombudsmannen har tidligere uttalt seg om fylkesmannens lovlighetskontroll med kommuners avgjørelse om lukkede dører, se sak nr. 8 i ombudsmannens årsmelding for 2004 side 73 (Somb–2004–8). I lys av Kommunaldepartementets syn på dette spørsmålet, var det ikke grunn til å gå videre med spørsmål til fylkesmannen. Klagen over utvalgets avgjørelse ble derfor tatt direkte opp med kommunen.

I brev herfra 22. mai 2006 ble det vist til kommunelovens bestemmelser, som bare unntaksvis gir adgang til å lukke dørene til møter i folkevalgte organer. I lys av uttalelser i forarbeidene, ble kommunen bedt om å gi en nærmere begrunnelse for hvorfor utvalget besluttet å holde samtlige møter for lukkede dører. Kommunen fikk spørsmål om hvor mange møter det partssammensatte utvalget hadde holdt. Kommunen ble også bedt om å redegjøre nærmere for hvilke typer spørsmål utvalget hadde til behandling, og som kommunen mente falt inn under ordlyden «hensynet til personvern» i kommuneloven § 31 nr. 3. Videre ble kommunen bedt om å anslå i hvor mange av møtene, og i hvor stor grad, personlige forhold faktisk ble drøftet. Endelig fikk kommunen spørsmål om utvalget hadde vurdert muligheten for å begrense lukking til enkelte møter eller deler av møter, og om vurderingen i tilfelle ble gjort før hvert enkelt møte.

Ved brev 12. juni 2006 ga Rådmannen i Gausdal kommune en nærmere redegjørelse for utvalgets avgjørelse. Det fremgår at utvalget var kjent med kommunelovens bestemmelser og formål:

> «Vi er klar over at lovens intensjon og forarbeider anbefaler en praksis med å lukke deler av møtet, eventuelt ett enkeltstående møte og ikke en hel møteserie slik kommunen har lagt til grunn i sitt vedtak.
>
> Imidlertid mener kommunen at det foreligger både tungtveiende saklige hensyn og at kommunen har lagt en høy terskel til grunn for sitt vedtak, idet møtene i sin helhet ble vedtatt avholdt for lukkede dører.
>
> Det kan selvsagt hevdes at det under møtene mellom lederne for de respektive enhetene og partssammensatt utvalg var noe ulikt i hvor stor grad personlige forhold knyttet til enkeltansatte ble drøftet. I nær sagt alle møtene var nedbemanning og herigjennom personlige forhold knyttet til mulig fratreden for en eller flere ansatte diskutert. I en sonderende fase på om nedbemanning i den aktuelle enheten skulle skje og om dette var faglig forsvarlig og hensiktsmessig opp mot andre prioriterte oppgaver, fant utvalget det riktig å foreta denne vurderingen for lukkede dører. Det var også utvalgets ønske å avholde en mest mulig fordomsfri og åpen intern prosess mot enhetene uten at det skulle skapes rykter og spekulasjoner i bygdesamfunnet og i organisasjonen før konklusjonen var trukket. Av erfaring skaper en tidlig spekulasjon, spørsmål og kritiske merknader fra politikerne unødig turbulens som utvalget ville unngå tidlig i budsjettfasen.»

Det fremgår at utvalget holdt 15 møter med ulike enheter i kommunen. I den anledning opplyste kommunen at:

> «Alle enhetsledere ble – på bakgrunn av ferdigutarbeidet mal – bedt om å gi en kort status av situasjonen i sin enhet, en vurdering av hvilke områder som var både tilfredsstillende og utilfredsstillende dekket, og hvilke anbefalinger og praktiske handlinger enhetsleder ville gi ved en eventuell nedbemanning.
>
> På basis av denne redegjørelsen hadde utvalgsmedlemmene spørsmål og merknader som ble diskutert. I flere enheter ble også konkret nedbemanning knyttet til enkeltpersoner diskutert, mens i andre var personspørsmål og personvernet mindre framtredende.
>
> I flere tilfeller hadde utvalgsmedlemmene oppfatning om bemanningssituasjonen og ønsket enhetsleders vurdering av om enkeltoppgaver kunne kuttes ut/reduseres i omfang.
>
> I andre sammenhenger ble enhetsleder bedt om å foreta en vurdering av hvor og hvordan

vedkommende ville redusere tjenesteomfanget dersom eksempelvis tjenesten ble redusert med 1 mill kr.

I de fleste av disse sammenhengene var det mulig å identifisere både miljøer og enkeltpersoner som besatte stillingen/oppgavene som ble berørt.

I en så vidt liten kommune og med et lite fagmiljø på flere felt ble også produktiviteten og fungeringen til enkeltpersoner berørt i samtalene.

Det innrømmes at flere møter ble avholdt uten at personvernet ble direkte (... men gjerne indirekte) berørt.

Anslagsvis ble ca halvparten av møtene gjennomført uten at forhold til personvernet ble direkte berørt. Dette tiltross, ville et pressereferat fra diskusjonen og spørsmålene fra enkeltpolitikere gi unødig spekulasjon tidlig i budsjettfasen og ansatte ville lett kunne identifisere hvilke personellgrupper det ble stilt kritiske merknader til.»

Det fremgår videre at utvalget drøftet spørsmålet om bare enkelte møter eller deler av møtene kunne holdes for lukkede dører, men at:

> «[u]tvalget ville likevel, på basis av den fordomsfrie og foreløpige gjennomgangen som var intensjonen med møteserien, ikke åpne deler av et møte eller enkeltmøter fordi dette hindret i noen grad den frie og uforpliktende gjennomgangen».

Lokalavisa Gausdøl'n kommenterte kommunens redegjørelse i brev 21. juni 2006, og fremholdt særlig at antallet møter bekreftet alvoret i utvalgets beslutning.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Kommunelovens hovedregel og unntak

Det følger av kommuneloven § 31 nr. 1 at «møter i folkevalgte organer holdes for åpne dører hvis ikke annet følger av lovbestemt taushetsplikt eller vedtak etter denne paragraf». Det er på det rene at Gausdal kommunes partssammensatte utvalg (PSU) er et folkevalgt organ, som i utgangspunktet omfattes av kommunelovens hovedregel om at møtene er åpne for borgerne.

Møteoffentlighet er utslag av et grunnleggende demokratisk prinsipp. Kommunelovens hovedregel om åpne dører er et uttrykk for lovgivers ønske om å gi allmennheten innsyn i debatten i folkevalgte organer, og samtidig styrke borgernes tillit til de politiske beslutninger som tas. Det alminnelige utgangspunkt er derfor at møter i folkevalgte organer skal holdes for åpne dører, og at det krever særskilt hjemmel, særskilt avgjørelse og særskilt begrunnelse hvis det skal gjøres unntak.

Kommuneloven § 31 nr. 3–6 gir adgang til å beslutte unntak fra lovens hovedregel når visse hensyn gjør seg gjeldende. I denne saken er utvalgets avgjørelse om lukkede dører begrunnet med henvisning til unntaket i § 31 nr. 3, der det fremgår at:

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

I lovens forarbeider er det understreket at § 31 nr. 3 er ment som en unntaksbestemmelse, se Ot.prp. nr. 42 (1991–92) på side 283. Det er også redegjort nærmere for hvordan unntaksbestemmelsene i kommuneloven § 31 nr. 3 skal forstås, se merknadene til den foreslåtte § 27 nr. 3 (§ 31 i den vedtatte loven) inntatt i NOU 1990:13. Om unntaket av hensyn til personvernet fremgår det blant annet:

> «Nr. 3:
>
> Etter dagens lover kan kommunestyret eller fylkestinget beslutte at behandlingen av enkeltsaker skal skje for lukkede dører. I bestemmelsene om dette er det ikke formulert noen skranker for adgangen til å treffe slikt vedtak, men det er antatt at det er et vilkår at det foreligger tungtveiende saklige hensyn, og at terskelen for å fatte et slikt vedtak skal være høy. Lukking vil bare kunne skje i situasjoner hvor det foreligger tungveiende private eller offentlige hensyn som tilsier dette. Utvalget foreslår at dette sies uttrykkelig i loven.
>
> Hensynet til personvern kan gå lengre enn reglene om taushetsplikt tilsier. Det kan for eksempel være behov for å lukke dørene i saker hvor det er nærliggende å anta at det vil bli ført en nærgående debatt om enkeltpersoners personlige egenskaper og bakgrunn. Personalsaker vil hyppig inneholde elementer av dette, og det foreslås at disse som alminnelig regel skal gå for lukkede dører. Men også i andre typer saker kan denne type hensyn gjøre seg gjeldene på en slik måte at det bør være adgang til å lukke dørene.
>
> ---
>
> Offentlige interesser som anføres som grunnlag for lukking av dørene, må selvsagt være saklige, legitime og allmenne offentlige interesser, og ikke hensyn til politisk bekvemmelighet eller ønske om å beskytte seg mot kritikk. Begrunnelsen for lukking vil typisk knytte seg til forretningsmessige forhold, men det kan også være spørsmål om å søke å skjerme for eksempel opplysninger om offentlige kontroll- eller inspeksjonsrutiner.»

Spørsmålet i denne saken er om «hensynet til personvern» i kommuneloven § 31 nr. 3 gir rettslig grunnlag for beslutningen om å lukke dørene til utvalgets møter. Vurderingen må ta utgangspunkt i utvalgets arbeid og konkrete drøftelser.

2. «Hensynet til personvern» – kommuneloven § 31 nr. 3

2.1 Adgang til å lukke dørene til samtlige møter

I brevet til ombudsmannen har kommunen opplyst at utvalget drøftet om det skulle eller kunne foretas nedbemanninger i konkrete og identifiserbare virksomheter i kommunen. Det er videre opplyst at «mulig fratreden for en eller flere ansatte» ble diskutert i

de fleste møtene, og at slike diskusjoner kan åpne for spekulasjoner før konklusjoner er trukket. Kommunen har også fremholdt at «[i] en så vidt liten kommune og med et lite fagmiljø på flere felt ble også produktiviteten og fungeringen til enkeltpersoner berørt i samtalene».

Utvalget holdt 15 møter i løpet av 2005. Det fremgår av kommunens redegjørelse og de tilsendte dokumentene at utvalget holdt flere møter og hadde flere drøftinger der personvernhensyn ikke gjorde seg gjeldende. Muligheten for at hensynet til personvern kunne gjøre seg gjeldende i løpet av prosessen synes derfor å ha vært avgjørende for utvalgets beslutning om å lukke dørene til samtlige møter. Jeg kan ikke se at denne vurderingen var i tråd med kommunelovens bestemmelser om møteoffentlighet, og viser spesielt til lovgivers forutsetning om at terskelen for å vedta lukkede dører skal være høy. Etter mitt syn er det ikke anledning til å lukke en hel møterekke ut fra en generell antagelse om at enkeltpersoners personlige forhold vil kunne bli berørt i fremtidige møter.

2.2 Adgang til å lukke dørene til konkrete drøftinger

Det fremgår av forarbeidene at personvernhensyn særlig er aktuelt når det blir «ført en nærgående debatt om enkeltpersoners personlige egenskaper og bakgrunn», se NOU 1990:13. En generell diskusjon der ulike muligheter for nedbemanning drøftes, er etter mitt syn ikke en slik nærgående debatt om enkeltpersoner som dekkes av unntaket i kommuneloven § 31 nr. 3. Bestemmelsen kan ikke tolkes så vidt at unntaket omfatter enhver diskusjon om mulig nedbemanning der enkeltpersoners stillinger vil kunne identifiseres. Selv om enkeltpersoner og deres stillinger kan identifiseres, og selv om dette vil kunne føre til «spekulasjoner» slik kommunen hevder, er jeg ikke enig i at lovens unntak gir adgang til å lukke dørene til slike drøftinger i utvalget.

En annen sak er at kommuneloven § 31 nr. 3 gir hjemmel for å lukke dørene dersom debatten går over i konkret drøfting av enkeltpersoners personlige egenskaper. Kommunens redegjørelse etterlater et inntrykk av at utvalgets møter tidvis gjaldt diskusjoner om «enkeltpersoners produktivitet og fungering». Ut fra opplysningene i saken, ville drøfting av slike personlige forhold kunnet gi grunnlag for å lukke dørene under noen møter eller deler av enkelte møter. Muligheten for at slike drøftinger kunne oppstå under utvalgets arbeid, er imidlertid ikke tilstrekkelig til å unnta samtlige fremtidige møter for allmennhetens innsyn.

Det følger av dette at spørsmål om å lukke dørene må vurderes konkret i forhold til de saker som skal behandles i det enkelte møte. Slik praktisering av regelverket er også forutsatt i kommunelovens forarbeider, der det i NOU 1990:13, kapittel 20, punkt 3, på side 309–310 fremgår:

> «Utvalget mener at vedkommende organ ellers selv må kunne bestemme om et møte skal holdes for lukkede dører, i de tilfeller hvor det er aktuelt på grunn av personvernhensyn eller andre tungtveiende private eller offentlige hensyn. Begrunnelsen er at spørsmålet om lukking vanligvis vil kreve særlig kjennskap til den enkelte sak. I praksis vil det nettopp være spørsmål om å lukke dørene i forbindelse med spesielle saker, ikke å lukke hele møtet.»

Det samme er forutsatt i den juridiske litteratur, se Bernt, Overå og Hove i *Kommunalrett, 4. utgave 2002,* side 287 der det fremgår at:

> «Hvis det først er grunnlag for å lukke dørene ved behandlingen av en sammensatt sak, typisk et budsjettvedtak, må lukkingen begrenses til det som er nødvendig for å skjerme de aktuelle opplysningene. Dette tilsier at man kan være forpliktet til å dele opp saksbehandlingen slik at den mer spesifikke diskusjonen av de delene av saken som angår forhold som ikke kan gjøres alminnelig kjent,..., skjer i en særlig og lukket del av møtet, mens diskusjonen av de andre elementene i saken og den generelle debatt skjer for åpne dører.»

Ettersom utvalgets oppdrag gjaldt behandling av saker der hovedtemaet var organisering og budsjettrelaterte spørsmål, må det etter mitt syn kreves at behovet for lukkede dører er vurdert før hvert enkelt møte og før behandlingen av hver enkelt sak eller emne.

2.3 Adgang til å lukke dørene av andre grunner

I kommunens redegjørelse er det opplyst at beslutningen om lukkede dører ikke bare var begrunnet i personvernhensyn. Det fremgår at kommunen også har hatt et ønske om «å avholde en mest mulig fordomsfri og åpen intern prosess mot enhetene uten at det skulle skapes rykter og spekulasjoner i bygdesamfunnet og i organisasjonen før konklusjonen var trukket». Videre er det fremhevet at åpenhet «[a]v erfaring skaper en tidlig spekulasjon, spørsmål og kritiske merknader fra politikerne, unødig turbulens som utvalget ville unngå tidlig i budsjettfasen». Beslutningen om å lukke dørene synes derfor også begrunnet i hensynet til utvalgets arbeid og interne prosess.

Det er på det rene at kommuneloven § 31 nr. 3 ikke gir utvalget hjemmel til å lukke dørene av hensyn til eget arbeid og interne prosess.

3. Kommuneloven § 31 nr. 5

Det følger imidlertid av kommuneloven § 31 nr. 5 at kommunestyret har adgang til å lukke dørene til et underordnet organs møter «når det er nødvendig på grunn av et bestemt angitt forhold». I denne saken er det ingen holdepunkter for at kommunestyret har truffet slik avgjørelse. Jeg har derfor ikke grunnlag for å vurdere om vilkårene for å lukke dørene etter denne unntaksbestemmelsen var oppfylt i denne sa-

ken. Jeg vil likevel kort bemerke at det skal mye til for å lukke dørene også etter denne bestemmelsen. Det stilles strenge krav til vurderingen av behovet for å lukke dørene og til begrunnelsen for eventuelle beslutninger. I den anledning viser jeg til min tidligere uttalelse om tolkningen av kommuneloven § 31 nr. 5 i ombudsmannens årsmelding for 1999 s. 149 (Somb-1999–36).

Konklusjon:

Utvalget har tolket kommuneloven § 31 nr. 3 for vidt. Det var ikke rettslig grunnlag for avgjørelsen om å holde samtlige møter for lukkede dører. Lovens vilkår «hensynet til personvern» skulle vært vurdert i forhold til konkrete drøftinger før hvert enkelt møte og før behandlingen av hver enkelt sak eller emne. Utvalgets behov for skjerming av egen intern prosess kan ikke varetas ved beslutning av utvalget selv etter nr. 3. Slik beslutning må i tilfelle tas av kommunestyret i medhold av kommuneloven § 31 nr. 5.

Gausdal kommunes folkevalgte organer må merke seg mitt syn på kommunelovens bestemmelser om møteoffentlighet. Kommunen bør innrette sin virksomhet i tråd med denne uttalelsen.»

10.

Praktisering av offentlighetsloven ved tilsetting av rådmann – offentlig søkerliste

(Sak 2005/2285)

På bakgrunn av et presseoppslag der det fremkom at Oppdal kommune hadde unntatt navnene på 15 av 26 søkere til rådmannsstilling fra offentlig søkerliste, ble det funnet grunn til å ta kommunens praktisering av offentlighetsloven opp til nærmere undersøkelse.

Ombudsmannen kritiserte kommunens behandling av offentlighet ved tilsettingssaken på flere punkter. I strid med forvaltningsloven § 11 d annet ledd første punktum hadde kommunen ikke nedtegnet muntlige opplysninger. Saken var heller ikke opplyst slik at kommunen hadde tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til hver enkelt søkers anmodning om unntak fra offentlighet, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd første punktum. Ombudsmannen la også til grunn at utlysingsteksten var i strid med bestemmelsen i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4.

På bakgrunn av oppslag i media ble ombudsmannen kjent med at stillingen som rådmann i Oppdal kommune var lyst ledig. Det fremgikk av oppslaget at 15 av 26 søkere var unntatt fra offentlig søkerliste. Ut fra dette ble det vurdert å ta kommunens praktisering av offentlighetsloven opp til nærmere undersøkelse, og kommunen ble bedt om å oversende aktuelle saksdokumenter.

Kommunen oversendte saksdokumentene. I oversendelsesbrevet het det bl.a.:

> «Søkerne har enten i søknaden eller muntlig bedt om å bli unntatt fra offentlig søkerliste. Oppdal kommune har i vurderingen om søkerne skal unntas fra offentligheten lagt offentlighetslovens § 6 til grunn.»

Etter gjennomgang av de mottatte saksdokumentene ble det funnet grunnlag for å forelegge saken for kommunen. Under henvisning til uttalelsen om at kommunen «i vurderingen av om søkerne skal unntas fra offentligheten» hadde lagt «offentlighetslovens § 6 til grunn» – ble det bedt om en nærmere redegjørelse for behandlingen av saken på dette punktet. Det ble reist spørsmål om kommunen hadde undersøkt hvilke grunner den enkelte hadde for å be om unntak fra å stå på den offentlige søkerlisten, og bedt redegjort for kommunens eventuelle konkrete vurderinger knyttet til den enkelte søkers anmodning om unntak. Eventuelle dokumenter som kunne belyse dette ble bedt oversendt. Kommunen ble også bedt om å opplyse om den mente at stillingen som rådmann er av særlig offentlig interesse.

Videre ble kommunen bedt om å redegjøre for behandlingen av eventuelle innsynsbegjæringer i søkerlisten. Endelig ble det bedt om utlån av utlysingsteksten.

I svarbrev fra kommunen het det bl.a.:

> «Oppdal kommune kan ikke dokumentere den konkrete vurderingen knyttet til den enkelte søkers anmodning om unntak utover det som står i søknadene, da vi ikke har nedtegnet hva som ble sagt i samtaler med den enkelte. Begrunnelsene fra de søkerne vi har vært i kontakt med, har vært like. Søkerne ønsker ikke at søknaden på rådmannsstillingen i Oppdal skal bli kjent for nåværende arbeidsgiver. Flere har gitt uttrykk for at hvis deres søknad blir gjort offentlig på søkerliste, så vil de trekke sin søknad.
>
> Oppdal kommune mener at ansettelse i stillingen som rådmann er av offentlig interesse. Når det gjelder vurderingen om å unnta søkere fra den offentlige søkerlisten så må kommunen veie offentlighetens interesser opp mot hensynet til å få best mulig kandidater til stillingen. Ordføreren er ikke i tvil om at for Oppdal kommunes del, så er det viktigst å få best mulig kandidater til rådmannsstillingen.
>
> Kommunen har ikke mottatt innsynsbegjæringer i søkerlisten.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Innledning

Offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 6 § 6 første ledd nr. 4 lyder etter lovendring 15. desember 2000 som følger:

> «Følgende dokumenter kan unntas fra offentlighet:
>
> 4) Dokument i sak om ansettelse eller forfremmelse i offentlig tjeneste. Unntaket gjelder

> ikke søkerliste. Søkerliste skal settes opp snarest etter søknadsfristens utløp og skal foruten søkernes navn inneholde deres alder, stilling eller yrkestittel og bosteds- eller arbeidskommune. Opplysninger om en søker kan likevel unntas fra offentlighet dersom søkeren selv anmoder om dette. Det skal fremgå av søkerlisten hvor mange søkere det har vært til stillingen og hvilket kjønn disse har.»

Hovedregelen i offentlighetsloven § 2 er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige. Dette er utgangspunktet også for dokumenter i tilsettingssaker. Unntaksbestemmelsene i offentlighetsloven §§ 5 og 6 gir forvaltningen en adgang, men ikke en plikt, til å unnta dokumenter fra offentlighet. Selv om unntaksbestemmelsene kan benyttes i en sak, har forvaltningen etter offentlighetsloven § 2 tredje ledd plikt til å vurdere om dokumentet likevel skal gjøres offentlig tilgjengelig, den såkalte meroffentlighetsvurderingen.

Offentlighetsloven § 2 tredje ledd lyder:

> «Forvaltningsorganet skal vurdere om dokumentet likevel bør kunne gjøres kjent helt eller delvis, selv om det etter bestemmelser i loven kan unntas fra offentlighet.»

Adgangen til å unnta opplysninger om en søker dersom søkeren selv ber om dette, jf. offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4, er særlig begrunnet med personvern- og rekrutteringshensyn. Fra Ot.prp. nr. 56 (1999–2000) side 28 siteres:

> «Departementet legger for sin del særlig vekt på hensynet til personvernet. Det bør være anledning til å søke en offentlig stilling uten at det skal ha negative konsekvenser for ens videre karriere i det private næringsliv at en ikke får stillingen. Departementet legger også vekt på at det er viktig å få så mange gode søkere som mulig til offentlige stillinger, og at bestemmelsen om offentlige søkerlister kan være en medvirkende årsak til at enkelte ikke søker slike stillinger.»

Justisdepartementet understreket også i proposisjonen at forvaltningen har plikt til å vurdere meroffentlighet, selv om det ble antatt at dette bare i begrenset grad ville være aktuelt. Jeg siterer videre fra proposisjonen side 28:

> «Departementet antar det sjelden vil være aktuelt å utvise meroffentlighet i disse opplysningene. Men om det likevel skulle være ønskelig, for eksempel fordi det dreier seg om en stilling som har særlig stor offentlig interesse, tilsier god forvaltningsskikk at søkerne gjøres oppmerksom på dette før søknadsfristen går ut, for eksempel ved at det nevnes i utlysningsteksten at søkerlisten vil bli offentliggjort.»

Justiskomiteen uttalte til dette i Innst.O. nr. 21 (2000–2001) side 5:

> «Komiteen støtter departementets syn på at bestemmelsen må utformes slik at forvaltningen har en adgang, men ingen plikt til å unnta opplysninger fra offentligheten. Det bør heller ikke opplyses i utlysningsteksten at søker kan velge om navnet skal føres på den offentlige søkerlisten. Dersom et forvaltningsorgan antar det vil bli aktuelt å benytte adgangen til meroffentlighet, bør dette gjøres kjent for de aktuelle søkerne før søknadsfristen går ut.»

Jeg har flere ganger tidligere uttalt meg om den generelle forståelsen av bestemmelsen i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4. Det vises bl.a. til årsmeldingene for 2001, 2002 og 2003.

Offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4 fjerde punktum, slik den lyder i dag, gir forvaltningen en *adgang* til å unnta opplysninger om en søker dersom søkeren selv anmoder om dette. I tråd med lovens hovedregel har ikke forvaltningen noen plikt til å unnta slike opplysninger, med mindre det er tale om taushetsbelagt informasjon. Det foreligger imidlertid en *plikt* til å vurdere om det er viktigere i det enkelte tilfelle at offentligheten får vite hvem som er søker. Forvaltningen må – i lys av meroffentlighetsprinsippet – foreta en *konkret og reell* vurdering av anmodninger fra hver av søkerne om å bli unntatt fra søkerlisten opp mot de hensyn som taler for offentlighet. Et sentralt hensyn er offentlighetens mulighet til å kontrollere at det ikke tas utenforliggende eller usaklige hensyn ved tilsetting i det offentlige. Borgernes tillit til at forvaltningen ikke har noe å skjule, er også et hensyn som må tillegges vekt. Rekrutterings- og personvernhensyn kan på den annen side være momenter som trekker i retning av ikke å utvise meroffentlighet.

Terskelen for å unnta søkernavn fra offentlighet heves imidlertid dersom det er tale om stillinger av særlig offentlig interesse. Stillinger av denne art er nettopp i kjerneområdet for hensynene bak lovens hovedregel om offentlige søkerlister.

2. Kommunens behandling og vurdering av offentlighetsspørsmålet

Kommunen har i brevet hit 13. januar 2006 uttalt at den ikke kan dokumentere den konkrete vurderingen knyttet til den enkelte søkers anmodning om unntak utover det som står i søknadene, da den ikke har nedtegnet hva som ble sagt i samtaler med den enkelte. Kommunen har videre opplyst at begrunnelsene fra de søkerne den har vært i kontakt med har vært like – de har ikke ønsket at søknaden skal bli kjent for deres nåværende arbeidsgivere.

I henhold til forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17 første ledd skal forvaltningen påse at en sak er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Dette innebærer at forvaltningen, når den skal ta stilling til om en anmodning om unntak fra offentlighet skal tas til følge, normalt må ha skaffet seg kunnskap om søkerens begrunnelser for ønsket om hemmelighold. Forvaltningen vil også ha plikt etter forvaltningsloven § 11 d annet ledd første punktum til å nedtegne begrunnelser som innhentes muntlig.

Etter gjennomgang av de tilsendte søknadene, synes det bare å være i søknadene til søker nr. 22 og søker nr. 26 hvor det fremkommer en form for begrunnelse for anmodningen om hemmelighold. For søker nr. 22 kan det se ut som begrunnelsen er skrevet ned av en representant for tilsettingsmyndigheten, og jeg antar at dette er nedtegnet etter muntlig kontakt med søkeren. Ut fra kommunens egne opplysninger, forstår jeg det slik at kommunen også har vært i muntlig kontakt med andre søkere for å be om en nærmere begrunnelse for anmodningen om hemmelighold. Hvis dette er riktig, synes det å være grunnlag for å kritisere kommunen for ikke å ha nedtegnet disse opplysningene, jf. forvaltningsloven § 11 d annet ledd første punktum.

Ut fra kommunens egne opplysninger, legger jeg imidlertid til grunn at kommunen ikke har bedt om en slik nærmere begrunnelse fra *samtlige* som har anmodet om hemmelighold. Kommunen kan i tilfelle ikke sies å ha hatt tilstrekkelige opplysninger til å foreta en selvstendig vurdering av om hver enkelt søkers grunner for hemmelighold var tilstrekkelig tungtveiende til å tas til følge. Kommunens behandling av saken på dette punkt synes derfor heller ikke å ha vært i samsvar med kravene om opplysning av saken i forvaltningsloven § 17 første ledd.

Kommunen synes å være enig i at stillingen som rådmann er av særlig offentlig interesse. Som det fremgår ovenfor, heves terskelen for å unnta søkernavn fra offentligheten dersom det er tale om stillinger som er gjenstand for særlig offentlig interesse. Når det gjelder hensynet til nåværende arbeidsgiver, må det bl.a. ut fra uttalelser i lovens forarbeider legges til grunn at dette hensynet i større grad vil være aktuelt for søkere fra privat virksomhet. Jeg har for eksempel tidligere uttalt at det er stor forskjell på en søker som jobber i en utsatt privat næringsvirksomhet der en offentliggjøring av søknaden kan få konsekvenser for arbeidsforholdet, og en søker i en fast offentlig stilling som for eksempel henviser til ønsket om å få slippe spørsmål om motivene for å søke på en annen stilling. På bakgrunn av at rådmannsstillingen er en stilling av særlig offentlig interesse, må det stilles krav til konsekvenser for arbeidsforholdet dersom hemmelighold skal godtas ut fra hensynet til nåværende arbeidsgiver. I dette tilfelle burde kommunen – for å få belyst om offentliggjøring ville kunne skade nåværende arbeidsforhold eller videre karriere – også stilt den enkelte søker spørsmål om hvorfor vedkommende ikke ønsket at nåværende arbeidsgiver skulle bli kjent med søknaden. Etter det jeg kan se, er for øvrig nesten samtlige søkere som har bedt om hemmelighold i den foreliggende saken tilsatt i offentlige stillinger.

Når det gjelder rekrutteringshensynet, kan jeg heller ikke se at kommunen har gitt en god nok begrunnelse for at dette hensynet skal tillegges avgjørende vekt i den foreliggende saken. Selv om flere av søkerne skal ha gitt uttrykk for at de ville trekke søknaden dersom den ble gjort offentlig, kan jeg ikke se at det er sannsynliggjort at hemmelighold er avgjørende for å få godt kvalifiserte søkere til stillingen. Jeg forstår det slik at dette er første gangs utlysing, og at det ikke er forsøkt utlysing og tilsettingsprosess med større grad av offentlighet.

3. Utlysingsteksten

For stillinger av særlig offentlig interesse har jeg tidligere uttalt at søkerne helst allerede ved utlysingen bør få et varsel om at offentlighet må kunne påregnes. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4, jf. bl.a. sitatet foran fra Ot.prp. nr. 56 (1999–2000) og Innst.O. nr. 21 (2000–2001). Rådmannsstillinger må sies å være av en slik viktighet at det normalt bør gis et slikt varsel om offentlighet.

Rådmannsstillingen i Oppdal ble utlyst med søknadsfrist 3. desember 2005. Søknader skulle sendes til et privat konsulentfirma – Senter for Ledelse AS. Fra utlysingsteksten siteres:

> «Send oss i første omgang en kortfattet søknad med oversikt over utdannelse og arbeidserfaring. Attester og vitnemål vil vi eventuelt be om senere. Alle henvendelser behandles konfidensielt, om ønskelig også overfor Oppdal kommune i prosessens første fase.»

Det er naturlig å forstå formuleringen slik at det gis en lovnad om konfidensiell behandling av søknader. En formulering som dette kan vanskelig sies å være i samsvar med bestemmelsen i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4.

4. Konklusjon

Som det fremgår ovenfor, har jeg på flere punkter funnet grunn til å sette spørsmålstegn ved kommunens praktisering av offentlighetsloven ved behandling av tilsettingssaken. Det fremgår ikke at kommunen har nedtegnet opplysninger i samsvar med forvaltningsloven § 11 d annet ledd første punktum. Kommunen synes heller ikke å ha opplyst saken slik at den hadde tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til hver enkelt søkers anmodning om unntak fra offentlighet, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd første punktum. Jeg kan heller ikke se at utlysingsteksten er i samsvar med bestemmelsen i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4.

Min konklusjon er etter dette at det knytter seg «begrunnet tvil» til forhold av betydning når det gjelder kommunens praktisering av offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4 i den foreliggende tilsettingssaken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Jeg må derfor be kommunen merke seg det jeg har fremholdt og innrette seg etter dette i fremtidige tilsettingssaker.»

Ytringsfrihet, varsling

11.

Ombudsmannens høringsuttalelse til rapport om ansattes ytringsfrihet

(Sak 2005/2310)

Da Stortinget behandlet arbeidsmiljøloven 17. juni 2005 ble det besluttet å utsette ikrafttredelsen av lovens § 2–4 om varsling. Stortinget ba om utredning av et konkret lovforslag eller forslag til andre tiltak som kunne styrke ansattes reelle ytringsfrihet ytterligere. En arbeidsgruppe nedsatt av Arbeids- og sosialdepartementet i samarbeid med Justisdepartementet, la i desember 2005 frem rapporten «Ansattes ytringsfrihet». Gruppen fremmet konkrete forslag til nye lovregler i Arbeidsmiljøloven, og rapporten ble sendt på høring.

På bakgrunn av de mange klagesakene ombudsmannen har behandlet om dette temaet, fant ombudsmannen grunn til å redegjøre for sitt syn på lovforslaget i en egen høringsuttalelse.

I høringsuttalelsen uttalte ombudsmannen følgende:

«Rettslig sett har det i de senere år skjedd en utvikling i retning av en styrking av ytringsfriheten for offentlig ansatte, bl.a. gjennom vedtakelsen av en ny grunnlovsbestemmelse i § 100. Ombudsmannen har i flere saker de siste årene påpekt betydningen av å respektere offentlige arbeidstakeres ytringsfrihet.

Arbeidstakeres ytringsfrihet har sitt grunnlag i den alminnelige handlefrihet. Gjennom denne har arbeidstakere, som alle andre, i utgangspunktet en rett til å ytre seg om «statsstyrelsen og hvilken som helst annen gjenstand». Ytringsfriheten er gitt en rettslig beskyttelse mot inngrep i Grunnloven § 100 og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Arbeidstakere står imidlertid i en stilling som kan medføre at de må tåle begrensinger i ytringsfriheten, innskrenkninger som etter forholdene kan være lovlige etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 (2). Disse begrensningene i arbeidstakeres ytringsfrihet kan ha ulike rettsgrunnlag, i lov, arbeidsavtaler eller i den ulovfestede lojalitetsplikt. Forholdet mellom lojalitetsplikten og ytringsfriheten har vært tatt opp i flere undersøkelser ombudsmannen har foretatt i de senere år. I praksis har det vist seg å foreligge en viss usikkerhet om hvordan avveiningen av de ulike interesser skal skje, både blant arbeidsgivere og arbeidstakere.

Jeg forstår det slik at formålet med forslagene fra arbeidsgruppen har vært å søke å bidra til å klargjøre og bedre kunnskapene om disse spørsmål hos arbeidsgivere og arbeidstakere. Med bakgrunn i ombudsmannens erfaring kan det være gode grunner til i lov å presisere arbeidstakeres ytringsfrihet og deres rett til å varsle om kritikkverdige forhold i den virksomheten de arbeider i. Jeg er imidlertid noe i tvil om de foreslåtte lovbestemmelser vil bidra til den nødvendige klargjøring og vil derfor knytte noen kommentarer til utformingen av forslagene til ny arbeidsmiljølov §§ 2–4 og 2–5, se nedenfor.

Formålet med utredningen har, etter det jeg forstår, vært å styrke ansattes ytringsfrihet. Det er da nødvendig å formulere lovbestemmelsene på en måte som er egnet til å fremme den holdningsendringen som er viktig for at hensynene bak ytringsfriheten skal kunne virkeliggjøres på en effektiv måte.

Det bør overveies om det vil være bedre i samsvar med Grunnloven § 100 dersom loven formuleres slik at det er begrensningene i adgangen til å bruke sanksjoner og andre negative virkemidler som beskrives. Det er viktig å unngå at loven legger grunnlaget for en praksis som knytter vilkår til en rettmessig og samfunnsmessig god bruk av ytringsfriheten. Jeg er redd for at det foreliggende forslaget kan få uønskede og utilsiktede konsekvenser i så henseende.

En følge av forslaget er at det vil kunne skape en uberettiget engstelse for varslere. Det vil også kunne legge en bevisbyrde eller en tvilsrisiko på varsleren. Loven bør derfor heller formuleres på en måte som klart legger bevisbyrden og tvilsrisikoen på den som vil ta i bruk sanksjoner eller annen forfølgning mot varslerne. Det er bare slike positive virkemidler som vil kunne bidra til å effektivisere beskyttelsen av varslerne. Siktemålet med loven må være å gi varslerne en bedre rettsbeskyttelse enn tilfellet er i dag. Bevisbyrderegler bør derfor også komme klarere frem i lovteksten.

Loven bør også formuleres slik at den oppfordrer domstolene til å stille klare krav til bevis for å godta begrensninger i retten til fritt å ytre seg. Det bør også vurderes om det vil være bedre å overlate til praksis å utvikle eventuelle skranker for varslingsretten. Slike skranker må i så fall fremstå som åpenbare og klart akseptable begrensninger i ytringsfriheten.

Arbeidsgruppens mandat har vært begrenset, noe som kan synes å prege de forslag som nå er lagt frem. Spesielt kan dette ha gitt seg utslag i at det ikke er foreslått regler som regulerer en arbeidsgivers adgang til å sette i verk etterforskning eller annen forfølgning med sikte på å avdekke kilden for et varsel, en varslerbeskyttelse, eller det som i svensk rett kalles meddelarskyddet. Dette er en viktig side av ytringsfriheten og en helt sentral bestanddel av den svenske ytringsfrihetsordningen. Når det nå skal fremmes forslag til endringer i arbeidsmiljøloven, bør det overveies om ikke dette viktige element i en ytringsfrihetsordning også bør vurderes gitt en plass i vår rettsorden. Da lovforslaget også tar sikte på å legge forholdene til rette for holdningsendringer, vil tilkjennegivelse fra lovgiveren om betydningen av å avstå fra etterforskningsskritt mot mulige varselskilder være viktig.

Forslaget § 2–4

En egen lovbestemmelse som knesetter arbeidstakeres ytringsfrihet kan bidra til informasjon og klargjøring, og dermed til at arbeidstakers ytringsfrihet blir reell og effektiv. Det kan imidlertid by på problemer gjennom lov å kodifisere regler som i stor grad hviler på et ulovfestet rettsgrunnlag. Det er alltid en fare for at den språklige utformingen og presiseringen i praksis vil kunne føre til en innsnevring, særlig dersom det blir reguleringen av begrensningene som fremstår som det sentrale.

Forholdet mellom arbeidstakers ytringsfrihet og lojalitetsplikt beror i dag på en bredt sammensatt vurdering av en rekke kryssende hensyn, med Grunnloven § 100 og EMK art. 10 som grunnlag, rettesnor og ramme. Det vil, som arbeidsgruppen er inne på, være umulig å foreta en uttømmende opplisting av hvilke momenter som er relevante i denne vurderingen.

Paragraf 2–4 (2), har et forslag til «vurderingstema som angir begrensningene for ytringsfriheten», og som er angitt «som et vilkår for utøvelsen av ytringsfriheten», se rapporten side 101. Forslaget lyder:

> «Ytringen skal ikke skape unødig risiko for skade på arbeidsgiverens saklige og tungtveiende interesser».

Arbeidsgruppen skriver om bestemmelsen at den er et utgangspunkt for vurderingen, og at den «bør suppleres med en liste over de mest sentrale momentene det skal legges vekt på» og videre at det «bør i tilfelle tas utgangspunkt i det som er sentrale momenter i den ulovfestede lojalitetsplikten i forhold til ytringer», jf. rapporten side 102.

At ytringen kan skape unødig risiko for skade på arbeidsgiverens saklige og tungtveiende interesser er oppstilt, og ment, som et «vilkår for utøvelsen av ytringsfriheten», se rapporten side 101. Ombudsmannen har i flere uttalelser lagt til grunn at det er et grunnvilkår for at arbeidsgiveren skal kunne reagere mot ytringer at det i det minste foreligger en risiko for skade på arbeidsgiverens legitime interesser. Dette betyr at slik risiko for skade må foreligge for at arbeidsgiver *skal kunne* reagere mot ytringen. Men det betyr ikke at arbeidsgiveren dermed vil være *berettiget* til å reagere, dersom en slik risiko foreligger.

Den foreslåtte § 2–4 (2) vil måtte tolkes med Grunnloven § 100 som bakgrunn og rettesnor. Slik forslaget er formulert, kan det imidlertid synes som om det gjelder et forbud mot politiske og faglige ytringer som vil kunne skape unødig risiko for skade på arbeidsgiverens saklige og tungtveiende interesser, jf. «skal ikke». Etter gjeldende rett vil en ytring kunne være lovlig selv om en slik risiko for skade foreligger, så fremt hensynene bak ytringsfriheten veier tyngre. Jeg tenker da også på ytringer som faller utenfor varslingsbegrepet etter forslaget § 2–5.

Forslaget § 2–4 (2) er ment å gi uttrykk for et vurderingstema. Dette betyr at spørsmålet om forholdet mellom arbeidstakers ytringsfrihet og begrensningene i denne av hensyn til arbeidsgiver, fortsatt vil bero på en bredt sammensatt vurdering av en rekke relevante hensyn. Slik forslaget § 2–4 (2) språklig sett fremstår, kan det være egnet til å misforstås. Bestemmelsen kan gi inntrykk av at det er ytringen som må særskilt begrunnes, mens det følger av Grunnloven § 100 at det er begrensningene i ytringsfriheten som må begrunnes. Det kan videre ha uheldige signaleffekter om det knyttes vilkår til utøvelsen av ytringsfriheten. En lovregulering av hva arbeidstaker *ikke* skal ytre seg om kan bli oppfattet som vilkår for å kunne ytre seg, og i praksis vil en slik lovformulering kunne lede til og få virkninger som en forhåndssensur, noe jeg antar ikke har vært meningen med forslaget. Departementet bør derfor vurdere om det vil være bedre i samsvar med Grunnloven § 100, om det i lovteksten i stedet blir knyttet vilkår til *innskrenkningene* i ytringsfriheten, i den forstand at det oppstilles grunnvilkår for når arbeidsgiver *skal kunne* reagere mot en ytring.

Forslaget § 2–5

Arbeidsgruppen foreslår at ytringer som representerer såkalt «varsling» reguleres i en egen bestemmelse. Arbeidsgruppen påpeker at det er et behov for å legge forholdene til rette «for at arbeidstakere melder fra om kritikkverdige forhold i virksomheten slik at disse opphører og eventuelt avdekkes for allmennheten», jf. rapporten side 104.

Det er viktig at arbeidstakeres rett til å varsle fremgår klart og tydelig i loven. Også på dette punkt er jeg imidlertid noe usikker på om forslaget til lovregulering vil innebære en styrking av arbeidstakers ytringsfrihet.

Det som særpreger «varsling», er at dette som regel er ytringer som kan føre til at arbeidsgiveren får vanskeligheter, ubehag eller andre problemer som kan oppfattes som skade på arbeidsgivers interesser. Reguleringen i § 2–5 innebærer et unntak fra vilkåret i § 2–4. Tanken er vel å gi uttrykk for at begrensningene i ytringsfriheten da skal være mindre. Jeg kan imidlertid ikke se at forholdet mellom § 2–4 og § 2–5 tilstrekkelig klart fremgår av teksten.

Varslingsbegrepet er i forslaget avgrenset til å gjelde ytringer om kritikkverdige forhold, herunder kriminelle forhold og mislighold av lovbestemte plikter og påbud. Arbeidsgruppen skriver om forslaget § 2–4 (2) at «Arbeidsgiver skal med andre ord ikke kunne påberope seg § 2–4 andre ledd for å beskytte straffbare eller lovstridige forhold. Det samme må gjelde uetisk eller skadelig virksomhet». Dette er i tråd med hva som antas å være gjeldende rett. Arbeidstakers lojalitetsplikt strekker seg ikke så langt som til å måtte forholde seg taus om arbeidsgivers kritikkverdige forhold.

I parentes bemerkes at dersom slike ytringer vur-

deres etter forslaget § 2–4, vil arbeidsgivers begrensninger neppe heller være berettiget. Det kan bl.a. vises til at det er en forutsetning for inngrep at det foreligger en risiko for skade på arbeidsgivers *saklige* interesser.

Etter gjeldende rett må det avgjørende kriteriet for om «varsling» vil være vernet mot reaksjoner fra arbeidsgivers side, anses å være om ytringen bygger på et reelt faktisk grunnlag. Forslaget § 2–5 (2) punkt a) kan vel derfor ansees å være i overensstemmelse med gjeldende rett. Dersom varslingen om kritikkverdige forhold først bygger på et forsvarlig grunnlag, må adgangen til å varsle både aktuelle tilsynsmyndigheter, påtalemyndigheten og offentligheten være vid. Det kan endog tenkes at arbeidstakeren har en *plikt* til slik varsling. Som arbeidsgruppen fremholder, vil arbeidsgiver ikke ha noen beskyttelsesverdig interesse i å holde slike forhold skjult, og lojaliteten til samfunnet for øvrig tilsier at slike forhold kommer frem i lyset. Ombudsmannen har overfor forvaltningen understreket at den lojalitet som kreves av de offentlig tilsatte, ikke bare skal være bygget på hensyn til ledelsen av den virksomhet tjenestemannen arbeider i, men fremfor alt skal lojaliteten være rettet mot og være forankret i den befolkningen forvaltningen skal arbeide for.

Etter gjeldende rett fremstår det som tvilsomt om forslaget § 2–5 (2) punktene b) og c) beskriver forhold som gir adgang til å innskrenke arbeidstakers ytringsfrihet. Jeg kan ikke se at det vil være i tråd med Grunnloven § 100 å stille krav om at varslingen skal gjelde forhold som «har allmenn interesse» eller at det først skal varsles internt.

Angivelsen av de hensyn som det etter forslaget særlig skal tas hensyn til ved offentlig varsling, kan bli oppfattet som at adgangen til å varsle om alvorligere kritikkverdige forhold er snevrere enn det som er gjeldende rett i dag. Også her synes det som om vilkårene blir knyttet til selve ytringen, og ikke til begrensningene i ytringen. Det bør overveies om ikke en regel som uttrykkelig begrenser adgangen til å bruke sanksjoner er bedre enn en lovbestemmelse som fastslår hva en arbeidstaker har rett til. Slike formuleringer kan lett føre til antitetiske slutninger som kan gi utilsiktede og uheldige virkninger. En arbeidstaker som varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten, må ikke utsettets for tiltak som er i strid med retten til fritt å ytre seg.

Avslutningsvis finner jeg grunn til å nevne at det i dagens situasjon ikke uten videre er grunn til å stille andre eller mer lempelige krav til private virksomheter enn til offentlige virksomheter. Tvert om kan det være grunn til å fremheve at virksomheter både i offentlig og private sektor kan være av stor betydning for befolkningen og at skillet mellom offentlig og privat virksomhet derfor ikke uten videre er særlig relevant.»

12.

Ansattes ytringsfrihet – skriftlig advarsel etter avisinnlegg

(Sak 2006/530)

Spørsmål om en kommune hadde adgang til å gi skriftlig advarsel til en miljøarbeider som ytret seg i lokalavisen om forhold ved egen arbeidsplass. Uttalelsene gjaldt blant annet påståtte brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid i omsorgssektoren.

Ombudsmannen uttalte at kommunen ikke hadde rettslig grunnlag for å reagere på den ansattes bruk av ytringsfriheten, og ba om at den skriftlige advarselen ble trukket tilbake. Uttalelsene lå innenfor den ansattes ytringsfrihet, slik den nå er nedfelt i Grunnloven § 100 (etter endring 30. september 2004) og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10. Det er i samfunnets interesse at ansatte kan ytre seg om forhold i den offentlige forvaltning. Ytringene var ikke i strid med den ansattes lojalitetsplikt. Etter det opplyste medførte ikke ytringene noen åpenbar risiko for skade på arbeidsgivers legitime interesser på en unødvendig måte. Det var ikke avgjørende om den ansatte hadde tatt forholdene opp internt. Det var heller ikke avgjørende om påstandene hadde full dekning i de faktiske forhold.

Time kommune tok ombudsmannens uttalelse til etterretning og beklaget det som hadde skjedd. Den skriftlige advarselen ble umiddelbart fjernet fra As personalmappe.

A er ansatt som miljøarbeider i Time kommune, der han har to ulike stillinger som til sammen utgjør 75 % av full arbeidstid. Høsten 2003 og høsten 2004 skrev han leserbrev til Jærbladet, der han uttalte seg om kommunens bruk av små stillingsbrøker i omsorgssektoren, og om de problemene han mente praksisen skapte for ansatte og brukere. Han hevdet at praksisen brøt med arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid, og kritiserte kommunens ledelse for ikke å ta tak i problemet.

Det første leserbrevet ble trykket 22. september 2003. Det het her bl.a.:

> «Et for meg merkelig fenomen griper stadig mer om seg i helsesektoren: En mengde bitte små og litt større stillinger blir utlyst ledige rundt om kring på sykehjem, omsorgsboliger og dagsentra. Her må man friske opp brøkregningen fra folkeskolen for å finne ut hva inntekten blir...
>
> Meget få 100 % stillinger blir utlyst, og de blir nesten alltid reservert for 3-årig fagutdannede. Omsorgsarbeidere og hjelpepleiere må ofte nøye seg med de små stillinger. Hvordan kan man forsørge en familie på dette?
>
> Noen kombinerer to eller flere små stillinger og sper på med ekstravakter. Denne kombinasjonen resulterer ofte i mange arbeidshelger på rad, også en god del doble vakter. Det hender sågar at man må gå tre eller fire vakter på rad for å avhjelpe ved stort sykefravær. Noen ganger når det er ekstra vanskelig, kan man bli pålagt å gå eks-

tra. Arbeidsmiljøloven kan da virke fjern for oss i denne etaten.

Undertegnede har tatt opp dette problemet på flere personalmøter for om mulig å få ledelsens forståelse for hva ansatte sliter med rundt omkring på institusjonene. Det er overhodet ikke blitt noe respons på dette utover mellomlederplan. Ingen av toppene i omsorgsetaten har brydd seg med å ta kontakt med undertegnede eller andre på golvplanet. De burde ta seg noen turer ut fra kontorene sine og besøke oss på arbeidsplassene, ta en prat og en kopp kaffe, og så komme med tiltakene. Jeg sitter igjen med et inntrykk av at ledelsen viser stor grad av overfladiskhet og likegyldighet angående dette problemet. For ordens skyld vil jeg nevne at jeg har fulgt tjenestevei i denne saken, dvs. via personalmøter og soneleder som så har referert videre opp.»

Etter det opplyste medførte ikke dette leserinnlegget noen reaksjon fra kommunens ledelse.

Vel ett år senere publiserte Jærbladet 29. oktober 2004 et nytt leserinnlegg fra A, der han reiste spørsmål og uttrykte sin mening om forholdene i omsorgssektoren:

«*Kan ordfører* B, rådmann C eller kommunalsjef D svare meg på hvordan folk skal forsørge en familie på slike stillinger? Vel, de vil at vi skal trå til med ekstravakter når det passer dem. Og dette gjør vi jo til de grader. Springer som piska skinn fra jobb til jobb, og snublende fra den ene ekstravakt og rett over i den andre. Vi kan ikke si nei for ofte, kanskje vi ikke blir oppringt neste gang.

Dette lappverk av en «turnus» blir ikke lett å kombinere med et normalt familieliv. Av og til blir det 2–3 måneder uten helgefri. Mange går dobbelt vakter, tredoble, firedoble og noen ganger endog fem på rappen a 7,5 timer (nattevakter er 10 timer). Det er ganske lett å regne ut at arbeidsmiljøloven her blir brutt på det groveste, i perioder ukentlig.

Etter min oppfatning går dette på sikkerheten løs, både for brukerne og de ansatte. Her er det mennesker med alvorlige psykiske og fysiske funksjonshemminger vi arbeider med. Dette skjer med omsorgsledelsens vitende og vilje. Om de mot formodning ikke har holdt seg orientert om dette, er det også en alvorlig sak etter min mening.

Jeg har gått den vanlige tjenestevei med dette og tatt opp disse uverdige forholdene på mange personalmøter, og spesielt bedt om at kommunetoppene blir orientert. Verken dette eller mitt forrige avisinnlegg avga noen reaksjoner hos de ansvarlige. Ingen initiativ til en prosess eller diskusjon med de ansatte for en mulig forbedring.»

A utdypet sine synspunkter i et intervju med Jærbladet samme dag. Der opplyste han at han:

«har teke opp desse problema før, og han forventar at kommuneleiinga kjenner til situasjonen. – Eg hadde venta at folk tok kontakt. Men ikkje nokon har reagert. Omsorgsleiinga i kommunen har så langt eg kjenner til ikkje vist seg og snakke med oss om vår arbeidssituasjon. – På grunn av stillingspolitikken må tilsette begå lovbrot for å overleve. Eg kan seie nei til ekstra vakter, men eg må rett og slett ta dei for å overleve, seier A. – Av og til kan vi kome opp i høge timetal som er langt over det som er lovleg. A understrekar at dette er hans oppleving av korleis han og andre arbeider innan omsorgen i Time...»

Det fremgikk av oppslaget at As uttalelser samtidig ble kommentert av kommunalsjefen for omsorg og en juridisk rådgiver i Arbeidstilsynet.

I brev fra kommunalsjefen for omsorg ble A bedt om å opplyse om han var korrekt sitert i avisen. Han ble også bedt om å redegjøre for hvordan og når han hadde tatt opp forholdene internt, og gi en nærmere presisering av de forholdene han har oppfattet som lovbrudd.

A bekreftet kritikken mot kommunens omsorgstjeneste, og opplyste at soneleder kjente til forholdene. På denne bakgrunn ble soneleder bedt om å kommentere As opplysning om at ansatte hadde gått fire til fem sammenhengende vakter. Soneleder opplyste at problemet med små stillinger hadde vært drøftet en rekke ganger på avdelingen, men benektet kjennskap til at ansatte hadde jobbet 4–5 vakter i strekk. Hun uttalte avslutningsvis at «[j]eg ser at jeg ikke lenger kan stole på at ledige vakter blir fordelt på en lovlig måte og vil derfor selv gå inn å godkjenne alle vaktene».

I nytt intervju med Jærposten opplyste A at han ikke lenger fikk ekstravakter, og at han mente det hadde sammenheng med tidligere kritiske uttalelser.

A ble deretter innkalt til et møte med kommunen. I innkallingen var det vist til at han offentlig hadde uttrykt misnøye og mistillit til Time kommune som arbeidsgiver og ledelsen i administrasjonen. A har hevdet at han ikke hadde mulighet for å delta i møtet, fordi han mottok innkallingen en halv time etter at møtet var begynt.

A mottok etter dette en skriftlig advarsel fra Time kommune, der det fremgikk:

«På bakgrunn av følgjande forhold vert du gjeven skriftleg advarsel.

1. Uttale i media

– Offentlege utsegn om arbeidsgjevar som ikkje er sanne.
– Illojalitet mot gjeldande framgangsmåte for interne saker.
– Offentleg negativ omtaleform mot kommunens leiing.

Du har i brev frå kommunalsjefen, datert 03. november 2004, blitt bedt om å gje tilbakemelding på følgjande:

Er du rett referert i media?

Korleis har du tatt opp dei tilhøva som du synes er kritikkverdige?

Kan du presisera kva lovbrot på arbeidstidsreglane som er grunnlag for saka, og korleis er dette tatt opp med leiinga?

I ditt svar 05. november 2004 gjev du tilbakemelding på at du er rett referert i media. Vidare gjev du ingen konkrete tilbakemeldingar på

kva du har tatt opp kor tid. Du har heller ikkje presisert kva lovbrot som er grunnlag for utsegn i avisa.

Når du tek imot, og aksepterar, ein stilling i kommunen har du samstundes akseptert at du som tilsett skal vera lojal mot arbeidsstaden. Dette betyr mellom anna at forhold som vedkjem arbeidsplassen vert teke opp og løyst internt. Time kommune oppfattar din opptreden i media som uakseptabel, og som eit brot på lojalitetsplikta. Time kommune forventar at du i framtida held deg til gjeldande framgangsmåte når du ynskjer å ta opp saker av intern karakter.

2. Ikkje møtt til samtale med arbeidsgjevar

Vi har i brev av 24. november 2004 kalla deg inn til møte måndag 29.11.04 kl. 1400. Du møtte ikkje og har heller ikkje gjeve melding til arbeidsgjevar kva grunnen er. Å ikkje etterkomme pålegg frå arbeidsgjevar vert rekna som brot på arbeidsavtalen.

Time kommune vil vurdera arbeidsforholdet ditt dersom du i framtida

a) ikkje held deg til gjeldande framgangsmåte for ytring av interne tilhøve.
b) unlet å etterkoma pålegg frå arbeidsgjevar.»

I drøftingsmøte ba A kommunen om å trekke advarselen tilbake, og viste blant annet til ytringsfriheten i Grunnloven § 100. Kommunen fastholdt advarselen, og mente at det ikke var grunnlag for å trekke den tilbake.

A ba ombudsmannen om å vurdere grunnlaget for kommunens advarsel, herunder spørsmålet om As uttalelser til avisen lå innenfor den ansattes ytringsfrihet.

I brev herfra ble kommunen bedt om å kommentere opplysningen om at A flere ganger hadde tatt opp forholdene internt før han uttalte seg til avisen. Kommunen ble bedt om å redegjøre nærmere for sitt syn på ansattes lojalitetsplikt, herunder om kommunen mente det var et vilkår at den ansatte først tar forholdene opp internt. Kommunen ble også spurt om advarselen var vurdert i lys av offentlig ansattes ytringsfrihet etter Grunnloven § 100. Kommunen ble videre bedt om å kommentere saksbehandlingen generelt og forholdene rundt møteinnkallingen spesielt. Det ble også stilt spørsmål om advarselen var ment som en ordensstraff eller som en tjenstlig tilrettevisning.

I sitt svarbrev ga kommunen en redegjørelse, der den fremholdt at A hadde gitt «flere utsagn som ikke er sanne». Kommunen hevdet at «det ikke er grunnlag for påstanden om at arbeidsmiljøloven brytes på det groveste, og under enhver omstendighet ikke med omsorgsledelsens vitende og vilje». Det ble vist til at sonelederen ikke kjente til at enkeltpersoner hadde gått 4–5 vakter i strekk, og at kommunalsjefen heller ikke kjente til dette før As avisinnlegg. Videre opplyste kommunen at A i august 2003 fikk utvidet stilling til 75 %, men at han etter dette ikke hadde søkt ledige stillinger. Kommunen fastholdt at flere av forholdene burde vært tatt opp tjenestevei før han gikk til avisen. Endelig mente kommunen at «den form som er brukt i forhold til kommunens ledelse i deler av oppslaget, er over grensen for det akseptable». Kommunen bestred ikke at A mottok innkalling samme dag møtet fant sted, men mente det var kritikkverdig at han ikke straks tok kontakt med en av dem og forklarte hva som hadde skjedd. Det ble opplyst at kommunen anså advarselen som en tjenstlig tilrettevisning, og ikke en ordensstraff.

Til spørsmålet om forholdet mellom lojalitetsplikten og As alminnelige ytringsfrihet, svarte kommunen:

«Time kommune vil hevde at en ansatt i kraft av ytringsfriheten har rett til å delta i den alminnelige samfunnsdebatt. Han har også rett til å kritisere egne tilsettingsforhold offentlig. Kommunens ledelse er innforstått med at de som representanter for en offentlig arbeidsgiver må tåle kritikk offentlig, herunder for sin personalpolitikk.

Time kommune mener således at A har rett til å rette kritikk mot de mange småstillingene som er i omsorgssektoren, problemer til det å måtte ta ekstravakter i tillegg osv. Disse synspunktene ble det også redegjort for under møtet 10.01.05.»

Kommunen viste deretter til at en ansatts ytringsfrihet er begrenset. Det ble vist til uttalelser både i *Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* av Jan Tormod Dege, side 220 og til Borgarting lagmannsretts dom av 10.02.97. Kommunen uttalte videre:

«Time kommune vil for det første gjøre gjeldende at en forutsetning for at den ansatte skal kunne påberope seg ytringsfriheten, er at den ansatte gir en korrekt fremstilling av de faktiske forhold. Time kommune mener at A har gitt en uriktig fremstilling av de faktiske forhold på flere punkt, jf. det som er sagt om dette under pkt. 3.

Videre mener Time kommune at den ansatte bør ha tatt opp de forhold han mener er kritikkverdige via tjenestevei, før han evt. går til pressen. Det vises til Dege: Arbeidsrett, Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, side 224...

Time kommune mener at påstandene om at arbeidsmiljøloven brytes ved at de ansatte må gå for mange ekstravakter, at han har tatt opp at han vil ha større stilling uten å høre noe, samt påstanden om at han har blitt nektet ekstravakter, burde ha vært tatt opp via tjenestevei. Time kommune vil gjøre gjeldende at så ikke har skjedd.»

A fastholdt i brev til ombudsmannen at han flere ganger hadde gått tjenestevei med sin kritikk av kommunen. Han fremla også bekreftelser fra kolleger på at han var nektet ekstravakter etter sine utspill i avisen.

Kommunen fremholdt deretter at A ikke hadde tatt opp med sonelederen at ansatte gikk ekstravakter i et slikt omfang at det kom i konflikt med arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Som vedlegg til brev hit fremla A skriftlige uttalelser fra flere kolleger om brudd på arbeidsmiljølo-

ven. Uttalelsene gjaldt også spørsmålet om A hadde gått tjenestevei med kritikken.

Kommunen opplyste deretter at det var umulig å imøtegå påstandene fra andre ansatte ved institusjonen. Det ble imidlertid vist til at Arbeidstilsynet etter undersøkelser hadde konkludert med at «kommunen arbeider systematisk med oppfølging av dei tilsette når det gjeld arbeidstid».

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Den alminnelige ytringsfrihet etter Grunnloven § 100

Den alminnelige ytringsfriheten er rettslig beskyttet i Grunnloven § 100 og i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10. Det er på det rene at ansattes ytringsfrihet er omfattet av dette alminnelige vernet om ytringsfriheten. Utgangspunktet er at ansatte har ytringsfrihet på lik linje med alle andre.

Ytringsfriheten for offentlig ansatte ble styrket ved grunnlovsendringen som ble vedtatt og trådte i kraft 30. september 2004 (kunngjort 29. oktober 2004). Grensen for ansattes ytringsfrihet følger nå direkte av en tolkning av Grunnloven, og det må antas at ansattes ytringsfrihet er utvidet, se Ot.prp. nr. 84 (2005–2006) med henvisning til NOU 1999: 27 punkt 6.2.4.1 og St.meld. nr. 26 (2003–2004) punkt 4.11. I sin alminnelighet må Grunnloven § 100 i dag anses for å gi et sterkere vern for ansattes ytringsfrihet enn det som følger av EMK art. 10.

Jeg har i flere saker de senere årene understreket betydningen av å respektere offentlige arbeidstakeres ytringsfrihet. Mitt syn ble oppsummert i høringsuttalelsen 23. mars 2006 (sak 2005/2310) til arbeidsgrupperapporten om ansattes ytringsfrihet.

Time kommune har vist til rettskilder fra tiden før grunnlovsendringen. Dette gir grunn til å redegjøre nærmere for det rettslige vurderingstema i denne typen saker.

2. Ytringsfriheten for offentlig ansatte – forholdet til lojalitetsplikten

Det rettslige utgangspunkt er at ansatte i offentlig tjeneste har det samme vern om ytringsfriheten som enhver annen borger, se Ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999: 27 kap. 6.2.4.1. Arbeidstakere står imidlertid i en stilling som kan medføre at de må tåle begrensninger i ytringsfriheten – innskrenkninger som etter forholdene kan være tillatt etter Grunnloven § 100 og EMK art. 10 (2).

Det følger av Grunnloven § 100 at det er begrensningene i ytringsfriheten som må begrunnes. Begrensninger i tilsattes ytringsfrihet kan ha rettslig grunnlag i lov, arbeidsavtaler eller i den ulovfestede lojalitetsplikt som gjelder i alle arbeidsforhold.

Etter omstendighetene kan den ansattes lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver legge bånd på ytringsfriheten. Lojalitetsplikten er forankret i arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og innebærer at en ansatt lojalt slutter opp om arbeidsgiverens interesser så langt det er nødvendig for arbeidsforholdet. Arbeidsgivers styringsrett gir imidlertid ingen generell adgang til å regulere eller sanksjonere ansattes ytringer. Den ansattes lojalitetsplikt beskytter bare mot ytringer som på illojal måte skader arbeidsgivers legitime og saklige interesser. Arbeidsgivere kan derfor ikke slå ned på ytringer som oppfattes som uønskete, uheldige eller ubehagelige. Uttalelser som ikke er undergitt taushetsplikt, og som i hovedsak gir uttrykk for arbeidstakerens egne oppfatninger, vil det vanligvis være anledning til å komme med.

Forholdet mellom ansattes ytringsfrihet og lojalitetsplikt beror i dag på en bredt sammensatt vurdering av en rekke kryssende hensyn, med Grunnloven § 100 og EMK art. 10 som grunnlag, rettesnor og ramme. Praksis viser at de vanskelige avveiningene gjelder ansattes ytringer på egne vegne om forhold som berører eget arbeidsområde eller egen arbeidsplass. I forarbeidene ble det understreket at «det bare er den lojale og sannferdige fremstilling som er beskyttet av Grunnloven § 100, og at den ansatte selv vil ha bevisbyrden for at den faktiske fremstillingen er tilstrekkelig korrekt», se St.meld. nr. 26 (2003–2004) side 109. Samtidig fremgår det klart at grunnlovsendringen legger til rette for en sterk ytringsfrihet for ansatte, der «arbeidsgivere må tåle et visst nivå av offentlig kritikk fra egne ansatte» og at «arbeidsgivere må lære seg toleranse for uenighet og kritikk – styrke sin «dannelse» – og lære seg å bruke motinnlegg og korrigerende ytringer som viktigste virkemiddel, fremfor arbeidsrettslige tiltak mot den ansatte». Veiledning om hva som ligger i avveiningsnormen etter Grunnloven § 100 andre og tredje ledd er blant annet gitt i de retningslinjene som ble trukket opp av Justisdepartementet i St.meld. nr. 26 (2003–2004) side 110. Det fremgår at begrensninger i ytringsfriheten som generelt utgangspunkt bare bør gjelde ytringer som påviselig skader, eller påviselig kan skade, arbeidsgivers interesser på en unødvendig måte. Det fremgår videre at bevisbyrden for slik skade som generelt utgangspunkt bør ligge på arbeidsgiver.

Jeg har i flere uttalelser de senere år lagt til grunn at en arbeidsgiver ikke har adgang til å reagere på en ansatts ytringer, med mindre det foreligger en åpenbar risiko for skade på arbeidsgiverens legitime og saklige interesser. Dette er etter mitt syn en grunnleggende forutsetning for eventuelle reaksjoner fra arbeidsgiver. Det betyr ikke at arbeidsgiver automatisk har rett til å reagere når slik risiko foreligger. Dersom hensynene bak ytringsfriheten veier tyngre, vil en ytring fra en ansatt kunne være vernet også når arbeidsgivers legitime og saklige interesser kan bli skadelidende. Avveiningen mellom den ansattes ytringsfrihet og lojalitetsplikten til arbeidsgiver må vurderes konkret. Vurderingen vil blant annet bero

på hvilket område av arbeidslivet det gjelder, den ansattes stilling og ytringens form.

Som utgangspunkt gjelder ytringsfriheten også forhold som hører inn under arbeidsområdet og som berører forholdet til arbeidsgiveren. Offentlig ansatte har et vidt spillerom – både i form og innhold – for offentlig å gi uttrykk for sin mening, også om forhold på egen arbeidsplass.

3. As adgang til å ytre seg i den offentlige debatt

Det er på det rene at ansatte, som alle andre, har adgang til å ytre seg i den offentlige debatt. Ansatte har også rett til å ytre seg om forhold ved egen arbeidsplass. I tråd med dette har Time kommune i brev 4. mai 2006 gitt uttrykk for at «A har rett til å rette kritikk mot de mange småstillingene som er i omsorgssektoren, problemer med det å måtte ta ekstravakter i tillegg osv». Etter dette legger jeg til grunn at advarselen ikke var foranlediget av As kritiske uttalelser om disse forholdene ved egen arbeidsplass.

I brevet 4. mai 2006 opplyser kommunen at advarselen er begrunnet i As uttalelser om brudd på arbeidsmiljøloven, hans påstand om manglende svar på henvendelser om større stilling, samt påstander om at han er nektet ekstravakter som følge av uttalelsene til avisen. Dette reiser særlige spørsmål om ansattes adgang til å ytre seg offentlig om kritikkverdige forhold ved egen arbeidsplass – såkalt varsling.

4. As adgang til å ytre seg om kritikkverdige forhold ved egen arbeidsplass («varsling»)

4.1 Risiko for skade på kommunens legitime interesser?

Slik saken er opplyst for ombudsmannen, er det ingen holdepunkter for at As ytringer har skadet kommunens interesser. Time kommune har heller ikke hevdet at ytringene medførte slik risiko. Etter mitt syn har det også formodningen mot seg at et leserinnlegg fra en ansatt i en lokalavis med private synspunkter på forhold ved egen arbeidsplass, kan innebære en åpenbar risiko for skade på arbeidsgiveres legitime interesser. Dette gjelder selv om ytringene oppfattes som sterkt kritiske mot ledelsen og enkeltpersoner i kommunen. Dersom arbeidsgiver ønsket å korrigere en feilaktig eller skjev fremstilling av forholdene, hadde kommunen anledning til å imøtegå fremstillingen ved eget innlegg i avisen. I denne saken ble det også gjort, da kommunalsjefen for omsorg uttalte seg til lokalavisen 29. oktober 2004 samtidig som A lot seg intervjue der.

4.2 Har ytringene en uakseptabel form?

Kommunen har hevdet at de kritiske ytringene mot ledelsen har en uakseptabel form.

Etter mitt syn ligger As ytringer innenfor det spillerom som en offentlig ansatt har til å gi uttrykk for egne meninger, også om forhold på egen arbeidsplass. Jeg viser spesielt til uttalelsene i forarbeidene til grunnlovsendringen, der det klart fremgår at ansattes spillerom er vidt – både i form og innhold.

4.3 Krav til intern varsling og absolutt sannhet?

Kommunen har hevdet at det ikke er dekning for påstanden om brudd på arbeidsmiljøloven, og at forholdene ikke i tilstrekkelig grad er forsøkt tatt opp internt.

Jeg kan ikke se at det er i tråd med Grunnloven § 100 å stille krav om at A måtte ta forholdene opp internt før det var adgang til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold ved egen arbeidsplass. Jeg kan heller ikke se at det kan stilles krav om at ytringene måtte gi et helt korrekt og fullt ut dekkende bilde av forholdene på arbeidsplassen.

Etter mitt syn gir ikke dagens rettstilstand grunnlag for å stille noen absolutte krav til en arbeidstaker som ønsker å varsle offentligheten om uheldige eller ulovlige forhold ved egen arbeidsplass. Absolutte krav til sannhet og/eller intern varsling fører med seg vanskelige bevisspørsmål, som i praksis vil kunne uthule ansattes ytringsfrihet og mulighet for varsling. Denne saken illustrerer de problemer som oppstår når en arbeidstaker i ettertid skal forsøke å dokumentere at intern varsling er forsøkt og at påstandene er korrekte og dekkende for de faktiske forhold.

Det er grunn til å understreke at samfunnet har en egen interesse i at kritikkverdige forhold avdekkes og at kritiske ytringer om offentlig forvaltning fremmes. Dette ble fremhevet i St.meld. nr. 26 Om endring av Grunnloven § 100 pkt. 4.11.5, som Stortinget senere sluttet seg til. Selv om denne typen leserinnlegg fra ansatte vil være ubehagelige for arbeidsgiver generelt og ledelsen spesielt, vil de samtidig kunne bidra til at de ansvarlige i kommunen får kjennskap til forhold i systemet. På denne måten får ledelsen anledning til å imøtegå eventuell uberettiget kritikk, men også mulighet til å rette opp uheldige eller ulovlige forhold i den offentlige forvaltning.

Time kommune hadde ikke rettslig grunnlag for å gi A en skriftlig advarsel. Uttalelsene om forhold ved egen arbeidsplass lå innenfor en ansatts ytringsfrihet etter Grunnloven § 100. Time kommune bør derfor trekke advarselen tilbake. Jeg ønsker orientering om kommunens oppfølgning og videre behandling av saken.»

Time kommune tok ombudsmannens uttalelse til etterretning og beklaget det som hadde skjedd. Den skriftlige advarselen ble umiddelbart fjernet fra As personalmappe.

13.

Tjenstlig tilrettevisning etter interne ytringer fra lærer ved en av Forsvarets skoler

(Sak 2005/2115)

A – som er sivilt ansatt ved en av Forsvarets høgskoler – ga i et internt notat til skolesjefen uttrykk for sitt syn på lønnsstrategien for sivile vitenskapelige stillinger ved skolen. Notatet ble møtt med et brev fra skolesjefen, der det blant annet ble gitt uttrykk for bekymring fra skolens side over de holdninger som skolesjefen mente fremkom i notatet. I klagen til ombudsmannen pekte klageren blant annet på at tilbakemeldingen måtte tolkes som et signal om at han burde avstå fra å uttale seg.

Ombudsmannen uttalte at tilsatte i offentlig forvaltning har, som andre privatpersoner, en alminnelig ytringsfrihet og et vidt spillerom for å gi uttrykk for sine meninger. Dette gjelder både ytringer i det offentlige rom og i interne fora. Brevet fra skolesjefen måtte anses som en tjenstlig tilrettevisning som var ment å begrense den tilsattes ytringsfrihet. Ombudsmannen konkluderte med at verken arbeidsgivers styringsrett eller arbeidstakerens lojalitetsplikt hjemlet reaksjonen fra skolesjefens side.

Forsvarsstaben og skolens ledelse redegjorde for sin oppfølging av saken overfor klageren. I et brev til skolens ledelse forutsatte ombudsmannen at skolen vil legge hans syn til grunn, dersom det i fremtiden blir nødvendig å reagere på tilsattes ytringer.

A er tilsatt som dosent ved X skole. Han skrev et internt notat til skolesjefen. Notatet omhandlet «lønnsstrategi for sivile vitenskapelige stillinger ved X». I notatet redegjorde han for sin forståelse av forholdet mellom oppgaver, kompetanse og lønn for vitenskapelig ansatte i universitets- og høgskolesystemet generelt. Han redegjorde videre for sin oppfatning av ulikhetene mellom karriere- og lønnsutvikling for de lærerne ved Forsvarets høyere utdanning som er militært tilsatt og de som er sivilt tilsatt. Notatet omhandlet også As oppfatning av hva som ville være riktige vurderingskriterier for de sivilt tilsatte lærerne ved skolen, og ga deretter en oversikt over det han oppfattet som den reelle lønnssituasjonen ved skolen. Avslutningsvis foreslo A hvilke prinsipper som burde gjelde for sivile, fast tilsatte akademikere ved skolen.

På bakgrunn av notatet mottok A et brev fra skolesjefen. Han oppga innledningsvis at han ville besvare notatet fra A. I tillegg het det:

> «Videre er dette tilsvaret å betrakte som en uttrykt bekymring fra skolens side over holdninger som fremkommer i dokumentet. Hensikten med å formalisere tilsvaret, er å dokumentere at bekymringen er oversendt og at dette er registrert».

I brevets punkt 2 ble det redegjort for hvordan lønnsfastsetting og lønnsutviklingen ved skolen foregår. Deretter, i brevets punkt 3, ble det fremsatt følgende «[b]etraktninger på bakgrunn av fremsendt skrivelse»:

> «Skolesjefen er bekymret over to forhold som fremkommer i den refererte skrivelse. Det ene er det syn overfor offiserer som yrkesgruppe som fremkommer, og det andre er det skolesjefen tolker som mangel på respekt overfor kollegene i undervisningskollegiet.
>
> *3.1. Synet på offiserer og offiserers kompetanse*
>
> Skolesjefen ser ikke positivt på det som oppfattes som harselering med offiserer og offiserers samlede kompetanse. [Skolen] har et eneste eksistensgrunnlag, og det er å utvikle offiserer. Alle ansatte i undervisningskollegiet har dette som sin primære oppgave. All annen virksomhet, inkl FoU er underordnet og kun til støtte for den primære aktiviteten. Skolen har derfor ingen sivile rene vitenskaplige stillinger, tilsvarende forskere. Alle er prinsipielt å betrakte som lærere, i ordets videste forstand.
>
> Enhver som påberoper seg unntak fra dette kan vanskelig anses egnet til å være en del av [skolens] undervisningsstab. Dine uttrykte holdninger til offiserer ved en institusjon som har positiv offisersutvikling som eksistensgrunnlag er ytterst bekymringsfull.
>
> Du argumenterer for at lønnsutviklingen for sivile lærerkrefter kun skal vurderes opp mot akademisk kompetanse. Det er skolens ledelse fundamentalt uenig i. Dessuten, i ditt forsøk på å separere offiserer og sivile akademisk, ser du fullstendig bort fra at *ansettelsesforholdet* til både de sivile og militære lærerkrefter ved [skolen] er avhengig av at skolens ledelse som arbeidsgiver vurderer den enkelte som en konstruktiv bidragsyter.
>
> *3.2. Synet på kolleger*
>
> En vesentlig del av skrivet ditt benyttes til å fremhevde deg selv på bekostning av andre i skolens undervisningsstab. [Skolen] er en liten arbeidsplass og med den stab som er tilstede, er skolen fullstendig avhengig av at samtlige i undervisningskollegiet er i stand til å fungere i resonans med de øvrige. Den uttrykte mangel på respekt for andres faktiske kunnskaper og kompetanse gir stor grunn til bekymring og reiser spørsmål om din vilje til å være en velfungerende del av et samlet undervisningskollegium.»

Avslutningsvis, i brevets punkt 4, het det:

> «Gjennom dette brevet har skolen svart på de hensikter i din skrivelse som avkrevde et svar.
> ---
> Skolesjefen har også redegjort for sin og skolens bekymring over dine holdninger og uttrykte mangel på respekt ift offiserer i sin alminnelighet og overfor øvrige kolleger i skolens undervisningskollegium.»

Det fremgikk av brevet at det var sendt intern kopi av brevet til sjef for fagavdeling.

A henvendte seg til ombudsmannen og ba om ombudsmannens vurdering av skolesjefens skriftlige tilbakemelding. Han opplyste at han oppfattet deler

av skolesjefens brev som «dypt ærekrenkende og fullstendig «frikoblet» i form og innhold» fra hans notat. Han skrev videre bl.a. at han oppfattet brevet som ren hersketeknikk, og en klar melding om at han er på grensen til å «få sparken». Videre het det i klagen:

> «Han sier – klart og tydelig – at jeg aldri burde skrevet et slikt saksinnlegg som jeg har gjort, og at jeg heretter bør tie stille om saken.
>
> Det siste er det alvorligste – og det har, etter mitt skjønn, ingenting med institusjonelle spilleregler i et demokrati å gjøre.»

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere, og i brev herfra til forsvarsstaben ble det stilt enkelte spørsmål til behandlingen av saken. Det ble vist til skolesjefens brev, hovedpunkt 3 og konklusjonen i punkt 4, og spurt om det var riktig at brevet ga uttrykk for en tjenstlig tilrettevisning overfor A. Forsvaret ble bedt om å opplyse om notatet er registrert eller anmerket i klagerens personalmappe. Det ble videre vist til at brevet fra A til skolen fremstår som hans personlige ytringer om lønnsforholdene og lønnssystemet på egen arbeidsplass, og at ytringene var fremsatt internt overfor ledelsen. Det ble bedt om en redegjørelse for bakgrunnen for at skolen fant det riktig å gripe inn og gi en tjenstlig tilrettevisning på dette grunnlaget, og om forsvarsstaben anså at notatet fra A var å anse som brudd på hans lojalitetsplikt i forhold til skolen. Det ble deretter bedt om en presisering av hvilke uttalelser i brevet som i tilfelle var ansett som brudd på lojalitetsplikten eller som dannet grunnlaget for reaksjonen.

I svarbrevet fra forsvarsstaben ble det opplyst at bare klageren og hans nærmeste overordnede var adressater for skolesjefens brev. Det ble opplyst at brevet ikke var ment som en formell tilrettevisning, men en bekymringsmelding i forhold til klagerens måte å beskrive sine kolleger på. Det ble vist til at brevet ikke var lagt på klagerens personalmappe. Forsvarsstaben skrev videre:

> «Grunnen til tilbakemeldingen er formen klageren argumenterer for sine lønnskrav på. [Skolesjefen] mener formen skrivet er holdt i kan oppfattes som manglende respekt for sine kolleger og offiserer generelt ift hva klageren mener er egne kriterier for høyere lønn for seg selv. Bekymringsmeldingen er derfor ikke knyttet til ønsket om å ta opp lønn, noe som også fremkommer i skolens skriv som er inndelt i to separate deler; en del for bekymringen overfor formen, den andre ift spørsmål knyttet til lønn og lønnspolicy. Slik skolen ser det er dette ikke snakk om noe brudd på lojalitetsplikten.»

Til spørsmålet om hvilke uttalelser i brevet som ga grunnlag for reaksjonen, svarte forsvarsstaben:

> «Dette er knyttet til hvordan klageren argumenterer for seg selv om den type yrkeskategori han representerer, som han for øvrig er alene om ved skolen. Skolen leser denne argumentasjonen som utslag av manglende respekt for andre kollegers kompetanse og hvordan denne er oppnådd. Deler av argumentasjonen kan oppfattes som en nedvurdering av offiserer som kompetansegruppe. Dette skjer ved en skole der kjernevirksomheten er utvikling av offiserer og den kompetanse de representerer.»

Klageren kom med merknader der han bl.a. gjentok at hans notat om lønnssituasjonen for sivile lærere ved skolen ikke var ment, og ikke kunne tolkes som en nedvurdering av offiserers kompetanse.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«[Skolens] reaksjon

I foreleggelsesbrevet herfra ble det antatt at skolesjefens reaksjon overfor den tilsatte måtte anses som en tjenstlig tilrettevisning. Dette har imidlertid forsvarsstaben sagt seg uenig i. Forsvarsstaben har gitt uttrykk for at brevet var ment som en bekymringsmelding i forhold til de holdninger han skulle ha formidlet i sitt notat. Fra forsvarsstaben er det ikke redegjort nærmere for hvilket skille det antas å være mellom en slik «bekymringsmelding» og en «tjenstlig tilrettevisning». Jeg finner grunn til å utdype nærmere hva som ligger i uttrykket tjenstlig tilrettevisning.

Jeg har i flere tidligere saker uttalt meg om hva en tjenstlig tilrettevisning innebærer. Under henvisning til forarbeidene til tjenestemannsloven av 1918 har jeg lagt til grunn at en tjenstlig tilrettevisning vil være forankret i tjenesteforholdet og vil etter sitt innhold først og fremst ha som siktemål å klargjøre nærmere innholdet og omfanget av tjenestemannens tjenesteplikter. Tilrettevisningen gis i tilknytning til arbeidet og skal være retningsgivende for arbeidsforholdet. En strengere reaksjon vil være en ordensstraff. Denne kan også ha som formål å være retningsgivende, men den vil i tillegg ha som siktemål å pådra tjenestemannen en sanksjon for overtredelse eller tilsidesettelse av tjenesteplikter. Hvilken reaksjon som er gitt, må avgjøres ut fra en skjønnsmessig totalvurdering av de reelle forhold.

Innholdet i brevet fra skolesjefen, særlig innledningen, hovedpunkt 3 og konklusjonen i punkt 4, tilsier etter min mening at [skolens] reaksjon i den foreliggende saken må betegnes som en tjenstlig tilrettevisning. Innledningsvis i brevet er det vist til at hensikten med å formalisere tilsvaret, er «å dokumentere at bekymringen er oversendt og at dette er registrert». I brevets konklusjon heter det at skolesjefen har «redegjort for [sin] og skolens bekymring over [klagerens] holdninger og uttrykte mangel på respekt ift offiserer i sin alminnelighet og overfor øvrige kolleger i skolens undervisningskollegium». Samlet sett er det etter min mening naturlig å oppfatte brevet som en advarsel til A om at hans uttrykksform ikke kan aksepteres. Det er videre naturlig å forstå brevet som retningsgivende i forhold til

at A i fremtiden bør avstå fra å komme med denne typen ytringer. Slik jeg ser det må brevet fra skolesjefen derfor betraktes som en tjenstlig tilrettevisning overfor A.

Ytringsfrihet – lojalitetsplikt – arbeidsgivers styringsrett

Ytringsfriheten er forankret i Grunnloven § 100 og i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 10. Etter grunnlovsendring 30. september 2004 heter det i Grunnloven § 100 bl.a. at «Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilkensomhelst anden Gjenstand ere Enhver tilladte». I henhold til EMK art. 10 har enhver «rett til ytringsfrihet». Det heter videre at denne retten skal omfatte «frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser». Frihet til å ytre seg gjelder både ytringens innhold og form. Om grunnlovsendringen 30. september 2004 går det frem at endringen skulle legge grunnlaget for en sterk ytringsfrihet for tilsatte, herunder offentlige tilsatte.

Det rettslige utgangspunkt er således at tilsatte i offentlig forvaltning, som andre privatpersoner, har alminnelig ytringsfrihet. Offentlig tilsatte har et vidt spillerom – både i form og innhold – for *offentlig* å gi uttrykk for sin mening. Desto større spillerom må tilsatte ha til *internt* å ytre seg om forholdene på arbeidsplassen. Eventuelle begrensninger i den tilsattes ytringsfrihet må ha tungtveiende grunner.

Den lojalitetsplikt den tilsatte har overfor arbeidsgiveren kan etter omstendighetene legge bånd på ytringsfriheten. Lojalitetsplikten har sin bakgrunn i arbeidsavtalen og innebærer at den tilsatte lojalt må slutte opp om arbeidsgiverens interesser og avstå fra utilbørlig tilsidesettelse av disse interessene til fordel for egne eller andres. Plikten går imidlertid ikke lenger enn det som er nødvendig for arbeidsforholdet. Arbeidsgivers styringsrett gir ikke noen generell adgang til å regulere tilsattes ytringer, herunder gi etterfølgende tilrettevisning. Arbeidsgivers styringsrett må sies å være saklig begrenset til det som er nødvendig for at arbeidstakeren skal oppfylle sin arbeidsforpliktelse. I kraft av styringsretten kan arbeidsgiver således bestemme hvordan arbeidet skal utføres, herunder må det for eksempel kunne bestemmes hvem som skal uttale seg på virksomhetens vegne og på hvilken måte dette skal gjøres. Dersom den tilsatte uttaler seg som privatperson, har arbeidsgiveren som utgangspunkt imidlertid ingen hjemmel i styringsretten for å begrense den tilsattes ytringer. Det er bare ytringer som på en illojal måte skader arbeidsgiverens interesser som rammes av lojalitetsplikten.

Styringsretten hjemler blant annet tiltak for å regulere og verne om arbeidsmiljøet. Dersom arbeidsgiver mener det er hensiktsmessig å gjøre dette ved å legge bånd på den tilsattes ytringer, kan imidlertid dette uansett ikke gå lenger enn den lojalitetsplikt den tilsatte har. Spørsmålet blir derfor om As ytringer var et brudd på hans lojalitetsplikt.

A har i klagen hit presisert at formålet med det interne notatet til skolesjefen var «å påpeke skjevheter og urettferdighet i dagens lønnspraksis, og å presentere et forslag til forbedringer og økt rettferdighet». Notatet fremstår også som hans personlige ytringer om lønnsforholdene og lønnssystemet på egen arbeidsplass. Det er vanskelig å se at notatet kan ha medført noen risiko for skade på arbeidsgiverens interesser. En tilsatt må fritt kunne gi uttrykk for sin mening om lønnsforholdene ved egen arbeidsplass. Dersom det er korrekt at notatet kan forstås som en argumentasjon for egen yrkeskategori i lønnssammenheng, må dette også være en ytring det ikke kan sees at arbeidsgiver har adgang til å begrense.

Slik notatet er formulert, kan jeg ikke se at notatet gir uttrykk for «manglende respekt for andre kollegers kompetanse» eller kan «oppfattes som en nedvurdering av offiserer som kompetansegruppe», slik forsvarsstaben redegjør for i brev hit. Men selv om det skulle være grunnlag for å tolke notatet som en «nedvurdering av offiserer som kompetansegruppe», kan jeg ikke se at dette kunne innebære noen slik risiko for skade på arbeidsgiverens interesser at det ville kunne være tale om et brudd på lojalitetsplikten. Notatet har fått en begrenset spredning, ved at det utelukkende er stilet til skolesjefen. Men selv ved en videre spredning er det vanskelig å se at ytringen kan representere et brudd på lojalitetsplikten.

Jeg finner det etter dette klart at A ikke brøt sin lojalitetsplikt ved å formulere seg slik han gjorde i notatet. [Skolen] kunne derfor ikke i kraft av sin styringsrett gi en tilrettevisning på grunnlag av ytringene i det interne notatet til skolesjefen. Dette innebærer at skolesjefen ikke hadde adgang til å forsøke å sette grenser for tilsvarende fremtidige ytringer fra As side.

Det kan imidlertid presiseres at også arbeidsgivere har ytringsfrihet. Dette innebærer at en tilsatt som ytrer seg på en måte som arbeidsgiveren ikke setter pris på, vil kunne møtes med en motytring fra arbeidsgivers side. Det sentrale er imidlertid at motytringen ikke må sette grenser for den tilsattes fremtidige ytringsfrihet om de samme forholdene.

Jeg ber om at det jeg har uttalt i denne saken gjøres kjent for ledelsen ved [skolen], og at synspunktene blir lagt til grunn i senere saker der spørsmål om å reagere på tilsattes ytringer oppstår. Jeg ber om å bli holdt orientert om hvordan forsvarsstaben følger opp saken internt og på hvilken måte saken blir fulgt opp i forhold til A.»

Forsvarsstaben ba ledelsen ved skolen gjøre seg kjent med innholdet i ombudsmannens uttalelse, slik at synspunktene kunne bli lagt til grunn i senere saker der spørsmål om å reagere på tilsattes ytringer oppstår. Skoleledelsen ble bedt om å følge opp saken

i forhold til klageren i henhold til ombudsmannens konklusjoner.

Ledelsen ved skolen fulgte opp saken ved å avholde to møter med klageren. Skolelederen mente at ytringsfriheten til den ansatte ikke var innskrenket i denne saken. Han opplyste at forhold han oppfatter som «utilbørlig atferd i form av respektløs omtale av kolleger», vil bli påtalt også senere.

Ombudsmannen fastholdt sitt syn på saken. Han forutsatte at skolen vil legge hans syn til grunn, dersom det i fremtiden blir nødvendig å reagere på tilsattes ytringer.

14.

Utestenging av vararepresentant fra videre deltakelse i et bystyremøte på bakgrunn av ytringer i møtet

(Sak 2005/1855)

Under et bystyremøte fremsatte en vararepresentant uttalelser som ble hevdet å virke provoserende og krenkende på de øvrige representantene. Vararepresentanten nektet å beklage sine uttalelser og bystyret vedtok deretter å stenge vararepresentanten ute fra videre deltakelse i møtet. Vararepresentanten klaget til ombudsmannen over vedtaket om utestenging.

Ombudsmannen uttalte at bestemmelsen i bystyrereglementet, som gir adgang til å stenge ute en representant, har som formål at et møte i bystyret skal kunne gjennomføres i verdige og rolige former. Bestemmelsen kan imidlertid ikke benyttes som en sanksjon mot en ytring. Grunnloven § 100 setter klare grenser for adgangen til å sanksjonere ytringer. Utestengingen av vararepresentanten fremstod som en sanksjon og syntes å ha gått ut over bystyrets reglement.

En vararepresentant deltok i et bystyremøte. Under debatten etter fremleggelse av rapport fra ad-hoc utvalg for likestilling kom vararepresentanten med uttalelser om vold mot kvinner som provoserte mange av de andre representantene. Da han nektet å beklage uttalelsene, ble han stengt ute fra videre deltakelse i bystyremøtet.

Vararepresentanten brakte saken inn for ombudsmannen. Klagen til ombudsmannen gjaldt særlig spørsmålet om vedtaket om utestenging innebar et brudd på hans ytringsfrihet, og det ble funnet grunn til å ta denne delen av klagen opp med kommunen.

I brev herfra til kommunen v/ordføreren, ble det bedt om eventuelle kommentarer til det hendelsesforløpet som var beskrevet i møtereferatet og i en utskrift fra den lokale avisens nettside. Det ble videre stilt spørsmål om hva advarselen til vararepresentanten gikk ut på, om han rettet seg etter advarselen, og hvilket rettslig grunnlag utestengingen berodde på dersom han hadde rettet seg etter advarselen.

Det ble videre bedt om kommentarer til at vararepresentanten i følge møtereferatet ble bedt om å beklage sine uttalelser. Endelig ble det bedt om kommentarer til representantens anførsel om at behandlingen av ham innebar et brudd på hans ytringsfrihet, jf. Grunnloven § 100.

Kommunen ved ordføreren svarte bl.a.:

> «Når det gjelder hendelsesforløpet er dette relativt korrekt gjengitt i avisartikkelen. Representanten A ble klubbet under sitt innlegg. I første pause tok ordføreren opp hendelsen med gruppelederen for ... og informerte om at A ville få en advarsel. Ordføreren ba også i samme pause om et møte med alle gruppelederne, og det ble gitt tilslutning til at representanten skulle få mulighet til å beklage uttalelsen. Hvis han ikke var villig til dette ønsket alle gruppelederne, unntatt gruppelederen fra ..., at en skulle votere over bortvisning slik reglementet hjemler.
>
> Advarselen til representanten gikk ut på at denne type formuleringer opplevdes som krenkende. Det følger av bystyrets reglement § 8, 5. avsnitt at «Det må ikke sies noe som krenker forsamlingen, noen av medlemmene eller andre.» A rettet seg ikke etter advarselen, og ønsket ikke å trekke tilbake eller beklage sin uttalelse.
>
> Det ble da stemt over om representanten skulle utvises fra resten av møtet, og dette fikk tilslutning fra et flertall av representantene.
>
> Fra bystyrets flertall er bortvisningen ikke vurdert som et brudd på ytringsfriheten.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Klagen reiser spørsmål knyttet til hvilke rettigheter en har til å ytre seg under møter i kommunestyrer og bruken av sanksjoner mot ytringer.

Kristiansand bystyre har 27. april 1994 vedtatt reglement for bystyret. Etter reglementet § 8 må det «ikke sies noe som krenker forsamlingen, noen av medlemmene eller andre». For at møter i folkevalgte organer skal kunne gjennomføres på en saklig, konstruktiv og verdig måte, stilles det i reglement visse krav til representantenes ytringer under møtene. Reglementet må imidlertid forstås og anvendes i samsvar med prinsippene i Grunnloven § 100 om ytringsfrihet, og den som leder debatten i et bystyremøte må gjøre dette med Grunnloven § 100 og bystyrereglementet som rettesnor. Brudd på reglementet må kunne påtales i det en påtale må sees som en ytring fra ordstyrerens side. Det kan reises spørsmål om ytringer av den typen A kom med under bystyremøtet, burde ha vært imøtegått i et ordskifte. Vår rettsorden bygger i stor utstrekning på at kontroversielle meningsytringer bør møtes med motytringer. Da jeg ikke kjenner de nærmere konkrete omstendighetene i saken, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

I klagen hit er det særlig fremhevet at A»s ytringer ikke bare ble påtalt, men at han også ble utvist fra bystyremøtet på grunn av uttalelsene. Det fremgår av de dokumentene og de forklaringene som er fremlagt for meg at A ble stanset av ordføreren un-

der sitt innlegg. Etter det opplyste må jeg legge til grunn at A ikke fortsatte sitt innlegg om vold mot kvinner, men at han etter påtalen returnerte til plassen sin. Videre må jeg legge til grunn at vedtaket om å utvise representanten fra bystyremøtet skjedde etter samråd mellom ordføreren og gruppelederne. Slik saken er fremstilt, ble A først bedt om å beklage sine uttalelser, og da han ikke var villig til det, ble han stengt ute fra møtet. Kommunen har vist til reglementet § 8.

Reglement for Kristiansand bystyre § 8 femte ledd lyder slik:

> «Det må ikke sies noe som krenker forsamlingen, noen av medlemmene eller andre. Heller ikke er det lov å lage ståk eller uro som uttrykk for misnøye eller bifall. Overtrer noen reglementets ordensbestemmelser eller pålegg av møtelederen, skal møtelederen advare vedkommende. Retter hun eller han seg ikke etter dette, kan møtelederen ta fra vedkommende ordet eller ved avstemning la bystyret avgjøre om vedkommende skal stenges ute fra resten av møtet.»

Som nevnt ovenfor, må det legges til grunn at bestemmelsens formål er å sikre at bystyremøtene gjennomføres på en saklig og verdig måte, og uten uro. For å kunne oppnå dette, kan møtelederen advare, og eventuelt senere utestenge, en person som overtrer ordensreglementet. Innholdet i pålegget/advarselen må gå ut på at vedkommende skal slutte å uttale seg krenkende, eventuelt slutte å lage ståk eller uro. Et eventuelt senere vedtak om utestenging av vedkommende må derfor bygge på at advarselen har vist seg å være nytteløs, ved at vedkommende for eksempel fortsetter å uttale seg krenkende, eller at han fortsetter å forstyrre forsamlingen.

Dette synes ikke å ha vært tilfellet her. Slik jeg forstår ordførerens redegjørelse, var årsaken til utestengingen at A nektet å etterfølge et pålegg om å beklage uttalelsene sine. Det er ikke opplyst at han fortsatte å forstyrre forsamlingen ved at han fortsatte å uttale seg krenkende. Jeg kan imidlertid ikke se at møtelederen hadde hjemmel i bystyrereglementet til å gi A pålegg om å gå tilbake på de uttalelsene han hadde kommet med i bystyremøtet. De pålegg som omtales i reglementet må være begrenset til eventuelt å avbryte den krenkende ytringen. Utvisning av A synes i realiteten brukt som en sanksjon mot ham på grunn av ytringens innhold, og ikke på grunn av at han fortsatte å forstyrre møtet. Bystyrereglementet må forstås i lys av Grunnloven § 100, som setter klare grenser for adgangen til å begrense ytringsfriheten. Bruk av reaksjoner og sanksjoner mot ytringer må for øvrig sees i lys av reglene om ærekrenkelser, som det hører under rettsapparatet å ta stilling til.

Jeg finner etter dette at det ikke var i samsvar med bystyrets reglement å bruke utestenging som sanksjon mot de uttalelsene A kom med under møtet.»

Tilsetting i offentlige stillinger, offentlige tilsettingsforhold

15.

Utlysing av stilling som førsteamanuensis – tilsettingsmyndighet og krav til skriftlighet

(Sak 2005/1295)

Ombudsmannen påpekte at det ble begått en feil da dekanen selv foretok begge utlysingene, idet han ikke kunne anses å ha myndighet til det. Spørsmålet om å stanse tilsettingssaken ble behandlet av tilsettingsutvalget, og ikke av dekanen alene. Det ble imidlertid ikke nedtegnet noe skriftlig om dette, bortsett fra en knapp passus i protokollen som var egnet til å misforstås. Ombudsmannen påpekte også dette som en mangel.

Våren 2004 ble det lyst ut blant annet ledig stilling som førsteamanuensis ved Universitetet i Oslo. A søkte på stillingen. Det ble nedsatt en sakkyndig komité som avga en faglig bedømmelse hvor A var rangert som nummer én. De tre best rangerte søkerne ble deretter innkalt til intervju med en intervjugruppe. Gruppen fant alle søkerne godt egnet for stillingen, men rangerte etter en samlet vurdering A som best kvalifisert. Styret ved instituttet sluttet seg enstemmig til intervjugruppens rangering og innstilte A som nummer én. I et notat til Tilsettingsutvalget for vitenskapelige stillinger (TUV) vurderte dekanen det slik at bare en av de innstilte søkerne oppfylte kravene i utlysingsteksten, og foreslo dermed at bare B ble innstilt til stillingen. Av protokollen fra møtet i TUV fremgår det at dekanen trakk saken fra behandling. Stillingen ble senere lyst ut på nytt av dekanen.

Forskerforbundet brakte saken inn for ombudsmannen på vegne av A. Det ble for det første anført at det var en saksbehandlingsfeil at dekanen trakk saken fra behandling uten at spørsmålet ble behandlet i tilsettingsutvalget. Det ble for det andre anført at det var en saksbehandlingsfeil at utlysingsteksten ikke hadde vært oppe til behandling i kollegiale organer. Det ble endelig anført at vilkårene for å lyse ut stillingen på nytt ikke forelå, og at dette kunne innebære et brudd på kvalifikasjonsprinsippet.

Sakens dokumenter ble herfra bedt oversendt fra universitetet ved fakultetet. I fakultetets oversendelsesbrev ble det opplyst at saken ble trukket fra møtet i TUV på bakgrunn av uenighet om hvorvidt de innstiltes kvalifikasjoner var i samsvar med kravene i kunngjøringsteksten. Det ble videre opplyst at det ikke ble truffet noe vedtak om tilsetting, og at stillingen ble kunngjort på nytt hvor kvalifikasjonskravene var «noe spisset». Det ble videre opplyst at godkjenning av kunngjøringer foretas av dekanen et-

ter fullmakt, og at det dermed ikke forelå noen dokumenter i forbindelse med beslutningen om å kunngjøre stillingen på nytt, «ut over instituttets forslag til kunngjøringstekst, den endelige versjonen godkjent av dekanen, samt fakultetets redegjørelser til Forskerforbundet».

Klagen ble herfra tatt opp med Universitetet i Oslo, Universitetsdirektøren. Det ble bedt om universitetets kommentarer til anførslene fra Forskerforbundet om at dekanens avgjørelse om å trekke saken fra behandling og å kunngjøre stillingen på nytt innebar saksbehandlingsfeil. Det ble videre bedt om kommentarer til anførslene om at vilkårene for å kunngjøre stillingen på nytt ikke var oppfylt. Det ble vist til opplysningene i fakultetets oversendelsesbrev hit om at godkjenning av kunngjøringer foretas av dekanen etter fullmakt, og bedt om en nærmere redegjørelse for det rettslige grunnlaget for en slik delegasjon. Videre ble det vist til at det ut fra sakens dokumenter ikke kunne sees at verken den sakkyndige komité eller innstillingsmyndigheten hadde uttrykt tvil om de innstiltes kvalifikasjoner. Det ble i den forbindelse bedt om en nærmere redegjørelse for grunnlaget og bakgrunnen for uenigheten i TUV. Til slutt ble universitetet spurt om den sakkyndige komité var kontaktet med henblikk på en avklaring av de innstiltes kvalifikasjoner i forhold til kravene stilt i kunngjøringsteksten og grunnlaget for komiteens vurderinger. Universitetet ble bedt eventuelt om å redegjøre for årsaken til at dette ikke var gjort.

I universitetets svar ble det opplyst at tilsettingsorganet ved fakultetet i utgangspunktet er fakultetsstyret, men at denne kompetansen er delegert til fakultetets tilsettingsutvalg for vitenskapelige stillinger (TUV), jf. Normalregler for fakulteter § 8. Universitetet medga at det kunne «diskuteres i hvilken grad denne kompetanse – som også inkluderer kompetanse til å foreta kunngjøring – kan videredelegeres». Det het videre:

> «Universitetsdirektøren er imidlertid av den oppfatning at slik situasjonen var her – med behov for omfattende utlysninger og samordning mellom de forskjellige fagmiljøer – var mest hensiktsmessig at dekanen ved fakultetet fikk fullmakt til å foreta kunngjøring.»

Universitetet opplyste deretter:

> «Under dekanens forberedelse av saken for Fakultetets tilsettingsutvalg ... (TUV) ble det avdekket at de sakkyndige i sin vurdering hadde lagt andre kriterier til grunn enn det som hadde vært intensjonen med stillingen. I stedet for å vurdere søkernes kompetanse i forhold til ... foretok komiteen en mer generell vurdering av søkernes tekstvitenskapelige kvalifikasjoner.»

Det ble videre opplyst at dekanen hadde vurdert det slik at B, som av de sakkyndige var rangert som nummer tre, var den eneste av de rangerte søkerne som hadde «førstekompetanse» innen fagområdet. Dekanen formidlet denne vurderingen og uklarheten mellom sakkyndig komités og innstillende myndighets vurdering og intensjonen med stillingen til TUV, som sluttet seg til dekanens oppfatning. Universitetet opplyste videre:

> «Ved uklarhet rundt de sakkyndiges og innstillende organs vurderinger, vil normal praksis være at saken sendes tilbake til de sakkyndige/innstillende organ. Tatt i betraktning at kunngjøringsteksten hadde gitt rom for feiltolkning, både fra den sakkyndige komité og senere instituttstyret, var det grunn til å konkludere med at kunngjøringsteksten ikke hadde vært klart nok formulert mht. hvilke kompetanse man etterspurte. TUV fant på dette grunnlag ikke å kunne foreta tilsetting i stilling. Dette ble imidlertid ikke formulert som et formelt vedtak. Det var dermed en klar forutsetning for tilsetting i stillingen at det ble foretatt en ny kunngjøring, med endret kunngjøringstekst. Saken ble således ikke trukket fra behandling av dekan før møtet, slik Forskerforbundet hevder i sitt brev ...
>
> Som tidligere nevnt var fullmakten til å kunngjøre disse stillingene delegert fra fakultetsstyret til dekanen. På bakgrunn av diskusjonen i TUV, ble den nye kunngjøringen derfor endelig godkjent av dekanen. For at det skulle gå klart frem for potensielle søkere og de sakkyndige hvilken kompetanse man etterspurte ble det nå presisert i kunngjøringen at: *den som tilsettes, må kunne dokumentere vitenskapelige kvalifikasjoner* ... Søkerne ble varslet om at stillingen var kunngjort på nytt slik at de eventuelt kunne opprettholde sin søknad.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Saken reiser i hovedsak tre rettslige spørsmål. For det første er det spørsmål om det ble begått saksbehandlingsfeil da det i forbindelse med TUVs møte ble besluttet ikke å tilsette noen av søkerne i stillingen. Det andre spørsmålet er om det var adgang til å kunngjøre stillingen på nytt. Det tredje spørsmålet er om dekanen hadde kompetanse til å kunngjøre stillingene som førsteamanuensis.

Universitetsloven 1. april 2005 nr. 15 trådte i kraft 1. august 2005. Saken her faller imidlertid inn under den tidligere universitetsloven av 12. mai 1995 nr. 22.

1. Beslutningen om å trekke saken fra møtet

Forskerforbundet har i klagen anført at TUV i møtet ikke traff vedtak om ikke å tilsette. Det er i denne sammenheng vist til at dekanen trakk saken fra behandling. Forskerforbundet mener at dette strider mot universitetsloven 12. mai 1995 nr. 22 § 30 nr. 1. Universitetet på sin side har erkjent at det ikke ble truffet noe «formelt vedtak», men fremholder at saken ble behandlet av utvalget og ikke ble trukket fra behandling av dekan før møtet.

Det følger av universitetsloven § 30 nr. 1 at det er tilsettingsmyndigheten som skal foreta tilsetting i

undervisnings- og forskningsstillinger. Som fremholdt av Forskerforbundet, er det lagt til grunn at også en avgjørelse om *ikke* å tilsette må treffes av tilsettingsmyndigheten. Protokollen fra tilsettingsutvalgets møte er kortfattet. Det eneste som er protokollert om behandlingen, er at «[d]ekanen trakk saken fra behandling». Formuleringen kan gi inntrykk av at saken i sin helhet ble unntatt fra behandling i rådet. Universitetet har imidlertid korrigert dette inntrykket i brevene hit og beskrevet uenigheten i TUV og hva som skjedde på møtet 15. desember 2004. Alt i alt har jeg ikke grunn til å betvile det universitetet har fremholdt i denne sammenheng, og må således legge til grunn at TUV behandlet saken.

Det er grunn til å understreke at det er uheldig at formuleringen i møteprotokollen ga inntrykk av at dekanen selv besluttet at tilsetting ikke skulle foretas, og at saken ikke ble drøftet i TUV. En slik behandling ville vært i strid med universitetsloven § 30 nr. 1. Universitetet har ikke oversendt referat eller lignende fra møtet. Jeg legger derfor til grunn at det ikke foreligger noen dokumentasjon på de vurderinger som ble foretatt av TUV utover notatet fra dekanen og etterfølgende korrespondanse mellom universitetet og Forskerforbundet.

I saken var det tale om å stanse en tilsettingsprosess hvor både den sakkyndige komité og innstillingsmyndigheten var kommet til at det var tre kvalifiserte søkere. Begge instansene hadde videre rangert samme søker på førsteplass. I en slik situasjon taler ikke minst hensynet til notoritet og søkernes tillit til behandlingsprosessen for at behandlingen i rådet og grunnlaget for beslutningen om stansing skulle vært nedtegnet skriftlig.

2. Utlysingene

2.1 Vilkår for å foreta ny utlysing

Etter universitetsloven § 30 nr. 4 første punktum skal tilsetting skje «på grunnlag av» innstilling. Innstillingen skal igjen skje «ut fra sakkyndig bedømmelse etter den stillingsbeskrivelse som er gitt i utlysing og betenkning». I saken her er det reist spørsmål om hvorvidt TUV hadde anledning til å unnlate å foreta tilsetting på tross av at både den sakkyndige komité og innstillingsmyndigheten hadde funnet at tre av søkerne var kvalifiserte for stillingen.

I Ot.prp. nr. 85 (1993–94) s. 60 heter det:

> «Det er alminnelig antatt at de sakkyndiges avgjørelser mht. om en søker har den fastsatte kompetanse for en stilling ikke kan overprøves av innstillings- eller tilsettingsmyndighet. Dette følger naturlig av at de sakkyndige komiteer bør sammensettes med den fremste ekspertise på vedkommende fagområde.»

Til grunn for ordningen med en bedømmelseskomité og deretter en innstillende myndighet og tilsettingsorgan, ligger prinsippet om at komiteen er særlig kvalifisert til å vurdere søkerne opp mot faglige kriterier i utlysingsteksten og stillingsbeskrivelsen. Dette må gjelde både i forhold til de formelle kvalifikasjonskravene som er oppstilt, og i forhold til søkernes faglige kvalifikasjoner for øvrig, sett i lys av stillingens nærmere innhold. Tilsettingsorganets virkemiddel dersom den vil fravike den sakkyndige komiteen vil, som universitetet også har påpekt hit, normalt være å sende saken tilbake til de sakkyndige. Dersom tilsettingsorganet i all hovedsak finner å kunne bygge på de sakkyndige vurderinger, men hvor tilsettingsorganet ikke er enig i den bedømmelsesnormen som er anvendt eller den vektlegging av ulike kvalifikasjoner som bedømmelsen er basert på, kan tilsettingsorganet være berettiget til å komme til en annen konklusjon uten ny komitébehandling, se Bernt, Universitetsloven med kommentarer, s. 113.

I Personalreglement for Universitetet i Oslo kapittel 2 § 3 er det gitt regler om fornyet kunngjøring. Bestemmelsens første ledd lyder:

> «Dersom innstillings- eller tilsettingsorganet ønsker å fravike kvalifikasjonskravene i kunngjøringen og stillingsbeskrivelsen eller det foreligger reelle feil i kunngjøringen, skal stillingen normalt kunngjøres på nytt.»

Som det fremgår, regulerer bestemmelsen en annen situasjon enn tilfellene som er beskrevet ovenfor, der tilsettingsorganet vil tilsette på tvers av den sakkyndige bedømmelseskomiteens vurdering. Fornyet kunngjøring innebærer at man får en ny tilsettingsprosess med eventuell ny sakkyndig bedømmelse og innstilling. Bestemmelsen er derfor ikke i strid med universitetsloven § 30 nr. 4.

Forskerforbundet har stilt spørsmål om vilkårene i Personalreglementet kapittel 2 § 3 første ledd var oppfylt. Blant annet har forbundet anført at TUV ikke ønsket å fravike kvalifikasjonskravene, men snarere innskrenke disse. På bakgrunn av universitetets redegjørelse må det legges til grunn at kunngjøringsteksten etter TUVs oppfatning ikke hadde vært klart nok formulert i forhold til intensjonen med stillingen. Det at utlysingsteksten ble «spisset», slik universitetet har formulert det, må innebære at det ble foretatt endringer i teksten. Slik sett forelå det et ønske om å fravike de kvalifikasjonskravene som var stilt i den opprinnelige utlysingen. Jeg har derfor ikke funnet grunnlag for at det kan reises rettslige innvendinger mot at TUV besluttet å lyse ut stillingen på nytt uten å sende saken tilbake til sakkyndig komité for ny behandling.

2.2 Myndighet til å foreta utlysingene

Slik saken er opplyst, legger jeg til grunn at begge utlysingene ble foretatt av dekanen etter forslag fra instituttet. Dette innebærer at utlysingstekstene ble godkjent av dekanen.

I medhold av universitetsloven § 30 nr. 1 skal tilsetting i forsknings- og undervisningsstillinger foretas av styret. Universitetsloven § 30 nr. 1 åpner

imidlertid for at tilsetting i slike stillinger, etter styrets beslutning, kan foretas av «underordnet organ eller ett eller flere tilsettingsutvalg». Denne delegasjonsadgangen er benyttet (jf. nedenfor), og ifølge Normalregler for fakulteter, vedtatt av Universitetsstyret 8. september 2003, § 2.1 er tilsettingsmyndigheten på fakultetsplan lagt til fakultetsstyret. Fakultetsstyret kan i medhold av normalreglene § 8 delegere tilsettingskompetansen videre til et tilsettingsutvalg, og denne adgangen er benyttet ved fakultetet. Etter normalreglene § 8 kan for øvrig myndigheten til å innstille delegeres til dekan.

Universitetet i Oslo har egne regler for tilsettinger i førsteamanuensisstillinger, jf. Regler om framgangsmåten ved tilsetting i førsteamanuensisstillinger ved Universitetet i Oslo, gitt 27. november 1990 med senere endringer. Reglene gjaldt både ved første- og annengangs utlysing i herværende sak. Det fremgår av disse reglene § 11 at tilsettinger i førsteamanuensisstillinger skal foretas av «fakultetsstyret eller et innstillings- og tilsettingsorgan på fakultetsnivå som har tilsettingsmyndighet for førsteamanuensisstillinger». Det fremgår videre av samme bestemmelse at dekanen «etter godkjenning i innstillingsorganet [kan] foreta tilsetting i førsteamanuensisstilling med varighet mindre enn ett år».

Myndigheten til å lyse ut undervisnings- og forskerstillinger er tillagt tilsettingsmyndigheten, jf. universitetsloven § 30 nr. 3. Det følger også av reglene for tilsetting i førsteamanuensisstillinger § 2 at slike stillinger skal «kunngjøres av tilsettingsorganet selv». Formålet med utlysingen er i forarbeidene Ot.prp. nr. 85 (1993–94) s. 60 flg. uttrykt slik:

> «Utlysingen og særlig utformingen av stillingsbeskrivelse og kompetansekrav er et svært viktig ledd ved tilsetting i undervisnings- og forskerstillinger. Utlysingstidspunkt og søknads- og innleveringsfrist vil kunne være avgjørende for hvem som vil eller kan søke på stillingen, bl.a. fordi det ikke sjelden er slik at noen av de potensielle søkerne er i en kvalifiseringsfase. Og stillingsbeskrivelsen og kompetansekravene vil i betydelig grad styre ikke bare hvem som kan søke, men også rangeringen av søkerne ved den påfølgende bedømmelse».

I forhold til hvilket organ som skal stå for utlysingen, heter det samme sted:

> «Departementet mener det er viktig at ett og samme organ har ansvaret både for utlysing og tilsetting i ledige stillinger. Ved tilsetting i ledige stillinger er det flere forhold som må vurderes. Det må være budsjettmessig grunnlag for at stillingen kan besettes på ny. Omgjøring av stillingen kan være aktuelt om det er større behov på et annet fagfelt. Når utlysingstekst og betenkning skal utformes må en se hen til hvilke utdannings- og forskningsprogrammer som er vedtatt eller planlagt, og sørge for at personalet totalt sett er optimalt sammensatt for å ivareta de oppgaver som skal utføres. Samtidig må en sørge for en betryggende saksbehandling hvor alle lover og regler på dette området blir fulgt.»

Det må etter dette legges til grunn at verken universitetslovens bestemmelser eller universitetets tilsettingsregler ga dekanen myndighet til å foreta utlysingen alene. Spørsmålet er da om det var adgang til å delegere utlysingskompetansen til dekanen, og i tilfelle om adgangen var benyttet.

I fakultetsstyrets avgjørelse fikk dekanen «fullmakt til å fordele 12 mill. kroner til nye faste vitenskapelige årsverk for å styrke undervisning og veiledning ved oppfølging av kvalitetsreformen». Universitetet har opplyst hit at dette vedtaket innebar at «dekanen fikk fullmakt til å avgjøre hvilke fagområder som skulle styrkes». Det er naturlig å forstå dette slik at universitetet mener at vedtaket også innebar at dekanen ble gitt kompetanse til å foreta utlysing. Universitetet skriver imidlertid samtidig at det «kan diskuteres» i hvilken grad kompetansen kan videredelegeres. Det avgjørende for universitetet synes å ha vært praktiske hensyn. Det var «behov for omfattende utlysinger og samordning mellom de forskjellige fagmiljøer», og derfor mest «hensiktsmessig at dekanen ved fakultetet fikk fullmakt til å foreta kunngjøring».

Spørsmålet om å gi dekanen myndighet til å lyse ut undervisnings- og forskerstillinger er ikke regulert i dagens regelverk, og som universitetet selv erkjenner, fremstår det som usikkert om det i det hele tatt eksisterer en slik adgang. Samtidig viser saken her at universitetet føler behov for å kunne delegere i gitte situasjoner. Det er viktig at kompetanseregler utformes presist, slik at det ikke oppstår tvil om at de avgjørelser som blir fattet, er truffet av et organ som har myndighet til det. Uklarheten med hensyn til delegasjonsadgangen fremstår som uheldig og bør ryddes av veien, fortrinnsvis ved at regleverket blir gjennomgått og eventuelt endret.

Utover denne påpekningen gir ikke saken her grunn til å gå nærmere inn på delegasjonsadgangen generelt. Uansett må det kreves at myndighetstildelingen skjer på en tilstrekkelig klar måte, og det er vanskelig å se at en slik tildeling har skjedd i saken her. Det forhold at dekanen ble gitt ansvaret for å avgjøre hvilke fagområder ved fakultetet som skulle styrkes, og skulle stå for samordningen mellom de ulike fagområdene ved fakultetet, innebærer ikke automatisk at dekanen også skulle foreta den konkrete utlysingen av stillingene ved de ulike grunnenhetene. Dersom det var meningen å legge denne myndigheten til dekanen, burde dette kommet uttrykkelig til uttrykk gjennom en avgjørelse fra fakultetsstyret, jf. universitetsloven § 30 nr. 1, jf. nr. 3. Avgjørelsen kan etter min oppfatning ikke forstås slik at fakultetsstyret delegerte utlysingskompetansen til dekan.

Jeg har etter dette kommet til at dekanen ikke hadde myndighet til alene å foreta utlysingene av stillingen som førsteamanuensis.

3. Konklusjon

Jeg har påpekt feil ved saksbehandlingen på to punkter. Det første gjelder manglende skriftlighet i forbindelse med møtet i TUV. Det andre punktet gjelder den omstendighet at dekanen foretok utlysingene i stillingen alene.

Jeg forstår det slik at det nå er foretatt tilsetting i stillingen som førsteamanuensis. Dette tilsettingsvedtaket har ikke vært tema for undersøkelsen av saken her, og jeg har etter omstendighetene ikke funnet grunn til å be universitetet behandle saken på nytt, på tross av de saksbehandlingsfeil som er begått. Det er imidlertid ønskelig å få tilbakemelding om hva som blir gjort med hensyn til å avklare spørsmålet om delegasjon til dekan.»

16.

Krava i tilsetjingsprosessen – tilsetjing av fleire lærarar

(Sak 2005/2162)

Kommunen hadde hatt ein munnleg tilsetjingsprosess der lite var nedteikna skriftleg, noko som gjorde det uråd for ombodsmannen i ettertid å kontrollera tilsetjingane. Ombodsmannen uttalte at kommunen må laga rutinar for tilsetjingsprosessen som sikrar at dei enkelte stega i prosessen vert dokumenterte skriftleg. Vidare vart kommunen beden om igjen å vurdera og gje A innsyn i faktiske opplysningar i eit internt arbeidsdokument ein tidlegare arbeidsgjevar hadde skrive.

På bakgrunn av fråsegna skjerpa kommunen sakshandsamingsrutinane i tilsetjingssaker og gav klagaren innsyn i store delar av det interne arbeidsdokumentet.

X kommune lyste våren 2005 ut ledige stillingar i skule, barnehage, kulturskule og SFO. A sette opp ei prioriteringsliste over skulane ho ønskte å jobba på og søkte på undervisningsstillingane.

A vart ikkje tilsett. A meinte ho var forbigått og på vegner av henne tok Utdanningsforbundet opp saka med kommunen og klaga deretter saka inn for ombodsmannen. Utdanningsforbundet viste i klagen til kvalifikasjonsprinsippet og stilte spørsmål ved at fleire med kortare tenestetid enn A, var tilsette ved dei skulane A hadde ønskt seg til.

Det vart funne grunn til å undersøkja saka nærare og ombodsmannen bad kommunen om å gjera greie for den samanliknande kvalifikasjonsvurderinga av A og dei som vart tilsette i stillingane ved Y og Z skule. Vidare spurde ein kva faglege og personlege moment det var lagt vekt på i vurderinga og om desse var skrivne ned. Det vart også stilt spørsmål om kommunen hadde kalla søkjarane inn til intervju og/eller innhenta referansar, og eventuelt om kommunen hadde skrive referat frå dette. Kommunen vart også spurt om den hadde utarbeidd innstilling.

Til spørsmålet om innstillingar viste kommunen til det som var skrive i tidlegare brev til Utdanningsforbundet. Kommunen summerte opp prosessen slik:

> «Tilsetjingane har blitt gjort i ein prosess frå ei vurdering av behov ved den enkelte skule, felles drøfting av fordeling av søkjarar på dei ulike skulane, intervju og til slutt tilsetjing. I ovafor nemnde brev vert det gjort greie for at dette i hovudsak har vore ein munnleg prosess. Det ligg difor ikkje føre innstillingsskriv frå kvar enkelt skule.
>
> I tillegg til det som tidlegare er sendt inn for å dokumentera prosessen – t.d. diverse møtereferat frå møte med leiarane i etaten – vert det no ettersendt skriv frå skulane om korleis dei har diskutert med lokal tillitsvalde i prosessen.»

Vidare opplyste kommunen:

> «Vurderingane har bygt på søkjarliste, intervju, intern referanse – dei som har vore tilsette i skulen i X har blitt vurdert av dei leiarane som har hatt dei tilsett, ekstern referanse – innhenting av referanse frå eksternt hald for personar som me ikkje har eigen erfaring med.»

Til slutt i brevet skreiv kommunen:

> «A var tilsett i eit vikariat ved X ungdomsskule skuleåret 2003/4. Skulen har difor fyrstehands kjennskap til å kunna vurdera henne som lærar.
> ...
>
> Etter ei samla vurdering både når det gjeld kompetanse og personlege eigenskapar, valde ein ikkje å tilsetja A korkje 2004/5 eller 2005/6. Vurdering av personlege eigenskapar var i fjor vår gjort gjennom samtale mellom rektor og etatsjef på grunnlag av skulen sine erfaringar med vedkomande. Rektor har laga eit notat som oppsummerer hovudpunkt i vurderingane frå skulen – vedlegg 9. Det som kjem fram i desse vurderingane har sjølvsagt også blitt lagt til grunn når A heller ikkje nådde opp ved tilsetjing på Y skule.»

Utdanningsforbundet kom med merknader til sakshandsamingsprosessen, og uttalte mellom anna at det var uklart kven som formelt innstiller til dei aktuelle stillingane. Når innstillingane heller ikkje vart nedteikna skriftleg ville det vera vanskeleg for ein søkjar å gjera seg kjent med og eventuelt gå til åtak på innstillingane. Utdanningsforbundet peika og på at kva personlege eigenskapar A måtte mangla, ikkje var kome fram på ein slik måte at ho hadde høve til å gå i mot påstanden.

A hadde merknader til det kommunen hadde uttalt om kvalifikasjonsvurderinga. Kommunen heldt fast ved at tilsetjingane var gjort ut frå ei samanliknande og heilskapleg vurdering av søkjarane med utgangspunkt i utlysingsteksten.

I førebuinga av saka har det òg vore spørsmål om kommunen ville gje klagaren innsyn i vedlegg 9, der

rektor ved X ungdomsskule vurderer A sine personlege eigenskapar. Ombodsmannen bad kommunen vurdera om klagaren hadde rett til innsyn i faktiske opplysningar i dokumentet, jf. forskrift om partsoffentlighet i saker om tilsetting i den offentlige forvaltning 21. november 1980 nr. 13 (partsoffentlighetsforskriften). Kommunen gav deretter klagaren innsyn i delar av vedlegg 9.

Ved avslutninga av saka uttalte ombodsmannen:

«1. Tilsetjingsprosessen

a. Generelle krav til sakshandsaminga – krav til ein skriftleg prosess

Målet i ei tilsetjingssak er å finna fram til den søkjaren som etter ei samla vurdering er best kvalifisert for stillinga. Det ulovfesta kvalifikasjonsprinsippet er for undervisningspersonell også uttrykt i opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 10–5. Utgangspunktet for vurderinga er kvalifikasjonskrava i utlysingsteksten og eventuelle lov- og avtalefesta krav. Vidare vil utdanning, praksis og personlege eigenskapar stå sentralt. Hovudomsynet bak kvalifikasjonsprinsippet er å sikra at forvaltninga rekrutterer personar med best mogleg kompetanse i høve til dei oppgåvene som skal gjerast. Avgjerda må dessutan skje på ein måte som sikrar lik handsaming og som hindrar at tilsetjingsorganet tek utanforliggjande omsyn. Ei forsvarleg sakshandsaming er ein føresetnad for at tilsetjingsvedtaket vert riktig. Ein ryddig sakshandsamingsprosess er også viktig for at borgarane skal ha tillit til at det ikkje er teke utanforliggjande omsyn ved tilsetjinga.

Tilsetjing i offentleg stilling er eit enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 andre ledd fyrste punktum. Sakshandsamingsreglane i forvaltningsloven vil såleis gjelda for tilsetjingssaker, men med dei unntaka som går fram av forvaltningsloven § 3.

Etter forvaltningsloven § 3 gjeld ikkje grunngjevingsplikta og det er heller ikkje klagerett på tilsetjingsvedtak. Tilsetjingsorganet har såleis ikkje plikt til å grunngje tilsetjinga for omverda. Tilsetjingsorganet vil likevel ha ei plikt til å sjå til at tilsetjinga er tufta på saklege omsyn. Om naudsynt må organet kunna opplysa kva det er lagt vekt på, til dømes dersom ombodsmannen ber om ei nærare grunngjeving.

Omsynet til god forvaltingsskikk krev at hovudpunkta i sakshandsamingsprosessen vert dokumenterte skriftleg. Dette er m.a. naudsynt for at ein i ettertid skal kunna dokumentera og kontrollera både det faktiske grunnlaget for avgjerda og vurderingane som er gjort. Eit skriftleg grunnlag er også naudsynt for at ein skal kunna kontrollera at avgjerda ikkje byggjer på utanforliggjande eller usakelige omsyn. Dersom sakshandsaminga ikkje er skriftleg kan det dessutan føra til at tilliten til avgjerda vert svekka.

b. Kartlegging av behovet for kompetanse

Denne saka gjeld tilsetjing av ei rekkje lærarar ved fleire skular i X kommune for skuleåret 2005/2006. Kommunen har opplyst at tilsetjingane vart gjort etter ein i hovudsak munnleg prosess. Kommunen har vist til at det i tilsetjingsprosessen var eit tett samarbeid mellom rektorane og etatsleiinga, der ein må gå ut i frå at skulane har kome med ønskje i høve til kva kompetanse dei trong. Det finst likevel ikkje dokument som kan visa kva kompetanse dei ulike skulene hadde behov for i skuleåret 2005/2006. Ønskja som er uttrykt frå dei ulike skulane gjeld i all hovudsak kva konkrete personar skulane ønskte å tilsetja, ikkje kva fagkompetanse dei trong. Når kompetansebehova ikkje er nedteikna, er det uråd i ettertid å kontrollera søkjarane sine kvalifikasjonar i høve til den enkelte skule sine behov. Det er òg uråd å vurdera søkjarane sine kvalifikasjonar mot ein annan.

c. Nedteikning av opplysningar frå intervju og referansesamtalar

Søkjarane til undervisningsstillingane i X kommune var dels tilsette i kommunen, dels kom dei utanfrå. Kommunen har opplyst at søkjarane dels vart vurderte gjennom intervju, dels gjennom innhenting av eksterne referansar. Det er likevel ikkje opplyst om kommunen nedteikna opplysningar frå referansesamtalane og intervjua. Slik saka er opplyst her, ser det heller ikkje ut som X kommune har skrive ned vurderingane dei gjorde av søkjarane som tidlegare hadde vore tilsette i X kommune.

Som nemnd gjer omsynet til god forvaltningsskikk og høvet til i ettertid å kontrollera kva som vart sagt og gjort, at slike opplysningar bør skrivast ned. Plikta til å skriva ned opplysningar som parten gjev sjølv, går fram av forvaltningsloven § 11 d andre ledd. Nedteikningsplikta gjeld likevel i all hovudsak også om opplysningane kjem frå andre enn parten. Dersom det under saksførebuinga kjem fram opplysningar som har verknad for saka, skal parten, dersom han har rett til å sjå opplysningane, få høve til å uttala seg om desse, jf. forvaltningsloven § 17 andre ledd. Denne retten for parten gjev såleis indirekte forvaltninga ei plikt til å skriva ned opplysningane. At opplysningane vert skrive ned er også ein føresetnad for å kunna gje innsyn etter partsoffentlighetsforskriften.

d. Innstilling til stillingane

Kommunen opplyste hit at det ikkje ligg føre innstillingsskriv frå kvar enkelt skule. Samstundes skreiv kommunen i det tidlegare nemnde brevet til Utdanningsforbundet at:

> «På bakgrunn av dei drøftingar som har vore med rektorane både individuelt og samla, drøftingar mellom arbeidsgjevarsida og organisasjonen, intervju og referanseinnhenting – er det gjort innstilling og vedtak i tilsetjingsrådet.»

Vedlegg 6, 7 og 8 til brevet 24. februar 2006 frå X kommune inneheld administrasjonssjefen sitt framlegg til vedtak og tilsetjingsvedtak for Y skule og X ungdomsskule. Eg legg til grunn at administrasjonssjefens sitt framlegg til vedtak må reknast som ei slags innstilling.

Det går ikkje fram om innstillinga vart gjort kjent for organisasjonane eller søkjarane på førehand. Som det er hevda frå Utdanningsforbundet, gjer dette det vanskeleg å gå til åtak på innstillinga om ein skulle vera ueinig.

Til stillinga ved Y skule vart det i tillegg til den som fekk stillinga føreslått ein vara, og såleis innstilt to personar. Til stillingane ved X ungdomsskule vart det berre innstilt ein person til kvar av dei ledige stillingane. Når det berre vert innstilt ein person til kvar stilling, går det ikkje fram kven andre som var kvalifiserte og aktuelle til stillingane. Vidare vil det vera uklart kven som skal få tilbod om stillinga om den innstilte takkar nei.

At det i denne saka heller ikkje vart laga innstilling, gjer at det ikkje ligg føre noko dokumentasjon frå vurderingane i tilsetjingsprosessen, før endeleg tilsetjingsvedtak. Som nemnt over, gjer dette det uråd for meg å kontrollera vedtaka.

e. Oppsummering

Samla sett verkar tilsetjingsprosessen i X kommune uoversiktleg og er mangelfullt dokumentert. På grunn av denne mangelfulle dokumentasjonen er det svært vanskeleg i ettertid å orientera seg i prosessen og kontrollera om den best kvalifiserte vart tilsett. Det er òg vanskeleg å få tillit til at prosessen har gått føre seg på ein forsvarleg måte. Ved denne typen «massetilsetjingar», er det særleg viktig at prosessen er ryddig, både for at ein i ettertid skal kunna kontrollera avgjerdene og for at utanforståande skal ha tillit til prosessen.

Eg ber kommunen om å merkja seg innvendingane eg har til tilsetjingsprosessen. Kommunen bør utarbeida rutinar for tilsetjingsprosessen som sikrar at dei enkelte stega i prosessen vert dokumenterte skriftleg. Kommunen må også sikra at dei sakshandsamingsreglane som mellom anna følgjer av partsoffentlighetsforskriften vert følgde. Eg ber om å bli orientert om resultatet av dette arbeidet.

2. Rett til innsyn i faktiske opplysningar

Rektor ved X ungdomsskule har i eit internt arbeidsdokument, etter førespurnad frå kommunen, festa på papir dei vurderingane som låg til grunn for at A ikkje fekk jobb ved ungdomsskulen skuleåret 2005/06. X kommune har vist til at dokumentet i det vesentlege inneheld vurderingar som A ikkje har rett til å gjera seg kjent med. A har difor berre fått innsyn i ein del av dokumentet.

Tilsetjingsorganet har etter forvaltningsloven § 17 fyrste ledd ei sjølvstendig plikt til å sjå til at saka er så godt opplyst som mogleg før dei tilset. Får eit forvaltningsorgan under saksførebuinga opplysningar om ein part og parten etter forvaltningsloven § 18, jf. § 19 har rett til å gjera seg kjent med desse, skal opplysningane leggjast fram for parten til uttale, jf. forvaltningsloven § 17 andre ledd.

Plikta til å leggja fram opplysningar gjeld også i tilsetjingssaker. I partsoffentlighetsforskriften § 3 er det likevel gjort enkelte unntak frå hovudregelen. Utgangspunktet er at søkjaren har rett til å gjera seg kjent med dei delar av dokumentet som inneheld opplysningar (faktiske opplysningar og vurderingar) om parten sjølv. Etter § 3 bokstav b gjeld dette likevel ikkje vurderingar som er gjort av «partens nåværende eller tidligere arbeidsgiver eller overordnet eller noen som har handlet på vegne av disse». Denne sondringa mellom faktiske opplysningar og vurderingar er den same som i forvaltningsloven § 18. Grensa er nærare omtalt i Ot. prp. nr. 3 (1976–77) side 79:

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

Vurderingane av A som kjem fram under punkt 2, 3 og 4 i vedlegg 9, byggjer på konkrete hendingar. I lys av merknadene i dei siterte forarbeida, meiner eg A har rett til å gjera seg kjent med store delar av det interne arbeidsdokumentet. Eg ber difor kommunen om å vurdera innsynsspørsmålet på nytt og om at eg vert orientert om resultatet av den nye handsaminga.

3. Kvalifikasjonsvurderinga

Som det går fram under punkt 1, er målet i ei tilsetjingssak å finna fram til den søkjaren som er best kvalifisert for stillinga.

A var formelt kvalifisert for stilling som lærar. Spørsmålet om ein søkjar er personleg skikka for stillinga må tuftast på bevismessige tilhøve og skjønsvise vurderingar som ombodsmannen i ettertid ikkje kan prøva. Som det går fram ovafor, meiner eg at tilsetjingane burde vore nærare grunngjevne og dokumenterte. Vidare skulle A vorte gjort kjent med faktiske opplysningar i det interne arbeidsnotatet og fått høve til å gå i mot desse. Når A ikkje fekk høve til dette og eg heller ikkje har dokumentasjon frå tilsetjingsprosessen, er det uklart om det har vore lagt vekt på utanforliggjande eller usaklege omsyn ved tilsetjingane.»

Kommunen opplyste i brev at den la stor vekt på å betra prosessane for tilsetjingane og at kommunen

var takksam for innspela ombodsmannen hadde kome med. Vidare orienterte kommunen om kva som var gjort for å skjerpa inn sakshandsamingsrutinane i tilsetjingssaker. Det gjekk fram at kommunen hadde vurdert klagaren sin rett til innsyn på nytt og no ville gje innsyn i store delar av det interne arbeidsdokumentet.

17.

Rutiner for oppbevaring av søknader til ledige stillinger

(Sak 2005/2097)

I en tilsettingssak hadde forvaltningen makulert alle søknadene med vedlegg tre uker etter tilsettingsvedtaket, også søknaden med vedlegg fra den som ble tilsatt.

Ombudsmannen uttalte at det ikke var i samsvar med vanlig forvaltningspraksis å makulere søknaden med vedlegg til den som tilsettes i en offentlig stilling. Dette var også i strid med forskrift 1. desember 1999 nr. 1566 om utfyllende tekniske og arkivfaglige bestemmelser om behandling av offentlige arkiver. Blant annet av hensyn til søkernes innsynsrett etter forskrift 21. november 1980 nr. 13 om partsoffentlighet ved tilsettinger fant ombudsmannen det heller ikke akseptabelt at søknadene til de innstilte ble makulert allerede tre uker etter tilsettingsvedtaket.

A henvendte seg til ombudsmannen idet hun mente seg forbigått ved tilsetting i et vikariat i stilling som pedagog ved en skole.

Ved brev herfra til kommunen ble det bl.a. bedt om utlån av aktuelle saksdokumenter, herunder søknaden med vedlegg fra klageren og den tilsatte.

I svarbrev viste kommunen til redegjørelse med vedlegg fra rektor ved skolen og uttalte at rådmannen «opplever at regler og forskrifter er holdt, og ser ingen grunn til å overprøve rektors vurdering». Fra rektors redegjørelse siteres:

> «Vedlagt følger saksdokumenter i saken, utlysning, innstilling med begrunnelse og utvidet søkerliste. Når det gjelder søknader med vedlegg fra klager og den tilsatte, er disse makulert. Det er ikke vanlig praksis å oppbevare slike papirer utover fristen for å anke tilsettingen, som er på tre uker. Det er opplyst i utlysningen at papirene ikke returneres.»

I nytt brev herfra ble kommunen bl.a. bedt om å kommentere opplysningen om at skolen hadde makulert alle søknadene med vedlegg tre uker etter tilsettingsvedtaket, også søknaden med vedlegg fra den som ble tilsatt. Det ble herunder stilt spørsmål om ikke søknadene med vedlegg til samtlige innstilte søkere bør oppbevares en viss tid av hensyn til innsynsretten etter forskrift om partsoffentlighet ved tilsettinger.

I svarbrev erkjente kommunen innledningsvis at den uriktig hadde oppgitt at tilsettingsvedtaket kunne påklages. Om makulering av søknader skrev kommunen:

> «Angående makulering av søknader, tar vi også til etterretning at det oppleves som om det er gjort for raskt. Jeg vil imidlertid presisere at det har vært vår mening at dette har vært i samsvar med god forvaltningsskikk i og med at vi har opplyst i stillingsannonser at dette er prosedyrene.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«I forbindelse med at det herfra ble bedt om utlån av søknadene med vedlegg fra klageren og den tilsatte, ble det fra kommunens side opplyst at disse var makulert. I rektors redegjørelse ble det også gitt uttrykk for at det ikke er vanlig praksis å oppbevare slike papirer «utover fristen for å anke tilsettingen, som er på tre uker». Det ble videre påpekt at det også er opplyst i utlysingen at papirene ikke returneres.

Slik saken er opplyst legger jeg til grunn at samtlige søknader med vedlegg, herunder også søknaden med vedlegg til den som ble tilsatt i stillingen, ble makulert tre uker etter at tilsettingsvedtaket var fattet.

Jeg kan vanskelig se at det er i samsvar med vanlig forvaltningspraksis å makulere søknaden med vedlegg til den som tilsettes i en offentlig stilling. Dette synes også å være i strid med forskrift 1. desember 1999 nr. 1566 om utfyllende tekniske og arkivfaglige bestemmelser om behandling av offentlige arkiver, gitt med hjemmel i arkivforskriften 11. desember 1998 nr. 1193. Det følger av forskriftens kap. V om retningslinjer for arkivbegrensning og kassasjon i kommunale arkiv at bl.a. søknader til tilsatte skal bevares.

Når det gjelder søknader med vedlegg fra søkere som ikke tilsettes, er det imidlertid ikke grunn til å reise innvendinger mot at kommunen makulerer disse etter en viss tid. Kap. V i forskriften om utfyllende tekniske og arkivfaglige bestemmelser angir at kassasjon utstår i fem år. Dette antas å være en veiledende tidsangivelse. En praksis der disse makuleres allerede tre uker etter tilsettingsvedtaket, synes imidlertid uansett ikke å være akseptabel. I henhold til forskrift 21. november 1980 nr. 13 om partsoffentlighet ved tilsettinger har også en søker rett til å gjøre seg kjent med «søknadene fra søkere som er innstilt til eller tilsatt i stillingen, og vedlegg til disse søknadene». Av hensyn til denne innsynsretten bør søknadene med vedlegg til samtlige innstilte oppbevares en viss tid. Selv om det ikke er klageadgang etter forvaltningsloven på tilsettinger i det offentlige, vil det være muligheter for en som mener seg forbigått å bringe tilsettingsvedtak inn for andre kontrollorganer, herunder Stortingets ombudsmann. For at for eksempel ombudsmannen skal kunne utføre sitt verv i en sak som den foreliggende, vil det kunne

være av betydning at det gis tilgang til søknader med vedlegg.

Jeg ber kommunen merke seg dette for fremtidige tilsettingssaker og innskjerpe sine rutiner for oppbevaring av søknader med vedlegg.»

18.

Tilsetting av spesialsykepleier – negative faktiske opplysninger ble ikke forelagt søkeren til uttalelse

(Sak 2005/1589)

En søker mente seg forbigått ved tilsetting i stilling som spesialsykepleier ved et sykehus. I korrespondansen med ombudsmannen fremkom negative faktiske opplysninger om søkeren som sykehuset var kjent med under tilsettingsprosessen, men som ikke var blitt forelagt ham til uttalelse.

Ombudsmannen kritiserte sykehuset for å ikke ha opplyst saken tilstrekkelig. De negative faktiske opplysningene om søkeren skulle vært forelagt ham til uttalelse. Dette var også et brudd med det grunnleggende prinsippet om kontradiksjon. På denne bakgrunn hadde ikke ombudsmannen grunnlag for å uttale seg om tilsettingsvedtaket, heller ikke hvorvidt det var tatt utenforliggende eller usaklige hensyn ved tilsettingen. Sykehuset ble også kritisert for ikke å ha foretatt en ny utlysing av stillingene da det ble klart at ingen av søkerne var kvalifisert for stillingen i henhold til utlysingsteksten.

Et sykehus lyste ut flere stillinger som spesialsykepleier innen psykiatri. A søkte to av stillingene, men ble ikke tilsatt. Han sendte en klage til sin lokale fagforening over det han oppfattet som en forbigåelse. Han viste særlig til at de som var tilbudt stillingene manglet videreutdanning som spesialsykepleier. Fagforbundet oversendte klagen til sykehuset, som deretter avviste klagen.

A brakte saken inn for ombudsmannen. Sakens dokumenter ble herfra bedt oversendt fra sykehuset. I sykehusets oversendelsesbrev til ombudsmannen ble det gitt tilleggsopplysninger av faktisk art om klageren.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og sykehuset ble stilt enkelte spørsmål til saksbehandlingen i tilsettingssaken. Det ble vist til utlysingsteksten der det fremgikk at det var søkt etter «spesialsykepleier», og bedt om en redegjørelse for bruken av dette begrepet. Det ble stilt spørsmål om tittelen var knyttet til bestemte kvalifikasjonskrav, og hvem av søkerne som ble ansett å være formelt kvalifisert for stillingen som spesialsykepleier.

I sykehusets svarbrev ble det opplyst at begrepet spesialsykepleier/psykiatrisk sykepleier er definert som en autorisert sykepleier med videreutdanning i psykisk helsearbeid og erfaring fra psykisk helsevern. Sykehuset opplyste videre at den som ble tilsatt i den ene av stillingshjemlene ikke hadde formell kompetanse som spesialsykepleier, men at hun praktiserte som psykiatrisk sykepleier i påvente av fullført tilleggsutdanning som autorisert spesialsykepleier. Den andre stillingshjemmelen var fremdeles ubesatt, idet de som var tilbudt stillingen hadde trukket seg. I forhold til klageren ble det opplyst at han ble vurdert som formelt kvalifisert, men ikke kvalifisert ut fra en helhetsvurdering. Det ble referert til tidligere beskrivelser av saken.

Det ble i brev herfra spurt sykehuset om de to brevene til ombudsmannen inneholdt opplysninger om klageren som sykehuset anså at klageren ikke hadde krav på innsyn i. Sykehuset svarte at et avsnitt i oversendelsesbrevet skulle sladdes i forbindelse med oversendelse til klageren. En sladdet versjon av oversendelsesbrevet og kopi av sykehusets svarbrev til ombudsmannen ble deretter oversendt til klageren for merknader. I brev samme dag ble sykehuset stilt spørsmål om klageren i forbindelse med tilsettingsprosessen var gjort kjent med de opplysningene som fremkom i sykehusets oversendelsesbrev til ombudsmannen.

I As merknader fastholdt han at den som hadde fått stillingen som spesialsykepleier ikke var kvalifisert for stillingen. Videre krevde han fullt innsyn i sakens dokumenter, inkludert en usladdet versjon av oversendelsesbrevet fra sykehuset til ombudsmannen.

Sykehuset bekreftet deretter at A ikke var gjort kjent med opplysningene som fremkom i sykehusets oversendelsesbrev til ombudsmannen. Det ble uttalt at opplysningene «antas ikke å ha hatt betydning for utfallet av saken».

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Manglende ny utlysing av stillingene

De to stillingene som klageren søkte på, var lyst ut som «spesialsykepleier». Etter opplysningene fra sykehuset i svarbrevet hit, må det legges til grunn at det kreves grunnutdanning og autorisasjon som sykepleier og videreutdanning i psykisk helsearbeid og erfaring fra psykisk helsevern for å være kvalifisert for en slik stilling. Det må videre legges til grunn at verken den personen som ble tilsatt i den ene stillingen, eller de to som fikk tilbud om den andre stillingen, fylte de formelle kvalifikasjonskravene. Klageren fylte de formelle kvalifikasjonskravene, men han ble ikke funnet personlig egnet for stillingen.

Det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet som gjelder for tilsettinger i offentlig forvaltning, tilsier at det tilsettende organ skal søke å tilsette den best kvalifiserte for stillingen. En side av kvalifikasjonsprinsippet vil være at stillingen kunngjøres på en slik måte at aktuelle kandidater får mulighet til å søke. Kvalifikasjonsprinsippet skal også bidra til at søkere blir behandlet likt. Stillingene ble i dette tilfellet utlyst som spesialsykepleiere. Ingen av de som søkte

ble funnet kvalifisert for stillingene, og søkerne som fikk tilbud om stillingene manglet etter det opplyste videreutdanning i psykisk helsearbeid.

Når det i en tilsettingsprosess blir aktuelt å tilsette en søker som ikke fyller kvalifikasjonskravene, må stillingen som hovedregel lyses ut på nytt, der det tilkjennegis at søkerne ikke nødvendigvis må fylle de formelle kvalifikasjonskravene. Manglende ny utlysning kan i dette tilfellet ha medført at sykehuset kan ha gått glipp av mer kvalifiserte søkere enn de som fikk tilbud om stillingene. Søkere som ikke fylte kravene til spesialsykepleier, men som hadde tilsvarende formell kompetanse som de som fikk tilbud om stillingen, kan ha avstått fra å søke stillingen i første runde. Bedre kvalifiserte søkere kan på denne måten ha blitt fratatt muligheten til å søke stillingen.

Klageren søkte selv stillingen, og den manglende nye stillingsutlysingen hadde derfor ikke konsekvenser for ham. Sykehuset må imidlertid merke seg dette for senere tilsettinger.

2. Faktiske opplysninger som klageren ikke er gitt innsyn i

Det følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 annet ledd at vedtak om tilsetting i offentlig forvaltning er et enkeltvedtak. Det er et grunnleggende krav i offentlig forvaltning at saksbehandlingen skjer på en forsvarlig måte. Et av de sentrale elementene i dette forsvarlighetskravet er at forvaltningen har plikt til å sørge for at en sak er tilstrekkelig opplyst før vedtak treffes. Prinsippet er lovfestet i forvaltningsloven § 17, men denne gjelder ikke direkte for helseforetak, jf. helseforetaksloven 15. juni 2001 nr. 93 § 5 første ledd. Det er imidlertid ikke tvil om at dette som et grunnleggende prinsipp også gjelder for helseforetak, uavhengig av om de konkrete lovbestemmelsene i forvaltningsloven direkte kommer til anvendelse.

I tilsettingssaker innebærer kravet om at en sak skal være tilstrekkelig opplyst, at søkerne må gis mulighet for å korrigere eller imøtegå opplysninger som tilsettingsorganet har om vedkommende. Dette har en viktig side til kontradiksjonsprinsippet, som innebærer at berørte parter skal gis mulighet for å forsvare sine interesser. Flere konkrete saksbehandlingsregler i forvaltningsloven, bl.a. § 18 om retten til dokumentinnsyn, gjenspeiler også dette. I saker om tilsetting er det gjort begrensninger i retten til dokumentinnsyn, jf. partsoffentlighetsforskriften 21. november 1980. Partens rett til innsyn i *faktiske opplysninger* gjelder likevel også denne typen saker. Som nevnt er det i helseforetaksloven gjort unntak fra saksbehandlingsreglene i kapittel IV og V i forvaltningsloven, herunder forskriften om partsoffentlighet. De grunnleggende prinsippene om forsvarlig saksbehandling og kontradiksjon gjelder likevel også for helseforetakene.

I korrespondansen mellom sykehuset og ombudsmannen har det fremkommet negative faktiske opplysninger om klageren som sykehuset var kjent med under tilsettingsprosessen. Disse opplysningene er ikke foreholdt klageren for eventuelle kommentarer eller imøtegåelse. Det kan være en viss usikkerhet knyttet til i hvilken grad opplysningene er vektlagt ved tilsettingen, bl.a. har helseforetaket i brev hit anført at opplysningene «antas ikke å ha hatt betydning for utfallet av saken».

Opplysningenes art, og det forhold at opplysningene ble gitt til ombudsmannen på sykehusets eget initiativ, uten at det var stilt spørsmål herfra, gjør at det ikke kan sees bort fra at opplysningene har hatt negativ betydning for klageren ved tilsettingsvedtaket. Og det må presiseres at dersom det foreligger negative faktiske opplysninger om en av søkerne, er det av sentral betydning at vedkommende blir gitt mulighet for å komme med sine kommentarer for eventuelt å korrigere opplysningene. Dette gjelder selvsagt særlig dersom opplysningene etter sin karakter vil kunne være av betydning for det tilsettingsvedtaket som skal fattes.

Sykehuset har ikke vært villig til å gi klageren innsyn i de aktuelle opplysningene, og han har derfor ikke fått mulighet for å gi sin versjon. Saken kan derfor ikke anses tilstrekkelig opplyst da tilsettingsvedtaket ble truffet. Klagerens manglende mulighet for innsyn er også i strid med forvaltningsrettens grunnleggende kontradiksjonsprinsipp. Forholdet må derfor kritiseres.

På bakgrunn av dette ber jeg om at sykehuset foretar en ny vurdering av om klageren kan få innsyn i de aktuelle opplysningene. Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av sykehusets nye vurdering.

3. Kvalifikasjonsvurderingen

Siktemålet i en tilsettingssak vil normalt være å finne frem til den av søkerne som etter en skjønnsmessig helhetsvurdering må anses best kvalifisert for stillingen. Utgangspunktet for kvalifikasjonsvurderingen må tas i de kravene som fremgår av utlysingsteksten, samt eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet.

Det fremgår av et referat fra innstillingsmøtet at klageren er funnet formelt godt kvalifisert for stillingen som spesialsykepleier, men at han ikke ble funnet personlig egnet.

Da klageren ikke er gitt mulighet for å imøtegå de faktiske opplysningene som foreligger om ham, er saken ikke tilstrekkelig opplyst. Ombudsmannen har da heller ikke grunnlag for å uttale seg om den kvalifikasjonsvurderingen som er foretatt. På bakgrunn av dette kan jeg heller ikke fastslå at det ikke har vært lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn ved tilsettingsvedtaket.

Jeg vil presisere at jeg med dette ikke har tatt stilling til den konkrete kvalifikasjonsvurderingen som er foretatt.

I forhold til senere saker som gjelder tilsetting, ber jeg helseforetaket merke seg de innvendinger jeg har hatt til saksbehandlingen i denne saken.»

19.

Tilsetting – forholdet mellom attføringstiltak og retten til utvidelse av stilling

(Sak 2005/1475)

Det oppstod ledighet ved et kommunalt tjenestested. Stillingen ble ikke utlyst, og ble benyttet til attføring/omplassering av en kommunalt tilsatt fra et annet tjenestested i kommunen. I klagen til ombudsmannen ble det anført at klageren var forbigått, idet han hadde fortrinnsrett til utvidelse av sin 50 % stilling. Det ble vist til at saken var behandlet i kommunen som en overtallighetssak.

Ombudsmannen uttalte at kommunen har adgang til å vurdere om en stilling kan benyttes til omplassering av yrkeshemmede arbeidstakere før stillingen eventuelt lyses ut. Plikten til å legge til rette for attføring/omplassering av medarbeidere må gå foran retten for tilsatte til å få utvidet sin stillingsandel etter hovedtariffavtalen. Kommunen erkjente og beklaget at saken var blitt fremstilt for tilsettingsrådet på en feilaktig måte.

A, som var tilsatt i en 50 % stilling i kommunen, henvendte seg til ombudsmannen idet han mente seg forbigått ved et tilsettingsvedtak. Den som ble tilsatt hadde over flere år hatt 100 % fast stilling i kommunen, ved en annen enhet. På tidspunktet for tilsettingen arbeidet hun i et 50 % vikariat ved klagerens tjenestested.

Klageren anførte at hans rett til utvidelse av stilling var tilsidesatt. Han anførte at saken var behandlet som en sak om overtallighet, men at det ikke fantes overtallighet i kommunen på tidspunktet for tilsettingen, og særlig ikke på det stedet der den tilsatte tidligere hadde arbeidet i 100 % stilling.

Kommunen ble bl.a. stilt spørsmål om forholdet mellom klagerens fortrinnsrett til utvidelse av stilling, jf. hovedtariffavtalen kapittel 1, punkt 2.3., og de forpliktelser kommunen anså at man hadde overfor den som ble tilsatt.

I svarbrevet opplyste kommunen at den som ble tilsatt hadde vært alvorlig syk, og at det var uaktuelt for henne å fortsette i skiftarbeid i den tidligere stillingen. Kommunen viste til at den var en IA-virksomhet, med plikt til å legge forholdene til rette for syke arbeidstakere. Da det oppstod ledighet ved klagerens tjenestested ble det vurdert om denne stillingen kunne benyttes som et attføringstiltak. Kommunen viste videre til at det følger av kommunens tilsettingsreglement at det skal vurderes om stillingen kan benyttes til attføring/omplassering før den eventuelt lyses ut internt eller eksternt. Kommunen fremholdt at en arbeidstakers krav på tilbud om utvidelse av arbeidsforhold først gjelder etter at en stilling er lyst ledig. Den tilsatte ble funnet godt kvalifisert for den aktuelle stillingen.

Kommunen opplyste i et senere brev til ombudsmannen at det var riktig at forholdet feilaktig var blitt omtalt som et spørsmål om overtallighet i møtet i tilsettingsutvalget. Lederen for enheten var imidlertid klar over at det var sykdom som var bakgrunnen for omplasseringen. Det ble videre erkjent at attføringskonsulenten ikke hadde vært til stede ved behandlingen av saken i tilsettingsutvalget, selv om dette er vanlig prosedyre.

Kommunen uttalte videre:

> «X kommune ser at vi ved behandlingen av denne saken i tilsettingsutvalget ikke har vært tydelige nok i [å] klargjøre at det dreier seg om en attføringssak. Dette skyldes at man i organisasjons- og personalavdelingen på kort varsel så at det her var mulig å finne en god løsning i attføringssaken. Saken ble håndtert av organisasjons- og personalsjefen og manglende erfaring med denne type saker medførte svikt i forhold til våre etablerte prosedyrer knyttet til behandlingen i tilsettingsutvalget.
>
> I denne saken viser de faktiske forhold at det dreier seg om en attføringssak. Som tidligere nevnt skal disse sakene i henhold til kommunens retningslinjer søkes løst før stillinger lyses ledig og før man tilbyr utvidet stilling i samsvar med hovedtariffavtalens bestemmelser. Vi er derfor av den oppfatning at feilen ikke har hatt betydning for sakens utfall.
>
> Vi beklager likevel at kommunens rutiner ikke er fulgt og ser at det er uheldig særlig i forhold til de ansatte som er berørt, men også i forhold til de tillitsvalgte. Vi er derfor i ferd med å gå igjennom våre rutiner for å sikre at denne type saker håndteres i samsvar med etablerte prosedyrer og retningslinjer for behandling av attføringssaker.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Det sentrale spørsmålet i saken har vært om A hadde fortrinnsrett til utvidelse av sin stilling inntil 100 % da det oppstod en ledig stilling ved Y, jf. hovedtariffavtalen kapittel 1, § 2 punkt 2.3.

Ut fra det X kommune har opplyst til ombudsmannen, må det legges til grunn at kommunen var forpliktet til å forsøke å finne en egnet stilling for den som ble tilsatt i stillingen ved Y. Saken ble vurdert som en attføringssak, og den ledige stillingen ved Y ble vurdert som aktuell i forhold til omplassering av arbeidstakeren. Etter en konkret vurdering ble den aktuelle arbeidstakeren funnet godt kvalifisert for den ledige stillingen. Kommunen har videre redegjort for sin vurdering om at spørsmålet om fortrinnsrett etter hovedtariffavtalen først oppstår når en stilling blir lyst ut internt. Kommunen har anført at den før slik utlysing har en plikt til å vurdere om den aktuelle stillingen kan benyttes til attføring/omplassering. Det er gitt uttrykk for at slike attførings-

tiltak har prioritet foran fortrinnsretten. Kommunen har vist til sitt eget tilsettingsreglement punkt 3.2.

Det er ikke tvilsomt at kommunen, før en stilling utlyses, har adgang til å vurdere om stillingen kan benyttes for eksempel til omplassering av yrkeshemmede arbeidstakere. Jeg er enig i kommunens syn på at plikten til å legge til rette for attføring/omplassering av medarbeidere går foran retten for tilsatte til å få utvidet sin stillingsandel etter hovedtariffavtalen. Fremgangsmåten ved slike vurderinger er beskrevet i kommunens tilsettingsreglement, punkt 3.2 og 4.1. Disse bestemmelsene synes å bygge på et korrekt rettslig grunnlag. Det må videre legges til grunn at denne saken gjaldt et attførings-/omplasseringstiltak for den som ble tilsatt. Ombudsmannen kan vanskelig vurdere den tilsattes kvalifikasjoner, men jeg har ikke holdepunkter for at det på rettslig grunnlag kan rettes innvendinger mot kommunens vurdering av at den tilsatte var kvalifisert for den ledige stillingen.

Som kommunen har erkjent i brevet til ombudsmannen, ble det imidlertid ikke tydeliggjort overfor tilsettingsrådet at det dreide seg om en attføringssak. Saken ble feilaktig presentert for tilsettingsrådet som en overtallighetssak. Saken ble heller ikke håndtert som en attføringssak, jf. kommunens eget tilsettingsreglement punkt 3.1. Kommunen har beklaget at de etablerte rutinene ikke ble fulgt i saken, og gitt uttrykk for at dette var uheldig, særlig i forhold til de tilsatte som var berørt og i forhold til de tillitsvalgte. Beklagelsen er på sin plass. Kommunen har videre opplyst at man på bakgrunn av denne saken er i ferd med å gjennomgå rutinene for håndteringen av slike saker.

Jeg finner å kunne la saken bero med den forklaringen som kommunen nå har gitt i saken, jf. ombudsmannsloven § 10 fjerde ledd.»

20.

Tilsetjing av undervisningsinspektør – utanforliggjande omsyn

(Sak 2006/1032)

A meinte ho var forbigått ved tilsetjing i stilling som undervisningsinspektør.

Ombodsmannen var i tvil om kvalifikasjonsvurderinga bygde på utanforliggjande omsyn. Det var ikkje høve til å leggje vekt på at skulen hadde «overtallighet av fast undervisningspersonell». Kommunen sitt ønske om at A skulle fortsetje i stillinga som rektor var også uvedkommande i vurderinga av kvalifikasjonane hennar for stillinga som inspektør. Ombodsmannen ba kommunen gjennomgå kvalifikasjonsvurderinga på nytt. Han hadde også enkelte merknader til tilsetjingsprosessen i kommunen.

X kommune lyste ut vikariat som undervisningsinspektør ved X skule og barnehage. Stillinga var 50 % administrasjon og 50 % undervisning. A søkte stillinga, men blei ikkje tilsett, og klaga saka inn for ombodsmannen. Utdanningsforbundet viste i klaga til at A hadde vore rektor ved Y skule i 20 år, og i tillegg rektor ved Z skule dei siste sju åra. Forbundet viste vidare til at den tilsette ikkje hadde erfaring som skuleleiar, og meinte derfor at tilsetjinga var ei klar forbigåing av A.

Kommunen vart beden om å gjere nærare greie for den samanliknande kvalifikasjonsvurderinga av A og den tilsette. Kommunen vart også spurt om det blei skrive referat frå intervjua, om kommunen hadde skrive ned vurderingane av søkjarane og kva rutinar kommunen har for å skrive ned vurderingar og andre relevante opplysningar om søkjarane. Endeleg blei det bede om kommunen sine merknader til klaga.

I svarbrevet opplyste kommunen mellom anna følgjande:

> «Kommunesjef oppvekst måtte vurdere søkjarane ut frå tre ståstader:
> A. Det har tidlegare vist seg vanskeleg å rekruttere kvalifisert personell til Y skule og barnehage. I ein situasjon der det må ein ekstra innsats til for å snu ein negativ utvikling for eit oppvekstsenter, er det viktig at dei rette fagpersonane er på plass. Eit skifte av rektor for eit år i denne kritiske fasen for bygda, vil måtte karakteriserast som lite ønskeleg.
> B. X skule og barnehage hadde på tilsettingstidspunktet overtallighet av fast undervisningspersonell. Desse har rettar som skal ivaretakas. Ved å tilsette intern søkjar ville dette la seg løyse.
> C. Vurdering av dei to søkjarane ut frå kven som var best skikka til stillinga.»

Om den konkrete kvalifikasjonsvurderinga opplyste kommunen mellom anna:

> «A. Formelle kvalifikasjonar.
> Begge søkjarane er formelt kvalifiserte til stillinga.
> B. A er den med lengst ansiennitet som skuleleiar.
> C. Begge er i utgangspunktet skikka til stillinga. Kvalifikasjonsvurderinga må derfor gå på deira realkompetanse både som skuleleiar og som lærar i ungdomsskulen, og vurderinga av korleis dei har fungert og utført sine oppgåver i desse to yrkesrollane.»

Kommunen opplyste at den tilsette blei vurdert som best skikka til å møte utfordringane i samband med innføring av ny læreplan og nytt IKT-system. Det var òg lagt vekt på den tilsette sin praksis frå undervisning i ungdomsskulen og verdien dette hadde for stillinga utover sjølve undervisningsdelen. I svarbrevet er det òg vist til det grunnlaget kommunesjef oppvekst hadde for å vurdere A som leiar og kva for forhold som var del av vurderinga.

Om tilsetjingsprosessen opplyste kommunen mellom anna:

> «Sjølv om tilsettingsreglementet seier at det skal førast referat frå intervju i tilsettingssaker er der

> ikkje etablert nokon praksis for å gjere dette. I dei tilfelle kor dette skjer, er der grunn til å tru at tilsettinga vil kunne få et etterspel. Det var det i dette tilfelle. Av den grunn hadde underteikna ei huskeliste med stikkord som grunnlag for denne [tilsetjinga].»

Ved avslutninga av saka uttalte ombodsmannen:

«1. Sakshandsaminga – kravet til ein skriftleg prosess

I tilsetjingsreglementet for X kommune punkt 10 står følgjande:

> «I samband med intervju skal det førast notat for kvar person som inneheld ev. faktaopplysningar ut over utvida søkjarliste i ein del, og skjønnsmessige vurderingar av tilsetjingsutvalet i ein del.»

I tilsetjingsreglementet er det ikkje presisert at notat berre skal førast når det er grunn til å tru at tilsetjinga vil kunne få eit etterspel. Kommunen har heller ikkje i svarbrevet hit gitt ei nærare grunngjeving for praksisen. Eg må leggje til grunn at praksisen til kommunen ikkje er i samsvar med reglementet og derfor bør leggjast om for framtida.

Omsynet til god forvaltingsskikk krev òg at hovudpunkta i sakshandsamingsprosessen vert dokumentert skriftleg. Grunngjevingsplikta etter forvaltningsloven § 3 gjeld riktig nok ikkje i tilsetjingssaker, og tilsetjingsorganet har såleis ikkje plikt til å grunngje tilsetjinga for omverda. Tilsetjingsorganet vil likevel ha ei plikt til å sjå til at tilsetjinga er tufta på saklege omsyn. Om naudsynt må organet kunne opplyse kva det er lagt vekt på, til dømes dersom ombodsmannen ber om ei nærare grunngjeving. Ei skriftleg handsaming er mellom anna naudsynt for at ein i ettertid skal kunne dokumentere det faktiske grunnlaget for avgjerda. Vidare må ein ha eit skriftleg grunnlag for å kontrollere at dei vurderingane som er gjorde, ikkje byggjer på utanforliggjande eller usaklege omsyn. Dersom sakshandsaminga ikkje er skriftleg, kan det dessutan føre til at tilliten til avgjerda vert svekka.

2. Kvalifikasjonsvurderinga

Målet i ei tilsetjingssak er å finne fram til den søkjaren som etter ei samla vurdering er best kvalifisert for stillinga. Det ulovfesta kvalifikasjonsprinsippet er for undervisningspersonell også uttrykt i opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 10–5. Utgangspunktet for vurderinga er kvalifikasjonskrava i utlysingsteksten og eventuelle lov- og avtalefesta krav. Vidare vil utdanning, praksis og personlege eigenskapar stå sentralt. I valet mellom fleire kvalifiserte søkjarar, vil den konkrete vurderinga av kven som er best kvalifisert for stillinga vere skjønnsvis. Ei avgjerd som byggjer på skjønn, kan ombodsmannen berre kritisere dersom det heftar feil ved skjønnet, til dømes ved at det er lagt vekt på utanforliggjande eller usaklege omsyn, eller at vedtaket er «klart urimelig», jf. ombodsmannslova 22. juni 1962 nr. 8 § 10 andre ledd tredje punktum.

Det går fram gjennom kommunen si utgreiing at både A og den tilsette i utgangspunktet blei vurderte som kvalifiserte for stillinga. Det er vidare gjort ei konkret vurdering av søkjarane sin praksis og personlege eigenskapar opp mot innhaldet i stillinga. Dei omsyna som er vektlagde her er i seg sjølve saklege og relevante. Etter utgreiinga til kommunen er eg likevel i tvil om kvalifikasjonsvurderinga til dels har vore tufta på utanforliggjande omsyn. Kommunen har vist til at X skule og barnehage på tilsetjingstidspunktet hadde «overtallighet av fast undervisningspersonell». Det er vist til at «desse har rettar som skal ivaretakas. Ved å tilsetje intern søkjar ville dette la seg løyse».

Kommunen kan ikkje setje til side kvalifikasjonsprinsippet utan særskilt rettsleg grunnlag. Eit unntak frå kvalifikasjonsprinsippet gjeld der ein av søkjarane har førerett til stillinga, sjå opplæringslova § 10–4, jf. arbeidsmiljøloven 17. juni 2005 nr. 62 – § 14–2. Slik denne saka er opplyst, kan eg ikkje sjå at den tilsette hadde slik førerett til stillinga som arbeidsmiljøloven nemner. Eg kan derfor ikkje sjå at kommunen hadde høve til å leggje vekt på at skulen hadde «overtallighet av fast undervisningspersonell».

Kommunen har òg vist til at A i dag har ei «fast rektorstilling, ei stilling kommunesjef oppvekst ønskjer at ho skal fortsetje i ut frå den totale situasjonen for skulane i X». Søkjaren har krav på å bli vurdert etter kvalifikasjonane sine. Kommunen sitt ønske om at A skulle fortsetje i stillinga som rektor er uvedkommande i vurderinga av kvalifikasjonane hennar for stillinga som inspektør. I ein slik situasjon må arbeidsgjevaren eventuelt bruke andre verkemiddel for å få vedkommande til å halde fram i si noverande stilling.

Ut frå dette er eg i tvil om kommunen si kvalifikasjonsvurdering byggjer på saklege omsyn. I alle høve er det «begrunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombodsmannslova § 10 andre ledd siste punktum. Eg må be kommunen gjennomgå kvalifikasjonsvurderinga på nytt.

Eg må understreke at fråsegna mi ikkje får følgjer for den som er tilsett i stillinga. Han har ikkje vore part i saka her, og undersøkingane herifrå gjeld sakshandsaminga og vedtaket som er treft i høve til A. Ho vil ikkje kunne krevje å få jobben frå den som allereie er tilsett. Dersom kommunen kjem til at kvalifikasjonsvurderinga av A bygde på feil grunnlag, må kommunen vurdere om det er noko som kan gjerast for å bøte på feilen. Eg ber om at kommunen orienterer meg om kva som skjer vidare i saka.

Kommunen må sikre at framtidige tilsetjingsprosessar vert i samsvar med merknadene mine.»

21.

Kravene til forsvarlig saksbehandling ved tjenstlig tilrettevisning

(Sak 2006/276)

En lærer ved en videregående skole ble ilagt en skriftlig advarsel av fylkeskommunen. Advarselen bygget på at læreren, under et nattklubbesøk, hadde fremsatt trusler om boikott av fylkeskommunens samarbeidspartner og hadde uttalt seg negativt om sin overordnede. Læreren anførte i klagen at fylkeskommunen uten forbehold hadde lagt til grunn samtalepartnerens oppfatning av hva som ble sagt.

Ombudsmannen kom til at saken ikke var tilstrekkelig opplyst før advarselen ble gitt. Under enhver omstendighet var det betenkelig at advarselen, som her ble gitt i form av en skriftlig tilrettevisning, bygget bare på den ene partens syn på hva som var blitt uttalt i en samtale. Fylkeskommunen ble bedt om å trekke advarselen tilbake. Selv om saken gjaldt en tjenstlig tilrettevisning og det derfor ikke var klagerett, uttalte ombudsmannen at forvaltningslovens øvrige regler om forsvarlig saksbehandling vil måtte gis tilsvarende anvendelse.

Fylkeskommunen vurderte saken på nytt og trakk tilrettevisningen på punktet vedrørende trusler om boikott.

A, som var lærer ved X videregående skole, klaget til ombudsmannen på en skriftlig advarsel hun hadde fått av sin arbeidsgiver Y fylkeskommune. Bakgrunnen for advarselen var at A under et nattklubbesøk skulle ha uttalt seg negativt om sin nærmeste overordnede til B, som var en av skolens eksterne samarbeidspartnere. Videre la arbeidsgiveren til grunn at A også hadde truet B med opphør av samarbeidet med skolen dersom han ikke tok hennes parti i personalkonflikten. Advarselen hadde følgende ordlyd:

> «Du gis med dette en skriftlig advarsel knyttet til ditt tilsettingsforhold ved X videregående skole, Y fylkeskommune.
>
> Advarselen er begrunnet i følgende forhold:
>
> Du har ved to ulike anledninger uttalt deg til en representant for næringslivet som skolen har et etablert samarbeid med på en måte som vedkommende har oppfattet som
>
> 1. svært nedsettende omtale av din leder ved studieretning for hotell- og næringsmiddelfag,
> 2. trusler om boikott av vedkommendes næringsvirksomhet fra skolens side dersom det ikke ble gitt støtte til at avdelingsleder blir sagt opp ved X videregående skole.
>
> Det er helt uakseptabelt at du opptrer på denne måten overfor skolens samarbeidspartnere. Dersom lignende forhold gjentar seg, vil ditt tilsettingsforhold bli vurdert.»

I klagen hit hevdet A at arbeidsgiveren helt uten forbehold hadde lagt til grunn Bs oppfatning av hva som ble sagt, og at hennes forklaring på urimelig måte ble sett helt bort fra. Hun ba ombudsmannen vurdere om advarselen var en urimelig streng reaksjon fra arbeidsgivers side.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere. I brev herfra ble det bl.a. bedt om Y fylkeskommunes kommentarer til om den skriftlige advarselen ble ansett som en ordensstraff. Videre ble det bedt om fylkeskommunens merknader til om forhåndsvarslingen av A hadde vært tilstrekkelig. Det ble videre vist til at det faktum fylkeskommunen hadde lagt til grunn for den skriftlige advarselen, i stor grad syntes å bygge på Bs oppfatning av hva som ble sagt, og fylkeskommunen ble bedt om å begrunne dette. Fylkeskommunen ble også bedt om å kommentere anførselen fra A om at den skriftlige advarselen var en urimelig streng reaksjon.

Y fylkeskommune svarte at den ikke hadde hatt som intensjon å tildele A en ordensstraff. Fylkeskommunens klare intensjon hadde vært å gi en tilrettevisning i form av en skriftlig advarsel, der hensikten var å forhindre gjentakelser. Det ble vist til at den skriftlige advarselen, ut over å være en tilrettevisning, «kun fungerer som dokumentasjon på at forholdet har vært tatt opp». Fylkeskommunen mente at saken «hele veien er behandlet i tråd med prinsippene for god forvaltningskikk».

Til spørsmålet om forhåndsvarsling av A, viste fylkeskommunen til at hun i innkallingen 22. november 2005 til møtet 25. november 2005, ble orientert om hva saken gjaldt og informert om at hun kunne ta med seg tillitsvalgt til møtet. Fylkeskommunen opplyste at rektor hadde vært fraværende de to følgende dagene, men at hun da hun var tilbake, straks kontaktet A for å gi henne den informasjonen hun hadde bedt om. Fylkeskommunen påpekte at A ikke hadde fremmet krav om utsettelse av møtet og at hun i møtet ble gitt god tid til å gi sin fremstilling av saken.

Når det gjaldt innholdet i As ytringer ble det vist til at selv om A ikke selv mente hun hadde truet med boikott, var utsagnet forstått slik av B i nærvær av flere vitner. Videre uttalte fylkeskommunen:

> «Når det allikevel er blitt forstått slik av B i nærvær av flere vitner, må det etter fylkeskommunens skjønn kunne legges til grunn at hun har uttalt seg på en måte *som var egnet* for en slik fortolkning. Det innebærer uavhengig av intensjon en *uaktsomhet* i kommunikasjon med en av skolens samarbeidspartnere som krever en tilrettevisning.»

Etter fylkeskommunens skjønn var en tilrettevisning i form av en skriftlig advarsel ikke en urimelig streng måte å reagere på i dette tilfellet. Arbeidsgiver måtte kunne ta opp forhold den anså som mislige og gi en tilrettevisning i form av en skriftlig advarsel. Det ble vist til at det ikke kan «være akseptabelt å omtale sin leder med sterkt nedsettende personkarakteristikker overfor en ekstern samarbeidspart som

har denne lederen som sin hovedkontakt med skolen».

A kom med merknader til svaret fra fylkeskommunen. Hun påpekte først at den underliggende arbeidskonflikten hadde vart siden 1997 og at den hadde påført henne store påkjenninger. Etter hennes vurdering var det ikke tatt skikkelig tak i konflikten fra arbeidsgivers side, noe hun mente var årsaken til at denne situasjonen var oppstått. Videre fremgikk at hun opplevde advarselen som en ordensstraff. Når det gjaldt spørsmålet om forhåndsvarsling og anførselen fra fylkeskommunen om at hun ikke hadde bedt om utsettelse av møtet, skrev A at hun ikke hadde forstått omfanget av hva saken gjaldt. Ved en så alvorlig anklage mente hun at «det er rett og rimelig at både jeg og tillitsvalgte hadde fått nok opplysninger i forkant til å stille forberedt til møtet, noe vi ikke gjorde». Hun opplyste videre at saken innebar en stor psykisk belastning for henne. A forklarte at hun den aktuelle kvelden hadde vært i følge med en venn som overhørte samtalen og var villig til å bekrefte hennes oppfatning av saken. I likhet med henne stilte han seg helt uforstående til at hun skulle ha kommet med trusler overfor samtalepartneren. Avslutningsvis anførte hun at rektor hadde handlet forhastet i denne saken og at alle sider burde vært bedre belyst før en avgjørelse ble tatt.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Det ble ved foreleggelsen herfra antatt at Y fylkeskommune anså den skriftlige advarselen som en ordensstraff. Fylkeskommunen har imidlertid opplyst at dens klare intensjon var å gi en tilrettevisning i form av en skriftlig advarsel og ikke å tildele en ordensstraff. På bakgrunn av fylkeskommunens opplysninger legger jeg til grunn at den skriftlige advarselen var å anse som en tjenstlig tilrettevisning.

I tidligere saker har jeg uttalt meg om hvordan saksbehandlingen bør være når det gis en tjenstlig tilrettevisning, se bl.a. årsmelding 1996 side 45 (Somb–1996–6) og årsmelding 1997 side 56 (Somb–1997–5). Selv om det ikke foreligger klagerett på en tjenstlig tilrettevisning, vil forvaltningslovens øvrige regler om forsvarlig saksbehandling måtte gis tilsvarende anvendelse. Ut fra alminnelige prinsipper for god forvaltningsskikk, kan det for eksempel utledes krav om en forsvarlig opplysning av saken, rett til dokumentinnsyn, krav om begrunnelse og krav til skriftlighet.

Det sentrale spørsmålet her er om saken var godt nok opplyst før advarselen ble gitt, med andre ord om fylkeskommunen hadde et forsvarlig grunnlag for å gi klageren en skriftlig advarsel. Kravet til opplysning må sees i lys av det vedtaket som skal treffes og som i dette tilfellet skulle være en tjenstlig tilrettevisning.

For at en sak skal anses tilstrekkelig opplyst, er det av avgjørende betydning at parten gjøres kjent med at en sak er tatt opp, hva saken gjelder og at vedkommende gis tilstrekkelig anledning til å fremlegge sitt syn. Videre må forvaltningen foreta en konkret vurdering av om de opplysningene som foreligger i saken utgjør et tilstrekkelig og forsvarlig grunnlag for å legge et konkret faktum til grunn for en avgjørelse. Dersom dette ikke er tilfellet, vil det ikke være grunnlag for å treffe en avgjørelse i saken.

I denne saken er spørsmålet for det første om klageren ble gitt tilstrekkelig varsel om at saken skulle tas opp og hva den gjaldt, og om hun ble gitt tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar mot de anklagene som var rettet mot henne. Spørsmålet er videre om fylkeskommunens samtaler med de to partene i «nattklubbsamtalen» ga et tilstrekkelig grunnlag for å kunne konkludere med hva som var blitt sagt.

I møteinnkallingen 22. november 2005 fra rektor ble det opplyst:

> «Rektor er gjort kjent med uttalelser du har kommet med til en representant fra det lokale næringsliv.
>
> I den forbindelse innkalles du til møte på rektors kontor fredag 25.11.05 kl. 11.00. Du må gjerne ta med din tillitsvalgte.»

Klageren ba i brev 23. november 2005 til rektor om å få opplyst følgende:

> «– hva disse uttalelsene skal ha gått ut på
> – vite hva som er møtets innhold
> – hvem som skal være med på møtet.»

Det er fra fylkeskommunen opplyst at rektor var borte 23. og 24. november 2005 og derfor først mottok brevet fra klageren om morgenen 25. november 2005. Hun skal da straks ha tatt kontakt med klageren for å gi henne den informasjonen hun hadde bedt om.

Videre skriver fylkeskommunen i svaret hit under punkt 2:

> «A fremmet ingen krav om utsettelse av møtet, som ble holdt som planlagt.
>
> Referatet fra møtet med B ble lest opp for henne fordi dette møtet hadde skjedd direkte forut for møtet med A. Det var av den grunn ikke tatt kopier av referatet. A ba imidlertid ikke om å få lese referatet selv, og har først i ettertid påpekt dette. Hadde hun i møtet bedt om å få lese det selv, hadde hun selvsagt fått det.
>
> I møtet ble A gitt god tid til å gi sin fremstilling av saken, og det ble samtalt rundt bakgrunnen for den situasjonen som hadde oppstått, blant annet konflikten mellom henne og den aktuelle lederen. Hun ble gitt en klar forståelse av at saken ikke ville få noen direkte konsekvenser for henne, og at skolens ledelse ville gjøre nye grep for å løse konflikten. Det ble imidlertid også gjort klart for henne at skolen ikke kunne akseptere at hun tok denne konflikten ut til en samarbeidspartner på den måten hun hadde gjort, og at gjentakelser av en slik atferd ville kunne få konsekvenser for henne i tilsettingsforholdet. Dette ble nedfelt i den skriftlige advarselen, for å

dokumentere at forholdet var tatt opp og tilrettevisning gitt.»

En skriftlig advarsel fra arbeidsgiveren må ha et riktig faktisk grunnlag. En advarsel kan få betydning senere for bedømmelsen av arbeidsforholdet. Det er derfor viktig at saken er tilstrekkelig opplyst før det tas en beslutning om å gi en advarsel. Parten må i god tid bli gjort kjent med det bakenforliggende forholdet som advarselen bygger på og at arbeidsgiveren vurderer å gi en skriftlig advarsel. Arbeidstakeren må i slike tilfeller gis en frist for å uttale seg i saken.

Møteinnkallingen fra rektor inneholdt ikke eksakte opplysninger om hvem klageren skulle ha uttalt seg til, tidspunktet for uttalelsene eller hva hun skulle ha sagt. Videre ble det heller ikke opplyst hvem som skulle være til stede eller saklisten for møtet. Opplysningene klageren etterspurte fikk hun først kort tid før møtet skulle avholdes, på et tidspunkt hvor hun var opptatt med undervisning helt frem til møtestart. Klageren ble først under møtet gjort kjent med hva samtaleparten hadde forklart om «nattklubbsamtalen». Denne fremgangsmåten ga neppe klageren en reell mulighet til å kommentere beskyldningene mot henne på en forsvarlig måte. Verken forhåndsvarselet eller måten møtet ble gjennomført på synes forenlig med det kontradiktoriske prinsipp. Slik saken er opplyst her, fremstår varslingen av klageren og gjennomføringen av møtet uforenlig med prinsippene for forsvarlig saksbehandling.

Selve grunnlaget for avgjørelsen synes under enhver omstendighet mangelfullt. Klageren har erkjent at hun har uttalt seg kritisk om sin leder i samtalen den aktuelle kvelden, og har for så vidt beklaget dette. En generell mishagsytring om en overordnet ligger innenfor en arbeidstakers ytringsfrihet, og kan ikke betraktes som en illojal handling uten videre. Dette i seg selv kunne derfor ikke gi grunnlag for en skriftlig advarsel. Spørsmålet som gjenstår er derfor knyttet til en uttalelse som skolen har omtalt som «trusler om boikott». «Truslene» skal være fremsatt i en samtale på en nattklubb, mens begge samtalepartene skal ha vært påvirket av alkohol. De to partene har, etter det som er opplyst, ulik oppfatning av hva som ble sagt, og hva som var ment. Begge har påberopt at de har vitner som skal støtte deres oppfatning av saken, uten at det kan sees at noen av disse vitnene har vært forsøkt hørt. Skolen kan ikke, på grunnlag av den ene partens syn om hva som ble uttalt i en samtale under de forhold det her var tale om, gi en skriftlig advarsel til en arbeidstaker. Det må kunne sies å knytte seg atskillig tvil til hva som skjedde den aktuelle kvelden, og slik saken er opplyst, finner jeg at skolen ikke kan sies å ha hatt et forsvarlig grunnlag for å trekke en så bastant konklusjon om faktum i saken som her ble gjort. I et slikt tilfelle vil det heller ikke være grunnlag for å gi en skriftlig advarsel.

Da saken ikke kan sies å ha vært tilstrekkelig opplyst, kan jeg vanskelig uttale meg om det var grunnlag for tilrettevisningen eller om den var forholdsmessig. Etter min mening bør fylkeskommunen trekke advarselen tilbake.»

Fylkeskommunen orienterte i brev om at saken var vurdert på nytt og at fylkeskommunen konkluderte slik:

«Fylkeskommunen beklager at A ikke fikk mer presis informasjon i innkallingen, og at dette ikke ble reparert før kort tid før møtet. Vi fastholder imidlertid at dette ikke har virket inn på sakens opplysning. Sivilombudsmannens anmodning om å trekke tilrettevisningen tilbake etterkommes på punktet vedrørende trusler om boikott. For øvrig opprettholdes tilrettevisningen.

Fylkeskommunen anser med dette saken som avsluttet.»

Saken ga etter dette ikke grunn til ytterligere fra ombudsmannens side.

22.

Partsrettigheter i skolesak hos fylkesmannen

(Sak 2005/2062)

Etter klage fra foreldre over behandlingen av en elev, hadde skolen suspendert en lærer. Foreldrene brakte saken inn for fylkesmannen, som behandlet saken som en tilsynssak mot skolen. Læreren ble ikke ansett som part ved fylkesmannens behandling og klaget over dette til ombudsmannen.

Ombudsmannen uttalte at det fulgte av opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 9a-3, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav e, at læreren skulle vært gitt status som part i saken. Det var ikke usannsynlig at saksbehandlingsfeilene som fulgte av den manglende partsstatus, kunne ha virket bestemmende for vurderingene og konklusjonen i fylkesmannens uttalelse, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41.

I fylkesmannens uttalelse ble det blant annet uttalt:

«Hva saken gjelder

Saken gjelder klage på skolen og lærer As handlinger overfor din sønn, B.

De påklagede krenkende handlingene er eksemplifisert ved at læreren ved en rekke anledninger har opptrådt sarkastisk og ironisk overfor B.

Faktiske opplysninger i saken

Sakens tre parter (mor, skolen og Bs lærer) har alle engasjert juridisk bistand.

Skolen meddelte mor gjennom advokat 28.01.05 at vedkommende lærer var suspendert med øyeblikkelig virkning. Allerede i møtet med

fylkesmannen 26.01.05 ga daglig leder signaler om at klagen angående mobbing og krenkende behandling av B langt på vei var i overensstemmelse med hva skolen vurderte som faktiske forhold. Dette var hovedgrunnen til at læreren ble tatt ut av tjeneste så raskt etter at klagen var kjent for daglig leder ved skolen.

Skolen tok stilling til saken gjennom å suspendere lærer kort tid etter at klage var fremmet for fylkesmannen og etter å ha mottatt brev fra mors advokat.

Fylkesmannen har i sakens anledning gjennomført to møter med skolens ledelse, 26.01.05 og 18.02.05.

I de to møtene med skolens ledelse ble også lærerens innblanding i Bs medisinering med sentralstimulerende medikament tatt opp av fylkesmannen. Skolen bekreftet at lærer hadde påvirket mor sterkt til å slutte med slik medisin, og at lærer på eget initiativ hadde gitt ut urtemedisin til bruk for B. Fylkesmannen påpekte alvoret i denne handlingen.

Fylkesmannen er av mor gjort kjent med at B er tatt ut som elev ved skolen, og at han har begynt ved en annen skole.

Fylkesmannens vurdering og konklusjon

Fylkesmannen vurderer innholdet i din klage mot skolen og lærer As behandling av B som alvorlig.

Påklagede lærers behandling av B vurderes som klanderverdig. Bs læringssituasjon har vært uakseptabel og i strid med loven. Dette bekreftes av skolen.

I og med at B ikke lenger er elev ved skolen, vil ikke Fylkesmannen gi pålegg om konkrete tiltak i forhold til han.

Fylkesmannen vurderer imidlertid alvoret i situasjonen slik at det er nødvendig å følge opp skolen gjennom tilsyn med forebyggende og systemrettet arbeid. Det vil dreie seg om utvikling og utarbeiding av systemer, prosedyrer og rutiner for å oppfylle lovens krav om et godt læringsmiljø for eleven. En viktig del av dette vil være utarbeiding av beredskapsplan for å forhindre mobbing, og skolere alle ansatte i å bruke den.

Vedtak

Det gis medhold i at skolen på et langt tidligere tidspunkt enn hva som er tilfelle, skulle ha grepet inn for å ha gitt B et trygt og forsvarlig opplæringstilbud.»

Fylkesmannen fulgte opp saken med et hendelsesbasert tilsyn overfor skolen, i henhold til friskolelova 4. juli 2003 nr. 84 § 7–2.

Lærerens advokat brakte saken inn for ombudsmannen. Han fremholdt at det var uklart hvilke eventuelle rettsvirkninger fylkesmannens vedtak hadde, men at det hadde den virkning at det legitimerte innholdet i og berettigelsen av klagen fra elevens mor. Det ble opplyst at vedtaket og presseoppslag i sakens anledning hadde medført stor psykisk belastning for læreren. Advokaten anførte at læreren ikke var gitt partsrettigheter i forbindelse med fylkesmannens behandling av saken, og at den faktiske fremstillingen i klagen fra elevens mor derfor ble stående uimotsagt. Fylkesmannens vedtak var dels bygget på «en uformell, muntlig prosess». Innsigelsene mot saksbehandlingen og vedtakets begrunnelse var i brev fra advokaten tatt opp med fylkesmannen, som i sitt svar opplyste at vedtaket ble fastholdt. Videre fremholdt advokaten at den måten læreren hadde blitt behandlet på, hadde skapt «reaksjoner hos foreldrene til de øvrige barna i klassen klagen gjaldt».

Det ble herfra besluttet å undersøke saken nærmere. I brev til fylkesmannen ble det vist til at det i fylkesmannens vedtak var opplyst at læreren var en av sakens tre parter. Fylkesmannen ble bedt om å redegjøre nærmere for denne vurderingen. Videre ble det bedt redegjort for fylkesmannens syn på om det å anses som part også medfører at parten får selvstendige rettigheter i en slik sak. Skulle læreren for eksempel ha blitt varslet og fått anledning til å uttale seg, i tillegg til skolen? Videre ble det spurt om fylkesmannen mente at dette eventuelt er noe som kan følge av god forvaltningsskikk. Det ble vist til regelen i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17 første ledd om at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, og bedt opplyst om fylkesmannens vurdering av denne bestemmelsen tilsa at lærerens fremstilling skulle vært innhentet før vedtaket ble truffet.

I brev hit svarte fylkesmannen blant annet at vedtaket var formulert på en måte som gir grunn til tvil om det dreier seg om et enkeltvedtak i lovens forstand, men presiserte at fylkesmannen har ansett avgjørelsen som bestemmende for skolens plikt til å tilrettelegge et godt psykososialt miljø for eleven, jf. friskoleloven 4. juli 2003 nr. 84 § 3–9 annet ledd og § 2–4, jf. opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 9a-3. Videre svarte fylkesmannen følgende:

«Fylkesmannen mottok klage direkte fra elevens mor. Vi avholdt umiddelbart flere møter med skolens ledelse i forbindelse med klagen. Deretter behandlet vi saken med hjemmel i opplæringsloven § 9a-3, tredje ledd. Dette fordi skolen ikke hadde tatt stilling til og behandlet morens klage, slik de har plikt til. Fylkesmannen er klageinstans, men før vi tok saken til behandling, skulle skolen tatt stilling til saken en gang til, jf. forvaltningsloven § 33, annet og fjerde ledd og veilederen til opplæringsloven § 9a-3. Det er derved begått en formell saksbehandlingsfeil fra vår side.

I Fylkesmannens klagebehandling ble det vurdert slik at klagesaken omfatter to parter; eleven ved moren og skolen. Underveis i saksbehandlingen ble det holdt fast ved, og også uttrykt, at det er skolen som er ansvarlig for å tilrettelegge for et godt psykososialt miljø for eleven. Forholdet mellom arbeidsgiver og den enkelte lærer ligger utenfor Fylkesmannens myndighetsområde, og vi tok derfor ikke nærmere stilling til dette.

I vedtaket står det: «Sakens tre parter (mor, skolen og Bs lærer) har alle engasjert juridisk bistand». Dette var ment som en faktisk opplys-

ning i saken. Vi vurderte ikke lærerens selvstendige partsstatus i vår saksbehandling, noe vi i ettertid ser vi burde ha gjort. Læreren er helt sentral i saken. Hun er direkte berørt gjennom påstander som er rettet mot henne. Vi vurderer det slik at læreren må være å anse som den som saken «ellers direkte gjelder» og derfor er part, jf. forvaltningsloven § 2, bokstav e. Selv om det skulle være tvil om læreren i en sak som dette har partsstatus, burde hun uansett etter Fylkesmannens oppfatning vært gitt partsrettigheter i saken. Dette følger av god forvaltningsskikk.

Læreren burde vært varslet og gitt anledning til å imøtegå påstander som ble fremsatt om henne jf. forvaltningsloven § 16. Fylkesmannen ser i ettertid at lærerens fremstilling av saken under enhver omstendighet burde vært innhentet for å få saken godt nok opplyst før vedtak ble fattet, jf. forvaltningsloven § 17, første ledd.

I ettertid kan Fylkesmannen se at vår behandling av denne konkrete klagesaken har vært kritikkverdig og i strid med sentrale forvaltningsrettslige regler. Situasjonen er nå, som opplyst ovenfor, at læreren er tilbake i arbeid ved skolen, og eleven har flyttet og byttet skole. Fylkesmannen kan vanskelig se at klagen fra elevens mor lenger har noen aktualitet. Vi stiller derfor spørsmål ved hensiktsmessigheten i å behandle klagesaken på nytt i sin fulle bredde og viser igjen til at skolen blir fulgt opp med tilsyn fra vår side.»

I et oppfølgende brev til ombudsmannen anførte lærerens advokat at fylkesmannens innrømmelser av regelbrudd måtte antas å innebære at vedtaket var ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41. Det ble fremholdt og utdypet at fylkesmannen hadde lagt et uriktig faktum til grunn for vedtaket.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Det følger av forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e at det i loven menes med «part, person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Det fremgår av fylkesmannens brev 14. og 15. mars 2005 at skolen ikke tok stilling til og behandlet henvendelsene fra elevens mor som enkeltvedtak, og at fylkesmannen behandlet klagen i henhold til opplæringslova § 9a-3, jf. friskolelova § 2–4 annet ledd og § 3–9 annet ledd.

Den kritikk som fylkesmannens brev munnet ut i kan ikke anses som noe enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b jf. bokstav a, idet denne ikke «er bestemmende for rettigheter og plikter til private personer». Rettighetene og pliktene på dette området er fastsatt i loven, jf. friskolelova § 3–9 annet ledd og opplæringslova § 9a-3 jf. friskolelova § 2–4 annet ledd.

Opplæringslova § 9a-3 tredje ledd lyder slik:

«Dersom ein elev eller forelder ber om tiltak som vedkjem det psykososiale miljøet, deriblant tiltak mot krenkjande åtferd som mobbing, diskriminering, vald eller rasisme, skal skolen snarast mogeleg behandle saka etter reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova. Om skolen ikkje innan rimeleg tid har teke stilling til saka, vil det likevel kunne klagast etter føresegnene i forvaltningslova som om det var gjort enkeltvedtak.»

Det dreier seg således her om et tilfelle hvor det er klaget etter bestemmelsene i forvaltningsloven som om det var gjort enkeltvedtak. Det fremgår ikke av § 9a-3 hvem som er å anse som «part» i en slik klagesak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e. Lovforarbeidene gir heller ingen veiledning vedrørende dette spørsmålet, jf. Ot.prp. nr. 72 (2001–2002) Om lov om endringar i lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa. Reelle hensyn tilsier imidlertid etter min oppfatning at personer som har en nærmere kvalifisert tilknytning til saken bør ha partsstatus som i saker hvor det treffes enkeltvedtak. Også i saker av denne art kan personer bli berørt på en slik måte av saksbehandlingen at disse av hensyn til kontradiksjon og opplysning av saken bør gis partsrettigheter.

Fylkesmannens uttalelse i brevene 14. og 15. mars 2005 «rettet seg» ikke mot klageren (læreren), men mot skolen og eleven, som konklusjonen i uttalelsen omhandler. Spørsmålet er om saken likevel «direkte gjelder klageren». Det vises her til den kritikk mot læreren som kom til uttrykk i fylkesmannens brev, samt det forholdet at hun i en periode under sakens behandling ble suspendert fra sin stilling ved skolen.

Det antas i juridisk teori at den reelle tilknytningen til saken ofte bør være avgjørende når det er spørsmål om hvem som skal ha rettigheter som part, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett (7. utgave) s. 232. Det antas videre at personer som står i forskjellige former for avtaleforhold til offentlige organer, kan bli regnet som parter fordi saken gjelder dem, jf. Geir Woxholth: Forvaltningsloven (1999) s. 82. Ombudsmannen har i flere uttalelser lagt til grunn at en person på grunn av sin reelle tilknytning til saken må anses som part i denne. Det kan vises til blant annet uttalelser i ombudsmannens årsmeldinger for henholdsvis 1981 s. 116 og 2005 s. 187.

Etter min oppfatning må klageren være å anse som part i saken. På grunn av sin sentrale rolle i saken hadde hun en sterk reell tilknytning til denne. Gjennom sitt arbeidsforhold sto hun dessuten i et avtaleforhold til skolen, og dette avtaleforholdet ble direkte berørt av saksbehandlingen ved at hun ble suspendert fra sin stilling. Det må følgelig anses som en saksbehandlingsfeil at hun ikke ble forhåndsvarslet og gitt adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, jf. forvaltningsloven § 16 og § 18 ff., før fylkesmannen avga sin uttalelse i saken. Feilen må antas å ha medført at saken ikke er blitt tilstrekkelig godt nok opplyst, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd, fordi klageren ikke fikk anledning til å uttale seg. Hun har i ettertid gitt uttrykk for uenighet på flere punkter i den kritikk som har fremkommet mot henne i fylkesmannens brev 14. og 15. mars 2005.

Det følger av forvaltningsloven § 41 at dersom lovens regler ikke er fulgt i en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket inn på vedtakets innhold. Utilstrekkelig opplysning av saken vil lett kunne anses å ha innvirket på vedtakets innhold. Det samme gjelder ved brudd på reglene om varsling og partsoffentlighet, hvor vedtaket har gått i vedkommende parts disfavør. Se Eckhoff og Smith op. cit. s. 429. I denne saken, som likevel ikke gjelder et enkeltvedtak, er det etter min oppfatning ikke usannsynlig at de nevnte saksbehandlingsfeilene kan ha virket bestemmende for vurderingene og konklusjonen i fylkesmannens brev 14. og 15. mars 2005, idet disse feilene har medført manglende kontradiksjon og følgelig mangelfull opplysning av saken.

Fylkesmannen har som nevnt i brev hit 10. februar 2006 gitt uttrykk for at klageren var å anse som part i saken, og at hun uansett skulle ha vært gitt partsrettigheter i henhold til god forvaltningsskikk. Det synes således å kunne legges til grunn at fylkesmannen er enig i min vurdering. Fylkesmannen har erkjent at sakens behandling har vært kritikkverdig og i strid med sentrale forvaltningsrettslige regler. Fylkesmannen har likevel stilt spørsmål om hensiktsmessigheten av å behandle klagesaken på nytt, tatt i betraktning situasjonen og forholdene nå.

Jeg oppfatter det slik at fylkesmannen har beklaget saksbehandlingen. På denne bakgrunn, samt etter min gjennomgang av saken, er det ikke grunn til ytterligere herfra. Saken kan nå bero med den forklaring som er gitt og avsluttes med dette her.»

23.

Oppnevning av ektefeller som sensorer ved klagesensur ved høgskole

(Sak 2005/1264)

I forbindelse med en klagesensur ved en høgskole ble det oppnevnt to sensorer, hvor den eksterne var gift med den interne. Den interne sensoren var også fagansvarlig ved høgskolen.

Ombudsmannen uttalte at uavhengig av om sensuren rent faktisk kan ha vært forsvarlig og betryggende, vil sensur foretatt av to ektefeller sammen være egnet til å svekke tilliten til sensuren og derfor i dårlig samsvar med god forvaltningsskikk. Ombudsmannen kunne heller ikke se at det var grunnlag for å unnlate å gi begrunnelse til klager samtidig med underretning om vedtak fra klagenemnda. Klagenemnda behandlet etter dette saken på nytt. Dekanen ble bedt om å oppnevne to nye sensorer for gjennomføring av ny klagesensur.

A begynte høsten 2003 på mastergradsstudier ved en høgskole. Våren 2004 avla hun en eksamen. Hun fikk karakteren B på den individuelle prøven. A klaget over karakterfastsettingen, og fikk ved klagesensuren karakteren C. Hun klaget etter dette til høgskolen over formelle feil ved klagesensuren. Klagen ble avslått av høgskolen, ved dekanen for avdelingen. A brakte deretter saken inn for ombudsmannen. Det ble herfra stilt spørsmål til høgskolen om ikke As klage skulle vært behandlet av styrets klagenemnd, jf. tidligere universitetslov 12. mai 1995 nr. 22 § 51 nr. 1 og høgskolens forskrift om vurdering § 18 nr. 3. Høgskolen svarte at den var enig i dette og at A ville bli tilskrevet slik at hun fikk anledning til å fremme en klage for klagenemnda. A klaget deretter til klagenemnda, som ikke ga henne medhold.

A henvendte seg deretter på nytt til ombudsmannen. Hun fastholdt i klagen hit at det forelå formelle feil ved den nye sensureringen, slik at hun ikke hadde fått en «ny og uhildet vurdering». A viste til at de to nye sensorene var ektefeller, og at den ene av de to var faglig ansvarlig for det aktuelle faget ved høgskolen. I tillegg viste hun til at den interne sensoren hadde deltatt i den første sensureringen sammen med den andre faglige ansvarlige. Om klagenemndas sammensetning opplyste hun at så langt hun hadde brakt i erfaring, besto denne av ansatte ved høgskolen.

I brev herfra ble det bedt om at høgskolen redegjorde for klagenemndas saksbehandling, herunder om det utarbeides innstilling til vedtak, om nemnda treffer avgjørelsene i møter og om det føres protokoll dersom det avholdes møter. Videre ble det bedt om en redegjørelse for rutinene ved meddelelse av vedtak til klageren, herunder om vedtakene begrunnes og undertegnes av klagenemnda. Det ble også vist til at det i de oversendte saksdokumentene ikke lå noen skriftlig innstilling til klagenemnda eller noen begrunnelse for nemndas avgjørelse, og bedt om at de eventuelt ble oversendt hit.

Høgskolen ble også bedt om å redegjøre for hvilket regelverk som gjelder for oppnevning av sensorer ved klagesensur. Videre ble det bedt opplyst om hva som er begrunnelsen for regelen i forskrift om vurdering ved høgskolen § 13 nr. 4 om at intern sensor normalt vil være fagansvarlig lærer og om det ble vurdert å gjøre unntak i dette tilfellet. Det ble også bedt om en rettslig redegjørelse fra høgskolen for om det er noe i veien for at intern og ekstern sensor er ektefeller, og herunder bedt opplyst om høgskolen mener at forvaltningsloven § 6 annet ledd er relevant for vurderingen.

Høgskolen svarte slik:

«1. Klagenemndas saksbehandling

Når det foreligger en klagesak som skal forelegges klagenemnda utarbeider høgskoledirektør saksfremlegg med forslag til vedtak. Forslag til vedtak er vanligvis at klagen ikke tas til følge. Ettersom høgskoledirektøren har anledning til å omgjøre vedtak til gunst for klager, sendes ikke saken til klagenemnda dersom høgskoledirektøren finner å gi klager medhold.

Protokollen skrives og undertegnes umiddelbart etter møtet er avsluttet, og det protokollføres vanligvis ikke begrunnelse for vedtaket. Vedlagt følger kopi av protokoll og saksfremstilling til klagenemnda.

2. Oppnevning av sensorer ved ny sensurering

Dekan har i henhold til Forskrift om eksamen ved Høgskolen i ... myndighet til å oppnevne sensor. Høgskoledirektøren fastsetter instruks for sensur. Vedlagt følger gjeldende instruks for sensur ... samt den som ... gjaldt frem til .... Instruksene omhandler ikke retningslinjer for habilitet.

Høgskolen har valgt å klargjøre i forskrift at fagansvarlig normalt er intern sensor. Begrunnelsen er at det er fagansvarlig som har best innsikt i faget og derfor er best kompetent til å vurdere det som legges frem for vurdering.

Selv om sensorene var gift med hverandre mente avdelingen at dette ikke ville kunne påvirke sensorenes standpunkt. Ingen ugildhetsinnsigelse ble reist verken fra C eller B. A kom med sin innsigelse etter at resultatet av sensuren var klar. Hadde hun i forkant kommet med ugildhetsinnsigelse ville avdelingen prøvd å fremskaffe andre sensorer. Det er bare unntaksvis tilfelle at intern sensor ikke er fagansvarlig, og det er derfor ikke grunnlag for særskilt kommentar til dette.

Verken høgskoledirektør eller klagenemnda fant grunn til å overprøve avdelingens vurderinger i denne saken.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Klagenemndas saksbehandling

Høgskolen har redegjort for saksbehandlingen i klagenemnda. Vedlagt brevet var kopi av innstilling og forslag til vedtak fra studiedirektøren og kopi av møtebok fra møte i styrets klagenemnd. Møteboken viser at klagenemndas vedtak treffes i møter, at det føres protokoll og at vedtakene undertegnes av klagenemndas medlemmer. Dette gir ikke grunnlag for merknader fra min side.

Høgskolen ble herfra også bedt om å redegjøre for rutinene ved meddelelse av vedtak til klageren, herunder om vedtakene begrunnes og undertegnes av klagenemnda. Etter hva jeg kan se, har høgskolen ikke besvart spørsmålet. Av de foreliggende dokumentene kan det ikke sees at det foreligger en egen skriftlig begrunnelse fra klagenemnda i denne saken, og det fremstår da slik at begrunnelsen i innstillingen fra høgskoledirektøren også er nemndas begrunnelse.

Av saksdokumentene synes det videre som om klagenemndas vedtak er meddelt klageren i brev 2. mai 2005 uten at møteboken med protokoll eller innstilling til vedtak er vedlagt. Det er heller ikke tatt inn noen begrunnelse i brevet. I forvaltningsloven 10. februar 1967 § 27 annet ledd er det bestemt at i saker der begrunnelsen etter loven § 24 skal gis samtidig med vedtaket, bør grunnene gjengis i underretningen. Jeg kan ikke se at det var grunnlag for å unnlate å gi begrunnelse til klager i denne saken, samtidig med underretningen om klagenemndas vedtak. Det synes således på dette punkt å være gjort en feil fra høgskolens side.

A har fremholdt at alle klagenemndas medlemmer er ansatt ved høgskolen. Det stilles i tidligere universitetslov § 25 krav om at leder og varamedlem for leder ikke skal være ansatt ved institusjonen. Det er opplyst fra høgskolen på telefonhenvendelse herfra og fremgår også av høgskolens sak ... «Oppnevning av nye medlemmer i Klagenemnda», at leder og varamedlem for leder begge er tingrettsdommere. Jeg kan etter dette ikke se at det er grunnlag for innvendinger mot klagenemndas sammensetning.

2. Oppnevning av sensorer til klagekommisjon

Det er på det rene at klagekommisjonen som sensurerte klagen besto av to personer, en intern og en ekstern, som var gift med hverandre. Den interne sensoren var fagansvarlig for det angjeldende faget.

Klageren anfører at det burde vært oppnevnt to eksterne sensorer som ikke var i familie med hverandre.

Universitetsloven § 50 nr. 5 første pkt. lyder slik:

> «Ved ny sensurering etter § 51 nr. 2 og § 51 nr. 4 benyttes minst to nye sensorer, hvorav minst en ekstern.»

Det fremgår av forskrift om vurdering ved Høgskolen i ... § 13 nr. 4, gitt med hjemmel i universitetsloven § 50 nr. 7, at:

> «Intern sensor vil normalt være fagansvarlig(e) lærer(e).»

Høgskolen har begrunnet dette med at det er den fagansvarlige som har best innsikt i faget og derfor er den som er best kompetent til å vurdere det som fremlegges.

Jeg kan på denne bakgrunn ikke se at det er grunnlag for å rette innvendinger mot at intern, fagansvarlig lærer ble oppnevnt som sensor i forbindelse med klagesensur. Det kan også vises til at det kan være en fordel at en av sensorene er kjent med faget slik det undervises på den aktuelle undervisningsinstitusjonen. Se for øvrig også nedenfor om det som fremgår i Ot.prp. nr. 85 (1993–94) side 76 om oppnevning av sensorer ved ny sensurering.

Det er videre klaget over at den eksterne sensoren var gift med den interne.

Dette reiser spørsmål som skiller seg fra habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6. Det er her ikke tale om forhold mellom eleven på den ene siden og en eller begge sensorene på den annen side, som skulle kunne være egnet til å svekke tilliten til sensorenes upartiskhet. Det spørsmål som reiser seg er om det forhold at sensorene var ektefeller kan rokke ved tilliten til at sensuren har skjedd på en tilstrekke-

lig betryggende måte, jf. universitetsloven fra 1995 § 50 nr. 1 der det heter at styret skal sørge for at studentenes kunnskaper og ferdigheter blir prøvet og vurdert på en upartisk og faglig betryggende måte. Det kan også stilles spørsmål om det er i tråd med god forvaltningsskikk å oppnevne ektefeller til å delta sammen ved en avgjørelse, i dette tilfellet som sensorer for en elev.

Høgskolen har i sitt svarbrev hit fremholdt at «[s]elv om sensorene var gift med hverandre mente avdelingen at dette ikke ville kunne påvirke sensorenes standpunkt». Dette er et standpunkt som tas til etterretning. Høgskolen har imidlertid ikke søkt å utdype dette nærmere.

I lovens § 50 nr. 2 annet ledd er det for den ordinære sensuren bestemt at det skal være minst to sensorer, hvorav minst en ekstern, ved bedømmelsen av kandidatenes selvstendige arbeid i høgre grad. I Ot.prp. nr. 85 (1993–94) side 75 står det om bakgrunnen for bestemmelsen:

> «Både av faglige og rettssikkerhetsmessige grunner bør det alltid medvirke minst to personer ved vurderingen. Alle sensorer forutsettes å foreta en reell vurdering av kandidaten og ha like stor innflytelse på resultatet. Hvis sensorene ikke blir enige om bedømmelsen av en skriftlig besvarelse eller et skriftlig arbeid, bedømmes besvarelsen av ny sensor.
>
> Kravet om at minst én sensor er hentet utenfor institusjonen er viktig både som kvalitetskontroll og som rettssikkerhetsgaranti for eksamenskandidaten.»

I Ot.prp. nr. 85 (1993–94) side 76, til lovens § 50 nr. 5 om oppnevning av sensorer ved ny sensurering, står det:

> «Ved ny sensurering utpekes nye sensorer, om mulig blant dem som har deltatt ved vedkommende eksamen, da dette gir den beste garanti for at klagesensuren blir foretatt ut fra den samme vurderingsnorm som den øvrige sensur. Hvis dette ikke er mulig, oppnevnes nye sensorer etter de alminnelige regler om dette. Ny sensurering bør utføres av erfarne sensorer.»

Det fremgår at et viktig hensyn bak reglene om oppnevning av sensorer er at begge skal foreta en reell vurdering, og ha like stor innflytelse på resultatet. Det er grunn til å spørre om dette hensynet blir tilstrekkelig ivaretatt når sensorene er ektefeller. Det er normalt relasjoner mellom ektefeller som er helt særegne, sammenlignet med relasjoner mellom andre personer. Dette forhold gjør at sensuren utad fremstår som mindre tillitvekkende, uavhengig av om forholdene rent faktisk kan ha vært betryggende nok. Spørsmålet er m.a.o. om en sensur gjennomført av to ektefeller kan være egnet til å svekke tilliten til sensuren. I nærværende sak var i tillegg den ene av de to sensorene fagansvarlig ved høgskolen. Det er fra høgskolens side i brev hit (ombudsmannssak 2005/55), opplyst at det ikke er uvanlig at sensorer som på en eller annen måte er i familie med hverandre oppnevnes som sensorer, og at det for et lite fagområde kan være nødvendig for å få sensorer med tilstrekkelig faglig integritet. Jeg oppfatter likevel ikke dette som at høgskolen mener at det i denne saken ville vært umulig eller vanskelig å finne en annen ekstern sensor. Den oppnevnelsen av sensorer som er gjort i saken fremstår etter min mening som uheldig. Uavhengig av om sensuren kan ha vært både forsvarlig og betryggende, mener jeg at en sensur foretatt av to ektefeller sammen er egnet til å svekke tilliten til sensuren og derfor i dårlig samsvar med god forvaltningsskikk.

Jeg har etter dette kommet til at jeg må be Klagenemnda ved Høgskolen i ... om å behandle saken på nytt. Jeg ber om å bli orientert om utfallet av klagenemndas nye behandling.

For ordens skyld tilføyes at jeg har merket meg at det synes som om oppnevningen av sensorene er gjort av Seksjon for ..., ikke av dekanen, slik det fremgår i forskrift om vurdering ved Høgskolen i ... § 13. Forholdet er omtalt i høgskoledirektørens innstilling 18. april 2005 til klagenemnda, og høgskoledirektørens konklusjon var at feilen ikke hadde hatt betydning for *bedømmelsen av kandidaten* (min utheving). Spørsmålet om korrekt myndighet for oppnevning av sensorer er ikke tatt opp herfra med høgskolen tidligere. Jeg finner likevel, på generelt grunnlag, grunn til å kommentere forholdet. Etter min mening vil det ved vurderingen av hvilken betydning det eventuelt kan få at sensorer er oppnevnt av feil myndighet, måtte tas stilling til om selve oppnevningen kan anses gyldig. I den forbindelse er det mulig at spørsmålet om innvirkning på utfallet av oppnevningen kan være relevant. Myndigheten til å oppnevne sensorer er som nevnt lagt til dekan. Det må antas at bakgrunnen har vært at dette skal ivareta hensynet til en betryggende saksbehandling, blant annet kjennskap til regelverket hos den som har ansvaret. Klagenemnda bør derfor vurdere også dette spørsmålet.»

Klagenemnda behandlet etter dette saken på nytt. Dekanen ble bedt om å oppnevne to nye sensorer for gjennomføring av ny klagesensur.

24.

Sensur av eksamen etter klage – spørsmål om plikt til å begrunne vedtak

(Sak 2005/1168)

Saken gjaldt spørsmålet om universitetets plikt til å begrunne vedtak ved klagesensur, herunder forholdet mellom hovedregelen for begrunnelse av enkeltvedtak i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 24 og særregelen for sensurvedtak i lov om universiteter og høgskoler 12. mai 1995 nr. 22 (universitetsloven) § 52.

Ombudsmannen godtok universitetets standpunkt om at klageren ikke hadde rett til samtidig be-

grunnelse for sensurvedtaket. Klageren hadde fremsatt kravet for sent, og således tapt sin rett til begrunnelse.

A klaget over sensur av en eksamen han hadde avlagt ved et universitet. Det ble oppnevnt en klagekommisjon, og i brev fra universitetet til klageren ble det opplyst at sensurvedtaket var endret fra karakteren B til karakteren C. Det var ikke gitt noen begrunnelse for klagevedtaket, og klageren henvendte seg til universitetet med krav om begrunnelse. Universitetet avviste kravet, under henvisning til at dette var fremsatt etter utløpet av fristen i universitetsloven § 52 nr. 1.

Saken ble av klageren brakt inn for ombudsmannen. Han anførte at han i henhold til reglene i forvaltningsloven § 24 hadde krav på at det ble gitt en begrunnelse for sensuren samtidig med sensurvedtaket. Han viste til at universitetsloven § 52 nr. 1 og 2 fritar universitetet for plikten til å gi samtidig begrunnelse for det ordinære sensurvedtaket, men at bestemmelsen ikke fritar for plikten til å gi samtidig begrunnelse for vedtaket i klagesensuren. Klageren viste i denne forbindelse til Ot.prp. nr. 85 (1993–1994) om lov om høgre utdanning s. 78. Videre viste han til note 475 til universitetsloven i Norsk Lovkommentar, hvor Jan Fridthjof Bernt uttaler at «[v]ed klagesensuren gjelder forvaltningslovens alminnelige regel; det må gis en skriftlig begrunnelse samtidig med sensurvedtaket». Klageren anførte at hensynet til en effektiv og hurtig saksbehandling ikke gjør seg gjeldende i samme grad ved klagesensur som ved ordinær sensur. Klageren fremholdt at den manglende begrunnelsen er en saksbehandlingsfeil som må medføre at vedtaket anses som ugyldig.

I brev herfra til universitetet ble det bedt om universitetets syn på forholdet mellom forvaltningsloven § 24 og universitetsloven § 52. Herunder ble universitetet bedt om å redegjøre for sin oppfatning av om særregelen i universitetsloven § 52 om unntak fra begrunnelsesplikten gjelder både ved ordinær sensur og klagesensur.

I sitt svar til ombudsmannen uttalte universitetet at det synes å være klart at særregelen i universitetsloven § 52 gjelder både ved ordinær sensur og klagesensur. Universitetet fremholdt at det er fast praksis at det ikke gis samtidige begrunnelser ved klagesensur. Det ble vist til at en slik praksis var forankret i en fortolkning av universitetsloven § 52 og reelle hensyn.

Universitetet fremholdt videre:

> «Klager har anført at det må gjøres et skille mellom ordinær sensur og klagesensur. Ordlyden i lov om universiteter og høgskoler § 52 nr. 1 skiller ikke mellom ordinær sensur og klagesensur når det gjelder studentenes rett til begrunnelse og når krav om begrunnelse må være satt fram. Denne retten til å kunne få begrunnelse for sine prestasjoner gjelder uansett enten det er tale om ordinær sensur eller klagesensur. Det er også en slik tolkning som blir lagt til grunn ved Universitetet i .... Det er heller ingenting i forarbeidene som taler for at det er tenkt å gjøre et skille mellom ordinær sensur og klagesensur i særreglene i lov om universiteter og høgskoler.
>
> De reelle hensyn som taler mot at sensorene skal pålegges å gi samtidig begrunnelse, gjør seg like mye gjeldende ved ordinær sensur som ved klagesensur. Sensurarbeidet medfører en stor arbeidsbelastning for fagpersonene og krav om samtidig begrunnelse vil innebære urimelig merarbeid. I denne sammenheng er det viktig å vise til at studentene fortsatt har rett til begrunnelse, men at de må be om det innen fastsatt frist.
>
> Karakterfastsetting ved ny sensurering er også endelig og kan ikke påklages, jf. lov om universiteter og høgskoler § 52 nr. 6. Sett i sammenheng med klageadgangen vil studentens behov for begrunnelse være sterkere ved ordinær sensur enn ved klagesensuren.»

I brev til ombudsmannen utdypet klageren sine anførsler, og viste herunder til at det ved alle de tre juridiske fakultetene i Norge gis samtidig begrunnelse ved klagesensur.

Om forståelsen av universitetsloven § 52 anførte klageren blant annet:

> «I sitt brev anfører universitetsdirektøren at § 52 nr. 1 ikke skiller mellom førstegangssensur og klagesensur. Skillet følger imidlertid av systemet i bestemmelsen, der nr. 1 til 3 regulerer ordinær sensur, mens nr. 4 til 6 regulerer klage. Verken her eller i forarbeidene er det åpnet for å fravike forvaltningslovens hovedregel om samtidig begrunnelse ved klagevedtaket.»

I et oppfølgende brev til ombudsmannen uttalte universitetet blant annet:

> «I tillegg vil vi vise til forskrift om unntak fra plikten til å grunngi enkeltvedtak, gitt i medhold av forvaltningsloven § 24 fjerde ledd. I denne forskriften § 3 er det fastsatt at ved bedømmelse av prøve eller eksamen eller andre prestasjoner ved skole eller annen undervisningsinstitusjon eller ved særlige prøveorgan, kan grunngiving bare kreves etter de særskilte forskrifter som er eller blir fastsatt. Slik universitetsdirektøren tolker denne forskriften, kommer ikke forvaltningsloven § 24 til anvendelse ved sensurvedtak ved utdanningsinstitusjoner i Norge, herunder også universitetene og høgskolene. Det gjøres heller ikke her et skille mellom ordinær sensur og klagesensur.»

Universitetet opplyste at man kjente til praksisen med samtidig begrunnelse for klagesensurvedtak ved Det juridiske fakultet i ..., og kommenterte denne slik:

> «Dette mener universitetsdirektøren er gjort ut fra en hensiktsmessighets vurdering. Ved jusstudiet finnes det tradisjonelt et karakterfokus blant studentene som vi ikke i tilsvarende grad finner igjen ved andre fag. Andre enheter, som for eksempel Institutt for filosofi har ikke lagt opp til denne praksisen.»

Universitetet fremholdt for øvrig at det ikke kan ha

så stor betydning for kandidatens rettssikkerhet om begrunnelsen kommer samtidig med vedtaket eller kort tid etterpå.

Det ble deretter i brev herfra til Utdannings- og forskningsdepartementet anmodet om departementets syn på forholdet mellom forvaltningsloven § 24 og universitetsloven § 52, herunder om en redegjørelse for departementets syn på hvorvidt særregelen i universitetsloven § 52 gjelder både ved ordinær sensur og klagesensur.

Departementet besvarte henvendelsen under henvisning til reglene i lov om universiteter og høyskoler 1. april 2005 nr. 15, som trådte i kraft 1. august 2005, ettersom de aktuelle reglene i den tidligere lovens § 52 er videreført i sin helhet i den nye loven.

Departementet uttalte i sitt brev til ombudsmannen blant annet følgende:

> «Etter å ha fått spørsmål knyttet til gjennomføringen av klagesensuren, har departementet tidligere vist til at loven fastsetter at «ny sensurering skal foretas», og at dette taler for at gjennomføringen av klagesensur skal være så lik første gangs sensur som mulig. Dette taler for at regelen om begrunnelse i § 5–3 (1) jf. (2) også gjelder ved klagesensur.
>
> Det fremgår av omtalen av særregelen i Ot.prp. nr. 85 (1993–94) at departementet den gang overveide å stille krav om at alle begrunnelser skulle være skriftlige, men at man gikk bort fra dette fordi antallet eksamenskandidater og eksamensbesvarelser varierer sterkt fra fag til fag, og at en generell plikt til å gi skriftlig begrunnelse vil kunne medføre urimelig mye merarbeid i fag der sensorarbeid fra før er en stor belastning.
>
> Departementet mener det er relevant å legge tilsvarende vekt på at sensorarbeidet ikke skal kunne medføre urimelig mye merarbeid også ved klagesensur. Selv om antallet eksamensbesvarelser vanligvis vil være færre i forhold til antallet i den ordinære sensuromgangen, vil det variere fra fag til fag og fra eksamen til eksamen hvor stor belastning klagesensuren er for den enkelte sensor.
>
> Klagesensuren gjennomføres dessuten ofte i typiske ferie- og høytidsperioder, og også av den grunn bør det være en viss fleksibilitet i forhold til hvordan begrunnelse for sensorvedtaket skal gis. I mange tilfeller kan det være mest hensiktsmessig å gi skriftlig begrunnelse samtidig med sensorvedtaket, mens andre ganger kan forhold tale for det motsatte.
>
> Et siste reelt hensyn for at regelen i § 5–3 (1) jf. (2) om begrunnelse også gjelder ved klagesensur, er at det er uheldig, både for den enkelte sensor og for administrasjonen ved universiteter og høyskoler, å måtte forholde seg til to ulike regler for en ellers identisk prosedyre. Det er lite hensiktsmessig, og det er fare for at det kan føre til misforståelser og formelle feil i saksbehandlingen.
>
> Etter departementets oppfatning er studentenes rett til å få begrunnelse for karakteren ved klagesensur et viktig prinsipp. Reglene for hvordan begrunnelse skal gis, følger av universitets- og høyskoleloven § 5–3 (1) jf. (2).»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Det følger av forvaltningsloven § 24 første ledd at enkeltvedtak skal begrunnes og at forvaltningsorganet skal gi begrunnelsen samtidig med at vedtaket treffes.

Denne hovedregelen om samtidig begrunnelse ivaretar ulike reelle hensyn. For en part kan begrunnelsen særlig ha betydning hvis han ikke har fått medhold, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett (7. utgave) s. 254, og min uttalelse i ombudsmannens årsmelding for 2004 s. 218 ff. Begrunnelsesplikten bidrar til å sikre at de vedtak som treffes er forsvarlige. Plikten til å begrunne vedtaket skal dessuten sikre at parten får nødvendig og tilstrekkelig informasjon til å forstå og akseptere vedtaket. Dette er viktig både for parten selv, og også for å ivareta forvaltningens legitimitet og publikums tillit til forvaltningen.

Ifølge forvaltningsloven § 24 fjerde ledd, første punktum kan Kongen for særskilte saksområder gi bestemmelser om at begrunnelse kan unnlates når særlige forhold gjør det nødvendig.

Slike bestemmelser er gitt i forskrift 12. desember 1977 nr. 14 om unntak fra plikten til å grunngi enkeltvedtak. Forskriftens § 3 lyder slik:

> «Ved bedømmelse av prøve eller eksamen eller andre prestasjoner ved skole eller annen undervisningsinstitusjon eller ved særlige prøveorgan, kan grunngiving bare kreves etter de særskilte forskrifter som er eller blir fastsatt.»

Universitetsloven § 52 gir regler om begrunnelse for og klage over karakterfastsetting. Paragrafens nr. 1 lyder slik:

> «Studenten har rett til å få en begrunnelse for karakterfastsettingen av sine prestasjoner. Ved muntlig eksamen eller bedømmelse av praktiske ferdigheter må krav om slik begrunnelse framsettes umiddelbart etter at karakteren er meddelt. Ved annen bedømmelse må krav om begrunnelse framsettes innen én uke fra kandidaten fikk kjennskap til karakteren, dog aldri mer enn tre uker fra karakteren ble kunngjort.»

Ifølge nr. 2 siste punktum kan begrunnelse gis muntlig eller skriftlig etter sensors valg.

Paragrafens nr. 4 første og annet punktum lyder slik:

> «En student kan klage skriftlig over karakteren for sine egne prestasjoner innen tre uker etter at eksamensresultat er kunngjort. Ny sensurering skal da foretas.»

Ifølge forskrift for eksamener ved Universitetet i ... § 42 første ledd, første punktum har «[en] kandidat ... rett til å få en begrunnelse for karakterfastsettingen i henhold til lov om universiteter og høgskoler § 52 og denne forskriften». Vilkårene for rett til å få

en begrunnelse etter forskriften tilsvarer vilkårene i universitetsloven § 52 nr. 1.

Spørsmålet er hvorvidt særregelen om begrunnelsesplikt i universitetsloven § 52 gjelder både ved ordinær sensur og klagesensur, eller om regelen i forvaltningsloven § 24 første ledd om samtidig begrunnelse får anvendelse ved klagesensur.

Universitetsloven § 52 gir ikke noe eksplisitt svar på spørsmålet. Bestemmelsen om at det ved klage skal finne sted «ny sensurering» gir imidlertid en viss støtte for at de særlige vilkårene for klagerett i bestemmelsen må få anvendelse også ved klagesensur. Den foran nevnte forskrift 12. desember 1977 nr. 14 om unntak fra plikten til å grunngi enkeltvedtak § 3 gir likeledes støtte for en slik løsning, idet den bestemmer at på dette området kan begrunnelse «bare kreves etter de særskilte forskrifter som er eller blir fastsatt». Reglene om begrunnelse i universitetsloven § 52 fremstår således som spesialregler (lex specialis) for sensurvedtak, som det er naturlig å gi anvendelse både ved ordinær sensur og klagesensur.

Jeg er dessuten enig med departementet i at det kan fremstå som uhensiktsmessig for sensorene og undervisningsinstitusjonene at de skal forholde seg til ulike regler om begrunnelse ved henholdsvis ordinær sensur og klagesensur.

Hensynet til en rask og effektiv avvikling av sensurarbeidet synes å ha vært overordnet ved utformningen av reglene i universitetsloven § 52. I Ot.prp. nr. 85 (1993–94) s. 78 uttalte således Utdanningsdepartementet om hensynet bak særregelen om at begrunnelse må kreves innen en i loven angitt frist:

> «Denne korte fristen er begrunnet dels i behovet for å få fortgang i en eventuell klagebehandling, og dels ved at kandidaten ikke mister noen materielle rettigheter hvis han eller hun oversitter fristen, bortsett fra retten til å få en begrunnelse.»

Også bestemmelsen om at sensor kan velge mellom skriftlig og muntlig begrunnelse er forankret i hensynet til effektivitet i sensurarbeidet. Departementet uttalte (loc. cit.) følgende om denne bestemmelsen:

> «En generell plikt til å gi skriftlig begrunnelse for karaktergivningen til alle kandidater som ber om det, ville medføre mye merarbeid i fag der sensorarbeid fra før er en stor belastning.»

Selv om omfanget av klagesensur gjennomgående vil være mindre enn omfanget av ordinær sensur, vil hensynet til rask og effektiv avvikling også her være relevant. Det er naturlig å vurdere behovet for særlige regler om begrunnelse i forhold til det samlede antall sensurvedtak som treffes.

Hensynet til klagernes rettssikkerhet må etter min oppfatning uansett anses for å være tilstrekkelig ivaretatt ved at disse kan kreve begrunnelse for klagevedtakene innen en lovbestemt frist.

I denne saken ble klagerens karakter satt ned i klageomgangen. Det må derfor antas at det er av særlig betydning for ham å få en begrunnelse for klagevedtaket, slik at han får kunnskap om grunnlaget for nedsettelsen av karakteren. Dette hensynet må etter min oppfatning – også i et tilfelle som det foreliggende – anses tilstrekkelig ivaretatt ved at klageren kunne ha krevd begrunnelse for vedtaket innen den i loven fastsatte frist.

Etter min oppfatning må således reglene om begrunnelse av vedtak i universitetsloven § 52 gjelde både for ordinær sensur og klagesensur.

Konklusjon

Jeg har kommet til at det ikke er grunnlag for å rette kritikk mot universitetets standpunkt om at klageren ikke har rett til begrunnelse for sensurvedtaket, idet krav om dette ble fremsatt for sent».

25.

Ettergivelse av studielån ved fullført langvarig utdanning – normert tid for utdanning

(Sak 2006/1298)

Saken gjaldt ettergivelse av lån ved fullført langvarig utdanning. A ble omfattet av en omlegging av studiestrukturen, slik at det ikke var mulig å oppnå mastergraden på kortere tid enn 12 semestre. Hun fikk likevel ettergivelse bare for 10 semestre.

Ombudsmannen var enig med Lånekassen i at det er den korteste normeringen av en grad som må legges til grunn. I denne saken var imidlertid det eneste reelle alternativet for A et utdanningsløp med en fireårig cand.mag.-grad fulgt av en toårig master. Graden var normert til 12 semestre. Det gir dårlig sammenheng i regelverket og fremstår som en lite logisk og rimelig løsning om den nåværende korteste normeringen av graden også skal gjelde studenter som ikke har hatt mulighet til å oppnå graden på denne tiden. I slike tilfeller må det være den kortest mulige normeringen av graden som må legges til grunn.

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse behandlet Lånekassen saken på nytt, og studielån ble ettergitt etter en normering på 12 semestre. Lånekassen opplyste at den nå vil gjennomgå samtlige klagesaker som gjelder dette spørsmålet på nytt.

A ble tatt opp på hovedfag i medievitenskap våren 2003. Opptaksgrunnlaget var en fireårig cand.mag.-grad. Som en følge av endringer i studiestrukturen i forbindelse med kvalitetsreformen, måtte klageren avslutte sitt studium på den nye masterordningen. Overgangsordningen gjorde at hun ikke hadde mulighet til å oppnå mastergraden på kortere tid enn 12 semestre.

A søkte Lånekassen om ettergivelse av lån på grunnlag av en «mastergrad basert på 12 semestre normert studietid». Lånekassen etterga et beløp som

tilsvarer en grad normert til 10 semestre. Vedtaket ble opprettholdt av Lånekassens klagenemnd.

A brakte saken inn for ombudsmannen. Hun anførte at Lånekassen ikke tok hensyn til at hennes mastergrad er normert til 12 semestre, og viste til at det da hun avla sin eksamen i 2005 ikke var mulig å oppnå en mastergrad på 10 semestre. Videre viste hun til Lånekassens forskrifter for 2005–2006 kapittel VII punkt 4.1.1. Hun anførte dessuten at en av hennes medstudenter ble gitt full ettergivelse basert på 12 semestres utdanning.

I brev herfra til Lånekassen ble det bedt om Lånekassens syn på hvorvidt forskriftens ordlyd (kap. VII pkt. 1.1 første avsnitt) er til hinder for at det foretas en vurdering av om A faller inn under en overgangsordning med hensyn til studiestruktur. Det ble også bedt opplyst hva som er begrunnelsen for at ettergivelse ikke kan foretas for 12 semestre når den eneste reelle mulighet til å oppnå master på kortest mulig tid for studenter i As situasjon, er å fullføre 12 semestre.

Det ble videre stilt spørsmål om det ved kongelig resolusjon eller departementsvedtak er tatt stilling til den konsekvensen kvalitetsreformen vil få for studenter som er nødt til å bytte grad underveis. For det tilfellet at det ikke er foretatt en normering av overgangsordningene, ble det herfra bedt redegjort for om Lånekassen kan foreta en vurdering av hva som for overgangskullene er korteste vei til den oppnådde grad, og ettergi lån i henhold til dette. Lånekassen ble også bedt om å kommentere As anførsel om forskjellsbehandling.

I svaret til ombudsmannen redegjorde Lånekassen for ordningen med ettergivelse. Det ble forklart at det er gradens normering som er grunnlaget for hvilket beløp som kan bli ettergitt, ikke hvor lang tid det har vært nødvendig for den enkelte student å bruke for å oppnå graden. Lånekassen viste videre til at det i forbindelse med overgangen til ny studiestruktur ved de norske universitetene og høgskolene ble vedtatt at ettergivelsesordningen skulle opphøre fra 1. august 2003, men med en overgangsordning for studenter som allerede var i gang med høyere grads studier i løpet av undervisningsåret 2002–2003. Det ble videre uttalt:

> «Det er ikke gitt unntaksbestemmelser fra regelen om at det er normeringen av selve graden som er grunnlaget for størrelsen på ettergivelsesbeløpet.
>
> Lånekassen har ikke funnet at det er hjemmel i forskriftene til å foreta vurderinger av den enkelte students muligheter for å gjennomføre utdanningen på den tiden som er lagt til grunn i normeringen, og å fastsette ettergivelsesbeløpet etter dette.»

Til spørsmålet herfra om forskjellsbehandling, svarte Lånekassen at klagenemnda har behandlet en rekke klager fra studenter i samme situasjon som A, og at det ikke er gitt medhold i disse klagesakene.

I brev herfra ble Lånekassen bedt om å kommentere forskriftenes kapittel VII, punkt 4.1.1, der det er bestemt at «[k]andidater som har tatt to-årig mastergrad med krav om norsk cand.mag. grad som forutdanning, kan få ettergivelse i samsvar med dette. Ved 3,5 års cand.mag. grad gis ettergivelse etter 11 semestre og ved 4 års cand.mag. grad gis ettergivelse etter 12 semestre».

Lånekassen svarte:

> «Bestemmelsen i kapittel VII punkt 4.1.1, siste ledd, i forskriftene for 2005–2006, har Lånekassen tolket til å omfatte mastergrader som har et formelt krav om norsk cand.mag.grad som forutdanning. Unntaket ble innført i 2001–2002, og gjaldt noen mastergrader som var opprettet før innføringen av ny studiestruktur (Kvalitetsreformen), og hvor kravet til forutdanning for norske studenter var bestått lavere grad, det vil si bestått cand.mag.grad. Lånekassen har ikke tolket bestemmelsen slik at den kan gjelde for mastergrader som er opprettet i forbindelse med innføringen av Kvalitetsreformen, og som alle har en normering på ti semestre.»

I brev herfra til Lånekassen ble det bedt redegjort for det rettslige grunnlaget for at klagerens mastergrad er normert til ti semestre.

Lånekassen svarte at det i forskriften om tilbakebetaling kapittel 26 er den korteste normeringen av graden som er lagt til grunn. Som eksempel ble det vist til § 26–1 i forskriften for 2006:

> «Eksempelvis har gradene Master of Science og Master of Philosophy, som er grader som eksisterte forut for innføringen av ny studiestruktur, en normering på ti semestre (3-årig bachelor og 2-årig master), selv om studenter med utdanning fra Norge hadde fullført cand.mag.-grad som opptaksgrunnlag. ...
>
> Ved innføringen av de nye mastergradene i forbindelse med Kvalitetsreformen, la Lånekassen det samme prinsippet til grunn for normeringen. Grunnlaget for normeringen av de nye mastergradene er derfor at korteste normering er en treårig bachelorutdanning som opptaksgrunnlag til en toårig mastergrad.»

A kom med merknader til Lånekassens svar. Hun viste blant annet til at da hun hadde 60 vekttall, var kravet for opptak på hovedfag 80 vekttall, tilsvarende en cand.mag.-grad. Da hun ønsket å gå videre til hovedfag, måtte hun således først fullføre cand.mag.-graden.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Lånekassens forskrifter for 2005–2006, kapittel VII, punkt 1.1 første ledd lyder slik:

> «Låntakere som har fullført visse universitets- eller høgskoleutdanninger som er normert til ti, elleve, tolv, tretten eller flere semestre, kan få ettergitt en del av utdanningslånet i Lånekassen. Normert tid for de ulike utdanningene er fastsatt ved kgl.res. ... eller etter vedtak i departementet.»

Hvilke grader Universitetet i Bergen (UiB) kan tildele følger av forskrift 16. desember 2005 nr. 1574 om grader og yrkesutdanninger, beskyttet tittel og normert studietid ved universiteter og høyskoler § 3 (heretter forskrift om grader m.m. Jf. også likelydende bestemmelse i tidligere forskrift 11. oktober 2002 nr. 1124 § 3). Det fremgår av paragrafens nr. 5 og 6 at normert studietid for master er henholdsvis 1½ – 2 og 5 år.

Lånekassen har i sakens vedtak vist til at det er gradens normering som er grunnlaget for hvilket beløp som kan bli ettergitt, og har på denne bakgrunn ettergitt et beløp tilsvarende en mastergrad normert til 10 semestre. Jeg er enig i at det i henhold til Lånekassens forskrifter kapittel VII punkt 1.1 er gradens normering som er avgjørende, men kan ikke være enig i Lånekassens fortolkning av regelverket i denne saken.

Ifølge Lånekassens vedtak 14. februar 2006 har A «fullført ... den nye mastergraden, som har en normering på ti semestre». Enkelte mastergrader har en normering på ti semestre, jf. forskrift om grader m.m. § 3 nr. 6 og 7, og dessuten Lånekassens forskrifter kap. VII, punkt 4 «Normert tid for utdanninger som gir rett til ettergivelse», for eksempel under punkt 4.1.1. Normeringen av Master i kultur- og samfunnsvitenskap er imidlertid ikke nevnt i Lånekassens forskrifter. I gradens studieprogram ved UiB er det bestemt at den er normert til to år, jf. også forskrift om grader m.m. § 3 nr. 5, der det fremgår at Universitetet i Bergen kan tildele graden master med normert studietid 1½ – 2 år.

Opptak på masterprogrammet krever i dag bachelorgrad i medievitenskap, nye medier, journalistikk eller film- og tv-produksjon. Bachelorgraden er normert til tre år, jf. forskrift om grader m.m. § 3 nr. 1. Dermed vil Master i kultur- og samfunnsvitenskap, sammen med en bachelor, vanligvis være normert til ti semestre. For denne saken må det imidlertid være av betydning at det ikke er gitt noen forskriftsbestemmelse om samlet normert studietid for bachelor og master, men separate bestemmelser for de to gradene, jf. forskrift 1. desember 2005 nr. 1392 om krav til mastergrad § 3, der det fremgår at graden master oppnås på grunnlag av mastergradseksamen av 2 års omfang og bygger på for eksempel bachelorgrad eller cand.mag.-grad. Jf. også forskrift om grader m.m. § 3 der normert studietid for bachelor er regulert i punktene 1 og 2, mens normert studietid for master er regulert i punktene 5, 6 og 7.

A gjennomførte først en cand.mag.-grad, deretter en mastergrad ved UiB. På det tidspunktet A ble tildelt sin cand.mag.-grad gjaldt forskrift 10. mai 1996 nr. 420 om fastsetting av grader, yrkesutdanninger og utdanningsprogram, beskyttet tittel og normert studietid ved universiteter og høgskoler. I vedlegg 4 til forskriften, nr. 1 under punktet «Grader», fremgår det at normert studietid for en cand.mag.-grad med faglig tyngde innen samfunnsvitenskapelige fag, er fire år.

As oppnådde grad ved UiB er Master i kultur- og samfunnsvitenskap (Masterprogram i medievitenskap). Studieforløpet innebar at hun fulgte den, for henne, kortest mulige veien til graden. Cand.mag. var normert til fire år, mens masterprogrammet i medievitenskap var normert til to år. Til sammen var normert studietid for graden seks år.

Utgangspunktet må være at det er gradens normering som er grunnlag for hvilket beløp som kan bli ettergitt. For det tilfellet at en student har «gått over» fra en grad til en annen som har kortere normert studietid, vil det være den sistnevnte gradens normering som er avgjørende. Som et eksempel kan nevnes overgang fra cand.jur. til master i rettsvitenskap, der vedkommende kun vil ha krav på ettergivelse etter 10 semestre, jf. forskrift om grader m.m. § 2 nr. 7, § 3 nr. 7 og § 4 nr. 6.

Videre er jeg enig med Lånekassen i at det er den korteste normeringen av en grad som må legges til grunn. Etter mitt syn må det imidlertid gjøres unntak i saker som denne, der det har vært umulig for A å oppnå graden på dennes korteste normerte tid.

På det tidspunktet A påbegynte sin utdanning var det ikke mulig å oppnå en av bachelorgradene som studiet nå bygger på. A måtte fullføre cand.mag.-graden for å få opptak til hovedfag og det har ikke eksistert noen overgangsordning som ville ha medført at hun kunne gjennomføre studiet på fem år. Som det fremgår av brev 10. oktober 2005 og 11. januar 2006 fra Universitetet i Bergen, var et utdanningsløp med en fireårig cand.mag.-grad fulgt av en toårig master det eneste reelle alternativet for A. I en slik situasjon gir det dårlig sammenheng i regelverket og fremstår som en lite logisk og rimelig løsning om den nåværende korteste normeringen av graden også skulle gjelde studenter som ikke har hatt mulighet til å oppnå graden på denne tiden. Etter min mening må det derfor være den kortest *mulige* normeringen av graden som i slike tilfeller må legges til grunn.

Jeg tilføyer at dersom spørsmålet om gradens normering er regulert i Lånekassens forskrifter, jf. nåværende forskrift om tilbakebetaling kapittel 26, vil den normering som er fastsatt der, måtte legges til grunn.

Lånekassen bes behandle saken på nytt, i lys av bemerkningene foran.»

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse behandlet Lånekassen saken på nytt, og studielån ble ettergitt etter en normering på 12 semestre. Lånekassen opplyste at den nå vil «gjennomgå samtlige klagesaker som gjelder spørsmålet om normering av de nye mastergradene, og i parallelle saker ... ettergi studielån i samsvar med avgjørelsen fra Sivilombudsmannen».

Helserett

26.

Sletting av opplysninger i pasientjournal

(Sak 2004/2401)

As krav om retting og sletting av «feilaktige eller misvisende» opplysninger i egen pasientjournal ble avslått av den journalansvarlige legen ved det aktuelle sykehuset. Etter klage besluttet Helsetilsynet at det skulle foretas retting av noen av de aktuelle opplysningene gjennom tilførsel av ny informasjon i journalen. Avslaget på kravet om sletting ble opprettholdt.

Ombudsmannen uttalte bl.a. at Helsetilsynet hadde tolket helsepersonelloven § 43 for snevert ved vurderingen av kravet om sletting, og at terskelen for sletting derfor var blitt for høy. Ut fra hensynet til en betryggende saksbehandling, herunder muligheten for en reell toinstansbehandling, ga ombudsmannen også uttrykk for at det ville ha vært en fordel om Helsetilsynet hadde opphevet sykehusets vedtak og sendt saken tilbake dit for ny behandling. Helsetilsynet ble på bakgrunn av disse forholdene bedt om å vurdere saken på nytt.

Helsetilsynet i Sogn og Fjordane forela ombudsmannens uttalelse for Statens helsetilsyn som returnerte saken til Helsetilsynet i Sogn og Fjordane for ny behandling der. I sin fornyede vurdering sluttet Helsetilsynet seg til ombudsmannens forståelse av reglene om retting og sletting. Helsetilsynet tok også til følge enkelte av de fremsatte kravene om sletting.

A krevde sletting eller retting av nærmere angitte opplysninger i sin pasientjournal. Journalansvarlig overlege ved det aktuelle sykehuset besluttet å avslå kravet om sletting. Det ble heller ikke funnet grunnlag for å foreta retting eller tilføre ny informasjon i journalen.

Pasientombudet påklaget vedtaket på vegne av A i brev til Helsetilsynet i Sogn og Fjordane. Etter å ha innhentet uttalelse fra Datatilsynet, konkluderte Helsetilsynet slik i sitt klagevedtak:

> «Etter en gjennomgang av journalen og en konkret vurdering av de opplysningene eller utsagn som A ønsker slettet, har vi kommet til at vilkårene for sletting ikke for noen opplysning eller utsagn er oppfylt.
>
> Vi har på den annen side kommet til at journalen inneholder opplysninger som er uriktige, og vi har gjort en vurdering av hvordan retting i journalen bør skje.»

A klaget til ombudsmannen gjennom sin advokat. Klagen var rettet både mot Helsetilsynets saksbehandling, lovanvendelse og skjønnsutøvelse.

Advokaten viste bl.a. til flere legeattester og gjorde gjeldende at «dr. ... sine vurderinger skiller seg ganske markant fra alle andre leger som har vært involvert i saken». I forhold til behandlingen av begjæringen om sletting eller retting anførte han at den journalansvarlige overlegen ved sykehuset ikke kunne sies å ha realitetsbehandlet begjæringen, og at A dermed ikke hadde fått en reell toinstansbehandling av spørsmålet. Han kom videre med merknader til den rettslige forståelsen av helsepersonelloven § 43 og gjorde gjeldende at Helsetilsynet hadde tolket bestemmelsen for innskrenkende.

Saken ble tatt opp med Helsetilsynet i Sogn og Fjordane i brev herfra, og det ble bl.a. vist til følgende utsagn i Helsetilsynets vedtak:

> «Slik vi vurderer journalen, inklusive epikrisen og spesialisterklæringa, inneholder alle de formuleringene A ønsker slettet opplysninger som har vært relevante for den helsehjelpen hun har fått, og som kunne være til nytte dersom hun senere skulle få behov for hjelp. Da det ikke er anledning til å slette slike opplysninger, blir sletting ikke vurdert som aktuelt.»

Helsetilsynet ble bedt om å redegjøre nærmere for sin generelle forståelse av helsepersonelloven § 43 om sletting av journalopplysninger og særskilt redegjøre for rettsforståelsen som lå til grunn for konklusjonen i avsnittet ovenfor. Det ble i denne forbindelse vist til at helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1 åpner for sletting av «feilaktige eller misvisende opplysninger» som «føles belastende for den de gjelder». Helsetilsynet ble bedt om å opplyse om det i forhold til spørsmålet om sletting etter dette alternativet generelt ble ansett relevant å ta i betraktning om opplysningene vil kunne være til nytte dersom pasienten senere får behov for helsehjelp. Det ble i så fall bedt om at dette ble begrunnet nærmere.
I brevet herfra het det videre bl.a.:

> «Det fremgår av Helsetilsynets drøfting av spørsmålet om retting at det er lagt til grunn at enkelte av opplysningene i epikrisen og spesialisterklæringen er feilaktige eller misvisende. For ordens skyld bes tilsynet gi en oversikt over hvilke opplysninger dette gjelder.
>
> Helsetilsynet har bl.a. lagt til grunn at det er godtgjort at en uttalelse i epikrisen om at klageren har en ... feil ikke er riktig. I denne forbindelse uttaler tilsynet bl.a.:
>
> «Vi mener det er tilstrekkelig for journalen at de nye opplysningene blir ført til, etter ønske fra pasienten.»
>
> Det bes om at Helsetilsynet redegjør nærmere for det som her er uttalt. I denne forbindelse bes det opplyst om dette er ment som et uttrykk for et synspunkt om at sletting ikke skal foretas dersom retting anses tilstrekkelig.
>
> Om diagnoser uttaler Helsetilsynet bl.a. følgende i sin beslutning 18. mai 2004:
>
> «Opplysninger i journalen om diagnose, skal være opplysninger om hvordan vedkommende lege på bakgrunn av den informasjon han hadde tilgjengelig på det aktuelle tidspunkt, vurderte tilstanden til pasienten.
>
> Senere friskmelding av pasient gir ikke

grunnlag for sletting av diagnose. I slike tilfeller skal den journalansvarlige oppdatere journalen med hensyn til tilstanden til pasienten.»

Ovennevnte synes i hovedsak å gjelde de tilfeller der pasienten blir friskmeldt fra en sykdomstilstand. Det bes opplyst om Helsetilsynet anser at det samme må legges til grunn dersom opplysninger om diagnose eller vurderinger i denne forbindelse senere viser seg å ha vært uriktige. Helsetilsynet bes også om å redegjøre nærmere for de vurderingene som er gjort i forhold til å ta stilling til spørsmålet om det i dette tilfellet foreligger uriktige diagnoser og vurderinger.

Datatilsynet gikk i sin uttalelse 16. april 2004 langt i å anbefale sletting for enkelte av opplysningene. Etter helsepersonelloven § 43 tredje ledd skal det innhentes uttalelse fra Datatilsynet i forbindelse med klagebehandling ved krav om sletting av journalopplysninger. Helsetilsynet bes redegjøre for hvordan anbefalingene fra Datatilsynet ble vurdert og vektlagt i vurderingen som lå til grunn for Helsetilsynets standpunkt i saken.

Klageinstansen kan i forbindelse med en klagesak normalt enten fatte nytt realitetsvedtak i saken eller velge å oppheve vedtaket for deretter å sende saken tilbake for ny behandling i underinstansen, jf. prinsippet i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 34 fjerde ledd. Vurderte Helsetilsynet på noe tidspunkt muligheten for å sende saken tilbake til X sykehus for ny behandling?»

I sitt svar redegjorde Helsetilsynet innledningsvis for sin generelle forståelse av bl.a. helsepersonelloven § 43. Om vilkårene for retting og sletting uttalte Helsetilsynet deretter:

«Vilkåra for retting av opplysningar i ein pasientjournal er at

– Det ligg føre feilaktige / mangelfulle /«utilbørlige» opplysningar / utsegner

Vilkåra for sletting av opplysningar i ein pasientjournal er at

– Sletting er ubetenkeleg ut frå allmenne omsyn, *og*
– Sletting strir ikkje mot arkivlova §§ 9 eller 18, *og*
– Det ligg føre feilaktige/misvisande opplysningar som den opplysningane gjeld kjenner tyngande, *eller* det er tale om opplysningar som heilt klart ikkje er nødvendige for å gi pasienten helsehjelp

Nokre av opplysningane i journalen er faktiske opplysningar som er objektivt riktige eller uriktige. Når det gjeld opplysningar om kva opplysningar helsepersonellet har fått om pasienten (og eventuelt om omgjevnadene til pasienten) frå pasienten sjølv eller andre, og helsepersonellet sine observasjonar og vurderingar av tilstanden til pasienten, er det etter vårt syn ikkje tale om å vurdere dette som faktiske opplysningar, men ei riktig eller uriktig nedteikning av tilgjengeleg informasjon. Ein korrekt ført pasientjournal kan såleis innehalde opplysningar som ikkje er i samsvar med etterprøvbare faktiske forhold. Opplysningar som isolert sett og objektivt vurdert er faktisk feil, vil dermed ikkje alltid vere feilaktige/misvisande opplysningar i ein pasientjournal.

Journalnedteikningar i samband med samtalebehandling vil i stor grad innehalde opplysningar om kva som har komme fram under samtalane, slik behandlaren forstår pasienten, saman med opplysningar om korleis behandlaren vurderer tilstanden til pasienten på bakgrunn av dette. Det vil for andre i ettertid vere vanskeleg å godtgjere at slike opplysningar er uriktige.

Journalen vert ført løpande på bakgrunn av dei opplysningane som til ei kvar tid er tilgjengelege for den som fører journalen. Vi meiner det må vere på bakgrunn av dette ein i ettertid vurderer kva som er *«feilaktige»* eller *«misvisande»* journalopplysningar. Det kan ikkje vere lovgjevar si meining at det som på eit tidspunkt vert vurdert som korrekte journalopplysningar, på eit seinare tidspunkt vert vurderte som «feilaktige» journalopplysningar som følgje av at det har komme nye opplysningar til.»

Om sletting av diagnoser het det videre:

«Vi forstår gjeldande rett slik at når det gjeld *«feilaktige»* opplysningar om ein pasient, skal personvernomsynet vege tyngre enn dokumentasjonsomsynet, under føresetnad at dei øvrige vilkåra er stetta. Når det gjeld feilaktige opplysningar med omsyn til diagnose, syner vi til det som er uttalt i Ot.prp. nr 13 (1998–1999) side 123, høgre spalte, 2. avsnitt, 2. periode:

«Innenfor medisinen, og særlig i forhold til psykiatrien, vil det i mange tilfeller være svært vanskelig i ettertid å vurdere hvorvidt en tidligere stilt diagnose må anses feilaktig eller ikke.»

Vi forstår det slik at det etter gjeldande rett også skal vere høve til å slette *«feilaktige»* diagnosar, dersom vilkåra for sletting elles er stetta. Etter vårt syn må vurderinga av om ein diagnose er *«feilaktig»* vere ei vurdering av om det er samsvar mellom det som er opplyst om grunnlaget for diagnosen (pasienten si sjukehistorie, funn ved undersøkingar/observasjonar, og det som er journalført om helsepersonellet og eventuelt anna helsepersonell sine vurderingar) og den diagnosen som er nytta.»

Helsetilsynet redegjorde deretter nærmere for håndteringen av opplysninger som «kan vere til nytte ved seinare helsehjelp». Innledningsvis viste Helsetilsynet til hovedhensynene som gjør seg gjeldende ved spørsmål om sletting av opplysninger i pasientjournaler. Deretter het det bl.a. følgende:

«Når det gjeld vår forståing av helsepersonellova § 43, særleg med tanke på vår formulering om at det ikkje er høve til å slette opplysningar som kan vere til nytte dersom pasienten seinare skulle ha behov for helsehjelp, syner vi til departementet sine merknader i Rundskriv I-20/2001, side 37, siste avsnitt, som gjeld dei alternative vilkåra som er nemnde under § 43, 1.ledd, nr 1 og 2.

Slik vi forstår den siste perioden i avsnittet, gjeld formuleringa om at det ikkje er høve til å slette opplysningar som *«muligens vil kunne komme til nytte»* dersom pasienten seinare skulle ha behov for helsehjelp, både i høve opplysnin-

gar som *«åpenbart ikke er nødvendige for å kunne gi pasienten helsehjelp»*, dvs opplysningar som nemnde i § 43, 1. ledd nr 2, og opplysningar som *«kan virke misvisende og belastende»*, dvs opplysningar som nemnde i § 43, 1. ledd nr 1. Vi forstår regelen slik at det er tale om opplysningar som etter sin art/vurdert på tidspunktet for nedteikninga *«muligens vil kunne komme til nytte»*, altså uavhengig av om behandlingsforholdet er avslutta».

Helsetilsynet presiserte deretter hvilke faktaopplysninger tilsynet mente var dokumentert uriktige. Om henvisningen til at oppdatering av journalen ble ansett å være tilstrekkelig, uttalte tilsynet:

«Sivilombodsmannen har bedt oss gjere nærare greie for kva vi meiner med formuleringa om at det er tilstrekkeleg for journalen at opplysningar vert førte til etter ønske frå pasienten. Med dette har vi meint at for så vidt gjeld desse opplysningane, vil det ikkje være behov for å rette eller slette i journalen dersom opplysningane vert nedteikna som ny pasientinformasjon.

Slik vi forstår reglane i helsepersonellova må vi skilje mellom sletting av opplysningar, retting i journalen og oppdatering av journalen. Sletting inneber at dei aktuelle opplysningane eller utsegnene ikkje lenger skal stå i journalen. Retting kan skje ved at journalen vert ført på nytt, eller ved at ei datert retting vert ført til i journalen. Oppdatering av journalen skjer ved at nytt journalmateriale vert lagt til i journalen / nye opplysningar ført til.

Etter reglane om journalføring skal oppdatering av journalen skje i samband med løpande/ny pasientkontakt, slik at innhaldet i journalen til ei kvar tid er mest mogleg oppdatert og korrekt. Det skal gå fram av journalen når og på kva måte helsepersonellet vart kjent med dei ulike opplysningane. Etter at eit behandlingsforhold er avslutta, kjem det normalt ikkje til nye opplysningar i journalen.

Dersom pasienten uavhengig av tidlegare behandling, søkjer behandling hjå anna helsepersonell, og det vert gjort nye vurderingar av pasienten som nyanserer dei vurderingane som er gjort av anna helsepersonell andre stader tidlegare, er det til vanleg berre pasienten som kan kople desse opplysningane. Vi meiner pasienten i eit slikt tilfelle må kunne be om å få desse opplysningane lagt til i journalen på den tidlegare behandlingsstaden. Dette er opplysningar som kan vere relevante og nødvendige dersom pasienten på eit seinare tidspunkt skulle ha behov for hjelp der. Pasienten kan be den nye behandlaren sende opplysningar til den tidlegare behandlingsstaden, eller sjølv sende kopi av det aktuelle journalmaterialet. Det er då etter vårt syn ikkje tale om ei retting eller sletting, men ei oppdatering av journalen fordi pasienten har tatt kontakt og formidla nye opplysningar om tilstanden sin (ny pasientkontakt).

Formuleringa vår er ikkje meint som eit utrykk for eit synspunkt om at sletting ikkje skal skje dersom retting vert vurdert som tilstrekkelig. Sletting skal skje når helsepersonell (eller vi som klageinstans) etter ei konkret vurdering har komme til at vilkåra for sletting er stetta, men det er også slik at omsynet til dokumentasjon kan tale for at det er retting som skal skje der det er tilstrekkeleg for nødvendig korrigering. I vurderinga av om retting er tilstrekkeleg for nødvendig korrigering, må ein derfor også ta omsyn til kor belastande det er for pasienten at dei feilaktige eller mangelfulle opplysningane framleis vil stå i journalen etter rettinga. Slik vi forstår reglane er det ikkje høve til å slette opplysningar som er nødvendige for journalen. Dersom opplysningane er relevante og nødvendige, men uriktige, skal det skje ei retting.»

Helsetilsynet foretok deretter en konkret vurdering av de aktuelle diagnostiske vurderingene. Avslutningsvis uttalte Helsetilsynet følgende om dette:

«Ved vår vurdering av dei diagnostiske vurderingane i journalen, har vi gått gjennom pasientjournalen for å sjå om det er samanheng mellom dei diagnostiske vurderingane og opplysningane om tilstanden til pasienten. Etter å ha gått gjennom pasientjournalen har vi ikkje merknader til dei diagnostiske vurderingane gjort av helsepersonellet i samband med epikrisen 19.09.91 eller spesialisterklæringa 21.03.94.»

Om forholdet til Datatilsynets uttalelse i saken het det:

«Slik vi forstår reglane, er Datatilsynet si rolle i samband med desse sakene å gi råd med omsyn til personvern. ... Dei rår til sletting, subsidiært retting av opplysningar dei meiner er feilaktige eller misvisande.

Vi meiner vi har gjort medisinskfaglege vurderingar av kva opplysningar som var relevante og nødvendige i samband med helsehjelpa, og elles følgd råda frå Datatilsynet.»

Vedrørende spørsmålet om det på noe tidspunkt ble vurdert om saken burde sendes tilbake til førsteinstansen for ny behandling, uttalte Helsetilsynet bl.a. følgende:

«Vi innhenta kopi av journalen til pasienten inklusive den korrespondansen som gjaldt spørsmålet om retting eller sletting, og vurderte etter dette at vi hadde tilstrekkelig grunnlag for å treffe vedtak i saka.

Vi ser i ettertid at det truleg hadde vore teneleg å sende saka tilbake til X sykehus for ny vurdering som følgje av at pasienten sende oss dokumentasjon førsteinstansen ikkje hadde sett.»

Helsetilsynets svarbrev ble oversendt til As advokat. Han kom tilbake til saken og fastholdt at Helsetilsynet hadde lagt en uriktig rettsforståelse til grunn ved behandlingen av saken. I eget brev hit kom også klageren med merknader til Helsetilsynets svar, og redegjorde nærmere for sine innvendinger mot de opplysningene som fremkommer i journalen.

Brevene fra klageren og advokaten ble oversendt til Helsetilsynet, som deretter kom med enkelte korte merknader.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Sykehusets behandling av kravet om sletting eller retting

Det følger av helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 §§ 42 og 43, jf. forskrift om pasientjournal 21. desember 2000 nr. 1385 § 13 annet ledd, at det er den journalansvarlige som i første omgang skal ta stilling til krav om sletting og retting. 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.

Pasientens krav om sletting eller retting ble i dette tilfellet fremsatt direkte overfor det berørte helsepersonellet, som ikke lenger jobbet ved sykehuset. Senere ble kravet gjentatt overfor Helsetilsynet i Hordaland, som etter åtte måneder oversendte saken til sykehuset som riktig instans. Saksbehandlingstiden ved Helsetilsynet i Hordaland har ikke vært gjenstand for undersøkelse herfra, men det er vanskelig å se gode grunner for en så vidt lang saksbehandlingstid for noe som fremstår som en ekspedisjonsforretning. Tilsynet har beklaget saksbehandlingstiden og dette synes å være på sin plass.

Den journalansvarlige har plikt til å foreta en selvstendig vurdering av det fremsatte kravet opp mot vilkårene i helsepersonelloven §§ 42 og 43. I dette tilfellet gir sykehusets vedtak 25. august 2003 grunn til å tvile på om den journalansvarlige overlegen foretok en tilstrekkelig grundig vurdering av saken. Ut fra sakens omfang og kompleksitet er vedtaket svært kort og summarisk, og i tillegg er begrunnelsen for avslaget uklar. Det heter bl.a. at det «kan» se ut som vilkårene i helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 2 er oppfylt, og videre at: «jeg foretrekker i denne situasjon å gi avslag på ditt krav om sletting». I tillegg fremkommer det opplysninger som tyder på at saken ikke ble tilstrekkelig utredet før vedtaket ble fattet. Det heter bl.a.: «Det kom ikke helt klart frem for meg hvilke deler av denne legeerklæringen en muligens skulle slette eller rette».

Helsetilsynet har i brev hit gitt uttrykk for at det sett i ettertid ville ha vært «teneleg» å sende saken tilbake til sykehuset for ny vurdering, bl.a. som følge av at tilsynet fikk tilsendt ny informasjon som førsteinstansen ikke hadde sett.

Jeg er enig i den konklusjonen tilsynet nå har kommet til. Ut fra hensynet til en betryggende saksbehandling, herunder muligheten for en reell toinstansbehandling, ville det ha vært en klar fordel om Helsetilsynet hadde opphevet sykehusets vedtak og sendt saken tilbake dit for ny behandling.

2. Generelt om reglene for retting og sletting

Tidligere var hovedregelen at feil i pasientjournaler ikke skulle slettes, men at journalen i stedet skulle føres på nytt eller tilføres en datert rettelse, jf. forskrift 17. mars 1989 nr. 277 om leges og helseinstitusjons journal for pasient §§ 11 og 12. Bakgrunnen for dette var i hovedsak hensynet til dokumentasjon, herunder muligheten for senere å kunne dokumentere feil. En fortolkning av forarbeidene til legeloven 13. juni 1980 nr. 42, og merknader til forskriften ga likevel en snever åpning for sletting av journalopplysninger. Dette gjaldt bl.a. ved «ren feilskrift/objektive feil» og ved «opplysninger som var fullstendig irrelevante eller utilbørlige overfor pasienten», jf. Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 115 andre spalte.

Helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64, som trådte i kraft fra 1. januar 2001, innebar endringer i reglene om retting og sletting av journalførte opplysninger. Adgangen til sletting ble utvidet, mens reglene om retting i hovedsak ble videreført slik de var tidligere.

Retting av journalopplysninger skal som hovedregel skje ved at journalen føres på nytt, eller ved at en datert rettelse tilføyes i journalen, jf. helsepersonelloven § 42 første ledd annet punktum. Det fremgår videre at retting ikke skal skje ved at opplysninger eller utsagn slettes. I så fall kreves det at de strengere vilkårene for sletting i helsepersonelloven § 43 er oppfylt.

Sletting av journalopplysninger innebærer at opplysningene forsvinner for ettertiden, noe som bl.a. vil kunne gjøre det vanskelig for pasienten å dokumentere forhold rundt helsehjelpen på et senere tidspunkt. Dokumentasjonshensynet taler derfor for at adgangen til å slette journalopplysninger bør være forholdsvis snever. På den annen side er det klart at hensynet til pasienten og dennes personvern vil kunne tilsi at opplysninger bør fjernes fra journalen. Opplysninger som er nedtegnet i pasientjournalen vil alltid følge pasienten, og det er derfor viktig at opplysningene er korrekte. I Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 122-123 heter det bl.a. følgende om dette:

> «Det er etter departementets oppfatning to hovedhensyn som gjør seg gjeldende ved sletting. For det første tilsier hensynet til dokumentasjon at feil og mangler som hovedregel bør rettes ved tilføyelser, ikke ved sletting. Sletting av feil innebærer at opplysninger om vurdering av pasientens helsetilstand går tapt. Slike opplysninger vil være dokumentasjon i forbindelse med tilsyn med helsetjenesten og søksmål fra pasienten, f.eks. i forbindelse med bruk av diagnoser og metoder som i dag ikke anses å være adekvate.
>
> På den annen side må hensynet til dokumentasjon veies mot hensynet til pasientens personvern, rettssikkerhet og ønske om å få slettet feilaktige opplysninger om seg selv.
>
> Retting ved ny journalføring og datert rettelse, medfører at opplysningene fortsatt er tilgjengelige og vil følge pasienten. Dette kan være en belastning for pasienten, og kan også skape grunnlag for stigmatisering og uberettigede mistanker. Som eksempel kan nevnes feilaktige psykiatriske diagnoser, eller uriktige opplysninger i forbindelse med mistanke om overgrep fra foreldre eller andre med foreldreansvar i barns journal.»

På bakgrunn av bl.a. ovennevnte konkluderte departementet slik:

> *«Departementet* vil derfor foreslå at det i ny lov om helsepersonell blir større muligheter til å få slettet uriktige opplysninger i journal. Av hensyn til de ovenfor nevnte grunnene som taler mot å slette journalopplysninger, må vilkårene for sletting gjøres forholdsvis strenge. Slettingsadgangen er derfor foreslått begrenset til tilfeller der det av allmenne hensyn ikke finnes grunn til å bevare opplysningene, og pasientjournalen eller den del som skal slettes inneholder feilaktige eller misvisende opplysninger og opplysningene føles belastende for pasienten eller andre som er nevnt i journalen. Dessuten skal det etter forslaget være adgang til sletting i tilfeller der det er åpenbart at opplysningene ikke behøves for å gi pasienten helsehjelp.»

Ovennevnte fikk tilslutning ved den videre behandlingen i Odelstinget og Lagtinget, jf. bl.a. Innst. O. nr. 58 (1998–1999) side 31 første spalte. Helsepersonelloven § 43 er således utslag av en vurdering hvor lovgiver har kommet til at hensynet til personvernet og vedkommendes ønske om å få slettet opplysningene i en del tilfeller må tillegges større vekt enn dokumentasjonshensynet. Dette er det nødvendig å ha i bakhodet når rekkevidden av slettingsadgangen skal fastslås.

3. Nærmere om klagerens krav om sletting av opplysninger i pasientjournalen

3.1 Sletting av «feilaktige eller misvisende» opplysninger «som føles belastende» – opplysninger som muligens vil kunne komme til nytte ved senere helsehjelp

Det følger av helsepersonelloven § 43 at den journalansvarlige av eget tiltak, eller etter krav fra den opplysningene gjelder, «skal» slette journalførte opplysninger forutsatt at visse vilkår er oppfylt. Et felles vilkår etter bestemmelsen er at sletting er «ubetenkelig ut fra allmenne hensyn» og at sletting ikke strider mot bestemmelser i eller i medhold av arkivloven §§ 9 og 18. Bestemmelsen oppstiller videre to *alternative* situasjoner der sletting skal foretas. For det første skal «feilaktige eller misvisende» opplysninger slettes dersom opplysningene «føles belastende for den de gjelder», jf. helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1. For det andre skal opplysninger som «åpenbart ikke er nødvendige for å gi pasienten helsehjelp» slettes, jf. helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 2.

I Helsetilsynets vedtak 18. mai 2004 heter det bl.a. følgende:

> «Slik vi vurderer journalen, inklusive epikrisen og spesialisterklæringa, inneholder alle de formuleringene A ønsker slettet opplysninger som har vært relevante for den helsehjelpen hun har fått, og som kunne være til nytte dersom hun senere skulle få behov for hjelp. Da det ikke er anledning til å slette slike opplysninger, blir sletting ikke vurdert som aktuelt.»

Helsetilsynet synes med dette å ha lagt til grunn at det også i forhold til alternativet i helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1 om sletting av «feilaktige eller misvisende» opplysninger som «føles belastende» skal tas i betraktning om opplysningene «muligens vil kunne komme til nytte» dersom pasienten senere skulle få behov for helsehjelp.

I foreleggelsen herfra ble tilsynet bedt om å redegjøre nærmere for den rettsforståelsen som lå til grunn for avsnittet som er gjengitt ovenfor. Under henvisning til Sosial- og helsedepartementets rundskriv I-20/2001 side 37, uttaler Helsetilsynet bl.a. følgende om dette i svaret hit 12. januar 2005:

> «Slik vi forstår den siste perioden i avsnittet, gjeld formuleringa om at det ikkje er høve til å slette opplysningar som *«muligens vil kunne komme til nytte»* dersom pasienten seinare skulle ha behov for helsehjelp, både i høve opplysningar som *«åpenbart ikke er nødvendige for å kunne gi pasienten helsehjelp»*, dvs opplysningar som nemnde i § 43, 1. ledd nr 2, og opplysningar som *«kan virke misvisende og belastende»*, dvs opplysningar som nemnde i § 43, 1. ledd nr 1. Vi forstår regelen slik at det er tale om opplysningar som etter sin art/vurdert på tidspunktet for nedteikninga *«muligens vil kunne komme til nytte»*, altså uavhengig av om behandlingsforholdet er avslutta.»

I det aktuelle avsnittet i rundskriv I-20/2001 heter det:

> «Forutsetningen for at det skal være adgang til sletting etter § 43 er at det foreligger feilaktige eller misvisende opplysninger. Dette er alternative vilkår.
>
> I tillegg kreves det at opplysningene som ønskes slettet føles belastende for pasienten eller andre som nevnes i journalen. Opplysningen som kreves slettet skal altså være feilaktige eller misvisende og i tillegg belastende for pasienten eller andre som nevnes i journalen. Vilkårene for å slette er således strengere enn for retting av journalen. Sletting av hele eller deler av journal vil være særlig aktuelt der journalen inneholder opplysninger om diagnoser som er feil eller opplysninger som er misvisende. *Et annet alternativ* er at opplysningen som anmodes slettet åpenbart ikke er nødvendige for å gi pasienten helsehjelp. *I dette ligger* det at opplysninger som på en eller annen måte kan være til nytte i videre helsehjelp til pasienten, ikke må slettes. Som eksempel kan nevnes opplysninger om psykiske lidelser som kan virke misvisende eller belastende, men som muligens vil kunne komme til nytte senere hvis pasienten skulle bli psykisk syk.» [Mine uthevinger]

Uttalelsen fra departementet er noe uklar, særlig fordi det i forbindelse med kommentarene til helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 2 som eksempel nevnes «misvisende eller belastende» opplysninger om psykiske lidelser, jf. helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1. Den lovforståelsen som Helsetilsynet gir

uttrykk for har imidlertid liten forankring i lovteksten, og jeg finner heller ikke avgjørende støtte for denne tolkningen i forarbeidene eller i rundskrivet.

Slik jeg leser rundskrivet, knytter departementets uttalelse seg bare til helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 2. Uttalelsen må således forstås som en presisering og forklaring av vilkåret for sletting av opplysninger som «åpenbart ikke er nødvendige for å gi pasienten helsehjelp». Dersom det var lovgivers mening at det også i forhold til feilaktige eller misvisende opplysninger skulle vurderes om opplysningene vil kunne komme til nytte ved senere helsehjelp, måtte dette forutsetningsvis ha kommet til utrykk på en klarere måte i lovteksten.

Jeg må etter dette konkludere med at Helsetilsynet på dette punktet har lagt en uriktig lovforståelse til grunn for sin vurdering av kravet om sletting.

3.2 Nærmere om sletting av «feilaktige eller misvisende» opplysninger i klagerens journal etter helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1

Helsetilsynet har i brev hit 12. januar 2005 bl.a. uttalt følgende:

> «Nokre av opplysningane i journalen er faktiske opplysningar som er objektivt riktige eller uriktige. Når det gjeld opplysningar om kva opplysningar helsepersonellet har fått om pasienten (og eventuelt om omgjevnadene til pasienten) frå pasienten sjølv eller andre, og helsepersonellet sine observasjonar og vurderingar av tilstanden til pasienten, er det etter vårt syn ikkje tale om å vurdere dette som faktiske opplysningar, men ei riktig eller uriktig nedteikning av tilgjengeleg informasjon. Ein korrekt ført pasientjournal kan såleis innehalde opplysningar som ikkje er i samsvar med etterprøvbare faktiske forhold. Opplysningar som isolert sett og objektivt vurdert er faktisk feil, vil dermed ikkje alltid vere feilaktige/misvisande opplysningar i ein pasientjournal.»

I brev hit 29. april 2005 har Helsetilsynet videre vist til at:

> «Journalnotat er ofte skrivne i telegramstil, og det går frem av samanhengen at dette er informasjon som kjem frå pasienten...».

Jeg finner det vanskelig å foreta en slik grensedragning som Helsetilsynet her legger opp til. Det er en grunnleggende side av personvernet at opplysninger som nedtegnes i offentlige journaler skal være korrekte, se bl.a. Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 239 første spalte. Slik jeg ser det, vil det sentrale vurderingstemaet for alle typer opplysninger være om det på et senere tidspunkt kan sannsynliggjøres at opplysningene er «feilaktige eller misvisende». Dette gjelder både «faktiske opplysninger» og opplysninger som helsepersonellet har fått «frå pasienten sjølv eller andre». Utgangspunktet må være at dersom det kan sannsynliggjøres at opplysningene er feilaktige eller misvisende, må disse kunne kreves slettet dersom også de øvrige vilkårene for sletting er oppfylt.

Ved journalinformasjon fra pasienten selv vil det av hensyn til pasienten, men trolig også ut fra behandlingsmessige hensyn, være viktig at dette fremgår av journalen. I så fall vil også riktigheten av opplysningen måtte vurderes ut fra dette. I den grad opplysningene, både isolert sett og ut i fra sammenhengen, fremstår som faktaopplysninger, vil det imidlertid være viktig at disse er korrekte, dvs. at opplysningene er «i samsvar med etterprøvbare faktiske forhold», jf. Helsetilsynets brev 12. januar 2005. Dersom dette ikke er tilfelle, vil opplysningene måtte være å anse som «feilaktige» etter helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1.

Også opplysninger om helsepersonellets vurderinger vil måtte vurderes ut fra de samme kriteriene. Når det gjelder opplysninger om diagnose, må disse, når de fremstår som endelige, også være korrekte. Dersom det senere kan dokumenteres at diagnostiske vurderinger som ble gjort var feilaktige, vil slike opplysninger i prinsippet kunne kreves slettet i medhold av helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1. Jeg viser i denne forbindelse bl.a. til Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 239 andre spalte, hvor det i kommentarene til helsepersonelloven § 43 heter:

> «Vilkårene for å slette er således strengere enn for retting av journal. Sletting av hele eller deler av journal vil være særlig aktuelt der journalen inneholder opplysninger om diagnoser som er feil eller opplysninger som er misvisende.»

Tilsvarende fremgår for øvrig også i rundskriv I-20/2001 på side 37.

Det må således legges til grunn at også feilaktige diagnoser kan slettes i medhold av helsepersonelloven § 43. Samtidig er det klart at muligheten for å vurdere «riktigheten» av slike opplysninger, og pasientens muligheter til å påvise at opplysningene er feilaktige, ofte vil være begrenset. Det dreier seg i mange tilfeller om tilstander som er i stadig endring, og det kan forekomme glidende overganger mellom ulike diagnoser. Til dette kommer også at det kan være delte oppfatninger mellom kompetente fagpersoner knyttet til hva som var en «riktig» diagnose på det aktuelle tidspunktet. Dette er vanskelige spørsmål som den journalansvarlige etter gjeldende rett vil måtte ta stilling til. Vurderingen må i utgangspunktet foretas på bakgrunn av den foreliggende dokumentasjonen, men etter omstendighetene kan det være behov for å innhente informasjon fra andre kompetente fagpersoner, jf. Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 123 andre spalte:

> «Innenfor medisinen, og særlig i forhold til psykiatrien, vil det i mange tilfeller være svært vanskelig i ettertid å vurdere hvorvidt en tidligere stilt diagnose må anses feilaktig eller ikke. Spørsmålet vil bli hvem som skal kunne overprøve tidligere stilte diagnoser, og videre hvem som ved uenighet skal kunne bestemme om en journalopplysning er feil eller ikke. Departementet foreslår at det er den som fører journalen som er pliktsubjektet. I institusjoner vil den som etter

> § 39 har det overordnede ansvaret for journalen være pliktsubjekt. Fylkeslegen skal – etter å ha innhentet uttalelse fra Datatilsynet – kunne overprøve avslag på anmodning om retting og sletting av journalopplysninger. ... Skulle fylkeslegen være i tvil, vil denne måtte innhente informasjon fra kompetente fagpersoner.»

3.3 Sletting av opplysninger som «åpenbart ikke er nødvendige for å gi pasienten helsehjelp», jf. helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 2

Feilaktige eller misvisende opplysninger som føles belastende for den de gjelder skal slettes etter helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1 dersom vilkårene for øvrig er oppfylt. Opplysningenes eventuelle betydning for fremtidig helsehjelp skal ikke trekkes inn ved vurderingen etter denne bestemmelsen.

Helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 2 oppstiller en *alternativ* situasjon der sletting skal foretas, nemlig der «opplysningene åpenbart ikke er nødvendige for å gi pasienten helsehjelp». Helsetilsynet har i sitt vedtak konkludert med at alle de aktuelle opplysningene har vært relevante for den helsehjelpen A har fått og at de vil «kunne være til nytte dersom hun senere skulle få behov for hjelp».

Det er av åpenbare grunner vanskelig for meg å gå inn på de forutsetningsvis medisinskfaglige vurderingene som ligger til grunn for Helsetilsynets konklusjon på dette punkt. Mitt inntrykk er imidlertid at tilsynet her har lagt en for streng vurderingsnorm til grunn, og at den eventuelle nytten av en del av de aktuelle opplysningene fremstår som relativt hypotetisk. Dette synes bl.a. å gjelde enkelte av opplysningene om As søsken, som for øvrig også muligens vil kunne slettes etter helsepersonelloven § 43 første ledd nr. 1. Jeg går ikke nærmere inn på dette, men ber tilsynet merke seg det jeg har gitt uttrykk for.

3.4 Kort om forholdet mellom reglene om sletting og retting av opplysninger i en pasientjournal

I Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 123 andre spalte første hele avsnitt heter det:

> «Vilkårene [for sletting] vil blant annet være at journalen inneholder feilaktige eller misvisende opplysninger som pasienten eller andre som nevnes i journalen krever slettet, fordi de representerer en personlig belastning selv om retting blir foretatt.»

Slik jeg ser det, vil kjerneområdet for opplysninger som skal slettes være feilaktige eller misvisende opplysninger som ved at de står i journalen, og selv om det tilføres ny informasjon, oppleves som belastende for pasienten. Dette må imidlertid ikke forstås slik at sletting er å betrakte som subsidiært i forhold til retting. Loven oppstiller strengere vilkår for sletting enn for retting, og spørsmålet om retting og sletting må i utgangspunktet vurderes uavhengig av hverandre. Det som skal vurderes er journalopplysningene slik de fremstår på det tidspunktet hvor kravet fremsettes, og spørsmålet blir om lovens vilkår for henholdsvis retting og sletting er oppfylt.

I forhold til spørsmålet om tilføying av ny informasjon etter ønske fra pasientene har Helsetilsynet på side 6 i brevet hit 12. januar 2005 uttalt at det:

> «ikkje [vil] være behov for å rette eller slette i journalen dersom opplysningane vert nedteikna som ny pasientinformasjon.
> ---
> Formuleringa vår er ikkje meint som eit uttrykk for eit synspunkt om at sletting ikkje skal skje dersom retting vert vurdert som tilstrekkeleg. Sletting skal skje når helsepersonell (eller vi som klageinstans) etter ei konkret vurdering har komme til at vilkåra for sletting er stetta, men det er også slik at omsynet til dokumentasjon kan tale for at det er retting som skal skje der det er tilstrekkeleg for nødvendig korrigering. I vurderinga av om retting er tilstrekkeleg for nødvendig korrigering, må ein derfor også ta omsyn til kor belastande det er for pasienten at dei feilaktige eller mangelfulle opplysningane framleis vil stå i journalen etter rettinga. Slik vi forstår reglane er det ikkje høve til å slette opplysningar som er nødvendige for journalen. Dersom opplysningane er relevante og nødvendige, men uriktige, skal det skje ei retting.»

Helsetilsynets svar er etter min mening noe uklart på dette punktet, ettersom uttalelsene som er gjengitt ovenfor kan gi inntrykk av at det er et selvstendig vilkår for sletting at retting ikke anses «tilstrekkelig for nødvendig korrigering». Jeg vil understreke at gjeldende rett ikke oppstiller et slikt vilkår for sletting.

4. Oppsummering

Som det fremgår ovenfor, mener jeg at Helsetilsynet i Sogn og Fjordane på enkelte punkter har lagt en uriktig forståelse av helsepersonelloven § 43 til grunn ved vurderingen av As krav om sletting av opplysninger i hennes pasientjournal ved X sykehus. Min hovedinnvending er at Helsetilsynet har tolket helsepersonelloven § 43 for snevert ved vurderingen av kravet om sletting, og at terskelen for sletting derfor har blitt for høy.

Slik saken ligger an har jeg ikke funnet det hensiktsmessig å gå inn på hver enkelt journalopplysning. Jeg ber derimot Helsetilsynet om å foreta en ny vurdering av saken på bakgrunn av det jeg har gitt uttrykk for ovenfor.»

Etter at Helsetilsynet i Sogn og Fjordane hadde mottatt ombudsmannens uttalelse og As advokat hadde presisert kravene om retting og sletting nærmere, ble saken oversendt til Statens helsetilsyn. I brev 12. mai 2006 ble saken returnert til Helsetilsynet i Sogn og Fjordane for ny behandling der. Statens helsetilsyn kunne ikke se at de spørsmålene saken reiste var av en slik særlig karakter at tilsynet som overordnet forvaltningsmyndighet burde ta stilling til saken.

Det ble i denne forbindelse vist til at kompleksiteten i saken ikke var større enn i de fleste andre sammenlignbare saker.

I forhold til ombudsmannens syn på saken uttalte Statens helsetilsyn bl.a. følgende:

> «Statens helsetilsyn er enig med Sivilombudsmannen i at Helsetilsynet i Sogn og Fjordane i premissene for vedtaket av 18. mai 2004 har lagt til grunn en for restriktiv fortolkning av slettingsadgangen som er hjemlet i helsepersonelloven § 43. Etter vår oppfatning må den videre behandlingen av saken derfor baseres på Sivilombudsmannens uttalelse.»

Statens helsetilsyn uttalte seg deretter om slettingskravet i første omgang burde returneres til sykehuset for realitetsvurdering i første instans. Det ble i denne forbindelse lagt til grunn at sykehuset tidligere ikke hadde foretatt en slik vurdering. Under henvisning til den lange tiden som hadde gått, kom tilsynet likevel til at Helsetilsynet i Sogn og Fjordane burde behandle saken. Det het videre:

> «Vi finner grunn til å bemerke at Statens helsetilsyn har forståelse for at sykehuset har opplevd dette som en komplisert sak. I og med at førsteinstansbehandlingen av denne type saker er lagt til helsetjenesten, må det imidlertid forutsettes at sykehuset har den nødvendige kompetanse til å håndtere de helsefaglige, juridiske og saksbehandlingsmessige spørsmål som måtte oppstå.»

Om slettingskravet uttalte Statens helsetilsyn videre:

> «Etter vår oppfatning bør Helsetilsynet i Sogn og Fjordane imøtekomme de delene av slettingskravet som omhandler ukorrekt faktainformasjon i pasientjournalen.
>
> Hvorvidt også pasientens diagnose skal slettes fremstår ikke som like klart. Ved denne vurderingen er det grunn til å merke seg at man ved behandling av krav om sletting av diagnoser bl.a. må ta i betraktning at forsøksvis diagnosesetting i en del situasjoner skjer som ledd i en diagnostisk prosess. Sletting av enkeltstående diagnostiske vurderinger i en slik prosess kan være uheldig for å kunne forstå bakgrunnen for den behandling pasienter har fått, og bør derfor unngås. I forhold til enkeltstående diagnoser, som i ettertid viser seg å være dårlig begrunnet, vil situasjonen være en annen. Dette er imidlertid forhold som må vurderes konkret i hver enkelt sak.
>
> Dersom Helsetilsynet i Sogn og Fjordane på bakgrunn av sakens dokumenter ikke har grunnlag for å konkludere mht. kravet om sletting av diagnose, bør denne delen av saken tas opp med ... sjukehus for ytterligere opplysning av saken og bistand i forbindelse med de vurderinger som skal foretas.
>
> Av hensyn til A bør behandlingen av saken skje meget raskt.
>
> Statens helsetilsyn er enig i at saken synliggjør en rekke spørsmål og dilemmaer, og at flere av disse må anses å være av prinsipiell karakter. Dels er dette spørsmål som primært gjelder lovforståelse, og som derfor eventuelt bør forelegges Sosial- og helsedirektoratet, og dels er dette spørsmål som gjelder saksbehandlingen. Vi kan ikke se at det er nødvendig å avklare disse spørsmålene for å kunne behandle den konkrete saken. På sikt vil vi imidlertid vurdere om det er aktuelt å utarbeide en veileder for denne type saker.»

Helsetilsynet i Sogn og Fjordane innhentet etter dette uttalelser fra sykehuset og Riksarkivaren. Tilsynet foretok deretter en ny vurdering av saken og sluttet seg til ombudsmannens forståelse av reglene om retting og sletting slik dette kom til uttrykk i uttalelsen. Det ble foretatt en konkret vurdering av de fremsatte kravene om sletting, og Helsetilsynet besluttet å slette enkelte av journalopplysningene.

As advokat henvendte seg deretter på nytt til ombudsmannen og anførte at Helsetilsynet, etter hans oppfatning, fortsatt tolket loven uriktig. Det fremgikk videre at A ønsket å få prøvet saken for domstolene. Advokaten ba om å få brakt på det rene om ombudmannen ville anbefale et eventuelt søksmål med den konsekvens at A i så fall ville få innvilget fri sakførsel, jf. rettshjelploven 13. juni 1980 nr. 35 § 16 første ledd nr. 3.

I brev til advokaten understreket ombudsmannen at hans undersøkelser i saken i hovedsak hadde konsentrert seg om saksbehandlingen av slettingskravet og den rettsforståelsen som lå til grunn for Helsetilsynet i Sogn og Fjordanes vurdering av saken. Det ble vist til at det i uttalelsen ikke var gått konkret inn på de enkelte journalopplysningene som var krevd slettet. Videre viste ombudsmannen til at Helsetilsynet i sin fornyede vurdering hadde uttalt at det sluttet seg til ombudsmannens forståelse av regelverket om retting og sletting. På bakgrunn av dette ble det ikke ansett aktuelt å anbefale søksmål på det daværende tidspunkt.

Ombudsmannen viste også til at det var hevdet at Helsetilsynet fortsatt tolket helsepersonellovens regler om sletting feil, men at dette ikke var konkretisert nærmere. Klagerens advokat ble bedt om å gi en slik presisering, dersom han ønsket at ombudsmannen skulle foreta ytterligere vurderinger av saken.

Klageren har etter dette ikke kommet tilbake til saken.

27.

Helsetilsynets behandling av henvendelser om feilbehandling ved sykehus

(Sak 2005/1076)

En enkemann klaget til ombudsmannen over Helsetilsynets behandling av klager fra hans avdøde kone og ham selv. Klagene knyttet seg til sykehusets behandling av kona og at en avdelingsoverlege hadde oversett viktige prøvesvar. Avdelingsoverlegen erkjente allerede i forbindelse med behandlingen av den første henvendelsen til Helsetilsynet at han gjentatte ganger ikke hadde reagert på prøvesvarene slik han burde. Likevel opprettet ikke Helsetilsynet til-

synssak mot legen før etter den tredje henvendelsen i saken fra pasientens side.

Ombudsmannen kritiserte at Helsetilsynet ikke på et langt tidligere tidspunkt hadde opprettet tilsynssak mot den ansvarlige avdelingsoverlegen. Saksbehandlingstiden ble også kritisert.

A fikk i 1986 en alvorlig medisinsk diagnose og var som følge av sykdommen pasient ved X sykehus. I november 2001 klaget hun til Fylkeslegen i Y (nå Helsetilsynet i Y) over mangelfull oppfølging fra sykehusets side i forbindelse med sykdommen og over sykehusets sviktende ventelisteprosedyrer.

I klagen viste hun bl.a. til at det ved en kontroll på sykehuset i februar 1999 ble avtalt at hun skulle til ny kontroll etter fire måneder. Da hun i juni samme år ikke hadde hørt noe om ny kontrolltime, tok hun selv kontakt med sykehuset for å avtale time. Hun skal da ha fått beskjed om at det var lang ventetid på grunn av liten legedekning. I klagen viste hun også til at hun i hele denne perioden leverte urinprøver og tok blodprøver etter avtale ca. én gang per måned, og at prøvesvarene ble sendt til sykehuset. Etter å ha innhentet sin journal, var hun blitt oppmerksom på at prøvene viste stigende verdier fra og med mai 1999, men at hennes behandlende lege, avdelingsoverlege C, først reagerte på dette i oktober samme år. Hun avsluttet klagen med å be fylkeslegen om å se på ventelisteprosedyrene ved sykehuset, og særlig ved de poliklinikkene hvor hun hadde vært behandlet.

Fylkeslegen fulgte opp klagen ved å oversende den til helseforetaket med beskjed om at det ble ansett formålstjenlig at sykehuset behandlet klagepunktene i sitt interne kvalitetsarbeid. Klageren ble i eget brev orientert om fylkeslegens oppfølging av saken og om hennes mulighet til å fremme anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 7–4.

Fylkeslegen mottok i mars 2002 svar fra sykehuset. Vedlagt svaret fulgte bl.a. et brev 27. februar 2002 fra avdelingsoverlege C, der han redegjorde for sin oppfølging av As sykdom i perioden 1998 – 99. I brevet fremgikk det blant annet at han mente at han allerede i mai 1999 burde ha reagert på prøvesvarene, at han åpenbart hadde vært uoppmerksom da han ikke reagerte omgående og at dette dessverre hadde gjentatt seg senere på høsten. Han beklaget sterkt det som hadde skjedd. Videre skrev han at det for en pasient i As situasjon ikke skulle ha skjedd at en kontrolltime ble utsatt. Han pekte på at han nok ville ha merket seg prøveresultatene og iverksatt behandling på et tidligere tidspunkt dersom A hadde fått time i juni, og at man da hadde fått bedre og raskere kontroll over sykdommen. Avdelingsoverlegen påtok seg hovedansvaret for de feil som ble begått.

Avdelingsoverlegen skrev videre at det store antallet pasienter han hadde hatt til oppfølging muligens kunne ha vært med på å forklare det inntrufne, men at dette ikke var noen unnskyldning. Til slutt uttalte han:

> «Jeg har stor forståelse for at hun innklager dette til Fylkeslegen, og gir henne fullt medhold i hennes klage på manglende oppfølging fra undertegnede.»

I brev 7. november 2002 til A avsluttet fylkeslegen saken som var opprettet på bakgrunn av hennes klage. Det ble vist til at forholdet hadde vært behandlet i sykehusets kvalitetsutvalg og at det der ble truffet vedtak om å pålegge administrasjonen å utarbeide generelle overordnede og spesielle prosedyrer for ventelister og innkalling til kontroll. Videre ble det opplyst at dette var fulgt opp videre ved at sykehuset hadde ansatt en spesialkonsulent for å arbeide med ventelisteproblematikken. Det fremgikk av brevet at fylkeslegen ikke var kjent med om A hadde mottatt svar direkte fra sykehuset.

A var ikke blitt gjort kjent med opplysningene i avdelingsoverlegens uttalelse om at prøvesvarene var sett og signert av ham uten at han reagerte. Hun døde kort tid etter at fylkeslegen hadde avsluttet saken. Hennes enkemann, B, ble først oppmerksom på opplysningene i brevet fra avdelingsoverlegen i januar 2003 i forbindelse med Norsk pasientskadeerstatnings (NPE) behandling av et erstatningskrav som var blitt fremsatt av hans kone.

Etter å ha mottatt denne informasjonen klaget B i brev 29. januar 2003 til bl.a. Helsetilsynet i Y og sykehuset på den medisinske oppfølgingen av hans kone, og over «den «lettvinthet» som behandlingen av denne saken har fått». I klagen skrev han bl.a.:

> «Det kan aldri bli noen systemfeil at en enkelt lege som i kraft av sin stilling har fått ansvar for en pasient, ikke vurderer de prøvesvar han selv har bestilt. Dette må være legen sitt personlige ansvar. I tillegg var det her prøvesvar over en periode på mange måneder som ble ignorert.
> ---
> Med de rutinene som vi har sett, er X sykehus et meget farlig sted for pasienter med As problemer. Det har sakens utfall i høyeste grad bevist. Kommentarer og aksjoner fra de berørte parter imøteses.»

I Helsetilsynets svar 20. mai 2003 het det bl.a. følgende:

> «Vi har tatt Deres synspunkter til orientering og har forståelse for reaksjonen. Hva gjelder Helsetilsynets funksjon, må vi imidlertid vise til vårt brev av 07.11.2002 som avsluttet saken hva gjaldt mangelfulle prosedyrer ved X sykehus.»

B henvendte seg på nytt til Helsetilsynet i brev 8. januar 2004 og ba om gjenopptakelse av klagesaken. Han krevde bl.a. at avdelingsoverlegen ble ilagt en reaksjon «i samsvar med den uaktsomhet som er framvist». Videre kritiserte han saksbehandlingsti-

den og måten saken var behandlet på av Helsetilsynet og sykehuset.

Helsetilsynet behandlet etter dette saken på nytt, og innhentet bl.a. nye uttalelser fra sykehuset og avdelingsoverlegen samt kopi av spesialistuttalelser innhentet av NPE i forbindelse med erstatningssaken. I brev 6. september 2004 ble saken oversendt til Statens helsetilsyn for vurdering av spørsmålet om eventuell reaksjon mot avdelingsoverlegen etter helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 kapittel 11.

I sitt vedtak 11. april 2005 konkluderte Statens helsetilsyn med at avdelingsoverlegen hadde handlet i strid med forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4, og at vilkårene for å gi ham en advarsel etter helsepersonelloven § 56 var oppfylt. Etter en helhetlig vurdering fant imidlertid ikke tilsynet det formålstjenlig å gi en slik reaksjon. Avslutningsvis i vedtaket het det bl.a. følgende:

> «Statens helsetilsyn ser alvorlig på denne saken, som har fått et meget tragisk forløp for pasienten og hennes pårørende. Imidlertid ligger forholdene for saken langt tilbake i tid. I tillegg har De gjentatte ganger gitt uttrykk for at De forstår sakens alvor og at De aksepterer fullt ansvar for det inntrufne. Vi har også registrert at X sykehus har endret kvalitetssystemet sitt med sikte på å sikre kontrollpasienter ved overskridelse av time for kontrollpasienter.
>
> *Konklusjon*
>
> Med bakgrunn i det ovennevnte finner vi det, etter en helhetlig vurdering, ikke formålstjenlig å gi Dem en advarsel. Vi forutsetter imidlertid at De tar vår kritikk til etterretning, og at De i Deres fremtidige virksomhet retter Dem etter våre merknader.»

B klaget deretter til ombudsmannen over Helsetilsynets saksbehandlingstid og «overfladiske saksbehandling». Statens helsetilsyn ble herfra bedt om å redegjøre for årsaken til at A ikke ble gjort kjent med opplysningene i avdelingsoverlegens brev 27. februar 2002 til fylkeslegen. Det ble videre stilt spørsmål om det ikke hadde vært naturlig at dette ble gjort.

Statens helsetilsyn ble også bedt om å redegjøre for hvorfor Bs henvendelse 29. januar 2003 til Helsetilsynet tilsynelatende ikke ble vurdert som en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd etter pasientrettighetsloven § 7–4 og helsepersonelloven § 55. Tilsynet ble også bedt om å gi sitt syn på om Helsetilsynet hadde behandlet henvendelsen fra B på en tilfredsstillende måte.

Det ble til slutt bedt om en vurdering av saksbehandlingstiden i sakens ulike faser og totalt sett fra Helsetilsynet første gang ble kontaktet om saken.

Statens helsetilsyn innhentet uttalelse fra Helsetilsynet i Y og svarte deretter i brev hit. Om det forhold at Helsetilsynet ikke gjorde A kjent med uttalelsene i avdelingsoverlegens brev 27. februar 2002, viste Statens helsetilsyn til at tilsynsmyndigheten la til grunn at innholdet i avdelingsoverlegens uttalelse allerede var kjent for henne og at hun ikke fikk tilsendt kopi av sakens dokumenter fordi hun ikke ble ansett som part i saken. Statens helsetilsyn uttalte blant annet at praksis er at pasienter/informanter gis innsyn i deler av sakens dokumenter dersom dette anses nødvendig av hensyn til utredning av saken og at de blir orientert om utfallet av saken enten ved eget brev eller ved kopi av avgjørelsen. Tilsynet uttalte også at det i ettertid var lett å se at det hadde vært nyttig for A å bli gjort kjent med innholdet i brevet, men at det var vanskelig å se at det var nødvendig å gjøre henne kjent med innholdet av hensyn til saksbehandlingen.

Om Helsetilsynets behandling av Bs henvendelse 29. januar 2003 het det:

> «For informasjon om hvilke vurderinger som lå til grunn for at henvendelsen ikke ble ansett som en anmodning om vurdering av pliktbrudd, vises det til Helsetilsynet i Ys redegjørelse i brev av 18. august 2005. Som begrunnelse for beslutningen er det bl.a. angitt at det var 3 ½ år siden hendelsen, at legen selv hadde erkjent feilen og at pasienten ett år tidligere hadde avstått fra å anmode om vurdering av pliktbrudd.
> ---
> Etter Statens helsetilsyns oppfatning er det vanskelig å forstå begrunnelsen for at henvendelsen fra B ikke ble vurdert som en anmodning om vurdering av pliktbrudd. Selv om hans henvendelse ikke var en reaksjon på den tidligere avsluttede tilsynssaken mot X sykehus, fremgikk det tydelig at han ønsket at tilsynsmyndighetene også skulle se nærmere på avdelingsoverlege Cs rolle i saken.
> Eventuell uklarhet mht. hvordan henvendelsen skulle forstås burde vært avklart med B før Helsetilsynet i Y konkluderte i saken.
> Statens helsetilsyn finner grunn til å stille spørsmål ved om det er uklarhet mht. hvordan henvendelsen fra B skulle forstås som i realiteten er vurdert av Helsetilsynet i Y. Den begrunnelse som er gjengitt overfor knytter seg etter Statens helsetilsyns oppfatning ikke til slik uklarhet, men drøfter i stedet om det var grunnlag for å opprette tilsynssak mot C. Den argumentasjonen som er benyttet kan i stedet tyde på at Helsetilsynet i Y etter en samlet vurdering valgte å avvise anmodningen om å opprette tilsynssak. ...
> Etter Statens helsetilsyns oppfatning burde Helsetilsynet i Y forholdt seg til den informasjon tilsynet etter hvert mottok på en helt annen og mer aktiv måte. Det korrekte i denne saken hadde vært å opprette en tilsynssak hvor også Cs rolle var i fokus. Pasienter og pårørende kan gjerne ha ønsker og synspunkter mht. hva som skal vurderes. Det er imidlertid tilsynsmyndighetene selv som ut fra tilgjengelige opplysninger må ta stilling til hva slags problemstillinger en sak reiser, om problemstillingene gjelder individer, systemer eller begge deler mv.
> På bakgrunn av ovennevnte må Statens helsetilsyn konkludere med at denne saken burde vært annerledes håndtert allerede fra starten av.»

Når det gjaldt saksbehandlingstiden fra As første henvendelse til Helsetilsynet og frem til hun fikk svar på klagen ca. 1 år senere, viste Statens helsetil-

syn til at saksbehandlingstiden i stor grad skyldtes at Helsetilsynet besluttet å avvente behandlingen i sykehusets kvalitetsutvalg før de avsluttet saken. Behandlingen der tok ca. 9 måneder. Det ble vist til at Helsetilsynet i denne perioden etterlyste svar fra sykehuset tre ganger. Statens helsetilsyn ga uttrykk for at det ikke hadde vært nødvendig å avvente behandlingen i sykehusets kvalitetsutvalg før saken ble avsluttet og at denne delen av saken kunne vært avsluttet etter at det første svaret fra sykehuset forelå, dvs. etter ca. tre måneder. Tilsynet konkluderte derfor med at saksbehandlingstiden i denne første fasen av saksbehandlingen hadde vært for lang.

Tilsynet uttalte deretter:

> «Årsaken til dette var imidlertid ikke saksbehandlingsmessig sommel fra Helsetilsynet i Ys side, men sent svar fra sykehuset og at saken innholdsmessig og tematisk ikke ble satt på rett spor.
>
> Som nevnt ovenfor under pkt. 2 burde det tidlig i saksbehandlingen også vært opprettet tilsynssak mot C. Dersom dette hadde skjedd hadde den samlede saksbehandlingstid trolig vært kortere.»

Det ble videre gitt uttrykk for at det isolert sett hadde gått for lang tid når det tok fire måneder å besvare Bs brev 29. januar 2003. Videre uttalte tilsynet at en saksbehandlingstid på ni måneder fra Bs henvendelse 8. januar 2004 til saken ble oversendt til Statens helsetilsyn var for lang, selv tatt i betraktning at sykehuset heller ikke denne gangen avga uttalelse innen de frister som var satt.

Statens helsetilsyn ga også uttrykk for at tilsynets egen behandling av saken hadde tatt for lang tid, og viste bl.a. til at det gikk ca. 3 ½ måned fra saken kom inn til avdelingsoverlegen ble orientert om at Helsetilsynet ville vurdere å gi ham en administrativ reaksjon.

Avslutningsvis konkluderte Helsetilsynet slik:

> «På bakgrunn av ovennevnte er det grunn til å kritisere tilsynsmyndighetens håndtering av denne saken. Vi vil sterkt beklage den ekstra belastning den mangelfulle saksbehandlingen har vært for B.
>
> Statens helsetilsyn arbeider aktivt både internt og i forhold til Helsetilsynet i fylkene for å bidra til riktig behandling av tilsynssaker. Det er utarbeidet detaljerte veiledere for saksbehandlingen, og det arrangeres årlige seminarer hvor saksbehandling mv. er tema. Dessverre er det likevel slik at ikke alle saker alltid blir behandlet på en god måte, noe denne saken viser.
>
> Den beskrevne saksbehandlingen etterlater ikke et tillitsvekkende inntrykk. Ved denne grundige gjennomgangen av saksbehandlingen og de erkjennelser denne har ført til håper vi at noe av Bs sviktende tillit til tilsynsmyndigheten kan repareres.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Manglende oppfølging av As klage 20. november 2001

Helsetilsynet i fylket skal føre tilsyn med at helsepersonellet i fylket oppfyller de krav som helselovgivningen stiller til deres yrkesutøvelse, herunder at lovgivningens krav til faglig forsvarlighet overholdes. Dette fremgår av lov om statlig tilsyn med helsetjenesten 23. desember 1984 nr. 15 § 2. Tilsynssaker som følge av konkrete enkelthendelser, såkalt hendelsesbasert tilsyn, blir ofte initiert ved at pasienter eller pårørende som mener at helsepersonell har utført sin virksomhet på en lite tilfredsstillende måte, henvender seg til tilsynet for en vurdering av forholdet, jf. pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 7–4 og helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 55. Tilsynsmyndigheten må imidlertid også på eget initiativ, uavhengig av om det foreligger en anmodning fra pasient eller pårørende, vurdere om det i konkrete tilfeller som kommer til deres kunnskap er grunn til å opprette tilsynssak.

I den foreliggende saken er det et sentralt spørsmål hvorfor Helsetilsynet i Y, særlig på grunnlag av den informasjonen som fremkom i avdelingsoverlege Cs uttalelse til tilsynsmyndigheten 27. februar 2002, ikke på eget initiativ reiste tilsynssak mot avdelingsoverlegen i etterkant av As henvendelse i november 2001. Statens helsetilsyn har uttalt at det korrekte hadde vært å opprette tilsynssak hvor ikke bare sykehuset, men også Cs rolle var i fokus. Jeg slutter meg til denne vurderingen, og finner grunn til å kritisere Helsetilsynet i Y for ikke å ha opprettet tilsynssak mot avdelingsoverlegen i etterkant av As klage i november 2001, uavhengig av om det uttrykkelig var anmodet om dette fra pasientens side. Dersom dette hadde vært gjort, ville saken på et langt tidligere tidspunkt ha kommet inn på et riktigere innholdsmessig og tematisk spor.

Det er herfra stilt spørsmål om hvorfor Helsetilsynet i Y ikke gjorde A kjent med avdelingsoverlege Cs uttalelse 27. februar 2002. Spørsmålet er reist fordi informasjonen som fremgår der trolig ville ha hatt vesentlig betydning for As oppfatning av saken. Ettersom Helsetilsynet ikke på eget initiativ igangsatte tilsynssak mot avdelingsoverlegen, kunne det også ha fått betydning for hennes vurdering av om hun ønsket å anmode tilsynsmyndigheten mer uttrykkelig om å vurdere mulig pliktbrudd fra avdelingsoverlegens side.

Helsetilsynet i Y har opplyst at det ble lagt til grunn at A allerede var oppmerksom på avdelingsoverlege Cs forsømmelse. Det er i denne forbindelse vist til at det i As henvendelse til Helsetilsynet fremgikk at hun hadde fått opplysninger fra sin egen journal om at prøvesvar var oversett av legen. Helsetilsynet har for øvrig vist til at hun ikke fikk tilsendt kopi av sakens dokumenter fordi hun ikke ble ansett som part i saken. Sistnevnte har også Statens helse-

tilsyn vist til i svaret hit, der det også er gitt uttrykk for at det er vanskelig å se at det var nødvendig å gjøre henne kjent med innholdet i uttalelsen av hensyn til saksbehandlingen.

Det er på det rene at den som anmoder Helsetilsynet om å vurdere spørsmål om mulig brudd på helselovgivningen ikke anses som part i tilsynssaken. Vedkommende har dermed heller ikke de rettighetene som ellers tilkommer parter i en forvaltningssak. Helsepersonelloven § 55 femte ledd slår fast at vedkommende som har anmodet om Helsetilsynets vurdering skal ha orientering om resultatet av vurderingen og en kort begrunnelse for resultatet. Ut over dette er det i liten grad regulert i loven hvordan klageren skal involveres i saken. Spørsmålet i dette tilfellet er imidlertid om A burde ha blitt informert om avdelingsoverlege Cs uttalelse selv om hun ikke var part i en tilsynssak.

Et sentralt formål med Helsetilsynets tilsynsvirksomhet, herunder behandlingen av konkrete enkelthenvendelser, er å bedre kvaliteten på de helsetjenestene som ytes og hindre at uheldige episoder gjentar seg. Det er imidlertid også viktig at den som klager over helsetjenester sitter igjen med et inntrykk av at tilsynets behandling av klagen har vært grundig og betryggende. Det fremstår som lite egnet til å skape slik tillit, når tilsynsmyndigheten i et tilfelle som dette nøyer seg med å opplyse pasienten om muligheten til å anmode om tilsynssak, og heller ikke forsikrer seg om at hun har informasjon som trolig vil være sentral for hennes vurdering av om det er grunn til å fremme en slik anmodning.

Tatt i betraktning de forholdsvis oppsiktsvekkende opplysningene, vurderingene og innrømmelsene som fremkom i brevet fra avdelingsoverlege C, synes det forhastet at Helsetilsynet i Y uten nærmere undersøkelse gikk ut fra at A var kjent med dette innholdet på grunnlag av innsyn i sin egen journal. Etter min mening hadde det klart vært en fordel om Helsetilsynet i Y hadde sørget for eller forvisset seg om at A ble gjort kjent med informasjonen i brevet fra avdelingsoverlegen.

2. Behandlingen av Bs henvendelse 29. januar 2003

Statens helsetilsyn har gitt uttrykk for at det er vanskelig å forstå hvorfor Helsetilsynet i Y ikke vurderte henvendelsen fra B 29. januar 2003 som en anmodning om vurdering av pliktbrudd fra avdelingsoverlege Cs side. Det er vist til at det tydelig fremgikk av henvendelsen at han ønsket at tilsynsmyndighetene skulle se nærmere på avdelingsoverlegens rolle i saken. Statens helsetilsyn har stilt spørsmål om ikke Helsetilsynet i Y faktisk anså henvendelsen som en anmodning om å opprette tilsynssak, men etter en vurdering valgte å avvise anmodningen.

Etter min mening må henvendelsen fra B klart oppfattes som en anmodning om vurdering av pliktbrudd fra avdelingsoverlegens side. Selv om han i henvendelsen også kritiserer sykehuset, trekker han frem legens rolle, og det går klart frem at han mener at Helsetilsynets fokusering på «system» ikke er tilstrekkelig. Dersom Helsetilsynet i Y var i tvil om hvordan Bs klage skulle oppfattes, burde dette, slik Statens helsetilsyn har pekt på, ha vært avklart med ham.

Dersom Helsetilsynet i Y faktisk vurderte henvendelsen som en anmodning om å vurdere pliktbrudd fra legens side, men valgte å avvise anmodningen, slik Statens helsetilsyn antyder, burde avvisningen ha kommet langt klarere til uttrykk i tilsynets svarbrev til B 20. mai 2003. Helsetilsynets svar var i så fall ikke egnet til å gi B inntrykk av at hans anmodning hadde vært undergitt en grundig og betryggende saksbehandling. Spesielt tatt i betraktning den oppsiktsvekkende informasjonen som fremgikk i avdelingsoverlegens brev må det ha vært vanskelig for B å forstå hvorfor Helsetilsynet valgte ikke å foreta seg noe mer i saken.

Jeg finner på denne bakgrunn også grunn til å kritisere Helsetilsynet i Ys oppfølging av Bs klage 29. januar 2003.

3. Saksbehandlingstiden

Statens helsetilsyn har konkludert med at saksbehandlingstiden har vært for lang i flere faser av saken. Dette gjelder for det første tiden det tok Helsetilsynet i Y å ferdigbehandle tilsynssaken mot sykehuset. Videre har Statens helsetilsyn gitt uttrykk for at det tok for lang tid da Helsetilsynet i Y brukte fire måneder på å besvare Bs brev 29. januar 2003, og da det tok ni måneder fra B på nytt henvendte seg til Helsetilsynet i Y 8. januar 2004 til saken ble oversendt Statens helsetilsyn for behandling. Statens helsetilsyn har også erkjent at tilsynets egen saksbehandlingstid på syv måneder var for lang. Det er pekt på at saken både i oppstarts- og avslutningsfasen burde ha vært behandlet raskere.

Jeg slutter meg til Statens helsetilsyns vurderinger når det gjelder saksbehandlingstiden i de ulike fasene i saken og finner grunn til å kritisere de tilfellene hvor det er pekt på at saksbehandlingstiden har vært for lang. På bakgrunn av de spesielle omstendighetene i saken burde det på et langt tidligere tidspunkt ha vært grepet tak i saken, slik at den totale saksbehandlingstiden ikke hadde blitt så lang som den til slutt ble.

4. Oppsummering

Helsetilsynet i Ys manglende iverksetting av tilsynssak mot avdelingsoverlege C på et tidligere tidspunkt og den lange saksbehandlingstiden som tidvis er brukt ved behandlingen av henvendelsene fra A og B og av tilsynssaken, har både isolert og ikke minst samlet sett utvilsomt vært en stor belastning for B. Disse forholdene har også påført ham en ekstra belastning ved at tidsforløpet fra hendelsene som dannet utgangspunktet for klagene til tilsynsmyndig-

hetene også har fått betydning, riktignok som et av flere hensyn, for konklusjonen om ikke å ilegge avdelingsoverlegen en administrativ reaksjon. Som det er fremholdt overfor B i brev herfra 11. juli 2005, kan jeg vanskelig gå inn i den skjønnsmessige vurderingen som ligger til grunn for Statens helsetilsyns konklusjon på dette punkt. Sett i lys av bl.a. avdelingsoverlegens erkjennelse har jeg imidlertid forståelse for den frustrasjon B opplever ved at det ikke ble funnet grunnlag for å reagere med en advarsel i dette tilfellet.

Statens helsetilsyn har konkludert med at det er grunn til å kritisere tilsynsmyndighetenes håndtering av denne saken og har sterkt beklaget den ekstra belastningen den mangelfulle saksbehandlingen har vært for B. Beklagelsen er på sin plass».

28.

Varsel til utleieforetak om tilbakekall av autorisasjon som psykolog

(Sak 2005/1803)

Statens helsetilsyn varslet et foretak som klageren leide lokaler av om at klagerens autorisasjon som psykolog var tilbakekalt. Det fremgikk at tilsynet var usikker på hvilken avtale klageren hadde med foretaket.

Ombudsmannen kritiserte at Statens helsetilsyn ikke hadde undersøkt nærmere hva som var klagerens tilknytning til foretaket før varslingen ble foretatt. Selv om opplysningen om tilbakekall ble vurdert ikke å være omfattet av taushetsplikten, innebar dette ikke at tilsynet stod fritt til å spre opplysningen. Det knyttet seg etter ombudsmannens syn begrunnet tvil til om beslutningen om å varsle foretaket bygget på en forsvarlig og veloverveid vurdering.

Statens helsetilsyn vedtok å tilbakekalle As autorisasjon som psykolog. Det ble i brev samme dag sendt melding om tilbakekallet til Statens autorisasjonskontor for helsepersonell, Nordiske lands helsemyndigheter, Den norske psykologforening og De regionale oppgjørsenheter. Kopi av brevet ble sendt til A og til foretaket X, der A hadde sine lokaler.

A påklaget tilbakekallet. Statens helsepersonellnemnd besluttet imidlertid å opprettholde Statens helsetilsyns vedtak.

As advokat klaget til ombudsmannen og tok bl.a. opp at Statens helsetilsyn ved å oversende kopi av brevet hadde gjort X oppmerksom på at A hadde fått tilbakekalt sin autorisasjon. Advokaten antok at dette hadde sammenheng med bestemmelsen i helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 66 første ledd, som pålegger Statens helsetilsyn å varsle «arbeidsgiver» om bl.a. tilbakekall av autorisasjon. Ifølge advokaten måtte varsling etter denne bestemmelsen bygge på en misforståelse, og han viste til at X er et privat utleieforetak, hvor en rekke selvstendige næringsdrivende i helsesektoren leier lokaler. Advokaten anførte at X således ikke hadde noe arbeidsgiveransvar overfor A. Han opplyste videre at varselet ble mottatt av byggets forretningsfører, og anførte at oversendelsen var meget lite skjønnsom og påførte A en rekke tilleggsbelastninger.

Det ble besluttet å undersøke spørsmålet om varslingen nærmere og Statens helsetilsyn ble bedt om å redegjøre for den rettslige og faktiske bakgrunnen for at X ble orientert om at A hadde fått tilbakekalt sin autorisasjon.

I Statens helsetilsyns svar het det bl.a. følgende:

> «Statens helsetilsyn har plikt til å varsle arbeidsgiver til helsepersonell som får tilbakekalt sin autorisasjon, jf. helsepersonelloven § 66. Da vi var noe usikker på hvilken avtale A hadde med X, valgte vi å orientere dem om tilbakekallet ved å sende kopi av brev[et] ... I den sammenheng vil vi bemerke at dette brevet ikke er unntatt offentlighet.»

As advokat kom med merknader og anførte bl.a. følgende:

> «Det fremgår av dette at Helsetilsynet ved sin handlemåte har ment å varsle arbeidsgiver i medhold av helsepersonelloven § 66.
>
> Når A hadde et rent leieforhold i de aktuelle lokaler, fremstår det som rimelig klart at det var et feilgrep å sende slikt varsel til utleieren, representert ved en forretningsfører. Varselet utløste spørsmål til A fra forretningsføreren, noe som for A ble beklemmende og vanskelig. Situasjonen var vanskelig nok som den var.
>
> Den usikkerhet Helsetilsynet anfører at de hadde, burde isteden ha medført nærmere undersøkelser, slik at denne feil ikke ble begått.
>
> At brevet ikke ble unntatt offentlighet, kan ikke medføre noen annen vurdering av dette forhold.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Slik saken er opplyst, legger jeg til grunn at bakgrunnen for at Statens helsetilsyn sendte kopi av brevet ... til X var bestemmelsen i helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 66 første ledd, som lyder slik:

> «Statens helsetilsyn skal varsle arbeidsgiver ved advarsel, tilbakekall, frivillig avkall eller suspensjon av autorisasjon, lisens, spesialistgodkjenning eller rekvireringsrett eller begrensning av autorisasjon. Med arbeidsgiver menes også offentlig myndighet som har driftsavtale med helsepersonellet.»

Det er fra klagerens side vist til at X på det aktuelle tidspunktet ikke var, og for øvrig heller aldri har vært, klagerens arbeidsgiver. Statens helsetilsyn har ikke bestridt dette, og det må således anses klart at tilsynet ikke hadde noen plikt til å varsle X etter helsepersonelloven § 66 første ledd.

Statens helsetilsyn har opplyst at det valgte å sende varsel ettersom tilsynet var «noe usikker på hvilken avtale A hadde med X». Det som her er ut-

talt kan tyde på at varslingen nærmest ble foretatt for sikkerhets skyld. En slik fremgangsmåte fremstår etter mitt syn som tvilsom sett i lys av at varslingen her ble foretatt med bakgrunn i helsepersonelloven § 66 første ledd. Bakgrunnen for bestemmelsen er arbeidsgiverens behov for å kunne organisere og drive virksomheten forsvarlig, jf. Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 250. Bestemmelsen er således utslag av et konkret behov arbeidsgivere har for denne typen informasjon, og gir ikke i seg selv grunn til varsling av andre personer eller instanser.

Forvaltningsloven 10. februar 1967 § 17 første ledd pålegger forvaltningen å sørge for at en sak er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Selv om bestemmelsen bare gjelder direkte ved saksforberedelsen av enkeltvedtak, er det alminnelig antatt at bestemmelsen gir uttrykk for et generelt prinsipp i forvaltningsretten, jf. f.eks. Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (3. utg. 1999) side 273 med videre henvisninger.

Ettersom Statens helsetilsyn var usikker på hvilket tilknytningsforhold klageren hadde til X, burde dette vært undersøkt nærmere før varsel ble gitt med utgangspunkt i helsepersonelloven § 66 første ledd. Det må kritiseres at slike undersøkelser ikke ble foretatt. Jeg finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at det måtte fremstå som meget enkelt for tilsynet å bringe forholdene på det rene, f.eks. gjennom en telefonhenvendelse.

Statens helsetilsyn har i svaret hit bemerket at varslingsbrevet ... «ikke er unntatt offentlighet». Det er ikke redegjort nærmere for synspunktet. Jeg forstår det imidlertid slik at tilsynet med dette har ment å gi uttrykk for at selv om tilsynet ikke hadde en *opplysningsplikt* etter helsepersonelloven § 66 første ledd, så har tilsynet likevel hatt en *opplysningsrett* fordi opplysningen om tilbakekall ikke er taushetsbelagt.

Dette reiser i første omgang spørsmål om det er et taushetsbelagt forhold at en psykolog har fått sin autorisasjon tilbakekalt.

Spørsmålet om taushetsplikt for denne typen opplysninger må i første rekke vurderes i forhold til bestemmelsen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1, som slår fast at det er taushetsplikt om «noens personlige forhold». I forarbeidene til helsepersonelloven er spørsmålet i første rekke vurdert i forbindelse med forholdet til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 a, som slår fast at opplysninger som er undergitt taushetsplikt ikke er offentlige.

Spørsmålet om offentlighet knyttet til tilbakekall av autorisasjon er ikke uttrykkelig berørt i forarbeidene til helsepersonelloven. Spørsmålet er imidlertid omtalt i tilknytning til advarsler etter helsepersonelloven § 56, og i Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) side 173 annen spalte heter det bl.a. følgende om dette:

> «En advarsel er et vedtak etter forvaltningsloven. Etter lov 19 juni 1970 nr 69 om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) er vedtaket et offentlig dokument som er gjenstand for innsyn fra offentlighetens side, jf offentlighetsloven § 2. Både vedtaket og de faktiske forhold som ligger til grunn for vedtaket er undergitt offentlighet. Derimot vil de underliggende forhold kunne være unntatt offentlighet dersom disse er av personlig karakter. At en uaktsom handling skyldes for eksempel personlige forhold som psykiske problemer, rusmiddelmisbruk, sosiale eller familiemessige problemer hos helsepersonellet er taushetsbelagt etter forvaltningsloven § 13, første ledd nr 1, og derved unntatt innsynsrett etter offentlighetsloven § 5 a. Likedan vil personlige opplysninger vedrørende pasienten være taushetsbelagte og derved unntatt offentlighet etter offentlighetsloven § 5 a.»

Synspunktene er gjentatt, om enn i en noe omskrevet form, i Sosial- og helsedepartementets rundskriv I-20/2001 til Lov om helsepersonell m.v. side 43, hvor det bl.a. heter:

> «At en advarsel er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven innebærer etter lov 19. juni 1970 nr 69 om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) at vedtaket er et offentlig dokument som er gjenstand for innsyn fra offentlighetens side, jf. offentlighetsloven § 2. Både vedtaket og de faktiske forhold som ligger til grunn for vedtaket er undergitt allmenn offentlighet. Derimot vil de underliggende forhold kunne være unntatt offentlighet dersom disse er av personlig karakter og derved undergitt taushetsplikt.»

Utgangspunktet etter offentlighetsloven § 2 er at alle forvaltningens saksdokumenter er offentlige, ikke bare enkeltvedtak. Ved vurderingen av om dokumentet, eller opplysninger i et dokument, er offentlige, må det bl.a. tas stilling til om opplysningene er undergitt taushetsplikt, jf. offentlighetsloven § 5 a. Dette gjelder selvsagt også for enkeltvedtak. Det kan synes som om det i forarbeidene til loven, og særlig i departementets rundskriv, er lagt til grunn at opplysninger om at helsepersonell er gitt en advarsel er offentlig *fordi* det er et enkeltvedtak, mens det bare er de underliggende opplysningene om hvorfor advarsel er gitt som kan tenkes å være underlagt taushetsplikt. En slik slutning vil ikke være riktig. Spørsmålet her er om opplysningen om at klageren har fått tilbakekalt sin autorisasjon som psykolog i seg selv er en opplysning om «noens personlige forhold», jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Dette synes i liten grad å ha vært noe selvstendig vurderingstema i forarbeidene eller i det nevnte rundskrivet.

Det er alminnelig antatt at opplysninger om at en person innehar eller ikke innehar en offentligrettslig rettighet, i dette tilfellet autorisasjon som psykolog, ikke anses å være en personlig opplysning som omfattes av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Bakgrunnen for tildelingen av autorisasjon, i dette tilfellet som psykolog, er jo nettopp å dokumentere overfor bl.a. allmennheten at man har de kvalifikasjoner autorisasjonen forutsetter.

Spørsmålet om det er taushetsplikt for opplysninger om at vedkommende har fått tilbakekalt en

slik rettighet har imidlertid vært mer omdiskutert. Det kan f.eks. vises til uttalelser fra Justisdepartementets arbeidsgruppe i forarbeidene til forslag om endringer i forvaltningsloven, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) side 137:

> «På den annen side bør opplysning om at en person innehar eller ikke innehar en offentligrettslig rettighet som f.eks. en advokatbevilling, ikke sees som personlig. Mer tvilsomt er spørsmålet dersom opplysningen går ut på at vedkommende er fratatt sin advokatbevilling. Det knytter seg store allmenne interesser til spørsmålet om en person fyller de vilkår loven setter for å utøve en viss virksomhet, og dette taler for at opplysningen ikke sees som personlig. Av betydning for klassifikasjonen bør det ellers ofte være hvilke slutninger som ut fra opplysningen om forvaltningssaken eller -vedtaket kan trekkes om utpreget personlige forhold, f.eks. om familie, helse, karakter og følelsesliv.»

I Justis- og politidepartementets veileder i offentlighetsloven side 60 er det bl.a. lagt til grunn følgende:

> «Opplysninger om hvorvidt en person fyller de vilkår loven setter for å utøve en viss virksomhet – f.eks. om vedkommende har advokatbevilling – er ikke undergitt taushetsplikt. Også opplysninger om at en person er fratatt retten til å drive en bestemt type virksomhet, vil falle utenfor taushetsplikten.»

I forhold til sistnevnte er det i veilederen vist til en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 3. september 1987 (sak 2181/86 E):

> «Lovavdelingen har uttalt at opplysninger om at en revisor hadde fått inndratt bevillingen, normalt ikke vil være underlagt taushetsplikt. Det ble bl.a. lagt vekt på at allmennheten hadde en berettiget interesse i å få vite om vedkommende oppfylte vilkårene for å drive revisorvirksomhet. Det måtte vurderes konkret om opplysninger om bakgrunnen for inndragningen var omfattet av taushetsplikt.»

I den foreliggende saken har Statens helsetilsyn ved orienteringen til X ikke opplyst noe om bakgrunnen for tilbakekallet. Det kan likevel stilles spørsmål om det ut fra tilbakekallet kan trekkes ut opplysninger om personlige forhold. Videre kan det også stilles spørsmål om allmennhetens interesser er tilstrekkelig ivaretatt gjennom å få vite at vedkommende ikke innehar autorisasjon, eller om allmennheten også har en berettiget interesse i å få vite at vedkommende har fått tilbakekalt sin autorisasjon, sml. Justisdepartementets lovavdelings synspunkt i sak 3641/87 E, publisert i Lovavdelingens uttalelser I (1990) side 377–378. Uttalelsen er også omtalt i departementets veileder i offentlighetsloven side 61. Lovavdelingen la til grunn at opplysninger om hvorvidt en person innehar førerkort ikke er taushetsbelagt. Etter lovavdelingens syn måtte det imidlertid som hovedregel legges til grunn at opplysninger bl.a. om at en person har fått sitt førerkort inndratt er omfattet av taushetsplikt. Det ble i denne forbindelse lagt særlig vekt på at en slik opplysning normalt vil indikere at vedkommende har gjort seg skyldig i et straffbart forhold.

Det er flere forhold som kan føre til tilbakekall av autorisasjon etter helsepersonelloven § 57. Opplysningen om tilbakekall av autorisasjon konkretiserer dermed ikke i seg selv bakgrunnen for tilbakekallet på samme måte som f.eks. inndragning av førerkort vil gjøre. Det er således mye som taler for at opplysningen om tilbakekall av autorisasjon etter helsepersonelloven § 57 ikke er underlagt taushetsplikt.

Det forhold at en opplysning om tilbakekall av autorisasjon ikke er undergitt taushetsplikt er imidlertid ikke ensbetydende med at Statens helsetilsyn står fritt til å spre opplysningen, selv om man etter anmodning hadde måttet gi innsyn. I dette tilfellet hadde ikke X selv bedt om innsyn i det brevet foretaket fikk tilsendt som kopimottaker. Prinsipielt er det en betydelig forskjell på å gi innsyn i slike opplysninger til noen som har anmodet om slikt innsyn og det å oversende opplysningene av eget tiltak til noen som ikke har bedt om det. Dersom Statens helsetilsyn velger å informere om tilbakekall av autorisasjon til andre personer og instanser enn de som tilsynet er forpliktet til å informere, må dette bygge på en forsvarlig og veloverveid vurdering.

I dette tilfellet kan det virke som om Statens helsetilsyn har oversendt varselet til X nærmest for sikkerhets skyld, fordi tilsynet var usikker på hvilken avtale klageren hadde med selskapet. Jeg har ovenfor kritisert at det ikke ble foretatt nærmere undersøkelser i denne forbindelse. Statens helsetilsyn har i svaret hit ikke noen begrunnelse ut over ovennevnte for beslutningen om å oversende varselet til X. Jeg må etter dette konkludere med at det knytter seg begrunnet tvil til om oversendelsen bygget på en forsvarlig vurdering av behovet for å varsle selskapet.

Jeg ber om at Statens helsetilsyn merker seg det jeg har gitt uttrykk for ovenfor i forhold til behandlingen av lignende saker i fremtiden.»

29.

Statens helsetilsyns saksbehandlingstid i tilsynssaker – betydningen for ileggelse og valg av reaksjon etter helsepersonelloven

(Sak 2005/1687)

På bakgrunn av opplysninger som fremkom i en konkret klagesak og erfaringer fra andre ombudsmannssaker om hendelsesbasert tilsyn, fant ombudsmannen av eget tiltak grunn til å undersøke Statens helsetilsyns saksbehandlingstid i tilsynssaker og saksbehandlingstidens betydning for tilsynets ileggelse og valg av reaksjon etter helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 kapittel 11.

Ombudsmannen uttalte at redegjørelsen fra Statens helsetilsyn ga inntrykk av at tilsynet hadde et

bevisst forhold til saksbehandlingstiden i tilsynssaker og at det ble arbeidet aktivt for å redusere denne. Det syntes likevel fortsatt å være rom for forbedringer, særlig med hensyn til å redusere saksbehandlingstiden for de eldste sakene. I forhold til spørsmålet om saksbehandlingstidens betydning for ileggelse og valg av reaksjon, pekte ombudmannen på at det for pasienter og andre som initierer en tilsynssak, kan virke lite tillitvekkende og være vanskelig å forsone seg med at lang saksbehandlingstid hos tilsynsmyndighetene er medvirkende til at helsepersonell ikke ilegges en administrativ reaksjon der vilkårene for dette for øvrig er oppfylt. Ombudsmannen understreket at også dette hensynet taler for at Statens helsetilsyn arbeider aktivt for å redusere saksbehandlingstiden i tilsynssakene.

Ombudsmannen mottok i september 2005 en klage på Statens helsetilsyns saksbehandlingstid og reaksjon i en tilsynssak mot en ikke navngitt tidligere fastlege. I klagen ble det vist til at Statens helsetilsyns avgjørelse først forelå mer enn 2 år og 4 måneder etter at tilsynssaken ble oversendt fra Fylkeslegen (nå Helsetilsynet) i legens hjemfylke. Dette kom i tillegg til en saksbehandlingstid hos Fylkeslegen på 1 ½ år. Klageren opplyste at Statens helsetilsyn konkluderte med at vilkårene for å tilbakekalle fastlegens autorisasjon var til stede, men at den lange saksbehandlingstiden førte til at tilsynet, i henhold til egen praksis, fant å måtte gi en mildere form for reaksjon. Legen ble derfor bare ilagt en advarsel.

Den konkrete klagesaken ble avsluttet uten nærmere undersøkelser. På bakgrunn av opplysningene som fremkom i saken og erfaringer fra andre ombudsmannssaker om hendelsesbasert tilsyn, besluttet imidlertid ombudsmannen av eget tiltak å undersøke Statens helsetilsyns saksbehandlingstid i tilsynssaker og behandlingstidens betydning for ileggelse og valg av reaksjon etter helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 kapittel 11.

I brev herfra ble Statens helsetilsyn bedt om å redegjøre for tilsynets saksbehandlingstid i saker om hendelsesbasert tilsyn. Det ble særskilt bedt om å få opplyst hva som var gjennomsnittlig saksbehandlingstid i tilsynssakene som ble avsluttet i 2. halvår 2004 og 1. halvår 2005. Videre ble det bedt om tilsynets syn på om saksbehandlingstiden ble ansett tilfredsstillende og informasjon om tiltak som eventuelt var satt i verk for å redusere saksbehandlingstiden. Tilsynet ble også bedt om å informere om årsakene til den lange saksbehandlingstiden i den konkrete tilsynssaken som var foranledningen til undersøkelsen.

Statens helsetilsyn ble videre bedt om å redegjøre for sin praksis med å tillegge lang saksbehandlingstid hos tilsynsmyndighetene betydning ved vurderingen av om det ved konstatert pliktbrudd skal gis en reaksjon. Det ble også bedt om informasjon om hvilken betydning saksbehandlingstiden tillegges ved valg av reaksjonsform, og om reaksjonenes ulike formål tillegges vekt i denne forbindelse. Til slutt ble Statens helsetilsyn bedt om å oppgi i hvor stor andel av tilsynssakene som ble avsluttet i 2. halvår 2004 og 1. halvår 2005 det ble lagt vekt på lang saksbehandlingstid, enten ved Statens helsetilsyns egen behandling av saken eller hos Helsetilsynene i fylkene.

I Statens helsetilsyns svar het det bl.a. følgende om saksbehandlingstiden i tilsynssakene:

«I St. prp. nr. 1 for 2005–2006 oppstilles det følgende resultatmål for Statens helsetilsyns behandling av tilsynssaker:

'Median saksbehandlingstid i Helsetilsynet for klage- og tilsynssaker som avsluttes i 2006, skal være 6 måneder eller mindre, ved maksimalt 200 nye saker for hvert av årene 2005 og 2006.'

Målsettingen om maksimalt 6 måneder median saksbehandlingstid har vært uendret de senere årene.

I Statens helsetilsyns årsmelding til Helse- og omsorgsdepartementet rapporteres median saksbehandlingstid. Videre danner median saksbehandlingstid grunnlaget for Riksrevisjonens revisjon av saksbehandlingen.

I den følgende redegjørelsen vil vi derfor forholde oss til median saksbehandlingstid, og ikke til gjennomsnittlig saksbehandlingstid som Sivilombudsmannen ber om.

En gjennomgang av vårt tilsynssaksregister for angitte tidsperioder viser følgende:

2. halvår 2004

I denne perioden ble det ferdigbehandlet 136 tilsynssaker. I samme perioden mottok vi 135 nye saker. 26 saker hadde en saksbehandlingstid på mindre enn 3 måneder, 37 saker hadde en saksbehandlingstid på 3 til 6 måneder, 31 saker hadde en saksbehandlingstid på 6 til 9 måneder, og 42 saker hadde en saksbehandlingstid på mer enn 9 måneder. Median saksbehandlingstid var 191 dager, dvs. i overkant av 6 måneder.

1. halvår 2005

I denne perioden ble det ferdigbehandlet 126 tilsynssaker. I samme periode mottok vi 118 nye saker. 30 saker hadde en saksbehandlingstid på mindre enn 3 måneder, 45 saker hadde en saksbehandlingstid på 3 til 6 måneder, 19 saker hadde en saksbehandlingstid på 6 til 9 måneder, og 32 saker hadde en saksbehandlingstid på mer enn 9 måneder. Median saksbehandlingstid var 148 dager, dvs. i underkant av 5 måneder.

Som det fremgår er median saksbehandlingstid for 1. halvår 2005 redusert i forhold til 2. halvår 2004. Selv om saksbehandlingstiden er innenfor de gitte resultatmål, er det en målsetting å redusere saksbehandlingstiden ytterligere.

For å lykkes i arbeidet med å redusere saksbehandlingstiden er det for det første avgjørende at arbeidet med nye saker kommer i gang raskt. Statens helsetilsyn har derfor fra 2005 innført at det i alle nye saker skal holdes et åpningsmøte. I et slikt møte skal helsefaglig- og juridisk saksbehandler i samarbeid med respektive fagsjefer avklare hva som er de sentrale problemstillinger i saken, hva slags informasjon som skal innhentes,

hva slags reaksjoner saken skal vurderes i forhold til mv. Så langt er erfaringene med denne ordningen positive. For det andre er det avgjørende å redusere antall saker over 9 måneder. På sikt er det grunn til å tro at en effekt av åpningsmøtene vil være færre gamle saker. I tillegg er det gjort organisatoriske endringer internt i Statens helsetilsyn for å styrke den faglige og saksbehandlingsmessige oppfølging av hver enkelt saksbehandler. Ved dette vil det også bli enklere å oppdage at behandlingen av en sak stopper opp og å iverksette relevante tiltak.

Det er imidlertid grunn til å understreke at saksbehandlingstiden i enkelte saker kan bli svært lang pga. forhold som tilsynsmyndighetene i liten grad kan påvirke, det kan for eksempel være at vi avventer en politietterforskning eller en domsavsigelse, at helsepersonell ikke svarer tilsynsmyndighetene eller at det er behov for å innhente uttalelse fra spesielt sakkyndige.

På bakgrunn av ovennevnte vil vi hevde at det er satt i verk adekvate tiltak for å forhindre at behandlingen av tilsynssaker tar for lang tid.»

Statens helsetilsyn redegjorde deretter for saksbehandlingstiden i den konkrete tilsynssaken som var nevnt i brevet herfra:

«Som Sivilombudsmannen påpeker brukte Statens helsetilsyn mer enn 2 år og 4 måneder på å behandle saken, noe som er kritikkverdig og beklagelig.

Det er likevel grunn til å bemerke at dette innholdsmessig var en vanskelig sak, og at det derfor trolig måtte påregnes en saksbehandlingstid på mer enn 6 måneder.

I etterkant av denne saken har Statens helsetilsyn funnet grunn til å se nærmere på hvordan tilsynssaker av denne karakter skal håndteres, dvs. saker hvor det dokumenteres en gjennomgående mangel på kontroll med den virksomhet et helsepersonell driver, men hvor hvert enkelt av ankepunktene alene ikke kan føre til administrativ reaksjon.

Som ledd i oppfølgingen av denne problematikken har Statens helsetilsyn helt nylig arrangert et seminar hvor bl.a. behandling av saker som viser slik gjennomgående svikt var tema. Målgruppen for seminaret var saksbehandlere i Statens helsetilsyn og hos Helsetilsynene i fylkene. Videre kan det nevnes at denne problemstillingen var et av flere tema som var gjenstand for erfaringsutveksling i forbindelse med en nordisk tilsynskonferanse i høst.»

Om Statens helsetilsyns praksis med å tillegge lang saksbehandlingstid betydning ved vurderingen av om det ved konstatert pliktbrudd skal gis en reaksjon, het det videre:

«En gjennomgang av vårt tilsynssaksregister for angitte tidsperioder viser følgende:

2. halvår 2004

I denne perioden har lang saksbehandlingstid, som del av en totalvurdering, ført til at Statens helsetilsyn har unnlatt å gi advarsel i 3 saker.

1. halvår 2005

I denne perioden har lang saksbehandlingstid, som del av en totalvurdering, ført til at Statens helsetilsyn har unnlatt å gi advarsel i 1 sak.

I disse periodene kan vi ikke se at saksbehandlingstid er angitt som begrunnelse for ikke å fatte vedtak om tilbakekall. Det er heller ikke vanlig at slike betraktninger tillegges vekt ved vurderingen av om helsepersonells autorisasjon skal tilbakekalles. Slik sett står ovennevnte sak i en særstilling.

Tallmaterialet viser altså at Statens helsetilsyn i liten utstrekning tillegger saksbehandlingstiden vekt ved valg av reaksjonsform.

I ingen av de 4 sakene har lang saksbehandlingstid alene vært årsak til at det ikke ble gitt advarsel.

For informasjon om hvorfor Statens helsetilsyn ikke konkluderte med tilbakekall i den konkrete saken nevnt ovenfor, vises det til side 13 i vedtaket.

Vi finner grunn til å understreke at det i totalvurderingen også ble vektlagt at det i denne type saker kan være vanskelig å nå frem med et tilbakekall i rettsapparatet, særlig dersom legen via en advarsel ikke har fått anledning til å endre sin praksis. Dette sammenholdt med lang saksbehandlingstid og det faktum at deler av informasjonen er gammel, førte til at legens autorisasjon ikke ble tilbakekalt. Alternativet var etter vår oppfatning å utrede saken ytterligere, bl.a. ved å innhente ny informasjon om rekvireringspraksis mv. Ut fra den lange saksbehandlingstiden fant vi ikke dette forsvarlig, og valgte derfor i stedet å gi en advarsel. Som det fremgår avslutningsvis av vedtaket vil imidlertid manglende evne og vilje til endring fra legens side kunne føre til tilbakekall av autorisasjonen.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Saksbehandlingstiden i tilsynssaker

Statens helsetilsyn har i svaret hit opplyst at tilsynets resultatmål for behandling av tilsynssaker er oppgitt i St. prp. nr. 1 for 2005 – 2006 som en median saksbehandlingstid på 6 måneder eller mindre ved maksimalt 200 nye saker for hvert av årene 2005 og 2006, og at målsettingen har vært uendret de senere årene.

Det fremgår av redegjørelsen fra Statens helsetilsyn at median saksbehandlingstid for tilsynssaker som ble ferdigbehandlet i 2. halvår 2004 var 191 dager, dvs. i overkant av 6 måneder, mens median saksbehandlingstid for saker ferdigbehandlet i 1. halvår 2005 var 148 dager, dvs. i underkant av 5 måneder. Videre fremgår det av tilsynets årsrapport for 2005 at gjennomsnittlig saksbehandlingstid for tilsynssaker for hele 2005 var 5,8 måneder mot 8,2 måneder i hele 2004, mens median saksbehandlingstid for tilsynssaker i 2005 som helhet var 4,8 måneder (med en saksmengde på 238 saker). Tallene viser at saksbehandlingstiden har gått ned i 2005 i forhold til i 2004. Dette er positivt. Jeg har også merket meg at Statens helsetilsyn har som målsetting å redusere saksbehandlingstiden ytterligere.

Videre har jeg merket meg at Statens helsetilsyn har satt i gang tiltak for å forhindre at saksbehandlingen av tilsynssaker tar for lang tid. Det er blant annet opplyst at det er innført såkalte åpningsmøter i alle nye saker for raskere å kunne avklare hvordan sakene skal gripes an. Ifølge tilsynet er det videre gjennomført organisatoriske endringer internt i tilsynet for å styrke den faglige og saksbehandlingsmessige oppfølgingen av hver enkelt saksbehandler. Statens helsetilsyn ser også ut til å ha et særlig fokus på å redusere antall saker over 9 måneder.

Redegjørelsen hit gir inntrykk av at Statens helsetilsyn har et bevisst forhold til saksbehandlingstiden i tilsynssaker og at tilsynet aktivt arbeider for å redusere saksbehandlingstiden. Samtidig synes det å være rom for forbedringer. Selv om median saksbehandlingstid i 1. halvdel av 2005 var under de oppsatte resultatmålene, viser det oversendte tallmaterialet at i 51 saker, dvs. ca. 40 % av de ferdigbehandlede sakene, var saksbehandlingstiden mer enn 6 måneder. I 32 av disse sakene, dvs. ca. 25 % av sakene, var saksbehandlingstiden mer enn 9 måneder. Jeg forutsetter at arbeidet med å redusere saksbehandlingstiden videreføres også i tiden fremover, spesielt med sikte på å redusere antallet saker som er mer enn 9 måneder gamle når de avsluttes.

Statens helsetilsyn har vist til at saksbehandlingstiden i enkeltsaker kan bli svært lang på grunn av forhold utenfor tilsynsmyndighetens kontroll. Som eksempler på slike forhold er det nevnt tilfeller der helsepersonell ikke svarer tilsynsmyndighetene og saker der det er behov for å innhente uttalelse fra spesielt sakkyndige. Jeg har forståelse for at slike forhold kan påvirke tilsynets saksbehandlingstid, men vil samtidig påpeke viktigheten av at tilsynet har gode og effektive rutiner for purring m.v. for i størst mulig grad å forhindre at det oppstår unødvendige forsinkelser på grunn av slike forhold.

2. Saksbehandlingstidens betydning for valg av reaksjonsform

Når det gjelder saksbehandlingstidens betydning for Statens helsetilsyns valg av reaksjonsform, tar jeg til etterretning tilsynets opplysninger om at saksbehandlingstiden i liten grad har vært tillagt vekt ved valg av reaksjonsform i 2. halvår 2004 og 1. halvår 2005. Det er opplyst at lang saksbehandlingstid, som del av en totalvurdering, har ført til at tilsynet har unnlatt å gi advarsel i totalt 4 saker i denne perioden. Videre er det opplyst at lang saksbehandlingstid ikke i noen saker i perioden er angitt som begrunnelse for ikke å fatte vedtak om tilbakekall av helsepersonells autorisasjon. Tilsynet opplyser også at det ikke er vanlig at slike betraktninger tillegges vekt ved vurderingen av om helsepersonells autorisasjon skal tilbakekalles, og at tilsynssaken som er nevnt innledningsvis i denne uttalelsen slik sett står i en særstilling. Det bemerkes for ordens skyld at denne saken ble avsluttet av Statens helsetilsyn i 2. halvår 2005, og således ikke er med i den perioden tilsynet har redegjort for i svaret hit.

Saker om hendelsesbasert tilsyn har i mange tilfeller også en side mot pasienter eller andre som ber tilsynsmyndighetene vurdere mulig pliktbrudd fra helsepersonell etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 7–4, jf. helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 55. Selv om disse ikke er å anse som parter i tilsynssaken, er det viktig at også de som klager over helsetjenester, sitter igjen med et inntrykk av at tilsynets behandling av klagen har vært reell og betryggende. Det er lite tillitvekkende at lang saksbehandlingstid hos tilsynsmyndighetene fører til at helsepersonell ikke ilegges en administrativ reaksjon der vilkårene for dette for øvrig er oppfylt. Dette gjelder også selv om ikke saksbehandlingstiden alene er avgjørende for tilsynets valg av reaksjon, men inngår som en del av en totalvurdering. Det er også av denne grunn viktig at Statens helsetilsyn arbeider aktivt for å redusere saksbehandlingstiden i tilsynssakene, og særlig i de sakene der saksbehandlingstiden er lengst.

3. Vurderingen av den konkrete tilsynssaken

I den konkrete klagesaken som det er vist til innledningsvis, kan jeg ikke gå inn på en nærmere vurdering av verken saksbehandlingstiden eller den skjønnsmessige vurderingen som ligger til grunn for tilsynets konklusjon om ikke å tilbakekalle legens autorisasjon. Jeg har imidlertid merket meg Statens helsetilsyns oppfatning om at saksbehandlingstiden var både kritikkverdig og beklagelig, samtidig som at saken var vanskelig og derfor neppe kunne forventes å være ferdigbehandlet på under 6 måneder. Jeg har også merket meg at Statens helsetilsyn i etterkant av saken har funnet grunn til å se nærmere på hvordan tilsynssaker av lignende karakter skal håndteres. Dette synes å være et fornuftig tiltak.

Ut over disse betraktningene, finner jeg å kunne la saken bero med den redegjørelsen Statens helsetilsyn har gitt, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 fjerde ledd.»

30.

Tilsynssak – medisinering av dement pasient – begrunnelse

(Sak 2006/147)

De nærmeste pårørende klaget over helsehjelpen som moren fikk ved et aldershjem. De hadde fremsatt krav om at behandlingen med antipsykotiske legemidler måtte avsluttes på grunn av bivirkninger. Helsetilsynet i Oslo og Akershus opprettet tilsynssak, og fant at det ikke forelå brudd på helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 4 (forsvarlighetskravet).

Ombudsmannen påpekte at Helsetilsynets begrunnelse for ikke å gå videre med saken hovedsake-

lig var av generell karakter. Det var ingen avveining av bivirkninger i forhold til den positive effekten av medisineringen, og dette ble ansett som en svakhet. Det kan neppe stilles strenge krav til begrunnelsen i slike saker, jf. helsepersonelloven § 55 femte ledd. Etter ombudsmannens syn må et minstekrav likevel være at de mest sentrale anførslene og problemstillingene i saken berøres. Ved sterk uenighet mellom pårørende og helsepersonell er det særlig viktig at begrunnelsen er tilstrekkelig konkret.

Pårørende klaget til fylkeslegen over bl.a. den medisinske behandlingen av moren (A), som bodde på et aldershjem. I brevet ble det fremsatt krav om at behandlingen med de antipsykotiske legemidlene Nozinan og Zyprexa måtte avsluttes på grunn av alvorlige bivirkninger.

Helsetilsynet i Oslo og Akershus oppfordret i første omgang til en minnelig løsning gjennom dialog mellom klagerne og tilsynslegen. Utfallet av dialogen ble en avtale om forsøksvis seponering av Nozinan og nedtrapping av Zyprexa. Tilsynslegen besluttet at medikasjonen skulle gjenopptas da As tilstand etter hennes og institusjonens oppfatning ble forverret av forsøket. De pårørende klaget deretter over bl.a. medisineringen. Helsetilsynet opprettet da en tilsynssak mot tilsynslegen. Ved avslutningen av saken la Helsetilsynet til grunn at det ikke forelå brudd på helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 4 (forsvarlighetskravet) eller pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 3–1 (rett til medvirkning). Medikasjonen av pasienten var vurdert, men ikke funnet uforsvarlig.

Klagerne henvendte seg etter dette til ombudsmannen. De anførte at Zyprexa ikke har terapeutisk effekt på demente pasienter, men tvert imot forhøyer risikoen for alvorlige bivirkninger og død. Etter deres syn var medisineringen en måte pleiepersonellet taklet moren på. De anførte også at antipsykotisk medisin heller ikke er «godkjent for» bruk på pasientgruppen. Videre klaget de over blant annet manglende informasjon fra helsepersonellets side og over manglende muligheter for medvirkning fra pårørende.

Etter en gjennomgang av sakens dokumenter ble det besluttet å undersøke Helsetilsynets behandling av spørsmålet om medisineringen nærmere. I brev herfra ble Helsetilsynet i Oslo og Akershus bedt om å gi en noe mer utdypende og utførlig redegjørelse for de vurderingene som lå til grunn for konklusjonen om at medisineringen var forsvarlig. Det ble også stilt spørsmål ved det faktiske grunnlaget som vedtaket bygget på. Helsetilsynet ble spurt om sitt kjennskap til omtalen av Zyprexa (olanzapin) i Felleskatalogen, som var vedlagt klagen. I omtalen het det blant annet at olanzapin «er ikke godkjent for behandling av demensrelatert psykose og/eller adferdsforstyrrelser og anbefales ikke brukt i denne pasientgruppen». Helsetilsynet ble videre spurt om sitt kjennskap til en omtale av dette legemiddelet på Statens legemiddelverks nettsider. En utskrift var vedlagt klagen. Det ble herfra bedt om Helsetilsynets vurdering av klagernes anførsel, støttet i ovennevnte omtaler, om at medisinen «ikke er godkjent for» As pasientgruppe.

I Helsetilsynets svar hit het det:

> ««Felleskatalogen» er å regne som basis for våre forsvarlighetsvurderinger i forhold til medisinering. I praksis kan man si at all medisinering som ikke er «kontraindisert» etter Felleskatalogen i utgangspunktet er forsvarlig. Slik sett er kortversjonen at medisineringen av A var forsvarlig, kontraindikasjonene mot slik behandling er iflg. Felleskatalogen *«Kjent allergi mot noen av innholdsstoffene. Kjent risiko for trangvinklet glaukom*.» I tillegg vil det for de fleste legemidler forekomme en del advarsler og forsiktighetsregler av mer veiledende karakter, under avsnitt som for eksempel «Forsiktighetsregler», «interaksjoner» eller «Bivirkninger». For Zyprexas vedkommende er det listet opp en del slike momenter i Felleskatalogens avsnitt «Bivirkninger».»

Helsetilsynet vedla til orientering en kopi av Felleskatalogtekstene fra 2003 og 2004. Det ble vist til at disse dekker mye av den perioden saken gjelder, og at «advarslene mot behandling av demensrelatert uro ikke forekommer i disse utgavene». Dette kom ifølge tilsynet først inn i Felleskatalogen fra 2005. Når det gjaldt omtalen av Zyprexa på Legemiddelverkets internettsider, het det at tilsynet nok ikke var kjent med denne. Videre uttalte Helsetilsynet:

> «Vi var derimot klar over den skepsis som var kommet når det gjaldt behandling av demensrelatert uro med såkalte nye antipsykotiske midler, det var gått ut brev til landets leger om dette. Ettersom denne nye informasjonen ikke var et tema i klagene fra ..., tok vi ikke en eksplisitt vurdering av dette forholdet i vår avgjørelse. Vi hadde likevel noen vurderinger rundt dette, altså hva man bør gjøre i forhold til pasienter som allerede er under behandling med olanzapin for demensrelatert uro. Svaret fremgår av de omtalte Internettsidene som Sivilombudsmannen er kjent med: «– Eldre pasienter som allerede behandles for demensrelatert psykose og/eller adferdsforstyrrelser med risperdon eller olanzapin bør få behandlingen revurdert av lege.» Da vi ut fra sakens dokumenter var kjent med både at behandlingen var under kontinuerlig vurdering av lege og den gode effekten og toleransen pasienten hadde, var det for oss opplagt hva utfallet av en slik vurdering ville bli – nemlig fortsatt behandling med Zyprexa. Vi understreker likevel at det ikke er vår oppgave å foreta en slik vurdering, men behandlende leges. Poenget fra vår side er at behandlingen uansett var forsvarlig, akkurat som det ville vært forsvarlig å avbryte behandlingen ut fra ny kunnskap. Som Sivilombudsmannen kjenner til, innebærer ikke våre forsvarlighetsvurderinger en diskusjon rundt hva som er ideelt, men en konstatering av at det ikke har foreligget uaktsomhet.»

Helsetilsynet hadde deretter følgende merknader til klagernes anførsel om at de aktuelle legemidlene

«ikke er godkjent for» den pasientgruppen som pasienten tilhører:

> «Som vi har redegjort for ovenfor, oppstod det en ny situasjon rundt slik behandling våren 2004, og svaret er delvis gitt i forrige avsnitt. ... Dette med «godkjente indikasjoner» er ... et begrep med en uklar juridisk betydning, bortsett fra i forhold til trygderefusjon («blå resept») for enkelte legemidler. Det forholder seg slik at produsentene søker om godkjenning for de indikasjonene de ønsker. Delvis tar de da hensyn til situasjonen rundt ansvarsforhold i andre land og en rekke andre helt uvedkommende forhold, slik at listen over «godkjente indikasjoner» fremstår som en minimumsliste og ikke er en liste over alle faglig forsvarlige indikasjoner. I Norge har leger fri forskrivningsrett, slik at «godkjente indikasjoner» føyer seg inn i rekken av veiledende opplysninger omtalt tidligere. Vi vil dessuten føye til at forutsetningen om A som tilhørende den pasientgruppen man nå ikke anbefaler bruk av nye antipsykotiske midler overfor, ikke nødvendigvis er riktig. Den gode effekten av Zyprexa i dette tilfellet gir faktisk grunnlag for å stille spørsmålet om det egentlig primært er en psykiatrisk tilstand. Tilsynslegen stilte da også dette spørsmålet både på et tidlig tidspunkt, og ved innleggelsen på Ahus».

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Mine undersøkelser i saken har vært knyttet til spørsmål omkring medisineringen av pasienten. Det er i første rekke grunnlaget for Helsetilsynets vurderinger av medisineringen, og om klagernes anførsler har vært undergitt en tilstrekkelig grundig og tillitvekkende behandling, som har vært undersøkt. Saken for øvrig består for en stor del av medisinskfaglige vurderinger som jeg vanskelig kan overprøve. Dette innebærer en betydelig begrensing i forhold til min behandling av saken.

Tilsynssaken ble opprettet etter en henvendelse fra ... . Etter helsepersonelloven § 55 første ledd kan de som mener at «bestemmelser om plikter fastsatt i eller i medhold av denne loven» er brutt til ulempe for seg, be Helsetilsynet om en vurdering av forholdet. Den eller de som har fremsatt en slik anmodning får ikke partsstilling i tilsynssaken, men har etter § 55 femte ledd rett til å få underretning om resultatet og en «kort begrunnelse» for dette.

Klagernes innvendinger mot medisineringen synes i første rekke å være vurdert under punktet om «Faglig forsvarlighet» i Helsetilsynets avgjørelse 23. juni 2005. Tilsynet uttaler her:

> «Deres mor har mange lidelser og tilsynslegens utfordring er å gi behandling med størst mulig effekt og færrest mulig bivirkninger. De begrunner Deres klage på medisineringen med at den gir mange uønskede bivirkninger. Det er dessverre slik at mange medikamenter gir bivirkninger, og da må legen vurdere effekten i forhold til bivirkningen. Ofte må en også prøve seg fram til den beste behandlingen. Det framgår av saken at en rekke medikamenter er forsøkt i denne sammenheng. Tilsynslegen søkt råd hos Ahus for bistand i vurderinger og behandlingsopplegg, og hun har fulgt anbefalingene derfra.
>
> Helsetilsynet i Oslo og Akershus har vurdert den nåværende medikasjonen, og finner den ikke uforsvarlig.»

Som nevnt har den eller de som initierer en tilsynssak etter helsepersonelloven krav på å få en kort begrunnelse for resultatet av tilsynssaken. Hvilke krav som konkret må stilles til begrunnelsen i den enkelte sak, kan by på tvil. Det er liten veiledning i rettskildene på dette punktet.

Et sentralt formål med Helsetilsynets tilsynsvirksomhet er å bedre kvaliteten på de helsetjenestene som ytes og å hindre at uheldige episoder gjentar seg. Kravet til underretning og begrunnelse må ses i lys av dette formålet. Det er imidlertid også viktig at begrunnelsen utformes slik at de som anmoder om vurdering av mulig pliktbrudd, settes i stand til å forstå konklusjonen. Det er i lovens § 55 tredje ledd fastslått at Helsetilsynet «skal vurdere de synspunkter som er fremsatt i anmodningen». Hensynet til de pasienter eller pårørende som ønsker en vurdering, og i videre forstand også borgernes tillit til helsevesenet og tilsynsordningene, tilsier at begrunnelsen reflekterer hovedtrekkene i de vurderinger som er foretatt. Begrunnelsen bør etter mitt syn utformes slik at det klart fremgår at Helsetilsynet har foretatt en selvstendig og forsvarlig vurdering av de sentrale problemstillingene i saken.

Det er grunn til å stille spørsmål ved om klagernes interesser ivaretas i tilstrekkelig grad gjennom den knappe begrunnelsen som ble gitt her. I avgjørelsen nevnes det at ulike medikamenter har vært forsøkt, og at det har vært innhentet råd fra spesialister ved Ahus. Før øvrig er begrunnelsen av generell karakter. Den innholder for eksempel ikke noe konkret om de ulike bivirkningene som pasienten utsettes for som følge av medisineringen. Alvorlige bivirkninger fremstår nettopp som kjernepunktet i saken fra klagernes side. Selv om det neppe kan kreves noen inngående drøftelse av bivirkningene i forhold til effekten av medisineringen, så er det etter mitt syn en svakhet ved avgjørelsen at avveiningene knyttet til dette ikke kom noe tydeligere frem i avgjørelsen. I saker som denne, hvor det er sterk uenighet mellom pårørende og helsepersonell, vil det være særlig viktig at begrunnelsen er tilstrekkelig konkret. Et minstekrav til begrunnelsene må etter mitt syn være at de mest sentrale anførslene og problemstillingene i saken berøres.

Jeg ber Helsetilsynet om å merke seg mine synspunkter for fremtiden.

Ellers har jeg merket meg Helsetilsynets redegjørelse for spørsmålet om hvorvidt medisinene som brukes er «godkjent for» As pasientgruppe. Jeg har ingen særlige merknader til dette.»

31.
Spesialistgodkjenning i allmennmedisin – forholdet til EØS-regelverket og nordisk overenskomst

(Sak 2006/321)

Spørsmål om muligheten for leger fra EØS-land utenfor Norden til å oppnå norsk spesialistgodkjenning i allmennmedisin, og forhold knyttet til EØS-regelverket og nordisk overenskomst. Ombudsmannen iverksatte undersøkelser av eget tiltak etter at problemstillinger omkring dette var reist i en konkret klagesak.

Ombudsmannen knyttet merknader til svarbrevet fra Helse- og omsorgsdepartementet. Merknadene gjaldt særlig forskjellsbehandling og muligheten til å konvertere dansk godkjenning til norsk godkjenning.

En tysk lege klaget hit på at hans søknad om norsk godkjenning som spesialist i allmennmedisin var blitt avslått under henvisning til at han ikke oppfylte de norske kravene til en slik spesialitet. Han ble senere kjent med at en tysk kollega med tilsvarende utdanning og praksis hadde fått norsk spesialistgodkjenning uten krav til ytterligere praksis m.m. Dette skulle vedkommende ha oppnådd ved å gå veien om å søke spesialistgodkjenning i Danmark, og deretter ha fått den danske godkjenningen konvertert i Norge i henhold til Overenskomst om felles nordisk arbeidsmarked for visse grupper innen helsevesenet og for veterinærer 14. juni 1993 (nordisk overenskomst).

Den konkrete saken ble avsluttet herfra. Ombudsmannen ønsket imidlertid å få belyst enkelte forhold ved regelverket om spesialistgodkjenning og praktiseringen av dette. Det ble derfor iverksatt en undersøkelse av eget tiltak om disse spørsmålene, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 5.

I brev 20. februar 2006 ble Helse- og omsorgsdepartementet blant annet bedt om å redegjøre for hvordan nordisk overenskomst praktiseres ved søknader om konvertering av spesialistgodkjenning i allmennmedisin fra EØS-borgere som ikke er nordiske statsborgere. Det ble vist til at overenskomsten etter sin ordlyd bare gjelder yrkesutøvere som er statsborgere i en av de kontraherende statene. I brevet ble det også påpekt at dagens praksis synes å kunne lede til at personer fra samme land med lik praksis og utdanning blir behandlet forskjellig avhengig av om de har kjent til og benyttet seg av muligheten til å få spesialistgodkjenning i Danmark. Departementet ble særskilt bedt om å kommentere forholdet til rimelighet og likebehandling. Det ble herfra også vist til de forpliktelser som følger av EØS-avtalen, særlig prinsippet om ikke-diskriminering.

I brev til departementet oppsummerte ombudsmannen departementets svar og kom med enkelte merknader:

«Departementet ga i brev 20. april 2006 et utførlig svar på spørsmålene herfra etter å ha konferert med Sosial- og helsedirektorat, sekretariatet i Statens helsepersonellnemnd og Den norske lægeforening. Legeforeningen har også sendt kopi av sine merknader direkte hit.

Innledningsvis påpekte departementet at spesialiteten allmennmedisin ikke omfattes av Rådsdirektiv 93/16/EØF (legedirektivet) om gjensidig godkjenning. Søknader om godkjenning av en slik utenlandsk spesialitet må vurderes etter helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 48 tredje ledd bokstav a eller c. Det ble opplyst at spesialiteten i dag bare finnes i Norden, og at det ikke er aktuelt med noen direkte konvertering av godkjenninger.

Departementet bekreftet at den nordiske overenskomsten etter sin ordlyd bare gjelder for nordiske statsborgere (art. 1). Det daværende Sosial- og helsedepartementet har imidlertid gitt en instruks om at statsborgerskap ikke skal tas med i betraktning og at «søkere med nordisk autorisasjon, men med utdanning fra et EØS-land, gis norsk autorisasjon på grunnlag av den tidligere tildelte autorisasjon fra et annet nordisk land». En kopi av instruksen i brev 4. desember 2000 var vedlagt. Instruksen gjelder etter sin ordlyd bare autorisasjoner. Departementet opplyste imidlertid at Statens helsepersonellnemnd i en konkret sak fra 2002 kom til at en tysk lege med dansk spesialistgodkjenning hadde rett til norsk godkjenning i henhold til instruksen sammenholdt med art. 15 i nordisk overenskomst. Jeg forstår det slik at departementet har akseptert nemndas tolkning av instruksen.

Departementet redegjorde deretter for den danske praksisen med å gi godkjenning som spesialist i allmennmedisin til søkere fra andre EØS-land selv om søkerne *ikke* fyller de danske spesialistkravene. Minimumskravet etter EØS-regelverket for å praktisere som allmennlege er etter det opplyste tre års veiledet praksis (tidligere to år). Bakgrunnen for den danske praksisen er at det kreves godkjent spesialitet i allmennmedisin for å praktisere som allmennlege i Danmark. Dette fungerte diskriminerende, og EU-kommisjonen påla Danmark å unngå forskjellsbehandling. Den danske løsningen var å gi spesialistgodkjenning til de aktuelle søkerne som oppfyller EØS-kravene til allmennleger. Det fremgikk at praksisen tidligere har vært tatt opp med danske myndigheter, uten at dette medførte noen endring. Departementet opplyste imidlertid at det ville «vurdere om den danske godkjenningspraksisen bør tas opp på nytt i arbeidsgruppen som følger opp den nordiske avtalen». Videre ga departementet i brevet hit uttrykk for at det kunne være aktuelt å vurdere en presisering av instruksen fra 4. desember 2000 «slik at ikke-nordiske statsborgere ikke gis spesialistgod-

kjenning i Norge på grunnlag av dansk godkjenning, dersom denne er gitt uten at vedkommende fyller de danske spesialistkravene». For øvrig mente departementet at dagens praksis ikke er i strid med EØS-avtalen.

I brevet hit uttrykte departementet «forståelse for at den forskjellsbehandling som tilsynelatende skjer etter dagens praksis, av søker som går veien om dansk godkjenning og søkere som ikke gjør dette, kan fremstå som urimelig». Jeg deler denne forståelsen. I dag er det som nevnt slik at søknader om norsk godkjenning som spesialist i allmennmedisin fra eksempelvis tyske leger vil kunne gi forskjellig resultat etter hvilken fremgangsmåte som benyttes, selv om søkerne har samme utdanning og praksis fra Tyskland. En søker som har gått veien om dansk spesialistgodkjenning, oppnår automatisk norsk godkjenning i henhold til den nordiske overenskomsten slik den nå blir praktisert. Dette gjelder selv om søkeren verken oppfyller danske eller norske krav til spesialiteten. Dersom det søkes direkte om norsk godkjenning, kan søkeren derimot bli møtt med krav om ekstra praksis og gjennomført utdanningsprogram, for øvrig på linje med andre søkere med norsk legeutdanning. Jeg er tilfreds med at det i svarbrevet hit opplyses at departementet ut fra rimelighetsbetraktninger nå vil «be Den norske lægeforening og Statens helsepersonellnemnd om å sørge for at det blir gitt informasjon til aktuelle søkere om muligheten for å gå veien om dansk spesialistgodkjenning i allmennmedisin». Hvis slik informasjon blir gitt, vil man i alle fall kunne unngå ulik behandling av søkere med lik kompetanse. Dette sto sentralt i min beslutning om å undersøke regelverket og praksis nærmere.

Uansett vil det imidlertid fortsatt være ulike krav til ulike søkergrupper for å oppnå norsk godkjenning som spesialist i allmennmedisin. I dag synes praktiseringen av regelverket å favorisere enkelte søkere med utdanning fra EØS-land utenfor Norden. Disse vil som nevnt over kunne oppnå godkjenning uten å tilfredsstille norske eller danske krav. Jeg har merket meg departementets redegjørelse for instruksen 4. desember 2000 (vedrørende autorisasjon). Begrunnelsen for å gi instruksen var etter det opplyste å forenkle prosedyrene samtidig som kravet til kvalitet ble ivaretatt. Det ble vist til at de nordiske lands utdanninger ble vurdert å være likeverdige og at en gitt autorisasjon «ofte vil være et tungt argument for at vedkommende også i Norge vil oppfylle de kravene som gjelder for autorisasjon». Gjennom samarbeidet rundt den nordiske overenskomsten søker landene «å holde en mest mulig ensartet praksis når det gjelder hvilke kompetansekrav som stilles». Det er vanskelig å se at begrunnelsen, som altså knyttet seg til autorisasjoner, slår til i særlig grad når det gjelder konvertering av dansk godkjenning av spesialitet i allmennmedisin til norsk godkjenning, i de tilfeller der godkjenningen er gitt uten en vurdering opp mot danske regler. Jeg forstår det slik at det er vesentlige forskjeller mellom danske og norske krav til spesialiteten på den ene siden, og kravene etter EØS-regelverket for særskilt opplæring til allmennleger på den andre siden.

Om det er en heldig ordning med et slikt tosporet system, ligger det på siden av mitt mandat å vurdere. Ordningen innebærer, så vidt jeg forstår, at det i dag er to grupper spesialister i allmennmedisin med ulik kompetanse. Ifølge legeforeningen fremgår forskjellen av det diplomet som utstedes ved eller forut for godkjenningen. Jeg har ellers merket meg departementets redegjørelse for kravet om resertifisering hvert femte år.

Jeg forstår departementet slik at ulike kompetansekrav anses uheldig og at det nå vurderes å ta initiativ til å få en endring. Etter dette gir ikke saken grunn til videre initiativ herfra.»

32.

Tildeling av behandlingshjelpemiddel – klagerett og klageinstans

(Sak 2005/903)

A fikk avslag på sin søknad om varig utlån av en bærbar oksygenkonsentrator. Helseforetakets avslag ble etter klage stadfestet av Helse- og omsorgsdepartementet. Det ble lagt til grunn at tildeling av behandlingshjelpemidler faller utenfor pasientrettighetslovens anvendelsesområde. Avslaget ble imidlertid ansett som et enkeltvedtak etter forvaltningslovens regler, og klagen ble vurdert i forhold til ansvarsreglene i spesialisthelsetjenesteloven.

Ombudsmannen drøftet departementets forståelse av begrepet «helsehjelp» i pasientrettighetsloven og påpekte at departementets syn ga opphav til en rekke spørsmål. En konsekvens av departementets syn var at klageretten på tildelingsvedtak, som tidligere fulgte av folketrygdloven, ikke hadde fått noe uttrykk i helselovgivningen. Departementet ble bedt om å vurdere saken på nytt.

Helse- og omsorgsdepartementet opplyste at det i første omgang ville minne de regionale helseforetakene om betydningen av informasjon omkring klageadgangen. Spørsmålet om rekkevidden av helsehjelpsbegrepet mv. ville bli vurdert på et senere tidspunkt og i en bredere sammenheng.

A, som hadde diagnosen kronisk obstruktiv lungesykdom (KOLS) og var avhengig av å bruke oksygenapparat både i og utenfor hjemmet, disponerte en oksygenkonsentrator som veide ca. 24,5 kg. Ved turer utenfor hjemmet benyttet hun et system med transportable trykkbeholdere, som etter det opplyste varte i ca. 4 timer med hennes oksygendosering.

På vegne av A søkte hennes lege Hjelpemiddelsentralen i Hordaland om varig utlån av en bestemt type bærbar oksygenkonsentrator. Det ble i søknaden vist til at slikt utlån var nødvendig for at A skulle kunne bevege seg friere utenfor hjemmet, få bedre

livskvalitet og unngå sosial isolasjon. Det ble også opplyst at As allmenntilstand var svært nedsatt.

Søknaden ble avslått av helseforetaket 19. mai 2004. Det ble samtidig opplyst at avslaget kunne påklages til Fylkeslegen i Hordaland, noe A gjorde.

Etter å ha konsultert Helse- og omsorgsdepartementet, kom Helsetilsynet i Hordaland (fylkeslegen) til at klagereglene i kapittel 7 i pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 ikke fikk anvendelse i saken. Grunnlaget for en eventuell klagerett i slike saker måtte etter Helsetilsynets oppfatning være at helseforetakets vedtak ble ansett som et enkeltvedtak som kunne påklages etter forvaltningslovens regler. Riktig klageinstans ville da være Helse- og omsorgsdepartementet, jf. helseforetaksloven 15. juni 2001 nr. 93 § 5 første ledd. Saken ble derfor oversendt til departementet.

I sin avgjørelse 20. april 2005 fastslo Helse- og omsorgsdepartementet at helseforetakets vedtak kunne påklages, og at departementet var rett klageinstans. Departementet hadde innhentet Sosial- og helsedirektoratets vurdering av de medisinskfaglige sidene av saken. I direktoratets uttalelse ble det vist til at A hadde anledning til å låne en transportabel oksygenkonsentrator ved reiser m.v. Videre fremgikk det at kombinasjonen av oksygenkonsentrator og bærbare trykkflasker er den vanligste løsningen for mennesker som får langtids oksygenterapi i Norge, og at transportable oksygenkonsentratorer er svært kostbare. Det ble gitt utrykk for at ordningen med tidsbegrenset utlån som praktiseres på stedet, var en hensiktsmessig løsning, selv om klager kunne oppleve at dette reduserte hennes bevegelsesfrihet noe. Denne ulempen ble etter direktoratets syn ikke ansett stor nok til å forsvare at klager fikk tildelt enda et oksygensystem til varig utlån.

Departementet viste i sitt vedtak til direktoratets uttalelse og stadfestet helseforetakets avslag.

I klagen til ombudsmannen viste A til at hun trenger egen oksygenkonsentrator for å fungere bedre i hverdagen og for å oppleve friheten til å gå ut når hun selv ønsker. Hun mente videre at det var begått saksbehandlingsfeil og at behandlingen av saken hennes hadde tatt for lang tid.

Det ble herfra besluttet å undersøke saken nærmere. Helse- og omsorgsdepartementet ble bedt om å redegjøre nærmere for det rettslige grunnlaget for sin behandling av klagen fra A, herunder forholdet til pasientrettighetsloven § 2–1 om retten til nødvendig helsehjelp. Departementet ble også bedt om å redegjøre nærmere for de vurderingene som ble lagt til grunn for vedtaket om å opprettholde helseforetakets avslag.

I svarbrevet viste Helse- og omsorgsdepartementet bl.a. til at de regionale helseforetakenes ansvar for spesialisthelsetjenester etter spesialisthelsetjenesteloven 2. juli 1999 nr. 61 § 2–1a innebærer at «bruker har krav på behandlingshjelpemidler dersom dette er nødvendig i forbindelse med medisinsk behandling». Videre fremholdt departementet at behandlingshjelpemidlene er «en del av et aktivt medisinsk behandlingsopplegg», og at vurdering av pusteapparater «er et faglig spørsmål». Det ble deretter vist til Sosial- og helsedirektoratets vurdering.

I et senere brev skrev departementet blant annet:

> «Fra 1. januar 2003 ble finansieringsansvaret for visse behandlingshjelpemidler og tilhørende forbruksmateriell overført fra trygden til de regionale helseforetakene.
>
> Før ansvaret for behandlingshjelpemidler ble overført til de regionale helseforetakene, ble dekning av utgifter til behandlingshjelpemidler delvis regulert av rettighetsbestemmelser i folketrygdloven. Hjelpemiddelsentralenes ansvarsområde var hjemlet i folketrygdloven §§ 10–7, jf. 10–6, som ga den trygdede en rett til utgiftsdekning. Trygdekontorenes ansvarsområde var hjemlet i § 5–22. Etter denne bestemmelsen traff trygdekontoret avgjørelse om utgiftsdekning på skjønnsmessig grunnlag. Uavhengig av hvilken bestemmelse trygden traff avgjørelsen etter, hadde den trygdede rett til å klage. Rikstrygdeverket var før overføringen rett klageinstans for vedtak knyttet til §§ 10–7, jf. 10–6, mens fylkestrygdekontorene var klageinstans for vedtak knyttet til § 5–22.»

Deretter ble dagens rettstilstand drøftet. Etter departementets syn var det «vanskelig å trekke begrepet helsehjelp og bestemmelsene i pasientrettighetsloven § 2–1 så langt at klagereglene i pasientrettighetsloven kapittel 7 kan ses å gi rett til klage over tildeling av behandlingshjelpemiddel». Departementets argumentasjon er sitert nedenfor. Derimot påpekte departementet at tildeling av behandlingshjelpemidler er å anse som spesialisthelsetjeneste som de regionale helseforetakene etter spesialisthelsetjenesteloven 2. juli 1999 nr. 61 § 2–1a har ansvar for å tilby. Loven gir imidlertid «ikke innbyggerne i helseregionen noen rett til å klage over at de regionale helseforetakene ikke oppfyller sitt ansvar etter § 2–1a». Klageadgang på foretakenes virksomhet forutsatte derfor etter departementets syn at tildelingen er et enkeltvedtak, slik at forvaltningsloven 10. februar 1967 § 28 om klagerett kommer til anvendelse. Etter en omfattende drøftelse konkluderte departementet med at «de beslutninger helseforetakene treffer om tildeling av behandlingshjelpemidler, må anses som enkeltvedtak», jf. forvaltningsloven § 2 bokstav b, og at riktig klageinstans etter helseforetaksloven § 5 da vil være departementet.

Departementet opplyste at det «foreligger ingen konkrete bestemmelser eller retningslinjer som kan tjene som grunnlag for behandlingen av klagen». Videre het det:

> «Siden departementet ikke har den helsefaglige kompetansen til å behandle en slik type klage, så departementet det hensiktsmessig, i mangel av annet vurderingsgrunnlag, å be Sosial- og helsedirektoratet, som departementets faglige rådgivningsorgan, om en helsefaglig vurdering knyttet opp til tildelingen av behandlingshjelpemidlet.

Vurderingen fra Sosial- og helsedirektoratet tjente som grunnlag for vedtaket.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Slik saken er opplyst, legger jeg til grunn at en oksygenkonsentrator regnes som et behandlingshjelpemiddel som i utgangspunktet omfattes av spesialisthelsetjenesten. Etter spesialisthelsetjenesteloven 2. juli 1999 nr. 61 § 2–1a plikter de regionale helseforetakene å sørge for at pasienter tilbys «spesialisthelsetjeneste i og utenfor institusjon».

As klage reiser imidlertid spørsmål om tildelingen av en oksygenkonsentrator også er å anse som «helsehjelp» etter pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 2–1. Spørsmålet har betydning både for selve vurderingen av retten til et slikt hjelpemiddel og for hvilke klageregler som gjelder. Etter lovens § 2–1 har pasienten «rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten». Avgjørelser om oppfyllelse av retten til nødvendig helsehjelp er underlagt de særlige klagereglene i pasientrettighetsloven kapittel 7, og klageinstansen vil være Helsetilsynet i fylket. Pasientene er derimot ikke gitt klagerett over helseforetakenes utførelse av sine plikter etter spesialisthelsetjenesteloven. Det vil likevel være klageadgang på helseforetakenes avgjørelser om tildeling av behandlingshjelpemidler dersom avgjørelsene anses som enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 bokstav b, jf. § 28. Etter helseforetaksloven 15. juni 2001 nr. 93 § 5 første ledd vil Helse- og omsorgsdepartementet da være klageinstans.

Det er etter dette i første omgang nødvendig å ta stilling til om tildelingen av behandlingshjelpemidler generelt og oksygenkonsentratorer spesielt kan anses som «helsehjelp» slik at Helsetilsynet i fylket må realitetsvurdere As klage. Vurderingstemaet for Helsetilsynet vil da måtte bli om helsehjelpen anses som «nødvendig» i lovens forstand.

Begrepet «helsehjelp» er i pasientrettighetsloven § 1–3 bokstav c definert som «handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende, eller pleie- og omsorgsformål og som er utført av helsepersonell». Begrepet «helsepersonell» er definert i § 1–3 bokstav e som personer som nevnt i lov om helsepersonell § 3. Første ledd i denne bestemmelsen lyder:

> «Med helsepersonell menes i denne lov:
>
> 1. personell med autorisasjon etter § 48 eller lisens etter § 49,
> 2. personell i helsetjenesten eller i apotek som utfører handlinger som nevnt i tredje ledd,
> 3. elever og studenter som i forbindelse med helsefaglig opplæring utfører handlinger som nevnt i tredje ledd.»

Bestemmelsens tredje ledd definerer begrepet «helsehjelp».

Helse- og omsorgsdepartementet har i brev hit 22. september 2005 uttalt følgende om forholdet til pasientrettighetsloven:

«Pasientrettighetsloven inneholder egne klageregler, der Helsetilsynet i fylket (tidligere fylkeslegen), er klageinstans. En forutsetning for at disse klagereglene skal gjelde, er at beslutningen er truffet med hjemmel i noen av de bestemmelsene som er nevnt i pasientrettighetsloven § 7–1. Den bestemmelse som kunne være aktuell er pasientrettighetsloven § 2–1 om rett til nødvendig helsehjelp. For at § 2–1 skal komme til anvendelse, må tildelingen anses som helsehjelp. Pasientrettighetsloven har en definisjon av helsehjelp som, etter sin ordlyd, forutsetter at helsehjelpen er en *handling* som har behandlende osv. formål og som er utført av *helsepersonell*, jf. § 1–3 c). Etter overføringen av behandlingshjelpemidlene, fattes det beslutninger om tildeling av behandlingshjelpemidlene av annet enn helsepersonell. § 2–1 kommer derfor ikke direkte til anvendelse på disse beslutningene.

En forutsetning for at helseforetakene kan beslutte tildeling av et behandlingshjelpemiddel, er at lege rekvirerer tiltaket. Vurderinger knyttet til tildelinger har derfor også en side til den medisinske vurderingen legen gjør. En mulig tilnærming kunne derfor være å se legens medisinske vurdering og helseforetakets beslutning om tildeling av hjelpemiddel, som et hele. En konsekvens av dette kunne være at den samlede beslutningen om tildeling av hjelpemiddel kunne anses som helsehjelp, og at Helsetilsynet i fylket ville vært rett klageinstans også for den delen som gjelder tildeling av hjelpemiddel og som normalt ikke utføres av helsepersonell.

Pasientrettighetsloven vil imidlertid ikke få anvendelse ved alle medisinske handlinger. Legens befatning med tildelingen av behandlingshjelpemiddel har mer karakter av en forvaltningsmessig vurdering og beslutning enn en medisinsk *handling*, som for eksempel et kirurgisk inngrep. Det må ligge en diagnostisk vurdering i bunnen for vurderingen, men på det tidspunktet det er aktuelt å gi pasienten et behandlingshjelpemiddel til bruk utenfor institusjonen, vil legen foreta en vurdering av om pasientens situasjon er slik at han vil klare å «behandle seg selv» i en hjemmesituasjon ved hjelp av det aktuelle hjelpemidlet. Dersom denne vurderingen er en vurdering av hvorvidt pasienten har krav på nødvendig helsehjelp etter § 2–1, må legen foreta en konkret, individuell vurdering av vedkommende pasients tilstand basert på alvorlighetsgrad, pasientens lidelse, utsikt til bedring og behandlingens effekt. Dersom disse reglene skal tjene som grunnlag for klagerett også for beslutninger om tildeling av hjelpemidler, vil det bare kunne klages over vurderingstema som passer inn under bestemmelser i pasientrettighetsloven. Så vidt vi kan se foretok man ikke noen vurdering i forbindelse med ansvarsoverføringen av om kun pasienter med rett til nødvendig helsehjelp skulle være berettiget til å få behandlingshjelpemiddel eller om tildeling bare skulle skje når pasienten oppfyller kriteriene i prioriteringsforskriften. Pasientrettighetsloven passer i alle fall ikke på den delen av avgjørelsene som gjelder helseforetakenes beslutning etter søknad om tildeling av behandlingshjelpemidler.

Etter dette har vi kommet til at det er vanskelig å trekke begrepet helsehjelp og bestemmelse-

> ne i pasientrettighetsloven § 2–1 så langt at klagereglene i pasientrettighetsloven kapittel 7 kan ses å gi rett til å klage over tildeling av behandlingshjelpemiddel.»

Drøftelsen gjelder behandlingshjelpemidler generelt og ikke den aktuelle oksygenkonsentratoren. Jeg vil derfor knytte mine merknader til den generelle lovtolkningen, og ikke til den foreliggende saken.

I forarbeidene til pasientrettighetsloven, Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 126, fremgår det om begrepet «helsehjelp»:

> «Definisjonen av helsehjelp i *bokstav c* har dels et medisinsk element og dels et institusjonelt element. Med det medisinske elementet menes handlingen og formålet med den. Under begrepet «handling» går undersøkelse, behandling, utredning og vurdering, samt pleie- og omsorgstiltak. Med pleie og omsorg menes hjelp til å opprettholde et best mulig liv til tross for sykdom, funksjonssvikt eller alderdom. Også abortinngrep, uttak av organer for transplantasjon og blodgivning omfattes.
> - - -
> Som det fremgår av det som er nevnt ovenfor legges det til grunn en vid definisjon av begrepet helsehjelp. Meningen er at pasientrettighetsloven skal gjelde for helsehjelp innenfor helsetjenesten, m.a.o tjenester som har et medisinsk element.»

På s. 37 under pkt. 3.3.3 («Definisjon av helsehjelp») uttrykkes det slik:

> «Departementet skal bemerke at under definisjonen av helsehjelp bør alle sider av de tjenester helsevesenet yter være dekket. Dvs. at forebyggende, diagnostisk, behandlende og rehabiliterende helsehjelp må omfattes. I tillegg bør også helsehjelp som ikke har som siktemål å endre pasientens situasjon, men å sørge for at pasientens tilstand ikke forverres, omfattes. Dette er særlig aktuelt for personer med kroniske lidelser eller funksjonshemminger.
> - - -
> Som det fremgår av det overstående legger departementet en vid definisjon av begrepet helsehjelp til grunn. Meningen er at pasientrettighetsloven skal gjelde for all helsehjelp innenfor helsetjenesten, men slik at den også etter omstendighetene kan komme til anvendelse for andre tjenester, se § 1–3 bokstav c).»

Når det gjelder begrepets «institusjonelle element», dvs. krav til hvem som yter helsehjelpen, er det forutsatt at helsehjelpen kan ytes av pasienten selv eller andre private parter. På s. 167 i proposisjonen uttales det blant annet:

> «Helsepersonell er definert i helsepersonelloven § 3. Dersom pasienten selv eller andre private parter, som for eksempel et familiemedlem i hjemmet, utfører handlinger etter instruksjon fra helsepersonell vil dette også være helsehjelp i lovens forstand.»

På s. 37 annen spalte nevnes som eksempler pasientens måling av eget blodsukkernivå eller bistand til pasienten ved bruk av medisinske apparater, for eksempel dialyseapparater som brukes i hjemmet. Uttalelsene tyder på at også begrepet «helsepersonell» skal gis en relativt vid anvendelse. Dessuten viser de nevnte eksemplene nettopp til bruk av enkelte typer behandlingshjelpemidler. Dette kan leses som en forutsetning fra lovgiverens side om at bruken av disse hjelpemidlene må være helsehjelp i lovens forstand.

Departementet har i brev hit uttrykt at behandlingshjelpemidler er en del av spesialisthelsetjenesten og at «bruker har krav på behandlingshjelpemidler dersom dette er nødvendig i forbindelse med medisinsk behandling. Behandlingshjelpemidler er en del av et aktivt medisinsk behandlingsopplegg». Etter denne forståelsen, sammenholdt med lovens forarbeider, synes i alle fall *bruken* av behandlingshjelpemidler å omfattes av pasientrettighetsloven. Dette er i tråd med intensjonen om et vidtfavnende helsehjelpsbegrep, og at alle sider av helsevesenets tjenester skal være dekket.

Så vidt jeg kan se, har departementet bare uttalt seg om *tildeling* av behandlingshjelpemidler. Om det er eller bør være et skille mellom bruk og tildeling i forhold til lovens anvendelse, er ikke drøftet. Jeg kan ikke se at dette er omtalt i forarbeidene til helselovgivningen eller i St.prp. nr. 1 (2002–2003), der overføring av ansvar for visse behandlingshjelpemidler fra folketrygden til de regionale helseforetakene ble foreslått. Det legges herfra til grunn at en tildeling av behandlingshjelpemidler normalt forutsetter medisinsk utredning, vurdering, rekvirering og veiledning, altså en rekke «handlinger» som omfattes av begrepet helsehjelp i pasientrettighetsloven. Jeg kan ikke se at departementet har vist til relevante rettskilder som gir støtte for et skarpt skille mellom slike forutgående handlinger og den etterfølgende tildelingen av hjelpemiddelet til pasienten, eller mellom tildelingen og den etterfølgende bruken. En mulig synsmåte er å se dette i sammenheng, som ulike sider ved den samlede medisinske behandlingen. Jeg antar for øvrig at tildeling av hjelpemidler kan skje på ulike måter, fra mer uformell utlevering av enklere hjelpemidler fra helsepersonell kort tid etter en utredning og diagnostisering, til tildeling fra teknisk personale i et helseforetaks medisinsk-tekniske avdeling etter en mer omstendelig og tidkrevende søknads-, vedtaks- og eventuell klageprosedyre. Jeg kan for øvrig ikke se at organiseringen av formidlingen av slike hjelpemidler er regulert i lov- eller forskriftsverket eller i andre kilder jeg har hatt tilgang til, og jeg antar at de regionale helseforetakene kan gjøre dette noe ulikt. Helse- og omsorgsdepartementet har i liten grad problematisert slike forhold i sine brev hit. Departementet har heller ikke drøftet om det er eller bør være et skille mellom ulike typer av behandlingshjelpemidler eller ved første gangs tildeling av et (nødvendig) hjelpemiddel kontra etterføl-

gende ønsker om andre typer behandlingshjelpemidler (som her). I det hele tatt synes departementets syn på begrepet «helsehjelp» å gi opphav til en rekke spørsmål.

En sentral konsekvens av departementets lovforståelse er i alle fall at klageadgangen, som tidligere fulgte av folketrygdloven og syntes å være godt kjent og innarbeidet, nå er vanskelig å få øye på både for borgerne og for de offentlige aktørene. Behandlingen av As sak illustrerer dette. Hun ble først henvist til å klage til fylkeslegen. Helsetilsynet i fylket (fylkeslegen) var imidlertid usikker på egen kompetanse, og rådspurte muntlig Helse- og omsorgsdepartementet. Det er opplyst at departementet ikke hadde fått spørsmål om klageadgang tidligere, og spørsmålet synes først å ha blitt grundig utredet etter henvendelsen herfra. Klageretten har altså ikke fått noe uttrykk i helselovgivningen. Etter departementets opplysninger foreligger det heller ikke nærmere kriterier for vurderingen av spørsmålet om tildeling. Dette står i kontrast til den vurderingen av hjelpemidler som foretas etter folketrygdloven § 10–7 jf. § 10–6 samt etter pasientrettighetsloven § 2–1 (nødvendighetskriteriet). Videre kan det spørres om en klageadgang etter forvaltningsloven, anvendt på avgjørelser truffet i medhold av ansvarsreglene i spesialisthelsetjenesteloven og med departementet som klageinstans, gir en hensiktsmessig klageordning. Dette går jeg imidlertid ikke nærmere inn på.

Departementet bes på denne bakgrunn om å vurdere saken på nytt. Hvis lovforståelsen opprettholdes, bes departementet om å klargjøre sitt syn nærmere. Under samme forutsetning bes det opplyst om departementet vil ta noe initiativ til å få en tydeligere regulering av klageadgangen m.v., samt å ta skritt for å informere borgerne og helseforvaltningen om klageretten.

Hvis departementet etter en fornyet vurdering kommer til at spørsmålet om tildeling (eller varig utlån) av behandlingshjelpemidler slik som bærbare oksygenkonsentratorer likevel omfattes av begrepet «helsehjelp» i pasientrettighetsloven, bes synet formidlet til Helsetilsynet i Hordaland. Det antas da at Helsetilsynet må vurdere As klage etter reglene i pasientrettighetsloven kapittel 7.

Jeg har etter dette ikke foranledning til å gå nærmere inn på departementets konkrete vurdering av As klage. Jeg har heller ikke foranledning til å kommentere departementets syn på spørsmålet om klageadgang etter forvaltningsloven.

Departementet bes om å gi saken prioritet.»

I senere brev redegjorde Helse- og omsorgsdepartementet kort for de tidligere ansvarsforholdene for dekning av utgifter til behandlingshjelpemidler. Deretter het det:

> «Helseforetakene løser en rekke oppgaver som ikke i seg selv er helsetjenester og treffer i den sammenheng også beslutninger som ikke er helsehjelp, noe som er forutsatt i helseforetaksloven § 5 første ledd. Vi mener at overføring av ansvar fra trygden til de regionale helseforetakene ikke i seg selv medfører at ytelsen endres fra å være en forvaltningsbeslutning til å bli helsehjelp i pasientrettighetslovens forstand. Dette må vurderes konkret for det enkelte ansvarsområdet som overføres, herunder om enhver bestemmelse som er relatert til helsehjelp bør komme til anvendelse i forhold til det overførte område.
>
> Siden det ved overføringen av ansvaret for behandlingshjelpemidler ikke ble vurdert om de tildelinger helseforetakene skulle gjøre ville bli omfattet av helsehjelpsbegrepet i pasientrettighetsloven, jf. St.prp. nr. 1 (2002–2003), og trygdekontorenes tidligere beslutninger om utlån av, tilskudd til eller lån til behandlingshjelpemidler ikke var å betrakte som helsehjelp, kom vi etter en skjønnsmessig tolkning av helsehjelpsbegrepet til at de tildelinger av behandlingshjelpemidler som helseforetakene i dag gjør, antagelig heller ikke kan betraktes som helsehjelp. Dette er også bakgrunnen for at vi anså det naturlig å skille mellom bruk og tildeling av behandlingshjelpemidler. Det vises for øvrig til departementets omtale av helsehjelpsbegrepet i brev av 22. september 2005.
>
> Departementet har planlagt å foreta en samlet vurdering av vedtak som foretakene treffer, som for eksempel ulike tilskuddsordninger, og herunder vurdere hvilket organ som bør være klageinstans for vedtakene. Vi ser det som hensiktsmessig å vurdere spørsmålet om tildelinger av behandlingshjelpemidler bør omfattes av helsehjelpsbegrepet eller betraktes som enkeltvedtak på nytt i denne sammenhengen. Det er aktuelt først å be de regionale helseforetakene foreta en kartlegging av aktuelle avgjørelser som fattes i foretakene og som kan ha betydning for dette arbeidet.
>
> I helseforetaksloven § 5 er klagemyndigheten lagt til departementet, med delegasjonsmulighet. Vi har hatt til hensikt å delegere kompetansen enten til Sosial- og helsedirektoratet eller til helsetilsynet i fylket. På bakgrunn av Ombudsmannens uttalelse i denne saken, ser vi at det er mye som taler for å vurdere om myndigheten bør delegeres til helsetilsynet i fylket.
>
> Departementet vil i første omgang minne de regionale helseforetakene, som eiere av helseforetakene, om at det er viktig å informere den part som beslutningene retter seg mot, om klageadgang og hvem som er klageinstans, i disse tilfellene at beslutningen kan påklages til departementet.»

Klageren og departementet ble deretter orientert om at ombudsmannen ville vurdere realiteten i avslaget. Denne delen av saken er fremdeles under behandling.

33.

Tildeling av avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis

(Sak 2004/3371)

A klaget til ombudsmannen over en kommunes tildeling av flere ledige avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis. Klagen rettet seg mot flere sider av

saksbehandlingen og det ble også stilt spørsmål om avtalehjemlene var tildelt de av søkerne som var «faglig best skikket», jf. kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 4–2 første ledd annet punktum.

Ombudsmannen kritiserte flere sider av saksbehandlingen både i forbindelse med tildelingen av avtalehjemlene og i den påfølgende klagerunden. Det ble blant annet pekt på at det var en mangel ved saksforberedelsen at klageren ikke ble innkalt til intervju. Ombudsmannen kom også med merknader til den rollen de gjenværende fysioterapeutene ved instituttene hadde spilt i tildelingsprosessen og ga uttrykk for at det kan være uheldig å overlate sentrale deler av saksbehandlingen til disse. Ombudsmannen konkluderte med at det knyttet seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, og ba om at det ble vurdert hva som kunne gjøres i forhold til klageren for å bøte på de feil som var gjort i forhold til ham.

Kommunen opplyste deretter at den som følge av ombudsmannens uttalelse hadde endret sine interne saksbehandlingsrutiner ved tildeling av avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis slik at kommunen heretter selv ville gjennomføre intervjuer med aktuelle søkere. Det ble også opplyst at kommunen var i dialog med klageren om saken.

En kommune utlyste i mars 2004 flere ledige avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis. A var en av søkerne til avtalehjemlene. Etter forberedende behandling ved de tre aktuelle instituttene ble han innstilt som nummer tre til 20 % avtalehjemmel ved ett av instituttene (X fysioterapi). Han ble ikke innstilt til noen av de øvrige avtalehjemlene. Helsetjenesten i kommunen fattet vedtak om tildeling i tråd med innstillingene.

Etter forespørsel fra A ga kommunen en nærmere begrunnelse for tildelingsvedtakene. Kommunens vedtak ble senere påklaget til kommunens særskilte klagenemnd av As advokat. Klagen rettet seg mot tildelingen av avtalehjemlene ved X fysioterapi og Y fysioterapi. Klagenemnda besluttet å ikke ta klagen til følge.

As advokat påklaget deretter klagenemndas vedtak i saken til ombudsmannen. Han anførte at kommunens tildelingsvedtak måtte anses ugyldig, og gjorde gjeldende at klageren var den av søkerne som var best faglig kvalifisert, jf. kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 4–2 første ledd annet punktum. Advokaten hevdet videre at instituttene var inhabile til å forberede tildelingene, og at dette i seg selv tilsa at kommunens vedtak måtte anses ugyldig. Endelig ble det anført at kommunen hadde lagt vekt på utenforliggende hensyn, og at saksbehandlingen generelt sett var gjennomført i strid med ulovfestede prinsipper for god forvaltningsskikk. I denne forbindelse ble det bl.a. vist til manglende undersøkelser fra kommunens side, herunder at det ikke ble foretatt intervju av klageren.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere. I brev herfra ble kommunen bedt om å redegjøre for hvilke vurderinger som lå til grunn for vedtaket om tildeling av de ledige avtalehjemlene ved de to aktuelle instituttene. Det ble særskilt bedt om en nærmere redegjørelse for hvordan klagerens faglige kvalifikasjoner var vurdert, herunder betydningen av hans videreutdanning innen manuell terapi. Kommunen ble i tilknytning til dette bedt om å kommentere en uttalelse fra Norsk fysioterapeutforbund om betydningen av slik videreutdanning. Videre ble kommunen bedt om å redegjøre for den sammenlignende vurderingen av de innstiltes og klagerens kvalifikasjoner, herunder både formelle kvalifikasjoner, praksis og personlig skikkethet. I tilknytning til dette spørsmålet ble det særskilt vist til bestemmelsen i kommunehelsetjenesteloven § 4–2 første ledd annet punktum.

Kommunen ble også bedt om å presisere om den anså at klageren ble intervjuet før det ble utarbeidet innstilling til ledig avtalehjemmel ved X fysioterapi, og om det i så fall fantes referat fra intervjuet. Videre ble kommunen bedt om å redegjøre for de vurderingene som lå til grunn for valget av intervjuobjekter, og videre opplyse hva som var årsaken til at klageren ikke ble innkalt til intervju i forbindelse med den ledige avtalehjemmelen ved Y fysioterapi. Det ble i denne forbindelse bedt om å få opplyst om kommunen anså at saken var tilstrekkelig opplyst da tildelingsvedtakene ble fattet, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd. Kommunen ble også bedt om å kommentere klagerens anførsel om manglende kontradiksjon under klagesaksbehandlingen, jf. forvaltningsloven § 17 annet ledd.

Endelig ble kommunen bedt om å redegjøre for sitt syn på klagerens anførsel om inhabilitet. I denne forbindelse ble det også bedt om en redegjørelse for kommunens syn på instituttenes rolle som forberedende organer, herunder hvilken vekt innstillingene derfra tillegges. Det ble også bedt om en kort redegjørelse for kommunenes syn på forholdet mellom kommunehelsetjenesteloven § 4–2 første ledd annet punktum og Avtale mellom Kommunenes sentralforbund og Norsk fysioterapeutforbund om drift av privat praksis m.v. for perioden 2003–2006 (ASA 4313) § 2 punkt 2.2, herunder i hvilken grad kommunen anså seg bundet av den aktuelle bestemmelsen i avtalen.

I kommunens svar het det bl.a. følgende i forhold til spørsmålet om hvilke vurderinger som lå til grunn for kommunens vedtak om tildeling av avtalehjemlene ved de to instituttene:

> «Før kommunen annonserte ledige avtalehjemler, ble det foretatt en vurdering av kommunens behov for spesial- evt. spesialistkompetanse på bakgrunn av den spesialkompetanse som allerede fantes i den private praksis i kommunen. En oversikt over spesialkompetansen i privat praksis i Z kommune fremkommer i brev av 05.07.04 til advokatfullmektig ... .
>
> Y fysioterapi og X fysioterapi er kommunens største institutter når det gjelder antall avtale-

hjemler. En stor del av pasientene ved disse instituttene er personer med kroniske sykdommer. Kommunen verdsetter formell fagkompetanse og har gode erfaringer med den spisskompetanse spesialistene og spesialfysioterapeutene bidrar med. Samtidig har erfaring vist at disse terapeutene i mindre grad avhjelper ventelisten for de «tradisjonelle» pasientene, herunder pasienter med kroniske plager. Kommunens helsetjeneste er kjent med de reelle behov for fysioterapitjenester i kommunen og situasjonen ved de fysikalske instituttene gjennom årsrapportering, samarbeidsmøter og samarbeid knyttet til pasientformidling mellom kommunal og privat virksomhet. Med bakgrunn i denne faktiske kunnskap var det derfor viktig å sikre en økt kapasitet for nettopp kronisk syke pasienter. Da man skulle utlyse avtalehjemler våren 2004 var vilkåret om generell fysioterapipraksis derfor fokusert både i utlysingsteksten og i selve tildelingsprosessen.

Klagen til Sivilombudsmannen var vedlagt et notat fra høyskolelektor ... hvor det fremkommer at «en tilleggsutdannelse innen manuell terapi, på generelt grunnlag, gjør en fysioterapeut bedre faglig skikket til å praktisere som generalist». Rådmannen betviler ikke dette utgangspunkt, men kravet om best faglig skikkethet i kommunehelsetjenesteloven § 4–2 må vurderes ut fra en totalvurdering av det behov som foreligger konkret, noe som også er gjort i denne sak, jf. rådmannens saksfremstilling i klagesaken, sak 87/04 i møte i særskilt klagenemnd 14.09.04 ... .

Når det gjelder uttalelsen fra Norsk fysioterapeutforbund av 22.06.04 skal det bemerkes at rådmannen er kjent med at manuellterapeuter har videreutdanning med fordypning på et høyt nivå. Utdanningen i seg selv gir imidlertid ingen automatisk rett til stillinger eller avtalehjemler. Det vil alltid være søknaden m/CV som er utgangspunktet ved utvelgelsen av aktuelle kandidater. Det må være tilsettingsmyndighetens rett og plikt å vurdere om søkerens presentasjon viser en ønsket kompetanse og et mål som er i tråd med utlysningsteksten og det reelle behov sett i en totalvurdering.

I den aktuelle sak søkte man ikke etter spesialkompetanse. På bakgrunn av presentasjonen av målsetting for sin karriere og en helhetsvurdering av søknaden fant Y fysioterapi at A ikke var en aktuell kandidat i forhold til den utlyste hjemmel. Instituttet hadde allerede en spesialist innen manuell terapi. Med bakgrunn i kunnskap om kommunen og befolkningens behov samt erfaringer ved eget institutt ble derfor andre godt kvalifiserte søkere innstilt.

Når det gjaldt samtalen mellom B ved X fysioterapi og A står B fast på at dette ikke var en vanlig samtale, men et intervju. Det foreligger ikke referat fra intervjuet utover det som kom frem i begrunnelsen for innstillingen. Instituttets innstilling ble foretatt etter at intervjuene var gjennomført og etter en totalvurdering av søkerne. Med bakgrunn i slik samlet vurdering ble A innstilt som nummer tre ved X fysioterapi.

Etter å ha mottatt innstillingene fra instituttene foretok kommunens helsetjeneste en vurdering av søkerne med henblikk på hvem [som] var å anse som best faglig skikket i den konkrete sak. Vurderingen ble foretatt på grunnlag av søknadene m/vedlegg. Instituttenes innstillinger var en del av vurderingsgrunnlaget. Etter dette fant helsetjenesten ikke grunn til å fravike instituttenes innstilling. Det vises til helsetjenestens omtale av de øvrige søkere og deres skikkethet i helsetjenestens svar på klagen fra A ... . I denne sammenheng vises til at Z kommune som medlem av KS anser seg bundet av ASA 4313 så langt denne ikke strider mot bestemmelsene i kommunehelsetjenesteloven eller annen lovgivning.»

I forhold til spørsmålet om kommunen anså saken tilstrekkelig opplyst da tildelingsvedtakene ble fattet og klagerens anførsel om manglende kontradiksjon under klagesaksbehandlingen, het det videre:

«Da kommunen fattet vedtak i saken anså man saken for tilstrekkelig opplyst.

Da helsetjenesten mottok klagen ble denne vurdert og klageren fikk et begrunnet brev om at klagen ikke ble tatt til følge... . I brevet ble det informert om at klagen ville bli oversendt kommunens særskilte klagenemnd. Videre fikk klageren brev om at klagen ville bli behandlet i den særskilte klagenemnd i møte 14.09.04 ... .

Det er rådmannen som forbereder sakene som behandles i kommunens særskilte klagenemnd. Rådmannens saksfremlegg ble oversendt klagerens fullmektig før endelig behandling i klagenemnda, se vedlegg til dette brev.

I møte i klagenemnda 14.09.04 ble det besluttet å utsette behandlingen av saken til 20.09.04, da man ønsket at helsetjenesten skulle møte for kort å redegjøre for behandlingen av saken. A ble informert om vedtaket i form av utskrift av møteboken og hadde således full adgang til å be om å få møte for nemnden og redegjøre for sitt syn eller sende en skriftlig redegjørelse for sitt standpunkt før behandlingen 20.09.04.

I møte i særskilt klagenemnd 20.09.04 møtte kommunens helsesjef og leder av kommunens fysioterapi- og ergoterapikontor. De gav en kort orientering om saksgangen og hva som hadde vært vektlagt i vurderingen av tildelingen av avtalehjemmelen. Et sammendrag av orienteringen ble utlevert i møte... .

Rådmannen kan ikke se at det er grunnlag for å hevde at det foreligger manglende kontradiksjon i klagebehandlingen. Klageren hadde full adgang til å fremme sitt syn før endelig vedtak ble fattet. Det forhold at klageren først fikk tilgang til sammendraget av orienteringen som ble gitt i møte 20.09.04 etter møtet kan ikke være avgjørende. Det som fremkom i denne orienteringen var ikke annet enn det som allerede var fremkommet i sakens dokumenter og hadde således ingen selvstendig betydning for det endelige vedtak i klagesaken. Det vises i denne sammenheng til bestemmelsen i forvaltningsloven § 41.»

Kommunen kom med følgende merknader til klagerens anførsel om inhabilitet:

«Klageren har hevdet at forvaltningsloven § 6, 2. ledd, jf. § 10 kommer til anvendelse med den begrunnelse at institutthaverne har en økonomisk interesse i hvem som tildeles avtalehjemmelen. Rådmannen kan ikke se at dette er tilfelle. Det er i denne sak ikke snakk om at den som tildeles avtalehjemmelen skal kjøpe seg inn i instituttet. Det foreligger derfor ingen økonomisk interesse i hvem som velges. Den interesse instituttet mål-

te ha i hvem som tildeles avtalehjemmelen vil alene bygge på at man skal arbeide sammen med vedkommende slik at vedkommendes personlige egenskaper vil spille en rolle ved utformingen av innstillingen. At dette er et moment det må være adgang til å legge vekt på i totalvurderingen som fattes etter kommunehelsetjenestelovens § 4–2 kan ikke være tvilsomt. Rådmannen mener derfor at dette forhold ikke gir grunnlag for å hevde at det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten slik det kreves i forvaltningslovens § 6, 2. ledd.

Det forhold at avtalen ASA 4313 sier at innstillingen skal tillegges stor vekt med mindre særlige grunner foreligger gjør ikke at avtalen eller vedtak som følger avtalens bestemmelser er i strid med forvaltningslovens regler om habilitet. For det første er det kommunen som fatter vedtak og når kommunen fatter vedtak om tildeling av avtalehjemler skal den påse at lovgivningen, det være seg kommunehelsetjenesteloven eller forvaltningsloven, ikke brytes. Særlige grunner som det er vist til i ovennevnte avtale vil bl.a. foreligge der kommunen ser at bestemmelsen om faglig best skikkethet i kommunehelsetjenesteloven ikke er fulgt ved utarbeidelse av instituttets innstilling. I slike tilfeller vil avtalens bestemmelse om at instituttets innstilling skal tillegges stor vekt måtte vike når kommunen fatter sitt vedtak.

Dersom ombudsmannen mener at det foreligger inhabilitet, kan rådmannen ikke se at dette medfører at vedtaket som er fattet blir ugyldig. Forvaltningsloven § 41 fastslår at et vedtak er gyldig selv om det har skjedd brudd på lovens bestemmelser når det er grunn til å regne med at feilen ikke har virket bestemmende på vedtakets innhold. Kommunens helsetjeneste har i denne sak på selvstendig grunnlag, uavhengig av instituttets innstilling, foretatt en totalvurdering av søkerne og funnet at klager i den aktuelle sak ikke var best faglig skikket. En eventuell feil mht habilitet har således ikke virket inn på avgjørelsen og kan derfor ikke føre til at vedtaket er ugyldig.»

Avslutningsvis i svarbrevet fra kommunen het det:

«Det er rådmannens vurdering av denne sak at saksbehandlingen er foregått i samsvar med gjeldende lovgivning og at det ikke er grunnlag for å hevde at vedtaket [er] ugyldig».

Klageren kom med merknader til svaret og gjentok sitt syn på betydningen av tilleggsutdanningen innen manuell terapi. Han hevdet at dette synet også i noen grad ble bekreftet i svarbrevet fra kommunen. Videre bestred han kommunens anførsel om at institutene ikke har økonomisk interesse i hvem som får tilbud om avtalehjemlene fra kommunen. Han viste i den forbindelse til at tiltredende fysioterapeut bidrar økonomisk til fellesskapet ved instituttet på ulike måter, bl.a. ved å betale for utstyr, leie av lokaler osv., og at avtalehjemlene i utgangspunktet er personlige. Klageren anførte at instituttet derfor er avhengig av «velvillighet» fra den som tildeles avtalehjemmelen.

Kommunen kom tilbake til saken og fastholdt at klageren ble intervjuet i forbindelse med avtalehjemmelen ved X fysioterapi. Ut over dette hadde kommunen ikke noe ytterligere å tilføye.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Generelt om grunnlaget for tildeling av ledige avtalehjemler for fysioterapi

Kommunehelsetjenesteloven 19. november 1982 nr. 66 § 4–2 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.

Departementet kan gi nærmere forskrifter om privat virksomhet innen helsetjenesten i kommunene, om kunngjøring av ledig praksis, om framgangsmåten ved valg blant søkere og om avtalevilkår.»

Det er ikke gitt forskrifter med hjemmel i § 4–2 annet ledd som regulerer tildeling av avtalehjemler for fysioterapi.

I forarbeidene til kommunehelsetjenesteloven § 4–2 er det lagt til grunn at tildelingsvedtakene har likhetstrekk med tilsettingssaker, jf. Ot.prp. nr. 66 (1981–82) side 34 annen spalte, hvor det heter:

«Siden utbetaling av driftstilskott fra kommunen er avhengig av avtale med kommunen, bør kommunene la det bli en åpen konkurranse mellom interesserte, hvor den best kvalifiserte får fortrinn. Kommunen vil på sin side bare kunne inngå et begrenset antall avtaler, og derfor bør man gå fram på lignende måte som ved ansettelse i faste stillinger.

Når siste punktum i første ledd sier at avtale skal inngås med den som er faglig best skikket, betyr det at det skal foretas en samlet vurdering hvor utdannelse, praksis og erfaring, tidligere virke og nåværende skikkethet m.v. teller med.»

Jeg har i flere tidligere saker lagt til grunn at tildelingen av avtalehjemler for leger og fysioterapeuter m.v. må bygge på en vurdering som i det vesentlige er lik den som gjelder ved tilsettinger, jf. bl.a. ombudsmannens årsmelding for 2004 side 112–116. Innholdet i kvalifikasjonsvurderingen som skal foretas i tilsettingssaker kan formuleres slik:

«Siktemålet vil normalt være å finne frem til den av søkerne som etter en skjønnsmessig helhetsvurdering må anses som best kvalifisert. Ved vurderingen tas utgangspunkt i kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten, samt eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet.»

I det opprinnelige forslaget til kommunehelsetjenesteloven kapittel 4, jf. Ot.prp. nr. 36 (1980–81), var det inntatt relativt detaljerte regler om innholdet i driftsavtalene. Departementet gikk imidlertid bort

fra en slik regulering i Ot.prp. nr. 66 (1981–82), ettersom det ikke ble funnet hensiktsmessig å ha detaljerte regler om innholdet av driftsavtalene i loven. Det ble forutsatt at det nærmere innholdet av avtalene ble fastsatt i standardiserte avtaler utarbeidet av partene.

Mellom Kommunens sentralforbund (KS) og Norsk fysioterapeutforbund er det inngått en sentral avtale om drift av privat praksis for fysioterapeuter etter lov om helsetjenesten i kommunene, herunder drift av selskap. Nåværende avtale (ASA 4313) gjelder for perioden fra 2003 til 2006, og inneholder en lang rekke bestemmelser om driftsavtaler.

Det fremgår av KS' merknader til avtalen at det ikke er tale om en sentral tariffavtale som KS har fullmakt til å vedta, og at den derfor formelt sett må vedtas av hver enkelt kommune. Det er ikke gitt opplysninger om hvilke generelle vedtak som er fattet i Z kommune i den forbindelse. I svaret hit fremgår det imidlertid at kommunen «som medlem av KS anser seg bundet av ASA 4313 så langt denne ikke strider mot bestemmelsene i kommunehelsetjenesteloven eller annen lovgivning».

I avtalen punkt 2.2 heter det bl.a. følgende om utlysing, innstilling og tildeling av avtalehjemmel:

> «Ved ledighet i avtalehjemmel skal denne utlyses ved samme institutt. Ny praksisinnehaver utpekes av kommunen etter innstilling fra instituttet. Det forutsettes at instituttets innstilling tillegges stor vekt med mindre særlige grunner foreligger.»

Forutsetningen om at instituttets innstilling skal tillegges stor vekt «med mindre særlige grunner foreligger» kan reise vanskelige spørsmål i forhold til kravet i kommunehelsetjenesteloven § 4–2 første ledd annet punktum om at den faglig best skikkede skal tildeles driftstilskuddet. Bakgrunnen for avtalebestemmelsen er hensynet til det fremtidige arbeidsmiljøet ved instituttet og fremtidig økonomisk samarbeid mellom utøverne. De hensyn som gjør seg gjeldende i denne forbindelse vil etter omstendighetene kunne resultere i at en annen enn den faglig best skikkede blir innstilt.

Selv om detaljreguleringen av innholdet i driftsavtalene ble overlatt til de berørte partene, ble det grunnleggende kravet for tildelingen, at avtalen skal inngås med den faglig best skikkede, beholdt i loven. I Ot.prp. nr. 66 (1981–82) side 34 er det uttrykkelig forutsatt at det er kommunens ansvar å påse at utvelgelsen skjer i tråd med lovens krav. Loven åpner således ikke for at det i avtale gjøres unntak fra kommunens plikt til å inngå avtale med den best kvalifiserte søkeren. Jeg legger til grunn at heller ikke Z kommune anser at avtalebestemmelsen kan gi grunnlag for å tildele driftstilskuddet til en annen enn den som etter loven er best faglig skikket, og viser til det kommunen har anført om dette i svaret hit.

2. Saksbehandlingen

2.1 Kontradiksjon i klagesaksbehandlingen

Klageren fikk i brev 8. juni 2004 en kort begrunnelse for kommunens tildeling av avtalehjemlene. Etter å ha påklaget kommunens vedtak fikk klagerens advokat i brev 5. juli 2004 en noe mer utfyllende begrunnelse. Rådmannen utarbeidet, som forberedende organ i klagesaken, en saksfremstilling til kommunens klagenemnd datert 2. september 2004. Saken var i utgangspunktet berammet til klagenemndas møte 14. september 2004, men ble vedtatt utsatt til ekstraordinært møte i nemnda 20. september 2004.

Rådmannens saksfremstilling ble oversendt til klageren først 17. september 2004, dvs. tre dager før klagesaken ble behandlet i nemnda. I nemndmøtet 20. september 2004 ble det også lagt frem enkelte skriftlige «innspill og presiseringer» fra kommunens helsesjef og sjefsfysioterapeut datert 19. september 2004. Disse ga for øvrig også en muntlig orientering om saken i nemndmøtet.

I klagen hit har klagerens advokat bl.a. anført:

> «Klager er av den oppfatning at både Rådmannens saksfremstilling og Helsetjenestens tilleggsopplysninger inneholder en rekke faktiske feil. I tillegg baserer både Rådmannen og Helsetjenesten sine rettslige vurderinger på feil grunnlag.
>
> Saksgangen i klagebehandlingen har medført at A ikke har fått adgang til å imøtegå Rådmannens saksfremstilling for det særskilte klageorganet og heller ikke Helsetjenestens tilleggsopplysninger.
>
> Særlig tilleggsopplysningene gitt av Helsetjenesten, fremstår som svært lite objektive og gir [inntrykk] av at det har vært viktig å forsvare de beslutninger som er fattet. Når tilleggsopplysningene har en slik karakter, er klager av den oppfatning at det kan ha hatt avgjørende betydning for klagenemndas vurdering, at disse tilleggsopplysningene ikke har vært gjenstand for kontradiksjon.»

Kommunen har i svaret hit tilbakevist påstanden om manglende kontradiksjon i klagesaksbehandlingen. Det er bl.a. vist til at klageren hadde «full adgang til å be om å få møte for nemnden og redegjøre for sitt syn eller sende en skriftlig redegjørelse for sitt standpunkt før behandlingen 20.09.04». I forhold til opplysningene fra helsesjefen og lederen for kommunens fysioterapi- og ergoterapikontor har kommunen også vist til at «[d]et som fremkom i denne orienteringen var ikke annet enn det som allerede var fremkommet i sakens dokumenter og hadde således ingen selvstendig betydning for det endelige vedtak i klagesaken».

Forvaltningen har en alminnelig og selvstendig plikt til å sørge for at en sak blir godt nok opplyst før det blir truffet en avgjørelse. Et viktig virkemiddel for å sikre opplysningen av en sak, er at partene får anledning til å korrigere og imøtegå de opplysningene som vedtaket skal bygge på, jf. forvaltningsloven

10. februar 1967 § 17 første til tredje ledd. Denne alminnelige plikten til å legge frem opplysninger for partene gjelder generelt, og derfor også ved vedtak om tildeling av ledige avtalehjemler for fysioterapi.

Rådmannens saksfremstilling til klagenemnda forelå som nevnt 2. september 2004, men den ble oversendt til klageren først 17. september 2004. Selv om kommunens begrunnelse til klageren 5. juli 2004 berører flere av punktene som også var sentrale ved klagebehandlingen, og selv om det gikk noe tid før klageren kom med merknader til den opprinnelige begrunnelsen, finner jeg det lite tilfredsstillende at rådmannens saksfremstilling ikke ble oversendt til klageren tidligere. Saksfremstillingen forelå i god tid før saken skulle behandles i nemnda, og det ville da ha vært naturlig at denne ble oversendt til klageren senest samtidig med oversendelsen til nemndmedlemmene. Ut fra kommunens oversendelsesbrev kan det for øvrig synes som at oversendelsen 17. september 2004 ble gjort etter forespørsel fra klagerens advokat, og ikke ut fra et selvstendig initiativ fra kommunens side.

Når det gjelder helsesjefen og fysioterapisjefens muntlige orientering i nemndmøte og disses «innspill og presiseringer» i skrivet 19. september 2004, ville det muligens vært noe mindre behov for kontradiksjon her dersom rådmannens saksfremstilling hadde blitt oversendt til klageren på et tidligere tidspunkt enn det som faktisk skjedde. Når dette ikke ble gjort, finner jeg det imidlertid betenkelig at klageren ikke ble gitt anledning til å imøtegå opplysningene. Jeg viser i denne sammenheng bl.a. til at skrivet 19. september 2004 inneholder klare antagelser om As «målsetting for sin karriere», som bl.a. var basert på at A skulle ha «presentert sine visjoner» for helsesjefen og sjefsfysioterapeuten ved to tidligere anledninger. Dette er opplysninger som er av en slik art at det ville ha vært naturlig å forvente at klageren ble gitt anledning til å imøtegå opplysningene. Jeg finner for øvrig ikke grunn til å legge vekt på kommunens anførsel om at klageren hadde «full adgang til å be om å få møte for nemnden og redegjøre for sitt syn». Det foreligger ingen opplysninger om at kommunen har fremholdt dette som en mulighet overfor klageren før behandlingen i klagenemnda.

2.2 Spørsmålet om inhabilitet hos de gjenværende fysioterapeutene i forbindelse med saksforberedelsen

Det er fra klagerens side anført at de gjenværende fysioterapeutene ved de aktuelle instituttene var inhabile til å delta i arbeidet med å tilrettelegge grunnlaget for kommunens tildeling av avtalehjemlene. I klagen hit 10. desember 2004 er det bl.a. vist til at «[i]nstitutthaverne kan ha en klar økonomisk interesse i hvem som får avtalehjemmelen».

Habilitetsreglene skal sikre at forvaltningens avgjørelser blir truffet og forberedt av personer som har en fri og ubundet innstilling til de saker som behandles. I tillegg skal habilitetsreglene bidra til å fremme tilliten til forvaltningen.

Det fremgår av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 6 i hvilke tilfeller en offentlig tjenestemann er inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for eller treffe avgjørelse i en forvaltningssak. Forvaltningsloven § 10 slår fast at bestemmelsen gjelder tilsvarende for enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan. Tildeling av avtalehjemmel er et enkeltvedtak, og alle som er med på å tilrettelegge grunnlaget for vedtaket vil derfor være omfattet av inhabilitetsreglene i forvaltningsloven.

Det er bare personer, ikke organer eller foretak, som vil kunne anses inhabile etter forvaltningslovens inhabilitetsregler. Instituttene som sådan vil således ikke kunne bli inhabile etter forvaltningsloven § 6.

I brevet fra Z kommune til klageren 5. juli 2004 beskrives tildelingsprosessen slik:

> «Alle søknader sendes helsetjenestens administrasjon. Det blir foretatt en gjennomlesning av alle søknader av sjefsfysioterapeut og satt opp søkerliste. ...
>
> Søkerlisten alene er aldri grunnlag for vurdering av aktuelle kandidater. Grunnlaget er alltid hele søknaden. Etter at administrasjonen har foretatt den første gjennomgangen av alle søknadspapirer, leveres søknadene til aktuelle institutter. Instituttene vurderer alle søknader og gjennomfører intervjuer. Skriftlig og begrunnet innstilling leveres helsetjenestens administrasjon som så vurderer eventuelle forhold som gir grunn til å fravike instituttenes innstilling, jf. § 2.2 i ASA 4313. Sjefsfysioterapeuten deltar på intervjuer når det er ønsket.»

Som påpekt foran gjelder inhabilitetsbestemmelsene ikke bare i forhold til å treffe avgjørelse i en sak, men også i forbindelse med tilretteleggingen av grunnlaget for en avgjørelse. Ut fra kommunens beskrivelse av prosessen legges det til grunn at instituttenes rolle ved tildelingen er å anse som tilrettelegge av grunnlaget for tildelingsvedtakene i forvaltningslovens forstand.

Etter forvaltningsloven § 6 første ledd er en person inhabil dersom han selv er part i saken eller har en nærmere angitt tilknytning til en part i saken. Det er vanskelig å se at denne bestemmelsen er aktuell her. En eventuell inhabilitet i den foreliggende saken må derfor vurderes i forhold til forvaltningsloven § 6 annet ledd. Etter denne bestemmelsen vil de gjenværende fysioterapeutene måtte anses inhabile dersom «særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til» deres upartiskhet. Det fremgår av bestemmelsen at det bl.a. skal legges vekt på «om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til». Videre skal det også legges vekt på om det er reist inhabilitetsinnsigelse av en part.

Dersom de gjenværende fysioterapeutene som har deltatt i prosessen har en sterk personlig interes-

se i hvem som får avtalehjemlene, vil dette kunne etterlate tvil om disse interessene har hatt innflytelse på avgjørelsen. Dermed svekkes også tilliten til prosessen og forvaltningen. En eventuell interesse vil kunne være av økonomisk karakter, men også andre forhold vil etter omstendighetene være relevante i habilitetsvurderingen. Vurderingstemaet er ikke om avgjørelsen vil kunne innebære en særlig fordel eller ulempe for gjenværende fysioterapeuter, men om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten. Det er således ikke nødvendig å påvise at vedkommende faktisk har lagt vekt på utenforliggende hensyn eller lignende.

I klagen hit 10. desember 2003 er det bl.a. anført at «[i]nstitutthaverne kan ha en klar økonomisk interesse i hvem som får avtalehjemmelen». Det er også vist til brev 13. oktober 2003 fra Byrådsavdelingen for velferd og sosiale tjenester i Oslo kommune til de ulike bydelsdirektørene, hvor det bl.a. uttales følgende:

> «Overdragende fysioterapeut har økonomisk interesse knyttet til salg av praksisen. Vedkommende har ingen rolle i tildelingsprosessen og skal således ikke delta i bydelens/Helsevernetatens prosess med intervjuer, vurderinger av søkerne og annet.
>
> Gjenværende fysioterapeuter kan også ha økonomisk interesse i valg av kandidat. For å sikre kommunen mot påstander om inhabilitet i utvelgelsesprosessen, kan ikke gjenværende fysioterapeuter være tilstede under intervjuer av kandidatene som foretas av bydelene/Helsevernetaten. Gjenværende fysioterapeuter vil stå fritt til å uttale seg om søkermassen dersom de skulle ønske det. Uttalelsene vil være relevante i tildelingsprosessen dersom uttalelsene belyser vurderingen av hvilken fysioterapeut som er best faglig skikket.»

Z kommune har i sitt svar hit anført at det ikke er grunnlag for å hevde at instititutthaverne er inhabile ved tildelingsprosessen. Kommunen har vist til at de som tildeles avtalehjemlene ikke skal kjøpe seg inn i instituttene, og at det derfor ikke foreligger noen økonomisk interesse i hvem som velges. I svaret fra kommunen heter det videre bl.a.:

> «Den interesse instituttet måtte ha i hvem som tildeles avtalehjemmelen vil alene bygge på at man skal arbeide sammen med vedkommende slik at vedkommendes personlige egenskaper vil spille en rolle ved utformingen av innstillingen. At dette er et moment det må være adgang til å legge vekt på i totalvurderingen som fattes etter kommunehelsetjenestelovens § 4–2 kan ikke være tvilsomt.»

Klageren har i sine merknader 7. juli 2005 tilbakevist at instituttene ikke har interesse i hvem som får tildelt avtalehjemlene. Han har bl.a. vist til at tiltredende fysioterapeut bidrar til fellesskapet bl.a. ved å betale for «utstyr, leie av lokaler osv» og at dette «ofte [er] en prosentsats av omsetning». Videre har han vist til at avtalehjemlene er personlige, og at instituttene derfor er avhengige av «velvillighet» fra den som får tildelt avtalehjemmelen. Klageren har for øvrig opplyst at vedkommende fysioterapeut som forlot instituttet, gjorde det på grunn av en «uoverensstemmelse av økonomisk karakter som relaterte seg til hvor mye han skulle betale i leie til fellesskapet».

Z kommune har ikke imøtegått disse opplysningene fra klageren, og kommunen har også ellers i liten grad underbygget sin anførsel om at gjenværende fysioterapeuter ikke har interesser av bl.a. økonomisk karakter i tildelingen. Tvert imot har også kommunen selv kommet med uttalelser som kan forstås slik at valget av søker som tilbys avtalehjemlene vil kunne være av stor betydning for gjenværende fysioterapeuter, herunder også betydning av økonomisk karakter. Det vises bl.a. til skrivet fra helsetjenesten i Z kommune 19. september 2004 til kommunens klagenemnd, hvor det avslutningsvis under punkt 2 bokstav b heter:

> «Kommunens helsetjeneste har hatt tett samarbeid med både Y fysioterapi og X fysioterapi om disse gruppene gjennom mange år og anser det som svært viktig at tilbudet til de svakeste gruppene opprettholdes ved instituttene. Tilknytning av nye fysioterapeuter til instituttene er av vesentlig betydning for instituttets driftsgrunnlag og arbeidsmiljø. Kommunen tildeler personlige avtalehjemler, altså er ikke avtalehjemlene juridisk knyttet til det enkelte institutt. I praksis kan en hjemmelsinnehaver flytte ut med sin hjemmel til en annen adresse i kommunen. Dette kan skape store vanskeligheter for gjenværende fysioterapeuter (jf. kostnader ved drift). Stabilitet i et kollegium ved instituttene er derfor en viktig vurdering ved instituttenes innstilling. Søkernes stabilitet kan også til en viss grad «leses» av søknaden.»

Etter dette synes de gjenværende fysioterapeutene ved instituttene i alle fall å ha enkelte interesser bl.a. av økonomisk karakter knyttet til hvem som får tildelt driftstilskuddet. Det kan derfor stilles spørsmål ved deres habilitet sett i forhold til bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd. Arten og omfanget av de konkrete interessene som gjør seg gjeldende i saken har bare i mindre grad blitt belyst gjennom undersøkelsen herfra, og spørsmålet om habilitet må også vurderes konkret i forhold til hver enkelt av de som har deltatt i prosessen. Jeg finner det derfor vanskelig å ta uttrykkelig stilling til om det foreligger særegne omstendigheter som medfører inhabilitet etter forvaltningsloven § 6 annet ledd i denne saken.

Forvaltningen bør imidlertid generelt sett unngå å legge opp til ordninger der det kan stilles spørsmål ved habiliteten til de som forbereder og avgjør en sak. Jeg finner derfor god grunn til å stille spørsmål ved at kommunen har overlatt så vidt mye av den forberedende prosessen til de gjenværende fysioterapeutene ved instituttene. I dette tilfellet er både gjennomgangen av søknadene med tanke på innkalling

til intervju og gjennomføring av intervjuene overlatt til instituttene. Innstillingsmyndigheten er også lagt til instituttene. Etter min mening synes det å være uheldig å overlate så vidt sentrale oppgaver til personer som søkerne vil kunne mistenke for å ha egne interesser i saken.

Jeg har for øvrig merket meg at Oslo kommune har valgt en saksbehandlingsprosedyre i disse sakene der kommunen selv står for de saksforberedelsene som i Z kommune overlates til instituttene. Det ligger i det jeg har sagt ovenfor at jeg mener en slik ordning som Oslo kommune har valgt kan ha gode grunner for seg. Dersom de gjenværende fysioterapeutene involveres i tildelingsprosessen, må kommunen iallfall være svært bevisst på utfordringene knyttet til habilitet, og det må også stilles strenge krav til kommunens egen gjennomgang og kontroll i forhold til å sikre at prosessen gjennomføres på en forsvarlig og betryggende måte.

2.3 Saksforberedelsen, herunder spørsmålet om manglende intervju – kommunens selvstendige undersøkelsesplikt og ansvar for sakens opplysning

Forvaltningen har en alminnelig og selvstendig plikt til å sørge for at en sak blir tilstrekkelig godt opplyst før det blir truffet en avgjørelse, jf. bl.a. forvaltningsloven § 17. Selv om kommunen anser seg bundet av ASA 4313, kan denne avtalen som nevnt ikke sette loven til side. En slik avtale kan heller ikke gjøre unntak fra det ansvaret kommunen som vedtaksorgan har for å foreta en forsvarlig etterprøving av den saksforberedelsen som er gjort fra instituttenes side. Det er kommunen som har ansvaret for og myndighet til å tildele avtalehjemlene, og en forutsetning for at kommunen skal kunne legge vekt på innstillingene er at disse bygger på en forsvarlig saksbehandling. Jeg viser for øvrig til det som er sagt ovenfor om de gjenværende fysioterapeutenes rolle i tildelingsprosessen. Den tvil som knytter seg til disses egeninteresser i saken taler som nevnt for en særlig grundig etterprøving fra kommunens side av den forberedende saksbehandlingen.

Klageren har kommet med flere innvendinger mot måten tildelingsprosessen ble gjennomført på. Han har anført at prosessen ikke var egnet til å gi et forsvarlig grunnlag for å vurdere hans kvalifikasjoner og personlige skikkethet, og har bl.a. vist til at han ikke ble intervjuet forut for tildelingene. Z kommune synes på sin side å mene at den hadde tilstrekkelig kjennskap til klageren gjennom hans søknadspapirer, og at det derfor ikke var behov for å innhente ytterligere informasjon. Kommunen har også fastholdt at klageren i forhold til en av de ledige hjemlene ble intervjuet via telefon forut for tildelingen. I kommunens brev hit 2. mai 2005 heter det bl.a.:

> «Når det gjaldt samtalen mellom B ved X fysioterapi og A står B fast på at dette ikke var en vanlig samtale, men et intervju. Det foreligger ikke referat fra intervjuet utover det som kom frem i begrunnelsen for innstillingen. Instituttets innstilling ble foretatt etter at intervjuene var gjennomført og etter en totalvurdering av søkerne. Med bakgrunn i slik samlet vurdering ble A innstilt som nummer tre ved X fysioterapi.»

Undersøkelsen herfra må begrense seg til en gjennomgang av det skriftlige materialet i saken. Uenighet om temaet for telefonsamtalen mellom klageren og B, og hva som faktisk ble sagt i samtalen, kan vanskelig avklares herfra. Slik saken er opplyst, kan det imidlertid med god grunn stilles spørsmål om telefonsamtalen kan betegnes som et intervju i tradisjonell forstand. Jeg viser bl.a. til at partene har hatt en nokså ulik oppfatning av formålet med telefonsamtalen, noe som må betegnes som påfallende og lite tillitvekkende. Instituttet har heller ikke skrevet referat eller gjort andre nedtegninger fra samtalen, ut over den gjengivelse som finnes i innstillingen. God forvaltningsskikk, og behovet for i ettertid å kunne kontrollere hva som har vært sagt (notoritet), tilsier at opplysninger som fremkommer i intervjuer nedtegnes skriftlig. Dersom telefonsamtalen var ment som et formelt intervju av klageren, skulle innholdet i telefonsamtalen derfor ha vært nedtegnet. At dette ikke ble gjort taler etter mitt syn for at samtalen ikke kan betegnes som et intervju i vanlig forstand. Det måtte for øvrig også være instituttets ansvar å klargjøre at telefonsamtalen var ment å skulle være et intervju.

Sett i lys av at klageren fremsto som så vidt godt kvalifisert med hensyn til formell utdanning og relevant arbeidserfaring, mener jeg at det var kritikkverdig, og en mangel ved saksforberedelsen, at klagerens kandidatur for en stor del ble vurdert på bakgrunn av udokumenterte opplysninger om hans egnethet for avtalehjemlene. Det er ikke grunn til å anta at kommunen hadde spesiell kjennskap til klagerens personlige egenskaper ut over det som fremkom av søknadspapirene. Likevel har kommunen vektlagt momenter som «samarbeidsevne og personlig skikkethet», og også fremhevet misforholdet mellom henholdsvis CV og attester og klagerens angivelse av egne yrkesmessige mål for fremtiden.

Selv om kommunen i ettertid har anført at disse momentene ikke har vært av avgjørende betydning for kommunens vurdering, mener jeg at dette bl.a. ut fra tilliten til prosessen burde foranlediget nærmere undersøkelser fra kommunens side. Fortrinnsvis burde dette ha vært gjort gjennom å innkalle klageren til et formelt intervju på linje med de øvrige av søkerne som ble intervjuet. Et formelt intervju ville ha vært et godt egnet virkemiddel til å belyse de aktuelle spørsmålene nærmere.

Det må etter dette kritiseres at klageren ikke ble innkalt til formelt intervju i tilknytning til de to aktuelle avtalehjemlene. Som en konsekvens av at det ikke ble gjennomført intervju, kan saken vanskelig sies å ha vært tilstrekkelig opplyst før tildelingen av

avtalehjemlene ble foretatt. Jeg viser for øvrig til mine merknader foran om behovet for en grundig etterprøving av instituttenes saksbehandling.

3. Kommunens kvalifikasjonsvurdering

I utlysingen av de ledige avtalehjemlene var det presisert noe nærmere hvilke arbeidsområder avtalehjemlene omfattet. I forhold til avtalehjemmelen ved Y fysioterapi fremgikk det bl.a. at arbeidet knyttet seg til «voksne pasienter med behov for generell fysioterapi». Det het videre i forhold til begge avtalehjemlene at «samarbeidsevne og personlig egnethet tillegges stor vekt».

Om den nærmere bakgrunn for kommunens utlysing og kvalifikasjonsvurdering har kommunen i svaret hit bl.a. uttalt følgende:

> «Før kommunen annonserte ledige avtalehjemler, ble det foretatt en vurdering av kommunens behov for spesial- evt. spesialistkompetanse på bakgrunn av den spesialkompetanse som allerede fantes i den private praksis i kommunen. ...
>
> Y fysioterapi og X fysioterapi er kommunens største institutter når det gjelder antall avtalehjemler. En stor del av pasientene ved disse instituttene er personer med kroniske sykdommer. Kommunen verdsetter formell fagkompetanse og har gode erfaringer med den spisskompetanse spesialistene og spesialfysioterapeutene bidrar med. Samtidig har erfaring vist at disse terapeutene i mindre grad avhjelper ventelisten for de «tradisjonelle» pasientene, herunder pasienter med kroniske plager. ... Med bakgrunn i denne faktiske kunnskap var det derfor viktig å sikre en økt kapasitet for nettopp kronisk syke pasienter. Da man skulle utlyse avtalehjemler våren 2004 var vilkåret om generell fysioterapipraksis derfor fokusert både i utlysingsteksten og i selve tildelingsprosessen.»

Det er slik jeg ser det vanskelig å kritisere på rettslig grunnlag at det ble lagt vekt på generell fysioterapipraksis ved selve tildelingsprosessen. Dette fremstår som et relevant og velbegrunnet ønske ut fra det konkrete behovet for fysioterapitjenester som forelå i kommunen, og ønskene knyttet til dette var også gjenspeilet i utlysingsteksten. Tildelingen må imidlertid være innenfor de rammer som kommunehelsetjenesteloven stiller opp.

Klageren fremstår som godt kvalifisert for de utlyste avtalehjemlene. Ut fra den utvidede søkerlisten synes det imidlertid også å ha vært flere andre godt kvalifiserte søkere. Hvem som i et slikt tilfelle skal tildeles avtalehjemlene vil måtte bero på en konkret vurdering basert på kriteriene i kvalifikasjonsvurderingen som er skissert ovenfor under punkt 1.

Som en følge av at det ikke ble gjennomført formelt intervju med klageren, er det vanskelig å se at kommunen har hatt et forsvarlig faktisk grunnlag for å kunne foreta en tilfredsstillende sammenlignende vurdering av klagerens og de øvrige søkernes kvalifikasjoner og personlig egnethet for avtalehjemlene. Jeg går av denne grunn ikke nærmere inn på den konkrete kvalifikasjonsvurderingen i saken utover å påpeke at det, som en følge av forholdene som er nevnt ovenfor under punkt 2, kan ha skjedd en usaklig forbigåelse av klageren ved tildelingen.

4. Konklusjon

Det må etter det som er påpekt ovenfor konkluderes med at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd siste punktum.

Z kommune bør gjennomgå sin praksis for tildeling av driftstilskudd for fysioterapeuter i lys av mine merknader ovenfor, med sikte på å sikre at det ved fremtidige tildelinger ikke oppstår tilsvarende usikkerhet knyttet til saksgangen som i denne saken. Kommunen bes i denne forbindelse særlig om å vurdere gjenværende fysioterapeuters rolle i tildelingsprosessen.

Kommunen må også vurdere hva som bør gjøres i forhold til klageren for å bøte på de feil som er gjort i forhold til ham.»

I brev 4. desember 2006 opplyste kommunen at den som følge av ombudsmannens uttalelse hadde endret sine interne saksbehandlingsrutiner for tildeling av avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis. Det fremgikk at kommunen heretter selv ville gjennomføre intervjuer med aktuelle søkere. I de tilfeller tildeling av avtalehjemmel var lokalisert til en gruppepraksis ville representanter for gruppepraksisen bli invitert til å delta på intervjuene og deretter få mulighet til å uttale seg før kommunen fattet sitt vedtak.

Det ble videre vist til at Kommunenes sentralforbund og Norsk fysioterapeutforbund hadde inngått en ny avtale om drift av privat praksis for fysioterapeuter (ASA 4313 for perioden 2006–2008), som ifølge kommunen syntes å ta høyde for ombudmannens uttalelse i forhold til gjenværende fysioterapeuters stilling ved tildeling av avtalehjemler.

Kommunen opplyste også at det var opprettet kontakt med klageren og at kommunen var i dialog med ham.

I brev til kommunen ble det bedt om å få oversendt et eksemplar av kommunens nye interne saksbehandlingsrutiner for tildeling av avtalehjemler for fysioterapi. Disse ble senere oversendt. Kommunen ble også bedt om å holde ombudsmannen orientert om utfallet av den pågående dialogen med klageren.

Trygd, sosiale tjenester

34.

Skadelidtes plikt til å begrense et tap ved feilinformasjon fra trygdekontoret

(Sak 2006/666)

I tillit til et ugyldig vedtak om innvilgelse av AFP-pensjon sa A opp sin faste stilling. Hennes arbeidsgiver, B, forholdt seg til oppsigelsen. Det var derfor ikke mulig for A å fortsette eller gjenoppta sitt arbeid hos B. Arbeids- og inkluderingsdepartementet (tidligere Arbeids- og sosialdepartementet) erkjente erstatningsansvar for det økonomiske tapet A hadde lidt som følge av at hun i god tro hadde innrettet seg etter trygdekontorets ugyldige AFP-vedtak. I forhold til erstatningsutmålingen mente departementet likevel, og til tross for at A var 62 år da det ugyldige vedtaket ble avsagt, at det var As plikt å begrense sitt økonomiske tap frem til ordinær pensjonsalder ved å melde seg som arbeidssøker hos A-etat (nå NAV), og innrette seg etter vilkårene for å få dagpenger.

Ombudsmannen uttalte at det i denne saken bare i begrenset utstrekning ville være riktig å anvende de alminnelige erstatningsregler om skadelidtes plikt til å begrense skaden. Han mente i tillegg at departementets standpunkt til erstatningsutmålingen bygget på en mangelfull utredning av saken. Dette fordi departementet ikke hadde vurdert om det var rimelig å forvente av skadelidte at hun søkte å begrense inntektstapet ved å innrette sin tilværelse ved å bestrebe seg på å oppfylle de krav som Aetat (nå NAV) stiller til den som er «reell arbeidssøker» og derfor har krav på dagpenger.

Ved henvendelse til Uranienborg-Majorstuen trygdekontor våren/sommeren 2003 fikk A, født ... 1941 opplyst at hun kvalifiserte for AFP-pensjon. As søknad om AFP-pensjon ble innvilget med virkning fra 1. september 2003. I tillit til dette vedtaket sa A opp sin faste stilling i B. B forholdt seg til hennes oppsigelse. Det var derfor ikke mulig for A å fortsette eller gjenoppta sitt arbeid i B.

Da Rikstrygdeverket skulle registrere As AFP-pensjon i Det sentrale folketrygdsystemet, ble registreringsblanketten avvist fordi A ikke fylte vilkåret om 10 års opptjeningstid etter fylte 50 år. Saken ble derfor returnert fra Rikstrygdeverket til Uranienborg-Majorstuen trygdekontor og As AFP-vedtak ble omgjort. Omgjøringsvedtaket ble påklaget, men ble opprettholdt av Fylkestrygdekontoret i Oslo. På vegne av A sendte så advokat C krav om erstatning til Rikstrygdeverket.

I Rikstrygdeverkets svarbrev het det blant annet:

> «Fylkestrygdekontoret i Oslo er ikke delegert fullmakt til å fatte en beslutning vedrørende et erstatningsansvar i saken og har derfor sendt saken til Rikstrygdeverket til vurdering. Det er Arbeids- og sosialdepartementet som skal behandle og avgjøre om det er rettslig grunnlag for erstatning i denne saken. Dette betyr at det pr. dato ikke foreligger en beslutning på om det er et rettslig grunnlag for erstatning.
> ---
> Etter lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 § 5–1 nr. 2 har erstatningssøker et ansvar for å redusere skadeomfanget. På bakgrunn av dette ber vi om at det gis en redegjørelse for hva erstatningssøker har gjort for å sikre sitt inntektstap på annen måte. Vi viser i den forbindelse til at det kan være grunnlag for å forvente at erstatningssøker melder seg som arbeidssøker hos A-etat, og på bakgrunn av dette blant annet kan få rett til arbeidsledighetstrygd.»

I Rikstrygdeverkets innstilling til Arbeids- og sosialdepartementet ble det erkjent at trygdekontoret hadde opptrådt uaktsomt og at A hadde lidt et økonomisk tap som følge av at hun i god tro hadde innrettet seg etter trygdekontorets ugyldige AFP-vedtak.

Om erstatningsutmålingen het det blant annet:

> «Når det gjelder erstatning for lidt tap mener Rikstrygdeverket dette [må] begrenses til perioden 1. september 2003 til 31. desember 2004. Vi antar at A fra januar 2005 burde utvist noe aktivitet for å begrense sitt inntektstap.
> ---
> Den som krever erstatning har også et ansvar for å begrense det økonomiske tapet. Dette følger av skadeserstatningsloven § 5–1. A kan i utgangspunktet begrense det økonomiske tapet ved et nytt inntektsgivende arbeid eller prøve å søke arbeidsledighetstrygd fra a-etat.»

I Arbeids- og sosialdepartementets avgjørelse i erstatningssaken het det blant annet:

> «I likhet med Rikstrygdeverket finner departementet at A har en plikt til i rimelig utstrekning etter evne å begrense sitt økonomiske tap, jf. skadeserstatningsloven § 5–1. Ut fra omstendighetene i saken finner departementet imidlertid at søkerens aktivitetsplikt først bør få erstatningsreduserende virkning fra og med 1. februar 2005. Tidsrommet fra Rikstrygdeverkets brev 6. desember 2004 om at A burde oppsøke A-etat til 1. januar 2005 er så vidt kort tid i forhold til å kunne områ seg og planlegge en ny tilværelse at det ikke kan bebreides vedkommende at hun ikke oppsøkte arbeidskontoret eller på annen måte søkte å skaffe seg inntekt før årsskiftet. Eventuelt økonomisk tap etter 1. februar 2005 må hun etter departementets vurdering bære selv.
> Det skal i denne forbindelse bemerkes at selv om hun hadde gjort de nødvendige skadebegrensede tiltak må det klargjøres om hun har lidt et fremtidig tap. Dersom den AFP-pensjonen hun ville fått – dersom hun hadde fylt vilkårene om 10 års forutgående opptjening – overstiger nivået for dagpenger hun ville hatt krav på, vil hun ha rett til erstatning for differansen fram til 67 år.»

På vegne av A anmodet advokat C ombudsmannen om å vurdere Arbeids- og inkluderingsdepartementets «pålegg» til A om å begrense sitt inntektstap ved

å melde seg til Aetat som reell arbeidssøker slik at hun kunne kvalifisere til å få dagpenger.

I foreleggelsen herfra til Arbeids- og inkluderingsdepartementets het det blant annet:

> «Det fremgår av saksdokumentene at departementet har erkjent at A ikke på noen måte kan lastes for at hun innrettet seg etter den feilinformasjon hun fikk ved Uranienborg-Majorstuen trygdekontor sommeren 2003 og det påfølgende AFP-vedtaket. Hun sa således opp sin jobb i B med berettiget forventning om å bli AFP-pensjonist.
>
> Erfaringsmessig er det på generelt grunnlag realistisk å anta at As sjanser for å få en ny fast jobb etter dette var, er og fortsatt vil være, svært små frem til ordinær pensjonsalder.
>
> På den annen side er en pensjoniststatus eller pensjonisttilværelse som økonomisk sett fullt og helt bygger på en fullverdig AFP-beregning i realiteten i svært mange sammenhenger totalt forskjellig fra tilværelsen som arbeidssøker og dagpengemottaker i en alder av over 60 år.
>
> På denne bakgrunn bes det om en nærmere redegjørelse for hvilke vurderinger som ligger bak departementets standpunkt om at det ved erstatningsutmålingen var rimelig å forvente at A selv begrenset sitt økonomiske tap ved å innrette seg slik at hun (i alle fall) kunne få arbeidsledighetstrygd frem til fylte 67 år.»

I departementets svarbrev het det blant annet:

> «Departementet har forståelse for at A opplever frustrasjon og fortvilelse over konsekvensene av trygdeetatens feilaktige vedtak i hennes sak. Dette beklager vi sterkt.
>
> Som kjent har departementet kommet til at A bør tilkjennes erstatning. Samtidig er det vår oppfatning at man bør følge de erstatningsrettslige utmålingsreglene som kommer til anvendelse i slike saker.
>
> ---
>
> Som ledd i Rikstrygdeverkets forberedelse av erstatningssaken fikk A ved brev 6. desember 2004 informasjon om tapsbegrensningsplikten etter skadeerstatningsloven § 5–1 nr. 2 for den som krever erstatning. Disse reglene tilsier at den skadelidte selv må gjøre noe aktivt for å begrense sitt økonomiske tap med mindre vedkommende har rimelig grunn til ikke å gjøre dette. Bestemmelsen har følgende ordlyd:
>
> «Som medvirkning reknes det også når den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden.»
>
> Det blir et skjønnsmessig spørsmål i hvilken utstrekning denne bestemmelsen medfører et krav om aktivitet fra skadelidtes side i den konkrete situasjonen som foreligger. Departementet har som kjent kommet til at den iallfall medfører – for As vedkommende – at man bør utnytte de muligheter som offentlige stønadsordninger gir. Ut fra den informasjon som ble gitt, burde hun ha oppsøkt A-etat senest i januar 2005. Hun har heller ikke dokumentert forhold som tilsier at hun hadde rimelig grunn til ikke å gjøre noe aktivt for å begrense tapet.
>
> Vi kan ikke uten videre slutte oss til i Sivilombudsmannens syn at As muligheter for å få arbeid er «..svært små..» Man bør generelt være varsom med å betrakte eldre arbeidsføre mennesker som uegnet for arbeidsmarkedet. Et slikt syn er lite i samsvar med regjeringens politikk for et inkluderende arbeidsliv. Det kan heller ikke være opp til den enkelte å vurdere om vedkommende skal betrakte seg selv som en reell arbeidssøker. Selv om man legger til grunn at hun ikke ville blitt tilbudt arbeid, ville hun hatt rett til dagpenger.
>
> Vi viser i denne forbindelse også til Høyesteretts dom i Rt. 1992 side 1469. Det kan videre trekkes paralleller til den generelle praksis i erstatningssaker med fratrekk for offentlige ytelser ved utmålingen av erstatning for framtidig tap.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen blant annet:

«I denne saken må det rettslige spørsmål om skadelidtes plikt til å begrense mulige skadevirkninger forankres i det faktum at skadelidte, på grunn av en uaktsom og feilaktig informasjon fra trygdekontoret, sa opp sin faste stilling. Med dette utgangspunkt vil det bare i begrenset utstrekning være riktig å anvende de alminnelige erstatningsregler om skadelidtes plikt til å begrense skaden.

I dommen i Rt. 1992 s. 1469 (leiebildommen) er det lagt til grunn at skadelidtes ansvar for å begrense skaden etter at den har oppstått nå er hjemlet og regulert i skadeserstatningsloven § 5–1 nr 2 jf. nr 1. Skadeserstatningsloven § 5–1 nr. 1 og 2 lyder:

> «1. Dersom den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har medvirket til skaden ved egen skyld, kan erstatningen settes ned eller falle bort for så vidt det er rimelig når en tar hensyn til atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers. Dette gjelder likevel ikke dersom skadelidte på skadetiden ikke hadde fylt 10 år.
>
> 2. Som medvirkning reknes det også når den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden.»

Bestemmelsen i § 5–1 nr. 2 jf. nr. 1 om skadelidtes ansvar for å begrense skaden er en kodifisering av tidligere lovfestet og ulovfestet rett (rettspraksis). Tapsbegrensningsplikten avhenger ikke bare av at skadelidte har evne til å gjøre det. Ut fra skadelidtes situasjon må det også fremstå som rimelig og naturlig at hun begrenser tapet på den måten som kan være aktuell. Hvor langt skadelidtes plikt til å begrense skaden rekker vil derfor avhenge av en helhetlig og skjønnsmessig vurdering med utgangspunkt i skadelidtes situasjon. Det rettslige hovedspørsmålet i denne saken blir derfor om det ved erstatningsutmålingen var riktig uten videre å legge til grunn at A hadde plikt til å begrense skaden ved å melde seg til Aetat (nå NAV) som arbeidssøker og innrette seg etter de vilkår som stilles for å kvalifisere for dagpenger. Arbeids- og inkluderingsdepartementet har i brevet

hit 27. juli 2006 uttalt at A burde «utnytte de muligheter som offentlige stønadsordninger gir». Hvilke vurderinger dette synet bygger på ut over å henvise til fradragsregler for offentlige ytelser som særlig er aktuelle ved personskadeerstatningsutmåling, fremgår ikke.

Det er de faktiske muligheter for å finne arbeid og ikke regjeringens politikk om inkluderende arbeidsliv som må være avgjørende for vurderingen i dette tilfellet. Slik saken er opplyst, fremgår det ikke at det var noe i veien med As egentlige evne (arbeidsførhet) til selv å begrense skaden ved egen inntekt hvis hun kunne finne egnet arbeide. Spørsmålene knyttet til den faktiske mulighet for å finne egnet arbeid for A synes likevel ikke berørt av trygdeetaten eller departementet i saksdokumentene. Dette må være et sentralt moment i den rimelighetsvurdering som er forutsatt i skadeserstatningsloven § 5–1 nr. 2 jf. nr. 1. Denne siden av saken fremstår derfor som mangelfullt utredet fra forvaltningens side ved den administrative avgjørelsen om erstatningsutmålingen.

I svarbrevet hit anfører departementet at det ikke kan «være opp til den enkelte å vurdere om vedkommende skal betrakte seg selv som en reell arbeidssøker». Dette synes ikke å være en treffende innvending i denne saken. Det sentrale spørsmålet, som jeg ikke kan se at departementet har vurdert nærmere, er heller om det i henhold til utmålingsregelen i skadeserstatningsloven § 5–1 nr. 2 jf. nr. 1 var rimelig å forvente av skadelidte at hun søkte å begrense inntektstapet ved å innrette sin tilværelse ved å bestrebe seg på å oppfylle de krav som Aetat (nå NAV) stiller til den som er «reell arbeidssøker» og derfor har krav på dagpenger. Ved denne rimelighetsvurderingen måtte det være nærliggende å ta hensyn til hva det innebar for A å måtte «være tilgjengelig» og villig til å «kunne tiltre på kort varsel», i «ethvert arbeid», uten noen «krav til arbeidssted eller type arbeid», slik mottakere av dagpenger skal, sammenlignet med den livs- og arbeidssituasjon hun hadde før hun søkte om AFP-pensjon og i god tro sa opp sin stilling i B.

De krav departementet synes å stille til skadelidte i denne saken kan etter min mening vanskelig sammenlignes med de krav man fant å kunne stille til skadelidte i saken i Rt. 1991 side 1469 flg., se særlig side 1473.

På denne bakgrunn ber jeg departementet på nytt behandle spørsmålet om skadelidtes plikt i denne saken til selv å begrense det inntektstapet hun led som følge av at hun fikk uaktsom feilinformasjon fra trygdekontoret. Jeg forutsetter at departementet sørger for at de svakheter/feil ved den tidligere behandlingen av saken som jeg har påpekt og kommentert ovenfor blir rettet opp ved den nye behandlingen av dette spørsmålet.»

35.

Begjæring om gjenopptakelse av attføringssak – spørsmål om klageadgang

(Sak 2005/1074)

Aetat Klage og ankekontoret avslo en begjæring om gjenopptakelse av en sak om attføringspenger. Avgjørelsen om ikke å gjenoppta saken ble ikke ansett for å være et enkeltvedtak som kunne påklages.

Ombudsmannen mente at avslaget ikke var et enkeltvedtak. Dette må anses for å være gjeldende alminnelig forvaltningsrett som må legges til grunn om ikke særlige hensyn tilsier noe annet. Ombudsmannen kunne ikke kritisere at trygdeetaten for sine ytelser synes å ha utviklet en praksis med klagerett for parten ved avslag på begjæring om gjenopptakelse som er gunstigere enn det som følger av alminnelig forvaltningsrett. Det var heller ikke grunn til å kritisere Aetat for å ha hatt en praksis som samsvarer med alminnelig forvaltningsrett.

Aetat lokal besluttet ikke å gjenoppta sak om gradert stønad for A. Aetat Klage og ankekontoret kom til at beslutningen fra Aetat lokal om ikke å gjenoppta saken ikke var et enkeltvedtak som kunne påklages.

I klagen hit anførte As advokat at klagers henvendelse skulle vært avgjort med et «vedtak som kunne påklages på normal måte». Det ble vist til ulovfestede regler om gjenopptakelse, utviklet særlig på bakgrunn av Trygderettens praksis.

Saken ble tatt opp med Rikstrygdeverket. Rikstrygdeverket ble bedt om å gi sitt syn på hvorvidt, eventuelt i hvilke tilfeller, en avgjørelse om å avslå en gjenopptakelsesbegjæring av trygdesak skal anses som et enkeltvedtak som kan påklages etter forvaltningslovens regler, når avgjørelsen er fattet av andre organer innen trygden enn Trygderetten.

Rikstrygdeverket opplyste at et avslag på begjæring om gjenopptakelse er gjenstand for klage. Parten skal varsles og informeres om klageadgang og klagefrister. Rikstrygdeverket informerte dessuten om at Aetat Klage og ankekontoret ble kontaktet for å få en redegjørelse for sin praksis på området.

Saken ble deretter tatt opp med Arbeids- og velferdsdirektoratet i brev herfra hvor det ble bedt om Arbeids- og velferdsdirektoratets syn på spørsmålet om klagerett på beslutninger om å unnlate/avslå å gjenoppta sak om aktuelle ytelser som hørte inn under Aetat.

Arbeids- og velferdsdirektoratet opplyste at Aetat har hatt som praksis å avvise (avslå) klage om avslag på gjenopptak. I brevet het det at det er uheldig at de tidligere etatene har hatt en ulik praktisering av reglene knyttet til gjenopptakelse, og at direktoratet vil bestrebe seg på å få etablert en ensartet praksis i den nye arbeids- og velferdsetaten.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«I juridisk teori har det vært lagt til grunn at beslutning om ikke å omgjøre/ta en avgjørelse opp til ny behandling ikke er et enkeltvedtak. Det vises senest til Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 8. utgave, Oslo, 2006 på side 301:

> «Beslutning om ikke å omgjøre er ikke enkeltvedtak. Her er det opprinnelige vedtaket fortsatt «bestemmende for» partenes rettigheter og plikter (jfr. § 2 a), ikke beslutningen om å la være å omgjøre det. Slike beslutninger kan derfor ikke påklages. Men når det er gjort kjent for en part at spørsmål om omgjøring er tatt opp, bør han naturligvis underrettes om utfallet.»

Det samme standpunktet er inntatt av Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2. utgave, Oslo, 2002 på side 468.

Etter mitt syn, må det standpunktet teorien her har gitt uttrykk for være gjeldende alminnelig forvaltningsrett som må legges til grunn om ikke særlige hensyn tilsier noe annet.

Trygden (Rikstrygdeverket) synes for sine ytelser, å ha utviklet en særlig praksis med klagerett for parten ved avslag på begjæring om gjenopptakelse som er gunstigere enn det som følger av alminnelig forvaltningsrett. Jeg kan ikke se at det er grunn til for meg å kritisere dette. Aetat (Arbeidsdirektoratet) synes derimot for de ytelser som er omfattet av sitt område, å ha hatt en praksis som samsvarer med alminnelig forvaltningsrett. På rettslig grunnlag kan jeg heller ikke kritisere dette.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har i svarbrevet hit uttalt at direktoratet vil bestrebe seg på å få etablert en ensartet praksis i den nye arbeids- og velferdsetaten. Å gjøre en slik gjennomgang vil også være min anbefaling, likevel slik at det neppe er noen grunn til å endre den noe mer liberale praksis som har vært gjennomført for trygdeytelser administrert sentralt av Rikstrygdeverket.»

36.

Krav til Trygderettens begrunnelse – kjennelser avsagt med forenklet grunngiving

(Sak 2004/2893)

Trygderetten avslo As søknad om attføringspensjon. Som begrunnelse for avslaget viste retten til ankemotpartens (KLPs) begrunnelse i saksforberedelsen. I klagen til ombudsmannen skrev A bl.a. at han opplevde det som «vanskelig å forstå og fortolke en dom uten innhold, eller overskue konsekvensene av den.» Trygderetten ble bedt om å redegjøre nærmere for fremgangsmåten med å henvise til en av partenes argumentasjon under saksforberedelsen som Trygderettens begrunnelse.

Trygderetten ga i svaret til ombudsmannen uttrykk for at det i alle kjennelser som blir avgjort med forenklet grunngiving i medhold av trygderettsloven § 21 tredje ledd, er ønskelig med et minimum av egne bemerkninger fra rettens side som angir de momenter som har vært avgjørende for resultatet. Ombudsmannen sluttet seg til Trygderettens vurdering og uttalte at alle kjennelser hvor det åpnes for en forenklet grunngiving, bør og skal ha et minimum av rettens egne bemerkninger som angir de momenter som har vært avgjørende eller av særlig betydning for resultatet.

Saken gjaldt As pensjonsrettigheter i KLP. Trygderetten stadfestet KLPs avslag på As søknad om attføringspensjon. Som begrunnelse for kjennelsen viste Trygderetten til den begrunnelsen ankemotparten hadde gitt i oversendelsesbrevet til retten. Om sin forståelse av kjennelsen, skrev A i klagen til ombudsmannen:

> «Det er imidlertid en skuffelse at Trygderettens kjennelse ble avsagt med forenklet grunngiving basert bl.a. på en påstand om at avgjørelsen ikke antas å få betydning utenfor den foreliggende saken.
>
> Dommen forteller meg således ikke annet enn at to mennesker har lest gjennom papirene og at jeg har tapt saken.
>
> Jeg opplever det som vanskelig å forstå og fortolke en dom uten innhold, eller overskue konsekvensene av den.»

Og videre:

> «Jeg hadde håpet at en klar og velbegrunnet dom fra Trygderetten, kunne bidra til å avklare mine rettigheter i så måte, og føler at den innholdsløse dommen med uleselige paragrafhenvisninger som jeg nå har mottatt ikke er det klargjørende dokumentet, som jeg ventet meg, og Trygderetten burde skjønt at jeg trengte.
> ---
> Jeg synes heller ikke at Trygderettens forenklede behandling av denne saken lever opp til målsettinger i rettens serviceerklæring om tillitsvekkende behandling, og retningsgiving for pensjonskasser og andre rettsanvendere.
>
> Det følger også av Trygderettens forenklede behandling av denne saken at ingen av de spørsmål eller problemstillinger som jeg har reist i forbindelse med saksbehandlingen og saksbehandlingstiden er berørt av Trygderetten.»

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere. I brev til Trygderetten ble det bedt om rettens generelle merknader til fremgangsmåten med å henvise til en av partenes argumentasjon under saksforberedelsen som Trygderettens begrunnelse, og stilt spørsmål om en slik henvisning var en tilstrekkelig «redegjørelse for de momenter som retten hadde lagt avgjørende vekt på» i denne saken, jf. trygderettsloven 16. desember 1966 nr. 9 § 21 tredje ledd.

Trygderetten svarte:

> «Forut for vedtakelsen av trygderettsloven § 21 tredje ledd, som trådte i kraft 1. januar 2004, har Trygderetten hatt anledning til å avsi kjennelser

uten full grunngiving. I tidligere praksis skjedde dette enten ved at man utelot grunngivingen fullstendig, eller etter hvert i økende grad uttalte at man sluttet seg til begrunnelsen i ankemotpartens oversendelsesbrev. Praksis utviklet seg videre slik at retten i en del tilfeller kom med en tilleggmerknad. Adgangen til å avsi vanlige kjennelser med forenklet grunngiving, som altså trådte i kraft 1. januar 2004, innebar en lovfesting av Trygderettens tidligere praksis med korte begrunnelser. Dette uttales også i Ot. prp nr 10 (2003–2004) på side 31 der det blant annet står at:

«Departementet foreslår at trygderettslovens § 21 tredje ledd endres, slik at adgangen til å avsi kjennelse uten grunngiving i klare avslagssaker tas bort og erstattes med en adgang til å avsi kjennelse med forenklet grunngiving. Ordningen med forenklet grunngiving innebærer en lovfesting av praksis i Trygderetten.»

I forbindelse med lovendringen i trygderettsloven § 21 tredje ledd ble det gitt ut et kontorrundskriv, jf. vedlagte kontorrundskriv nr. 6/2003. Rundskrivet inneholder i pkt. 2 en omtale av de lovbestemte vilkår for å avsi forenklet grunngitt kjennelse. På side 4 er flg. uttalt:

«Hvis begrunnelsen i ankemotpartens oversendelsesbrev fullt ut er dekkende, kan det være tilstrekkelig å henvise til denne. I de fleste tilfellene vil det likevel være nødvendig eller hensiktsmessig at retten selv angir hvilke momenter som har vært avgjørende for resultatet. Det er viktig at dette gjøres meget kort. Hvis det er behov for en mer omfattende begrunnelse, er neppe vilkårene for å avgjøre saken i medhold av trygderettsloven § 21 tredje ledd oppfylt.»

Trygderetten er av den oppfatning at det i alle kjennelser som blir avgjort i medhold av trygderettsloven § 21 tredje ledd er ønskelig med et minimum av egne bemerkninger fra rettens side som angir de momenter som har vært avgjørende for resultatet. Dette vil bli angitt i de interne retningslinjer som er utarbeidet.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Trygderettsloven § 21 tredje ledd lyder:

«Dersom retten finner det klart at anken ikke kan føre fram, og avgjørelsen antas ikke å få betydning utenfor den foreliggende sak, er det tilstrekkelig at kjennelsen inneholder en kort beskrivelse av hva saken gjelder og en redegjørelse for de momenter som retten har lagt avgjørende vekt på.»

Trygderetten legger i den aktuelle kjennelsen til grunn at vilkårene for å avsi kjennelse med forenklet grunngiving etter trygderettsloven § 21 tredje ledd er tilstede. Om begrunnelsen for kjennelsen skrev Trygderetten:

«Retten slutter seg til den begrunnelsen ankemotparten har gitt i oversendelsesbrevet.»

Ankemotparten (KLP) har i anken redegjort for sitt syn (s. 3–7) på kravet, og konkludert med at den ankende part rammes av karensbestemmelsen. Spørsmålet er om den henvisningen Trygderetten har gjort til ankemotpartens redegjørelse er en tilstrekkelig begrunnelse.

Som det fremgår ovenfor, trådte endringen i trygderettsloven § 21 tredje ledd i kraft 1. januar 2004. I Ot. prp. nr. 10 (2003–2004) (endringslov) skrev Sosialdepartementet under punkt 15.2 bl.a. følgende i merknaden til endringen i trygderettsloven § 21 tredje ledd:

«Begrunnelsen er forutsatt gjort meget enkel. Det som kreves er at begrunnelsen er såpass fyldig at den gir partene en orientering om hva som har vært avgjørende for resultatet.»

Bruk av forenklet grunngiving forutsetter således at det gis en så fyldig begrunnelse at den gir partene en orientering om hva som har vært avgjørende for resultatet.

Det fremgår avslutningsvis av Trygderettens svar hit at etter rettens vurdering er det i alle kjennelser som blir avgjort i medhold av trygderettsloven § 21 tredje ledd, ønskelig med et minimum av egne bemerkninger fra rettens side som angir de momenter som har vært avgjørende for resultatet. Jeg forstår Trygderettens svar som at den mener henvisningen til ankemotpartens begrunnelse ikke var tilfredsstillende i As sak, en vurdering jeg slutter meg til. Den tilslutning Trygderetten gjorde til KLPs anførsler/begrunnelse var ut fra de anførslene KLP hadde fremmet neppe tilstrekkelig konkret og individuell når det gjaldt å fremheve hva som var avgjørende for Trygderettens konklusjon. Slik jeg ser det, illustrerer As klage hit hvorfor det er viktig at Trygderetten, også når det åpnes for forenklet grunngiving, gir en kort begrunnelse for hva som har vært avgjørende eller av særlig betydning for utfallet av saken. Dersom det ikke fremgår hvilke momenter som er tillagt slik vekt, kan det være vanskelig for medlemmet å forstå kjennelsen og konsekvensene av denne. Videre kan det være vanskelig å vite hvilken del av (anke)motpartens argumentasjon som er tillagt avgjørende vekt og som medlemmet eventuelt bør angripe ved bruk av rettsmidler i form av anke til lagmannsretten. Min erfaring er dessuten at for mange som ikke vinner frem, er det ikke likegyldig hva retten har lagt avgjørende vekt på. En begrunnelse kan være lettere å forsone seg med enn en annen.

På denne bakgrunn bør og skal alle kjennelser hvor det åpnes for en forenklet grunngiving, slik også Trygderetten slutter seg til, ha et minimum av rettens egne bemerkninger som angir de momenter som har vært avgjørende eller av særlig betydning for resultatet. Selv om spørsmålet om trygderettsloven § 21 andre ledd om henvisning til ankemotpartens begrunnelse ikke har vært trukket frem under undersøkelsene av saken her, synes den rettsutvikling som

har vært å tilsi at de samme krav bør stilles også i slike tilfeller, og at bestemmelsen i trygderettsloven § 21 andre ledd derfor ikke kan praktiseres helt etter sin ordlyd. Det er derfor nødvendig at dette blir angitt i Trygderettens interne retningslinjer, slik Trygderetten har opplyst at vil bli gjort når det gjelder trygderettsloven § 21 tredje ledd.»

37.

Avslag på søknad om barnetrygd ved opphold i USA – betydningen av at medlemskapet i folketrygden fulgte av trygdeavtalen mellom Norge og USA og ikke folketrygdlovens bestemmelser om medlemskap

(Sak 2005/452)

Et ektepar med to mindreårige barn flyttet til USA i forbindelse med den ene ektefellens arbeidsforhold. Familien ble av Folketrygdkontoret for utenlandssaker (nå NAV Utland) ansett for å være pliktige medlemmer av folketrygden under oppholdet, jf. artikkel 5.2 i trygdeavtalen 30. november 2001 mellom Norge og USA. Under oppholdet i USA søkte familien om barnetrygd i medhold av barnetrygdloven 8. mars 2002 nr. 4. Søknaden ble avslått under henvisning til at barnetrygd ikke tilstås ved utenlandsopphold ut over 12 måneder og at familien var medlemmer av folketrygden under oppholdet i medhold av trygdeavtalen, og ikke etter folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 2–5 (om pliktig medlemskap) eller § 2–8 (om frivillig medlemskap). Klagerne fant avslaget både urimelig og uriktig og viste til at de var pliktige medlemmer av folketrygden.

Ombudsmannen undersøkte klagen, men fant ikke tilstrekkelige holdepunkter for at han på et rettslig grunnlag kunne rette avgjørende innvendinger mot at søknaden ble avslått. Konklusjonen og begrunnelsen for avslaget ga imidlertid grunn til å reise spørsmål om det kunne foreligge en utilsiktet konsekvens av regelverket eller på annen måte en mangel ved lovgivningen. Ombudsmannen fant derfor grunn til å gjøre Barne- og likestillingsdepartementet oppmerksom på forholdet og anbefalte departementet å vurdere om noe burde gjøres for å endre eller klargjøre regelverket, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 11. Departementet svarte at det ikke fant å kunne tolke loven utvidende og at det var for tidlig å si om det var aktuelt å foreslå endringer i regelverket.

Ekteparet (klagerne) flyttet til USA i februar 2002 sammen med to barn født i 1997 og 2000. I brev fra Folketrygdkontoret for utenlandssaker samme måned fikk de opplyst at hele familien var å anse som pliktige medlemmer av folketrygden under oppholdet i USA, jf. trygdeavtalen 30. november 2001 mellom Norge og USA artikkel 5.2.

Tønsberg trygdekontor vedtok å stanse utbetalingen av barnetrygd fra 1. mars 2002. Klagerne søkte på nytt om barnetrygd i januar 2003 i medhold av den nye barnetrygdloven 8. mars 2002 nr. 4, som trådte i kraft 1. januar 2003. Søknaden ble avslått av trygdekontoret. Begrunnelsen var at barnetrygd ikke tilstås ved utenlandsopphold ut over 12 måneder og at familien ikke var medlem av folketrygden etter folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 2–5 (om pliktig medlemskap for personer utenfor Norge) eller § 2–8 (om frivillig medlemskap for personer utenfor Norge) under oppholdet i USA, jf. barnetrygdloven § 4 og § 5. Vedtaket ble etter klage opprettholdt av Fylkestrygdekontoret i Vestfold. Fylkestrygdekontoret viste til at det fremgår av retningslinjene til trygdeavtalen at barnetrygd ikke omfattes av trygdeavtalen mellom Norge og USA, og at det innebærer at det ikke ytes barnetrygd under oppholdet i USA. Trygderetten stadfestet senere fylkestrygdekontorets vedtak.

Klagerne tok også saken opp med (den gang) Barne- og familiedepartementet, som uttalte at barnetrygdloven § 5 om rett til barnetrygd for personer utenfor Norge ikke kunne tolkes slik at alle som er medlemmer i folketrygden kan gis rett til barnetrygd, men at man må være medlemmer i trygden etter folketrygdloven §§ 2–5 eller 2–8.

Klagerne brakte saken inn for ombudsmannen. De viste til at de var norske statsborgere, hadde nær tilknytning til Norge og at de var pliktige medlemmer av folketrygden. Arbeidsgiveren ville også søkt om frivillig medlemskap dersom familien ikke automatisk hadde blitt medlemmer av folketrygden etter trygdeavtalen. Det ble videre hevdet at det ikke medførte riktighet at trygdeavtalen mellom Norge og USA ikke omfattet barnetrygd, slik Trygderetten hadde vist til. Både trygdeavtalen og retningslinjene underbygget etter klagernes oppfatning at barnetrygd måtte anses dekket av avtalen. Det ble også hevdet at når retten til barnetrygd etter barnetrygdloven ble knyttet opp til medlemskap i folketrygden, var ikke hensikten med det å utelukke enkelte grupper på grunn av ordlyden i bilaterale avtaler. Det ble ellers anført at flere andre nordmenn, utsendt til USA på samme vilkår som klagerne, var blitt innvilget barnetrygd.

Det ble besluttet å undersøke enkelte forhold ved klagen nærmere. I brev til (den gang) Rikstrygdeverket ble det vist til trygdeavtalen mellom Norge og USA artikkel 5 nr. 7 om at avtalen ikke berører den rett som norske borgere som er bosatt eller oppholder seg i USA har til å søke om frivillig opptak i folketrygden. Videre ble det bedt om Rikstrygdeverkets vurdering av hva det ville ha medført i forhold til søknaden om barnetrygd dersom klagerne var blitt innvilget frivillig opptak i den norske folketrygden, jf. folketrygdloven § 2–8. I tillegg ble det bedt om Rikstrygdeverkets kommentar til anførselen om forskjellsbehandling.

Rikstrygdeverket besvarte spørsmålene på følgende måte:

«For utsendte arbeidstakere fra Norge til USA, innebærer trygdeavtalen at medlemmet og eventuelle familiemedlemmer opprettholder sitt medlemskap i folketrygden under oppholdet, som om vedkommende hadde utført arbeid i Norge. Trygdeavtalen omfatter imidlertid ikke barnetrygd og gir således ingen hjemmel for tilståelse av denne ytelsen. For Norges del var det en bevisst handling å holde barnetrygden utenfor avtalen, da denne ble inngått. Dette medfører at medlemmet må fylle vilkårene for rett til barnetrygd under utenlandsopphold i henhold til barnetrygdlovens bosattbestemmelser.

Forholdet til trygdeavtalen artikkel 5 nr. 7

Retten til å søke frivillig medlemskap i folketrygden under opphold i USA er regulert i trygdeavtalens artikkel 5 punkt 7, som sier at avtalen ikke berører den rett som norske borgere som er bosatt eller oppholder seg i USA har til å søke frivillig opptak i den norske folketrygden.

Av folketrygdloven § 2–8 fremgår det hvem som kan søke om frivillig medlemskap. I henhold til folketrygdloven § 2–8 kan en person som oppholder seg utenfor Norge, og som *ikke* er medlem i folketrygden søke om frivillig medlemskap på visse kriterier. I foreliggende sak er familien allerede pliktige medlemmer i folketrygden i kraft av trygdeavtalen og bestemmelsene for utsendte arbeidstakere og kan etter vårt syn ikke i tillegg søke om frivillig medlemskap. Frivillig medlemskap i folketrygden er kun aktuelt for personer som ikke er pliktige medlemmer i norsk trygd.

Slik Rikstrygdeverket tolker bestemmelsen i avtalen om adgangen til å søke frivillig medlemskap, er dette bare aktuelt for norske borgere som bor eller oppholder seg i USA og som blir pliktige medlemmer i USA. Disse kan bli frivillig medlemmer i norsk trygd i tillegg, hvis de fyller vilkårene som stilles i lovens § 2-8. De kan således opptjene rettigheter i Norge og USA i samme periode. Dette i motsetning til arbeidstakere innenfor EØS-området, som kun skal opptjene rettigheter i ett land i samme periode (med få unntak). Etter opplysninger gitt av Folketrygdkontoret for utenlandssaker er det en del personer som opprettholder medlemskapet i folketrygden med hjemmel i § 2–8, selv om de er pliktige medlemmer i USA. Da medlemskap i USA ikke omfatter helseforsikring, velger en del medlemskap i helsedelen, mens en del også velger medlemskap i pensjonsdelen, bla. pga. at medlemskap i USA kun omfatter alder, uføre- og etterlattepensjon. Da disse er medlem etter folketrygdlovens § 2–8, vil også vilkåret i barnetrygdloven § 5 være oppfylt for rett til barnetrygd.

På bakgrunn av ovennevnte vil det således ikke være aktuelt å informere om at det kan søkes om frivillig medlemskap til de personer som allerede er pliktig medlem i kraft av trygdeavtalen.

Når det gjelder klagerens anførsel om at det er tilstått barnetrygd fra andre trygdekontorer i like tilfeller, har ikke Rikstrygdeverket hatt anledning til å gå inn i de enkelte saker for vurdering av sakens fakta. Hvorvidt sakens fakta er like eller hvorvidt det er begått feil, får imidlertid ikke betydning for den foreliggende sak.»

Klagerne viste til at de var overrasket over innholdet i svarbrevet fra Rikstrygdeverket fordi de under oppholdet i USA var medlem av både helse- og pensjonsdelen i folketrygden.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Avtalen mellom Norge og USA om trygd 30. november 2001

Trygdeavtalens Del I artikkel 2.1 bokstav b har en positiv avgrensning av hvilken norsk lovgivning avtalen får anvendelse på. Bestemmelsen er slik:

«Denne Avtale får anvendelse på følgende lovgivning:
...
b. Når det gjelder Norge:
Lov av 28. februar 1997 om folketrygd, med unntak av kapitlene 4, 5, 8, 9, 13, 14 og 15 med mindre noe annet er bestemt i Del III.»

Klagerne har anført at det er feil når Trygderetten i kjennelsen 21. januar 2005 viser til at «avtalen mellom Norge og USA om sosial trygd Artikkel 5.2 har en positiv avgrensning av hvilke ytelser som dekkes, og det står eksplisitt at trygdeavtalen ikke omfatter barnetrygd». Jeg er ikke uenig i at dette kan synes å være en mindre treffende beskrivelse, da det som fremgår av trygdeavtalen artikkel 2.1 bokstav b er hvilken lovgivning som avtalen faktisk gis anvendelse på og slik sett ikke eksplisitt hvilken lovgivning den ikke gjelder for. Artikkelhenvisningen er dessuten ikke korrekt. Fylkestrygdekontoret i Vestfold har i vedtaket 3. mai 2004 i begrunnelsen for avslaget dessuten vist til at det fremgår av de «gjeldende retningslinjene til trygdeavtalen at barnetrygdloven ikke omfattes av avtalen. Dette innebærer at det ikke ytes barnetrygd under opphold i USA.» Også dette er en mindre presis uttrykksmåte, da det følger allerede av trygdeavtalen selv artikkel 2.1 bokstav b at barnetrygdloven ikke er omfattet. Retningslinjene gir – slik Trygderetten selvsagt er innforstått med – bare en utfyllende forklaring av hvordan avtalen skal forstås og anvendes og er ingen selvstendig hjemmel for avslag.

Selv om Trygderettens uttrykksmåter kan synes noe upresise i forhold til det avtalen faktisk sier, kan jeg likevel ikke reise avgjørende rettslige innvendinger til det standpunkt som retten har tatt med hensyn til at barnetrygdloven ikke anses for å være omfattet av trygdeavtalen. I følge Rikstrygdverket var det også en bevisst handling å holde barnetrygden utenfor.

2. Barnetrygdloven 8. mars 2002 nr. 4

Dersom klagerne skal ha rett til barnetrygd under oppholdet i USA, må vilkårene i barnetrygdloven § 5 om medlemskap i folketrygden for rett til barnetrygd for personer utenfor Norge, være oppfylt. Bestemmelsens første ledd lyder:

«Ved utenlandsopphold som fører til at vilkårene i § 4 ikke lenger er oppfylt, gis det likevel rett til barnetrygd når både barnet og den barnet bor fast

> hos under utenlandsoppholdet er medlemmer i folketrygden etter folketrygdloven § 2–5 eller § 2–8.»

Folketrygdkontoret for utenlandssaker har ansett klagerne som pliktige medlemmer av folketrygden i medhold av trygdeavtalen mellom Norge og USA artikkel 5.2. Denne artikkelen gjelder personer som er i tjeneste hos en arbeidsgiver som har driftssted i den ene statens territorium og som midlertidig blir sendt av denne arbeidsgiveren til den andre statens territorium og der arbeidsforholdet på den annen stats territorium ikke forventes å vare mer enn fem år. Ektefelle og barn skal etter artikkelen være underlagt den første statens lovgivning om pliktig trygdedekning i ethvert tidsrom de ikke er i arbeid i den andre staten.

Hovedregelen for rett til barnetrygd er at barnet må være bosatt i riket, jf. barnetrygdloven § 2 jf. § 4. Ved utenlandsopphold som fører til at vilkårene i § 4 ikke er oppfylt – slik som i denne saken – gis det etter barnetrygdloven § 5 likevel rett til barnetrygd når barnet og den barnet bor fast hos «er medlemmer i folketrygden etter folketrygdloven § 2–5 eller § 2–8». Barne- og familiedepartementet har i brevet 15. mars 2005 vist til at barnetrygdloven § 5 ikke kan tolkes slik at alle som er medlemmer i folketrygden kan gis rett til barnetrygd, men at man må være medlemmer etter folketrygdloven §§ 2–5 eller 2–8, slik det går frem av lovteksten. Departementet skal ha opplyst dette til Rikstrygdeverket og Folketrygdkontoret for utenlandssaker på muntlige forespørsler tidligere. Standpunktet er imidlertid ikke begrunnet nærmere.

I Ot.prp. nr. 57 (2000–2001) s. 50 fremgår det i merknadene til § 5:

> «*Første ledd* angir at det foreligger rett til barnetrygd også under barnets utenlandsopphold, i de tilfeller der barnet er medlem i folketrygden under utenlandsoppholdet og bor fast sammen med en person som er enten pliktig eller frivillig medlem av folketrygden under utenlandsoppholdet. Alle former for trygdedekning likestilles. Dette medfører at det vil være tilstrekkelig med medlemskap i enten helsedelen eller pensjonsdelen. De aktuelle personene kan være enten frivillig trygdet etter folketrygdloven § 2–8 eller pliktig trygdet etter § 2–5.»

Departementet har i proposisjonen ellers vist til at medlemskap i trygden er et «godt egnet objektivt vilkår» for rett til barnetrygd ved utenlandsopphold, og at mye talte for en forenkling av det tidligere regelverket. Ved en gjennomgang av forarbeidene, er det vanskelig å se at det spørsmålet denne saken gjelder, er omtalt. Det forhold at enkelte tidligere medlemmer av folketrygden under opphold i utlandet vil være medlem i trygden etter bilaterale trygdeavtaler og ikke etter folketrygdlovens bestemmelser, synes slik sett ikke å ha vært tatt stilling til verken av departementet eller av Stortinget. Det kan dertil fremstå som uheldig at dette ikke er drøftet da forarbeidene kan gi et inntrykk av at det kun er to mulige former for trygdetilknytning ved utenlandsopphold, dvs. folketrygdloven § 2–5 og § 2–8, jf. blant annet pkt. 7.3.5.1 i Ot.prp. nr. 57 (2000–2001).

På bakgrunn av den klare ordlyden barnetrygdloven § 5 har med hensyn til på hvilket grunnlag medlemskap skal være forankret for å gi rett til barnetrygd, har jeg kommet til at det neppe er tilstrekkelig grunnlag for å reise avgjørende rettslig kritikk av avslaget på søknaden om barnetrygd i denne saken. Ut over Rikstrygdeverkets bemerkninger hit om at barnetrygd bevisst skal være holdt utenom trygdeavtalen mellom Norge og USA, er det lite som tilsier eller underbygger at avslag på barnetrygd i denne saken er en tilsiktet konsekvens av lovverket. Slik saken fremstår her etter de undersøkelser som har vært gjort, kan også gode grunner tale for å likestille pliktig medlemskap etter trygdeavtale med pliktig medlemskap etter folketrygdloven § 2–5. Dette kan synes nærliggende all den stund pliktig medlemskap etter trygdeavtalen samtidig står i veien for en adgang til frivillig medlemskap etter folketrygdloven § 2–8. I alle fall vil jeg anbefale at Barne- og likestillingsdepartementet foretar en nærmere vurdering av om det her foreligger en mangel eller utilsiktet konsekvens av barnetrygdloven og folketrygdloven eller av regelverket for øvrig, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 11.

3. Rikstrygdeverkets brev 18. august 2005

Klagerne har anført at det synes å følge av Rikstrygdeverkets brev hit at de har rett til barnetrygd. Dette begrunnes med at Rikstrygdeverket i det andre avsnittet på brevets side to viser til at en del personer opprettholder medlemskap i folketrygden med hjemmel i folketrygdloven § 2–8, selv om de er pliktige medlemmer i USA. Videre fremgår at siden medlemskap i USA ikke omfatter helseforsikring, velger en del medlemskap i helsedelen, mens en del også velger medlemskap i pensjonsdelen blant annet fordi medlemskap i USA kun omfatter alders, uføre- og etterlattepensjon. Rikstrygdeverket viser til at disse da vil ha rett til barnetrygd etter barnetrygdloven § 5 fordi disse er medlem etter folketrygdloven § 2–8.

Det som fremgår i dette avsnittet må imidlertid sees i forhold til avsnittets første setning om at adgangen til å søke frivillig medlemskap etter folketrygdloven § 2–8 gjelder norske borgere som bor eller oppholder seg i USA og som blir pliktige medlemmer i USA, dvs. i den offentlige amerikanske trygden. Dette er med andre ord personer som ikke blir pliktige medlemmer i norsk folketrygd under oppholdet i USA, slik klagerne er. Disse kan bli frivillig medlemmer i norsk trygd i tillegg til i den amerikanske trygden.

4. Avsluttende merknader

Saken viser at dagens ordning oppleves som lite tilfredsstillende for klagerne, og sikkert for andre i samme situasjon. Hvordan de spørsmål saken reiser burde vært løst, er et spørsmål som det i alle tilfeller hører under de politiske myndigheter å ta opp. Det ligger ellers utenfor ombudsmannens oppgaver å overprøve lovgivers vurderinger, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 4 første ledd bokstav a) der det går frem at saker som Stortinget har tatt standpunkt til, er unntatt fra ombudsmannens arbeidsområde. Siden resultatet i denne saken kan synes som en utilsiktet konsekvens av barntrygdloven § 5, har jeg imidlertid – som det fremgår ovenfor – valgt å gjøre Barne- og likestillingsdepartementet orientert om dette ved at denne uttalelsen også sendes dit.»

Barne- og likestillingsdepartementet svarte:

> «Som ombudsmannen viser til, drøfter ikke forarbeidene til barnetrygdloven spørsmålet om hvorvidt unntaksregelen i lovens § 5 også omfatter dem som er trygdet i Norge under utenlandsopphold etter bestemmelser i trygdeavtaler mellom Norge og andre land. Følgende formuleringer i henholdsvis kapittel 7.3.4.2 og 7.3.7 i Ot.prp. nr. 57 (2000–2001) kan tyde på at man ikke har ment at disse skal omfattes: «... foretas en vurdering av trygdemessig tilknytning til Norge under utenlandsoppholdet etter reglene i folketrygdloven § 2–5 (pliktig trygdet) og § 2–8 (frivillig trygdet).» og «... hvis de er trygdet i Norge i henhold til reglene i folketrygdloven». Også ellers når unntaksregelen omtales henvises det til medlemskap etter folketrygdloven §§ 2–5 eller 2–8 og ikke til medlemskap generelt. Setningen «Medlemskap i trygden er slik vi ser det et godt egnet objektivt vilkår for rett til barnetrygd ved utenlandsopphold.» (kapittel 7.3.7) kan trekke i motsatt retning.
>
> Vi viser til Trygderettens kjennelse av 21. januar 2005. Sett hen til rettens kjennelse og den klare lovtekst, finner ikke departementet grunnlag for å tolke loven utvidende.
>
> Den aktuelle saken har brakt opplysninger som tyder på at loven blir praktisert ulikt. Departementet vil be Rikstrygdeverket om å klargjøre overfor trygdeetaten hvordan barnetrygdloven § 5 skal tolkes.
>
> Vi vil for øvrig bemerke at en eventuell utvidelse av retten til barnetrygd ved utenlandsopphold til nye grupper må vurderes i forbindelse med de årlige budsjettprosesser. Det er for tidlig å si om det er aktuelt å foreslå endringer i barnetrygdregelverket på dette punktet.»

Ombudsmannens behandling av saken ble etter dette avsluttet her.

38.

Renter ved forsinket utbetaling av økonomisk stønad og økonomisk stønad til betaling av avdrag på boliglån

(Sak 2006/218)

Etter uttalelse fra ombudsmannen (ombudsmannssak 2002–0013) omgjorde fylkesmannen tidligere avslag og tilkjente økonomisk stønad til dekning av renter på boliglån. A krevde forsinkelsesrenter. Kravet ble avslått av fylkesmannen med den begrunnelse at renter bare kan kreves når det foreligger hjemmel i lov, avtale eller fast etablert sedvane, og at sosialtjenesteloven ikke inneholder bestemmelser om beregning av renter ved endringsvedtak. Under behandlingen for ombudsmannen viste fylkesmannen dessuten til at det ikke var begått noen feil som kunne begrunne erstatningsplikt, idet omgjøringen skjedde på bakgrunn av ombudsmannens råd. As krav om økonomisk stønad til betaling av avdrag på boliglån ble heller ikke tatt til følge.

Ombudsmannen uttalte at det rettslige grunnlaget for fylkesmannens omgjøring ikke kunne søkes i ombudsmannens uttalelse alene, men måtte forankres i sosialtjenesteloven. Det het i fylkesmannens omgjøringsvedtak at det ville «være i strid med sosialtjenesteloven § 5–1 å avslå hjelp til dekning av renter», og rentespørsmålet måtte vurderes på dette grunnlaget. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt.

Fylkesmannen opprettholdt 6. august 2001 sosialkontorets avslag på søknad om økonomisk stønad til dekning av boutgifter og gjeld. A klaget til ombudsmannen på fylkesmannens vedtak. I ombudsmannssak 2002–0013 ble fylkesmannen bedt om å foreta en ny behandling av klagene, blant annet i lys av at «fylkesmannen synes å ha lagt til grunn et høyere beløp enn hva det er søkt om» i forbindelse med kravet om økonomisk stønad til betaling av avdrag på boliglån. Ombudsmannen kunne heller ikke se at spørsmålet om dekning av renter var vurdert på en tilfredsstillende måte.

I vedtak 25. juni 2003 omgjorde fylkesmannen delvis vedtaket 6. august 2001, og A ble innvilget økonomisk stønad til dekning av *renter* på boliglånet i 2000. Det ble ikke innvilget stønad i perioden april til og med juni, idet det ble lagt til grunn at A da hadde rente- og avdragsutsettelse. Økonomisk stønad til *avdrag* på boliglån ble ikke innvilget. Etter henvendelse fra A fremkom det at han likevel ikke hadde hatt rente- og avdragsutsettelse. Fylkesmannen omgjorde da vedtaket 25. juni 2003, slik at det ble innvilget økonomisk stønad til dekning av renter på boliglånet i hele 2000.

I brev til fylkesmannen krevde A, i tillegg til stønad til betaling av boutgifter, renter på forsinket utbetaling av økonomisk stønad. Fylkesmannen avslo kravet. Det ble blant annet vist til at renter bare kan kreves når det foreligger hjemmel i lov, avtale eller

fast etablert sedvane, og at verken sosialtjenesteloven eller forsinkelsesrenteloven har bestemmelser om renter i saker som gjelder endring av vedtak etter sosialtjenesteloven. For så vidt gjaldt boutgifter utover renter på boliglån ble det vist til vedtak 25. juni 2003.

I brevet til ombudsmannen fremholdt A blant annet at Høyesterett har slått fast at renter kan tilkjennes uten hjemmel i avtale, lov og sedvane, jf. Rt. 2002 s. 71. Han hevdet også at han hadde krav på dekning av avdrag.

I brev herfra ble fylkesmannen bedt om å gjøre nærmere rede for adgangen til å «gi erstatning for forsinkelsesrente/rentelignende tap på grunnlag av alminnelige erstatningsrettslige regler». Det ble også stilt spørsmål om fylkesmannen hadde vurdert å tilkjenne erstatning på slikt grunnlag i denne saken, og det ble vist til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2002 s. 71 der det fremgår at det «ikke [er] grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krever særskilt hjemmel». Det ble i denne forbindelse bedt om fylkesmannens syn på hvorvidt denne uttalelsen kunne være av betydning for saker om sen utbetaling av sosial stønad. Det ble også stilt spørsmål om dommen kunne ha betydning for nærværende sak, og i så fall på hvilken måte.

I forhold til As krav på stønad til betaling av avdrag på boliglån ble det bedt om svar på hvorvidt det i fylkesmannens vedtak 25. juni 2003 var foretatt en ny behandling av klagerens sak. Hvis ikke dette var gjort, ble det i så fall bedt opplyst hva som er årsaken til det.

Fylkesmannen svarte slik:

> «Fylkesmannen er enig i at det er adgang til å gi erstatning for forsinkelsesrente/rentelignende tap på grunnlag av alminnelige erstatningsrettslige regler. Et av vilkårene for at staten vil være erstatningspliktig etter vanlige erstatningsrettslige regler er at det må foreligge et ugyldig vedtak som følge av feilen. I tillegg kreves det at feilen har hatt til følge at det er lidd et økonomisk tap. Det må være årsakssammenheng mellom feilen og det økonomiske tapet. ...
>
> Fylkesmannen er av den oppfatning at våre vedtak i saken har vært i samsvar med krav i sosialtjenesteloven. Vi mener at Fylkesmannens vedtak ikke har vært ugyldige. Vi har imidlertid fulgt de råd Sivilombudsmannen har kommet med, slik god forvaltningspraksis tilsier. Dette har medført en delvis omgjøring, jf. vedtak datert 25.06.03. Vi kan derfor ikke se at det skulle foreligge noe erstatningsansvar for staten i denne saken.»

Fylkesmannen opplyste også at det ikke var foretatt noen ny behandling av klagen vedrørende støtte til betaling av avdrag på boliglån:

> «Stønad til dekning av avdragsdelen på boliglån vil medføre formuesøkning, og omfattes ikke av sosialtjenesteloven § 5–1. ... I utgangspunktet er det sosialtjenesten som stiller vilkår ved tildeling av økonomisk sosialhjelp. I denne saken var vurderingen at boutgiftene var så vidt store at det ikke var grunnlag for å pålegge kommunen å yte hjelp til dekning av boliglånet. Det var ikke sannsynliggjort at A ville bli i stand til å betjene boliglånet, da han på det tidspunktet var student.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Renter ved forsinket utbetaling av økonomisk stønad

Hvorvidt A har krav på renter på grunn av sen utbetaling av økonomisk stønad, vil blant annet bero på hva som var det rettslige grunnlaget for omgjøringen av fylkesmannens vedtak 6. august 2001. Dersom et forvaltningsvedtak er lovstridig, er utgangspunktet at det offentlige er ansvarlig for økonomisk tap som er en følge av forvaltningens feil, jf. uttalelse inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1998 s. 231 flg. Var det opprinnelige vedtaket derimot i overensstemmelse med gjeldende regler og rettmessig, er det lite tvilsomt at renter ikke kan kreves, jf. Graver, Alminnelig forvaltningsrett (2. utg. 2002), s. 507 flg.

I brev hit skrev fylkesmannen at «våre vedtak i saken har vært i samsvar med krav i sosialtjenesteloven», og at vedtakene «ikke har vært ugyldige». Dette står imidlertid i kontrast til ordlyden i fylkesmannens vedtak 25. juni 2003, der vedtaket 6. august 2001 om avslag på stønad til dekning av renter på boliglån ble omgjort. I vedtaket het det blant annet:

> «Etter en ny samlet vurdering og i tråd med de føringer som fremkommer i Sivilombudsmannens behandling av klagen finner fylkesmannen at det vil være i strid med sosialtjenestelovens § 5–1 å avslå hjelp til dekning av renter på boliglånet i 2000.»

Sosialhjelp etter sosialtjenesteloven § 5–1 er en såkalt pliktmessig ytelse. Det vil si at klienten har et rettskrav på hjelp dersom lovens vilkår er til stede. Jeg viser videre til ombudsmannens uttalelse i sak 2002–0013, jf. Sosial- og helsedepartementets rundskriv I-34/2001, der det fremgår at renter på boliglån er en del av livsoppholdsbegrepet, og at dersom boutgiftene er så høye at søkeren ikke vil være i stand til å betjene disse med de inntektene vedkommende har eller kan forventes å få, kan sosialtjenesten stille vilkår om at boutgiftene reduseres. Inntil det lar seg gjøre å skaffe billigere bolig, må sosialkontoret yte hjelp ut fra det aktuelle utgiftsnivået, jf. Andenæs, Molven, Sandberg, Rasmussen og Warberg, Sosialrett (6. utg. 2003), s. 225. Fylkesmannen vurderte ikke å stille som vilkår overfor A at boutgiftene måtte reduseres.

Både omgjøringsvedtaket selv og de momentene som er nevnt ovenfor, forutsetter med andre ord at fylkesmannens avslag 6. august 2001 på søknad om økonomisk stønad til dekning av boliglån, måtte anses som lovstridig, og at dette var grunnen til omgjøringen.

Jeg har merket meg fylkesmannens opplysning om at et grunnlag for omgjøringen er at han har «fulgt de råd Sivilombudsmannen har kommet med». Det er selvsagt både viktig og riktig at forvaltningen er lydhør i forhold til ombudsmannen og følger hans anbefalinger. I dette tilfellet har det ført til at et vedtak om sosialhjelp er blitt (delvis) omgjort til gunst for A. Det rettslige grunnlaget for omgjøringen kan imidlertid ikke søkes i ombudsmannens uttalelse alene. Ombudsmannens uttalelser er som kjent ikke rettslig bindende. Omgjøring av et vedtak om sosialhjelp må her som ellers forankres i sosialtjenesteloven selv. En annen sak er at ombudsmannen kan ha gitt uttrykk for en bestemt oppfatning av hvordan loven er å forstå, og kanskje også av hva resultatet av saken bør bli. At forvaltningsorganet i et slikt tilfelle bøyer seg og følger ombudsmannens råd, innebærer imidlertid ikke annet enn at loven blir anvendt på en bestemt måte. Det er fortsatt loven som utgjør det rettslige grunnlaget, og forvaltningsorganet er selv ansvarlig for avgjørelsen som er truffet.

I min uttalelse 14. februar 2003 (ombudsmannssak 2002–0013) ble fylkesmannen bedt om å foreta en ny behandling av As klager. Den nye gjennomgangen av saken kunne resultere i at det opprinnelige vedtaket ble opprettholdt, eller at det ble omgjort (helt eller delvis). At saken skulle behandles på nytt, innebar med andre ord ikke nødvendigvis at klagen skulle gis medhold. Fylkesmannen valgte da også å gjøre om deler av vedtaket, mens andre ble stående.

Det fremgår av det ovennevnte at jeg må be fylkesmannen behandle As krav om renter på nytt. Rentekravet må for det første vurderes etter forsinkelsesrenteloven 17. desember 1976 nr. 100 ut fra spørsmålet om A kan ha hatt et erstatningskrav fordi han ikke fikk økonomisk stønad til dekning av renter på boliglån i vedtaket 6. august 2001. For det andre må det vurderes om det er grunnlag for ytterligere renter ut fra et rent erstatningsrettslig synspunkt. Dette er særlig aktuelt for tidsperioden fra kravet oppstod til renter begynner å løpe etter forsinkelsesrenteloven § 2 (30 dager etter at skriftlig påkrav er fremsatt).

2. Økonomisk stønad til betaling av avdrag på boliglån

I brev hit har fylkesmannen forklart at det ikke er foretatt noen ny behandling av As klage vedrørende støtte til betaling av avdrag på boliglån. Dette er blant annet begrunnet med at «stønad til dekning av avdragsdelen på boliglån vil medføre formuesøkning, og omfattes ikke av sosialtjenesteloven § 5–1».

I min uttalelse 14. februar 2003 ble fylkesmannen bedt om å behandle As klager på nytt. Uttalelsen forutsatte at det skulle foretas en ny vurdering også av spørsmålet om økonomisk stønad til betaling av avdrag på boliglån. Bakgrunnen var at fylkesmannen hadde lagt til grunn totalbeløpet fra As søknad 20. januar 2000, uten å ta hensyn til tallene i de senere søknadene. Jeg forutsetter at fylkesmannen nå behandler As klage over avslag på søknad om økonomisk stønad til betaling av avdrag på boliglån på ny.»

Barnebidrag

39.

Barnebidrag – spørsmål om delt bosted

(Sak 2005/1937)

Etter samlivsbrudd hadde foreldrene inngått avtale om delt omsorg for barnet, og det ble ikke betalt bidrag. Da moren noen år senere søkte om bidragsfastsetting, la bidragsmyndighetene til grunn at barnet var fast bosatt hos moren, noe faren var uenig i og klaget til ombudsmannen.

Ombudsmannen kom til at saken ikke var tilstrekkelig opplyst til å avgjøre om foreldrene hadde avtalt at barnet skulle ha «delt bosted» etter barnelova 8. april 1981 nr. 7 § 36 første ledd annet punktum, og at det heller ikke var tilstrekkelig klargjort hva bidragsmottakeren mente da hun senere opplyste at barnet «var bosatt hos mor» og hadde «fast bosted» hos henne. Fylkestrygdekontoret behandlet etter dette saken på nytt, og fastholdt vedtaket.

B (bidragsmottakeren) og A (klageren) inngikk 15. mars 1999 «[a]vtale om delt omsorg» vedrørende datteren C (født 1995). Det ble her avtalt «fortsatt delt omsorg for felles barn ... mellom foreldrene ... etter samlivsbrudd». Det ble videre avtalt at datteren «bor like mye hos mor og far» og at hun «er registrert bosatt hos begge foreldrene». Det ble også avtalt lik fordeling av utgifter mellom foreldrene. Trygdekontoret skulle fastsette utjevningsbeløp for barnebidrag. Samværet mellom datteren og foreldrene ble nærmere regulert. Det ble bestemt lik deling mellom foreldrene av utgifter som får skattemessige konsekvenser. Barnetrygd og andre offentlige ytelser skulle deles likt mellom foreldrene. Skatteklasse 2 skulle «deles mellom foreldrene annenhvert år». Ferier skulle dekkes av den av foreldrene som var sammen med datteren.

Bidragsmottakeren søkte senere samme år trygdekontoret om fastsettelse av utjevningsbidrag, slik avtalen foreskriver. I varsel til klageren uttalte trygdekontoret innledningsvis:

> «Du underrettes med dette om at B har bedt om at bidrag til C blir fastsatt av trygdeetaten fra den 01.02.1999. Hun vedlegger kopi av avtale av 15.03.1999 der dere har avtalt delt bosted for C.»

Trygdekontoret opplyste i brev til bidragsmottakeren at søknaden var å anse som trukket, idet trygdekontoret ikke hadde mottatt de nødvendige opplysninger om bidragsmottakerens inntekt.

I 2004 søkte bidragsmottakeren om fastsettelse av underholdsbidrag for datteren. Under punkt 4 i søknaden («Opplysninger om søknaden») var det krysset av for «ja» på spørsmålet «[e]r det delt bosted etter barneloven § 35 a for barnet/barna». I merknadsfeltet for trygdekontoret i søknadsskjemaet var det skrevet:

> «Ny samværsavtale blir ettersendt. (de har delt bosted pr. i dag – men barnet bor fast hos mor.)»

Trygdekontoret fattet vedtak om at barnets far, A, skulle betale underholdsbidrag med kr 1 140 per måned, fra 1. mai 2004.

A påklaget vedtaket. Bidragsmottakeren kommenterte klagen i brev 10. august 2004 til trygdekontoret, hvor hun blant annet uttalte:

> «Jeg, B, og A har begge foreldre ansvar for C. Vi deler også omsorgen likt. Hun er 15 dager hos mor og 15 dager hos far i måneden.
>
> C er likevel bosatt hos mor. Dette er dokumentert i folkeregisteret og både mor og far har signert på at hun har bostedsadresse i ---. Barnet går på skole i mors krets. Også dette har far godkjent. Mor oppfatter altså klart at barnet har fast bosted hos henne.»

Trygdekontoret opprettholdt sitt vedtak og oversendte saken til fylkestrygdekontoret. I saksbehandlingsblankett, som fulgte vedlagt brevet, uttalte trygdekontoret blant annet:

> «I denne saken er det tale om en avtale fra 1999 hvor det fremgår at barnet skal bo like mye hos mor og far. Partene er imidlertid ikke enige om at det foreligger delt bosted og dette uttrykket er heller ikke brukt i avtalen. Vi kan således ikke se at det er avtalt delt bosted, og at dette er dokumentert skriftlig. Trygdekontoret mener at pliktige i denne saken har utvidet samvær, dvs. har samvær med barnet tilsvarende samværsklasse 4. Det er tatt hensyn til dette ved fastsettelsen av bidraget, jfr forskriftenes § 9.»

Fylkestrygdekontoret stadfestet trygdekontorets vedtak og bemerket blant annet følgende:

> «Vi viser til barnelovens § 36; «Foreldra kan gjere avtale om kven av dei barnet skal bu hos fast. Dersom dei er samde om det, kan dei avtale at barnet skal bu fast hos begge.» «Er foreldra usamde, må retten avgjere at barnet skal bu fast hos en av dei».
>
> Slik fylkestrygdekontoret vurderer saken kan en være i tvil om kravene til barnelovens § 36 i vedlagte avtale er oppfylt. Dette er av mindre betydning når partene ikke lenger er enige om en slik avtale. Når en av partene på et senere tidspunkt legger frem skriftlig at partene ikke lengre praktiserer delt bosted, foreligger ikke en slik avtale lengre. Delt bosted foreligger kun når foreldrene er enig om det. Retten kan ikke pålegge partene delt bosted. Dersom foreldrene ikke får ordningen til å fungere, og den ene ensidig erklærer at det ikke lengre er delt bosted, må denne erklæringen legges til grunn.
>
> Bidragsmottaker er enig i at barnet bor like mye hos pliktige som hos henne, men hun er ikke enig i at det foreligger delt bosted. Fylkestrygdekontoret legger dermed til grunn at tidligere avtale er opphørt.»

Klageren brakte saken inn for ombudsmannen. Han viste til at avtalen fra 1999 fastslår at det skal være delt omsorg, at barnet skal bo like mye hos mor og far, og at barnet skal være registrert bosatt hos begge foreldrene. Det kan da ikke være avgjørende for spørsmålet om hvem som har omsorgen for barnet at dette er registrert bosatt hos bidragsmottakeren. Videre fremholdt han at «[s]iden samlivsbrudd i 1999 har mor og far delt oppgaver og plikter i henhold til skriftlig avtale», også etter at fylkestrygdekontoret traff sitt vedtak. Han anførte at fylkestrygdekontoret hadde lagt for stor vekt på bidragsmottakerens påstand om at avtalen ikke lenger gjelder.

Det ble herfra funnet grunn til å undersøke bidragsmyndighetenes rettsanvendelse og bevisvurdering av spørsmålet om delt bosted, og saken ble forelagt fylkestrygdekontoret. Det ble herfra vist til Rikstrygdeverkets rundskriv Hovednr. 55 nr. 2, der det var gitt kommentarer til forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot § 8, som bestemmer at når foreldrene er enige om at de har avtalt delt bosted etter barnelova § 36 første ledd for barnet, og dokumenterer dette skriftlig, skal det legges til grunn at barnet bor fast hos hver av dem og at barnet bor like mye hos begge. Det er i rundskrivet redegjort for hva som ligger i begrepet delt bosted. Fylkestrygdekontoret ble anmodet om å kommentere hvorvidt dette rettslige utgangspunktet var lagt til grunn for vurderingen i saken. Fylkestrygdekontoret ble videre bedt om å kommentere om det ved tolkningen av partenes avtale 15. mars 1999 var tatt hensyn til at det gjaldt andre bidragsregler da avtalen ble inngått. Det ble bedt om en redegjørelse for om fylkestrygdekontoret mente at saken var tilstrekkelig opplyst, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 33 femte ledd, til å avklare hva partene legger i begrepene «delt omsorg» og «fast bosted» i den skriftlige avtalen fra 1999, i forhold til å fastslå hva partene er enige eller uenige om at er avtalt. Redegjørelsen ble også bedt knyttet til bidragsmottakerens uttalelse i brev 10. august 2004 til trygdekontoret.

Fylkestrygdekontoret svarte følgende i brev hit:

> «1. Fylkestrygdekontoret har tatt utgangspunkt i barnelovens § 36, og retningslinjer etter § 55 nr 2 – 71 – § 8 i forskrift om fastsetting og endring av bidrag, vedrørende delt bosted, og lagt dette til grunn ved vår vurdering i vedtak datert 13.12.04.
>
> Partene har inngått en skriftlig avtale om delt omsorg 15.03.1999. Det avtales delt omsorg for felles barn, likeså fremkommer det av avtalen at

barnet skal bo like mye hos mor og far og være registrert bosatt hos begge foreldrene. Alle større utgifter skal deles og trygdekontoret skal fastsette et utjevningsbeløp for barnebidrag. Videre følger oppsetting av samvær, samt opplysninger om at skattefradrag og barnetrygd skal deles likt mellom foreldrene.

Ved overgang til ny barnelov 01.10.03 ble det lagt til grunn at skriftlig avtale mellom partene måtte fremlegges der det går klart frem av avtalen at det gjelder delt bosted etter barnelovens § 36, tidligere § 35 a, samt hvem avtalen omhandler. At barnet bor fast hos begge foreldrene er en måte å uttrykke dette på. Det er ikke noe direkte krav til avtalen at den skal vise til barnelovens §§ 36 eller tidligere 35 b. Opplysninger som må fremkomme i avtalen må være av en slik art at det klart fremgår at foreldrene har stor grad av samarbeid. Vi har derfor vurdert avtalen på ny, uten å vektlegge at den var skrevet før nye bidragsregler trådte i kraft. Ved overgang til nye regler var det ikke et krav at det skulle skrives ny avtale. Gamle rettsforlik, dommer eller private avtaler ble lagt til grunn slik de opprinnelig var, med mindre partene selv kom med ny avtale. I noen tilfeller av gamle avtaler kan det ha fremkommet at vilkåret til § 36 ikke var oppfylt, og da ble disse avvist. Partene måtte på ny komme med en skriftlig avtale om delt bosted eller samvær.

Vi har vurdert det slik at avtale inngått 15.03.99 er en avtale om delt bosted etter barnelovens § 36 (før § 35 A). Avtalen har som overskrift delt omsorg, men inneholder typiske kjennetegn for en avtale om «delt bosted» slik som at barnet skal bo like lenge hos begge, være registrert bosatt hos begge, utgifter skal deles likt, offentlige utgifter som barnetrygd skal også deles likt og skatteklasse 2 gis annen hvert år.

Etter våre retningslinjer opphører en avtale om delt bosted når en av partene (dvs. ensidig) skriftig erklærer at barnet ikke lenger har delt bosted. Unntak; Dersom avtalen om delt bosted er inngått som rettsforlik, har imidlertid avtalen rettskraft som en dom. Dersom ikke begge partene i et slikt tilfelle erklærer at nå praktiserer de ikke delt bosted lenger, må den som ønsker at rettsforliket ikke skal gjelde lenger, reise endringssak overfor retten om hvor barnet skal bo fast.

2. Forvaltningsloven § 33 femte ledd viser til at klagesaken skal være så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Slik vi har vurdert våre retningslinjer er det ikke lengre delt bosted når en av partene ikke er enig om dette lengre og fremsetter dette skriftlig. Vi har av den grunn ikke innhentet nærmere opplysninger hos partene. I sitt tilsvarsbrev til klagen skriver barnets mor at foreldrene har delt foreldreansvar og deler omsorgen likt. 15 dager hos mor og 15 dager hos far i måneden. Mor mener allikevel at C er bosatt hos henne og at far har utvidet samvær. Barnet er registrert i folkeregisteret hos mor og går på skole i hennes bokrets. Ut fra disse opplysningene legger vi til grunn at avtalen om delt bosted er opphørt selv om mor er enig i antall samværsnetter. Ved delt bosted skal ikke trygdekontoret regne antall samværsnetter, men det er i utgangspunktet lagt til grunn at barnet skal bo like lenge hos begge foreldrene.

Vi viser og til siste avsnitt i mors brev av 10.08.04. «I den private avtalen som foreldrene har inngått står det at far skal betale bidrag. Dette er noe far ikke har fulgt opp, han har aldri betalt bidrag til mor. Derfor kan han ikke ha vært uvitende til kravet om bidrag». Det vises og til betaling der det har oppstått uenighet om betaling av regning til barnets SFO. Disse utsagn er med på å underbygge påstanden om at partene ikke lengre samarbeider om alt.»

Klageren og fylkestrygdekontoret kom deretter med tilleggsmerknader, hvor det blant annet fremkom at barnetrygden fortsatt var delt mellom partene, noe som innebar at det aktuelle trygdekontoret hadde vurdert saken slik at barnet fortsatt hadde delt bosted. Dette forholdet hadde fylkestrygdekontoret ikke vært klar over under sin behandling av bidragssaken.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Rettslige utgangspunkter

Det følger av barnelova 8. april 1981 nr. 7 § 66 at «[f]oreldra skal bere utgiftene til forsyting og utdanning av barnet etter evne og givnad og etter dei økonomiske kåra til foreldra, når barnet ikkje sjølv har midlar til det». Videre følger det av barnelova § 67 første ledd at «[d]er ein eller begge foreldra ikkje bur saman med barnet, skal vedkomande betale faste pengetilskot til forsyting og utdanning». Ifølge barnelova § 71 første ledd siste punktum gjelder det særlige regler for de tilfellene der foreldrene har «avtala delt bustad etter lova § 36». Slike særlige regler er gitt i forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot § 8, som lyder slik:

> «Når foreldra er samde om at dei har avtalt delt bustad etter barnelova § 36 første stykke for barnet og dokumenterer dette skriftleg, skal det leggjast til grunn at foreldra har dei same utgiftene per dag til barnet den tida barnet bur fast hos kvar av dei og at barnet bur like mykje hos begge.»

Forskriften ble vedtatt i forbindelse med nye regler for beregning av barnebidrag m.m., som ble innført ved lov 15. juni 2001 nr. 37, og som trådte i kraft 1. oktober 2003. Det er redegjort nærmere for bakgrunnen for de nye reglene i Ot.prp. nr. 43 (2000–2001). På s. 41–42 uttaler departementet om skillet mellom utvidet samvær og delt bosted blant annet følgende:

> «Det avgjørende skille mellom delt bosted og utvidet samvær refererer seg ikke til tid, men til avgjørelsesmyndighet. Ved utvidet samvær bor barnet fast sammen med den ene av foreldrene. Bostedsforelderen kan ta avgjørelser i spørsmålet om barnet skal være i barnehage, hvor i landet barnet skal bo, og andre større avgjørelser om dagliglivet, jf. barneloven § 35 b. Den som har samvær kan ta avgjørelser som gjelder omsorgen for barnet under samværet, jf. barneloven § 44 andre ledd. Dersom barnet har delt bosted tas de større avgjørelsene om dagliglivet av foreldrene i fellesskap. Delt bosted forutsetter så stor grad av

samarbeid mellom foreldrene at det ikke kan pålegges av domstolene eller fylkesmennene. Foreldrene må derfor avtale at barnet skal ha delt bosted.»

Rikstrygdeverket har i rundskrivet Hovednr. 55 nr. 2 gitt retningslinjer til den nevnte forskriftsbestemmelsen. Det er i rundskrivet lagt til grunn en tilsvarende sondring mellom delt bosted og utvidet samvær som det departementet har gjort i Ot.prp. nr. 43 (2000–2001), jf. foran.

Rundskrivet fikk i mars 2004 følgende tilføyelse:

«En av partene hevder at det ikke er delt bosted lenger

Partene har inngått avtale om delt bosted etter barneloven § 36, og bidrag er fastsatt i samsvar med det. På et senere tidspunkt legger en av partene fram en skriftlig erklæring om at partene ikke lenger praktiserer delt bosted. Den andre parten er ikke enig i dette og mener at barnet fortsatt har delt bosted.

Delt bosted foreligger når foreldrene er enig om det. Retten kan ikke pålegge partene delt bosted. Dersom foreldrene ikke får ordningen til å fungere, og den ene ensidig erklærer at det ikke lenger er delt bosted, må denne erklæringen legges til grunn.»

2. Spørsmålet om saken er tilstrekkelig opplyst

Det følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 33 femte ledd at klageinstansen skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Denne bestemmelsen om utredningsplikt samsvarer med forvaltningsloven § 17 første ledd. Den pålegger forvaltningen et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Regelen innebærer også at forvaltningen skal være upartisk i sin opplysning av saken. Det skal fremskaffes informasjon både til gunst og ugunst for parten(e) i saken. Hvor langt undersøkelsesplikten går, vil bero på en avveining mellom sakens viktighet og velferdsmessige betydning for partene, og hensynet til en rask saksbehandling og forsvarlig bruk av ressurser. Det vises til Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett (7. utgave) s. 235 flg. og mine uttalelser inntatt i årsmeldingene for henholdsvis 1997 s. 91 og 2004 s. 112.

I denne saken er spørsmålet om fylkestrygdekontoret har oppfylt sin undersøkelsesplikt vedrørende partenes avtale 15. mars 1999 og bidragsmottakerens uttalelse i brev 10. august 2004.

2.1 Avtalen 15. mars 1999

I vedtaket 13. desember 2004 uttalte fylkestrygdekontoret at en kunne «være i tvil» om hvorvidt kravene i barnelova § 36 til avtale om delt bosted var oppfylt gjennom partenes avtale fra 1999. Fylkestrygdekontoret har i brev hit 3. januar 2006 vurdert det slik at den er «en avtale om delt bosted etter barneloven § 36 (før 35 A)». Spørsmålet ble imidlertid ikke undersøkt nærmere og avklart under saksbehandlingen. Avtalen hadde som overskrift «Avtale om delt omsorg», og «delt omsorg» var etter de dagjeldende bidragsreglene et videre begrep enn «delt bosted». Avtalen inneholder heller ingen bestemmelser om foreldrenes avgjørelsesmyndighet vedrørende datteren. Disse uklarhetene tilsa at fylkestrygdekontoret burde ha innhentet supplerende opplysninger fra partene, for å bringe klarhet i hvorvidt det forelå en avtale om delt bosted i henhold til barnelova § 36.

2.2 Uttalelsen 10. august 2004

Under forutsetning av at partene i 1999 avtalte delt bosted for datteren etter barnelova § 36, må det dernest tas stilling til hvorvidt bidragsmottakeren ved sitt brev 10. august 2004 til Y trygdekontor har lagt frem «en skriftlig erklæring om at partene ikke lenger praktiserer delt bosted», jf. Rikstrygdeverkets retningslinjer om dette i rundskrivet Hovednr. 55 nr. 2.

Bidragsmottakeren ga i brevet 10. august 2004 til trygdekontoret uttrykk for at barnet var «bosatt hos mor» og at det «har fast bosted hos henne». Som begrunnelse for dette anførte hun at det var «dokumentert i folkeregisteret» og at «[b]arnet går på skole i mors krets». Til dette skal bemerkes at barnet kun kan være folkeregistrert på én adresse, og at folkeregistreringen som regel vil være avgjørende for skoleplassering. Det er i brevet ikke anført at det har skjedd endringer i praktiseringen av ordningen mellom partene i forhold til avtalen 15. mars 1999, hvor det heter at datteren «bor like mye hos mor og far».

I denne forbindelse må det også tas i betraktning at bidragsmottakeren i sin søknad om bidrag 25. april 2004 bekreftet at det var «delt bosted etter barneloven § 35 a for barnet/barna». Det fremgår for øvrig at folkeregisteret mottok melding om datterens flytting til bidragsmottakeren 2. november 2000, dvs. flere år før bidragsmottakeren i søknaden til trygdekontoret opplyste at datteren hadde delt bosted. Hertil kommer at det i ettertid, ved sakens behandling her, har fremkommet at barnetrygden fortsatt er delt mellom partene, noe som forutsetningsvis innebærer at barnet har delt bosted, jf. barnetrygdloven 8. mars 2002 nr. 4 § 2 tredje ledd.

På denne bakgrunn fremstår det for meg som uklart hva bidragsmottakeren legger i begrepene «delt bosted» og «fast bosted». Følgelig er det uklart hvorvidt brevet 10. august 2004 inneholder en erklæring som nevnt i Rikstrygdeverkets retningslinjer. Også på dette punktet burde fylkestrygdekontoret i henhold til sin utredningsplikt etter forvaltningsloven § 33 femte ledd ha gjort nærmere undersøkelser, for å bringe klarhet i om det her foreligger en erklæring fra bidragsmottakeren som kan legges til grunn for vedtak om barnebidrag.

3. Konklusjon

Av hensyn til sakens opplysning burde fylkestrygdekontoret ha innhentet supplerende opplysninger fra partene, for å bringe på det rene hvorvidt avtalen 15. mars 1999 er å anse som en avtale om delt bosted i henhold til barnelova § 36. Videre burde fylkestrygdekontoret ha gjort nærmere undersøkelser for å bringe klarhet i om bidragsmottakerens uttalelse i brev 10. august 2004 til trygdekontoret er å anse som en «skriftlig erklæring om at partene ikke lenger praktiserer delt bosted», jf. Rikstrygdeverkets retningslinjer i rundskrivet Hovednr. 55 nr. 2.

På denne bakgrunn ber jeg om at fylkestrygdekontoret foretar en fornyet vurdering av saken. Jeg minner i denne sammenheng om at bidragsmottakeren ikke har vært part i saken her, og at hun derfor må gis anledning til å uttale seg ved den fornyede behandlingen.»

Fylkestrygdekontoret behandlet etter dette saken på nytt, og fastholdt vedtaket etter å ha innhentet nye uttalelser fra partene.

40.

Barnebidrag – skjønnsfastsetting av inntekt

(Sak 2006/668)

Bidragspliktige var arbeidsledig, med enkelte vikaroppdrag. Hennes inntekt ble fastsatt etter skjønn, fordi bidragsmyndighetene vurderte at hun ikke utnyttet sin inntektsevne fullt ut.

Saken etterlot tvil om det var lagt til grunn en for streng norm for vurderingen etter bidragsforskriften § 4, og om bidragsmyndighetene hadde foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering av inntektsevnen og den rimelighetsvurderingen som skal gjøres. Klage- og ankeenheten behandlet etter dette saken på nytt og omgjorde bidragsfastsettingen.

Trygdekontoret fastsatte As bidrag for sønnen til kr 1 360 pr. måned fra 1. desember 2005. A er bidragspliktig. Hennes inntekt ble fastsatt ved skjønn, da trygdekontoret vurderte at hun ikke utnyttet sin inntektsevne fullt ut. A påklaget vedtaket, som ble stadfestet av klage- og ankeenheten.

A brakte saken inn for ombudsmannen og anførte at det ikke er grunnlag for å skjønnsfastsette inntekten, da det foreligger saklig grunn for at hennes faktiske inntekt ikke er høyere. Det ble vist til at hun søker jobber og har stått tilmeldt Aetat. Det ble også vist til at adgangen til skjønnsfastsetting bare skal benyttes i spesielle tilfeller.

Saken ble herfra tatt opp med klage- og ankeenheten. Det ble vist til forskrift om fastsetjing og endring av fostringstilskot § 4 fjerde ledd, og til lovforarbeider hvor adgangen til skjønnsfastsetting er omtalt. Det ble bedt om en nærmere redegjørelse for vurderingene som lå til grunn for at bestemmelsen om skjønnsfastsetting ble benyttet og for den nærmere avveiningen av spørsmålet om det forelå en rimelig grunn til at bidragspliktiges inntekt ikke var høyere.

Klage- og ankeenheten svarte blant annet at det i Rikstrygdeverkets rundskriv 1. oktober 2002 nr. 71 til barnelova kap. 8 og 9 fremgår at hjemmelen om skjønnsfastsetting må ses i direkte sammenheng med lovens § 66, der det er fastsatt at begge foreldre plikter å forsørge sine barn etter evne. Videre ble det fremholdt at plikten medfører at de innen rimelighetens grenser har plikt til å innrette seg slik at de er i stand til å oppfylle forsørgingsplikten. Selv om foreldrene i utgangspunktet står fritt til å innrette seg slik de måtte ønske, er det ikke uten videre gitt at de med sine valg kan fri seg fra forsørgingsplikten og føre byrdene over på den andre av foreldrene eller det offentlige.

Videre viste klage- og ankeenheten til at det likevel ikke er meningen at partene må utnytte sine evner maksimalt og viste til Ot.prp. nr. 43 (2001–2002) punkt 8.4, der det blant annet fremgår at adgangen til skjønnsfastsetting bare skal benyttes i spesielle tilfeller, og at det enkelte tilfelle må vurderes konkret. Det ble vist til at i barnebidragssaker skal trygdeetaten avveie de økonomiske interessene mellom to eksterne likeverdige private parter, slik at medhold for den enes krav medfører ikke-medhold for den andres krav, og at spørsmålet i saken således er om bidragspliktige medvirker til eget barns underhold etter evne, eller ikke, slik at en for stor del faller på bidragsmottaker.

Til spørsmålet om den konkrete avveiningen av om det forelå «rimelig grunn» til at bidragspliktiges inntekt ikke var høyere, svarte klage- og ankeenheten:

> «Bidragspliktige har bakgrunn som kirketjener, og tar tilfeldig arbeid som renholder for et busselskap. Hun er 50 år gammel og etter sakens opplysning uten sosiale forpliktelser eller medisinske forhold til hinder for å arbeide vanlig full tid. Det er opplyst at hun har søkt aktuelle jobber, uten at dette er nærmere spesifisert. Hun er tilmeldt A-etat og mottok i 2005 dagpenger. Vi har ikke vurdert det slik at hun har unngått å ta arbeid. Men vi har funnet at en person som bidragspliktige med noe anstrengelse burde kunne funnet arbeid i et større omfang enn det som har skjedd. Som bosatt i X (fra november 2004) foreligger det et stort arbeidsmarked innen rimelig reiseavstand, både for renholdsarbeid, (annet) ufaglært arbeid, assistentarbeid, og kanskje også kirkelig arbeid, som hun jo har bakgrunn fra.
>
> Vi ser godt at kravet til bidragspliktiges inntektsevne må avveies mot hennes rett til å innrette sitt liv, men har altså kommet til at hensynet til den andre parten/barnets underhold gjør at hun burde bidra noe.
>
> Det framgår av Rikstrygdeverkets retningslinjer til § 4 i nevnte forskrift til barneloven §§ 71 og 74 at bidraget skal fastsettes på grunnlag av aktuell og framtidig inntekt (inntektsevne). Eldre inntekter er utelukkende interessante dersom de må antas å gi et riktig bilde av den ak-

tuelle og framtidige inntekten. Dette vil svært ofte være tilfellet, men må vurderes konkret i hver enkelt sak. Generelt må vi kunne legge til grunn at faktiske inntekter/inntektsevne etter flytting/oppbrudd etter en tid vil nærme seg et mer normalt nivå, såfremt det ikke foreligger noen konkret begrunnelse for noe annet.

Vedtaket 16.02.06 er i stor grad fundert på samme vurderinger som vedtaket fra 04.10.05. Beregnet faktisk årsinntekt 2005 var nå 92 300 kr. Det nye er at bidragspliktige i 2006 ikke lenger mottar dagpenger, og at hun i første del av året arbeidet noe mer enn tidligere. Vi har fått opplyst fra A-etat at aktiv egeninnsats har betydning for om man i situasjoner som her får mer arbeid, og at bidragspliktige bør kunne oppnå en årsinntekt på 152 000 kr (dokument nr. 34). I tillegg kommer at bidragspliktige i februar 2006 hadde bodd lenger i X enn i oktober 2005, og dermed hatt mer tid til å finne arbeid.

I sum mener vi at grunnlaget for å skjønnsfastsette inntekt ble styrket ettersom tiden gikk etter bosetting i X, og dermed mellom de to vedtakene. Vi mener at om vi her skulle unnlatt å skjønnsfastsette inntekt/lagt til grunn faktisk inntekt ville det innebåret at man ved å være tilmeldt A-etat og ikke avslå eventuelle jobbtilbud man passivt kan motta gjennom A-etat, avskjærer skjønnsmessig fastsettelse av inntekt/evnevurdering etter konkret vurdering i den enkelte sak som ledd i interesseavveiningen mellom partene.

Dette vil etter vårt syn kunne innebære en forskyvning av underholdsplikt fra bidragspliktige til bidragsmottaker. Et annet resultat enn det som foreligger i denne saken vil derfor kunne få betydning ut over aktuelle sak.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Rettsgrunnlaget

Det følger av barnelova 8. april 1981 nr. 7 § 66 at foreldrene skal «bere utgiftene til forsyting og utdanning av barnet etter evne og givnad og etter dei økonomiske kåra til foreldra, når barnet sjølv ikkje har midlar til det. Innbyrdes har begge foreldre skyldnad til å skyte til det som trengst etter evne». Etter lovens § 71 skal bidragsfogden fastsette bidraget slik at «fastsette utlegg til forsyting av barnet (underhaldskostnadene) vert delte mellom foreldra etter storleiken på inntekta deira».

Med hjemmel i § 71 annet ledd er det i forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot gitt regler for hvordan inntekten skal beregnes. Hovedregelen er at faktisk inntekt skal legges til grunn, jf. § 4 første ledd. Unntak fra dette er gitt i § 4 fjerde ledd:

> «Inntekta skal fastsetjas etter skjønn når ein part ikkje legg fram etterspurd dokumentasjon, eller dersom det er grunn til å tru at parten held tilbake opplysningar som kan ha noko å seie for avgjerda. Det same gjeld når ein part er utan inntekt, eller inntekta 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 han eller ho ikkje har inntekt eller at inntekta ikkje er høgare. Inntekta blir ikkje rekna for å vere vesentleg lågare dersom ein part har ei inntekt som er opp til 20 prosent lågare enn det han eller ho elles burde kunne oppnå».

Den skjønnsbestemmelsen som er aktuell i denne saken, forutsetter at to vilkår er oppfylt. For det første må inntekten være vesentlig lavere enn det bidragspliktige burde oppnå ut fra hennes utdanning og evner. I tillegg er det spørsmål om hun har en rimelig grunn for å ha så lav inntekt som hun har. I mange saker som vurderes etter denne bestemmelsen, er det bare det sistnevnte vilkåret, om rimelig grunn, som byr på problemer, da det ofte er klart at inntekten er lavere enn inntektsevnen (for eksempel ved videreutdanning eller barneomsorg).

I denne saken synes det riktigst at begge vilkårene vurderes særskilt, selv om de kan sies å gli noe over i hverandre. Bidragsmyndighetene synes ikke i tilstrekkelig grad å ha foretatt denne todelte vurderingen, men først og fremst vurdert hvilken inntekt hun etter utdanning og evner burde oppnå.

2. Vurderingen av inntektsevnen

A er 50 år, har ingen utdanning utover grunnskolen, har tre barn og har hatt deltidsarbeid som kirketjener. Etter at hun flyttet til X, har hun vært tilmeldt Aetat og har i en periode mottatt dagpenger. Hun har søkt stillinger og har fra 1. april 2004 hatt rengjøringsarbeid i et busselskap på timebasis, etter tilkalling, og har senere også hatt slikt arbeid i et annet busselskap.

Det synes på det rene at A ikke har fått tilbud om mer arbeid enn hun faktisk har hatt i busselskapene, verken via Aetat eller ved egne søknader. Klage- og ankeenheten har likevel funnet at bidragspliktige burde ha kunnet oppnå å få mer arbeid enn det hun faktisk har hatt. Det er lagt til grunn at hun er bosatt på et sted med et stort arbeidsmarked innen rimelig reiseavstand, innenfor yrker som kan være aktuelle, slik at hun med noe anstrengelse burde kunne funnet arbeid i større omfang enn det som har skjedd. Klage- og ankeenheten har vært i telefonkontakt med Aetat. Ut fra faktisk årsinntekt i 2005 på ca. kr 92 000 er det lagt til grunn at hun bør kunne oppnå en årsinntekt på kr 152 000.

I forarbeidene til barnelovens bestemmelser om bidragsfastsetting er det uttalt følgende om adgangen til å skjønnsfastsette inntekt (Ot.prp. nr. 43 (2000–2001) punkt 8.4):

> «Det er samtidig viktig å understreke at adgangen til skjønnsfastsettelse bare skal benyttes i spesielle tilfeller og ikke er ment å innvirke på foreldrenes frihet med hensyn til yrkesvalg. Skjønnsbestemmelsen skal derfor ikke forstås som en generell adgang til å kreve at partene skifter til et best mulig betalt yrke, eller eventuelt opprettholder sitt tidligere og bedre betalte arbeid.»

Selv om det her siterte ikke direkte omtaler situasjonen i denne saken, viser det at skjønnsfastsetting er

en unntaksregel og at det er en begrensning i hva som kan forlanges av partene.

Saken etterlater tvil om det er lagt til grunn en for streng norm for hva som kan forlanges av bidragspliktige for å skaffe seg arbeid. Det er lagt til grunn at hun burde kunne oppnå mer arbeid, gjennom egeninnsats utover å være tilmeldt Aetat og sende søknader på ledige jobber. Klage- og ankeenheten har anført generelle synspunkter på dette og hevder at et annet resultat i denne saken vil kunne få betydning ut over den aktuelle sak. Dette resonnementet er det noe vanskelig å følge. Det generelle synspunktet på hvilken egeninnsats som skal kreves for å få seg arbeid, må uansett kombineres med en konkret vurdering i den enkelte sak, av alle relevante argumenter.

Arbeidsmulighetene er ett av de forhold som må vurderes. Det er vist til telefonnotatet fra samtalen med Aetat, men det kan ikke sees at dette gir en entydig oppfatning av arbeidsmulighetene på stedet. Notatet kan også sies å etterlate det inntrykk at det kan være vanskelig å få jobb for ufaglærte.

Videre er det vanskelig å se at det er foretatt en konkret vurdering av As muligheter, ut fra hennes egne forutsetninger, for eksempel i forhold til alder og arbeidserfaring. Det er heller ikke foretatt noen vurdering av om mulighetene for merarbeid ville medføre at hun måtte skifte arbeid, eller om det kunne la seg kombinere med arbeidet for busselskapene.

Klage- og ankeenheten har i vedtaket 16. februar 2006 uttalt at dersom det over lengre tid likevel skulle vise seg å være vanskelig å oppnå arbeid og inntekt i slikt omfang som vedtaket legger til grunn, så kan det fremsettes ny søknad om endring. Dette synes å vise at også klage- og ankeenheten finner det usikkert hvilke muligheter for arbeid som faktisk foreligger.

Samlet sett etterlater saken tvil om det er foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering av bidragspliktiges arbeids- og inntektsmuligheter.

3. Rimelighetsvurderingen

Vurderingen av de konkrete forholdene i saken, fører også over til rimelighetsvurderingen. I denne sammenhengen gjelder det spørsmålet om bidragspliktige har rimelig grunn for å ha så lav inntekt som hun har.

Avslutningsvis i det foran siterte punktet fra forarbeidene fremgår det følgende:

> «Helse, skifte av arbeid eller yrke, (videre) utdanning o.l., anses i utgangspunktet som rimelige grunner til å ha lavere inntekt enn inntektsevnen tilsier. Også det faktum at det ikke finnes mulighet for å gå opp i arbeidstid må anses som en rimelig grunn.»

Det som her er sagt, underbygger den rettsoppfatningen at det er en begrensning i hva som kan forlanges av partene. Det skal gjøres en konkret vurdering, men den må bygge på ytre, objektive kriterier, som alder, utdanning, arbeidserfaring, om man er meldt arbeidsledig og hvilket arbeidsforhold vedkommende har.

Også på dette punktet etterlater saken tvil om bidragsmyndighetene har lagt en for streng norm til grunn. Slik saken er opplyst, er de objektive kriterier blant annet at bidragspliktige har meldt seg arbeidsledig, har søkt på ledige jobber og har tatt de ekstrajobber som har bydd seg. Dette synes å måtte være tungtveiende momenter.

4. Konklusjon

Etter dette knytter det seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Klage- og ankeenheten bes om å behandle saken på nytt, i lys av det som fremkommer ovenfor. Dette innebærer en ny vurdering av hele perioden som inntekten er skjønnsfastsatt for. I den forbindelse minnes det om at bidragsmottakerens uttalelse må søkes innhentet, ettersom han ikke har vært part i ombudsmannssaken.»

Klage- og ankeenheten behandlet saken på nytt og omgjorde bidragsfastsettingen for perioden 1. november 2004 til 30. september 2006 til kr 0. Faktisk inntekt i perioden ble lagt til grunn.

41.

Nedsettelse av barnebidrag tilbake i tid – plikt til å vurdere hvorvidt bidrag skal nedsettes

(Sak 2006/603)

Saken gjaldt bidragsmyndighetenes behandling av krav om nedsettelse av barnebidrag tilbake i tid. A hadde i ettertid av bidragsfastsettelsen fremskaffet dokumentasjon for samvær, og krevde bidraget nedsatt med tilbakevirkende kraft. Klage- og ankeenheten avslo As krav med den begrunnelse at det ikke forelå dokumentasjon som ga rett til samværsfradrag. A brakte deretter saken inn for ombudsmannen.

Ombudsmannen mente at bidragsmyndighetene burde ha vurdert hvorvidt det forelå grunnlag for å endre bidraget tilbake i tid. Det følger av god forvaltningsskikk at saksbehandlingen skal være forsvarlig, og klage- og ankeenheten syntes ikke å ha foretatt en grundig nok vurdering av saken. Klage- og ankeenheten ble bedt om å vurdere saken på nytt. Saken ble behandlet på nytt og det tidligere vedtaket ble opprettholdt.

B (bidragsmottaker) og A (bidragspliktig) inngikk avtale om barnebidrag til deres felles barn, C, i 2000. I 2004 fremsatte A krav om nedsettelse av barnebidrag, på grunnlag av samværsavtale 15. september 2004. Kravet ble avslått av trygdekontoret. Fylkestrygdekontorene i Midt-Norge og indre Østland, kla-

ge- og ankeenheten, stadfestet trygdekontorets vedtak.

På grunnlag av nye opplysninger fra A ble saken vurdert på nytt, og i vedtak fra klage- og ankeenheten ble klagerens krav avslått igjen. I brev til klage- og ankeenheten fremsatte klageren på ny krav om nedsettelse av barnebidraget. I brevet viste han til at samværsavtalen 15. september 2004 fungerte i 2005, og han la også ved ny samværsavtale datert 13. september 2005. I trygdekontorets vedtak ble bidraget endret fra 1. oktober 2005, dvs. fra måneden etter at den nye samværsavtalen ble underskrevet. Vedtaket ble påklaget av bidragspliktige, som fastholdt sitt krav om at endringen av bidraget skulle gjelde fra 1. januar 2005. Trygdekontorets vedtak ble stadfestet av klage- og ankeenheten.

Saken ble av A brakt inn for ombudsmannen. I brevet fremholdt han blant annet at det var uriktig, slik fylkestrygdekontoret hadde lagt til grunn, at det ikke forelå tilstrekkelig dokumentasjon for at samværsavtalen for 2005 hadde blitt fulgt, noe han hadde påtalt i flere brev.

I brev herfra til klage- og ankeenheten ble det stilt spørsmål om klage- og ankeenhetens syn på hvorvidt barnelova 8. april 1981 nr. 7 § 74 kan være grunnlag for endring av barnebidrag tilbake i tid i tilfeller der bidragspliktige i ettertid fremskaffer dokumentasjon for samvær, jf. forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot § 9 annet ledd første punktum. Videre ble det bedt opplyst om klage- og ankeenheten hadde vurdert endring av fastsatt barnebidrag tilbake i tid fra og med 1. januar 2005, og dersom dette ikke var tilfelle, hva som i så fall var årsaken til det.

I sitt svar til ombudsmannen redegjorde klage- og ankeenheten for endring av bidrag tilbake i tid, og svarte blant annet:

> «Etter vår vurdering foreligger det ikke dokumentasjon som gir rett til samværsfradrag for aktuelle periode; 01.01.-30.09.05.
>
> Av dokument nr. 21 ... framgår det at bidragspliktige etter eget utsagn ikke har hatt samvær med barnet siden sommeren 2004, men at det er inngått avtale om samvær.
>
> Vi forstår dette dit hen at det ikke har vært gjennomført samvær som kan gi samværsfradrag i løpet av andre halvår 2004. Den omtalte avtalen antas å være identisk med «Plan for samvær med min sønn, C», datert 15.09.04 og underskrevet av begge parter. Dette dokumentet antas etter sin ordlyd å skulle regulere samvær fra julen 2004 og framover. (Vedlegg til dokument nr. 29.) Av brev ... fra bidragsmottaker (dokument nr. 29) og påtegning fra samme på nevnte vedlegg til dokument nr. 29 framgår det at samværsplanen av 15.09.04 ikke gjennomføres.
>
> Klage- og ankeenheten har ved klagevedtak ... stadfestet vedtak i X trygdekontor ... om bl.a. samværsfradrag klasse 02 fra 01.10.05, basert på samværsavtale datert 15.09.05. Vi la til grunn at det var gjennomført noe samvær i 2005 før 01.10.05 ..., men at aktuelle opplysninger ikke forelå før oktober 2005. Slike opplysninger ville heller ikke hatt avgjørende betydning for resultatet, idet samværsfradrag fastsettes ut fra skriftlig samværsavtale mellom partene.
>
> ---
>
> For at nedsettelse skal kunne skje tilbake i tid, må det ifølge loven foreligge sterke grunner. Det er ikke nok at bidraget har vært for høyt i forhold til for eksempel den bidragspliktiges inntekt. For at det skal foreligge en sterk nok grunn, må den enes behov for endring med tilbakevirkende kraft veie vesentlig tyngre enn hensynet til den andre. Hensynet til bidragsmottakeren vil for eksempel veie tyngre i tilfeller der bidraget er betalt enn der det er bidragsgjeld fordi bidragsmottakeren i det første tilfellet vil ha innrettet seg etter det betalte bidraget.
>
> Dersom det er av vesentlig betydning for den bidragspliktige å få endret bidraget, og bidraget har vært svært høyt i forhold til for eksempel inntekten, vil det lettere kunne anses å foreligge en sterk grunn.
>
> I denne saken ville det etter vårt syn derfor ikke vært grunnlag for endring til bake i tid slik det er satt fram krav om, selv om faktum hadde vært slik problemstillingen forutsetter, at nødvendig dokumentasjon for samværsfradrag 01.01.-30.09.05 forelå på vedtakstidspunktet.»

Saken ble igjen forelagt klage- og ankeenheten i brev herfra. I brevet ble det vist til klage- og ankeenhetens vedtak, der det blant annet ble uttalt at «bidragspliktige har hatt rett i at samværet har vært slik som han har opplyst tidligere, men dokumentasjon i tilstrekkelig grad har ... ikke foreligget før i september og oktober 2005». Det ble herfra stilt spørsmål om den siterte uttalelsen fra vedtaket gir uttrykk for at dokumentasjon for samvær tilbake i tid, i samsvar med det A tidligere hadde opplyst, ble fremskaffet i september og oktober 2005. Dersom dette ikke er tilfelle, ble det også bedt opplyst hvordan uttalelsen i så fall skal forstås.

Klage- og ankeenheten svarte slik:

> «Vi har som det framgår av vedtaket i klagesaken ... lagt til grunn at den siterte uttalelsen ... «I oktober 2005 mottar trygdekontoret skriv (...) ikke foreligget før i september og oktober 2005» bekrefter at det har vært gjennomført samvær i 2005 slik uttalelsen eksplisitt gir uttrykk for, og at denne bekreftelsen kom ved brev ... fra Familievernkontoret i X.
>
> Vi har slik det er begrunnet i vårt brev [til ombudsmannen] verken i bestemmelsenes formål eller ordlyd funnet hjemmel for å vurdere dette som dokumentasjon som i ettertid gir rett til samværsfradrag etter barneloven § 71, jf. tilhørende forskrift og Rikstrygdeverkets retningslinjer (rundskriv).»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«I barnelova § 67 første ledd er det bestemt at den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet skal betale faste pengebidrag til forsørging og utdanning. Det følger videre av barnelova § 71 første ledd at «[t]ilskotet skal som hovudregel reduserast for skriftleg avtalt eller offentleg fastsett samvær». Ret-

ten til samværsfradrag er nærmere regulert i forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot § 9:

> «Skriftleg avtalt og offentleg fastsett samvær kjem som hovudregel til frådrag i tilskot utrekna etter § 1 til § 7 i forskrifta her.
>
> For samværsavtalar utan tvangskraft gjeld ikkje regelen i første stykke dersom tilskotsmottakaren hevdar at den tilskotspliktige ikkje følgjer opp avtala og den tilskotspliktige ikkje klart beviser at han kjem inn under samværsklassa.»

Klage- og ankeenheten har i brev hit uttalt at det etter enhetens vurdering ikke foreligger dokumentasjon som gir klageren rett til samværsfradrag for perioden 1. januar 2005 til 30. september 2005. Jeg er enig i at samværsfradrag ikke kan kreves etter forskriftens § 9, da det i nærværende sak dreier seg om nedsettelse av bidrag tilbake i tid. Jeg mener imidlertid at klageren nå i ettertid klart har dokumentert samvær i samsvar med samværsavtalen 15. september 2004, og at det dermed blir nødvendig å vurdere hvorvidt fastsatt barnebidrag kan endres tilbake i tid, jf. barnelova § 74.

Bidragsmottaker og klageren inngikk skriftlig samværsavtale 15. september 2004. Av denne avtalen fremgår det at klageren skulle ha samvær med barnet påsken 2005 (19. mars til 26. eller 27. mars, dvs. uke 12), ukene 25 til 28, og eventuelt uke 29, samt julen 2005. I sin klage over trygdekontorets vedtak krevde klageren at endringen av barnebidraget skulle være fra 1. januar 2005. Vedlagt klagen fulgte brev fra Familievernkontoret, hvor det opplyses at bidragsmottakeren bekrefter at klageren har hatt samvær med barnet i ukene 12, 25 til 29 og at han skal ha samvær 22. til 29. desember 2005. Dette brevet hadde klageren også vedlagt tidligere brev til trygdekontoret. Som angitt i klage- og ankeenhetens vedtak bekrefter dette at klageren har hatt samvær slik som han har opplyst tidligere, i samsvar med samværsavtalen 15. september 2004. Dersom denne dokumentasjonen hadde foreligget tidligere, antar jeg derfor at klageren kunne ha gjort krav på samværsfradrag etter forskriftens § 9.

I denne saken ble dokumentasjon for samvær fremskaffet etter at barnebidrag var betalt, og det blir spørsmål om nedsettelse av barnebidraget med tilbakevirkende kraft. Det var dette klageren fremsatte krav om.

Endring av fastsatt bidrag som er eller skulle ha vært betalt da kravet om endring ble fremsatt, reguleres av barnelova § 74 annet ledd:

> «Også tilskot som er eller skulle ha vore betalt då kravet om endring vart framsett, kan setjast ned, setjast opp eller ettergjevast dersom sterke grunnar talar for det.»

Det følger av god forvaltningsskikk at saksbehandlingen skal være forsvarlig, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett (7. utgave) s. 169. Klage- og ankeenheten synes ikke å ha foretatt en grundig nok vurdering av saken. Det fremgår ikke av vedtaket om det fastsatte barnebidraget er vurdert nedsatt etter barnelova § 74 annet ledd, slik klageren hadde anmodet om. Jeg forstår klage- og ankeenhetens brev hit dit hen at dette ikke ble vurdert fordi man mente klageren ikke hadde fremskaffet den nødvendige dokumentasjon som ga rett til samværsfradrag. Som det fremgår ovenfor, er jeg uenig i denne vurderingen, idet jeg mener at klageren har dokumentert samvær i samsvar med skriftlig samværsavtale i den aktuelle perioden. Bidragsmyndighetene skulle ha vurdert hvorvidt det, blant annet på bakgrunn av den fremskaffede dokumentasjonen for samvær, forelå grunnlag for å endre bidraget tilbake i tid etter barnelova § 74 annet ledd. Jeg finner grunn til å kritisere at dette ikke ble gjort, særlig hensett til at klageren i flere brev til bidragsmyndighetene fremholdt at han ønsket å få vurdert om barnebidraget kunnet endres med tilbakevirkende kraft.

Når det er fremsatt krav om nedsettelse av bidrag tilbake i tid som følge av at dokumentasjon for samvær er fremskaffet i etterkant av bidragsfastsettelsen, er det etter min mening ikke riktig å avvise kravet alene under henvisning til at dokumentasjon ikke forelå på et tidligere tidspunkt. Jeg kan således ikke være enig i klage- og ankeenhetens fortolkning og anvendelse av barnelova § 74 annet ledd, når den i brev hit synes å legge avgjørende vekt på at dokumentasjon etter forskriftens § 9 i nærværende sak ikke forelå på vedtakstidspunktet, dvs. tidspunktet for fastsettelse av bidrag i den omstridte periode. Videre har jeg vanskelig for å forstå klage- og ankeenhetens uttalelse om at opplysninger om samvær på et tidligere tidspunkt ikke ville «hatt avgjørende betydning for resultatet, idet samværsfradrag fastsettes ut fra skriftlig samværsavtale mellom partene». Jeg viser her til at partene inngikk skriftlig samværsavtale 15. september 2004 som regulerer samværet den aktuelle perioden. Imidlertid vil årsaken til at samværsfradrag ikke tidligere ble gitt, herunder blant annet at dokumentasjon ikke forelå før i oktober 2005 og årsaken til dette, kunne være momenter i vurderingen av hvorvidt det foreligger «sterke grunnar» etter barnelova § 74 annet ledd til å endre bidraget bakover i tid.

Selv om det generelt sett kreves mye for å nedsette bidrag tilbake i tid, plikter klage- og ankeenheten å foreta en konkret vurdering av spørsmålet i denne saken, der alle relevante hensyn tas i betraktning. Jeg tar med dette ikke stilling til hvorvidt klagerens krav om endring av bidraget bør tas til følge.

Konklusjon

Klage- og ankeenheten bes om å behandle saken på nytt, i lys av bemerkningene foran.

Ved den nye behandlingen bes vurdert om bidraget kan endres med tilbakevirkende kraft etter barnelova § 74, slik klageren har anmodet om. I denne

forbindelse minner jeg om at bidragsmottakerens uttalelse må søkes innhentet, ettersom hun ikke har vært part i saken for ombudsmannen.»

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse behandlet NAV Klage og anke saken på nytt. Det ble ikke funnet å foreligge sterke nok grunner til å endre bidraget tilbake i tid, så det tidligere vedtaket ble opprettholdt.

Fengselsforhold

42.

Kontroll av kommunikasjon med advokat i fengselsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå – prøveløslatelse – innsyn

(Sak 2005/1027)

A klaget til ombudsmannen over innsettelsen av ham i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå og vektleggingen av dette i et avslag på søknad om prøveløslatelse. Han klaget også over kontrollregimet ved avdelingen, som han hevdet var i strid med EMK. I denne forbindelse viste han i første rekke til at en samtale mellom ham og hans advokat hadde blitt gjennomført med overhøring av samtalen av tjenestemenn i fengselet. Saken reiste også spørsmål om klagerens rett til innsyn i sakens dokumenter.

Ombudsmannen sluttet seg i hovedsak til konklusjonen til Lovavdelingen i Justis- og politidepartementet om at straffegjennomføringslovens regler om kontroll av innsattes kommunikasjon med advokat i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, ikke er forenlig med, eller i alle fall står i et tvilsomt forhold til, EMK art. 8. Avslaget på søknaden om prøveløslatelse hadde ombudsmannen ikke grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot. Han hadde derimot enkelte merknader til behandlingen av klagerens innsynsbegjæring og ba Kriminalomsorgens sentrale forvaltning om å vurdere enkelte spørsmål knyttet til dette på nytt.

1.1 Innledning

A, som sonet en dom på fem års fengsel, ble ved vedtak av Kriminalomsorgen region sør i september 2004 besluttet overført til avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå ved Ringerike fengsel. I begrunnelsen for vedtaket het det bl.a. følgende:

> «[H]an antas å representere en særlig høy rømningsfare ved anslag utenfra for å bistå med rømningen eventuelt at det er fare for gisseltaking og fare for ny, særlig alvorlig kriminalitet.»

Vedtaket om overføring ble ikke påklaget.

Kriminalomsorgen region sør besluttet i vedtak 22. mars 2005 at A fortsatt skulle oppholde seg i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, jf. forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 (straffegjennomføringsforskriften) § 6–1 annet ledd. Det ble vist til at det etter regionens vurdering ikke hadde fremkommet nye opplysninger som ga grunnlag for å omgjøre beslutningen om innsettelse i avdelingen. Vedtaket ble påklaget av As advokat. Kriminalomsorgen region sør omgjorde selv vedtaket 2. mai 2005, og uttalte bl.a. følgende:

> «Opplysningene som lå til grunn for at det ble antatt at A var involvert i rømningsplanene, har nå vist seg ikke å gi grunnlag for å opprettholde innsettelsen i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. Det fordi en nærmere avklaring av As rolle har vist at han antagelig ikke var så sentralt involvert i gjennomføringen av planene som først antatt.»

A ble deretter overført fra avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå ved Ringerike fengsel til Skien fengsel.

Forut for et besøk As advokat skulle ha til sin klient i oktober 2004 på avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå, gjorde Ringerike fengsel i brev til advokaten oppmerksom på hvilke kontrolltiltak som ville gjelde ved besøket. Han klaget over gjennomføringen av besøket og de vedtatte kontrolltiltakene, som bl.a. innebar bruk av glassvegg, overhøring av samtalen og påsyn.

Kriminalomsorgen region sør kom til at saken reiste prinsipielle spørsmål bl.a. om forståelsen av begrepet «offentlig forsvarer» i straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 31, jf. straffegjennomføringsforskriften § 6–10, og forholdet til Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 (EMK) art. 8. Klagen ble derfor oversendt til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) med anmodning om at KSF tok stilling til klagen. I KSFs vedtak 24. mai 2005 het det bl.a.:

> «Som en del av retten til en rettferdig rettergang heter det i EMK artikkel 6 nr 3 bokstav b at den siktede skal få tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede sitt forsvar. Bestemmelsen antas å dekke siktedes rett til ukontrollert kommunikasjon med sin forsvarer for å forberede den kommende straffesaken. Særreglene om ukontrollert kommunikasjon kommer i utgangspunktet bare til anvendelse mellom innsatte og hans offentlig oppnevnte forsvarer og *ikke* advokater som representerer domfelte i andre, sivilrettslige saker. Dette fremgår av straffegjennomføringsloven § 31 sjette ledd og retningslinjene pkt 3.34, avsnittet om «særregler for bestemte personer». Vi legger til grunn at bestemmelsene er i samsvar med EMK.
> ---
> Etter EMK art. 8, har innsatte rett til ukontrollerte samtaler og korrespondanse med sin advokat i nokså stor utstrekning, uavhengig av om advokaten er innsattes offentlig oppnevnte forsvarer. Inngrep i denne retten kan gjøres hvis man har grunn til å tro at unnlatt kontroll vil kun-

ne misbrukes på en slik måte at sikkerheten blir satt i fare. Begrunnelsen for innsettelse i høyrisikoavdeling vil svært ofte være av en slik karakter at det også er grunn til å frykte misbruk av ukontrollert kommunikasjon.

Vi kan derfor ikke se at reglene i straffegjennomføringsloven § 31 er i strid med EMK og klagen tas derfor ikke til følge.»

1.3 Prøveløslatelse

A søkte i oktober 2004 om prøveløslatelse ved 2/3-tid den 12. februar 2005. Kriminalomsorgen region sør avslo søknaden 7. desember 2004. I begrunnelsen het det bl.a. følgende:

«Vi har ved avgjørelsen lagt avgjørende vekt på at domfelte soner en dom for en lang rekke alvorlige straffbare handlinger begått over flere år. Det fremgår av dommen at han har organisert et kriminelt nettverk der han har hatt en bestemmende myndighet. Det fremgår blant annet av dommen at impliserte personer har vært redde for domfelte og at de ikke har våget å si nei til å utføre straffbare handlinger selv om de måtte ha ønsket det. Han har under straffegjennomføringen ikke utvist en adferd som gir holdepunkter for å tro at hans kriminelle adferdsmønster har endret seg. Det vises i den anledning til at han under straffegjennomføringen har pådratt seg flere disiplinærreaksjoner og anmeldelser. Videre ble han 24.08.04 utelukket fra fellesskapet fordi han hadde utøvet negativ innflytelse på medinnsatte samt at det forelå mistanke om trakassering av medinnsatte.»

Regionen fant på bakgrunn av dette at prøveløslatelse ikke fremstod som tilrådelig på dette tidspunktet. Det ble opplyst at løslatelsesspørsmålet ville bli vurdert fortløpende og tatt opp til fornyet vurdering senest innen 12. mai 2005, jf. straffegjennomføringsforskriften § 3–41.

A påklaget vedtaket 16. desember 2004. Klagesaken ble 17. mars 2005 oversendt fra Kriminalomsorgen region sør til KSF for vurdering.

I forbindelse med overføringen av A fra avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå ved Ringerike fengsel til Skien fengsel i mai 2005, gikk myndigheten til å fatte vedtak om prøveløslatelse tilbake til lokalt nivå, jf. straffegjennomføringsloven § 6. I tråd med regionens beslutning om fornyet vurdering innen 12. mai 2005 vurderte Ringerike fengsel på nytt spørsmålet om prøveløslatelse 4. mai 2005. Etter en fornyet vurdering ble avslaget opprettholdt.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning vurderte klagen over avslaget på prøveløslatelse i vedtak 24. mai 2005. Etter en helhetsvurdering kom KSF til at prøveløslatelse på dette tidspunktet ikke kunne anses tilrådelig og klagen ble følgelig ikke tatt til følge. I vedtaket het det bl.a.:

«Vi har ved avgjørelsen lagt vekt på at domfelte gjennomfører en lang fengselsstraff for alvorlig kriminalitet begått over flere år. Domfelte er ikke tidligere domfelt, men Borgarting lagmannsretts dom av ... omfatter fire ulike dommer som er slått sammen til en. Av dommen fremgår at han har et organisert kriminelt nettverk og at han har hatt den bestemmende myndighet i virksomheten. Det fremgår videre at øvrige impliserte i saken har vært redde for ham og at de ikke har våget å si nei til å utføre straffbare handlinger selv om de måtte ha ønsket det. Domfelte antas å tilhøre målgruppen for Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings brev av 29.07.04 om gjennomføring av straff og varetekt for personer med tilhørighet til organisert kriminalitet. I brevet presiseres blant annet at sikkerheten for denne gruppen skal vurderes særlig nøye.

Vi har også lagt vekt på at domfeltes straffegjennomføring har vært problematisk med uro og negativ innflytelse på miljøet. Den 24.08.2004 ble han utelukket fra fellesskapet fordi han hadde utøvet negativ innflytelse på medinnsatte samt at det forelå mistanke om trakassering.

Domfelte ble den 29.09.2004 overført til Ringerike fengsels avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå idet han ble ansett å medføre særlig rømningsfare, fare for anslag utenfra for å bistå til rømning, fare for gisseltaking og fare for ny, særlig alvorlig kriminalitet.

Vi har merket oss at domfelte soner tungt og at han under opphold i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå har vist en positiv innstilling. Vi finner imidlertid ikke å kunne legge avgjørende vekt på dette. Vi har for øvrig merket oss at løslatelsesspørsmålet vurderes fortløpende, senest ble løslatelse vurdert 12.05.2005.»

2. Klagen til ombudsmannen og ombudsmannens undersøkelser

2.1 Klagen til ombudsmannen

I brev 30. mai 2005, med tilleggskriv 30. juni 2005, klaget A til ombudsmannen over innsettelsen av ham i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå ved Ringerike fengsel, og kontrollregimet i avdelingen. Han anførte bl.a. at det ikke var grunnlag for innsettelsen av ham i avdelingen, og viste i denne forbindelse til at fengselet hadde lagt vekt på usanne opplysninger om rømningsplaner m.m. fra en navngitt medinnsatt. A har gjentatt dette i flere telefonhenvendelser til ombudsmannens kontor, og gitt uttrykk for at han ønsker å få klarhet i hvilke opplysninger kriminalomsorgen bygget på ved innsettelsen av ham i avdelingen og hvem som hadde gitt disse. I forhold til kontrollregimet ved avdelingen hevdet A i første rekke at kontrollen av innsattes kommunikasjon med advokat var i strid med EMK art. 6 og 8.

2.2 Ombudsmannens foreleggelse for KSF

Det ble herfra besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere, og i brev 10. oktober 2005 ble KSF bedt om å redegjøre nærmere for de forutsetningene og vurderingene som lå til grunn for konklusjonen om at kontroll under besøk av advokat ved at samtalen overhøres etter straffegjennomføringsloven § 31, jf. straffegjennomføringsforskriften § 6-10, ikke er i

strid med EMK art. 8. I den grad KSF la tilsvarende synspunkter til grunn i forhold til kommunikasjonskontroll etter straffegjennomføringsloven § 30 (postsending) og § 32 (telefonsamtaler), ble det bedt om at forholdet til disse bestemmelsene også ble omtalt.

I brevet ble det bl.a. vist til følgende uttalelse om forholdet til EMK i forarbeidene til straffegjennomføringsloven, jf. Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) side 16 annen spalte:

> «Departementet antar at reglene for kontroll ved gjennomlesing av post, besøk og avlytting av telefonsamtaler som er foreslått for å forebygge uorden eller kriminelle handlinger er i tråd med [Den europeiske menneskeretts]konvensjonen.»

KSF ble likevel bedt om å vurdere forholdet til EMK art. 8 og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) konkret i forhold til de delene av regelverket som angår avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. Om nødvendig ble KSF bedt om å legge spørsmålene frem for Justis- og politidepartementet, herunder departementets lovavdeling.

I KSFs vedtak 24. mai 2005 er det anført at begrunnelsen for innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå «svært ofte» vil være av en slik karakter at det også er grunn til å frykte misbruk av ukontrollert kommunikasjon. Det ble på denne bakgrunn bedt om å få opplyst om det forelå en slik «frykt for misbruk» i det foreliggende tilfellet, og i så fall ble det bedt om at det ble redegjort nærmere for dette. I den grad KSF mente at det ikke var behov for, eller nødvendig, å foreta en slik konkret vurdering, ble det bedt om en begrunnelse for dette.

Kriminalomsorgen region sør omgjorde 2. mai 2005 vedtaket om innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. Begrunnelsen var at «en nærmere avklaring av As rolle har vist at han antagelig ikke var så sentralt involvert i gjennomføringen av [rømnings]planene som først antatt». Det har bl.a. derfor ikke vært grunn for ombudsmannen til å undersøke innsettelsen i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå i detalj. Klageren har imidlertid i telefonsamtale med ombudsmannens kontor anført at bakgrunnen for at han også har klaget over dette forholdet, var at KSF i vedtaket 24. mai 2005 hadde brukt dette som argument mot innvilgelse av søknaden om prøveløslatelse. Klageren har anført at det aldri var grunnlag for innsettelsen av ham i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. På denne bakgrunn ble det herfra lagt til grunn at klageren mente at avslaget på søknaden om prøveløslatelse bygget på uriktige faktiske forutsetninger.

KSF ble derfor i brevet herfra 10. oktober 2005 også bedt om å redegjøre nærmere for grunnlaget for innsettelsen av klageren i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå og på hvilken måte det hadde påvirket vurderingen av søknaden om prøveløslatelse.

As advokat opplyste i brev 13. november 2005 at han tiltrådte som fullmektig for klageren i saken for ombudsmannen. Han kom samtidig med enkelte tilleggsbemerkninger til klagen, i hovedsak i forhold til spørsmålet om adgangen til ukontrollert kommunikasjon med klienten. Klageren kom også selv med enkelte tilleggsbemerkninger i brev 3. desember 2005. Disse knyttet seg i hovedsak til prøveløslatelsesspørsmålet.

2.3 KSFs svar – kontroll av kommunikasjon med advokat

KSF opplyste i sitt svar 21. desember 2005 at den delen av saken som omhandlet spørsmålet om adgangen til ukontrollert kommunikasjon med advokat og forholdet til EMK art. 8 var oversendt til Lovavdelingen i Justis- og politidepartementet for vurdering, og at KSF ville komme tilbake til spørsmålet når redegjørelsen derfra forelå.

I forhold til spørsmålet om det forelå konkret «frykt for misbruk» av ukontrollert kommunikasjon i den konkrete saken, ble det bl.a. opplyst følgende:

> «Når det gjelder spørsmålet om det forelå konkret «frykt for misbruk» av ukontrollert kommunikasjon i den enkelte saken, kan det opplyses om at det utover grunnlaget for innsettelsen i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå også forelå andre omstendigheter som var egnet til å skape frykt for misbruk ved ukontrollert kommunikasjon. Det vises i den forbindelse til Kriminalomsorgen region sørs brev av 28.11.2005 på side 6 og Ringerike fengsels brev av 14.11.2005 på side 2 om det faktiske grunnlaget for den konkrete frykten for misbruk. Det vises videre til Ringerike fengsels notat av 26.08.2004 samt hendelsesrapport av 11.07.2004, hvor det fremgår at det i forbindelse med avlytting av telefonsamtale mellom A og en venninne ble fattet mistanke om mulig forsøk på innsmugling av veksthormoner. Det presiseres at det ikke forelå frykt for misbruk knyttet til den aktuelle advokaten, men at denne frykten knyttet seg til domfelte selv.
>
> KSF vil videre presisere at vi er av den oppfatning at det *alltid* skal foretas en konkret vurdering av om det bør gjøres lettelser i kontrolltiltakene, jf. pkt. 6–14 i retningslinjene. Vi ser i ettertid at det burde fremgått klarere av vårt vedtak at dette var vurdert.»

Uttalelsen fra Lovavdelingen om kommunikasjonskontroll i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå og forholdet til EMK art. 8, forelå 20. februar 2006. Lovavdelingen kom til at reglene i straffegjennomføringsloven §§ 30–32 med tilhørende forskrift, ikke er forenlig med, eller står i et tvilsomt forhold, til EMK art. 8, slik denne er tolket av EMD når det gjelder kontroll av kommunikasjon med advokater som ikke er offentlige forsvarere. Det fremgikk videre av uttalelsen at selv om dette særlig berører regelverket for avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, er det også grunn til å endre de generelle reglene som gjelder fengsel med høyt sikkerhetsnivå og fengsel med lavere sikkerhetsnivå, for å klargjøre at kommunikasjon med advokater nyter særlig beskyttelse.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning skrev på denne bakgrunn i brev hit 1. mars 2006 bl.a. følgende:

> «Kriminalomsorgens sentrale forvaltning legger denne tolkingsforståelsen til grunn.
>
> Vi vil på denne bakgrunn påbegynne arbeidet med å endre de aktuelle bestemmelsene i straffegjennomføringsloven samt tilhørende forskrift og retningslinjer, slik at disse blir i samsvar med EMK.
>
> Vi vil videre anmode regionene om å endre praksis i forhold til kommunikasjonskontroll overfor advokater i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå inntil de nødvendige endringer i regelverket er på plass. Det vises til at det i medhold av forskriften § 6–14 kan gjøres lettelser i kontrolltiltak.
>
> Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings tidligere forståelse av EMK, slik denne kom til uttrykk i vårt vedtak av 24.05.2005 i den konkrete enkeltsaken, er således ikke korrekt.»

Det er ikke fra klagerens side inngitt merknader til denne delen av klagen etter at Lovavdelingens uttalelse forelå.

2.4 KSFs svar – grunnlaget for innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå og vurderingen knyttet til søknaden om prøveløslatelse

I forhold til spørsmålet om det faktiske grunnlaget for innsettelse av A i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, viste KSF i svaret hit 21. desember 2005 i hovedsak til Ringerike fengsels brev 14. november 2005 og Kriminalomsorgen region sørs brev 28. november 2005, utarbeidet i forbindelse med forberedelsen av ombudsmannssaken for KSF. Det er særlig Ringerike fengsel som uttaler seg om dette spørsmålet, og om hovedelementene i vurderingen het det bl.a.:

> «Ringerike fengsel foreslo at A burde plasseres i høyrisikoavdelingen. Grunnlaget for vår vurdering var en totalvurdering av flere faktorer, bl.a. 1) domsgrunnlag, informasjon vi mottok om A i forbindelse med 2) overføringen til Ringerike fengsel, og 3) observasjoner og informasjon vi mottok om A under soning i Ringerike fengsel, og 4) informasjon om rømningsplaner/aksjon.»

KSF redegjorde videre for grunnlaget for avslaget på søknaden om prøveløslatelse, og uttalte bl.a. følgende:

> «KSF har merket seg domfeltes anførsel om at avslaget på søknaden om prøveløslatelse bygger på uriktige faktiske forutsetninger, men finner ikke at dette er tilfelle. Det fremgår av vårt vedtak av 24.05.2005 at prøveløslatelse etter en helhetsvurdering ikke kunne anses som tilrådelig. Domfelte var på dette tidspunktet ikke innsatt i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå og var overført til Skien fengsel for fortsatt soning.
>
> Det ble ved vurderingen lagt vekt på at domfelte sonet en lang fengselsstraff for en lang rekke alvorlige straffbare forhold, begått over flere år. Videre ble det lagt vekt på opplysninger som fremkom av dommen om at domfelte hadde et organisert kriminelt nettverk og at han selv hadde den bestemmende myndighet i virksomheten. I helhetsvurderingen ble det også lagt vekt på at domfeltes straffegjennomføring hadde vært problematisk med uro og negativ innflytelse på miljøet. Det ble i den forbindelse vist til at domfelte ved en anledning ble utelukket fra fellesskapet samt at han var blitt overført til avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. Det vises ellers til vårt vedtak av 24.05.2005.
>
> Det forhold at domfelte tidligere var blitt innsatt i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå var ikke i seg selv et avgjørende moment ved vurderingen av prøveløslatelse etter strgjfl. § 42. De samme momenter som er relevante ved innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, jf. pkt. 6.3 i retningslinjene, vil likevel også være relevante momenter ved vurderingen av spørsmålet om prøveløslatelse. Ved begge vurderingstemaene må det imidlertid foretas en konkret helhetsvurdering, hvor momentene kan ha noe ulik vekt.»

I forhold til dette anførte As advokat bl.a. følgende i brev 7. januar 2006:

> «Av det materialet som nå er fremlagt, synes det som at man i stor grad har basert vedtaket om avslag på rykter og antagelser som ikke er underbygget av håndfaste bevis som det heller ikke er faktisk adgang til å imøtegå.»

2.5 Innsyn i saksdokumenter

I forbindelse med oversendelsen av svaret hit 21. desember 2005 foretok KSF en nærmere gjennomgang av sakens dokumenter. Etter gjennomgangen fant KSF at enkelte dokumenter helt eller delvis burde unntas partsinnsyn etter straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c «da det av sikkerhetsmessige hensyn samt av hensyn til andre personer anses utilrådelig at domfelte gis innsyn i disse opplysningene».

As advokat kom med merknader i brev hit 27. desember 2005 og ba samtidig om å få oversendt «[d]e vedlegg det er vist til fra Ringerike og regionen» i KSFs svarbrev. Han stilte for øvrig spørsmål om det var grunnlag for å tilbakeholde andre dokumenter i saken.

Det ble i brev herfra 5. januar 2006 til advokaten redegjort for klagerens rett til hos ombudsmannen å gjøre seg kjent med uttalelser og opplysninger som er gitt i anledning ombudsmannssaken, jf. Stortingets instruks for ombudsmannen 19. februar 1980 § 6 tredje ledd. På denne bakgrunn fikk advokaten oversendt kopi av Ringerike fengsels brev 14. november 2005 til Kriminalomsorgen region sør og regionens brev 28. november 2005 til KSF. Øvrige dokumenter i saken ble advokaten i første omgang henvist til selv å be om innsyn i fra kriminalomsorgen.

I brev 24. januar 2006 til KSF begjærte As advokat innsyn i samtlige av sakens dokumenter. På bakgrunn av dette fattet KSF vedtak 16. februar 2006, der det bl.a. het:

«Kriminalomsorgens sentrale forvaltning finner etter en nærmere gjennomgang av sakens dokumenter at enkelte av disse, helt eller delvis, bør unntas partsinnsyn i medhold av straffegjennomføringsloven § 7 c, da det av sikkerhetsmessige hensyn samt av hensyn til andre personer anses utilrådelig at parten gis innsyn i disse opplysningene.

Følgende dokumenter unntas partsinnsyn i sin helhet:

- Meldingsrapport av 08.04.2004, vedlegg til Oslo fengsels ekspedisjon av 26.04.2004
- Tilsynsrådets brev av 15.07.2004 til Ringerike fengsel
- Ringerike fengsels notat av 19.08.2004
- Ringerike fengsels notat av 20.08.2004
- Vedlegg nr. 4 til Ringerike fengsels notat av 26.08.2004
- Ringerike fengsels notat av 23.02.2005

Følgende dokumenter inneholder opplysninger som er unntatt partsinnsyn:

- Oslo fengsels ekspedisjon av 26.04.2004 med vedlegg, unntatt meldingsrapport av 08.04.2004, som unntas i sin helhet
- Ringerike fengsel notat av 21.08.2005
- Ringerike fengsel notat av 26.08.2004, med unntak av ett vedlegg som unntas i sin helhet
- Ringerike fengsels brev av 10.03.2005 til Kriminalomsorgen region sør
- Ringerike fengsels brev av 25.04.2005 til Kriminalomsorgen region sør

Ovennevnte dokumenter er gjenstand for partsinnsyn i sladdet versjon.»

As advokat klaget i brev hit 20. februar 2006 over avgjørelsen om å avslå innsyn i hele eller deler av enkelte dokumenter. Det ble besluttet å undersøke også enkelte sider av denne avgjørelsen nærmere og i brev herfra 21. april 2006 ble KSF bedt om kort å redegjøre for de nærmere vurderingene som lå bak avgjørelsen om å unnta enkelte dokumenter i sin helhet fra partsinnsyn. Det ble videre bedt om en nærmere redegjørelse for vurderingene knyttet til avgjørelsen om å unnta de sladdede delene av følgende dokumenter fra partsinnsyn:

- Brev 26. april 2004 fra Oslo fengsel til Ringerike fengsel
- Brev 10. mars 2005 fra Ringerike fengsel til Kriminalomsorgen region sør
- Brev 25. april 2005 fra Ringerike fengsel til Kriminalomsorgen region sør

Det ble vist til at de aktuelle opplysningene i de sistnevnte dokumentene, helt eller delvis kunne synes å fremgå av andre dokumenter som det allerede var gitt innsyn i.

I svaret fra KSF 31. mai 2006 het det bl.a. følgende om begrunnelsen for avslaget:

«Dokumenter som i sin helhet er unntatt fra partsinnsyn:

Meldingsrapport av 08.04.2004. Ringerike fengsels notat av 19.08.2004 og vedlegg nr. 4 til Ringerike fengsels notat av 26.08.2004

De tre ovennevnte dokumentene innholder i all hovedsak opplysninger gitt av andre innsatte, om blant annet trusler og trakassering. KSF har vurdert opplysningene slik at det av hensyn til en annen person anses utilrådelig at parten får kjennskap til disse, jf. strgjfl. § 7 c. Ved vurderingen er det lagt vekt på at det anses å foreligge en reell fare for represalier m.v. Det vises i den forbindelse til Kriminalomsorgen region sørs brev av 28.11.2005, der det fremgår at regionen på bakgrunn av opplysninger i dommen og hans adferd i fengselet finner at det er god grunn til å frykte hevnaksjoner mot impliserte som har uttalt seg ufordelaktig om ham.

Tilsynsrådets brev av 15.07.2004 til Ringerike fengsel

Dokumentet inneholder opplysninger gitt av innsatte til tilsynsrådet. Dokumentet ble opprinnelig unntatt partsinnsyn etter strgjfl. § 7 c fordi det inneholder opplysninger som det av hensyn til en annen person må anses utilrådelig at parten får kjennskap til. Det vises videre til at opplysninger om andre innsattes personlige forhold er belagt med taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Etter en nærmere gjennomgang har KSF kommet til at innsyn kan gis i deler av dokumentet, etter at de innsattes navn og andre personlige forhold er sladdet.

Ringerike fengsels notat av 23.02.2005

Dokumentet inneholder opplysninger som KSF etter en helhetsvurdering finner å unnta fra partsinnsyn i medhold av strgjfl. § 7 c, under henvisning til at innsyn anses utilrådelig på grunn av sikkerhetsmessige hensyn. Videre inneholder det opplysninger om en annen innsatt som er taushetsbelagte etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. KSF har etter en nærmere gjennomgang kommet til at innsyn kan gis i de øvrige deler av dokumentet, da opplysningene nå forutsettes kjent.

Dokumenter som delvis er unntatt fra partsinnsyn:

Oslo fengsels brev av 26.04.2004

KSF fant etter en helhetsvurdering at det var grunnlag for å unnta fra partsinnsyn ett avsnitt i brevet. Det kan opplyses om at avsnittet inneholder opplysninger som dannet grunnlag for mistanke om rømningsforsøk. Innholdet i opplysningene er imidlertid av en slik karakter at innsyn ble ansett som utilrådelig ut fra sikkerhetsmessige hensyn, jf. strgjfl. § 7 c.

Ringerike fengsels brev av 10.03.2005 til Kriminalomsorgen region sør

Et avsnitt i ovennevnte brev er unntatt fra partsinnsyn i medhold av strgjfl. § 7 c. KSF har ved en nærmere gjennomgang sett at disse opplysningene helt eller delvis er gjort kjent gjennom andre dokumenter, slik Sivilombudsmannen antyder i brev av 21.04.2006. Det er følgelig ikke grunnlag for å unnta dette fra partsinnsyn, slik at

dokumentet i sin helhet heretter er gjenstand for fullt innsyn.

Ringerike fengsels brev av 25.04.2005 til Kriminalomsorgen region sør

To avsnitt i brevet ble unntatt fra partsinnsyn. Det første avsnittet innholder politiinformasjon, og er unntatt fra partsinnsyn av hensyn til etterforskning av straffbare forhold, jf. strgjfl. § 7 c. Når det gjelder det andre avsnittet, har KSF ved en nærmere gjennomgang sett at disse opplysningene helt eller delvis er gjort kjent gjennom andre dokumenter. Det er følgelig ikke grunnlag for å unnta disse opplysningene fra partsinnsyn.»

As advokat kom med merknader til KSFs svar i brev 14. juni 2006, og anførte bl.a. følgende:

«Når det gjelder dokumentene som er holdt tilbake, tas til etterretning at de aller fleste dokumenter er frigitt på veien til ombudsmannens avgjørelse; først ved KSFs omgjøringsvedtak i desember og nå ved nytt omgjøringsvedtak 31. mai d.å. I og med at ombudsmannens kontroll er etterfølgende, er det også grunn til å be ombudsmannen uttale seg om hvorvidt det var grunnlag for det opprinnelige tilbakeholdet, da uttalelsen vil kunne få betydning for praktiseringen i fremtidige saker. Det skal her særlig bemerkes at ved ordinær saksgang hadde innsyn ikke vært gitt i noen av dokumentene, da klageadgangen var uttømt ved klage til regionen. Denne sak synes å vise at kriminalomsorgen gjennomgående tolker innsynsbestemmelsene for strengt til ugunst for den som anklages.

Når det gjelder de dokumenter som fortsatt holdes tilbake, må disse inneholde det faktiske grunnlaget for frihetsberøvelsen, og følgelig være av sentral betydning at det blir gitt innsyn i med mulighet for kontradiksjon. Dette fordi intet av det som er mottatt så langt synes å kunne begrunne isolasjonen og sanksjonene i fengselet. Ombudsmannen må se de gjenværende dokumenter i sammenheng med klagen over selve isolasjonsvedtaket, slik at innsynsretten blir sterkere jo større betydning de har for det underliggende vedtak.

Særlig betenkelig synes det imidlertid – uansett – å være at meldingsrapport av 8.4.04 m.fl. ... holdes tilbake, da det her fremgår at det fremsettes *konkrete* anklager mot A som han da er avskåret fra å uttale seg om, og som synes vektlagt ved forvaltningens saksbehandling. Det samme gjelder Oslo fengsels brev av 26.4.04 ... der det anføres å foreligge «opplysninger som dannet grunnlag for mistanke om rømningsforsøk». Det er uforståelig at slike opplysninger som måtte foreligge (og som tydeligvis A allerede må være klar over dersom det skal kunne knyttes til ham og brukes mot ham) skal kunne holdes tilbake av «sikkerhetsmessige hensyn» – særlig etter at han er løslatt.

Ombudsmannen må foreta en konkret og grundig vurdering ut fra sitt kjennskap til dokumentenes innhold, i det jeg legger til grunn at disse er oversendt fra KSF til ombudsmannen i usladdet form for vurdering av innsynskravet og den gitte begrunnelse for nektelse.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen blant annet:

«3.1 Kontroll av kommunikasjon med advokat – forholdet til EMK art. 8

For innsatte i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå gjelder det særskilte regler bl.a. for kommunikasjonskontroll (kontroll av postsending, besøk og telefonsamtaler til og fra den innsatte). Reglene fremgår i første rekke av straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 §§ 30 til 32. Det følger av annet ledd i disse bestemmelsene at kriminalomsorgen *skal* kontrollere henholdsvis postsendinger, besøk og telefonsamtaler i en slik avdeling.

Nærmere regler for gjennomføringen av kommunikasjonskontrollen følger bl.a. av straffegjennomføringsforskriften 22. februar 2002 nr. 183 §§ 6–10 til 6–12. Det følger av disse bestemmelsene at besøk skal gjennomføres med glassvegg og avlytting, at postsendinger skal kontrolleres ved gjennomlysing e.l., åpnes og gjennomleses, og at telefonsamtaler skal avlyttes i sin helhet. Det skal i utgangspunktet ikke under noen omstendigheter gjøres lettelser i forhold til dette uten etter beslutning fra regionalt nivå i kriminalomsorgen, jf. forskriften § 6–14.

Hvilke kontrolltiltak som kan benyttes er begrenset i forhold til «offentlig forsvarer» m.fl., jf. straffegjennomføringsloven §§ 30 til 32 sjette ledd. Det følger for eksempel av straffegjennomføringsloven § 31 sjette ledd annet punktum at overhøring av samtale mellom den innsatte og hans offentlige forsvarer «ikke [skal] finne sted».

I de retningslinjene til straffegjennomføringsloven som gjaldt på tidspunktet for klagesaken, gitt av KSF 16. mai 2002, punkt 3.33, 3.34 og 3.35 het det følgende om hvem som ble ansett som offentlig forsvarer:

«Med offentlig forsvarer menes offentlig oppnevnt forsvarer, herunder advokatfullmektig som møter på dennes vegne.»

Advokater uten forsvareroppnevning ble således ansett å falle utenfor den særskilte reguleringen.

Spørsmålet i saken har vært hvordan dette forholder seg til Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 (EMK) art. 8, som i norsk oversettelse lyder:

«1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

I forhold til nødvendighetskravet etter EMK art. 8 nr. 2 har Justis- og politidepartementets lovavdeling i sin uttalelse 20. februar 2006 bl.a. uttalt:

«2.2.3 Kommunikasjonskontroll i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå

Når det gjelder avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, er det ... et strengere kontrollregime, der utgangspunktet er at gjennomlesing av post og avlytting av besøk og telefonsamtaler skal finne sted. Vilkår for innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå går frem av forskrift til straffegjennomføringsloven § 6-2:

«I avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå kan det innsettes domfelte og varetektsinnsatte som antas å medføre særlig rømningsfare, fare for anslag utenfra for å bistå til rømning, fare for gisseltaking eller fare for ny, særlig alvorlig kriminalitet.

Når andre sikkerhetsmessige tiltak har vist seg som eller fremstår som åpenbart utilstrekkelige, kan også innsatte som har gjort seg skyldig i gjentatt vold eller særlig truende adferd omfattes.»

Hvorvidt det er grunnlag for innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, vil bero på en konkret helhetsvurdering.

Det finnes per i dag bare én avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. Denne er lagt til Ringerike fengsel og har fem plasser til disposisjon. Vilkårene for innsettelse er snevre, og det strenge kontrollregimet berører således bare noen helt få fanger som anses for å utgjøre en særlig sikkerhetsrisiko. Med det forbeholdet som fremgår nedenfor legger vi på denne bakgrunn til grunn at reglene om åpning og gjennomlesning av post og avlytting av besøk og telefonsamtaler er innenfor statenes skjønnsmargin og i samsvar med konvensjonen. EMD har heller ikke i sakene den har behandlet, på generelt grunnlag underkjent tilsvarende regler om kommunikasjonskontroll, se bl.a. EMDs avgjørelser i Silver-saken, Golder-saken og Campbell-saken. Prøvelsen har i de nevnte sakene vært konkret i forhold til de enkelte brevene.

2.2.4 Særlig om kontroll av kommunikasjon med advokater

På ett punkt må imidlertid denne konklusjonen nyanseres. Korrespondanse med advokater anses etter EMDs praksis å nyte en særlig beskyttelse. Dette ble slått fast allerede i Golder-saken i 1975, og er blitt fulgt opp og presisert i en rekke senere saker, der *Campbell v. Storbritannia 28. februar 1992* er av særlig betydning for vurderingen av reglene i straffegjennomføringsloven.

Disse dommene gir ikke grunnlag for å skille mellom offentlige forsvarere og andre advokater eller prosessfullmektiger.»

Etter en gjennomgang av EMDs dommer i Golder-saken og Campbell-saken uttalte Lovavdelingen videre:

«I lys av EMDs avgjørelse i Campbell-saken, og de klare uttalelsene om at det ikke har betydning hva brevvekslingen med en advokat dreier seg om, må det legges til grunn at reglene i straffegjennomføringsloven som skiller mellom offentlige forsvarere og andre advokater, ikke er i samsvar med EMK artikkel 8, så langt de innebærer en rutinemessig åpning av brev, gjennomlesning av brev og avlytting av telefonsamtaler og samtaler under besøk.

Det følger av avgjørelsen at brev fra advokater kan åpnes dersom det foreligger rimelig grunn til å tro at brevet inneholder ulovlige gjenstander. Det må med andre ord foreligge en konkret mistanke, og rutinemessig åpning av brev er ikke tillatt. Brevet kan uansett i disse tilfellene bare åpnes, og skal ikke leses.

Videre legger EMD til grunn at gjennomlesing av brev til og fra en advokat, kan skje i ekstraordnære tilfelle («exceptional circumstances»), når myndighetene har rimelig grunn til å tro at advokatprivilegiet misbrukes og brevets innhold kan medføre fare for sikkerheten i fengselet eller andres sikkerhet, eller ellers er av en kriminell natur.

Utover disse tilfellene kan brev til og fra en innsatt ikke åpnes.»

Lovavdelingen vurderte også kontrollen av kommunikasjon med advokat i fengsel med lavere sikkerhetsnivå, og uttalte bl.a. følgende:

«Selv om retningslinjene langt på vei legger til grunn at prosessfullmektiger bør likestilles med offentlige forsvarere når det gjelder kommunikasjonskontroll i fengsel med høyt sikkerhetsnivå og fengsel med lavere sikkerhetsnivå, opprettholder imidlertid loven et prinsipielt skille, jf. straffegjennomføringsloven §§ 30 sjette ledd, 31 sjette ledd og 32 sjette ledd.

Videre er det av betydning at mens straffegjennomføringslovens forbud mot gjennomlesing og avlytting overfor offentlige forsvarere er absolutt, er det i retningslinjene bare uttalt at personer som kommuniserer med innsatte i kraft av sin stilling *bør* behandles på samme måte som offentlige forsvarere.»

I oppsummeringen av hvordan disse reglene står i forhold til EMK art. 8, het det videre:

«Som redegjort ovenfor, har EMD lagt til grunn at åpning av brev til eller fra advokat bare kan skje ved konkret mistanke, og at gjennomlesning av brev og avlytting av samtale eller besøk bare kan finne sted i spesielle tilfeller. Etter vår oppfatning er det derfor ikke tilstrekkelig at det i retningslinjer til loven er uttalt at kontroll av kommunikasjon med advokater *bør* begrenses på tilsvarende måte. Dette forsterkes av at utgangspunktet i straffegjennomføringsloven hva angår fengsel med høyt sikkerhetsnivå, er det motsatte, nemlig at kontroll skal finne sted.»

I sin oppsummering uttalte Lovavdelingen bl.a.:

«det [er] Lovavdelingens oppfatning at reglene i straffegjennomføringsloven §§ 30–32 med tilhørende forskrifter ikke er forenelig med eller står i et tvilsomt forhold til EMK artikkel 8, slik denne er tolket av EMD når det gjelder kontroll av kommunikasjon med advokater som ikke er offentlig forsvarere. Dette gjelder følgende punkter:

– åpning av post til og fra advokater uten at det foreligger konkret mistanke om at sendingen inneholder ulovlige objekter
– gjennomlesing av post til og fra advokater uten at det foreligger særlige omstendigheter

som gir myndighetene rimelig grunn til å tro at advokatprivilegiet misbrukes og at brevets innhold kan skade fengselets sikkerhet, andres sikkerhet eller er straffbart på annen måte
– avlytting av telefonsamtaler mellom innsatte og dennes advokat
– avlytting av samtaler under besøk av advokat

Det er videre vår oppfatning at selv om dette særlig berører regelverket for avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, er det grunn til å endre de generelle reglene som også gjelder fengsel med høyt sikkerhetsnivå og fengsel med lavere sikkerhetsnivå for å klargjøre at kommunikasjon med advokater nyter særlig beskyttelse.»

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har i brev hit 1. mars 2006 uttalt at den vil legge Lovavdelingens tolkingsuttalelse til grunn og det vil bli påbegynt et arbeid for å endre de aktuelle bestemmelsene i straffegjennomføringsloven og straffegjennomføringsforskriften, med tilhørende retningslinjer. Jeg har merket meg at regionene vil bli anmodet om å endre praksis i forhold til kommunikasjonskontroll med advokater inntil de nødvendige endringene i regelverket er på plass. Videre har jeg registrert at retningslinjene til straffegjennomføringsloven allerede er endret i forbindelse med KSFs revisjon 31. mai 2006. Det fremgår nå særlig i retningslinjene kap. 6 med tydelighet at andre advokater skal behandles på lik linje med offentlige forsvarere, jf. punkt 6.13, 6.14 og 6.15. Det er også under punktene 3.33, 3.34 og 3.35 gjort justeringer i retningslinjenes ordlyd som følge av dette. Jeg forutsetter at justeringene her vil fremgå enda tydeligere etter at også ordlyden i lovteksten er endret.

Ut over det som følger av Lovavdelingens uttalelse, som jeg i hovedsak kan slutte meg til, er det etter dette ikke nødvendig for meg å foreta nærmere vurderinger av spørsmålet om kontroll av kommunikasjon med advokater og forholdet til EMK art. 8. På ett punkt vil jeg likevel komme med en presisering i forhold til det Lovavdelingen generelt har uttalt om kontrollregimet ved avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå og forholdet til statens skjønnsmargin. I uttalelsen fra Lovavdelingen heter det bl.a.:

«Det finnes per i dag bare én avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. Denne er lagt til Ringerike fengsel og har fem plasser til disposisjon. Vilkårene for innsettelse er snevre, og det strenge kontrollregimet berører således bare noen helt få fanger som anses for å utgjøre en særlig sikkerhetsrisiko. Med det forbeholdet som fremgår nedenfor legger vi på denne bakgrunn til grunn at reglene om åpning og gjennomlesning av post og avlytting av besøk og telefonsamtaler er innenfor statenes skjønnsmargin og i samsvar med konvensjonen.»

Formuleringene kan gi inntrykk av at kontrollregimet i avdelingen (med unntak av kontroll av kommunikasjon med advokat) er innenfor statenes skjønnsmargin og i samsvar med konvensjonen, fordi det bare berører få personer. Det kan i så fall ikke være riktig og er formodentlig heller ikke det Lovavdelingen har ment. Begrunnelsen for at det er innenfor statenes skjønnsmargin å gi regler om et slikt kontrollregime for denne avdelingen, og at dette således er i samsvar med konvensjonen, må være at det er påvist et behov for å gjøre gjeldende et strengere kontrollregime overfor innsatte i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå enn andre innsatte, av de samme grunner som gjør at de er plassert i avdelingen.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har i brevet hit 1. mars 2006 konkludert med at den forståelsen av EMK som kom til uttrykk i KSFs brev 24. mai 2005 til Kriminalomsorgen region sør, ikke var korrekt. På bakgrunn av det ovennevnte, er jeg enig i dette. Den bærende begrunnelsen for KSFs synspunkt om reglenes forhold til EMK art. 8, slik dette fremgikk av vedtaket 24. mai 2005, var at inngrep i den innsattes rett til ukontrollert kommunikasjon med sin advokat «kan gjøres hvis man har grunn til å tro at unnlatt kontroll vil kunne misbrukes på en slik måte at sikkerheten blir satt i fare». Det ble videre vist til at begrunnelsen for innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå svært ofte vil være av en slik karakter at det også er grunn til å frykte misbruk av ukontrollert kommunikasjon. Dette lå til grunn for at KSF på dette tidspunktet ikke kunne se at reglene i straffegjennomføringsloven § 31 var i strid med EMK.

KSF foretok imidlertid aldri en mer inngående drøftelse på generelt grunnlag av spørsmålet om bestemmelsen i straffegjennomføringsloven § 31 vedrørende kontroll av besøk med advokat i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå som sådan stod i et tvilsomt forhold til EMK art. 8. Dette til tross for at dette spørsmålet var reist fra klagerens side og Kriminalomsorgen region sør nettopp overlot til KSF å treffe vedtak i saken fordi den reiste «prinsipielle spørsmål rundt tolkningen av begrepet «offentlig forsvarer» i straffegjennomføringsloven § 31, jf. forskrift til straffegjennomføringsloven § 6–10 og forholdet til EMK art. 8».

Saken illustrerer etter min mening betydningen av at forvaltningen, og i særlig grad sentralforvaltningen, i alle saker som gir grunn til det, foretar selvstendige og grundige vurderinger av forholdet til de menneskerettsforpliktelser Norge har, herunder forholdet til EMK, som er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30. Jeg viser i denne forbindelse til Aall, Rettstat og menneskerettigheter (Fagbokforlaget 2004), som på side 52–53 bl.a. uttaler følgende:

«Selv om det styrker menneskerettighetenes stilling om lovgivningen mest mulig aktivt innrettes i samsvar med konvensjonens krav, er det verken mulig eller nødvendig å gjøre det over alt. På den annen side er det heller ikke nødvendigvis tilstrekkelig. Siden det er den konkrete gjennomfø-

> ringen i praksis som er alfa og omega, forutsettes uansett abstrakt rettstilstand en aktiv oppfølgning i forvaltnings- og rettspraksis.»

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har i brev hit 21. desember 2005 opplyst at det forelå en generell frykt knyttet til klageren om at han ville kunne misbruke ukontrollert kommunikasjon. Det ble imidlertid samtidig presisert at det ikke forelå frykt for misbruk knyttet til den aktuelle advokaten. Jeg finner på denne bakgrunn grunn til å gjengi følgende uttalelse fra EMD i saken Campbell v. the United Kingdom 28. februar 1992 (premiss 48):

> «The reading of a prisoner»s mail to and from a lawyer ... should only be permitted in exceptional circumstances when the authorities have reasonable cause to believe that the privilege is being abused in that the contents of the letter endanger prison security or the safety of others or are otherwise of a criminal nature. What may be regarded as « reasonable cause » will depend on all the circumstances but it presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the privileged channel of communication was being abused.»

Slik jeg leser dette, kan det ikke i seg selv være tilstrekkelig at det foreligger mistanke om at den innsatte vil forsøke å misbruke sin ukontrollerte kontakt med advokaten, men også at det må foreligge konkret mistanke om at advokaten vil la seg misbruke. Det må i denne forbindelse forutsettes at advokaters rolleforståelse og yrkesetiske standard tilsier at advokater i utgangspunktet ikke vil stille seg i en slik situasjon. Dette er en helt sentral del av advokatprivilegiet. Om nødvendig må det eventuelt være opp til kriminalomsorgen å forklare overfor advokatene betydningen av at den ukontrollerte kommunikasjonen ikke misbrukes. Jeg viser i denne forbindelse til Ringerike fengsels brev 14. november 2005 til Kriminalomsorgen region sør i forbindelse med forberedelsen av ombudsmannssaken for KSF, særlig på side 6–7.

3.2 Vurderingen av søknaden om prøveløslatelse – grunnlaget for og betydningen av tidligere innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå

Klageren har overfor ombudsmannen anført at det aldri var grunnlag for innsettelsen av ham i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. Det ble lagt til grunn herfra at han derfor mente at avslaget på søknaden om prøveløslatelse bygde på uriktige faktiske forutsetninger. KSF har blitt bedt om å redegjøre for enkelte forhold ved sin vurdering av spørsmålet om prøveløslatelse, og i denne forbindelse er også grunnlaget for innsettelsen av klageren i avdelingen berørt.

Vilkårene for innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå følger av straffegjennomføringsforskriften § 6–2, som lyder:

> «I avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå kan det innsettes domfelte og varetektsinnsatte som antas å medføre særlig rømningsfare, fare for anslag utenfra for å bistå til rømning, fare for gisseltaking eller fare for ny, særlig alvorlig kriminalitet.
>
> Når andre sikkerhetsmessige tiltak har vist seg som eller fremstår som åpenbart utilstrekkelige, kan også innsatte som har gjort seg skyldig i gjentatt vold eller særlig truende adferd omfattes.»

Etter retningslinjene punkt 6.3 er vurderingskriteriene for innsettelse i slik avdeling bl.a.:

> «– tilhørighet til organiserte kriminelle grupperinger, terrorister, ekstreme politiske og religiøse grupper
> – politiinformasjon og andre opplysninger om innsatte som Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har mottatt
> – type lovbrudd
> – domslengde
> – tidligere atferd i fengsel, som for eksempel nye alvorlige straffbare forhold.»

Utgangspunktet er at ingen straffedømte bør gjennomføre straffen under strengere sikkerhets- og kontrollregimer enn det som er påkrevd av rene sikkerhetsmessige grunner, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) side 55. Dette stiller krav til saksbehandlingen og de opplysningene kriminalomsorgen bygger sine avgjørelser på. Kriminalomsorgen region sørs omgjøringsvedtak 2. mai 2005, der det fremgår at vedtaket om innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå i ettertid viste seg å bygge på en uriktig forutsetning om hvor sentral rolle klageren hadde i forhold til gjennomføringen av planer om å rømme fra fengselet, illustrerer etter min mening betydningen av at kriminalomsorgen bygger sine vedtak på et tilstrekkelig opplyst og forsvarlig grunnlag. Jeg har likevel ikke grunnlag ut fra de undersøkelser som er foretatt herfra for å trekke en konklusjon om hvorvidt det opprinnelige vedtaket om innsettelse i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå led av avgjørende feil eller mangler av betydning for resultatet.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har i brev hit 21. desember 2005 opplyst at vedtaket 24. mai 2005 bygget på at prøveløslatelse etter en helhetsvurdering ikke ble ansett som tilrådelig. Det er videre understreket at det forhold at klageren tidligere var innsatt i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå ikke i seg selv var et avgjørende moment ved vurderingen.

Det følger av straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd at prøveløslatelse ikke skal innvilges dersom «omstendighetene etter en totalvurdering gjør løslatelse utilrådelig». Vurderingen av om den innsatte skal prøveløslates bygger således, som KSF skriver, på en konkret helhetsvurdering, og vurderingen er av utpreget skjønnsmessig karakter. Slike vurderinger har ombudsmannen naturlig nok begrensede muligheter til å prøve. Det vil i første rekke være aktuelt å kritisere avgjørelser som beror på sli-

ke vurderinger dersom det hefter feil ved vurderingen, f.eks. fordi det er lagt avgjørende vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn, eller vedtaket for øvrig fremstår som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd.

Det kan settes spørsmålstegn ved at KSF i sitt vedtak 24. mai 2005 viste til, og etter det jeg forstår også la noe vekt på, at klageren hadde vært innsatt i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, ettersom regionen på dette tidspunktet hadde omgjort vedtaket om slik innsettelse under henvisning til at det bygget på en uriktig forutsetning om hvor sentral rolle klageren hadde i forhold til gjennomføringen av planer om å rømme fra fengselet. Jeg kan likevel ikke ut fra dette slutte at vedtaket om å opprettholde regionens avslag på søknaden om prøveløslatelse var ugyldig, og jeg kan heller ikke se at KSFs vedtak lider av andre feil eller mangler som beskrevet ovenfor. For ordens skyld viser jeg til at Kriminalomsorgen region sør i vedtaket 7. desember 2004 ikke la vekt på innsettelsen i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå.

3.3 Innsyn i saksdokumenter

Klageren har gjennom ombudsmannens behandling av saken fått helt eller delvis innsyn i flere dokumenter som det først har vært nektet innsyn i. Jeg kan i utgangspunktet ikke se at ombudsmannssaken på noen annen måte enn eventuelt gjennom tidsmomentet kan ha vært avgjørende for de vurderingene som har vært gjort. Dette kan således tyde på at begjæringene om innsyn ikke har vært behandlet på en tilstrekkelig grundig måte i første omgang. Jeg ber KSF merke seg dette i forhold til behandlingen av fremtidige saker.

Det gjenstår for meg å vurdere KSFs avslag helt eller delvis på begjæring om innsyn i følgende dokumenter:

Dokumenter som er unntatt partsinnsyn i sin helhet:

- Meldingsrapport 8. april 2004, vedlegg til Oslo fengsels ekspedisjon 26. april 2004
- Ringerike fengsels notat 19. august 2004
- Ringerike fengsels notat 20. august 2004
- Vedlegg nr. 4 til Ringerike fengsels notat 26. august 2004

Dokumenter som delvis er unntatt partsinnsyn:

- Oslo fengsels brev 26. april 2004 til Ringerike fengsel
- Tilsynsrådets brev 15. juli 2004 til Ringerike fengsel
- Ringerike fengsels notat 26. august 2004
- Ringerike fengsels notat 23. februar 2005
- Ringerike fengsels brev 25. april 2005 til Kriminalomsorgen region sør
- Ringerike fengsels notat 21. august 2005

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har i forhold til alle disse dokumentene vist til straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c som begrunnelse for helt eller delvis å avslå innsyn. Bestemmelsen, som gjør unntak fra forvaltningslovens ordinære regler om partsinnsyn, har følgende ordlyd:

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

Alle de ovennevnte dokumentene har vært tilgjengelig i usladdet versjon ved gjennomgangen av saken her, og det har således vært mulig for meg å foreta en selvstendig og uavhengig kontroll av KSFs vurderinger knyttet til spørsmålet om innsyn. Etter å ha gjennomgått dokumentene mener jeg det knytter seg tvil til KSFs vurdering i forhold til to av dokumentene som delvis er unntatt fra partsinnsyn.

I brev 26. april 2004 fra Oslo fengsel til Ringerike fengsel er ett avsnitt sladdet. Kriminalomsorgens sentrale forvaltning har i brev 31. mai 2006 opplyst at avsnittet inneholder opplysninger som dannet grunnlag for mistanke om rømningsforsøk, men at opplysningene for øvrig er av en slik karakter at innsyn ble ansett som utilrådelig ut fra sikkerhetsmessige hensyn.

Jeg har ikke myndighet til å omgjøre KSFs vedtak, og må således være forsiktig med å gå konkret inn på hvilke opplysninger som fremgår av dokumentet. Det er imidlertid etter mitt skjønn noe vanskelig å se hvorfor det ut fra sikkerhetsmessige hensyn skulle være utilrådelig å gi innsyn i de opplysningene som fremgår av dette avsnittet. Særlig i lys av at klageren ikke lenger er innsatt i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå ved Ringerike fengsel og erkjennelsen av at innsettelsen i avdelingen i ettertid har vist seg å bygge på en uriktig forutsetning om hvor sentral rolle klageren hadde i forhold til gjennomføringen av planer om å rømme fra fengselet. Det synes for øvrig for meg som om opplysningene vil kunne bidra til å redusere spekulasjonene rundt grunnlaget for innsettelsen i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå. Jeg vil derfor be KSF på nytt vurdere om det likevel kan være grunn til å gi innsyn også i den sladdede delen av dette dokumentet.

I brev 25. april 2005 fra Ringerike fengsel til Kriminalomsorgen region sør, hadde KSF opprinnelig sladdet to avsnitt. I forbindelse med gjennomgangen 31. mai 2006 ble det gitt innsyn i det siste av disse to avsnittene. Det er ikke gitt innsyn i det første

avsnittet under henvisning til at det inneholder politiinformasjon, og er unntatt fra partsinnsyn av hensyn til etterforskningen av straffbare forhold.

Jeg må også her være forsiktig med å gå konkret inn på hvilke opplysninger som fremgår av det aktuelle avsnittet i dokumentet. Slik straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c er utformet, legger jeg likevel til grunn at unntak fra innsyn etter dette alternativet bare kan gjøres på etterforskningsstadiet, og at det forhold at det er politiinformasjon i seg selv ikke kan begrunne at innsyn ikke gis. Jeg kjenner ikke til om den aktuelle saken fremdeles etterforskes, men viser til at brevet ble skrevet 25. april 2005 og ber KSF vurdere om det fortsatt er grunn til å nekte parten innsyn i dette avsnittet.

Jeg kan på generelt grunnlag heller ikke se at KSF har vurdert om klagerens advokat kan få innsyn i dokumentene under pålegg om at opplysningene ikke meddeles videre til parten, jf. Kriminalomsorgens veiledning om saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og straffegjennomføringsloven § 7 punkt 3.8, jf. retningslinjene til straffegjennomføringsloven punkt 2.3. KSF bes om å vurdere også dette.

For øvrig kan jeg ikke se at det er grunnlag for å kritisere KSFs vedtak om ikke å gi innsyn til den innsatte i de øvrige dokumentene.»

43.

Adgangen til å ha fortrolige samtaler med psykiater i fengselsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå

(Sak 2006/919)

En innsatt ved Ringerike fengsel klaget til ombudsmannen over at han ikke fikk ha fortrolige samtaler med psykiater i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå (høyrisikoavdelingen). Under undersøkelsen av saken kom det frem at fengselet la opp til at konsultasjoner med psykiater skulle kunne skje uten påhør av fengselsbetjenter, men at både psykiater og psykiatrisk sykepleier i så fall måtte være til stede samtidig.

Ombudsmannen ga uttrykk for at det sentrale poenget måtte være at denne typen samtaler kan finne sted uten at de overhøres av betjenter i fengselet, både av hensyn til behandlingssituasjonen, men også med tanke på å bevare konfidensialitet rundt de opplysningene som fremkommer i samtalen. Han fant ikke grunn til å kritisere at fengselet bare ville tillate konsultasjon med psykiateren med fengselsbetjenter utenfor hørevidde, dersom den psykiatriske sykepleieren også var til stede. Fengselet ble imidlertid anbefalt å vurdere om det i enkelttilfeller kunne være grunn til å gjøre unntak fra kravet om at det ved konsultasjon må være minst to personer til stede. Ombudsmannen påpekte også at det i enkelte tilfeller kunne tenkes at fengselsbetjentene ikke bare bør være utenfor hørevidde ved innsattes konsultasjoner med helsepersonell, men også utenfor synsvidde.

Ombudmannen merket seg for øvrig at fengselet mente at det psykiske helsetilbudet til de innsatte i fengselet var altfor dårlig og ga uttrykk for at dette var beklagelig. Han forutsatte at fengselet hadde fokus på dette og at overordnede ansvarlige myndigheter ble gjort oppmerksom på forholdet.

A klaget til ombudsmannen over at han ikke fikk ha fortrolige samtaler med sin psykolog (senere opplyst å være psykiater) i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå ved Ringerike fengsel. Det ble i denne forbindelse vist til et konkret tilfelle hvor han skulle ha blitt nektet å ha fortrolig samtale med psykiateren.

Det ble herfra besluttet å undersøke saken nærmere, og fengselet ble bedt om å redegjøre nærmere for de faktiske forholdene knyttet til det konkrete tilfellet A hadde vist til. Det ble i denne forbindelse bedt om å få opplyst hvilke tiltak som eventuelt var besluttet fra fengselets side som kunne være egnet til å gjøre fortrolig samtale mellom psykiateren og A vanskelig eller umulig. Fengselet ble også bedt om å opplyse om den aktuelle psykiateren var tilknyttet helsetjenesten ved fengselet.

Dersom det medførte riktighet at det var tiltak iverksatt av fengselet som gjorde at fortrolig samtale ikke lot seg gjennomføre, ble det bedt om å få redegjort nærmere for det rettslige grunnlaget for de aktuelle tiltakene. Det ble særskilt bedt om at forholdet til helsepersonells taushetsplikt etter bl.a. helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 21 ble kommentert. Fengselet ble også bedt om å redegjøre for de konkrete sikkerhetsmessige vurderingene som ble foretatt i det aktuelle tilfellet.

Fengselet ble deretter bedt om kort å redegjøre for hvordan hensynet til konfidensialitet generelt ivaretas i forbindelse med at det ytes helsetjenester til de innsatte ved fengselets avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. I denne forbindelse ble det vist til bl.a. Den europeiske komité for forebyggelse av torturs (CPTs) rapport 28. mars 2006 pkt. 78.

Til sist ble fengselet bedt om å redegjøre for psykologtilbudet ved avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå og om fengselet anså dette for å være tilstrekkelig.

I fengselets svar 15. juni 2006 het det bl.a. følgende:

> «Ingen har adgang til å være alene sammen med innsatte i høyrisikoavdelingen. To tilsatte fra helseavdelingen kan imidlertid gjennomføre en fortrolig samtale med innsatte under forutsetning av at det er to fengselsbetjenter i umiddelbar nærhet, men utenfor hørevidde.
>
> Bakgrunnen er sikkerhetsmessige forhold. Vi antar at dette er tiltak som ikke bare vil redusere faren for vold mot tjenestemenn, men også redusere faren for å bli utsatt for trusler, press og manipulasjoner.
>
> Fast tilknyttet helsepersonell blir på mange

måter behandlet på samme måte som om de var tilsatt i kriminalomsorgen.

Det er intet som tilsier at det er forsvarlig med reduserte sikkerhets-/kontrolltiltak overfor helsepersonell som er i kontakt med innsatte i høyrisikoavdelingen enn tilsatte i kriminalomsorgen.»

Om de faktiske forholdene i forbindelse med den aktuelle konsultasjonen opplyste fengselet at klageren hadde avtalt time med psykiater, som kom sammen med psykiatrisk sykepleier. Tilbakemeldingene fengselet hadde fått var at klageren hadde forlangt å få samtale med psykiater alene. Dette ble ikke innvilget og samtalen ble derfor avlyst. Fengselet viste til at den psykiatriske sykepleieren også er bundet av taushetspliktreglene i helsepersonelloven og at fengselstjenestemennene skulle være i umiddelbar nærhet, men i et annet rom. På bakgrunn av dette kunne fengselet ikke se at det hadde iverksatt tiltak som kunne vanskeliggjøre fortrolig samtale mellom klageren og helsepersonellet.

Fengselet opplyste at det ikke er eget personell som bare tjenestegjør ved avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå, heller ikke helsepersonell. Ifølge fengselet hadde imidlertid de innsatte ved avdelingen blitt høyt prioritert av helseavdelingen i forhold til andre innsatte. Det ble opplyst at det psykiske helsetilbudet ved fengselet frem til våren 2006 bestod av to psykiatere som hver tjenestegjorde 4 timer per uke. Ifølge fengselet sluttet imidlertid en av disse våren 2006, og tilbudet ble dermed redusert til 4 timer per uke. Fengselet ga uttrykk for at fordelt på 160 innsatte var psykiatritilbudet «altfor dårlig». Etter fengselets oppfatning var det behov for en 100 % stilling som psykiater, eventuelt 50 % psykiater og 50 % psykolog.

A kom med merknader til fengselets brev, og anførte bl.a. at innsatte i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå hadde vært alene sammen med både prest og lærer. Han reagerte på forskjellsbehandlingen i forhold til psykiater.

Fengselet opplyste i brev hit at det var riktig at fengselspresten kunne ha samtaler alene med innsatte i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå uten at tjenestemenn overhører samtalen. Ifølge fengselet hadde dette sammenheng med at prester er underlagt særskilt taushetsplikt og at det bare er én prest ved fengselet. Det er således ingen andre ansatte tilgjengelig som er underlagt samme taushetspliktregler som prester. Fengselet opplyste videre at dersom det var korrekt at innsatte i avdelingen hadde vært alene med lærer eller annen yrkesgruppe enn prest, så innebar dette et «klart brudd på instruks/regelverk».

I sine merknader til fengselets brev gjentok A at han og en annen innsatt ved flere anledninger hadde mottatt undervising med bare en lærer til stede, men med påsyn av fengselsbetjenter gjennom glassdør. Han anførte at «psykolog burde jo stå høyere i kurs når det gjelder fortrolighet».

Fengselet ga uttrykk for at instruksen var brutt dersom undervisningen hadde foregått slik klageren anførte. Det ble opplyst at det var gitt anledning til at fengselstjenestemennene kunne oppholde seg rett utenfor døren til det aktuelle rommet, men med døren oppe slik at de både kunne observere og overhøre undervisningen.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Det synes som om det er noe uklarhet om de faktiske forholdene i saken. Klageren kan forstås slik at han mener at han ikke fikk snakke med psykiater ... uten at det var fengselsbetjenter til stede. Fengselet har på sin side opplyst at klageren hadde anledning til å snakke med psykiateren med fengselsbetjentene utenfor hørevidde, men at den psykiatriske sykepleieren også måtte være til stede.

Saksbehandlingen ved ombudsmannens kontor er skriftlig og det blir ikke foretatt parts- eller vitneavhør i ombudsmannens regi. Behandlingen her er således ikke egnet til å avklare uenighet om de faktiske forhold i saken. Jeg legger imidlertid til grunn at fengselet i hvert fall mener at konsultasjonen med psykiateren skulle finne sted på den måten som er beskrevet i brevet hit 15. juni 2006, dvs. uten påhør av fengselsbetjenter men med både psykiater og psykiatrisk sykepleier til stede samtidig.

At denne typen samtaler kan finne sted uten at de overhøres av betjenter i fengselet er det sentrale poenget, både av hensyn til behandlingssituasjonen, men også med tanke på å bevare konfidensialitet rundt de opplysningene som fremkommer i samtalen. Jeg viser i denne forbindelse til at helsepersonell har en særskilt taushetsplikt om bl.a. legems- og sykdomsforhold etter helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64 § 21. De ulike helseprofesjonene er også i betydelig utstrekning underlagt etiske regler som pålegger en taushetsplikt som kan gå lenger enn det som følger av de lovfastsatte bestemmelser. Jeg forutsetter at fengselet også i fremtiden sørger for at denne typen samtaler kan gjennomføres uten påhør av betjenter i fengselet.

Fengselet har opplyst at ingen, unntatt presten, av sikkerhetsmessige hensyn får være alene sammen med innsatte i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå. Dette beror på en fengsels- og sikkerhetsfaglig vurdering som jeg vanskelig kan overprøve. Jeg kan derfor ikke kritisere at fengselet bare ville tillate konsultasjon med psykiateren med fengselsbetjenter utenfor hørevidde, dersom den psykiatriske sykepleieren også var til stede.

Jeg vil imidlertid bemerke at både behandler og pasient kan tenkes å finne dette problematisk ut fra et behandlingsperspektiv. I denne forbindelse viser jeg til notat 4. mai 2006 fra psykiater ... Jeg vil derfor anbefale at fengselet vurderer om det i enkelttilfeller likevel kan være grunn til å gjøre unntak fra kravet om at det ved konsultasjon må være minst to

personer til stede. Fengselet har opplyst at fengselspresten kan ha samtaler alene med innsatte i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå. At dette tillates synes å bero på en formell begrunnelse knyttet til reglene om taushetsplikt, snarere enn en vurdering av sikkerhetsrisikoen. Det er ikke gitt noen begrunnelse for at sikkerhetsrisikoen for en psykiater tilknyttet helsetjenesten i fengselet i utgangspunktet skulle være større enn for fengselspresten.

Jeg vil videre påpeke at det i enkelte tilfeller vil kunne tenkes at fengselsbetjentene ikke bare bør være utenfor hørevidde, men også utenfor synsvidde. Særlig antar jeg at dette vil kunne gjelde ved undersøkelse og behandling av somatiske lidelser. Dette har også en side til retten til privatliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 8. Jeg viser igjen til CPTs rapport 28. mars 2006 pkt. 78.

Jeg har for øvrig merket meg at fengselet mener at det psykiske helsetilbudet til de innsatte i fengselet er altfor dårlig. Dette er beklagelig og jeg forutsetter at fengselet stadig har fokus på dette og gjør overordnede ansvarlige myndigheter oppmerksom på forholdet.

Ut over dette har jeg ingen ytterligere merknader til det som har fremkommet i anledning saken, som med dette anses som avsluttet herfra.»

44.

Soningsforhold i fengselsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå – skjerming av utsyn fra celle

(Sak 2006/757)

A klaget til ombudsmannen over plasseringen av ham på en bestemt celle ved avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå (høyrisikoavdelingen) ved Ringerike fengsel. Vinduet i den aktuelle cellen var delvis dekket av en plastskjerm som begrenset utsynet. Ombudsmannen undersøkte blant annet bakgrunnen for at skjermen var montert og stilte også spørsmål om hvorfor vedkommende var plassert på den aktuelle cellen selv om flere andre celler på avdelingen stod tomme. I tilknytning til undersøkelsen ble det også stilt spørsmål om aktivitetstilbudet ved avdelingen.

Etter at saken var tatt opp av ombudsmannen ble A flyttet til en annen celle ved avdelingen og siden til en annen avdeling. Fengselet besluttet også at cellen ikke skulle brukes før skjermen var fjernet. Dette ble gjort noe senere og fengselet satte i stedet opp et annet stengsel som bare hindret utsynet til de bestemte delene av fengselet som det ikke var ønskelig at de innsatte skulle kunne se. Ombudsmannen anså etter dette hovedspørsmålene i saken som løst, men understreket likevel den vesentlige betydning adgangen til utsyn må antas å ha for den enkelte innsattes trivsel. Han understreket også betydningen av et tilstrekkelig aktivitetstilbud for de innsatte i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå, bl.a. sett hen til det regimet de innsatte gjennomfører sin straff under.

A var innsatt i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå ved Ringerike fengsel. Han ble plassert på en celle hvor vinduet delvis var dekket av en skjerm som begrenset utsynet mot bl.a. porten/slusen. Skjermen var laget av ruglete hard akrylplast.

A klaget til ombudsmannen over plasseringen av ham på den aktuelle cellen. Han viste til at han var den eneste innsatte i avdelingen og at han således burde ha vært plassert på en av de fire andre cellene som ikke hadde tilsvarende skjerming som begrenset utsynet. A anførte videre at han som eneste innsatte i avdelingen var «totalt isolert», noe som preget hans psykiske helsetilstand.

Saken ble tatt opp med Ringerike fengsel, som ble bedt om å komme med merknader til de forholdene som var tatt opp av A i klagen. Fengselet ble særskilt bedt om å redegjøre nærmere for de faktiske forholdene vedrørende den aktuelle skjermen, og på hvilken måte og i hvilken grad den begrenset utsynet fra cellen. Det ble også bedt om å få opplyst hva som var bakgrunnen for skjermen. Fengselet ble videre bedt om å redegjøre nærmere for den vurderingen som lå til grunn for plasseringen av A på den aktuelle cellen, istedenfor på en av de fire andre cellene i avdelingen som på det aktuelle tidspunktet stod tomme.

Fengselet ble til sist bedt om å redegjøre nærmere for hvilke aktivitetstilbud A hadde i avdelingen, herunder hvilken kontakt han hadde med andre mennesker, muligheter for lufting m.v. Det ble i denne forbindelse vist til merknadene fra Den europeiske torturforebyggelseskomiteen (CPT) i komiteens rapport 28. mars 2006 etter besøket til Norge høsten 2005.

Etter at saken var tatt opp av ombudsmannen ble A flyttet til en annen celle på avdelingen. Senere ble han overført fra avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå til avdeling A.

I fengselets svar til ombudsmannen ble skjermens mål og utforming m.v. beskrevet og dokumentert bl.a. ved hjelp av fotografier. Det ble videre opplyst at formålet med skjermen var å hindre utsyn til porten/slusen av sikkerhetsmessige hensyn, for at innsatte i avdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå ikke skulle kunne skaffe seg kjennskap til tidspunkt for vaktskifte, antall tjenestemenn på vakt til enhver tid m.v.

Fengselet la til grunn at cellen ikke kunne anses utilfredsstillende eller uegnet som celle på det tidspunktet klageren ble innsatt der, men erkjente at utsiktsforholdene, og dermed romfølelsen, var bedre fra de fire andre cellene. På bakgrunn av dette innrømmet fengselet at det kunne stilles spørsmål om det var nødvendig å plassere klageren på den aktuelle cellen, all den tid han var alene i avdelingen. I alle

fall kunne lengden av oppholdet i cellen etter fengselets mening ha vært kortere. Fengselet opplyste at det på denne bakgrunn, og etter at saken var tatt opp herfra, ble besluttet at cellen ikke skulle benyttes før skjermen var fjernet, og alternativt stengsel/hindring for utsyn til porten/slusen var på plass. Det ble i et senere brev fra fengselet bekreftet at skjermen var fjernet og erstattet med et alternativt stengsel som gjorde det umulig å se porten/slusen fra cellen.

Fengselet redegjorde også for aktivitetstilbudet i avdelingen, herunder hvilken kontakt klageren hadde hatt med andre mennesker, muligheter for lufting m.v. både før og etter tidspunktet hvor han var den eneste innsatte i avdelingen. Det ble bl.a. opplyst at klageren ble gitt anledning til utvidet telefonkvote, med ytterligere utvidelse i den perioden han satt alene i avdelingen, at han kunne brevveksle med hvem han ville, at han ofte var i kontakt med advokat både per telefon og ved besøk, at han hadde kontakt med fengselstjenestemenn, prest, helsepersonell, fritidsleder og sosialkonsulent, at han de siste par månedene daglig var ute av cellen mellom 6 ½ og 9 timer, samt at det ble tilbudt utvidet lufting eller ekstra lufting.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Jeg har merket meg fengselets begrunnelse for hvorfor skjermen, som på tidspunktet for klagen delvis stengte utsynet fra celle X, var montert. Videre har jeg merket meg at fengselet i ettertid synes å ha vurdert denne løsningen som mindre hensiktsmessig og derfor har fjernet skjermen, til fordel for en alternativ skjerming av utsynet til porten/slusen som ikke hindrer det alminnelige utsynet fra cellen i samme grad. Dette synes å være en fornuftig løsning på det klageren har anført i klagen hit. Jeg understreker for ordens skyld den vesentlige betydning adgangen til utsyn må antas å ha for den enkelte innsattes trivsel. Dette er trolig ekstra fremtredende for innsatte i en avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå.

Jeg har også merket meg at fengselet, selv om det mener cellen som sådan ikke var utilfredsstillende eller uegnet, har innrømmet at det kunne stilles spørsmål om det var nødvendig å plassere klageren på celle X når det var fire andre celler å velge mellom. Dette er jeg enig i og jeg har merket meg at klageren ble flyttet til celle Y dagen etter at saken ble tatt opp herfra.

Endelig har jeg merket meg fengselets beskrivelse av aktivitetstilbudene m.v. ved avdelingen. Når det gjelder dette spørsmålet, vil jeg presisere den særlige betydningen et tilstrekkelig aktivitetstilbud har for de innsatte i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, bl.a. sett hen til det regimet de innsatte gjennomfører sin straff under. Jeg viser for øvrig til CPTs merknader om dette i komiteens rapport 28. mars 2006.

Hovedspørsmålene i saken herfra synes etter dette å ha fått sin løsning. Ut over merknadene ovenfor finner jeg derfor å kunne la saken bero med de redegjørelser fengselet har gitt, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 fjerde ledd.»

I forbindelse med besøk til Ringerike fengsel høsten 2006 fikk ombudsmannen blant annet en omvisning i den aktuelle cellen. Det ble konstatert at skjermen som tidligere begrenset utsynet fra cellen var fjernet og at det i stedet var montert en plate på en av veggene i luftegården som begrenset utsynet til porten/slusen.

45.

Oppfølging av besøk ved Trondheim fengsel

(Sak 2005/465)

I forbindelse med besøk ved Trondheim fengsel 27. april 2005 hadde ombudsmannen bl.a. et møte med representanter for de innsatte. På bakgrunn av det som kom frem i møtet, og øvrig informasjon gitt under besøket, ble det bedt om fengselets skriftlige redegjørelse for forhold knyttet til oppnevningen av representantene for de innsatte, kontaktbetjentordningen, bruk av lukket avdeling, adgangen til å ha private musikkanlegg på cellene og spørsmålet om et permanent tillitsmannssystem (kontaktutvalg).

Ombudsmannen var på flere punkter kritisk til fengselets tilrettelegging av besøket og til oppfølgingen av foreleggelsen i etterkant. Han pekte videre på at kontaktbetjentordningen ved fengselet ikke fungerte tilfredsstillende, og ba fengselet om å gjennomgå ordningen med tanke på å bedre tilbudet til beste for de innsatte. Fengselet ble også bedt om å vurdere på nytt behovet for å etablere et permanent tillitsmannssystem. Ombudsmannen kom videre med enkelte merknader til bruken av lukket avdeling og adgangen for de innsatte til å ha private musikkanlegg på cellene.

Fengselet utarbeidet etter dette nye rutiner for utøvelsen av kontaktbetjentrollen og det ble også opprettet kontaktutvalg med representanter fra de innsatte ved samtlige avdelinger.

I forbindelse med besøk ved Trondheim fengsel 27. april 2005 hadde ombudsmannen bl.a. et møte med representanter for de innsatte. På bakgrunn av det som kom frem i møtet, og øvrig informasjon som ble gitt under besøket, ble det i brev til direktøren ved fengselet bedt om en skriftlig redegjørelse for enkelte forhold.

I sitt avsluttende brev uttalte ombudsmannen:

«1. Generelt om fengselets svar til ombudsmannen

Spørsmålene ble besvart av Trondheim fengsel i brev hit 22. september 2005. Vedlagt det korte svarbrevet, som er undertegnet av en juridisk rådgiver i fengselet, fulgte bl.a. et «notat» fra en førstebetjent

ved A-seksjonen og en kopi av et e-brev fra inspektøren ved E-seksjonen, med «innspill» til ombudsmannens brev.

Den fremgangsmåten som fengselet har valgt i forbindelse med svaret hit er ikke tilfredsstillende. Fremgangsmåten gir grunn til å stille spørsmål om henvendelsen herfra har vært gjenstand for tilstrekkelig grundige undersøkelser og overveielser, og er dessuten egnet til å kunne etterlate tvil med hensyn til om svaret er forankret i fengselets øverste ansvarlige ledelse. Brevet herfra 1. september 2005 var rettet til fengselsdirektøren, ettersom han forutsetningsvis er den som er nærmest til å svare på vegne av Trondheim fengsel. Ut fra dette måtte det kunne forventes at brevet ble besvart av direktøren selv, eller eventuelt av en annen representant for den øverste ledelsen ved fengselet. Det forutsettes for øvrig at forvaltningsorganet i alle fall til slutt gir et samlet svar på forespørselen herfra, fremfor bare å oversende flere interne forberedelsesnotater.

Slik saken er opplyst, har jeg ikke funnet grunn til å be om nærmere presiseringer knyttet til dette nå, men jeg ber fengselet merke seg det jeg her har pekt på for fremtiden.

2. Nærmere om de spørsmålene som har vært tatt opp herfra

Spørsmålene som har vært tatt opp med fengselet er av generell karakter, og jeg har ikke grunnlag for å uttale meg om konkrete enkeltsaker ved fengselet på bakgrunn av disse. Jeg vil imidlertid komme med noen generelle bemerkninger til de svarene som er gitt om forholdene som har vært tatt opp herfra i etterkant av besøket.

2.1 Oppnevningen av representanter for de innsatte, adgangen til forberedelse m.v.

I møtet med ombudsmannen beklaget representantene seg over at de på forhånd hadde fått for lite kjennskap til ombudsmannen og hans virksomhet. Det ble bl.a. vist til at det bare var en av representantene som hadde fått utdelt brosjyren om ombudsmannsordningen før besøket. Videre ble det opplyst at oppnevningen av enkelte av representantene først skjedde dagen før møtet med ombudsmannen, og at det dermed hadde blitt for liten tid til forberedelser.

Det ble herfra bedt om en redegjørelse for når oppnevningen av representantene ble foretatt og på hvilket grunnlag dette skjedde. Videre ble det bedt om å få opplyst om informasjonsbrosjyrene om ombudsmannsordningen, som var vedlagt brevet herfra 21. mars 2005 til fengselet, ble utdelt til representantene og i så fall når dette ble gjort. Det ble også stilt spørsmål om representantene fikk anledning til å møtes internt i forkant av møtet med ombudsmannen og eventuelt når og på hvilken måte dette ble gjennomført.

I svaret hit opplyste fengselet at informasjonsbrosjyrene ble levert ut til avdelingene, og at de dermed var tilgjengelige for alle innsatte. Når dette ble gjort var ifølge fengselet vanskelig å dokumentere i ettertid, men inspektøren ved E-seksjonen opplyste at det ut fra «vanlig praksis» var sannsynlig at brosjyrene ble gjort tilgjengelig en til to dager etter at de ble mottatt av fengselet. Det ble videre opplyst at utvelgingen av representantene ble foretatt dagen før møtet med ombudsmannen, og at de innsatte fikk anledning til å samles i et møterom før møtet. Fengselet opplyste ikke på hvilket grunnlag representantene ble oppnevnt.

I brevet herfra 21. mars 2005 til fengselet ble det bedt om at det i *god tid* før besøket skulle klargjøres hvem som skulle representere de innsatte fra de ulike avdelingene i fengselet. Dette bl.a. fordi representantene skulle gis anledning til nødvendige forberedelser før møtet med ombudsmannen. Det ble også utrykkelig bedt om at hver av representantene skulle få utdelt et eksemplar av den oversendte informasjonsbrosjyren om ombudsmannsordningen.

Fengselet burde bl.a. ut fra dette ha sørget for at representantene ble utnevnt på et tidligere tidspunkt enn det som faktisk ble gjort. Hensikten med ønskene som ble uttrykt i brevet herfra var å sikre et best mulig utbytte av det planlagte møtet mellom ombudsmannen og de innsatte. En forutsetning for dette var at representantene ble gitt tid til å sette seg inn i ombudsmannsordningen, og eventuelt også tid og anledning til å snakke med de øvrige innsatte på avdelingen for å innhente deres synspunkter og innspill. Ettersom representantene først ble utnevnt dagen før møtet med ombudsmannen, og det i tillegg bare var en av representantene som fikk utdelt informasjonsbrosjyren, synes mulighetene for slike nødvendige forberedelser å ha vært svært begrenset.

Jeg finner etter dette å måtte kritisere fengselets manglende oppfølging av de uttrykte ønskene herfra, og den fremgangsmåten som ble valgt i forbindelse med oppnevningen av representantene.

2.2 Kontaktbetjentordningen

Representantene ga i møtet uttrykk for at kontaktbetjentordningen i utgangspunktet er positiv for de innsatte, men at den ikke fungerer tilfredsstillende for alle. Det ble bl.a. vist til at kontaktbetjenten er gitt en nøkkelfunksjon i mange sammenhenger, og at ordningen kan virke som en propp i systemet dersom kontaktbetjenten ikke er tilgjengelig, eller dersom kontakten mellom den innsatte og betjenten ellers ikke fungerer som forutsatt. Det ble også etterlyst bedre informasjon i forbindelse med oppnevningen av kontaktbetjent.

Det ble herfra bedt om en redegjørelse for fengselets rutiner for oppnevning av kontaktbetjent. Det ble herunder bedt om å få opplyst om det gis skriftlig underretning til den innsatte om oppnevningen, eller eventuelt hvordan fengselet ser på muligheten for å innføre en slik rutine.

I svaret fra fengselet het det at kontaktbetjentordningen ikke fungerer tilfredsstillende, og det ble bl.a. vist til at innsatte på korte dommer kan gå gjennom soningen uten å få oppnevnt kontaktbetjent. For innsatte på lange dommer ble det opplyst at det kan ta lang tid før kontaktbetjent blir tildelt. Inspektøren ved E-seksjonen opplyste at hver betjent (unntatt på modulbygget) er kontaktbetjent for tre innsatte, og at dette er mye av grunnen til at ordningen ikke fungerer tilfredsstillende. Han opplyste også at beskjed om tildeling av kontaktbetjent blir sendt ut i e-brev til betjentene, og at det deretter er opp til den enkelte betjenten å ta kontakt med den innsatte.

I svarbrevet hit 22. september 2005 bemerket fengselet ellers på generelt grunnlag at «når det gjelder kontaktbetjent «rollen» og dens oppgaver og intensjon, er dette noe fengselet jobber kontinuerlig med for å forbedre til det bedre for den enkelte innsatte.»

Som regel vil det alltid være et forbedringspotensial ved ordninger av denne art. I rundskriv KSF 2/2002 (Retningslinjer for kontaktbetjentarbeidet) er det gitt uttrykk for at kontaktbetjentordningen «er et sentralt område innen kriminalomsorgens faglige arbeid». Målsettingene ved ordningen er videre definert slik:

> «En hovedmålsetting for kriminalomsorgen er å legge forholdene til rette for at innsatte skal bli i stand til å gjøre en egen innsats for å motvirke et kriminelt handlingsmønster. Kontaktbetjenten har en viktig funksjon ved å bistå innsatte i dette arbeidet, og skal arbeide aktivt sammen med den innsatte i en motivasjons- og endringsprosess.
>
> Kontaktbetjentordningen har til hensikt å bedre soningsforholdene og den samlede innsatsen overfor innsatte. De får en stabil kontakt i fengselet og bedre mulighet til å forberede løslatelse.
>
> Kontaktbetjentordningen skal være en integrert del av den daglige driften.»

Det følger videre av rundskrivet at det er et mål at alle domfelte og varetektinnsatte skal ha kontaktbetjent. I rundskrivet er det understreket at lokalt nivå innenfor kriminalomsorgen har et særskilt ansvar for å motivere sine tilsatte til å utøve kontaktbetjentarbeidet, og for øvrig tilrettelegge fengselstjenesten slik at det blir kontinuitet i tjenesten og rom for at nødvendig veiledning og opplæring blir gitt.

Kontaktbetjentordningen skal i første rekke være til støtte og hjelp for de innsatte under soningen og i arbeidet med å legge forholdene til rette for en mest mulig vellykket løslatelse. En hovedmålsetting er å bistå de innsatte med å gjøre en egen innsats for å motvirke et kriminelt handlingsmønster. Kontaktbetjentordningen er således i første rekke til for de innsatte. Det følger av dette at de innsattes oppfatning av hvordan ordningen fungerer vil måtte være en viktig indikator for hvor vellykket ordningen er.

Det synes å være enighet om at kontaktbetjentordningen ved Trondheim fengsel ikke fungerer tilfredsstillende, og det er god grunn til å stille spørsmål om hvorfor. Det synes bl.a. å være en fare for at enkelte innsatte som er motivert for det, ikke har fått et tilrettelagt tilbud om kontaktbetjent. Gjeldende rutiner synes også å overlate en for stor del av ansvaret for informasjon og for å ta initiativ til den enkelte fengselsbetjent. Et slikt system vil gi stort rom for store individuelle variasjoner i hvert enkelt tilfelle.

I lys av dette er det grunn til å be fengselet om å gjennomgå kontaktbetjentordningen ved fengselet og vurdere behovet for å gjøre endringer i rutinene knyttet til ordningen med tanke på å bedre tilbudet til beste for de innsatte. Fengselet bes særskilt vurdere behovet for bedre informasjon til de innsatte om ordningen generelt og om oppnevningen av kontaktbetjent for den enkelte.

2.3 Bruk av lukket avdeling

De innsatte hevdet at tilbudene for de som sitter på lukket avdeling (A-bygget) er lite tilfredsstillende, og at luftegården bl.a. skal være liten og dårlig. Det ble også pekt på et overforbruk av lukket avdeling, særlig i forhold til kvinnelige innsatte som ikke får plass på kvinneavdelingen.

Det ble herfra bedt om fengselets merknader til ovennevnte. Fengselet ble særskilt bedt om å opplyse om det er praktisk mulig for fengselet å bedre luftemulighetene på lukket avdeling.

I svaret opplyste fengselet at kvinnelige innsatte blir plassert på lukket avdeling fordi det ofte er fullt på kvinneavdelingen, men at de blir overflyttet til kvinneavdelingen «ved første mulighet». Det ble videre opplyst at de som ikke får plass på kvinneavdelingen med det samme får felleskap på ettermiddagene, og at de ellers får det samme arbeidstilbudet som de andre innsatte. Vedrørende forholdene for de øvrige som soner på lukket avdeling (A-bygget), viste fengselet kort til at disse «lufter i luftestrålene fordi fengselet ikke har bemanning til lufting i den store luftegården».

Jeg har merket meg fengselets opplysninger om at kvinnelige innsatte overføres til kvinneavdelingen straks det er ledig kapasitet, og at fengselet forsøker å legge forholdene til rette for de som soner midlertidig på lukket avdeling i påvente av ledig plass på kvinneavdelingen. Jeg har også merket meg at de problemene som er påpekt under dette punktet ifølge fengselet i hovedsak beror på ressursmessige forhold.

Slik saken er opplyst nå har jeg ikke grunnlag for å kommentere disse forholdene nærmere. Jeg vil imidlertid på generelt grunnlag understreke viktigheten av at fengselet, innenfor rammene av de ressursmessige hensynene, i størst mulig grad legger forholdene til rette for bl.a. forsvarlig lufting for de innsatte på lukket avdeling (A-bygget).

2.4 Private musikkanlegg, CD-spillere m.v.

De innsatte opplyste at det er et generelt forbud i alle avdelinger mot å ha private CD-spillere og lignende på cellene, med unntak for enkelte innsatte som soner på kontrakt.

Det ble herfra bedt om å få opplyst om det er riktig at det er et slikt generelt forbud mot private CD-spillere og lignende i fengselet. I bekreftende tilfelle ble det bedt om en nærmere redegjørelse for bakgrunnen for forbudet i lys av straffegjennomføringsloven med tilhørende forskrift og retningslinjer.

Inspektøren ved E-seksjonen opplyste, under henvisning til straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 26 første ledd, at private musikkanlegg ikke er tillatt ved seksjonen men at det er åpnet for dette på Miljø- og kontraktsavdelingen. Han viste bl.a. til at begge disse avdelingene «setter strengere krav til innsatte» og at fengselet «derfor [har] funnet det forsvarlig å tilby innsatte her muligheten til musikkanlegg på cellene».

Etter forespørsel herfra har fengselet senere oversendt en liste over de gjenstandene som de innsatte har lov til å ha på rommet.

Straffegjennomføringsloven med forskrifter overlater i stor grad til det enkelte fengsel å avgjøre hvilke gjenstander de innsatte skal få ha på cellen. I lovens § 26 første ledd heter det:

> «Kriminalomsorgen kan ut fra hensynet til ro, orden og sikkerhet gi bestemmelser om hvilke gjentander som det er tillatt å ta med inn eller ut av fengselet.»

I forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 § 3–19 første ledd heter det videre:

> «Lokalt nivå gir nærmere bestemmelser om hvilke gjenstander og hvor mange gjenstander som tillates tatt med på rommet. Tilsvarende gjelder gjenstander som innsatte ønsker oppbevart på fengselsområdet. Overdragelse mellom innsatte innbyrdes er ikke tillatt uten forhåndssamtykke.»

I retningslinjene punkt 3.24 heter det bl.a. følgende:

> «Innsatte kan ha noen mindre, personlige eiendeler hos seg i fengselet... Privat TV, radio, CD-spiller, datautstyr og annet teknisk utstyr skal ved behov – om mulig – plomberes hvis det tillates tatt inn på innsattes rom.»

Jeg forutsetter ut fra dette at fengselet jevnlig vurderer i hvilke avdelinger og soningsformer som det er «forsvarlig» å tillate privat musikkutstyr på cellene innefor rammene av de praktiske og resursmessige hensynene som gjør seg gjeldende. På generelt grunnlag vil jeg for øvrig understreke viktigheten av at de innsatte sikres et tilfredsstillende fritidstilbud, herunder tilgang til radio og TV, jf. retningslinjene punkt 3.19. Tilgang til et tilfredsstillende fritidstilbud gjelder ikke minst for de innsatte som soner på lukket avdeling.

2.5 Tillitsmannsystem/kontaktutvalg

Representantene for de innsatte ga klart uttrykk for at det var ønskelig fra deres side at det blir etablert en permanent tillitsmannsordning ved fengselet (kontaktutvalg). De innsatte mente bl.a. at dette kunne være et nyttig instrument for å bedre kommunikasjonen mellom de innsatte og fengselsledelsen.

Det var herfra ønskelig å få belyst hva som er bakgrunnen for at det ikke finnes et kontaktutvalg i Trondheim fengsel. I brevet herfra ble det derfor stilt spørsmål om fengselet har undersøkt om det blant flertallet av de innsatte er ønskelig med en fast tillitsmannsordning, og hvordan fengselet eventuelt ser på mulighetene for å etablere dette.

I møtet med fengselsledelsen ble det opplyst at deler av fengselet i stedet for fast kontaktutvalg har allmøte på avdelingene annenhver torsdag, men at lukket avdeling og varetektsavdelingen verken har allmøte eller kontaktutvalg. Det ble videre opplyst at avdeling Leira har kontaktutvalg med representanter som velges på allmøte for en periode på tre måneder. Avdeling Kongensgate har etter det opplyste allmøte første onsdag i hver måned.

Inspektøren ved E-seksjonen har i sitt svar bl.a. opplyst at «Tillitsmenn på avdelingene er ikke ønskelig da dette etter erfaring vil medføre at «sterke» enkeltinnsatte og grupper innsatte får anledning til å styre avdelingen». Lignende hensyn ble også fremhevet av fengselsledelsen i møtet med ombudsmannen.

I straffegjennomføringsloven § 25 heter det:

> «Dersom de innsatte ønsker det, bør kriminalomsorgen etablere samarbeidsorganer med representanter for innsatte og tilsatte. Hvis straff gjennomføres i avdeling som nevnt i § 10 annet ledd, kan slike organer etableres dersom sikkerhetsmessige grunner ikke taler imot det.
>
> Samarbeidsorganene har som formål å legge til rette for diskusjon av spørsmål som har betydning for de innsattes daglige liv. Spørsmål som angår en enkelt innsatt eller tilsatt, eller spørsmål om organisering av sikkerhetsmessige tiltak, kan ikke diskuteres.»

I pkt. 3.23 i retningslinjene til loven er det forutsatt at slike organer skal etableres dersom flertallet av de innsatte ønsker det. Ut over dette er det i følge retningslinjene opp til fengselsledelsen å bestemme hvordan ordningen nærmere skal organiseres og fungere innenfor rammen av straffegjennomføringsloven § 25.

Det er ikke opplyst hvilke undersøkelser fengselet har foretatt for å kartlegge de innsattes ønsker knyttet til dette spørsmålet, og eventuelt når dette ble gjort sist. Den begrunnelsen som er gitt for ikke å ha et kontaktutvalg er også kort og lite underbygget.

Jeg er bl.a. fra tidligere besøk ved andre fengsler kjent med at det er relativt vanlig at det finnes en permanent ordning med et kontaktutvalg for de innsatte. På bakgrunn av dette vil jeg be fengselet om å

vurdere på nytt behovet for å etablere en fast kontaktutvalgsordning. Fremfor alt synes det betenkelig at lukket avdeling og varetektavdelingen verken har kontaktutvalg eller faste allmøter. Dersom dette ikke er gjort i den senere tid, bør fengselet også i denne sammenheng foreta en undersøkelse med sikte på å kartlegge de innsattes ønsker i forhold til dette spørsmålet, jf. retningslinjene pkt. 3.23.»

Fengselet kom senere tilbake til saken og opplyste at det var utarbeidet nye rutiner for utøvelsen av kontaktbetjentrollen. Det ble videre opplyst at det fra høsten 2006 var opprettet et kontaktutvalg som et formelt kontaktorgan mellom ledelsen i fengselet og de innsatte. Etter at det var stilt ytterligere spørsmål fra ombudsmannens side, opplyste fengselet at det fra januar 2007 også ville bli valgt tillitsmenn fra lukket avdeling og varetektsavdelingen, slik at alle avdelingene ville være representert i kontaktutvalget.

46.

Oppfølging av besøk ved Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt

(Sak 2004/2813)

Ombudsmannen besøkte Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt 26. april 2005 og møtte blant annet representanter for de innsatte. I etterkant av besøket ba ombudsmannen fengselet om nærmere informasjon knyttet til forvaringsdømtes innsyn i og kopi av egne miljørapporter, plasseringen av telefonbokser på avdelingene og soningsforholdene for bevegelseshemmede på Annekset.

Ut fra fengselets synspunkt om at forvaringsdømte har rett til innsyn i egne miljørapporter, kunne ombudsmannen vanskelig se at det var hjemmel for å nekte å utlevere kopi av rapportene. Ombudsmannen uttalte seg også om rutinene for innsattes gjennomlesing av rapportene m.v. I forhold til plasseringen av telefonboksene på avdelingene, understreket ombudsmannen betydningen av diskresjon og størst mulig grad av privatliv. Det var ikke grunnlag for videre initiativ knyttet til bevegelseshemmedes soningsforhold etter fengselets redegjørelse for sin innsats. Fengselet ble imidlertid kritisert for sin sene oppfølging av ombudsmannssaken.

Fengselet opplyste senere at en ny løsning for innsattes telefonering ville innføres i januar 2007. Løsningen med trådløse apparater vil ivareta bl.a. behovet for å kommunisere uten påhør av andre innsatte.

Ombudsmannen besøkte Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt 26. april 2005. Under besøket ga fengselet en generell orientering og en omvisning i deler av bygningsmassen. Fengselet redegjorde særskilt for forvaringsinstituttet og forhold knyttet til gjennomføringen av forvaringsdommer, herunder bruken av miljørapporter. Det ble opplyst at slike rapporter utarbeides hvert halvår for å dokumentere de forvaringsdømtes situasjon og utvikling under soningen med tanke på løslatelse. Ombudsmannen hadde også et separat møte med medlemmer av kontaktutvalget for de innsatte.

I et oppfølgende brev 5. juli 2005 stilte ombudsmannen enkelte spørsmål til fengselet knyttet til innsattes innsyn i og kopi av egne miljørapporter, plasseringen av telefonbokser på avdelingene og soningsforholdene for bevegelseshemmede i en bygning kalt Annekset. Da svar uteble, ble fengselet minnet om saken i brev 22. september, 27. oktober og 25. november 2005. Svarbrevet forelå først 14. desember 2005. Medlemmene av kontaktutvalget fikk oversendt kopi av brevet til orientering.

I sitt avsluttende brev til fengselet uttalte ombudsmannen:

«Spørsmålene som har vært tatt opp med fengselet er av generell karakter, og jeg har på bakgrunn av undersøkelsene 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 herfra.

1. Fengselets oppfølging av ombudsmannssaken

I svarbrevet hit har direktøren beklaget den sene tilbakemeldingen. Som forklaring er det vist til «flere forhold, men i hovedsak at noen av de forhold som er berørt i ombudsmannens brev av 05.07.05 har vært til nærmere utredning frem til i dag».

Beklagelsen er på sin plass. Det var i brevet herfra gitt seks ukers svarfrist, jf. Stortingets instruks for ombudsmannen 19. februar 1980 § 6 annet ledd. Denne fristen ble overskredet med ca. fire måneder, uten at mitt kontor ble forespurt om fristutsettelse eller informert underveis. Purrebrev fra mitt kontor ble heller ikke besvart. Dette er uakseptabelt og må kritiseres. Forklaringen som er gitt i svarbrevet, er heller ikke tilfredsstillende.

2. Innsyn i miljørapporter

I brevet herfra ble det bedt om en redegjørelse for hvordan gjennomgangen av rapportene rent faktisk foregår, og hvilke muligheter de innsatte har til å komme med sitt syn. Bakgrunnen var at innsatte overfor ombudsmannen hadde gitt uttrykk for at gjennomgangen foregikk på ulike måter, og at det kunne være vanskelig å komme med innsigelser og korreksjoner etter en rask gjennomlesing sammen med en tilsatt. De innsatte opplyste også at ikke alle fikk rapportene med seg på cella til dagen etter. Videre ble det herfra bedt om en begrunnelse for hvorfor de innsatte i utgangspunktet ikke får beholde en kopi av rapporten. Fengselet ble også bedt om å re-

degjøre for hvordan forespørsler fra de innsatte om å få kopi blir behandlet.

I fengselets svarbrev opplyses det at innsatte ved «de siste henvendelser» om innsyn har fått kopi av rapportene, og at dette er en praksis som «i all hovedsak» vil bli fulgt i fremtiden. Fengselet understreker imidlertid at det oppfattes som problematisk at de innsatte kan overlevere egne miljørapporter til andre innsatte, som derved får kjennskap til sensitiv informasjon. Dette kan igjen føre til at det øves «uheldig påtrykk på medinnsatte». Det fremgår derfor at fengselet også i fremtiden vil vurdere «hvorvidt den enkelte er tilstrekkelig i stand til å beskytte seg selv før kopi overleveres».

Jeg forstår det slik at fengselet legger til grunn at de innsatte har rett til innsyn i miljørapportene. Dersom en part har rett til innsyn i et dokument, har han på anmodning i utgangspunktet også en ubetinget rett til å få kopi av dokumentet, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 20 annet ledd første punktum. Det vises til uttalelser herfra i ombudsmannens årsmeldinger for 1994 s. 81 og 2004 s. 80. Retten til å få kopi gjelder i utgangspunktet også for saker som behandles etter straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21, jf. denne lovens § 7. Straffegjennomføringsloven § 7 bokstav c har en særskilt bestemmelse om innsyn, men denne regulerer etter sin ordlyd bare retten til innsyn og ikke gjennomføringen av innsynet.

På denne bakgrunn er det vanskelig å se at fengselet har hjemmel for å nekte de innsatte å *få kopi* av miljørapporter som gjelder dem. Fengselet har heller ikke i brevet hit angitt hva som eventuelt skulle være det rettslige grunnlaget for å nekte enkelte innsatte kopi av rapportene.

Jeg har forståelse for fengselets ønske om å verne enkelte innsatte mot uheldig påtrykk fra andre innsatte som følge av kjennskap til opplysninger fra miljørapporter. Fengselet bør imidlertid vurdere om dette hensynet kan ivaretas på andre måter enn ved å nekte de innsatte som ønsker det kopi av egne miljørapporter.

Jeg kan ikke se at fengselet har gitt et tilfredsstillende svar på forespørselen herfra om en redegjørelse for hvordan gjennomgangen av miljørapportene med de innsatte i praksis arter seg. Et sentralt spørsmål er om de innsatte får tilstrekkelig tid og anledning til å lese gjennom rapportene før eventuelle merknader inngis. Jeg vil understreke at når det først er etablert rutiner for å la de innsatte gjennomgå slike rapporter med mulighet for å inngi merknader, må dette gjøres på en forsvarlig og tillitvekkende måte. Flere innsatte har overfor mitt kontor uttalt at det kan være vanskelig å kommentere innholdet i de relativt omfattende rapportene etter en rask gjennomgang sammen med en tilsatt. Dette har jeg forståelse for. Ettersom fengselets rutiner nå er lagt om og det som hovedregel vil bli utlevert kopi av rapportene, forutsetter jeg at de innsatte også gis anledning til å inngi merknader etter en uforstyrret gjennomlesing for eksempel på egen celle.

3. Telefonbokser

Det synes å være enighet om at telefonboksenes plassering i fellesrom på avdelingene uten mulighet for diskresjon, er utilfredsstillende. Datatilsynet har tidligere tatt opp dette med fengselet, uten at forholdene så vidt jeg forstår har blitt bedre. I svarbrevet hit fremgår det at fengselet har tatt kontakt med leverandøren av telefonboksene for å vurdere andre løsninger. Dette har vist seg å være vanskelig. Det heter i brevet hit:

> «P.t. foreligger ingen avklaring på dette. Problemet vil måtte løses på et eller annet tidspunkt, men dette vil nødvendigvis ta noe tid, da ulike alternativer må utredes og kostnader innarbeides i kommende års budsjetter.»

Jeg har merket meg at Datatilsynets brev til fengselet om manglende diskresjon ved bruk av telefoner er fra juli 2003. Det er ikke opplyst i svarbrevet hit om fengselet har vurdert alternative løsninger i tiden mellom Datatilsynets brev og forespørselen herfra. Uansett synes det nå å være satt i gang et arbeid omkring dette, noe som er positivt. Jeg antar at enkelte innsatte vil kunne ha behov for og et sterkt ønske om å ha kontakt med utenforstående uten påhør av andre innsatte. Videre antar jeg at telefonsamtaler i praksis vil være den eneste muligheten for kontakt med slekt og venner for enkelte innsatte. Inntil en tilfredsstillende teknisk løsning foreligger, bør fengselet derfor etter min oppfatning søke å legge forholdene til rette for størst mulig grad av privatliv på dette området.

Jeg ber om å bli holdt underrettet om fengselets videre arbeid på dette feltet.

4. Annekset

Det ble herfra stilt spørsmål om innsatte med bevegelseshemming på Annekset får tyngre soningsforhold enn andre på grunn av bygningsmassens utforming. Fengselet ble videre bedt om å opplyse om det er iverksatt tiltak med sikte på å tilpasse og eventuelt lette soningsforholdene for disse. I svarbrevet skriver fengselet at Annekset «er vel tilrettelagt» for bl.a. bevegelseshemmede. Deretter heter det:

> «Denne gruppen vil imidlertid være avskåret fra flere av anstaltens tiltak som ikke er lokalisert til denne avdelingen. Dette gjelder deler av programvirksomheten, undervisning i skolens lokaler og ordinært arbeid i anstaltens verkstedlokaler. Ut over dette er det også vanskelig med andre deler av virksomheten som fritidsaktiviteter og adgang til kirkerommet. Disse begrensningene har gjort seg særlig gjeldende i forhold til en innsatt. Denne innsatte er forsøkt imøtegått ved anbefaling om overføring til annen anstalt, noe som dessverre ble avslått fra det aktuelle fengsel. Ilas tiltak har etter dette vært å tilrettelegge for ukentlige permisjoner til svømmehall som ledd i forebygging, og tilrettelegging i avdelingen for

sysselsetting og opplæring innen musikkutøvelse/plateprodusentkompetanse. Videre er det ytterligere tilrettelagt noen enkle fysiske fasiliteter i avdelingen.

Optimal tilrettelegging for rullestolbrukere i våre gamle og uhensiktsmessige lokaler vil representere en ombygging med betydelige dimensjoner. Kostnadsmessig er dette så stort at det på ingen måte vil være innenfor anstaltens egne budsjetter. Problemstillingen er således gjort kjent for regionalt og sentralt nivå. Dette med tanke på en nasjonal tilrettelegging av soningsforhold for bevegelseshemmede.»

Brevet viser at fengselet er seg bevisst de særlige problemer og begrensninger bevegelseshemmede har på Ila og at det har søkt å tilrettelegge forholdene for de aktuelle innsatte. Siden regionalt og sentralt nivå innen kriminalomsorgen også er gjort kjent med problemstillingen med tanke på en nasjonal tilrettelegging, er det ikke grunn for meg til å gå videre med disse spørsmålene nå. Jeg vil imidlertid følge med på utviklingen for denne gruppen innsatte.

Det er uansett vanskelig for meg å vurdere nærmere i hvilken grad fengselet er tilrettelagt for bevegelseshemmede og hvordan tilretteleggingen i praksis fungerer. Under mitt besøk var plasseringen av speil og inventar m.v. i Annekset et tema. I første rekke bør slike forhold tas opp med fengselet og med tilsynsrådet. Tilsynsrådet er mer egnet til å vurdere fysiske begrensninger enn ombudsmannen, som i hovedsak baserer sine uttalelser på skriftlig saksbehandling. Når dette er sagt, var imidlertid inntrykket fra omvisningen at Annekset ikke i alle henseender er «vel tilrettelagt» for bevegelseshemmede, slik fengselet anfører. Særlig gjelder dette toalett- og dusjfasiliteter for rullestolbrukere. Det ble videre observert soppdannelse i våtrom, noe flere innsatte klaget over. I den grad soppen representerer en helserisiko, forutsetter jeg at fengselet treffer de nødvendige tiltak.»

Fengselet opplyste senere i brev til ombudsmannen at det var utarbeidet et nytt konsept for innsattes telefonering. Innføring av trådløse apparater i januar 2007 vil ifølge fengselet «ivareta innsattes behov for å kunne kommunisere uten påhør av andre innsatte» og dessuten gi «en trygghet for at telefoner som ikke skal avlyttes, ikke blir det».

47.

Oppfølging av besøk ved Bredtveit fengsel, forvarings- og sikringsanstalt

(Sak 2005/1502)

Ombudsmannen besøkte Bredtveit fengsel, forvarings- og sikringsanstalt 17. oktober 2005 og hadde bl.a. et møte med representanter for de innsatte. På bakgrunn av det som kom frem i møtet, og øvrig informasjon som ble gitt under besøket, ble det i en skriftlig oppfølging bedt om fengselets kommentarer til enkelte spørsmål vedrørende kontaktbetjentordningen ved fengselet, det tilgjengelige informasjonsmateriellet til de innsatte og praktiseringen av kommunikasjonskontroll.

Ombudsmannen konstaterte at det var en fungerende kontaktbetjentordning ved fengselet, men ga samtidig uttrykk for at ordningen både kunne og burde forbedres. I denne forbindelse forutsatte ombudsmannen at fengselets varslede tiltak ville bli gjennomført på en slik måte at ordningen ble utviklet til det bedre både for innsatte og ansatte. Ombudsmannen forutsatte videre at fengselet ville gjennomgå informasjonsmateriellet til de innsatte for å sikre at relevant informasjon gis på en mest mulig hensiktsmessig måte. Informasjonsbehovet til fremmedspråklige innsatte ble særskilt fremhevet i denne sammenheng. I forhold til spørsmålet om kommunikasjonskontroll understreket ombudsmannen på generelt grunnlag den store rettssikkerhetsmessige betydningen av at reglene for kontroll av de innsattes kommunikasjon etterleves i praksis.

Ombudsmannen besøkte Bredtveit fengsel, forvarings- og sikringsanstalt 17. oktober 2005. I forbindelse med besøket hadde ombudsmannen bl.a. et møte med representanter for de innsatte. På bakgrunn av det som kom frem i møtet, og øvrig informasjon som ble gitt under besøket, ble enkelte forhold tatt opp skriftlig med fengselet.

I sitt avsluttende brev til fengselet uttalte ombudsmannen:

«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. Kontaktbetjentordningen

Representantene for de innsatte ga i møtet uttrykk for at fengselsbetjentene ofte vet lite om hva rollen som kontaktbetjent er ment å skulle innbære, og de etterlyste derfor en generell kompetanseheving blant betjentene knyttet til dette. Det ble også pekt på at oppnevningen i enkelte tilfeller skjer sent, og at kontaktbetjenten ofte jobber på en annen avdeling enn der hvor den innsatte soner. Videre ble det etterlyst bedre informasjon i forbindelse med oppnevning av kontaktbetjent.

I brevet herfra ble det på bakgrunn av dette bedt om en redegjørelse for kontaktbetjentordningen ved fengselet og hvilke oppfølgingstiltak som er satt i verk overfor kontaktbetjentene, så vel som de innsatte, for at ordningen skal fungere tilfredsstillende.

Fengselet har i svaret hit opplyst at det er sosialkonsulenten ved fengselet som fordeler kontaktbetjenter til de innsatte, og at dette er en ordning som

fengselet anser hensiktsmessig bl.a. ut fra konsulentens kjennskap til både innsatte og ansatte. Det pekes imidlertid på at forsinkelser kan oppstå ved sykefravær og fridager, og at enkelte innsatte derfor kan oppleve at det tar noe tid før kontaktbetjent blir tildelt. Fengselet har videre vist til at progresjonssystemet i fengselet medfører relativt hyppige avdelingsoverføringer av innsatte, og at skifte av kontaktbetjent ikke alltid skjer samtidig med at den innsatte overføres til ny avdeling.

I forhold til opplæring opplyses det at alle fengselsbetjenter som blir utdannet ved Kriminalomsorgens utdanningssenter får opplæring i rollen som kontaktbetjent. For dem som ble utdannet før kontaktbetjentbegrepet var kjent, har fengselet hatt intern opplæring, slik at rollen og innholdet i ordningen i utgangspunktet skal være kjent for alle. I svaret uttales det likevel at fengselet er «klar over at dette ikke fungerer så god som det burde, noe en intern spørreundersøkelse blant innsatte viser. Det er derfor helt klart at dette må bli et satsingsområde i 2006 for fengselet».

Som regel vil det alltid være et forbedringspotensial ved ordninger av denne art. I rundskriv KSF 2/2002 (Retningslinjer for kontaktbetjentarbeidet) er det gitt uttrykk for at kontaktbetjentordningen «er et sentralt område innen kriminalomsorgens faglige arbeid». Målsettingene ved ordningen er videre definert slik:

> «En hovedmålsetting for kriminalomsorgen er å legge forholdene til rette for at innsatte skal bli i stand til å gjøre en egen innsats for å motvirke et kriminelt handlingsmønster. Kontaktbetjenten har en viktig funksjon ved å bistå innsatte i dette arbeidet, og skal arbeide aktivt sammen med den innsatte i en motivasjons- og endringsprosess.
>
> Kontaktbetjentordningen har til hensikt å bedre soningsforholdene og den samlede innsatsen overfor innsatte. De får en stabil kontakt i fengselet og bedre mulighet til å forberede løslatelse.
>
> Kontaktbetjentordningen skal være en integrert del av den daglige driften.»

Det følger videre av rundskrivet at det er et mål at alle domfelte og varetektinnsatte skal ha kontaktbetjent. I rundskrivet er det understreket at lokalt nivå innenfor kriminalomsorgen har et særskilt ansvar for å motivere sine tilsatte til å utøve kontaktbetjentarbeidet, og for øvrig tilrettelegge fengselstjenesten slik at det blir kontinuitet i tjenesten og rom for at nødvendig veiledning og opplæring blir gitt.

Kontaktbetjentordningen skal i første rekke være til støtte og hjelp for de innsatte under soningen og i arbeidet med å legge forholdene til rette for en mest mulig vellykket løslatelse. En hovedmålsetting er å bistå de innsatte med å gjøre en egen innsats for å motvirke et kriminelt handlingsmønster. Kontaktbetjentordningen er således i første rekke til for de innsatte. Det følger av dette at de innsattes oppfatning av hvordan ordningen fungerer vil måtte være en viktig indikator for hvor vellykket ordningen er.

Det fremgår av svaret hit at fengselet har en fungerende kontaktbetjentordning, men at ordningen både kan og bør forbedres. Sistnevnte synes å være i samsvar med de innsattes synspunkter. Det er opplyst at fengselet vil ha et særskilt fokus på kontaktbetjentordningen i 2006, særlig i forhold til opplæring av de ansatte. Fengselet har også fremhevet behovet for bedre informasjon til de innsatte om innholdet i ordningen.

Jeg har merket meg fengselets tiltak med sikte på å forbedre kontaktbetjentordningen, og regner med at tiltakene vil bli gjennomført på en måte som vil utvikle ordningen til det bedre både for innsatte og ansatte.

2. Informasjon til de innsatte

De innsatte ga i møtet utrykk for at de generelt opplever at fengselet gir for lite eller mangelfull informasjon om bl.a. rettigheter under soningen, muligheter for å påklage vedtak m.m. Språk ble fremhevet som et særskilt problem, og de innsatte etterlyste informasjonsmateriell og lignende på flere språk. Det ble også gitt uttrykk for at urimelig mye av ansvaret for informasjonsformidlingen til fremmedspråklige innsatte i realiteten blir pålagt andre innsatte, og at dette ofte oppleves som både vanskelig og belastende for disse.

Det ble i brevet herfra bedt om fengselets merknader til dette. Fengselet ble særskilt bedt om å opplyse hvordan fengselet forholder seg til fremmedspråklige innsattes behov for informasjon og hva slags informasjonsmateriell som finnes tilgjengelig for disse.

I forhold til spørsmålet om informasjon til fremmedspråklige innsatte har fengselet opplyst at det benyttes tolk i de tilfellene fengselet ikke selv kan informere, men at enkelte fremmedspråklige innsatte nok likevel opplever at de får for lite informasjon. Det vises i denne forbindelse til at det er vanskelig å få laget informasjonsmateriell på alle de aktuelle språkene, og videre at fengselet opplever at fremmedspråklige innsatte, bl.a. på grunn av kulturforskjeller, ofte har behov for en samtale uansett om informasjonen også er tilgjengelig i skriftlig form. Det fremgår videre at det gjør seg gjeldende begrensninger med hensyn til bruk av tolk bl.a. i forhold til mer dagligdagse spørsmål, og at det nok er særlig i slike situasjoner at innsatte informerer hverandre. Ifølge fengselet har dette i så fall skjedd på frivillig basis. Det skriftlige informasjonsmateriellet til fremmedspråklige finnes i hovedsak på engelsk, men det skal finnes ansatte som behersker bl.a. tysk og spansk.

Når det gjelder hvilken informasjon som generelt gis til de innsatte, har fengselet oversendt et informasjonshefte beregnet på nyinnsatte i norsk og engelsk utgave. Fengselet har for øvrig i svaret hit opplyst at det er en selvfølge at innsatte i forbindelse

med avslag på søknader opplyses om «ankeadgang, ankefrist og hvem en anke skal sendes til». Fengselet har ellers bemerket at «det er behov for en gjennomgang av nåværende materiale og også oversettelse til flere språk».

Jeg har merket meg fengselets svar, og forutsetter ut fra dette at fengselet vil gjennomgå det nåværende informasjonsmateriellet til de innsatte for å sikre at relevant informasjon blir gitt på en mest mulig tilgjengelig og hensiktsmessig måte innenfor de praktiske og resursmessige rammene som gjør seg gjeldende. I denne forbindelse forutsetter jeg at også hensynet til de fremmedspråklige innsatte blir ivaretatt på en forsvarlig måte.

I lys av den gjennomgangen som nå vil bli foretatt, gir det tilsendte informasjonsmaterialet ikke grunn til nærmere kommentarer fra min side. Jeg finner imidlertid grunn til å komme med noen merknader i tilknytning til presentasjonen av ombudsmannsordningen.

I den norske utgaven av informasjonsheftet til de nyinnsatte i fengselet, sist revidert 15. mai 2005, er det på side 15 bl.a. gitt informasjon om adgangen til å henvende seg til ombudsmannen. I avsnittet rett etter orienteringen om ombudsmannsordningen heter det videre:

> «Alle klager bør fremsendes gjennom fengselsdirektøren (underdirektøren) for ikke å forsinke klagebehandlingen.»

Ut fra sammenhengen kan ovennevnte oppfattes slik at dette også gjelder for klager til ombudsmannen, noe som i så fall er lite treffende. Det er et grunnleggende prinsipp at personer som er berøvet friheten skal kunne henvende seg direkte til ombudsmannen uten å gå gjennom ledelsen ved den institusjonen der vedkommende oppholder seg. Retten til å kommunisere skriftlig med ombudsmannen, og til å kunne gjøre dette gjennom lukket brev, er nedfelt i ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 6 annet ledd, se også straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 30 sjette ledd, jf. § 27 tredje ledd.

Det er for øvrig heller ikke slik at det vil forsinke klagebehandlingen å henvende seg direkte til ombudsmannen med sin klage. Det vil alltid være ombudsmannen selv som må ta stilling til om en klage gir grunn til nærmere undersøkelser. Dersom den ikke gjør det vil som regel verken fengselet eller kriminalomsorgen for øvrig bli orientert om klagen. I de fleste tilfeller vil dessuten ombudsmannen forholde seg direkte til regionalt eller sentralt nivå fordi forholdet har vært klagebehandlet der. Skulle en klage til ombudsmannen gi grunn til å ta forholdet opp direkte med fengselet, vil ombudsmannen uansett normalt be om svar på konkrete spørsmål vedrørende forholdet som er brakt inn for ombudsmannen.

På side 9 i informasjonsskrivet til de innsatte heter det i andre avsnitt under overskriften «Korrespondanse» bl.a. følgende:

> «Brev til eller fra forsvarer, offentlig myndighetsrepresentant, herunder diplomatisk eller konsulær representant, leses ikke. Slike brev skal imidlertid lukkes/åpnes av den innsatte i nærvær av en betjent, som skal forvisse seg om at det ikke ligger noe i konvolutten som det ikke er adgang til å sende eller motta.»

Det som fremkommer her kan synes misvisende i forhold til reglene som gjelder for korrespondanse mellom innsatte og ombudsmannen, jf. det som er sagt ovenfor om de frihetsberøvedes rett til å kommunisere med ombudsmannen i lukket brev. Det kan for øvrig også i andre tilfeller reises spørsmål ved hjemmelgrunnlaget for et generelt krav om at slike brev skal åpnes og lukkes i nærvær av en fengselsbetjent.

Etter dette må jeg be om at fengselet i forbindelse med den kommende gjennomgangen av informasjonsmateriellet til de innsatte sørger for at det tas hensyn til de forholdene som det er pekt på ovenfor.

Jeg har for øvrig merket meg at informasjonen om ombudsmannen er svært ulik i henholdsvis det norske og engelske informasjonsskrivet, både med hensyn til innhold og omfang. På generelt grunnlag vil jeg derfor understreke viktigheten av at den informasjonen som gis i størst mulig grad er innholdsmessig lik.

3. Avlytting av telefonsamtaler

De innsatte hevdet at tilsatte ved fengselet avlytter telefonsamtaler som ikke skal avlyttes. Det ble hevdet at samtaler med forsvarsadvokat har blitt avlyttet, og også vist til tilfeller hvor de innsatte mistenker at samtaler mellom mødre og små barn har blitt avlyttet.

Det ble herfra bedt om en redegjørelse for fengselets rutiner og praksis knyttet til avlytting av innsattes telefonsamtaler. Videre ble det bedt om å få opplyst om samtaler som ikke skal avlyttes, for eksempel samtaler mellom innsatt og forsvarsadvokat, blir ført i telefoner hvor det er teknisk mulig å foreta avlytting. I bekreftende tilfelle ble det bedt om fengselets syn på mulighetene for å unngå dette.

I svaret hit har fengselet tilbakevist at det skal ha skjedd avlytting av samtaler som etter gjeldende regler ikke skal avlyttes. Det er videre opplyst at telefonsystemet i dag fungerer slik at det alltid gis en automatisk beskjed om at telefonsamtalen kan bli avlyttet, men at fengselet er i kontakt med telefonselskapet for om mulig å finne en måte å regulere dette på, slik at for eksempel forsvarsadvokater ikke får denne beskjeden. Om de tekniske avlyttingsmulighetene har fengselet uttalt:

> «Teknisk er det mulig å avlytte telefonsamtaler fra avdelingene.»

Jeg har merket meg at fengselet avviser at det skal ha skjedd ulovlig avlytting, og at de innsattes påstander om tilfeller av ulovlig avlytting således tilbake-

vises. På dette punktet er det med andre ord en faktisk uenighet mellom fengselet og representantene for de innsatte. Det er i praksis vanskelig å få avklart denne uenigheten. Spørsmålet har for øvrig heller ikke vært gjenstand for nærmere undersøkelser herfra. Jeg har ut fra dette ikke grunnlag for å uttale meg nærmere om hvorvidt det har eller kan ha forekommet tilfeller av ulovlig telefonavlytting ved fengselet, og må nøye meg med å konstatere at det gjør seg gjeldende ulike syn på dette.

Reglene for kontroll av de innsattes kommunikasjon med omverdenen er av stor rettssikkerhetsmessig betydning for de innsatte, og jeg vil derfor på generelt grunnlag understreke viktigheten av at fengselet kontinuerlig arbeider for å redusere risikoen for at det blir begått feil, for eksempel i form av ulovlig telefonavlytting. I denne forbindelse vil særlig en bevisstgjøring overfor de tilsatte om regelverket for kontroll av kommunikasjon, i første rekke straffegjennomføringsloven §§ 30–32, være av sentral betydning.

Jeg oppfatter det videre slik at det ved alle telefoner fra innsatte kommer en automatisk talebeskjed om at samtalen kan bli avlyttet, og at dette således også skjer ved samtaler som ikke skal avlyttes. Fengselet har imidlertid opplyst at det jobbes med å finne en teknisk løsning som gjør det mulig å droppe denne automatiske beskjeden om mulig avlytting i samtaler som etter gjeldende regler ikke skal avlyttes. En slik endring har etter mitt syn gode grunner for seg, bl.a. ettersom beskjeden om mulig avlytting må antas å ville kunne være egnet til å skape usikkerhet knyttet til om samtalen faktisk blir avlyttet, til tross for at den ikke skal det. En teknisk løsning hvor man skiller klarere mellom samtaler som kan avlyttes, og samtaler som ikke skal avlyttes, vil trolig bidra til å redusere de innsattes, og eventuelt også deres samtalepartneres, usikkerhet rundt dette.

Jeg forstår fengselets svar hit slik at det er teknisk mulig å avlytte også samtaler som etter gjeldende regler ikke skal avlyttes. Det er imidlertid ikke gitt nærmere opplysninger om hvilke tekniske muligheter som foreligger eller hvordan avlyttingen av telefonsamtaler i praksis foregår. Jeg har dermed heller ikke grunnlag for å uttale meg nærmere om dette.

Spørsmål om ulovlig avlytting av bl.a. telefonsamtaler mellom innsatt og forsvarsadvokat kommer fra tid til annen ved ulike fengsler. I 2005 var det bl.a. en sak ved Ullersmo fengsel som fikk mye oppmerksomhet i media. Denne saken er jeg også kjent med gjennom oppfølgingen av mitt besøk ved fengselet 8. mars 2005, som er omtalt i ombudsmannens årsmelding for 2005 s. 201–205. Jeg antar at saken også er kjent for ledelsen ved Bredtveit fengsel, om ikke på annen måte, så i alle fall gjennom medias dekning av saken.

Det aktuelle tilfellet ble gransket av Kriminalomsorgen region nordøst, som i forbindelse med avslutningen av saken bl.a. ga uttrykk for at det ikke var tilfredsstillende med et system hvor det var teknisk tilrettelagt for avlytting av forsvarertelefoner. Fengselet ble bedt om å ta skritt for å fjerne den tekniske muligheten for såkalt overvåking av forsvarersamtaler.

Jeg nevner dette her for ordens skyld og til orientering, og jeg understreker at det fra mitt kontors side ikke har blitt foretatt nærmere undersøkelser av dette spørsmålet.»

Utlendingssaker, statsborgerskap

48.

Forholdsmessigheten av et vedtak om utvisning

(Sak 2005/395)

En 32 år gammel utenlandsk statsborger ble utvist fra landet med innreiseforbud i to år på grunnlag av straffbare forhold begått her i landet. Mannen kom til Norge da han var 13 ½ år, og hans tilknytning til hjemlandet var begrenset. Det sentrale spørsmålet i saken var om utvisning var et «uforholdsmessig tiltak» i forhold til ham, jf. utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 30 tredje ledd.

Ombudsmannen foretok en konkret vurdering av forholdsmessigheten av utvisningsvedtaket, og vurderte bl.a. momenter som alder ved ankomst til Norge og botiden her, klagerens tilknytning til Norge og hjemlandet og betydningen av rusavhengighet og en pågående rehabilitering. Han konkluderte med at utvisningen fremsto som streng, men kom under noe tvil til at det likevel ikke kunne rettes avgjørende rettslige innvendinger mot utvisningsvedtaket. Utslagsgivende for ombudsmannen var lovgivers klare ønske om en streng utvisningspraksis ved alvorlig kriminalitet, og at praksisen skal være særlig streng ved brudd på narkotikalovgivningen. Ombudsmannen pekte også på at klageren i forbindelse med tidligere utvisningsvurderinger hadde fått flere advarsler om at videre kriminalitet kunne føre til utvisning.

Utlendingsdirektoratet besluttet i april 2003 å utvise klageren (A) med varig innreiseforbud til Norge, jf. utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 30 annet ledd bokstav b. Grunnlaget var en dom avsagt i oktober 2001, der A ble dømt til fengsel i fem måneder for overtredelse av bl.a. straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 162 første ledd, jf. femte ledd (simpel narkotikaforbrytelse) og tre overtredelser av § 257, jf. § 258 (grovt tyveri). Dommen var ferdig sonet mindre enn ett år før utvisningsvedtaket ble fattet.

Ved vurderingen av utvisningsspørsmålet la direktoratet vekt på at A var straffet en rekke ganger tidligere og at det samlet sett var tale om «meget alvorlige forhold». Direktoratet viste også til at det ble

fattet vedtak om utvisning i 1997, men at dette vedtaket senere ble opphevet av Justis- og politidepartementet. Videre ble det i 2000 gitt forhåndsvarsel om utvisning, uten at dette førte til noe vedtak. Direktoratet påpekte at det ved begge anledninger ble presisert fra utlendingsmyndighetenes side at utvisning ville bli vurdert dersom A begikk nye straffbare handlinger.

Etter klage opprettholdt Utlendingsnemnda utvisningsvedtaket. Innreiseforbudet ble imidlertid begrenset til en periode på to år. I vedtaket het det bl.a. følgende:

> «Det må kunne sies at klagerens kriminelle virksomhet i form av (hovedsakelig) narkotikaforbrytelser og vinningsforbrytelser totalt sett har hatt et betydelig omfang, idet han har begått en lang rekke straffbare handlinger og er straffet et tosifret antall ganger fra 1992 til 2003 (dommer og forelegg). En samlet vurdering av klagerens straffbare handlinger gjør forholdet langt mer alvorlig enn når man ser forholdene isolert.»

Overtredelsene av straffeloven § 162 første ledd ble ansett å øke alvoret i handlingene, selv om forbrytelsene hadde sammenheng med hans rusproblemer. Nemnda viste til at lovgiver har gitt uttrykk for at overtredelser av narkotikalovgivningen er «spesielt alvorlig i forhold til utvisning» og at utlendingsmyndighetene har ført en «spesielt streng utvisningspraksis» ved slike overtredelser. Vedtaket ble ikke ansett å være et uforholdsmessig tiltak overfor klageren eller hans nærmeste familie (mor, søster og halvsøsken i Norge), selv om han kom hit i ung alder, har lang botid i Norge og begrenset tilknytning til hjemlandet.

A henvendte seg til ombudsmannen og ba om en vurdering av utvisningsvedtaket. Han viste bl.a. til at det ikke ville være bra for hans rehabilitering, eller videre utvikling i forhold til yrke, dersom han måtte reise fra Norge. Videre fremhevet han sin manglende tilknytning til hjemlandet, og viste til at han ikke hadde vært der på nesten 18 år.

I et støtteskriv noen måneder senere viste As advokat til utlendingsloven § 30 tredje ledd og gjorde gjeldende at utvisningsvedtaket var et uforholdsmessig tiltak overfor klageren. Han viste bl.a. til at A kom til Norge da han var 13 ½ år gammel, og at han på vedtakstidspunktet hadde vært her i landet i 19 år. Advokaten understreket også at klageren nesten ikke har noen tilknytning til hjemlandet, og at det ville by på store problemer for ham å bo i hjemlandet. Videre viste advokaten til at klageren ikke behersker skriftspråket. Det ble også vist til at de straffbare forholdene som A er dømt for, er av mindre alvorlig karakter, og at han samlet sett har sonet under ett år i fengsel for forholdene.

Sakens dokumenter ble innhentet fra Utlendingsdirektoratet. Etter en gjennomgang av dokumentene ble det besluttet å undersøke utvisningsvedtaket nærmere.

I brev herfra ble Utlendingsnemnda spurt om de forholdene som A er dømt for, kunne karakteriseres som «meget alvorlig kriminalitet». Det ble vist til at uttrykket var brukt flere steder i klagevedtaket. Under henvisning til at uttrykket «grove overtredelser av narkotikalovgivningen» også var brukt i vedtaket, ble nemnda bedt om å utdype sitt syn på alvorlighetsgraden av narkotikalovbruddene. Det ble videre vist til en nylig avsagt høyesterettsdom 11. mars 2005 (Rt. 2005 s. 238) og nemnda ble i lys av den bedt om å redegjøre for sin vurdering av betydningen av As alder ved ankomst til landet og hans lange botid i og tilknytning til Norge. Endelig ble det vist til opplysningene i saken om at A fra mai 2003 for første gang gjennomgikk et systematisk rehabiliteringsopplegg for sin rusavhengighet. Behandlingen skulle ha medført en positiv utvikling. Nemnda ble spurt om den hadde tatt hensyn til mulige virkninger av avbrutt rehabilitering.

I svarbrevet hit presiserte Utlendingsnemnda innledningsvis at utvisningssaken ble behandlet og avgjort i nemndmøte, og at svarene på spørsmålene fra ombudsmannen måtte sees i lys av dette. Under overskriften «Meget alvorlig kriminalitet» hadde nemnda bl.a. følgende merknader:

> «De avsnittene De har sitert fra nemndas vedtak, må forstås slik at nemnda i nemndmøtet har kommet til at klageren har begått meget alvorlig kriminalitet.
>
> Dette bygger på en samlet vurdering av de forhold klageren er ilagt straff for i perioden 1992–2003, i hovedsak narkotikaforbrytelser og vinningsforbrytelser. Samlet sett indikerer forholdene blant annet en alvorlig mangel på respekt for norsk lovgivning, og bl.a. allmennpreventive hensyn taler sterkt for utvisning.
>
> ---
>
> Det er foretatt en konkret vurdering av forholdets alvor på s. 6–7 i nemndas vedtak. Vi har i så måte ikke mer å tilføye enn det som fremgår av vedtaket, utover å vise til det at klageren over tid har begått omfattende kriminalitet av samfunnsskadelig karakter, at ikke bare utmålt straff men også strafferammen sier noe om forholdets alvor (blant annet er klageren straffet flere ganger for grove tyverier), at straffbare handlinger er begått i prøvetiden og at klageren flere ganger er straffet for overtredelser av straffelovens narkotikabestemmelser. For øvrig har nemnda også vektlagt at han har begått nye straffbare handlinger etter å ha blitt gjort kjent med at dette ville kunne medføre utvisning.
>
> Når det gjelder alvorlighetsgraden av narkotikalovbruddene, finner vi for det første grunn til å understreke at overtredelse av straffelovens narkotikabestemmelser av lovgiver er ansett som spesielt alvorlig i forhold til utvisning. Dette fremgår av vedtaket. Med andre ord anses slike overtredelser i seg selv som alvorlige i utvisningssaker, selv om subsumsjon/strafferamme (sml. § 162 første, annet og tredje ledd) og utmålt straff også er av betydning ved vurderingen av forholdets alvor.
>
> For det annet er klageren straffet totalt 4 ganger for overtredelser av (bl.a.) strl. § 162 første ledd jf. femte ledd.

Klageren har blitt straffet for simpel narkotikaforbrytelse. Han har ikke blitt ilagt straff for selv å ha forestått overdragelse (salg)/innførsel. Erverv mv. er imidlertid et nødvendig ledd i omsetningen av narkotika, og klagerens overtredelser av straffelovens narkotikabestemmelser må ikke minst sett under ett anses alvorlige selv om klageren var misbruker da han begikk handlingene. Han er ved henvisningen til § 162 femte ledd samtidig også straffet for medvirkning til narkotikaforbrytelser. ...

Når det gjelder nemndas omtale av «grove overtredelser av narkotikalovgivningen», er det et faktum at klageren aldri har blitt straffet for grove narkotikaforbrytelser. Men nemnda har slik vi forstår det prøvd å få frem det alvorlige i klagerens narkotikaforbrytelser – ikke minst samlet sett.»

Om klagerens alder ved ankomsten til Norge, tilknytningen til Norge og forholdene ved retur til hjemlandet, uttalte nemnda bl.a. følgende:

«Det er en vesensforskjell på å ha hatt hele eller mesteparten av sin barndom og oppvekst i Norge, og det å ha kommet til Norge som et større barn/tenåring slik som i nærværende sak. Som nevnt i vedtaket hadde klageren sin siste del av oppveksten i Norge, etter at han ankom Norge som 13-åring.

Likevel er det slik at den personlige tilknytningen til riket ... får en annen tyngde i forholdsmessighetsvurderingen når vedkommende har fått bosettingstillatelse som barn (her tidlig i tenårene) enn om han hadde fått bosettingstillatelse som voksen (i sistnevnte tilfelle blir ikke den personlige tilknytningen til riket å tillegge særlig vekt, jf. Rt. 1996 s. 551). Som uttalt i vedtaket har han bodd vesentlig lengre tid i Norge enn i hjemlandet.

Betydningen av klagerens botid/oppholdstid svekkes imidlertid av vedvarende straffbare handlinger over lengre tid og rusmisbruk, hvilket indikerer en nokså dårlig integrering i samfunnet. Vi viser til fjerde hele avsnitt på s. 8 i nemndas vedtak. I samme avsnitt er imidlertid opplysningene om blant annet rehabilitering med positiv utvikling vektlagt til fordel for klageren. Like fullt kan ikke oppholdstiden tillegges den samme betydning som når utlendingen er tidligere ustraffet og rusfri når han begår de forhold som danner grunnlag for utvisning (her dommen fra 2001). ...

Videre er tilknytningen gjennom mor og søsken uttrykkelig tatt i betraktning.»

Nemnda kommenterte også klagerens situasjon ved retur til hjemlandet og betydningen av pågående rehabilitering i Norge:

«Dårligere fremtidsutsikter med hensyn til forhold som jobb, bolig etc etter retur vil ofte være tilfelle i utvisningssaker, og tillegges etter praksis normalt ikke særlig vekt. ... Forhold som helsetilbud/behandlingstilbud i hjemlandet vil her som ofte ellers være dårligere eller mindre tilgjengelig enn i Norge, hvilket normalt har begrenset vekt. Da nemnda fattet vedtaket, hadde klageren gjennomført opphold på ... behandlingssenter i tråd med særvilkår fastsatt i ... tingretts dom av 30.07.2003. ... At en straffedømt narkoman eventuelt ikke er dokumentert rehabilitert, er for øvrig ikke uvanlig i utvisningssaker – uten at det får særlig betydning (med mindre situasjonen er akutt eller livstruende).»

Avslutningsvis påpekte nemnda at klageren er en enslig voksen mann og at han er uten barn. Det ble også fremhevet at de forhold klageren ble straffet for i oktober 2001, ble begått etter at han var gjort kjent med at nye straffbare handlinger ville kunne medføre utvisning, og at klager også ble straffedømt på nytt i 2003 for forhold begått i 2002 og i 2003.

Utlendingsnemndas svar ble oversendt til klageren for eventuelle merknader. Hans advokat kom tilbake til saken og opplyste bl.a. at utvisningsvedtaket ble effektuert i november 2005. For øvrig fastholdt advokaten at vedtaket var uforholdsmessig i forhold til klageren og at det var lagt for liten vekt på hans tilknytning til Norge.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Det følger av utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 30 annet ledd bokstav b at en utlending som fyller kravene til å få bosettingstillatelse, kan utvises «når utlendingen har sonet eller er ilagt straff for forhold som etter norsk lov kan føre til fengselstraff i to år eller mer, og dette skjedde for mindre enn fem år siden i utlandet eller for mindre enn ett år siden her i riket». Det er på det rene at dette grunnvilkåret for utvisning er oppfylt.

Etter utlendingsloven § 30 tredje ledd skal utvisning likevel ikke foretas dersom det «i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene». I denne saken er det forholdsmessigheten av å utvise A som må vurderes.

For det første skal altså «forholdets alvor» tas i betraktning. Det følger av forarbeidene til utlendingsloven og av senere rettspraksis at både strafferammen og den faktisk idømte straffen er av betydning, jf. eksempelvis Ot. prp. nr. 46 (1986–1987) s. 230–231 og Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2000 på s. 591. Utlendingsnemnda har vurdert As lovovertredelser *samlet sett*, og således ikke begrenset vurderingen til den dommen som dannet grunnlaget for vedtaket. Nemnda har i brevet hit vist til avsnitt 56 i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2005 s. 238. Jeg har ingen merknader til nemndas rettsanvendelse slik saken ligger an. Lovens formulering om «forholdets alvor» i entalls form kan altså ikke tas helt bokstavelig.

Det er opplyst at det føres en streng utvisningspraksis ved brudd på narkotikalovgivningen. Bakgrunnen er bl.a. klare uttalelser om dette i forarbeidene, se særlig Innst. O. nr. 92 (1987–1988) på s. 18. Justiskomiteen gikk her inn for å senke terskelen for

å kunne utvise straffedømte utlendinger og satte overtredelser av straffeloven §§ 162 og 162 a i en særstilling. Utlendingsnemnda har uttalt at slike overtredelser anses som alvorlige i seg selv i relasjon til spørsmålet om utvisning, uavhengig av straffutmåling og subsumsjon. Dette synet har god støtte i rettskildene. Utlendingsmyndighetenes praksis er for øvrig prøvet av Høyesterett i en rekke saker om narkotikaforbrytelser og andre alvorlige lovbrudd. Når det gjelder grove narkotikaforbrytelser skal det svært mye til før utvisning anses som et uforholdsmessig tiltak.

Sentralt i undersøkelsen herfra har nettopp vært nemndas vurdering av «forholdets alvor» og særlig overtredelsene av narkotikalovgivningen. Bakgrunnen for spørsmålene til nemnda var blant annet karakteristikker som «grove overtredelser av narkotikalovgivningen» og «meget alvorlig kriminalitet» i klagevedtaket.

A har så vidt jeg kan se blitt straffedømt i alt syv ganger i perioden 1996 til 2003 for en rekke ulike forhold. Fire av disse dommene gjaldt bl.a. brudd på legemiddel- og narkotikalovgivningen, hvorav to gjaldt overtredelser av straffeloven § 162 første ledd, jf. femte ledd (simpel narkotikaforbrytelse). I tillegg kommer to forelegg for tilsvarende forhold og flere andre forelegg i perioden fra og med 1992 bl.a. for brudd på legemiddelloven 4. desember 1992 nr. 132 § 31. Dommen fra oktober 2001, som dannet grunnlaget for utvisningen, gjaldt bl.a. kjøp av 4 tabletter med narkotiske stoffer (Rohypnol og Stesolid). Den siste dommen fra juli 2003 innbefattet to tilfeller av bruk av hasjisj.

De enkelte narkotikalovbruddene fremstår hver for seg som relativt beskjedne. Det er etter mitt syn lite treffende å vurdere dem som «grove overtredelser av narkotikalovgivningen», selv om lovbruddene vurderes samlet. Videre synes overtredelsene å være knyttet til klagerens eget forbruk av narkotiske stoffer, ikke overdragelse, innførsel eller andre særlig samfunnsskadelige forhold. Slik sett skiller denne saken seg vesentlig fra saker som har vært prøvet av Høyesterett, bl.a. i Rt. 1996 på henholdsvis s. 551, s. 561 og på s. 568, og i Rt. 1998 på s. 1795.

Utlendingsnemnda har vurdert de straffbare forholdene under ett og vist til at klager har gjort seg skyldig i «meget alvorlig kriminalitet». Karakteristikken knyttes til en gjennomgang av dommen inntatt i Rt. 2000 s. 591. Der legger Høyesterett til grunn at det «ved meget alvorlig kriminalitet skal svært mye til før det kan bli tale om å anse en utvisning som et 'uforholdsmessig tiltak' i lovens forstand». Det kreves da «uvanlig store belastninger». Jeg har forstått nemnda slik at det er tatt utgangspunkt i denne normen ved vurderingen av saken.

As lovbrudd, sett under ett, er uten tvil alvorlige og samfunnskadelige. Til sammen er han domfelt for en lang rekke forhold over mange år. Høyeste strafferamme for de alvorligste forholdene er så vidt jeg kan se 6 år (grovt tyveri). Jeg finner det vanskelig å kritisere nemndas standpunkt om at hans kriminelle rulleblad samlet sett indikerer en manglende respekt for norsk lovgivning og integrering i det norske samfunn. Jeg har imidlertid vært i tvil om forholdene kan anses som så graverende at det er riktig å anvende betegnelsen «meget alvorlig kriminalitet», med andre ord om ovennevnte norm angir et korrekt utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen. Jeg har blant annet merket meg at den lengste straffen klageren er idømt er fem måneders ubetinget fengsel (i 1998 og i 2001).

I tillegg til spørsmålet om «forholdets alvor», har jeg vært opptatt av As unge alder ved ankomst til Norge og hans muligheter for rehabilitering. Ung alder ved ankomst til riket skal være «et sentralt moment» ved vurderingen av om utvisning er forholdsmessig. Dette er slått fast i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2005 s. 238, som ble avsagt etter at nemnda traff sitt vedtak i klagesaken. Jeg antar at dette ikke innebærer en ny forståelse av kravet til forholdsmessighet i utlendingsloven § 30 tredje ledd, men at det først eksplisitt ble uttrykt av Høyesterett i nevnte dom. Dommen, som ble avsagt under dissens, gjaldt en utlending som var 12 år og 10 måneder ved ankomst til Norge. Flertallet fant at utvisningsvedtaket ikke var uforholdsmessig bl.a. fordi saken gjaldt gjentatt voldskriminalitet og utlendingen var domfelt for flere grove voldshandlinger, som samlet sett ble ansett som meget alvorlig kriminalitet. Lengden på den siste straffedommen var 3 års fengsel. Et mindretall på to dommere kom under atskillig tvil til at vedtaket var uforholdsmessig. Mindretallet la særlig vekt på norske myndigheters ansvar for unge kvoteflytninger.

A var noe eldre på ankomsttidspunktet enn ovennevnte utlending (13 ½ år). Bakgrunnen for at han kom hit var at hans mor og stefar var bosatt her. Det er ikke opplyst at han ankom som flyktning, og det fremgår heller ikke at det var andre forhold som tilsa et særlig ansvar for norske myndigheter. Det må likevel være klart at hans alder ved ankomsten er av sentral betydning i saken og taler mot en utvisning.

Jeg legger til grunn at A har hatt rusproblemer i en årrekke, og at kriminaliteten i alle fall delvis har sammenheng med rusmisbruket. Det er opplyst at han før klagevedtaket ble truffet for første gang kom inn i et strukturert rehabiliteringsopplegg som skal ha gitt positive resultater. I klagen på Utlendingsdirektoratets utvisningsvedtak opplyste advokaten at A ble innlagt ved ... Behandlingssenter i mai 2003. Dette er dokumentert i en erklæring fra senteret datert 7. november samme år. Jeg forstår erklæringen slik at A hadde sammenhengende opphold ved behandlingssenteret fra mai 2003 og at han hadde tilbud om opphold frem til august 2004. Da skulle han etter planen begynne på videregående skole og bli overført til et «hybelopplegg/program tilhørende ... Behandlingssenter». I erklæringen ble han vurdert som endringsvillig, positiv og «et forbilde i miljøet». Nemnda var kjent med disse opplysningene før kla-

gevedtaket ble truffet. Det skal ikke ha innkommet ytterligere opplysninger om As situasjon etter klagen og nemnda skal heller ikke ha innhentet nærmere opplysninger.

Rehabiliteringsopplegget er nevnt i nemndas vedtak, og det fremgår at den positive utviklingen har hatt betydning for sakens utfall. Varig utvisning ble av nemnda ansett som for strengt blant annet under henvisning til dette. Jeg savner imidlertid en nærmere drøftelse av betydningen av det langvarige rehabiliteringsopplegget for vurderingen av forholdsmessigheten, særlig i lys av at lovbruddene i all hovedsak fremtrer som rusrelaterte. Jeg kan ikke se at antatte virkninger av et brudd i rehabiliteringen ved retur til [hjemlandet] eksplisitt er nevnt i vedtaket. Dette må sies å være en svakhet.

Etter utlendingsloven § 30 tredje ledd skal det som nevnt foretas en samlet vurdering av om utvisningen står i et rimelig forhold til de straffbare forholdene. Sentrale momenter i vurderingen vil være de straffbare forholdenes karakter og omfang, den utvistes alder ved ankomst til Norge, samlet oppholdstid i Norge, familieforhold, øvrig tilknytning til Norge og tilknytning til hjemlandet. Rettspraksis er retningsgivende for avveiningen. Saksforholdene i de sentrale høyesterettsdommene skiller seg fra den foreliggende saken på sentrale punkter. Det er derfor vanskelig å finne avgjørende holdepunkter i denne praksisen for vurderingen av As sak.

I svarbrevet hit har nemnda uttalt bl.a. følgende om den konkrete vurderingen av forholdsmessigheten:

> «Avveiningen mellom forholdets alvor og tilknytningen til riket mv. førte til noe tvil med hensyn til resultatet, jf. tredje avsnitt på s. 10 i vedtaket, og nemnda mente som det fremgår at varig utvisning er en alt for streng reaksjon. Men nemnda kom altså til at utvisning for to år ikke vil være et uforholdsmessig tiltak. Med andre ord var ikke klagerens tilknytning til riket og svekkede tilknytning til hjemlandet/retursituasjonen tilstrekkelig til å oppveie forholdets alvor.»

Vedtaket om utvisning av A fremstår som strengt. Dette gjelder særlig når man ser på hans lange botid i Norge, unge alder ved ankomst hit til landet og hans begrensede tilknytning til hjemlandet ... Det kan videre synes uheldig at han ble tatt ut av et rehabiliteringsopplegg som etter det opplyste hadde gitt gode resultater, og som det på vedtakstidspunktet også forelå videre planer for i Norge.

Etter en samlet vurdering har jeg imidlertid kommet til at jeg ikke kan rette avgjørende rettslige innvendinger mot Utlendingsnemndas vedtak om å utvise A fra Norge med innreiseforbud i to år. Det utslagsgivende for meg har vært lovgivers klare ønske om en streng utvisningspraksis ved alvorlig kriminalitet, og at praksisen skal være særlig streng ved brudd på narkotikalovgivningen. Jeg har også særlig merket meg at A i forbindelse med tidligere utvisningsvurderinger fikk flere varsler om at videre kriminalitet kunne føre til utvisning. Saken har imidlertid bydd på noe tvil særlig knyttet til kombinasjonen av ung alder ved ankomst til riket, lang botid og pågående rehabilitering på vedtakstidspunktet.»

49.

Fastsetting av tilleggstid i botiden ved søknad om norsk statsborgerskap – betydningen av fellesdommer og deldommer

(Sak 2005/1856)

As søknad om norsk statsborgerskap ble avslått under henvisning til vandelskravet i statsborgerrettsloven 8. desember 1950 nr. 3 § 6 første ledd nr. 3. På bakgrunn av to straffedommer mot A var det fastsatt et samlet tillegg i botiden på 3 år og 6 måneder. Begge de to dommene var deldommer som bestod av en ubetinget og en betinget del. Den siste dommen var dessuten en fellesdom, som også omfattet de straffbare forholdene som var pådømt i den første dommen.

Ombudsmannen ga uttrykk for at det ikke var riktig å legge vekt på begge de to straffedommene ved fastsettingen av tilleggstiden uten å ta hensyn til at den siste dommen var en fellesdom som også omfattet forholdene som var pådømt i den første dommen. Han pekte bl.a. på at en slik praksis vil kunne føre til at det blir beregnet tilleggstid to ganger for det samme straffbare forholdet, noe som ikke er rimelig eller holdbart. Ombudsmannen stilte også spørsmål ved praksis i forhold til deldommer, og var kritisk til en praktisering av regelverket som regelmessig vil kunne føre til lengre tilleggstid ved en delvis betinget dom enn om hele straffen hadde vært gjort ubetinget.

Etter at saken var tatt opp av ombudsmannen, ga Arbeids- og inkluderingsdepartementet uttrykk for et annet syn på betydningen av fellesdommer enn det som lå til grunn for avslaget på As søknad. Departementet tok saken opp til ny vurdering og As søknad om statsborgerskap ble innvilget.

A kom første gang til Norge i 1988 og ble innvilget oppholdstillatelse her i landet til 18. juli 1990. Han returnerte til hjemlandet i september 1990 og kom først tilbake til Norge i desember 1995. Utlendingsdirektoratet innvilget ham arbeidstillatelse i 1996. Tillatelsen ble jevnlig fornyet i de påfølgende årene.

A søkte i juni 2003 om norsk statsborgerskap. Utlendingsdirektoratet avslo søknaden under henvisning til vandelskravet i statsborgerrettsloven 8. desember 1950 nr. 3 § 6 første ledd nr. 3. Direktoratet viste til at A ved Oslo byretts dom 4. oktober 2001 ble dømt til 60 dagers fengsel, hvorav 30 dager var betinget med en prøvetid på 2 år. Han ble videre ved Oslo tingretts dom 18. desember 2002 dømt til 90 dager fengsel, hvorav 60 dager betinget med en prøvetid på 2 år. Den utmålte straffen var fellesstraff

med byrettens dom 4. oktober 2001, jf. straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 64. På bakgrunn av de to dommene fastsatte direktoratet en tilleggstid i botiden på 3 år og 6 måneder. Etter klage opprettholdt Kommunal- og regionaldepartementet avslaget. Departementet sluttet seg til direktoratets begrunnelse, herunder beregningen av tillegget i botiden.

As advokat klaget hit på vegne av A og gjorde bl.a. gjeldende at departementet hadde lagt en uriktig rettsforståelse til grunn ved fastsettingen av tilleggstiden i botiden. Advokaten viste til at tingrettens dom 18. desember 2002 var en etterskuddsdom etter straffeloven § 64 første ledd, ettersom saken gjaldt forhold som var forøvet forut for den første dommen 4. oktober 2001, og at det var utmålt en fellesstraff som også omfattet forholdene i den første dommen. Ifølge advokaten var det «utelukkende en svært uheldig påtalemessig håndtering av sakene som var årsaken til at ikke alle forholdene var tatt med i den første dommen ...», og at A som følge av dette fikk «en prøvetid på 3 ½ år i stedet for 2 år som ville vært resultatet dersom samtlige forhold hadde blitt pådømt samtidig».

Etter en gjennomgang av saksdokumentene innhentet fra Utlendingsdirektoratet ble det besluttet å undersøke beregningen av tilleggstiden nærmere. Saken ble tatt opp med Arbeids- og inkluderingsdepartementet, som fra 1. januar 2006 overtok ansvaret for statsborgerssaker. I brevet til departementet ble det vist til begrunnelsen i Kommunal- og regionaldepartementets vedtak, hvor det under henvisning til retningslinjene i Justis- og politidepartementets rundskriv G-28/99 bl.a. ble uttalt:

> «Ubetinget fengsel inntil 3 måneder gir tilleggstid på 2 år, jf. kap. VII pkt. 7.5. For betinget fengsel gis et tillegg på ett år, jf. pkt 7.8. Hver av domfellelsene vil således isolert sett medføre 2 + 1 års tilleggstid.»

Departementet ble bedt om å utdype og forklare hvordan det hadde kommet frem til at hver av dommene isolert sett ville medføre «2 + 1 års tilleggstid». Det ble herunder bedt om en redegjørelse for departementets forståelse av forholdet mellom pkt. 7.5, 7.8 og 7.12 i rundskrivet. I forbindelse med dette ble det stilt spørsmål om departementet mener at det skal fastsettes en lengre tilleggstid for en dom med ulike reaksjonsformer (deldom), f.eks. delvis betinget og delvis ubetinget fengselstraff, enn det som ville vært tilfellet dersom reaksjonen i sin helhet hadde vært ubetinget.

Departementet ble videre bedt om å gi sitt syn på hvordan fellesdommer skal behandles ved fastsettingen av tilleggstid i botiden. Det ble vist til departementets vedtak, hvor det heter at det «er sett hen til anførselen om at tilleggstiden ville blitt kortere dersom klager hadde blitt dømt for de ulike straffbare forholdene i én og samme straffesak», og videre at «beregningen av tilleggstiden baserer seg på de straffereaksjoner som faktisk foreligger». Det ble stilt spørsmål om dette innebar at departementet vurderte klagerens sak som et tilfelle med «flere dommer» etter punkt 7.13 i rundskrivet, og om det dermed ble gjort en skjønnsmessig beregning av tilleggstiden etter denne regelen. Det ble også vist til at departementets bemerkninger kan forstås slik at det generelt sett ikke tillegges selvstendig betydning at en av de aktuelle dommene er en fellesdom. I bekreftende fall ble departementet bedt om å redegjøre for hvordan dette harmonerer med at det skal foretas en konkret skjønnsmessig vurdering. Departementet ble i denne forbindelse bedt om å kommentere forholdet til likebehandling og rimelighet.

I sitt svar redegjorde departementet innledningsvis kort for regelverket:

> «Etter lov 8. desember 1950 nr. 3 om norsk riksborgarrett (statsborgerloven) § 6 kan utlending etter søknad innvilges norsk statsborgerskap. Vilkårene for innvilgelse fremgår av bestemmelsens første og tredje ledd. Loven angir kun hovedvilkårene, og overlater utfyllende tolkning av regelverket til håndhevende myndighet. Loven er ikke supplert av forskrifter, bortsett fra forskrift av 29.08.2003 om gebyr for behandling av søknad om norsk statsborgerskap. Ved avgjørelsen av søknader om norsk statsborgerskap etter § 6 utøver forvaltningen et skjønn i forhold til de enkelte vilkårene i bestemmelsen. Dette skjønnet er blitt nærmere fastlagt gjennom praksis. Den etablerte praksisen er nedfelt som retningslinjer i Justisdepartementets rundskriv G-28/99 av 11. mars 1999 som beskriver praksis frem til da, samt etterfølgende rundskriv på nye områder.
>
> Et av vilkårene som må være oppfylt for at statsborgerskap skal kunne innvilges, er at søkeren må ha «fare sømelegt fram», jf. statsborgerloven § 6 første ledd nr. 3. Dette kravet er i praksis forstått slik at søkeren ikke må være ilagt straff. Dersom en søker er ilagt straff, beregnes det et tillegg i kravet til botid avhengig av hva slags straffereaksjon søker har blitt ilagt. Hvor lang tilleggstid som skal ilegges ved ulike straffereaksjoner, er nærmere regulert i rundskriv G-28/99 kap. VII pkt. 7.»

I forhold til spørsmålet om behandlingen av dommer som inneholder ulike reaksjonsformer uttalte departementet videre:

> «Når det gjelder dommer som inneholder forskjellige reaksjonsformer (del-dommer), ser man først hen til hvor lang tilleggstid de enkelte reaksjonsformene som er blitt idømt gir hver for seg. Ved dom på både ubetinget og betinget fengsel, er det pkt. 7.5 og 7.8 i rundskrivet som regulerer lengden av tilleggstid som skal ilegges. Tilleggstiden som ilegges for henholdsvis ubetinget og betinget fengsel, legges sammen. Den samlede tilleggstiden fastsettes deretter skjønnsmessig, jf. pkt. 7.12. Tilleggstiden må i henhold til pkt. 7.12 imidlertid fastsettes slik at den blir minst like streng som den reaksjon som ville gitt lengst tillegg i botiden etter retningslinjene.
>
> Det følger av pkt. 7.5 i rundskrivet at dom på ubetinget fengsel i inntil tre måneder medfører en tilleggstid på to år. Det følger videre av pkt. 7.8, at betinget fengsel gir ett år tillegg i botiden. De to aktuelle dommene, som hver for seg inne-

bærer flere reaksjonsformer, gir således isolert sett hver tre års tilleggstid. Sett hen til dette, utøves en skjønnsmessig vurdering av tilleggstidens lengde for hver av dommene, jf. pkt. 7.12, slik det fremgår av departementets vedtak. Det kommer ikke tydelig frem i vedtaket nøyaktig hvor lang tilleggstid de to dommene isolert sett ga etter en skjønnsmessig vurdering iht pkt. 7.12, da man i saker med flere dommer også skal foreta en skjønnsmessig vurdering av tilleggstiden sett på bakgrunn av samtlige dommer, jf pkt 7.13. I praksis ville hver av de to dommene i nærværende sak, gi en tilleggstid på om lag to år og seks måneder.

Dersom det i den foreliggende saken kun var blitt idømt ubetinget fengsel i de to dommene, ville klager for dommen av 04.10.2001 ha fått en tilleggstid på to år. For dommen av 18.12.2002 ville klager ha fått en tilleggstid på tre år, da det for tre måneder ubetinget fengsel ilegges tre år tilleggstid, jf pkt 7.5. Pkt. 7.12 ville ikke ha kommet til anvendelse siden dommene da ikke ville ha inneholdt forskjellige reaksjonsformer. De to dommene ville da isolert sett til sammen ha gitt fem år tilleggstid. Man måtte så ha foretatt en skjønnsmessig vurdering, jf. pkt. 7.13 og kommet frem til en passende tilleggstid.

Departementet ser at en dom som bare gjelder en ubetinget straffereaksjon i enkelte tilfeller vil kunne medføre kortere tilleggstid enn en dom hvor det idømmes delvis ubetinget og delvis betinget fengsel. Vandelskravet i loven er imidlertid kun beskrevet som et vilkår om at søker må «ha fare sømelegt fram», og den innholdsmessige fortolkning av dette er overlatt til håndhevende myndighet. Gjennom praksis har dette begrepet blitt tillagt et nærmere bestemt innhold som håndheves likt overfor samtlige søkere. Etter departementets syn er således hensynet til likebehandling og forutsigelighet ivaretatt ved dagens praksis. Departementet er av den oppfatning at det ligger innenfor forvaltningens skjønn å avgjøre hvordan man skal forholde seg til dommer som består av forskjellige reaksjonsformer ved beregning av tilleggstid i statsborgerrettslig sammenheng.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet kan etter dette ikke se at det, når det gjelder beregning av tilleggstid ved dommer som består av ulike reaksjonsformer, er grunnlag for å ha en annen oppfatning om utfallet av saken enn da den ble behandlet av departementet.»

Departementet hadde følgende kommentarer til spørsmålet om behandlingen av saker hvor det foreligger flere straffedommer, herunder de tilfeller hvor en eller flere av dommene er fellesdommer:

«Når det gjelder saker med flere dommer, skal altså den endelige tilleggstiden fastsettes skjønnsmessig, jf. pkt. 7.13, men den må fastsettes slik at den blir noe lengre enn den ville blitt om det bare forelå én straffereaksjon. På bakgrunn av dette kom departementet frem til at passende tilleggstid var tre år og seks måneder i denne saken. Tilleggstiden er således avkortet skjønnsmessig i henhold til pkt. 7.13, fra å være på to år og seks måneder for hver av dommene, til samlet å bli på tre år og seks måneder.

Når det gjelder ombudsmannens spørsmål om hvordan fellesdommer skal behandles ved fastsettelse av tilleggstid, ser departementet at det kan virke urimelig å la alle dommer tillegges selvstendig betydning ved beregning av tilleggstid, når én av dommene er en fellesdom og således omfatter tidligere dommer. Etter departementets syn bør det ikke ilegges tilleggstid for tidligere dommer som omfattes av etterfølgende fellesdom.

Når det gjelder den konkrete saken, ble det ikke lagt vekt på at den ene dommen var en fellesdom, og klagerens sak ble vurdert som et tilfelle med flere dommer. Det ble således ikke tillagt betydning at én av dommene var en fellesdom etter straffeloven § 64. Departementet vil gjenoppta saken av eget tiltak, jf. forvaltningsloven § 35, og behandle den i henhold til ovennevnte vurderinger for beregning av tilleggstid ved fellesdom.

Utlendingsdirektoratet, som er førsteinstans i behandling av søknad om norsk statsborgerskap, vil bli orientert om departementets vurdering med hensyn til betydningen av fellesdom i statsborgerrettslig sammenheng.»

As advokat kom med enkelte merknader til departementets svar, og sa seg tilfreds med at departementet ville ta saken opp til ny vurdering. Departementet oversendte senere kopi av sitt nye vedtak i saken, der det tidligere avslaget ble omgjort og A ble innvilget norsk statsborgerskap. Ved den fornyede vurderingen fastsatte departementet på grunnlag av den siste dommen tilleggstiden til 2 år og 6 måneder.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Innledning

Søknaden om statsborgerskap er i dette tilfellet vurdert i forhold til statsborgerrettsloven 8. desember 1950 nr. 3. Denne loven ble opphevet fra 1. september 2006 da statsborgerloven 10. juni 2005 nr. 51 trådte i kraft.

Etter statsborgerrettsloven § 6 første ledd kunne det innvilges norsk statsborgerskap på visse nærmere angitte vilkår. Bestemmelsen lød slik på søknadstidspunktet og tidspunktet for Utlendingsdirektoratets vedtak:

«Kongen eller den han gjev fullmakt, kan skriva ut løyvebrev på norsk borgarrett til utlending som søkjer om det, såframt søkjaren:

1. er minst 18 år.
2. har hatt fast bustad i riket dei siste 7 åra,
3. har fare sømelegt fram og
4. ikkje har vesentleg bidragsgjeld.»

Det er lagt til grunn av utlendingsmyndighetene at A i utgangspunktet oppfylte kravet til sju års botid på søknadstidspunktet. Derimot ble han ikke ansett å oppfylle det såkalte vandelskravet i statsborgerrettsloven § 6 første ledd nr. 3. Vandelskravet er i praksis forstått slik at søkeren ikke må ha begått straffbare handlinger. Dersom søkeren er straffet, fastsettes det et tillegg i botiden, som vanligvis regnes fra tids-

punktet da søkeren ellers kunne ha fått innvilget norsk statsborgerskap. Kriteriene og prinsippene for fastsettingen av tilleggstiden er utviklet gjennom myndighetspraksis, som senere er kommet til uttrykk i rundskriv, jf. Justis- og politidepartementets rundskriv G-28/99 fra 11. mars 1999. I rundskrivet er fastsettingen av tilleggstiden langt på vei standardisert i forhold til utmålt straff.

Spørsmålene i den foreliggende saken knytter seg til fastsettingen av tilleggstiden for de forhold A ble domfelt for ved Oslo byretts dom 4. oktober 2001 og Oslo tingretts dom 18. desember 2002. Det er for det første spørsmål om beregningen av tilleggstid ved såkalte «fellesdommer», jf. rundskrivet pkt 7.13, og for det andre spørsmål om hvordan tilleggstiden skal beregnes ved dommer som består av ulike reaksjonsformer, såkalte deldommer, jf. rundskrivet pkt. 7.5, 7.8 og 7.12.

2. Fastsetting av tilleggstid ved fellesdommer

I rundskrivet pkt. 7.13 heter det følgende om tilfeller der det foreligger flere dommer eller forelegg:

> «Har søkeren flere forelegg eller dommer fastsettes tilleggstiden skjønnsmessig, men slik at den blir noe lengre enn den ville blitt om det bare forelå én straffereaksjon.»

I klagevedtaket la Kommunal- og regionaldepartementet til grunn at «hver av domfellelsene vil ... isolert sett medføre 2 + 1 års tilleggstid». Det ble presisert at det ved fastsettingen var sett hen til anførselen om at «tilleggstiden ville blitt kortere dersom klager hadde blitt dømt for de ulike straffbare forhold i én og samme straffesak», men at departementet ved beregningen «baserer seg på de straffereaksjoner som faktisk foreligger».

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har i svaret hit bekreftet at det ikke ble lagt vekt på at den siste straffedommen var en fellesdom, og at klagerens sak «ble vurdert som et tilfelle med flere dommer», jf. rundskrivet pkt. 7.13. Det fremgår imidlertid at departementet ser at det «kan virke urimelig å la alle dommer tillegges selvstendig betydning ved beregning av tilleggstid, når én av dommene er en fellesdom og således omfatter tidligere dommer». Departementets syn er nå at «det ikke [bør] ilegges tilleggstid for tidligere dommer som omfattes av etterfølgende fellesdom».

Det særegne ved fellesdommer er at disse trer i stedet for, og altså tar opp i seg, de forhold som er pådømt tidligere. Det vil da være den siste dommen (fellesdommen) som gir utrykk for straffverdigheten av de straffbare forholdene. Praksisen som departementet opprinnelig la til grunn i As sak synes ut fra dette ikke å være rimelig. Den vil kunne medføre at det blir beregnet tilleggstid to ganger for det samme straffbare forholdet, og tilleggstiden vil som en følge av dette kunne bli lengre enn det straffverdigheten skulle tilsi. Jeg kan derfor vanskelig slutte meg til den praksisen som departementet opprinnelig la til grunn i As sak, og jeg mener det er uheldig dersom en slik praksis har vært fulgt også i andre saker.

Det er positivt at departementet har endret syn på spørsmålet, og jeg legger til grunn at det synet departementet nå har gitt uttrykk for vil bli fulgt heretter ved vurderingen av søknader om statsborgerskap. Jeg har i denne forbindelse merket meg at Utlendingsdirektoratet vil bli orientert om departementets nye syn på betydningen av fellesdom i statsborgerrettslig sammenheng. Ettersom det nå tilligger Utlendingsnemnda å behandle klager over avslag på søknader om statsborgerskap, forutsetter jeg at departementet også orienterer nemnda på tilsvarende måte.

Så vidt jeg kan se er det ingen uttrykkelig regulering av betydningen av fellesdommer i statsborgerloven 10. juni 2005 nr. 51 eller statsborgerforskriften 30. juni 2006 nr. 756. Spørsmålene som oppstår vil formodentlig bli noe annerledes ettersom det etter det nye regelverket gjelder et system med karenstid. Jeg forutsetter imidlertid at det tas tilbørlig hensyn til synspunktene ovenfor også i saker som behandles etter den nye loven.

3. Fastsetting av tilleggstid ved deldommer

A ble ved byrettens dom 4. oktober 2001 dømt til 60 dagers fengsel, hvorav 30 dager var gjort betinget med en prøvetid på 2 år. Ved tingrettens fellesdom 18. desember 2002 ble han dømt til 90 dager fengsel, hvorav 60 dager betinget, også her med prøvetid på 2 år. Begge de to dommene besto således av forskjellige reaksjonsformer, dvs. at de var såkalte deldommer.

Det følger av rundskrivet pkt. 7.5 at tilleggstiden for ubetinget fengsel i «[i]nntil 3 mndr» er 2 år og at tilleggstiden for ubetinget fengsel «f.o.m. 3 til 6 mndr» er 3 år. Videre følger det av pkt. 7.8 at dom på betinget fengsel gir et tillegg i botiden på 1 år, og at statsborgerskap som hovedregel ikke skal tilstås i prøvetiden. Om dom som består av forskjellige reaksjonsformer heter det følgende i pkt. 7.12 i rundskrivet:

> «Inneholder en dom forskjellige reaksjonsformer samtidig, ubetinget fengsel/samfunnstjeneste/betinget fengsel/bot mv, fastsettes tilleggstiden skjønnsmessig, men slik at den blir minst like streng som den reaksjon som ville gitt lengst tillegg i botiden etter ovennevnte retningslinjer.»

Det fremgår ikke av Utlendingsdirektoratets vedtak hvilken tilleggstid hver av de to dommene isolert sett skulle tilsi. Kommunal- og regionaldepartementets vedtak er heller ikke helt klart på dette punktet, men det heter bl.a. følgende:

> «Ubetinget fengsel inntil 3 måneder gir tilleggstid på 2 år, jf. kap. VII pkt. 7.5. For betinget fengsel gis et tillegg på ett år, jf. pkt 7.8. Hver av domfellelsene vil således isolert sett medføre 2 + 1 års tilleggstid.»

Departementet viser deretter til bestemmelsen i pkt. 7.12 om at tilleggstiden minst skal være like streng som den reaksjonen som ville gitt lengst tillegg i botiden. Arbeids- og inkluderingsdepartementet har i svaret hit også pekt på at klagevedtaket ikke er tydelig på dette punkt, og har som forklaring vist til at det skulle foretas skjønnsmessige vurderinger av tilleggstiden både etter pkt. 7.12 og 7.13. Det heter imidlertid:

> «I praksis ville hver av de to dommene i nærværende sak, gi en tilleggstid på om lag to år og seks måneder.»

I forhold til den første dommen fra oktober 2001 innebærer dette at dersom hele straffen hadde vært gjort ubetinget ville tilleggstiden bare ha vært to år, dvs. seks måneder kortere enn når dommen var delvis betinget. Det har herfra vært stilt spørsmålstegn ved rimeligheten av en praksis som innebærer at straffedommer bestående av både en betinget og en ubetinget reaksjon, såkalte deldommer, kan gi lengre tilleggstid enn det en rent ubetinget reaksjon av samme samlede reaksjonslengde ville ha gitt.

Etter at saken ble tatt opp herfra, har Arbeids- og inkluderingsdepartementet lagt til grunn et annet syn på betydningen av en etterfølgende fellesdom enn det som lå til grunn for Kommunal- og regionaldepartements vedtak i klagesaken. I samsvar med dette er det i omgjøringsvedtaket bare tatt hensyn til straffeutmålingen i den siste dommen fra desember 2002, og på grunnlag av den fastsatt en tilleggstid på 2 år og 6 måneder.

Hvorvidt spørsmålet ovenfor kommer på spissen også i forhold til denne dommen, vil bero på en tolkning av formuleringen i rundskrivet pkt. 7.5 om at ubetinget fengsel «[i]nntil 3 mndr» gir en tilleggstid på 2 år, mens «f.o.m. 3 til 6 mndr» ubetinget fengsel gir en tilleggstid på 3 år. Departementet har i svaret hit lagt til grunn at en dom på ubetinget fengsel i 90 dager ville ha falt i sistnevnte kategori, og således gitt en tilleggstid på 3 år, hvilket er lengre enn de 2 år og 6 måneder som til slutt ble lagt til grunn i omgjøringssaken.

Etter min mening er det ikke uten videre klart at en ubetinget fengselsdom på 90 dager faller inn under formuleringen «f.o.m. 3 til 6 mndr». Straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 25 bestemmer at frihetsstraffer på inntil fire måneder som hovedregel skal fastsettes i dager. Det følger videre av straffeloven § 11 at en måned skal forstås som en kalendermåned, og det synes da ikke uten videre å kunne legges til grunn at 90 dager er identisk med tre måneder. Etter min mening viser dette i alle fall at det er uheldig at rundskriv G-28/99 pkt. 7.5 oppgir denne grensen i måneder, og ikke i dager slik straffeloven gir anvisning på.

Spørsmålet om forståelsen av rundskrivet pkt. 7.5 på dette punkt har ikke vært tatt opp særskilt i forbindelse med undersøkelsen herfra, og jeg har derfor ikke grunnlag for å ta endelig stilling til dette. Ettersom A nå uansett har fått innvilget sin søknad om norsk statsborgerskap, har spørsmålet i alle tilfelle begrenset betydning for hans sak. Jeg har for øvrig merket meg at det i den nye statsborgerforskriften 30. juni 2006 nr. 756 § 5–1 er valgt å angi den aktuelle grensen i dager, og at spørsmålet dermed må antas å ha fått sin løsning i forhold til fremtidige statsborgersaker. På bakgrunn av dette finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet.

Departementet har gitt utrykk for at praksisen som kan medføre lengre tilleggstid for dommer som består av forskjellige reaksjonsformer følges generelt, og jeg finner bl.a. derfor grunn til å knytte noen merknader til dette. I svaret hit har departementet gitt utrykk for at det «ser at en dom som bare gjelder en ubetinget straffereaksjon i enkelte tilfeller vil kunne medføre kortere tilleggstid enn en dom hvor det idømmes delvis ubetinget og delvis betinget fengsel». Departementet ønsker å fastholde tidligere praksis, og gir følgende begrunnelse for sitt standpunkt:

> «Vandelskravet i loven er ... kun beskrevet som et vilkår om at søker må «ha fare sømelegt fram», og den innholdsmessige fortolkning av dette er overlatt til håndhevende myndighet. Gjennom praksis har dette begrepet blitt tillagt et nærmere bestemt innhold som håndheves likt overfor samtlige søkere. Etter departementets syn er således hensynet til likebehandling og forutsigelighet ivaretatt ved dagens praksis. Departementet er av den oppfatning at det ligger innenfor forvaltningens skjønn å avgjøre hvordan man skal forholde seg til dommer som består av forskjellige reaksjonsformer ved beregning av tilleggstid i statsborgerrettslig sammenheng.»

Statsborgerrettsloven § 6 første ledd nr. 3 overlater uten tvil en stor del av vurderingene i disse sakene til forvaltningen. Loven i seg selv gir begrenset veiledning, og området har frem til nye regler trådte i kraft 1. september 2006 ikke vært forskriftsregulert. Justis- og politidepartementets rundskriv G28/99 inneholder en nedtegning og systematisering av praksis på området, men det som fremgår her er ikke rettslig bindende regler.

En fast og langvarig praksis vil imidlertid være relevant og også kunne veie tungt ved vurderinger som dette. Det er likevel på det rene at praksisen som følges ikke kan være i strid med loven, og den må heller ikke være urimelig eller innebære en usaklig forskjellbehandling. I så fall vil praksisen kunne underkjennes selv om den er i tråd med retningslinjene, og også selv om den har vært fulgt over lang tid. Jeg stiller meg ut fra dette noe undrende til hva som menes når departementet uttaler at «det ligger innenfor forvaltningens skjønn å avgjøre hvordan man skal forholde seg til dommer som består av forskjellige reaksjonsformer ved beregning av tilleggstid i statsborgerrettslig sammenheng». Denne uttalelsen kan etterlate inntrykk av at det ikke er tatt til-

strekkelig høyde for begrensningene i skjønnsadgangen som uansett må gjelde.

Ved dom bestående av forskjellige reaksjonsformer er det punkt 7.12 i rundskrivet som regulerer tilleggstidens lengde. Det gis anvisning på en skjønnsmessig fastsetting av tilleggstiden, mens punkt 7.5 og punkt 7.8, som regulerer tilleggstiden ved henholdsvis ubetinget og betinget fengsel, vil angi et minimum for tilleggstiden. I svaret hit har departementet gitt følgende beskrivelse av fremgangsmåten ved beregningen:

> «Ved dom på både ubetinget og betinget fengsel, er det pkt. 7.5 og 7.8 i rundskrivet som regulerer lengden av tilleggstid som skal ilegges. Tilleggstiden som ilegges for henholdsvis ubetinget og betinget fengsel, legges sammen. Den samlede tilleggstiden fastsettes deretter skjønnsmessig, jf pkt. 7.12. Tilleggstiden må i henhold til pkt. 7.12. imidlertid fastsettes slik at den blir minst like streng som den reaksjon som ville gitt lengst tillegg i botiden etter retningslinjene.»

Etter min mening kan det stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av den fremgangsmåten som departementet beskriver her, og som tar utgangspunkt i at tilleggstiden for betinget og ubetinget del «legges sammen». Slik jeg ser det, kunne det vært vel så hensiktsmessig å ta utgangspunkt i «den reaksjon som ville gitt lengst tillegg i botiden», jf. pkt 7.12, og deretter foreta en vurdering av om det er grunnlag for å gjøre ett skjønnsmessig påslag i tillegg til dette. Ved denne vurderingen må bl.a. hensynet til rimelighet og likebehandling tas i betraktning, og pkt. 7.5 og 7.8 i rundskrivet vil være sentrale momenter her.

Departementet har gitt utrykk for at det ønsker å opprettholde praksisen som i enkelte tilfeller vil medføre at deldommer gir lengre tilleggstid enn det for eksempel en rent ubetinget fengselsdom ville ha gitt. Det er vist til at dette håndheves likt overfor samtlige søkere, og at hensynet til likebehandling og forutsigbarhet blir ivaretatt gjennom dette. Disse hensynene er naturligvis viktige. Systemet for beregning av tilleggstid er imidlertid basert på at tilleggstiden blir lengre jo mer alvorlig forbrytelse utlendingen er domfelt for. Også likebehandling i forhold til hvor streng straffereaksjon som er idømt, vil da måtte stå sentralt ved den skjønnsmessige vurderingen etter pkt. 7.12. Jeg kan ikke uten videre se at dette likebehandlingshensynet er ivaretatt ved departementets praksis, og problemstillingen er også i liten grad berørt i departementets svar hit.

Slik jeg ser det, vil en praksis i sakene med deldommer som beskrevet ovenfor kunne innebære en usaklig forskjellbehandling i forhold til utlendinger med like lange ubetingede dommer. Når domstolene utmåler straff, og herunder tar stilling til spørsmålet om betinget eller ubetinget reaksjon, utøves det en bred og sammensatt skjønnsmessig vurdering. Hvorvidt en delvis betinget dom innebærer at domstolene anser forholdet som mindre straffverdig, vil nok kunne variere fra sak til sak. En praksis som innebærer at slike tilfeller regelmessig vil kunne gi *lengre* tillegg i botiden innebærer imidlertid en forskjellsbehandling som jeg har vanskelig for å se noen god begrunnelse for. Jeg stiller meg derfor kritisk til den praksisen som har vært fulgt. Tilsvarende spørsmål synes for øvrig å kunne oppstå også etter de nye forskriftsreglene som trådte i kraft fra 1. september 2006. Selv om dette nå er fastsatt i forskrift kan det være grunn for departementet til å se nærmere på dette.

Jeg ber om å bli holdt orientert om departementets generelle oppfølging av de forholdene som er påpekt ovenfor.»

50.

Saksbehandlingstiden i Utlendingsnemnda

(Sak 2006/323)

Ombudsmannen iverksatte av eget tiltak en generell undersøkelse av saksbehandlingstiden i Utlendingsnemnda. Bakgrunnen var bl.a. at det var registrert en viss økning i antallet klager over behandlingstiden i nemnda.

Etter å ha mottatt nemndas redegjørelse, uttalte ombudsmannen at i en situasjon der saksbehandlingstiden er lang og viser en økende tendens, er det viktig at forvaltningen har et sterkt fokus på tiltak for å redusere behandlingstiden. Nemndas redegjørelse etterlot etter ombudmannens syn inntrykk av at nemnda hadde fokus på spørsmålet om saksbehandlingstid, og at det ble arbeidet aktivt for å redusere denne. Ombudsmannen forutsatte at det ikke minst ville bli arbeidet for å redusere saksbehandlingstiden for asylsaker. Det ble uttalt at det var positivt at Utlendingsnemnda hadde fått på plass en ordning som innebar at det ville bli sendt en automatisk orientering til partene i saker som fortsatt var ubehandlet etter 9 måneder.

Ombudsmannen mottar hvert år en god del klager som gjelder saksbehandlingstiden i utlendingsforvaltningen. Klagene retter seg i hovedsak mot Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda. Det forekommer imidlertid også klager som gjelder lang saksbehandlingstid ved utlendingsseksjonene i politidistriktene.

De fleste klagene som gjelder lang saksbehandlingstid og manglende svar avsluttes på bakgrunn av opplysninger som blir gitt av utlendingsforvaltningen over telefon. I mange tilfeller blir det også vist til at det ikke er mulig eller hensiktsmessig for ombudsmannen å undersøke saksbehandlingstiden nærmere i den konkrete saken. En del klager blir likevel undersøkt nærmere, og dette er særlig aktuelt dersom saksbehandlingstiden synes å avvike betydelig fra det som er vanlig for den aktuelle sakstypen.

I slutten av 2004 innhentet ombudsmannen en generell redegjørelse fra Utlendingsdirektoratet om utviklingen i saksbehandlingstiden i direktoratet og

for hvilke tiltak som var iverksatt for å redusere denne. Undersøkelsen er omtalt i årsmeldingen for 2005 på s. 28 og s. 211–216, der det også er henvist til en del tidligere undersøkelser av saksbehandlingen i utlendingsforvaltningen.

Antallet klager til ombudsmannen som gjelder lang saksbehandlingstid i Utlendingsdirektoratet har vist en synkende tendens fra 2004 til 2006. Det har ikke vært en tilsvarende utvikling i forhold til klager som retter seg mot saksbehandlingstiden i Utlendingsnemnda, og antallet slike klager synes å ha økt noe. Skriftlige klager og telefonhenvendelser mottatt i løpet av 2005 og begynnelsen av 2006, har tydet på at saksbehandlingstiden i Utlendingsnemnda fortsatt er lang på flere saksområder.

I årsmeldingen for 2005 (på s. 28) ble det uttalt at ombudsmannen ville følge med på saksbehandlingstiden i Utlendingsnemnda. På bakgrunn av dette, og i lys av henvendelser i enkeltsaker, ble nemnda i brev 21. mars 2006 bedt om å redegjøre for utviklingen i saksbehandlingstiden innenfor de ulike saksområdene. I denne forbindelse ble det særskilt bedt om å få redegjort for nemndas eventuelle mål for saksbehandlingstiden og for hvilke tiltak som var iverksatt for å redusere den faktiske saksbehandlingstiden. Nemnda ble videre bedt om å redegjøre for om saker som berører barn ble gitt særlig prioritet innenfor de ulike saksområdene. I brevet het det videre:

> «I serviceerklæringen på nemndas internettsider er det lagt ut opplysninger om gjennomsnittlig saksbehandlingstid for klagesaker i 2005. For asylsaker opplyses det for eksempel at den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden i 2005 var åtte og en halv måned. Nemnda understreker imidlertid at enkelte saker kan kreve noe lenger tid. Ombudsmannen har tidligere blitt informert om at det i forbindelse med at nemnda mottar en klagesak blir utsendt en automatisk skriftlig standardisert melding til klageren gjennom DUF-systemet. Denne meldingen skal blant annet opplyse om gjennomsnittlig saksbehandlingstid.
>
> På bakgrunn av henvendelser til ombudsmannen kan det synes som om saksbehandlingstiden i enkelte saker og for enkelte sakstyper kan strekke seg vesentlig ut over de gjennomsnittsangivelsene som fremgår av nemndas serviceerklæring og de nevnte automatiske meldingene. Klagesaker som gjelder asylsøkere fra Eritrea kan nevnes som eksempel i denne forbindelse.
>
> Nemnda har i brev 2. august 2005 i ombudsmannssak 2005/993 (nemndas ref.: 05/00432) og senere i brev 13. oktober 2005 i ombudsmannssak 2005/1268 (nemndas ref.: 05/00486) opplyst at det ikke foreligger rutiner for å sende skriftlige meldinger til klagerne om endringer i saksbehandlingstid etter at klagesaken er kommet til nemnda. Det opplyses imidlertid at klagerne, ved henvendelse til nemnda, muntlig vil kunne få oppdatert informasjon om forventet saksbehandlingstid. Nemnda opplyser for øvrig at den vil vurdere hvordan den enkelte klagers behov for oppdatert informasjon vil kunne ivaretas bedre, herunder utrede mulighetene for en teknisk løsning i DUF-systemet.
>
> Det bes opplyst om nemnda har foretatt ovennevnte vurdering og om det eventuelt er foretatt endringer i gjeldende rutiner. I denne forbindelse bes det også opplyst hvorvidt nemnda har rutiner for å besvare skriftlige henvendelser eller purringer fra klagerne underveis i saksbehandlingen. Til orientering kan det opplyses at ombudsmannen i brev 30. januar 2006 fra Utlendingsdirektoratet har fått opplyst at direktoratet arbeider med lignende problemstillinger.»

Om utviklingen i saksbehandlingstiden opplyste nemnda i sitt svar 28. april 2006 at den siden sommeren 2005 fortløpende hadde behandlet et større antall saker enn den hadde fått inn, og at utviklingen derfor ville gå i retning av kortere saksbehandlingstid for nye saker som ble mottatt av nemnda. Fordi nemnda hadde prioritert å behandle de eldste ubehandlede sakene ble det imidlertid opplyst at den faktiske saksbehandlingstiden hadde økt noe i perioden.

Utlendingsnemnda opplyste videre at den ikke hadde noen konkrete mål for saksbehandlingstid og at nemndas mål var knyttet opp mot produksjonsvolum, dvs. antall behandlede saker. Ifølge nemnda ble det i denne forbindelse benyttet en vekttallsmodell som skulle forhindre incitamenter i retning av å prioritere mange enkle saker fremfor færre og vanskeligere.

Det ble opplyst at nemnda for å kunne behandle sakene mest mulig effektivt og riktig, hadde et kontinuerlig fokus på organiseringen av sin virksomhet og utviklingen av nye arbeidsmåter. Nemnda fremhevet et konkret tiltak i forhold til saker som var i ferd med å bli to år gamle i nemnda. Slike saker skulle etter det opplyste i større grad ferdigbehandles på det grunnlaget som forelå, også når nemnda ventet på dokumentasjon (generell eller spesiell) som nemnda normalt ville ha avventet av hensyn til sakens opplysning.

Nemnda ga følgende oversikt over utviklingen i gjennomsnittlig saksbehandlingstid for de ulike sakstypene (tall i måneder):

	2003	2004	2005	Hittil i 2006
Asyl	3	5	8 ½	12 ½
Visum	3 ½	3	3 ½	3
Arbeids- og oppholdstillatelse	5 ½	5 ½	6 ½	8
Familiegjenforening	6 ½	5	7 ½	7 ½
Andre sakstyper	5	6	5 ½	6

I brevet het det videre:

«Det presiseres at tallene gjelder *gjennomsnittlig* saksbehandlingstid for behandlede saker. Tallene for asylsaker inkluderer både saker der klagen er gitt oppsettende virkning og der dette ikke er gitt. Et høyt antall saker av sistnevnte kategori trekker den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden ned i 2003 og 2004. Vi hadde da årlig omkring 5000 slike klagesaker til behandling. I 2005 utgjorde disse sakene ca 2500 og så langt i 2006, vel 300 saker. Som kjent har de åpenbart grunnløse sakene en enklere saksbehandling ved at sakene kan avgjøres i sekretariatet, mens saker der klageren er gitt tillatelse til å oppholde seg her i landet under klagebehandlingen, skal avgjøres av en nemndleder etter forberedelse fra sekretariatet, eller avgjøres i nemndmøte, med den dertil nødvendige saksforberedelse, og følgelig lengre saksbehandlingstid. Andelen asylsaker avgjort av sekretariatet er redusert fra vel 60 % av alle asylsaker i 2003 til vel 20 % så langt i 2006.

I tildelingsbrevene for 2005 og 2006 er det ikke satt krav til lengde på saksbehandlingstiden for de ulike sakstypene. Det er imidlertid presisert at saksbehandlingstiden ikke skal være lengre enn det som er nødvendig for å sikre kvalitet og saksgang, og at asylsaker skal prioriteres.

UNE oppfylte produksjonskravene satt i tildelingsbrevene i 2004 og 2005. Kravet til UNE knytter seg til et antall produserte saker, gitt visse forutsetninger, og bevilgningene er gitt i henhold til dette.

UNE har imidlertid ikke kontroll over hvor mange saker vi får inn til behandling. I 2003 fikk vi ca 2500 flere saker inn enn vi behandlet, i 2004 ca 500 flere saker, mens vi i 2005 fikk omtrent like mange saker inn som vi behandlet. Over tid har dette medført økte restanser og en økning i saksbehandlingstiden, siden etterslepet fra 2003 ikke ble tatt inn gjennom noen tilsvarende overkapasitet de neste to årene.

I tillegg til dette er den porteføljen vi har hatt til behandling i 2005 og så langt i 2006, som nevnt over, mer tidkrevende å behandle. Dette henger sammen med arbeidet knyttet til fastlegging av praksis for behandlingen av asylsaker fra ulike land Utlendingsdirektoratet tidligere innvilget tillatelse, men nå avslår. Forberedelsene og gjennomføringen av nemndmøtene blir i disse sakene omfattende både i sekretariatet, hos nemndlederne og i nemndmøtene. Et vesentlig og kompliserende element er at sakene rommer mange forskjellige problemstillinger som må avklares, slik at eksempelvis det å ha tatt 5 asylsaker fra Somalia i nemndmøte med samme resultat, ikke nødvendigvis innebærer at man kan behandle resten av porteføljen uten nemndmøte. Man må avklare problemstilling for problemstilling i sakene i nye og flere nemndmøter. De politiske forhold i landene er dessuten labile, noe som kompliserer ytterligere, gjennom at resultater fra en tidsperiode ikke nødvendigvis har overføringsverdi til neste.

Situasjonen har over noe tid vært omtalt i forbindelse med styringsdialogen med departementet. I vår rapport for 1. tertial 2005, minnet vi departementet om at endringene i porteføljen resulterte i økning i restansene og saksbehandlingstiden, og vi stilte spørsmål ved om ikke UNE burde tilføres økte ressurser for å kunne nedarbeide restansene.

På denne bakgrunn har UNE i 2006 fått ekstraordinære midler for å nedarbeide restansene. Samtidig mottar vi nå klart færre saker. Det er ansatt mange nye og foretatt reorganisering og utprøving av nye arbeidsmåter for å utnytte midlene på en best mulig måte. Restansene er redusert med ca 700 saker siden årsskiftet, og vi mener denne trenden vil fortsette, forutsatt at vi ikke får en uventet og betydelig økning i antall innkomne saker. Vi prioriterer de eldste sakene. Dette innebærer at når vi ser på den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for saker som er ferdig behandlet inneværende år, 12 ½ måneder, ser vi det som positivt, i den forstand at det viser at det er de gamle sakene som blir behandlet. Antall gamle saker går nå ned, og vi regner med at saksbehandlingstiden vil bli kortere for nye saker.»

Nemnda opplyste at saker som gjelder enslige mindreårige asylsøkere prioriteres i den grad det er mulig, men at det ikke er noen generell prioritering av alle saker som involverer barn. Det ble vist til at dette gjelder så mange av de sakene nemnda har til behandling at en slik prioritering ville måtte forankres i en uttrykt føring fra departementet.

I forhold til ombudsmannens spørsmål om nemndas rutiner for å sende skriftlige meldinger til klagere om endringer i forventet saksbehandlingstid underveis i saksbehandlingen, uttalte nemnda følgende:

«*Serviceerklæringen* på UNEs nettsider opplyser om *gjennomsnittlige saksbehandlingstider* i 2005. For asylsaker er eksempelvis den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden i 2005 oppgitt til 8 ½ måneder, men det opplyses at enkelte saker kan ta lengre tid, dersom det må innhentes ytterligere opplysninger.

Saksbehandlingstiden i den *automatiske meldingen* som går til klageren når UNE mottar saken fra UDI, gir opplysninger om den *forventede saksbehandlingstiden for klagerens sak*. For klagesaker i asyl er den for tiden stipulert til 10 måneder, for andre saker 8 måneder og for omgjøringsanmodninger (i alle saker) 10 måneder. Vi vurderer jevnlig om tidsanslaget bør endres. Senest en slik vurdering ble gjort var i februar i år. Det ble da besluttet ikke å endre tidsangivelsen fordi vi ikke regner med at de sakene som kommer inn til UNE nå vil ha lengre saksbehandlingstid enn den som er oppgitt, jf. ressursøkningen UNE har mottatt i 2006 nevnt over.

UNE har vurdert hvordan den enkelte klagers behov for oppdatert informasjon kan ivaretas bedre. Fra mai i år har vi fått gjennomført en endring i vårt datasystem (DUF) som innebærer at det heretter vil bli sendt ut en ny automatmelding dersom saken er ubehandlet i UNE etter utløpet av den tidligere oppgitte fristen. Fordi arbeidet med å identifisere og skille ut ulike sakstyper lett vil føre til feil/sammenblanding, er det besluttet at den samme meldingen sendes ut for alle sakstyper, og etter samme antall måneder. Tidspunkt for utsendelse av ny automatisk melding er p.t. satt til 9 måneder. Saksbehandlingstiden vil bli endret når det anses for nødvendig. Den nye meldingen vil gå ut i saker som ankommer UNE etter mai 06. Saker som er registret med avgjørel-

> sesformen nemndmøte med personlig fremmøte eller stornemndmøte med personlig fremmøte skal unntas fra ordningen, da klageren i disse tilfellene har fått informasjon om når saken blir behandlet i forbindelse med innkallingen til nemndmøte. Dersom en sak mot formodning ikke skulle være behandlet innen den nye fristen, skal klageren få skriftlig individuell beskjed om når hans/hennes sak vil bli behandlet.»

Nemnda opplyste at det ikke forelå skriftlige rutiner for å besvare henvendelser eller purringer fra klagerne underveis i saksbehandlingen, men at utgangspunktet er at skriftlige henvendelser skal besvares. Det ble videre opplyst at de fleste henvendelser/purringer skjer muntlig og besvares i den forbindelse.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Utlendingsnemnda har i brevet hit redegjort for utviklingen i saksbehandlingstiden fra 2003 og frem til april 2006. Jeg har merket meg at den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden i de fleste typer saker har hatt en viss økning i perioden. Den gjennomsnittlige behandlingstiden for asylsaker har økt spesielt mye og oppgis å være hele 12 ½ måneder per april 2006. Det fremgår av redegjørelsen hit at økningen i nemndas saksbehandlingstid innenfor asylområdet blant annet skyldes at sakene som mottas nå er mer tidkrevende å behandle fordi antallet åpenbart grunnløse klager, med enklere saksbehandling, er kraftig redusert.

I saken som er referert på s. 211–216 i årsmeldingen for 2005 ga Utlendingsdirektoratet uttrykk for at direktoratet ikke anså en saksbehandlingstid på 10–13 måneder innenfor enkelte saksområder som akseptabel. Jeg legger til grunn at heller ikke Utlendingsnemnda for sin del anser det som akseptabelt med en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på 12 ½ måneder for asylsaker. En saksbehandlingstid på 8 måneder for saker om arbeids- og oppholdstillatelse og 7 ½ måneder for familiegjenforening er også i overkant av det som er akseptabelt over tid.

I en situasjon der saksbehandlingstiden er lang og viser en økende tendens er det viktig at forvaltningen har et sterkt fokus på tiltak for å redusere denne. Redegjørelsen hit etterlater inntrykk av at nemnda har fokus på spørsmålet om saksbehandlingstid, og at det arbeides aktivt for å redusere behandlingstiden. Etter dialog med departementet er det tilført økte ressurser, og nemnda har ansatt flere saksbehandlere og foretatt en reorganisering. Det praktiseres videre en vekttallsmodell som er ment å skulle forhindre at det behandles mange enkle saker fremfor færre og vanskeligere saker.

Nemnda nevner også at eldre saker nå i større grad blir ferdigbehandlet selv om nemnda av hensyn til sakens opplysning tidligere normalt ville avventet ytterligere dokumentasjon. Sistnevnte illustrerer den vanskelige avveiningen som i en del tilfeller må foretas mellom kravet til en rimelig saksbehandlingstid og kravet om grundig behandling av sakene. Selv om det er viktig med en rask saksavvikling, finner jeg grunn til å understreke at de grunnleggende kravene til en forsvarlig opplysning av saken må følges.

Det fremgår at nemnda i den senere tid har redusert antallet ubehandlede saker innenfor flere saksområder og at det er tilført ekstra midler som forventes å medføre en reduksjon i saksbehandlingstiden utover i 2006, forutsatt at det ikke oppstår en uventet og betydelig økning i antallet innkomne saker. Dette er positivt og jeg forutsetter at det ikke minst vil bli arbeidet for å redusere saksbehandlingstiden for asylsaker i løpet av 2006.

I en situasjon med økende saksbehandlingstid er det svært viktig at partene blir holdt orientert om eventuelle forsinkelser i forhold til tidligere gitte opplysninger om forventet saksbehandlingstid. Dette er et forhold som også har blitt tatt opp av flere av de klagerne som har henvendt seg hit. Jeg har merket meg at nemnda med virkning for saker innkommet etter mai 2006, har gjennomført en endring i sitt saksbehandlingssystem (DUF) slik at det heretter vil bli sendt ut en automatisk melding i saker som fortsatt står ubehandlet etter 9 måneder. Dersom saken mot formodning heller ikke skulle være behandlet innen den nye angitte saksbehandlingstiden, vil det bli gitt individuell beskjed om forventet saksbehandlingstid til den enkelte part.

Det er positivt at Utlendingsnemnda nå har fått på plass en slik ordning som nevnt ovenfor. Ordningen fremstår imidlertid som forholdsvis generell og er i liten grad tilpasset forholdene i den enkelte sak eller på det aktuelle saksområdet. Det hadde vært en fordel om den informasjonen som ble gitt var mer individuelt tilpasset. På bakgrunn av det store antallet saker nemnda behandler, har jeg imidlertid forståelse for at dette kan være vanskelig å få til og at nemnda i første omgang har valgt en noe enklere og standardisert ordning.

Nemnda opplyser at det ikke foreligger skriftlige rutiner for besvarelse av henvendelser eller purringer underveis i saksbehandlingen, men at «[d]et klare utgangspunktet» er at skriftlige henvendelser skal besvares. Jeg har tidligere i brev til Utlendingsdirektoratet i en sak som blant annet gjaldt direktoratets manglende besvarelse av skriftlige henvendelser i en familiegjenforeningssak, understreket at forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 a annet ledd forutsetter at henvendelser til forvaltningen skal besvares skriftlig. Dette følger også av normen for god forvaltningsskikk. Jeg forutsetter at også Utlendingsnemnda i sin saksbehandling legger til grunn at henvendelser til forvaltningen skal besvares og at skriftlige henvendelser til nemnda normalt vil bli besvart skriftlig.

Ut over disse bemerkningene, finner jeg å kunne la saken bero med den redegjørelsen som Utlendingsnemnda har gitt, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 fjerde ledd.»

51.

Saksbehandlingen i klagesak om visum

(Sak 2005/1983)

As søknad om besøksvisum til Norge ble avslått bl.a. under henvisning til at det forelå bortvisningsgrunner. Ombudsmannens undersøkelse gjaldt i første rekke Utlendingsdirektoratets behandling av klagen over generalkonsulatets avslag.

Ombudsmannen uttalte at det knyttet seg begrunnet tvil til direktoratets saksbehandling og avgjørelse. Manglende tilgang til og vurdering av dokumenter av betydning for saken kunne ha ført til svakheter ved den kontrollen direktoratet skal foreta i klageomgangen. Ombudsmannen uttalte videre at det var vanskelig å se at direktoratet hadde gitt en tilfredsstillende redegjørelse for at de bortvisningsgrunner som det var vist til i vedtaket forelå. Direktoratet ble for øvrig kritisert for sen oppfølging av forespørsler fra ombudsmannen om oversending av saksdokumenter og svar på konkrete spørsmål i anledning saken.

A søkte i april 2005 om besøksvisum til Norge. Det norske generalkonsulatet i Murmansk avslo søknaden og uttalte at det var «reason to doubt your intention related to travelling to Norway», jf. utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 106 sjette ledd første punktum, jf. utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 27 første ledd bokstav c. Etter klage ble avslaget opprettholdt av Utlendingsdirektoratet. Direktoratet sluttet seg til generalkonsulatets begrunnelse, men la i tillegg til grunn at A var mistenkt for å drive med kriminelle handlinger i Norge og at hun også skulle ha blitt nektet innreise til Finland. Det ble i denne forbindelse vist til utlendingsforskriften § 106 sjette ledd første punktum, jf. utlendingsloven § 27 første ledd, henholdsvis bokstav e og f.

B klaget i november 2005 hit på vegne av A over Utlendingsdirektoratets vedtak om å opprettholde generalkonsulatets avslag på visumsøknaden.

Utlendingsdirektoratet ble i brev herfra 15. november 2005 bedt om å oversende sakens dokumenter. Etter gjentatte purringer ble dokumentene mottatt 20. februar 2006. På bakgrunn av en gjennomgang av klagen og saksdokumentene ble det besluttet å undersøke saken nærmere.

I brev 3. mars 2006 til Utlendingsdirektoratet ble det pekt på at det i direktoratets vedtak bl.a. var vist til at det i generalkonsulatets avslag var lagt vekt på en rapport fra norsk politi om at A hadde vært involvert i kriminalitet i Norge under tidligere visumbesøk. Det ble vist til følgende utsagn i direktoratets vurdering:

> «Det vises til at klager er mistenkt for å drive med kriminelle handlinger i Norge og at hun også er nektet innreise i Finland.»

Direktoratet ble bedt om å redegjøre nærmere for grunnlaget for disse opplysningene. Det ble herfra vist til at det blant de utlånte saksdokumentene forelå et brev 8. juli 2004 fra Y politidistrikt, --- lensmannskontor til Det norske generalkonsulatet i Murmansk. Dersom direktoratet på vedtakstidspunktet var i besittelse av andre politi- eller straffesaksdokumenter, ble det bedt om å få dette opplyst. Hvis direktoratet ikke hadde ytterligere dokumenter å bygge på enn de som allerede var oversendt, ble det bedt om direktoratets begrunnede syn på om saken var tilstrekkelig opplyst da den ble avgjort. I alle tilfelle ble direktoratet bedt om å gi en nærmere begrunnelse for konklusjonen om at det forelå bortvisningsgrunn etter utlendingsloven § 27 første ledd bokstav e og f.

Etter gjentatte purringer herfra svarte Utlendingsdirektoratet i brev 15. juni 2006. I svaret het det bl.a. følgende:

> «Generalkonsulatet i Murmansk har et meget nært samarbeid med norsk politi, spesielt i de nordligste delene av landet.
>
> Politiet gir regelmessig rapport til generalkonsulatet om utlendinger bosatt i Murmansk og Arkhangelsk fylker som har begått brudd på utlendingsloven, særlig gjelder dette Utlendingsforskriften § 106 siste ledd første punktum, jfr Utlendingsloven § 27, spesielt bokstav c (manglende tillatelse, oftest etter Utlendingsloven § 6 første ledd første punktum) og j (offentlig orden) og Utlendingsforskriften § 107 tredje ledd siste punktum.
>
> Videre er det også meget nært samarbeid mellom det norske og det finske visumkontoret i Murmansk. Det finske visumkontoret rapporterer månedlig til det norske konsulatet, i tråd med Schengensamarbeidet, om visumsøknader som er avslått.
>
> Både ihht våre Schengenforpliktelser og Utlendingsforskriften § 106 siste ledd første punktum, jfr Utlendingsloven § 27 bokstav f, avslår det norske generalkonsulatet i Murmansk visumsøknader fra søkere som er nektet innreise til Finland, spesielt med henblikk på at visumpliktige reisende forflytter seg hyppig og med letthet mellom Norge og Finland og også Sverige.
>
> Schengens felles konsulærinstruks og dens tilleggsdokument Best Practices, krever at det i visumsaksbehandlingen tas spesielt hensyn til søkere som er mistenkt for å være innblandet i kriminelle handlinger, kan antas å komme til å begå en kriminell handling eller befatte seg med prostitusjon etter innreise. Det er videre et pålegg å kontrollere nøye søkere som det ikke kan fastslås ikke vil forstyrre offentlig orden, jf. Best Practices 4 b.
>
> Utlendingsdirektoratet har inngående kjennskap til generalkonsulatet i Murmansk, den informasjonen og kunnskapen de har. Når generalkonsulatet i Murmansk avslår en visumsøknad med begrunnelsen at politiet har anmodet om at søknaden avslås samt at det finske visumkontoret har rapportert at søkeren er nektet innreise til Finland, anser Utlendingsdirektoratet dette som tilstrekkelig og ber ikke om å få det dokumentert skriftlig. Dette er årsaken til at det i Utlendings-

direktoratets saksmappe ikke finnes noen kopi av rapporter verken fra politiet eller det finske visumkontoret i Murmansk.»

B kom med merknader til Utlendingsdirektoratets svar og viste bl.a. til at han ikke hadde fått vite hva «anklagene» mot A gikk ut på. Videre hevdet han at A ble nektet visum til Finland *etter* at hun var nektet visum til Norge som en følge av Schengensamarbeidet, og at det dermed virket «merkelig» å anføre dette som en grunn til å nekte henne besøksvisum til Norge.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Utlendingsdirektoratets oppfølging av ombudsmannssaken

Utlendingsdirektoratet ble i brev herfra 15. november 2005 bedt om å oversende sakens dokumenter. Da dokumentene etter en måned ikke var registrert mottatt, ble det minnet om forespørselen i brev herfra 22. desember 2005. Etter dette ble det på nytt minnet om saken i brev 9. februar 2006, og det ble bedt om at dokumentene ble oversendt snarest. Saksdokumentene ble først oversendt ved direktoratets brev 17. februar 2006, som ble mottatt her 20. februar 2006.

For at ombudsmannen skal kunne ta stilling til om en sak gir grunnlag for nærmere undersøkelser, er det i mange tilfeller nødvendig å innhente sakens dokumenter. Slike forespørsler må som regel anses som kurante og vil normalt kreve liten innsats fra vedkommende forvaltningsorgans side. Selv om det foreløpig ikke har vært vanlig å sette en frist for forvaltningen til å etterkomme anmodninger herfra om oversendelse av saksdokumenter, forutsettes det at saksdokumentene oversendes hit i løpet av kort tid. En ekspedisjonstid på flere uker vil bare helt unntaksvis være akseptabelt.

Stortinget har forutsatt at henvendelser fra ombudsmannen skal prioriteres. I dette tilfellet tok det mer enn tre måneder fra den første forespørselen om oversendelse av saksdokumenter ble fremsatt til dokumentene ble mottatt her. Dette skjedde også først etter at det var sendt to purringer til direktoratet. Det kan svekke tilliten både til forvaltningen og til ombudsmannen hvis forvaltningen ikke omgående etterkommer ombudsmannens anmodninger om å få se sakens dokumenter. Ekspedisjonstiden og direktoratets oppfølging i forbindelse med oversendelsen av saksdokumentene hit har ikke vært akseptabel.

I brev 3. mars 2006 ble Utlendingsdirektoratet bedt om å svare på en del spørsmål i tilknytning til saken. Det ble bedt om svar så snart som mulig og *senest* innen fire uker. Da det ikke ble mottatt noe svar ble det purret på saken i brev 21. april 2006 og 23. mai 2006. Direktoratet svarte først i brev 15. juni 2006, som ble mottatt her 21. juni 2006.

Det følger av Stortingets instruks for ombudsmannen 19. februar 1980 § 6 annet ledd at ombudsmannen kan sette frist for forvaltningen til å etterkomme pålegg om å gi opplysninger. Direktoratet svarte i dette tilfellet først etter nesten 3 ½ måned, hvilket er 2 ½ måned etter fristen. Det er ikke registrert at direktoratet på noe tidspunkt har bedt om å få utsatt svarfristen.

Jeg forutsetter at dette ikke gjentar seg.

Jeg har ellers merket meg at brevet herfra med spørsmål om saken er besvart av én saksbehandler, for øvrig den samme saksbehandleren som traff vedtaket i klagesaken. Direktoratet må vurdere om dette er en tilfredsstillende behandling av henvendelser fra ombudsmannen.

2. Utlendingsdirektoratets vurdering av visumsaken

Utlendingsdirektoratet har som klageinstans plikt til å treffe ny realitetsavgjørelse i den saken som er påklaget, og kan i denne forbindelse prøve alle sider av saken, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 34 annet ledd. Det vil si at både saksbehandlingen, faktum, rettsanvendelsen og de skjønnsmessige vurderingene kan prøves fullt ut. For at klageinstansen skal være i stand til å foreta en slik overprøving, gjelder bl.a. forvaltningsloven § 17 om at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes også ved klagebehandlingen, jf. forvaltningsloven § 33 første ledd.

Det er normalt en forutsetning for at klageinstansens overprøving skal kunne være reell og grundig at klageinstansen har tilgang til alle de dokumenter som er nødvendige for en forsvarlig opplysning av saken. Jeg kan derfor vanskelig akseptere Utlendingsdirektoratets synspunkt om at når «generalkonsulatet i Murmansk avslår en visumsøknad med begrunnelsen at politiet har anmodet om at søknaden avslås samt at det finske visumkontoret har rapportert at søkeren er nektet innreise til Finland, anser Utlendingsdirektoratet dette som tilstrekkelig og ber ikke om å få det dokumentert skriftlig». Det innbyr ikke til tillit rundt direktoratets saksbehandling og vedtaket som er truffet at «Utlendingsdirektoratet har inngående kjennskap til generalkonsulatet i Murmansk, den informasjonen og kunnskapen de har», så lenge direktoratet ikke har hatt tilgang til den dokumentasjonen generalkonsulatet har bygget sitt vedtak på. Saksbehandlingen kan være egnet til å etterlate et inntrykk av at det i klageomgangen ikke er foretatt en reell overprøving.

Manglende tilgang til og vurdering av sakens dokumenter er som påpekt et forhold som kan ha ført til svakheter ved den kontrollen direktoratet skal foreta i klagesaken. Jeg vil også peke på følgende forhold:

Kompetansen til å treffe vedtak om besøksvisum ligger i dette tilfellet til Det norske generalkonsulatet i Murmansk som førsteinstans, med Utlendingsdirektoratet som klageinstans, jf. utlendingsforskriften § 110 og vedlegg 7 til forskriften. Slik saken er opp-

lyst, kan den gi inntrykk av at generalkonsulatet og Utlendingsdirektoratet ensidig har bygget på opplysninger fra norsk politi og det finske visumkontoret i Murmansk. Disse instansene kan bidra til å gi opplysninger av betydning for avgjørelsen av om søknad om besøksvisum skal innvilges eller ikke, men jeg finner grunn til å presisere at myndigheten til å fatte vedtak i saken er lagt til generalkonsulatet og direktoratet, som må foreta selvstendige vurderinger av spørsmålet.

Som nevnt i brev herfra 3. mars 2006 til direktoratet, foreligger det blant de oversendte saksdokumentene kopi av et brev datert 8. juli 2004 fra Y politidistrikt, ... lensmannskontor til Det norske generalkonsulatet i Murmansk. I brevet opplyses det at det i politiavhør har fremkommet opplysninger om bl.a. A. Det fremgår imidlertid ikke hvem som har gitt disse opplysningene, om opplysningene har vært tilstrekkelige til å straffeforfølge A eller om de gir grunn til å frykte at hun vil begå en straffbar handling som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder. Jeg kan derfor ikke se at direktoratet har gitt en tilstrekkelig redegjørelse for henvisningen til at det forelå bortvisningsgrunn etter utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 27 første ledd bokstav e, og det grunnlaget direktoratet har bygget på i denne forbindelse.

Opplysninger om innholdet i henvendelsen fra politiet har heller ikke vært forelagt A slik at hun kunne ha fått anledning til å komme med sine synspunkter. Jeg viser i denne forbindelse til generalkonsulatets notat 13. april 2005 fra intervju med A, hvor det uttrykkelig fremgår at hun er gjort kjent med at generalkonsulatet har mottatt informasjon fra politiet, men ikke hva anklagene dreier seg om. Jeg kan vanskelig se at dette oppfyller kravet til kontradiksjon i forvaltningsloven § 17 annet ledd og kravet til saksopplysning i bl.a. utlendingsforskriften § 109 første ledd annet punktum.

Jeg kan vanskelig vurdere partenes anførsler knyttet til opplysningen om at A skal være nektet innreise til Finland, bl.a. fordi det ikke foreligger nærmere opplysninger om dette blant sakens dokumenter. Slik må det for øvrig også ha forholdt seg for Utlendingsdirektoratet ved behandlingen av klagen. Jeg kan derfor heller ikke se at direktoratet har gitt en tilstrekkelig redegjørelse for grunnlaget og henvisningen til at det forelå bortvisningsgrunn etter utlendingsloven § 27 første ledd bokstav f.

Utlendingsdirektoratet burde i klageomgangen vurdert og tatt stilling til bl.a. det som er påpekt ovenfor. Jeg finner derfor at det knytter seg begrunnet tvil til direktoratets saksbehandling og avgjørelse, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd.

Jeg ber direktoratet vurdere saken på nytt i lys av det jeg har påpekt ovenfor, og ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede vurderingen. For ordens skyld legger jeg til at jeg ikke har gjort meg opp noen mening om A bør få innvilget søknaden om besøksvisum eller ikke. Det jeg har påpekt, knytter seg til det jeg mener er svakheter ved direktoratets saksbehandling og grunnlaget for det vedtaket som er fattet.»

Politi, påtalemyndighet

52.

Retten til underretning om og innsyn i statsadvokatens uttalelse til Riksadvokaten i klagesak om registrering av DNA-profil

(Sak 2005/712)

I forbindelse med behandlingen av klage over beslutning om registrering av As DNA-profil i det sentrale DNA-registeret, ble det fra As side bedt om innsyn i statsadvokatens uttalelse (påtegning) til Riksadvokaten. Dette ble avslått under henvisning til at bestemmelsen i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 33 fjerde ledd annet punktum om underretning og innsyn i underinstansens uttalelse ikke kom til anvendelse.

Ombudsmannen tok utgangspunkt i påtaleinstruksen 28. juni 1985 nr. 1679 § 11a-5 annet ledd, som gir reglene i forvaltningsloven kapittel VI anvendelse «så langt de passer» i slike klagesaker. Etter ombudsmannens syn var det unntaket fra forvaltningslovens regler som måtte kreve en særskilt begrunnelse. Ombudsmannen uttalte at det ikke fremsto som spesielt byrdefullt for statsadvokaten å oversende en kopi av uttalelsen (påtegningen) til klageren, og han fremhevet hensynet til kontradiksjon og sakens opplysning. Etter ombudsmannens syn talte de beste grunner for å anse avgjørelsene omfattet av forvaltningslovens klageregler og han anbefalte påtalemyndigheten å legge reglene i forvaltningsloven til grunn for sin behandling.

Riksadvokaten ga etter dette et direktiv til samtlige statsadvokatembeter der det bl.a. fremgikk at klageren automatisk skulle få tilsendt kopi av statsadvokatens uttalelse til Riksadvokaten i forbindelse med klage over beslutning om DNA-registrering.

Statsadvokaten besluttet at As DNA-profil skulle registreres i det sentrale DNA-registeret. Beslutningen ble truffet med hjemmel i straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 160a, jf. påtaleinstruksen 28. juni 1985 nr. 1679 § 11a-2 annet ledd bokstav a. Bakgrunnen for beslutningen var at A i 1997 ble domfelt for overtredelse av straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 228 første ledd, jf. annet ledd første straffalternativ, jf. § 232 første ledd, til en straff av fengsel i seks måneder. Han hadde tidligere blitt domfelt for overtredelse av straffeloven § 229 første straffalternativ, jf. § 260 første ledd.

As advokat påklaget statsadvokatens beslutning om DNA-registrering. I klagen ble det anført at beslutningen om DNA-registrering var ugyldig fordi

den var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Subsidiært ble det anført at adgangen til å beslutte registrering var bortfalt på grunn av passivitet fra påtalemyndighetens side. As advokat ba i klagen om å bli underrettet om statsadvokatens uttalelse til Riksadvokaten i klagesaken, under henvisning til forvaltningsloven 10. februar 1967 § 33 fjerde ledd. Anmodningen ble gjentatt i purrebrev til statsadvokaten.

Etter å ha blitt informert av statsadvokaten om at klagesaken var oversendt til Riksadvokaten, henvendte As advokat seg på nytt til statsadvokaten med krav om å få tilsendt dennes uttalelse til Riksadvokaten, dersom slik uttalelse forelå. I statsadvokatens svarbrev het det bl.a. følgende om dette:

> «Beslutningen om registrering av DNA foretas etter straffeprosesslovens og påtaleinstruksens regler. Forvaltningsloven – som De viser til – gjelder ikke for saker som behandles etter straffeprosessloven, jfr forvaltningsloven § 4 bokstav b.
>
> Etter påtaleinstruksens § 11a-5, 2. ledd siste pkt gis riktignok forvaltningslovens regler i kapitel VI anvendelse så langt de passer. Denne passus gir imidlertid ikke rettslig grunnlag for en slik innsyns- og underretningsplikt om statsadvokatens oversendelsespåtegning til riksadvokaten, som De synes å legge til grunn i Deres skriv.»

Riksadvokaten behandlet klagesaken og opprettholdt beslutningen om å registrere As DNA-profil i det sentrale DNA-registeret. Spørsmålet om rett til underretning om og innsyn i uttalelsen (påtegningen) fra statsadvokaten ble ikke berørt i avgjørelsen.

As advokat klaget til ombudsmannen over beslutningen om DNA-registrering. Advokaten klaget også over at statsadvokaten hadde nektet å gi underretning om og innsyn i sin oversendelsespåtegning til Riksadvokaten i forbindelse med behandlingen av As klage. Det ble herfra besluttet å undersøke nærmere den delen av saken som gjaldt spørsmålet om underretning om og innsyn i statsadvokatens uttalelse (påtegning).

Saken ble tatt opp med Riksadvokaten, som ble bedt om å gi sitt begrunnede syn på partens rett til underretning og innsyn i statsadvokatens uttalelse (påtegning) i klagesaker om registrering i DNA-registeret. Riksadvokaten ble særskilt bedt om å kommentere rekkevidden av bestemmelsen i påtaleinstruksen § 11a-5 annet ledd siste punktum.

I Riksadvokatens svar ble det vist til at forvaltningslovens klageregler ikke kommer til anvendelse ved beslutning om DNA-registrering, men at klageretten er hjemlet i straffeprosessloven § 160a femte ledd og i regler gitt i påtaleinstruksen kapittel 11. Riksadvokaten redegjorde kort for reglenes tilblivelse og uttalte videre bl.a. følgende:

> «Gjennomgangen av ... lovmotivene gir ikke holdepunkter for at lovgiveren ønsket å innføre egne klageordninger for DNA-klager. Da henvisningen til forvaltningsloven kap. VI ble tatt inn i forskriftsutkastet (NOU 1993: 31), skjedde det uten merknader eller kommentarer fra utvalgets side. Sett i lys av de uttalelser som er sitert foran er det nærliggende å se forslaget som en regelfesting av klageretten og en kodifisering av den praksis som forelå. I det videre lovarbeidet er forholdet til forvaltningslovens klageregler eller det straffeprosessuelle klagesporet ikke drøftet eller problematisert. Hadde meningen vært å etablere rutiner og regler som avviker fra det som ellers gjelder i det ordinære påtalesporet, antar en at det måtte ha kommet klarere frem i lovforarbeidene. På denne bakgrunn må rekkevidden av påtaleinstruksen § 11a-5 annet ledd siste punktum tolkes med varsomhet og i relasjon til den betydning bestemmelsen har for klagen som skal behandles.
>
> Riksadvokaten kan vanskelig se at forvaltningsloven § 33 fjerde ledd om automatisk underretning og innsyn passer ved klager over DNA-registrering. Vedtak om DNA-registrering er normalt standardisert og meddeles den registrerte i form av et skjema med opplysning om hjemmelsgrunnlag, dommene som danner grunnlag for registreringen, samt informasjon om klageadgang og innsynsrett. Også der registreringen skjer etter den fakultative bestemmelsen i påtaleinstruksen § 11a-2 annet ledd bokstav a) har riksadvokaten gitt retningslinjer om praktisering av bestemmelsen og uttalt at:
>
> «Spørsmålet skal som regel avgjøres ut fra objektive og konstaterbare kriterier, slik at en slipper å gå inn på vanskelige og stigmatiserende vurderinger av den objektive gjentakelsesfaren.»
>
> Ved oversendelsen av klagen til riksadvokaten vil uttalelsen fra statsadvokaten normalt begrenses til en henvisning til vedtaket og klagen, uten vurderinger eller skjønnsmessige avveininger.
>
> Riksadvokaten kan ikke se at verken klageregelen eller reelle hensyn tilsier at det i disse sakene er grunn til å fravike de saksbehandlingsreglene som ellers gjelder ved påtaleavgjørelser.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 160a femte ledd gir Kongen myndighet til å gi regler om rett til innsyn og klage for «den som er registrert» i det sentrale registeret over DNA-profiler. Slike regler er gitt i påtaleinstruksen 28. juni 1985 nr. 1679 § 11a-5 om *Innsyn og klageadgang,* hvor det i annet ledd heter:

> «Enhver som mener at han eller hun ikke skulle vært registrert, eller som mener at registeret inneholder feilaktige opplysninger om dem, kan klage til Riksadvokaten. Reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder så langt de passer.»

I forvaltningsloven 10. februar 1967 kapittel VI *Om klage og omgjøring*, heter det i fjerde ledd annet punktum i § 33, som gjelder saksforberedelse i klagesak:

> «Dersom underinstansen gir til klageinstansen uttalelse som partene kan kreve å få se uten hinder av § 19, skal den sende kopi til partene med mindre Kongen er klageinstans.»

Bestemmelsen innebærer at parten, uten å måtte be om det, har rett til å få tilsendt kopi av underinstansens uttalelse i klagesaken med unntak av opplysninger som parten etter forvaltningsloven § 19 ikke har krav på å gjøre seg kjent med.

Med utgangspunkt i vurderingstemaet gitt i påtaleinstruksen § 11a-5 annet ledd annet punktum er spørsmålet om regelen om automatisk innsyn for klager i forvaltningsloven § 33 fjerde ledd annet punktum «passer» ved behandlingen av klager over registreringsbeslutninger etter straffeprosessloven § 160a.

Verken loven eller forskriften utdyper nærmere hva det innebærer at reglene i forvaltningsloven gjelder «så langt de passer». Det kan heller ikke sees å være rettspraksis knyttet til anvendelsen av forvaltningslovens bestemmelse om automatisk innsyn på dette området.

Påtaleinstruksens henvisning til forvaltningslovens klageregler ble foreslått av utvalget som utredet bruk av DNA-analyser i straffesaker (NOU 1993: 31). Utvalget mente at det burde være adgang til å klage over så vel registreringsbeslutningen som over registerets innhold, og drøftet deretter om det allerede fantes regler om klageadgang som kunne komme til anvendelse eller om det måtte vedtas særskilte klageregler for DNA-registrering.

Utvalget vurderte først forvaltningslovens regler om klage på enkeltvedtak, men kom til at disse ikke kom direkte til anvendelse fordi beslutningen om registrering ikke er å anse som et enkeltvedtak. Deretter uttalte utvalget (på s. 35):

> «Selv om forvaltningslovens klageregler ikke kommer til anvendelse, er det på det rene at det foreligger en alminnelig adgang til å påklage avgjørelser truffet innen påtalemyndigheten til overordnet påtalemyndighet. Man kunne i og for seg basere seg på denne alminnelige klageadgang også i forhold til DNA-registrering. Adgangen til å klage har her imidlertid ikke kommet til uttrykk i skrevne regler. Det er bare utledet av det alminnelige prinsipp om at overordnet organ kan omgjøre beslutninger fattet av et underordnet.
>
> For så vidt gjelder DNA-registrering, anser utvalget at det bør være skrevne regler som klart gir uttrykk for klageadgangen. Utvalget foreslår derfor at det vedtas særskilte regler om klage til overordnet myndighet over beslutning om DNA-registrering, og over innholdet i registeret.»

I Ot.prp. nr. 55 (1994–95) sluttet departementet seg til utvalgets uttalelser om klagerett og anbefalte at klageadgangen fremkom gjennom skrevne regler. Ut over dette synes det nærmere innholdet i klageretten ikke å være kommentert i forarbeidene til lovendringen.

I NOU 2005: 19 om forslag til ny lov om DNA-register til bruk i strafferettspleien er det gitt uttrykk for at forvaltningslovens klageregler bør gis anvendelse så langt de passer, men heller ikke her er reglenes rekkevidde nærmere kommentert (se s. 69).

Riksadvokaten har vist til at lovmotivene til straffeprosessloven § 160a ikke gir holdepunkter for at lovgiver ønsket å innføre egne klageordninger for DNA-klager, og at det er nærliggende å se forslaget som en regelfesting av den alminnelige ulovfestede klageretten på avgjørelser truffet av påtalemyndigheten. Det er videre vist til at dette må sees på som en kodifisering av den praksis som forelå, og det antas at det måtte ha kommet klarere frem i lovforarbeidene dersom det hadde vært meningen å etablere rutiner og regler som avviker fra det som ellers gjelder i det ordinære påtalesporet. Jeg legger på bakgrunn av Riksadvokatens opplysninger til grunn at det etter den ulovfestede klageordningen ikke har vært praksis å gi automatisk underretning om og innsyn i underinstansens uttalelse til klageinstansen.

I forarbeidene gis det imidlertid også uttrykk for at DNA-registrering ikke er i kjerneområdet for de tradisjonelle påtalebeslutningene, som jeg går ut fra at ovennevnte praksis knytter seg til. Det vises for eksempel til at utvalget i NOU 1993: 31 ved behandlingen av spørsmålet om klageregler fant det naturlig først å vurdere om forvaltningslovens regler om klage over enkeltvedtak kunne komme til anvendelse (se s. 35). Utvalget uttalte videre:

> «Beslutningen om DNA-registrering skjer riktig nok i umiddelbar sammenheng med en straffesak, men er ikke regulert av straffeprosesslovens regler. (Dette vil gjelde selv om hjemmelen for opprettelse av registeret tas inn i straffeprosessloven.) Avgjørende for om forvaltningslovens klageregler kommer til anvendelse er derfor om beslutningen om registrering er å anse som et enkeltvedtak, jfr. forvaltningsloven § 2 bokstav a og b, jf. § 28.»

Også nyere uttalelser i NOU 2005: 19 om forslag til ny lov om DNA-register til bruk i strafferettspleien gir uttrykk for at registreringsbeslutningen ikke har en straffeprosessrettslig karakter. På s. 33, hvor det drøftes om domstolsprøving av registreringsvedtak der klage ikke fører frem skal skje etter straffeprosessens eller sivilprosessens regler, uttales det bl.a. følgende:

> «Statsadvokatens registreringsvedtak skjer i medhold av straffeprosessloven, og på den bakgrunn er det naturlig at domstolsprøving av vedtakets gyldighet også skjer etter denne loven. På den annen side treffes registreringsvedtaket etter at straffeforfølgningen er endelig avsluttet, og man befinner seg således utenfor kjerneområdet til straffeprosessloven. Registreringsvedtaket har reelt sett mye til felles med utøving av «vanlig» offentlig myndighet, og den alminnelige regel er at forvaltningsvedtak bringes inn for domstolen etter tvistemålslovens regler.
>
> I Kjæremålsutvalgets kjennelse inntatt i Rt. 2001 s. 402 anførte den kjærende part at dom-

> stolsprøving var mest hensiktsmessig etter straffeprosesslovens system, siden reglene om registrering var inntatt her. Kjæremålsutvalget uttalte uten nærmere begrunnelse at registreringsbeslutningen er et vedtak som ikke er gjenstand for overprøving i medhold av straffeprosessloven. At vedkommende kan oppleve registreringen tyngende hadde ikke avgjørende betydning. Den som hevder at et registreringsvedtak er ugyldig må derfor anlegge sivilt søksmål dersom han eller hun ønsker domstolsprøving.»

På bakgrunn av disse uttalelsene fremstår det ikke som opplagt at en klageordning for DNA-beslutninger skal være i tråd med «det ordinære påtalesporet» og de reglene som der har vært praktisert ved klagebehandlingen.

En anvendelse av bestemmelsen om automatisk underretning og innsyn i forvaltningsloven § 33 fjerde ledd annet punktum ved klagebehandling av beslutninger om DNA-registrering, vil innebære et brudd med de reglene som i alminnelighet gjelder ved påtalemyndighetens klagebehandling. Det hadde derfor vært grunn til å forvente at det hadde kommet tydeligere til uttrykk i forarbeidene dersom lovgiver ønsket å innføre særlige regler for påtalemyndighetens klagebehandling.

På den annen side inneholder påtaleinstruksen § 11a-5 annet ledd annet punktum en bestemmelse som gir forvaltningsloven kap. VI anvendelse så langt det passer. Ut fra dette må det stilles krav om en relevant og saklig begrunnelse for hvorfor enkelte av bestemmelsene eventuelt ikke skal anses å passe, og dermed heller ikke skal gjelde i klagebehandlingen.

I svaret hit er det vist til at statsadvokatens oversendelser normalt vil være begrenset til en henvisning til vedtaket og klagen, uten vurderinger eller skjønnsmessige avveininger. Riksadvokaten kan for øvrig ikke se at verken klageregelen eller reelle hensyn tilsier at det i disse sakene er grunn til å fravike de saksbehandlingsregler som ellers gjelder ved påtaleavgjørelser.

Det kan spørres om den innfallsvinkelen Riksadvokaten her har anlagt er helt treffende. Slik jeg ser det, er det et eventuelt unntak fra forvaltningsloven kap. VI som krever en begrunnelse. At oversendelsene i praksis er begrenset til en henvisning til vedtaket og klagen, uten vurderinger eller skjønnsmessige avveininger, kan jeg vanskelig se som noe avgjørende argument. I den foreliggende saken hadde nettopp statsadvokaten avgitt en uttalelse, jf. forvaltningsloven § 33 fjerde ledd annet punktum. Hvordan oversendelser utformes i andre saker, kan da ikke være avgjørende. Jeg kan heller ikke se at det fremstår som spesielt byrdefullt for statsadvokaten å måtte sende en kopi av uttalelsen (påtegningen) til klageren. Hensynet til kontradiksjon og sakens opplysning, som bestemmelsen i forvaltningsloven § 33 skal ivareta, vil etter min oppfatning gjøre seg gjeldende med tyngde også i disse sakene.

Sammenfatningsvis antar jeg at de beste grunner taler for at de avgjørelser det her er tale om etter sitt innhold er av en slik karakter at de omfattes av forvaltningslovens regler om klage. Det betyr at påtalemyndigheten i denne type saker må innrette sin saksbehandling etter forvaltningslovens regler. Etter det jeg kan se, er det fra påtalemyndighetens side ikke påvist forhold som skulle gjøre dette særlig problematisk. Jeg vil derfor anbefale at påtalemyndigheten legger forvaltningslovens regler til grunn i disse sakene.»

Riksadvokaten ga etter dette et direktiv til samtlige statsadvokatembeter om fremgangsmåten ved behandling av klager over statsadvokatenes beslutning om DNA-registrering. I direktivet het det bl.a. følgende:

> «Riksadvokaten forstår ombudsmannen slik at han kun har behandlet spørsmålet om hvorvidt forvaltningslovens regler i kapittel VI om klage og omgjøring bør gis anvendelse, og i tråd med hans anbefaling gis følgende pålegg herfra:
>
> 1. Ved klage over beslutning om DNA-registrering skal statsadvokatene automatisk sende kopi til klageren (domfelte) av sin innstilling til riksadvokaten. Ved oversendelse hit må det uttrykkelig fremgå at slik kopi er sendt.
>
>   Pålegget trer i kraft straks og riksadvokaten forutsetter at det umiddelbart innføres rutiner som sikrer at det følges opp.
> 2. Etter forvaltningsloven § 36 skal en part som får et vedtak endret til gunst for seg, tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å endre vedtaket, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller andre særlige forhold taler mot det. Riksadvokaten har i tidligere avgjørelse av 20. juli 2005 lagt til grunn at utgifter til advokatbistand kan omfattes av denne regelen. ...
> 3. For ordens skyld bemerkes at underinstansen etter forvaltningsloven § 33 annet ledd annet punktum kan oppheve eller endre sitt vedtak dersom den finner klagen begrunnet. Som kjent har riksadvokaten i brev av 24. januar 2005 gitt instruks om innsending av klager i *påtalesaker* til overordnet der hvor underordnet påtalemyndighet mener at klagen bør tas til følge, forutsatt at noen har vært siktet. ...
>
>   En kan ikke se at denne instruksen bør omfatte innsending av klager til riksadvokaten i saker om DNA-registrering. Dersom statsadvokaten ved vurderingen av en klage over hans/hennes vedtak om registrering kommer til at klagen bør tas til følge, vurderes spørsmålet etter den nevnte bestemmelsen i forvaltningsloven § 33 annet ledd. Også bestemmelsen i forvaltningsloven § 35 må kunne brukes tilsvarende.
>
> Ut over forannevnte kan riksadvokaten ikke se at bestemmelsene i forvaltningsloven kap. VI foranlediger endringer i de saksbehandlingsrutiner som i dag følges ved klager over beslutninger om DNA-registrering i anledning ombudsmannens uttalelse.
>
> Det antas at Justisdepartementet i forbindelse med den pågående lovrevisjon av registrering

> med mer knyttet til DNA, uttrykkelig vil klargjøre det spørsmål Sivilombudsmannen har behandlet i nevnte sak og eventuelt beslektede problemstillinger.»

Riksadvokaten orienterte også Justis- og politidepartementet om saken, bl.a. under henvisning til departementets arbeid med lovforslaget fremsatt i NOU 2005: 19 (Lov om DNA-register til bruk i strafferettspleien).

53.

Tilbakekall av våpenkort – saksbehandlingen og den skjønnsmessige vurderingen

(Sak 2005/1535)

Politidirektoratet opprettholdt et politidistrikts vedtak om tilbakekall av klagerens våpenkort. I vedtaket ble det bl.a. lagt vekt på at klageren ikke hadde innlevert sine våpen, slik han var forpliktet til etter politidistriktets vedtak. Klageren hadde fremsatt begjæring om utsatt iverksetting, men denne begjæringen hadde politidistriktet ikke tatt stilling til. Av politidistriktets forhåndsvarsel og vedtak fremgikk det at klageren kunne søke om ny ervervstillatelse om to år.

Ombudsmannen mente det var en svakhet ved politidistriktets behandling av klagen at det ikke ble tatt stilling til klagerens begjæring om utsatt iverksetting. I denne situasjonen var likevel klageren henvist til å etterlyse svar på begjæringen og ellers forholde seg til politidistriktets vedtak og den innleveringsplikten dette innebar. Det kunne derfor ikke kritiseres at Politidirektoratet ved sin vurdering hadde lagt vekt på at innleveringsplikten ikke var overholdt. Formuleringen om at klageren kunne søke om ny ervervstillatelse om to år, fremstod feilaktig som en rettslig begrensning i klagerens adgang til å søke om ny ervervstillatelse. Dette var uheldig.

I forbindelse med gluggejakt etter rev kom A i skade for å skyte en hund. X politidistrikt ila ham et forelegg på kr 10 000 for forholdet. Samme dag opphevet politidistriktet beslaget av As skytevåpen og våpenkort. Bakgrunnen var at saken var ferdig etterforsket og at det ikke var grunnlag for videre beslag. Det ble samtidig gjort oppmerksom på at politiet i forvaltningssak, uavhengig av straffeprosessuelt beslag og utfallet av straffesaken, kunne komme til å beslutte tilbakekall av våpenkort m.v.

Forelegget ble ikke vedtatt og saken ble brakt inn for retten. Ved Y tingretts dom ble A funnet skyldig i overtredelse av viltloven 29. mai 1981 nr. 38 § 56 første straffalternativ, jf. § 19, og dømt til å betale en bot på kr 10 000. Han ble også pålagt å dekke det offentliges saksomkostninger med kr 3 000.

X politidistrikt hadde i mellomtiden sendt forhåndsvarsel om tilbakekall av As våpenkort m.v. I samsvar med forhåndsvarselet vedtok politidistriktet å tilbakekalle våpenkortet på bakgrunn av de samme faktiske forhold som tingrettens dom bygget på. I forhåndsvarselet og vedtaket var det også inntatt følgende: «De kan søke om ny ervervstillatelse igjen om to – 2 – år».

A påklaget vedtaket og ba samtidig om at vedtaket ble gitt oppsettende virkning. I oversendelsen til Politidirektoratet opplyste politidistriktet at det ikke hadde funnet grunn til å omgjøre sitt vedtak.

Politidirektoratet besluttet å opprettholde politidistriktets vedtak. I klagevedtaket het det bl.a. følgende:

> «Etter direktoratets oppfatning må det stilles særlig strenge krav til aktsomhet når jaktutøvelsen foregår i eller i nærheten av tettbygd strøk. Klager har etter direktoratets oppfatning i denne saken utvist særdeles dårlig skjønn og vurderingsevne ved å plassere et åte på en slik måte at skuddlinjen passerer en hyppig benyttet turvei. For å kunne inneha skytevåpen forutsettes det at innehaver av skytevåpen til enhver tid benytter sine våpen på en forsvarlig måte.
> ---
> I politiets vedtak ... ble klageren pålagt «straks» å innlevere sitt våpenkort samt sine to registrerte skytevåpen. Direktoratet har fått opplyst av politiet at klageren ikke har etterkommet dette pålegget. Direktoratet kan av sakens dokumenter heller ikke se at vedtaket om tilbakekall av klagerens våpenkort er gitt oppsettende virkning. Klageren har derfor i tiden etter at hans våpenkort ble tilbakekalt av politiet vært i besittelse av registreringspliktige skytevåpen uten politiets tillatelse.
>
> Det å inneha registreringspliktige skytevåpen uten politiets tillatelse anses som et alvorlig brudd på våpenlovens sentrale bestemmelser og vil etter sikker forvaltningspraksis gi et selvstendig grunnlag for å kunne tilbakekalle en våpeneiers våpenkort for de våpen vedkommende måtte ha, eventuelt, dersom vedkommende ikke har gyldig våpenkort på andre våpen, medføre at vedkommende over en viss periode ikke vil bli ansett som skikket til å kunne erverve og inneha skytevåpen.
>
> De ovennevnte forhold viser at klageren ikke fyller de strenge krav til personlige egenskaper som våpenloven krever for å kunne inneha skytevåpen.»

As advokat henvendte seg etter dette til ombudsmannen på vegne av A. Han anførte bl.a. at vedtaket var sterkt urimelig og basert på et uriktig og meget rigid skjønn, at det bygget på en uriktig forståelse av straffedommen og at det brøt med likhetsprinsippet. Han påpekte at våpnene ble beslaglagt under etterforskningen, men senere tilbakelevert uten restriksjoner mens straffesaken fremdeles pågikk. Videre opplyste han at A siden hendelsen hadde utøvet både storvilt- og småviltjakt i to jaktsesonger og at han hadde avtjent militærtjeneste som skarpskytter. Ifølge advokaten viste dette at A var tilstrekkelig skikket til å ha skytevåpen og i stand til å håndtere disse på en forsvarlig måte.

Advokaten viste videre til at direktoratet hadde lagt vekt på at A ikke straks innleverte sitt våpenkort m.v. A hadde imidlertid bedt om at klagen ble gitt oppsettende virkning. At A ikke fikk noen respons fra politiet på begjæringen, måtte ifølge advokaten nødvendigvis oppfattes som at klagen var gitt oppsettende virkning. Det ble også pekt på at det fremsto som prinsipielt tvilsomt og neppe i samsvar med god forvaltningsskikk, at forvaltningsorganet ikke fremmet sak om rettighetstap for domstolene, men avventet rettskraftig dom før forvaltningsreaksjonen ble ilagt. Det ble pekt på at dette er det motsatte av hva som nå gjelder i førerkortsakene.

Det ble herfra besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere. I brev til Politidirektoratet påpekte ombudsmannen at X politidistrikt ikke syntes å ha vurdert spørsmålet om oppsettende virkning, selv om A fremsatte en uttrykkelig begjæring om dette i sin klage. Politidirektoratet ble bl.a. bedt om å redegjøre nærmere for hvilken vekt det ble lagt på at klageren i denne situasjonen var i besittelse av registreringspliktige skytevåpen uten politiets tillatelse. Videre ble direktoratet bedt om å opplyse om det hadde foretatt seg noe overfor politidistriktet på bakgrunn av at spørsmålet om oppsettende virkning ikke hadde blitt vurdert.

I brevet herfra ble det videre påpekt at det i politidistriktets forhåndsvarsel og vedtak het: «De kan søke om ny ervervstillatelse igjen om to – 2 – år.» Direktoratet ble bedt om å opplyse om dette var å anse som en del av vedtaket som medførte en rettslig begrensning i klagerens adgang til å søke om ny ervervstillatelse, eller om det var en opplysning til klageren om at ny ervervstillatelse etter fast praksis eller lignende ikke ville bli innvilget før tidligst etter to år. Dersom utsagnet ble ansett å innebære en rettslig begrensning, ble direktoratet bedt om å opplyse hvilket rettslig grunnlag dette bygget på. Måtte formuleringen derimot forstås som en opplysning til klageren om praksis på området, ble direktoratet bedt om å vurdere om opplysningen var gitt en hensiktsmessig utforming.

I Politidirektoratets svar het det bl.a. følgende:

> «I vedtak fra X politidistrikt ... ble As våpenkort tilbakekalt i medhold av våpenloven § 10, 1. og 4. ledd. Politiets vedtak ble påklaget ... Direktoratet har videre merket seg at A i sin klage ... ba om oppsettende virkning.
>
> Som det fremgår av sakens dokumenter tok det ca 10 måneder fra A sendte inn sin klage til saken ble oversendt Politidirektoratet til klagebehandling. Til tross for at A i politiets vedtak ... ble pålagt straks å innlevere sine våpen til politiet unnlot han å gjøre dette.
>
> Direktoratet er enig i at politiet burde ha sendt inn saken til klageorganet på et langt tidligere tidspunkt. Det er imidlertid et uomtvistelig faktum at A, etter at politiet hadde fattet vedtak om å tilbakekalle hans våpenkort, ikke lenger hadde politiets tillatelse [til] å kunne inneha registreringspliktige skytevåpen. At politiet ikke behandlet As begjæring om utsatt iverksettelse kan gi grunnlag for å kritisere politiet for dårlig forvaltningsskikk, men fritar allikevel ikke A fra å etterkomme det pålegg politiet hadde gitt ham om straks å innlevere sine våpen. Vi kan av sakens dokumenter heller ikke se at A på noe tidspunkt etterlyste svar på sin begjæring om oppsettende virkning, men valgte i stedet å forholde seg passiv og beholde våpnene, selv om hans våpenkort var tilbakekalt.
>
> Etter lovendringen i våpenloven § 10, 1. ledd i 1998 ble loven endret slik at politimesteren skal tilbakekalle våpenkortet til personer som ble ansett som uskikket til å kunne inneha skytevåpen. Det ble videre ved samme lovendring, jf endringen i våpenloven § 10, 5. ledd, gitt hjemmel til å beslutte innlevering av våpenkort og skytevåpen dersom det var gitt forhåndsvarsel om tilbakekalling av våpenkort. Innskjerpingen i våpenloven gir klare signaler fra lovgiver om at personer som ikke er funnet skikket til å kunne inneha skytevåpen skal fratas disse uten ugrunnet opphold.
>
> Det er videre utvilsomt at personer som har fått sitt våpenkort tilbakekalt, og herunder pålegg om å innlevere sine skytevåpen etter reglene i våpenloven § 10, 1 ledd, ikke kan unnlate å innlevere sine våpen under henvisning til at vedkommende har fremsatt begjæring om oppsettende virkning. For utsatt iverksettelse av vedtaket til saken er ferdigbehandlet i klageinstansen kreve en positiv beslutning fra den som har fattet vedtaket eventuelt klageinstansen.
>
> Det har betydning for vurderingen av en våpeneiers skikkethet når vedkommende ikke lojalt følger pålegg fra politiet om å innlevere sine skytevåpen når han har fått sitt våpenkort tilbakekalt. Etter direktoratets oppfatning burde A ha innlevert sine våpen i henhold til det pålegg politiet hadde gitt ham og eventuelt tatt opp med X politidistrikt for å få avklart hvorfor saken ikke var videresendt til Politidirektoratet og hvorfor han ikke hadde fått svar på sin begjæring om oppsettende virkning.
>
> Direktoratet har ikke tatt opp denne saken spesielt med X politidistrikt når det gjelder manglende oppfølging av klagesaken, men direktoratet presiserer til stadighet at politiet skal behandle klager i forvaltningssaker, herunder begjæringer om oppsettende virkning, uten ugrunnet opphold.
>
> X politidistrikt har i sitt vedtak anført at A «kan søke om ervervstillatelse om to – 2 – år». Personer som har fått sitt våpenkort tilbakekalt kan etter lovens system når som helst fremsende søknad [om] erverv av skytevåpen. Politiet forutsettes i slike tilfelle å ta søknaden under ordinær behandling, jf våpenloven § 7, 3. ledd, og vurdere om søkeren tilfredsstiller vilkårene for å kunne erverve og inneha registreringspliktige skytevåpen.
>
> Den som har fått sitt våpenkort tilbakekalt må imidlertid regne med å bli sett an over noen tid før vedkommende igjen kan erverve og inneha skytevåpen. Som en opplysning til den som har fått sitt våpenkort tilbakekalt er det ikke uvanlig at politiet i sitt vedtak gir en antydning av hvor lang «karantenetid» vedkommende kan påregne før vedkommende igjen kan ansees som skikket til å kunne erverve og inneha skytevåpen. Den antydede karantenetiden gis under forutsetning av at vedkommende ikke begår nye handlinger som gir grunnlag for at vedkommende må sees an over en lenger periode. Direktora-

> tet vil i forbindelse med utarbeidelse av felles maler for politidistriktene i denne type saker vurdere om slik opplysning skal gis og i så fall om slike opplysninger skal gis en annen utforming.»

As advokat ble herfra gitt anledning til å kommentere brevet. Han påpekte at tidsaspektet, klagerens grundige dokumenterte våpenskikkethet under militærtjenesten og hans ellers plettfrie vandel, dokumenterte at vedtaket om tilbakekall verken var hensiktsmessig eller forholdsmessig. Den aktuelle hendelsen var etter advokatens mening heller ikke av grov uaktsom karakter. Videre ble det pekt på at klagerens rettssikkerhet kunne ha vært langt mer betryggende ivaretatt dersom politiet hadde brakt spørsmålet inn for domstolene ved å nedlegge påstand om rettighetstap. Advokaten anførte også at han vanskelig kunne se at A hadde opptrådt ukorrekt på noen som helst måte da han fremmet krav om at klagen skulle gis oppsettende virkning, og at han ikke hadde noen grunn til å anta at han ikke kunne beholde og benytte våpnene inntil direktoratet hadde behandlet klagen.

Politidirektoratet kom deretter tilbake til saken. Direktoratet viste bl.a. til at tilbakekall av våpenkort etter reglene i våpenloven § 10, og fradømmelse av jaktrett etter reglene i straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 29, regulerer to forskjellige forhold. Direktoratet gjentok at det var av den oppfatning at A benyttet sitt våpen på en slik måte at han viste at han ikke var skikket til å kunne inneha skytevåpen. Når det gjaldt anførslene knyttet til klagerens manglende oppfyllelse av plikten til å innlevere sine våpen, opplyste direktoratet at det ikke delte As advokat sin oppfatning om at det ikke er den enkeltes ansvar å følge opp de pålegg som er gitt av politiet. Direktoratet opplyste videre at det heller ikke kunne se at det var grunnlag for å hevde at personer som får benytte militære våpen under tilsyn i Forsvaret kan påregne at de vil få medhold ved eventuelle klagesaker som gjelder erverv og/eller besittelse av sivile skytevåpen.

As advokat ble orientert om brevet, og gjentok i en senere henvendelse i hovedsak sine tidligere anførsler. Han påpekte at politiet hadde utlevert de beslaglagte våpnene til A, og at politiet således på dette tidspunktet nødvendigvis måtte ha vurdert ham som skikket. Videre anførte han at politiet burde ha vektlagt tjenesteuttalelsen fra forsvaret ved sin skikkethetsvurdering. Det ble også pekt på at politiets manglende oppfølging av As begjæring om oppsettende virkning vanskelig kunne belastes ham.

Politidirektoratet gjentok i sitt siste brev hit at det forelå to selvstendige grunnlag for å opprettholde politidistriktets vedtak om å tilbakekalle As våpenkort: At han ved jaktutøvelsen hadde utvist særdeles dårlig skjønn og vurderingsevne, og at han over lengre tid hadde vært i besittelse av registreringspliktige skytevåpen uten å inneha politimesterens tillatelse. Direktoratet viste også til at politiet burde ha gitt melding til Forsvaret om at A hadde opptrådt uforsvarlig med skytevåpen. At slik melding ikke ble gitt, kunne likevel etter direktoratets mening ikke gi grunnlag for en annen vurdering av våpensaken.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Innledning

Det er i hovedsak to spørsmål som har vært gjenstand for undersøkelser herfra: Betydningen av at klageren ikke innleverte våpnene «straks» i en situasjon der X politidistrikt ikke hadde behandlet spørsmålet om utsatt iverksetting (oppsettende virkning), og opplysningen i X politidistrikts forhåndsvarsel og vedtak om at klageren «kan søke om ny ervervstillatelse igjen om to – 2 – år». Saken har imidlertid også reist enkelte andre spørsmål som det er naturlig for meg å knytte enkelte merknader til.

2. Saksbehandlingstiden

Saksbehandlingstiden ved behandling av As klage over X politidistrikts vedtak har ikke direkte vært gjenstand for undersøkelser herfra. Spørsmålet er imidlertid berørt bl.a. i Politidirektoratets svar hit, og jeg vil bl.a. av denne grunn knytte en kort kommentar til saksbehandlingstiden.

[Det tok ca. 10 måneder fra A sendte inn sin klage til X politidistrikt til saken ble oversendt Politidirektoratet til klagebehandling.]

Politidirektoratet har i brev hit ... sagt seg enig i at politiet burde ha sendt inn saken til klageorganet på et langt tidligere tidspunkt. Dette er jeg enig i. Det synes utelukkende å skyldes en feil at klagesaken ble liggende uvirksom hos politidistriktet i nesten åtte måneder før den ble oversendt til direktoratet.

3. Vedtaket om tilbakekall

3.1 Innledning

Våpenloven 9. juni 1961 nr. 1 § 10 første, fjerde og femte ledd lyder:

> «Politimesteren skal tilbakekalle våpenkort hvis innehaveren ikke er edruelig og pålitelig eller dersom han av særlige grunner kan anses som uskikket til å ha skytevåpen.
> ---
> Blir våpenkort tilbakekalt etter første eller annet ledd, skal kortet og i tilfelle skytevåpenet straks innleveres til politimesteren. Denne kan beslutte at også våpendeler skal innleveres. Tilhører gjenstandene en annen enn innehaveren, skal de utleveres eieren, og ellers avhendes. Har slik avhendelse ikke funnet sted innen 3 måneder fra tilbakekallingen til en som har tillatelse etter § 7, skal politimesteren selge gjenstandene for eierens regning. Hvis salget ikke skjer ved offentlig auksjon, skal gjenstandene så vidt mulig takseres på betryggende måte.
> Politiet kan beslutte innlevering av våpen,

> våpendeler eller ammunisjon dersom det er gitt forhåndsvarsel om tilbakekall av våpenkort.»

Politidirektoratet har i sitt vedtak om tilbakekall av våpenkort m.v. i hovedsak lagt vekt på to forhold: At klageren ved jaktutøvelsen ... utviste særdeles dårlig skjønn og vurderingsevne, og at han over lengre tid var i besittelse av registreringspliktige skytevåpen uten å inneha politiets tillatelse.

Ved vurderingen av om vilkårene for tilbakekall av våpenkort er oppfylt, må det foretas en skjønnsmessig vurdering basert på det sterke samfunnsmessige sikkerhetsbehovet som ligger til grunn for våpenlovens bestemmelser. Disse skjønnsmessige vurderingene kan jeg bare i begrenset grad etterprøve. Spørsmålet for meg vil derfor i første rekke være om Politidirektoratet har lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn ved vurderingen, og om det finnes andre saklige og relevante hensyn direktoratet eventuelt har oversett.

3.2 Betydningen av at klageren ikke innleverte våpnene «straks» – begjæringen om utsatt iverksetting

Klageren begjærte utsatt iverksetting inntil klagen over X politidistrikts vedtak var ferdigbehandlet. Begjæringen ble ikke besvart av politidistriktet og klageren innleverte verken våpenkort eller våpen.

Politidirektoratet har lagt til grunn at klageren således var i besittelse av registreringspliktige skytevåpen uten politiets tillatelse. Klagerens advokat har anført at hans klient ikke kan lastes for dette, ettersom begjæringen ikke ble besvart. Ifølge advokaten måtte klageren da kunne legge til grunn at begjæringen om utsatt iverksetting var tatt til følge.

Forvaltningsloven 10. februar 1967 § 42 første ledd første punktum lyder:

> «Underinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort.»

Det følger forutsetningsvis av bestemmelsen at et vedtak i utgangspunktet har virkning fra det tidspunktet det er fattet. Dersom et vedtak skal ha oppsettende virkning, krever dette en uttrykkelig beslutning.

Klageren var i dette tilfellet forpliktet til å innlevere våpenkort og våpen «straks» etter X politidistrikts vedtak ..., jf. våpenloven § 10 fjerde ledd første punktum. Innleveringsplikten ble ikke opphevet gjennom beslutning om utsatt iverksetting, men klageren mottok heller ikke uttrykkelig avslag på begjæringen om dette. I denne situasjonen var det ikke berettiget av klageren å legge til grunn at så lenge han ikke hørte noe fra politiet, så kunne han fortsette å være i besittelse av våpenkortet og våpnene. Klageren var i denne situasjonen henvist til å etterlyse svar på begjæringen om utsatt iverksetting og ellers forholde seg til politidistriktets vedtak og den innleveringsplikten dette innebar. Det kan således ikke kritiseres at Politidirektoratet vektla klagerens manglende etterfølgelse av innleveringsplikten i sitt vedtak.

Det er en svakhet ved X politidistrikts behandling av klagen at det ikke ble tatt stilling til begjæringen om utsatt iverksetting. Politidirektoratet har i brevet hit ... gitt uttrykk for at det forhold at politiet ikke behandlet klagerens begjæring om utsatt iverksetting *«kan* gi grunnlag for å kritisere politiet for dårlig forvaltningsskikk» (min utheving). Etter min mening *er* det grunn til å kritisere politiet for ikke å ha behandlet begjæringen om utsatt iverksetting. Det er ikke tvilsomt at politidistriktet hadde plikt til å foreta en slik vurdering. Begjæringer om utsatt iverksetting skal for øvrig avgjøres «snarest mulig», jf. forvaltningsloven § 42 første ledd fjerde punktum, og avslag skal også være grunngitt, jf. § 42 annet ledd annet punktum.

Politidirektoratet har i brevet hit opplyst at det ikke har tatt spørsmålet om den manglende oppfølgingen av klagesaken opp med politidistriktet. Det er imidlertid opplyst at direktoratet til stadighet presiserer at politiet «skal behandle klager i forvaltningssaker, herunder begjæringer om oppsettende virkning, uten ugrunnet opphold». Det er viktig at direktoratet gjør denne typen presiseringer overfor politiet. I den konkrete saken ville det imidlertid ha vært ryddig om det også i vedtaket ble gjort oppmerksom på at politidistriktet ikke hadde behandlet begjæringen om utsatt iverksetting og at dette var uheldig. Politidirektoratet som overordnet organ ville på denne måten enkelt ha kunnet gi en konkret tilbakemelding til politidistriktet på dets saksbehandling og styrket klagerens tillit til de vurderinger som var gjort.

3.3 Betydningen av klagerens førstegangstjeneste som skarpskytter i Forsvaret

Klageren har bl.a. anført at hans førstegangstjeneste som skarpskytter i Forsvaret både viser at han måtte anses skikket til å inneha våpen og at Forsvaret har hatt slik tillit til ham.

Etter våpenloven § 10 første ledd er det politiet som har kompetanse til å tilbakekalle våpenkort. I dette ligger bl.a. at politiet må foreta en selvstendig vurdering av vedkommendes skikkethet og således ikke kan være bundet av den vurdering f.eks. Forsvaret har gjort. Det er således ikke grunn til å kritisere Politidirektoratet for ikke å ha vektlagt dette i sitt vedtak.

Politidirektoratet har i brev hit ... vist til at politiet burde gitt melding til Forsvaret om at klageren hadde opptrådt uforsvarlig med skytevåpen. Det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til dette.

3.4 Betydningen av at klageren fikk tilbake de beslaglagte våpnene ...

Klageren har videre vist til at politiet utleverte de beslaglagte våpnene til klageren ... Det er i denne forbindelse anført at politiet på dette tidspunktet nødvendigvis må ha vurdert ham som skikket og at det senere tilbakekallet av våpenkortet m.v. dermed ikke kunne være berettiget.

Etter straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 213 første ledd skal beslag heves innen saken er endelig avgjort, dersom det ikke lenger er behov for beslaget. X politidistrikt opplyste i brev ... til klageren at påtalemyndigheten etter omstendighetene ikke fant grunnlag for videre beslag av våpenkort og våpen, ettersom saken var ferdig etterforsket. På dette tidspunktet var spørsmålet om tilbakekall etter våpenloven § 10 ikke avgjort, og det var heller ikke sendt forhåndsvarsel om tilbakekall, jf. våpenloven § 10 femte ledd. Det forelå med andre ord ikke rettslig grunnlag etter våpenlovens bestemmelser for ikke å utlevere våpnene. I brevet fra politidistriktet ble det imidlertid opplyst at politiet i forvaltningssak, uavhengig av straffeprosessuelt beslag og utfallet av straffesaken, kunne komme til å beslutte tilbakekall av våpenkort m.v.

Det er lett å se at det kan oppfattes som noe inkonsekvent at politiet på den ene siden tilbakeleverer beslaglagte våpen, samtidig som det på den annen side vurderes å tilbakekalle tillatelsen til å inneha våpnene etter våpenlovens bestemmelser. Jeg kan likevel ikke se at det er grunnlag for å kritisere at Politidirektoratet ikke har vektlagt dette forholdet i sin vurdering av spørsmålet om tilbakekall.

3.5 Rettighetstap for domstolene eller administrativt vedtak om tilbakekall av våpenkort

Klageren har anført at politiet burde nedlagt påstand for domstolene om rettighetstap etter straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 29 nr. 2 i stedet for å kalle tilbake våpenkortet m.v. etter våpenloven § 10. Det er bl.a. anført at dette ville sikret større grad av rettsikkerhet for klageren og at det neppe er god forvaltningsskikk at forvaltningsorganet ikke fremmer en sak om rettighetstap for domstolene, men venter til etter at rettskraftig dom foreligger. Det er pekt på at dette er det motsatte av hva som nå gjelder i førerkortsakene.

Spørsmålet om rettighetstap etter straffeloven § 29 ligger det under domstolene å ta stilling til, jf. straffeprosessloven § 38. Hvorvidt påtalemyndigheten burde ha tatt spørsmålet om rettighetstap inn for retten, kan jeg derfor ikke uttale meg om, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 4 første ledd bokstav c.

Som Politidirektoratet har anført ..., regulerer straffeloven § 29 og våpenloven § 10 to forskjellige typer inngrep. Etter straffeloven § 29 kan tiltalte bl.a. fradømmes retten til å drive jakt. Bestemmelsen åpner imidlertid ikke for tilbakekall av våpenkort m.v. En person som er fradømt retten til å drive jakt, uten også å ha fått sitt våpenkort m.v. tilbakekalt, kan således fortsatt inneha og bruke våpen f.eks. på en skytebane. Jeg ser at tilbakekall av våpenkort m.v. etter våpenloven § 10 vil sette en effektiv stopper for vedkommendes mulighet til å bedrive jakt, men prinsipielt er dette en annen type inngrep som det ligger til politiet som forvaltningsorgan å ta stilling til.

3.6 Opplysning om «karantenetid»

X politidistrikt opplyste både i forhåndsvarselet ... og i vedtaket ... bl.a. følgende:

> «De kan søke om ny ervervstillatelse igjen om to – 2 – år.»

Politidirektoratet har i sitt klagevedtak ... ikke kommentert formuleringen særskilt. Det er imidlertid i vedtaket konkludert med at klagen ikke tas til følge. Formuleringen synes derfor å gjelde også etter direktoratets behandling av klagen.

Direktoratet har i brevet hit ... opplyst at personer som har fått sitt våpenkort tilbakekalt etter lovens system når som helst kan fremsette ny søknad om erverv av skytevåpen. Politiet forutsettes i slike tilfeller å ta søknaden under ordinær behandling. Direktoratet har videre opplyst at den som har fått tilbakekalt sitt våpenkort må regne med å bli sett an over noen tid før vedkommende igjen kan erverve og inneha skytevåpen. Det er derfor ikke uvanlig at politiet i sitt vedtak gir en antydning av hvor lang «karantenetid» som kan påregnes før vedkommende igjen kan anses skikket til å kunne erverve og inneha skytevåpen.

Jeg legger etter dette til grunn at formuleringen gir uttrykk for en opplysning til vedkommende av orienterende art om at ny ervervstillatelse etter praksis ikke innvilges før tidligst etter to år, og at det ikke finnes rettslig grunnlag for verken å avvise behandling av en søknad eller å avslå søknaden med den begrunnelse at søknaden er fremsatt før denne tiden er løpt.

Formuleringen som er benyttet i forhåndsvarselet og i vedtaket fremstår imidlertid etter min mening som en rettslig begrensning i klagerens adgang til å søke om ny ervervstillatelse. Dette er uheldig. Politidirektoratet bør derfor vurdere om denne typen formuleringer, dersom de skal komme til uttrykk i vedtakene, bør gis en utforming som gjør det klart at opplysningen er av orienterende art uten rettslige begrensninger i adgangen til å søke og få vurdert søknad om ny ervervstillatelse for skytevåpen.

4. Oppsummering

Jeg har ovenfor kommet med enkelte kritiske merknader til saksbehandlingen og til utformingen av vedtaket, som jeg forutsetter at Politidirektoratet merker seg. For øvrig har undersøkelsen av saken ik-

ke avdekket feil eller mangler av avgjørende betydning for realiteten i saken. Saken anses derfor som avsluttet herfra.»

Skatt, ligningsbehandling

54.

Taksering av seksjonerte boligeiendommer – klagebehandling og anvendelse av likhetsprinsippet

(Sak 2005/1227 og 2005/1163)

Ved Trondheim kommunes alminnelige omtaksering per 1. januar 2004 skulle seksjonerte eiendommer anses som ett skatteobjekt og takseres som helhet. For enkelte seksjonerte eiendommer valgte skattetakstutvalget likevel å taksere de enkelte seksjonene hver for seg på selvstendig grunnlag. Ved klagebehandlingen kom overskattetakstutvalget til at skattetakstutvalget ikke hadde hatt adgang til å gjøre unntak fra prinsippet om at seksjonerte eiendommer skulle takseres som helhet.

Ombudsmannen hadde kritiske merknader til kommunens inkonsekvente takseringsprinsipp ved takseringen av seksjonerte eiendommer. Eiendomsskattekontoret hadde heller ikke oppfylt sine plikter som forberedende organ ved klagebehandlingen på en tilfredsstillende måte. Ombudsmannen var også kritisk til overskattetakstutvalgets lovforståelse og anvendelse av likhetsprinsippet. Han ba overskattetakstutvalget vurdere den fastsatte skattetaksten for eierseksjonene i X og Y på nytt. Ombudsmannen fant også grunn til å be Finansdepartementet vurdere behovet for sentrale retningslinjer for taksering av seksjonerte eiendommer. Departementets svarbrev er nærmere omtalt i kapittel III.

I en artikkel i Adresseavisens nettutgave fremgikk det at under klagebehandlingen i overskattetakstutvalget ble taksten for en leilighet i den seksjonerte eiendommen X i Trondheim oppjustert med «rundt en halv million kroner». Etter det som sto i artikkelen, «innrømmet» lederen i overskattetakstutvalget i Trondheim at denne saken brøt med likhetsprinsippet «hvis man ser på denne eiendommen isolert», men mente likevel at likebehandling måtte vurderes ut fra Trondheim by som helhet. Ombudsmannen besluttet på generelt grunnlag å undersøke det rettslige grunnlaget for overskattetakstutvalgets klagebehandling og takstavgjørelse for denne leiligheten (ombudsmannssak 2005/1163).

Ombudsmannen mottok også en klage fra ekteparet A over overskattetakstutvalgets takstavgjørelse for deres leilighet i den seksjonerte eiendommen Y i Trondheim (ombudsmannssak 2005/1227). Etter skattetakstutvalgets taksering per 1. januar 2004 av eierseksjonene i Y påklaget A takseringen av deres eierseksjon under henvisning til at skattetakstutvalget hadde fastsatt en langt lavere eiendomsskattetakst for en annen, nærmest identisk leilighet i samme bygg.

I overskattetakstutvalgets brev til A med underretning om vedtaket i klagesaken, het det blant annet:

> «Overskattetakstutvalget har ved klagebehandlingen taksert Y på nytt. Overskattetakstutvalget har kommet til at det ikke foreligger saklig grunn for å fravike prinsippet om å taksere den seksjonerte eiendommen som helhet.
> ---
> Konkret medfører denne taksten for Deres eiendom:
>
> – Seksjonseiere som har klaget: 1 seksjon får redusert takst, mens de øvrige 3 får økt takst.
> – Seksjonseiere som ikke har klaget: 1 seksjon får redusert takst mens de øvrige 55, som skulle hatt økt takst, beholder skattetakstutvalgets takst til neste omtaksering.
>
> Hele eiendommen er taksert til kr 82.802.000. Ved å benytte tinglyst eierbrøk som fordelingsnøkkel, vil andelen for gjeldende seksjon være 73/3755, altså kr 1.609.000.
>
> Overskattetakstutvalget endrer taksten til denne summen.
>
> Overskattetakstutvalgets vedtak er endelig.»

Eiendomsskattegrunnlaget for klagernes seksjon økte således fra kr 1 245 000 til kr 1 609 000.

I klagen hit stilte A spørsmål om det takseringsprinsipp overskattetakstutvalget hadde benyttet. Videre mente de at de burde vært varslet om at et annet takseringsprinsipp ville bli lagt til grunn for klagebehandlingen og at de burde hatt klagerett på forhøyelsen av taksten. De anførte også at vedtaket innebar usaklig og urimelig forskjellsbehandling.

De to sakene reiste i hovedsak samme rettslige problemstillinger. Ombudsmannen fant det derfor hensiktsmessig å behandle disse to sakene samlet i én uttalelse.

For den alminnelige eiendomsskattetakseringen per 1. januar 2004 bestemte Trondheim kommune at seksjonerte eiendommer i utgangspunktet skulle anses som ett skatteobjekt og takseres som helhet. Selv etter undersøkelsene herfra var det vanskelig å få full klarhet i om den etterfølgende fordeling av skatteverdien/eiendomsskattegrunnlaget for eiendommen som helhet skjedde forholdsmessig til *eierne* eller til *eierseksjonene.* Skjedde fordelingen til *eierne* er det nærliggende å oppfatte dette som en fordeling av *brutto eiendomsskattegrunnlag* for eiendommen som helhet før fradrag for den enkelte eierseksjons bunnfradrag. Var det *taksten av eiendommen som helhet* som ble fordelt ut på *eierseksjonene,* synes fordelingen å ha vært ment som fastsetting av individuell *takst* for enkeltseksjonene.

For enkelte seksjonerte eiendommer, blant annet X og Y, valgte kommunens skattetakstutvalg likevel å taksere eierseksjonene enkeltvis uten først å fastsette den seksjonerte eiendommens skatteverdi som

helhet. Etter det som kom frem i forbindelse med undersøkelsene herfra, var årsaken til at hver seksjon i disse tilfellene ble taksert på selvstendig grunnlag at kommunen «hadde omsetningstall for enkelte seksjoner [i disse eiendommene] som klart oversteg det som ville bli taksten hvis man takserte eiendommen som helhet». Det var visstnok «også et moment for skattetakstutvalget at det var store verdivariasjoner for enkelte seksjoner grunnet ulik beliggenhet i forhold til solforhold, utsikt og etasje».

I sak 2005/1163 ble det herfra særskilt bedt om en kort redegjørelse for på hvilket rettslig grunnlag overskattetakstutvalget anvendte likhetsprinsippet i forhold til «Trondheim by som helhet», og ikke i forhold til skattetakstgrunnlaget og takstavgjørelsene for de øvrige leilighetene i samme bygård.

Både i denne saken og i sak 2005/1227 ble Trondheim kommune i tillegg bedt om å redegjøre nærmere for det rettslige grunnlaget som overskattetakstutvalgets klagebehandling og takseringsavgjørelse var basert på. Det ble spesielt bedt om en kort redegjørelse for hvilket rettslig grunnlag overskattetakstutvalget har for å ta andre forhold enn de klagegrunner som er anført i klagen opp til vurdering, og hva slags andre forhold det vil kunne være.

Fra kommunens redegjørelse i svarbrevet i sak 2005/1163 siteres:

> «Den konkrete saken [leiligheten i X] gjelder taksering av en seksjonert eiendom med i alt 45 seksjoner. Ved taksering av seksjonerte eiendommer har man to mulige måter å vurdere skatteobjektet på. Enten kan man taksere seksjon for seksjon, eller så kan man taksere eiendommen som helhet.
> ---
> Skattetakstutvalget hadde i noen tilfeller fraveket prinsippet om å taksere eiendommen som helhet. Overskattetakstutvalget kom til at man ikke hadde saklig grunn for å forskjellsbehandle disse eiendommene. For de eiendommer som av skattetakstutvalget hadde blitt taksert seksjon for seksjon, ble det derfor store endringer etter behandling i overskattetakstutvalget. Det er en slik eiendom som er utgangspunktet for avisoppslaget i Adresseavisens nett-utgave 23. juni 2005. Endringen medførte at noen fikk satt taksten opp, og noen fikk satt den ned.
> Overskattetakstutvalget kom til at man ikke kunne sette opp taksten for de seksjoner som ikke hadde klaget. Spørsmålet ble da om man skulle sette opp for de som hadde klaget, eller om man skulle også for disse seksjonene la den opprinnelige taksten bestå.
> Overskattetakstutvalget behandlet i alt ca 3000 klager. Klagebehandlingen pågikk i ca ett år, etter hvert så klarte utvalget å behandle ca 60 saker pr møte. Utvalget er et kollegialt organ som består av 6 politikere. Utvalget tilstrebet til enhver tid likebehandling av alle like tilfeller. Utvalget hadde imidlertid ikke oversikt over de klager man enda ikke hadde behandlet, og når utvalget tok stilling til problemstillingen om seksjonerte eiendommer, måtte man både se på hva utvalget hadde gjort så langt, men også forsøke å forutsi hvilke problemstillinger som ville komme.
> Overskattetakstutvalget har i flere andre saker satt opp taksten når man mente at taksten var satt for lavt i skattetakstutvalget. For overskattetakstutvalget har det vært viktig at man hadde en fast regel som man kunne anvende ovenfor alle typetilfeller. Hvis man for seksjonerte eiendommer valgte å ikke øke taksten selv om overskattetakstutvalget mente taksten var satt for lavt, ville man måtte gjøre det samme i forhold til alle klager? Det er eksempelvis lett å tenke seg en sak hvor taksten settes opp for en eiendom med enebolig grunnet forhold som også berører naboeiendommen. Hvis man ikke hadde satt opp taksten for de seksjonerte eiendommene som klaget, ville man etter overskattetakstutvalgets mening heller ikke kunne satt opp taksten for eneboliger i de tilfeller det var grunnlag for det.
> Like tilfeller skal behandles likt, og enhver forskjellsbehandling må ha saklig grunn. I forhold til den konkrete saken kan man se det på to måter. For det første kan man si at det er ikke like tilfeller, forskjellen er at noen av seksjonene klaget, mens andre klaget ikke. Alle som sendte inn klage er behandlet likt. For det andre kan man si at kommunen hadde saklig grunn til å behandle de seksjoner som klaget annerledes enn de som ikke klaget. Hvis man ikke hadde satt opp taksten for de som klaget, ville kommunen vært forpliktet til å behandle alle andre som klaget på samme måte.
> Utgangspunktet for klagebehandlingen er byskatteloven av 1911 § 4 annet ledd tredje punktum som har følgende ordlyd:
>
> «Klager over ansettelsene avgjøres av en sakkyndig ankenemnd etter forutgående besiktigelse.»
>
> Overskattetakstutvalget forstår loven slik at det ved klage skal settes en ny takst. Forvaltningsloven kommer ikke direkte til anvendelse.
> Ved behandlingen av klagene, har overskattetakstutvalget alltid vurdert de anførsler klager har kommet med. Men i tillegg mener utvalget at det skal settes en ny takst, det er ikke tilstrekkelig å avvise eller samtykke i de anførsler som fremsettes. Den konkrete saken illustrerer godt behovet for å foreta en ny takst. Skattetakstutvalget hadde, som nevnt ovenfor, for noen seksjonerte eiendommer valgt å taksere seksjon for seksjon. Overskattetakstutvalget kom til at disse seksjonerte eiendommene var taksert etter en annen metodikk uten at det forelå saklig grunn. Når dette ble avdekket i forbindelse med klagebehandlingen, ville det ikke vært mulig for overskattetakstutvalget i den konkrete saken å sette en takst uten å gå ut over de anførsler som var fremført i klagen.»

I brev herfra vedrørende sak 2005/1227 ble kommunen særskilt bedt om å redegjøre nærmere for hvordan overskattetakstutvalgets taksering av seksjonene i Y med utgangspunkt i eiendommens verdi som helhet samsvarer med takseringsnormen i byskatteloven § 5.

I kommunens svarbrev het det:

> «Vi er av den oppfatning at byskatteloven § 5 ikke er til hinder for at «eiendommen» forstås som den seksjonerte eiendommen som helhet. I hvilken grad forhold på en enkelt seksjon påvirker

> taksten på eiendommen som helhet, vil særlig avhenge av antallet seksjoner. I den konkrete saken [Y] er det 60 seksjoner, og standard på den enkelte seksjon vil således bety lite for den endelige taksten.
>
> Overskattetakstutvalget har imidlertid ved takseringen tatt hensyn til eiendommens beliggenhet og ytre standard. Indre standard er det tatt hensyn til i de tilfeller standarden på flere seksjoner klart avviker fra normal standard.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Trondheim kommunes generelle forståelse av byskatteloven fra 1911 §§ 4 og 5

Bestemmelsene om fastsettelsen av eiendomsskattegrunnlaget i lov 6. juni 1975 nr. 29 om eiendomsskatt § 8 er ikke trådt i kraft, jf. lovens § 33 annet ledd. Derfor gjelder fortsatt takseringsbestemmelsene i byskatteloven fra 18. august 1911 §§ 4 og 5 slik de lød 31. desember 1975.

Byskatteloven § 4 første ledd første punktum lyder:

> «Enhver eiendoms skatteverdi fastsettes ved taksering.»

Byskatteloven § 4 første ledd tredje og sjette punktum angir hovedreglene for hvem som kan fastsette taksten i førsteinstans og klageinstansen. I tredje punktum heter det:

> «Verdsettelsene skjer på kommunens bekostning ved dertil av bystyret særskilt oppnevnte takstmenn.»

Sjette punktum lyder:

> «Overtakst ved det dobbelte antall på samme måte oppnevnte menn finner sted, når det forlanges av formannskapet eller vedkommende skattyter.»

Den skatteverdi takseringen skal finne frem til er angitt i byskatteloven § 5 første ledd, som lyder:

> «Ved takseringen ansættes eiendommens takstverdi til det beløp, som eiendommen etter sin beskaffenhet, anvendelighet og beliggenhet antages at kunne avhændes for under sedvanlige omsætningsforhold ved frit salg.»

Kommunen har i svarbrevet hit 5. oktober 2005 anført at bestemmelsen i § 5 første ledd ikke er «til hinder for at 'eiendommen' forstås som den seksjonerte eiendommen som helhet». Videre heter det i samme brev:

> «I hvilken grad forhold på en enkelt seksjon påvirker taksten på eiendommen som helhet, vil særlig avhenge av antallet seksjoner. I den konkrete saken [Y] er det 60 seksjoner, og standard på den enkelte seksjon vil således bety lite for den endelige taksten.
>
> Overskattetakstutvalget har imidlertid ved takseringen tatt hensyn til eiendommens beliggenhet og ytre standard. Indre standard er det tatt hensyn til i de tilfeller standarden på flere seksjoner klart avviker fra normal standard.»

Det synes naturlig å forstå denne redegjørelsen slik at selv om en eiendom er seksjonert, og hver eierseksjon har forskjellige eiere med eksklusiv bruksrett til sin del av eiendommen, mener kommunen at eiendommen som helhet kan anses som ett eiendomsskatteobjekt etter byskatteloven § 4 og følgelig takseres som helhet etter reglene i byskatteloven § 5. I utgangspunktet har jeg ikke grunnlag for avgjørende rettslige innvendinger til en slik forståelse av byskatteloven § 5 første ledd på dette punkt. Det andre alternativet ville være å anse de enkelte eierseksjonene som selvstendige skatteobjekter som skal takseres etter reglene i § 5 hver for seg.

Kommunens takseringspraksis for seksjonerte eiendommer ved den alminnelige takseringen per 1. januar 2004

Slik kommunens takseringspraksis og overskattetakstutvalgets praksis ved klagebehandlingen er opplyst i forbindelse med undersøkelsene herfra, synes det likevel uklart om kommunen i praksis har ansett den enkelte seksjonerte eiendommen som helhet som skatteobjekt, eller om de enkelte eierseksjonene hver for seg er blitt ansett som selvstendige skatteobjekter. I det siste tilfellet burde eventuelt verdivurderingen av eiendommen som helhet ikke vært ansett som «skatteverditaksering» av eiendommen som helhet, men som en hjelpeberegning i arbeidet med takseringen av de enkelte eierseksjonene hver for seg.

Gjeldende vedtekter for «skattetakster over faste eiendommer i Trondheim kommune» som ble fastsatt av bystyret i november 2003, inneholder ingen bestemmelser spesielt for seksjonerte eiendommer.

Hvis kommunens takseringspraksis tok sikte på å fastsette skatteverdien for hver enkelt eierseksjon i de seksjonerte eiendommene, innebærer det at hver eierseksjon må anses som en egen «eiendom» etter byskatteloven § 4. Da er utgangspunktet etter byskatteloven § 5 at det er den enkelte eierseksjons «beskaffenhet, anvendelighet og beliggenhet» som skal hensyntas ved takseringen, ikke hvordan disse forholdene arter seg for bygget som helhet. Jeg har i utgangspunktet ikke rettslig grunnlag for kritiske bemerkninger til at kommunene benytter seg av sjabloner som hjelpemidler for å finne frem til skatteverdien etter byskatteloven § 5. Skatteverdien for den seksjonerte eiendommen som helhet vil kunne være et godt hjelpemiddel ved fastsettelsen av takstverdien for den enkelte eierseksjon. Hvis forskjellene mellom de ulike eierseksjonene i en seksjonert eiendom er vesentlige når det gjelder standard, lys- og/eller støyforhold, utsikt osv., antar jeg likevel at en takst utelukkende basert på en forholdsmessig fordeling etter eierbrøk av eiendommens skatteverdi som helhet både kan være i strid med likhetsprinsippet og

i strid med de uttrykte vurderingsnormene i byskatteloven § 5, som forutsetter vurdering ved befaring av det enkelte takseringsobjekt (skatteobjekt). Uten befaring av de aktuelle eiendommene (eierseksjonene) i denne saken har jeg ikke grunnlag for å gå konkret inn på om den sjablonmessige takseringen som ligger til grunn for overskattetakstutvalgets vedtak i de aktuelle klagesakene oppfyller de krav som byskatteloven § 5 etter rettspraksis oppstiller i dag.

Slik saken er opplyst, synes det likevel som om det nettopp var forskjellig standard, lys- og/eller, støyforhold, utsikt osv. som var medvirkende til at de aktuelle seksjonerte eiendommene ikke ble taksert som helhet av skattetakstutvalget, men hver eierseksjon for seg.

Av kommunens svarbrev hit i sak 2005/1163 synes det for øvrig som om kommunen nå deler mitt syn på dette punkt. Her heter det nemlig blant annet:

> «I ettertid ser man at kommunen trolig ikke burde foretatt fordeling av taksten til de ulike seksjonene. Taksten burde i sin helhet vært pålagt den seksjonerte eiendommen, og så ville styret i sameiet fått ansvar [for] å fordele taksten.»

Kommunens uttalelse på dette punkt gir således inntrykk av en innrømmelse av at kommunens taksering av de enkelte eierseksjonene ved fordeling av eiendommens skatteverdi som helhet utelukkende på grunnlag av eierbrøk, i noen tilfeller kan ha vært i strid med takseringsnormen i byskatteloven § 5, slik den skal forstås etter gjeldende rett. Jeg vil derfor på denne bakgrunn be overskattetakstutvalget vurdere den fastsatte skattetaksten for de to eierseksjonene som er de sentrale i denne uttalelsen på nytt.

For ordens skyld finner jeg for øvrig grunn til alt nå å påpeke at byskattelovens takseringsbestemmelser ikke gir kommunen mulighet til å delegere noe av sin *takseringsmyndighet* til styrene i de respektive eierseksjonssameier. Se nærmere om dette nedenfor.

Av det materialet jeg har fått oversendt fra Trondheim kommune, fremgår at kommunen fant takseringen av seksjonerte eiendommer vanskelig. Kommunens håndbok for forvaltning av eiendomsskatteloven «Driftsprosedyrer og rammer for skattetakstutvalgets og overskattetakstutvalgets arbeid» er datert 10. mars 2005. Det synes derfor som denne håndboken først forelå etter at den alminnelige takseringen var gjennomført, og etter at overskattetakstutvalget hadde fattet vedtak i de to klagesakene som er bakgrunnen for denne uttalelsen.

Håndbokens pkt. 4.2.4 omhandler seksjonerte eiendommer. Her heter det:

> «Taksering og saksbehandling knyttet til seksjonerte eiendommer med utgangspunkt i at en skal sikre likebehandling og antatt omsetningsverdi ved fritt salg er vanskelig. Kommunen har besluttet en metode for håndtering her som er gjeldende inntil ny beslutning foreligger.»

Denne metoden er angitt i kommunens retningslinjer for «Taksering av seksjonerte eiendommer». Det synes som om også disse først forelå nærmere ett år etter at den alminnelige takseringen per 1. januar 2004 var gjennomført, og antagelig også etter at klagebehandlingen hadde pågått en god stund. Jeg viser til disse retningslinjenes referanse til «underliggende dokument». Her heter det:

> «Underliggende dokument: «Taksering og klagebehandling av seksjonerte eiendommer – hovedkonklusjoner fra telefonmøte 4. november 2004» med deltakere fra OSTU, administrasjonen og advokat ....»

Ellers går det frem av disse retningslinjene at de er godkjent av formannen i overskattetakstutvalget 7. januar 2005, og av overskattetakstutvalget 19. januar 2005. Ombudsmannen kan forstå at gode og anvendelige retningslinjer for taksering i noen grad bør avvente og bør bygge på erfaringer med taksering. Det ville imidlertid ha vært mer i samsvar med god forvaltningsskikk om skriftlige retningslinjer hadde vært utarbeidet og vedtatt i forkant av den alminnelige takseringen per 1. januar 2004 og behandlingen av klagene som fulgte umiddelbart etter denne takseringen.

I retningslinjene fra januar 2005 for taksering av seksjonerte eiendommer heter det i første avsnitt, de tre første punktum:

> «OSTU skal behandle og vedta nye takster på eiendommer som har klaget. I klagebehandlingen skal prinsippet om at *hele eiendommen anses som ett skatteobjekt* legges til grunn. For seksjonerte eiendommer der en eller flere seksjoner har klaget, vil OSTU vedta *ny takst for hele eiendommen.*»

Så heter det videre:

> «Videre skal prinsippet om fordeling av takst etter eierbrøk legges til grunn for alle seksjonerte eiendommer. Den enkelte seksjons takst vedtas dermed ikke av OSTU men følger automatisk av fordeling i hht eierbrøk».

Fra et rettslig perspektiv har jeg vanskelig for å finne en klar sammenheng i disse retningslinjene. Skal den seksjonerte eiendommen som helhet anses som ett skatteobjekt, synes det naturlig at konsekvensen må være at det bare er eiendommen som helhet det skal fastsettes skatteverdi for etter takseringsreglene i byskatteloven § 5, ikke (også) de enkelte eierseksjonene i eiendommen.

Under forutsetning av at det var de enkelte eierseksjoner som var skatteobjekt og følgelig gjenstand for taksering, vil jeg for øvrig bemerke at selv hvis den enkelte seksjons takstverdi etter byskatteloven § 5 skulle kunne følge «automatisk av fordeling i hht eierbrøk», vil takstfastsettelsen like fullt være enkeltvedtak eller individuelle vedtak i forvaltnings-

rettslig betydning. Taksten kan derfor bare fastsettes av de organer som har myndighet til det etter byskatteloven § 4 første ledd, jf. nedenfor.

I kommunens svarbrev hit i sak 2005/1163 har Trondheim kommune redegjort noe nærmere for bakgrunnen for kommunens takseringspraksis for seksjonerte eiendommer. Her heter det blant annet:

> «Trondheim kommune valgte å taksere de seksjonerte eiendommene som en helhet, for deretter å fordele taksten på de ulike seksjonene etter seksjonsbrøk. En slik fordeling samsvarer med de juridiske rettighetene en seksjonseier har. Ved en omtaksering er det svært mange eiendommer som skal takseres, og man vurderte en slik fremgangsmåte både som den enkleste og den mest rettferdige.
>
> I ettertid ser man at kommunen trolig ikke burde foretatt fordeling av taksten til de ulike seksjonene. Taksten burde i sin helhet vært pålagt den seksjonerte eiendommen, og så ville styret i sameiet fått ansvar å fordele taksten.
>
> Når kommunen først hadde valgt å fordele taksten etter seksjonsbrøk, hadde kommunen også gitt hver enkelt seksjonseier klagerett. Problemet som oppsto ble da at hvis en seksjonseier klaget, så måtte man likevel sette ny takst på hele eiendommen. Dette skapte problemer i de tilfellene klagen medførte en høyere takst.»

Som jeg har gitt uttrykk for ovenfor, innebærer en slik «taksering» ved fordeling av taksten av «hovedeiendommen» til de enkelte eierseksjonene rettslig sett at det fattes enkeltvedtak eller individuelle vedtak med takst for hver av disse seksjonene. Myndigheten til å fatte slike vedtak er regulert i byskatteloven § 4. Byskatteloven gir ikke kommunen mulighet til å delegere noe av sin *takseringsmyndighet* til styrene i de respektive eierseksjonssameier.

Overskattetakstutvalgets klagebehandling

1. Av kommunens svarbrev hit i sak 2005/1163 fremgår at kommunen er av den oppfatning at utgangpunktet for klagebehandlingen er byskatteloven av 1911 § 4 annet ledd tredje punktum. Denne bestemmelsen lyder:

> «Klager over ansettelsene avgjøres av en sakkyndig ankenemnd etter forutgående besiktigelse.»

I samme svarbrev opplyser kommunen at klagebehandlingen i disse sakene er foretatt av «et kollegialt organ som består av 6 politikere». Dette stemmer også med kommunens vedtekter fra november 2003 «for skattetakster over faste eiendommer i Trondheim kommune» §§ 1 og 2. Hjemmelen for overskattetakstutvalgets klagebehandling i disse sakene er således ikke byskatteloven § 4 annet ledd tredje punktum, men § 4 første ledd siste punktum. Denne bestemmelsen lyder:

> «Overtakst ved det dobbelte antall på samme måte oppnevnte menn finner sted, når det forlanges av formannskapet eller vedkommende skattyder.»

2. Det er naturlig å forstå begrepet «[o]vertakst» i § 4 første ledd siste punktum slik at overskattetakstutvalget har full prøvelsesrett ved klagebehandlingen. Jeg er også kjent med at bestemmelsen konsekvent har blitt praktisert slik over lang tid. De fortsatt gjeldende klagereglene i byskatteloven § 4 sier imidlertid ingenting om hvilke nærmere krav som stilles til overskattetakstutvalgets klagebehandling. Etter gjeldende rett gjelder verken forvaltningsloven eller ligningsloven for eiendomsskattemyndighetenes behandling av klager på eiendomsskattetaksten, jf. eiendomsskatteloven § 31 og § 33. Fastsettelse av eiendomsskattetakst er samtidig også fastsettelse av (brutto)grunnlaget for eierens skatteplikt for eiendommen. I utgangspunktet er det derfor de alminnelige ulovfestede normene for god forvaltningsskikk, spesielt god ligningsforvaltningsskikk, og forsvarlig saksbehandling som angir rammene for overskattetakstutvalgets kompetanse ved klagebehandlingen og de nærmere kravene til overskattetakstutvalgets saksbehandling.

3. I forbindelse med undersøkelsene herfra har kommunen opplyst at for «Trondheim by som helhet» gikk takseringspraksis, med noen få unntak, ut på at seksjonerte eiendommer ble taksert som helhet med etterfølgende fordeling av taksten til eierseksjonene etter eierbrøk. Ved overprøvingen av taksten for de aktuelle eierseksjonene, som skattetakstutvalget hadde taksert hver for seg, valgte derfor overskattetakstutvalget av hensyn til likhetsprinsippet også å taksere disse eiendommene som helhet.

Overskattetakstutvalget har, som påpekt ovenfor, i brevet til A 9. februar 2005 anført at Y ble taksert «på nytt».

4. As eierseksjon i Y ble ved den alminnelige takseringen per 1. januar 2004 ikke taksert på den sjablonmessige måten som er angitt i punkt 3 ovenfor, men ble taksert individuelt, uten at det først var fastsatt takst for Y som helhet. Jeg er derfor i tvil om denne «nye» takseringen av Y ligger innenfor rammene av overskattetakstutvalgets overprøvingskompetanse etter byskatteloven § 4 første ledd siste punktum. Både bestemmelsens ordlyd og dens formål taler for at overtaksten må gjelde samme eiendom som i klagen/samme takseringsobjekt som klagen gjelder. Normene for god forvaltningsskikk tilsier også at klageinstansens prøvingskompetanse er begrenset til samme sak som ble avgjort av underinstansen (her skattetakstutvalgets taksering av klagernes eierseksjoner som selvstendige «eiendommer» og takseringsobjekter). Ved anvendelsen av byskatteloven §§ 4 og 5 må de seksjonerte eiendommene som helhet anses som andre «eiendommer» enn eierseksjonene i de samme eiendommene i den utstrekning eierseksjonene var ansett som selvstendige «eiendommer» og taksert hver for seg.

På denne bakgrunn synes overskattetaksutvalget ved klagebehandlingen i disse sakene å ha fattet vedtak som lå utenfor klagesaken. Det kan da være nærliggende å se det slik at utvalget enten har gått utover sin kompetanse som klageinstans eller har brukt sin myndighet på en materielt uriktig måte. Vedtakene må i så tilfelle anses ugyldige.

5. As klage hit er i første rekke begrunnet med det «takseringsprinsippet» overskattetakstutvalget hadde benyttet ved overprøvingen av den påklagede taksten. Den er ikke begrunnet med at utvalgets takstavgjørelse i klagesaken gjaldt en annen eiendom enn eiendomsskattetaksten de mottok i brev fra Trondheim kommune 6. januar 2004. På bakgrunn av overskattetakstutvalgets vedtak gjengitt i brevet til A 9. februar 2005 er dette forståelig. Her het det nemlig blant annet:

> «Hele eiendommen er taksert til kr 82.802.000. Ved å benytte tinglyst eierbrøk som fordelingsnøkkel, vil andelen for gjeldende seksjon være 73/3755, altså kr 1.609.000.
>
> Overskattetakstutvalget endrer taksten til denne summen.»

Slik denne delen av vedtaket er formulert, er jeg enig med A i at det kan være naturlig å forstå vedtaket 19. januar 2005 slik at overskattetakstutvalget faktisk fastsatte en ny eiendomskattetakst for deres leilighet. Taksten ble satt til en forholdsmessig del av taksten for eiendommen som helhet, lik As tinglyste eierbrøk, 73/3755, i Y. En slik forståelse av vedtaket synes også å være i overensstemmelse med overskattetakstutvalgets redegjørelse i brevene hit. En slik forståelse er også i samsvar med kommunens retningslinjer for taksering av seksjonerte eiendommer.

Hvis en derimot leser hele vedtaket 19. januar 2005 i sammenheng, er det ikke uten videre gitt at vedtaket skal forstås på denne måten. Det er heller ikke gitt hvilket takseringsprinsipp eller «fremgangsmåte» Finansdepartementet har gitt sin tilslutning til. I annet avsnitt i vedtaket heter det:

> «Ved takseringen av seksjonerte eiendommer i Trondheim er eiendommen taksert som helhet, og ikke seksjon for seksjon. Verdien av eiendommen som helhet fordeles på de ulike eierne av eiendommen tilsvarende tinglyst eierbrøk, dvs. i samsvar med hver enkelt seksjonseiers eierandel av hovedeiendommen. Den valgte fremgangsmåten er akseptert av departementet.»

Fordeling av skatteverdien, dvs. eiendomsskattegrunnlaget for eiendommen som helhet til de enkelte seksjonseierne, er et vesentlig forskjellig fordelingsprinsipp fra det som er beskrevet i kommunens retningslinjer for taksering av seksjonerte bygg. Her gir kommunen anvisning på at taksten på eiendommen som helhet skal fordeles til de enkelte eierseksjonene. Som jeg har bemerket ovenfor, er disse retningslinjene datert 19. januar 2005, samme dag som vedtaket i klagesaken til A. Det synes således ikke som det forelå skriftlige retningslinjer for takseringen av seksjonerte eiendommer før etter at den alminnelige takseringen var gjennomført i 2003/2004. Derfor finner jeg det vanskelig å være sikker på om skattetakstutvalgets praksis gikk ut på å taksere de enkelte eierseksjonene ved en fordeling av eiendommens takst som helhet på de enkelte eierseksjonene etter eierbrøk, eller om praksis var å taksere de seksjonerte eiendommene som helhet, med etterfølgende fordeling av eiendomsskattegrunnlaget for eiendommen som helhet (før fradrag for den enkelte eierseksjons bunnfradrag) på eierne etter deres eierbrøk. I det første tilfelle skal fordelingen fremstå som en taksering av eierseksjonene, i det andre er det grunnlaget for eiendomskatten som påhviler eiendommen som helhet som er fordelt på de enkelte sameierne av denne eiendommen. Slik saken er opplyst etterlater den tvil om hvilken av disse fremgangsmåtene Finansdepartementet har akseptert.

Overskattetakstutvalgets forståelse og anvendelse av likhetsprinsippet

Jeg er enig med kommunen i at likhetsprinsippet står sentralt ved kommunenes anvendelse av takseringsbestemmelsene i byskatteloven §§ 4 og 5. Var det slik at kommunen for den alminnelige takseringen per 1. januar 2004 hadde fastsatt som verdsettelsesprinsipp at verdsettelsen (taksten) for alle eierseksjonene til sammen i den enkelte seksjonerte eiendom skulle være lik «taksten» for eiendommen som helhet, tilsier likhetsprinsippet at dette verdsettelsesprinsippet skulle anvendes konsekvent. Derfor har jeg i utgangspunktet ikke rettslig grunnlag for kritiske bemerkninger til at overskattetakstutvalget mente at overprøvingen av de aktuelle påklagede takstene måtte skje med utgangspunkt i kommunens generelle verdsettelsesprinsipp for slike eiendommer – skatteverdien for eiendommen som helhet fordelt på eierseksjonene.

Jeg har heller ikke innvendinger til overskattetakstutvalgets generelle siktemål om å sikre likebehandling i klagebehandlingen.

Et verdsettelsesprinsipp som anvendes konsekvent, men som ikke gir rom for å ta hensyn til vesentlige forskjeller når det gjelder eierseksjonenes standard, lys- og/eller støyforhold, utsikt osv. kan på den annen side lett føre til takseringsresultater i strid med likhetsprinsippet. Som det fremgår ovenfor, gir saksdokumentene inntrykk av at overskattetakstutvalgets takseringsavgjørelser for de to eierseksjonene som er de sentrale i denne uttalelsen kan være i strid med likhetsprinsippet nettopp på slikt grunnlag.

Overskattetakstutvalget har også anført at «kommunen hadde saklig grunn til å behandle de seksjoner som klaget annerledes enn de som ikke klaget». For ordens skyld finner jeg derfor grunn til å presisere at eiendomsskattekontorets og overskattetakstutvalgets kompetanse som henholdsvis forberedende

og avgjørende organ ved klagebehandlingen, er begrenset i lov til kun å omfatte de saker som er fremmet for overskattetakstutvalget som klagesak enten av formannskapet eller av vedkommende skattyter, jf. byskatteloven § 4 første ledd sjette punktum. Det blir derfor galt, i beste fall misvisende, hvis overskattetakstutvalget mener at utvalgets annerledes behandling av «seksjoner som klaget» «enn [av] de som ikke klaget» bør vurderes ut fra et «saklighetsgrunnlag» og ikke ut fra rekkevidden av utvalgets lovhjemlede kompetanse som klageorgan.

Retting av feil begått av skattetakstutvalget

På bakgrunn av at kommunens retningslinjer for taksering av seksjonerte eiendommer først er datert etter at den alminnelige taksering var gjennomført, er jeg, som det fremgår ovenfor, noe i tvil om de fordelingsretningslinjene som gjaldt for takstutvalgets alminnelige taksering i 2003/2004 gikk ut på å fordele eiendomsskattegrunnlaget for eiendommen som helhet til seksjonseierne etter deres eierbrøk, eller å taksere de enkelte eierseksjonene i eiendommen ved å fordele skatteverdien av eiendommen som helhet til de enkelte seksjonene etter de respektive eiernes eierbrøk. Slik saken er opplyst, finner jeg det likevel ikke tvilsomt at om retningslinjene gjaldt taksering av de enkelte eierseksjonene så skulle takseringen i henhold til retningslinjene skje på grunnlag av verdien av eiendommen som helhet.

Med denne forutsetning var skattetakstutvalgets verdsettelsesprinsipp for taksering av de aktuelle eierseksjonene – selvstendig verdsettelse av hver enkelt eierseksjon uavhengig av eiendommens verdi som helhet – i strid med fastsatte retningslinjer. Denne feilen kunne ikke på noen måte lastes skattyter. Det var nærliggende at utfallet av en eventuell feilretting kunne gå i skattyters disfavør, og føre til et økt skattegrunnlag. I slike tilfeller tilsier normene for god forvaltningsskikk, og god ligningsforvaltningskikk, at eiendomsskattekontoret burde gjort skattetakstutvalget oppmerksom på at utvalgets valg av verdsettelsesprinsipp var i strid med retningslinjene og anmodet utvalget om å behandle disse sakene på nytt, i stedet for å fremme de aktuelle klagene direkte for overskattetakstutvalget. En slik fremgangsmåte ville gitt skattyter mulighet til eventuelt å påklage skattetakstutvalgets nye vedtak til overskattetakstutvalget. Det synes i strid med normene for god (lignings-)forvaltningsskikk, og er således kritikkverdig, at eiendomsskattekontoret ikke tok et slikt initiativ overfor skattetakstutvalget ved mottagelsen av de aktuelle klagene.

For øvrig har jeg merket meg at en slik fremgangsmåte for retting av feil begått av skattetakstutvalget nå er tatt inn i kommunens håndbok for forvaltning av eiendomsskatteloven punkt 4.5.3.

Jeg ber om at eiendomskattekontoret og overskattetakstutvalget følger opp mine merknader i denne uttalelsen. I tillegg til merknadene til overskattetakstutvalgets klagebehandling gjelder det særlig mine merknader til kommunens skrevne retningslinjer for taksering av seksjonerte eiendommer. Det bes da spesielt om at kommunen sørger for å skille klart mellom angivelsen av skatteobjekter og verdsettelsesprinsipper. Videre bes det om at kommunen sikrer at verdsettelsesprinsippene verken er i strid med takseringsnormene som følger av gjeldende forståelse av byskatteloven § 5, jf. § 4, eller i strid med likhetsprinsippet slik det etter gjeldende rett skal forstås og anvendes på eiendomsskattens område. Jeg ber om å bli orientert om de konkrete resultatene av eiendomsskattekontorets og overskattetakstutvalgets oppfølging av disse merknadene.

Avslutningsvis minner jeg om min anmodning til overskattetakstutvalget ... om å vurdere på nytt de fastsatte skattetakster for de to eierseksjonene som har vært de sentrale i denne uttalelsen. Jeg ber også om å bli orientert om utfallet av overskattetakstutvalgets nye behandling.

I ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 11 er det bestemt at «[b]lir Ombudsmannen oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis, kan han gi vedkommende departement underretning om det». Denne saken har avdekket flere uklarheter og mangler ved Trondheim kommunes praksis ved fastsettelse av eiendomsskattetakst for seksjonerte eiendommer. Det er nærliggende å anta at disse praktiske rettslige spørsmålene kan være aktuelle også for andre kommuner som skriver ut eiendomsskatt.

I eget brev i dag har jeg derfor bedt Finansdepartementet vurdere om det kan være behov for bl.a. sentrale retningslinjer for fastsettelse av eiendomskattetakst for seksjonerte eiendommer, herunder også for behandlingen av klager på eiendomsskattetaksten for seksjonerte eiendommer».

Finansdepartementets svarbrev er nærmere omtalt i kapittel III, punkt fire.

55.

Begrunnelse av vedtak om eiendomsskatt

(Sak 2006/143)

Saken gjaldt saksbehandlingen i Fredrikstad kommune i forbindelse med vedtak om utskriving av eiendomsskatt og særlig klagebehandlingen knyttet til fastsetting av beregningsgrunnlaget (taksten) for fastsettingen av eiendomsskatten. Ombudsmannen kom til at kommunen/overskattetakstnemnda på grunnlag av kravene til forsvarlig saksbehandling og til å opptre i samsvar med god forvaltningsskikk, burde ha begrunnet vedtaket om eiendomsskatt noe nærmere.

Klagen fra ekteparet A gjaldt overskattetakstnemnda i Fredrikstad kommunes vedtak vedrørende eiendomsskattetakst for eiendom gnr X bnr X med ad-

resse Y. Ekteparet As eiendom ble opprinnelig taksert til kr ... Etter å ha påklaget takseringen, ble de informert i et brev fra eiendomsskattekontoret om at overskattetakstnemnda hadde fastholdt den tidligere taksten på kr .... Det ble ikke angitt noen begrunnelse for vedtaket ut over at vedtaket var fattet med hjemmel i eiendomsskatteloven.

I klagen til ombudsmannen anførte ekteparets advokat (B) i hovedsak at fastsettelsen av skattegrunnlaget er utført på en kvalitetsmessig uforsvarlig måte. Videre ble det anført at det ut fra alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper kreves et minimum av vurdering og begrunnelse for vedtakene både i takstnemnda og i overskattetakstnemnda. Det ble også anført at det foreligger vilkårlighet når klagenemndas medlemmer uten kompetanse overprøver egen sakkyndig takstmann uten å gi begrunnelse, og at dette er tilstrekkelig grunn til at vedtaket i klagesaken er ugyldig. Til slutt forbeholdt advokaten seg retten til å komme med nye anførsler etter at kommunen hadde redegjort for hvorvidt progresjonsgrensene i eiendomsskatteloven § 13 var overholdt.

Det ble besluttet å undersøke klagen nærmere. Fredrikstad kommune ble bedt om å opplyse om begrunnelsen for at overskattetakstnemnda i vedtaket om overtakst ikke fant å kunne legge til grunn eller legge avgjørende vekt på den takstverdi på kr ... som takstmannen fastsatte for eiendommen i takstskjemaet, og som da var lavere enn den første takseringen av eiendommen. Dessuten ble det bedt opplyst begrunnelsen for ikke å endre eiendomsskatteverdien som opprinnelig var fastsatt (før klage). Det ble videre bedt om at kommunen i alle tilfelle opplyste om overskattetakstnemnda vurderte anførslene ekteparet A fremsatte i klagen over den første takseringen, og i så fall hvilken betydning disse anførslene hadde for overskattetakstnemndas konklusjon.

I tillegg ble kommunen bedt om å redegjøre nærmere for grunnlaget for at det ikke var gitt en begrunnelse for overskattetakstnemndas vedtak. Det ble i denne sammenheng vist til at ombudsmannen i sin praksis har lagt til grunn at selv om verken forvaltningsloven eller (de fleste reglene i) ligningsloven kommer til anvendelse i eiendomsskattesaker, må saksbehandlingen i eiendomsskattesaker likevel tilfredsstille de krav som følger av forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk. Her ble det også vist til eiendomsskatteloven § 22 annet ledd (ikke i kraft) med krav om «stutt grunngiving» og til ligningsloven § 3–11 nr. 1 annet punktum om «kort begrunnelse» i bl.a. endringssak.

Kommunen ble til slutt bedt om å redegjøre for grunnlaget for at ekteparet A, etter det opplyste, ikke ble gitt fullt innsyn i saken, men at innsynet var begrenset til eiendomsskattetakstskjemaet til takstmannen i klageomgangen.

I sitt svarbrev redegjorde Fredrikstad kommune først for kommunens saksbehandling i forbindelse med eiendomstakseringen som fant sted i store deler av Fredrikstad kommune i 2005. Kommunen svarte videre at vedrørende ekteparet As eiendom var «[o]verskattetakstnemndas vedtak ... fattet på bakgrunn av all foreliggende dokumentasjon, herunder eierens klage.» Fredrikstad kommune skrev videre:

> «Overtakstnemnda var imidlertid også kjent med eiendommens svært attraktive beliggenhet og at eiendommen hadde vært omsatt to ganger i løpet av de siste årene, siste gang i november 2003 til en pris over 2,5 millioner kroner. Overskattetakstnemnda vurderte dermed den opprinnelige taksten til å være representativ for en noe forsiktig omsetningsverdi på takseringstidspunktet.»

Vedrørende spørsmålet om grunnlaget for at det ikke ble gitt begrunnelse for overtakstnemndas vedtak, svarte Fredrikstad kommune:

> «Som det også fremgår av Sivilombudsmannens brev er kommunen ikke pålagt plikt etter loven til å gi begrunnelse for sine vedtak i eiendomsskattesaker. I mangel av lovpålagt plikt og på bakgrunn av det store omfang av saker, vurderte eiendomsskattekontoret og overskattetakstnemnda at ettersom alle klager fikk en så grundig saksbehandling som beskrevet over, var ytterligere begrunnelse for vedtak unødvendig. For denne eiendommen var det også ut fra salgene nokså klart at den første taksten ga best uttrykk for omsetningsverdien for eiendommen, slik at ytterligere begrunnelse burde være unødvendig.»

I et senere brev hit anførte ekteparet As advokat at kommunen i sitt svar ikke hadde redegjort for hvordan eiernes klage var vurdert. Videre påpekte advokaten at det verserer en reklamasjonssak mellom ekteparet A og eierskifteforsikringsselskapet C vedrørende omfattende mangler ved huset, og han anførte i denne sammenheng at «[d]ersom kommunen hadde gitt en skriftlig begrunnelse, hadde deres vektlegging av pris kommet til syne og klagerne kunne således fremlagt dokumentasjon for at huset var mindre verdt på grunn av feil og mangler som er påberopt i reklamasjonssaken. Omsetningspris og reklamasjonskrav kunne således bli sett i sammenheng.»

Advokaten anførte videre at kommunen i sitt svar til ombudsmannen ikke hadde kommentert «krav til begrunnelse i lys av hva som følger av forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk», men at kommunen henviste til «den såkalte 'grundige saksbehandling' som bakgrunn for at begrunnelser ikke er gitt.» Advokaten anførte videre i denne sammenheng at «[s]aksbehandlingen blir jo ikke forsvarlig fordi kommunen sier at den er det.» Dette ble utdypet med anførslene om at «skriftlige begrunnelser [er] viktige både for å høyne kvaliteten i vurderingene samt gi klagerne innsikt i hva som står sentralt i deres sak og hva konklusjonene bygger på. Dette er helt avgjørende for hva klagerne konsentrerer seg om og klager på og hvilken dokumentasjon som de fremlegger».

Vedrørende Fredrikstad kommunes svar om at klagerne har fått fullt innsyn i sin sak, mente advo-

katen at det tilsa at saksbehandlingen foruten skattetakstskjemaene var muntlig og dette – sett i sammenheng med at det ikke ble gitt begrunnelse for vedtak – førte til at saksbehandlingen ikke var forsvarlig, og at Fredrikstad kommune ikke fulgte god forvaltningsskikk.

Fredrikstad kommune fastholdt at kommunen hadde fulgt en korrekt prosedyre for fastsettelsen av overskattetaksten for Y, og anførte i hovedsak at kommunen hadde hatt en forsvarlig saksbehandling og fulgt god forvaltningsskikk i sakene om eiendomsskatt. Kommunen viste også til at den alminnelige prisstigningen hadde blitt hensyntatt ved vurderingen av fastsettelse av eiendommens verdi i overskattetakstnemnda. Videre bemerket kommunen at overskattetakstnemndas «vurderinger gjøres på bakgrunn av det foreliggende skriftlige materialet, herunder den opprinnelige taksten, klagen, utfylt huseierskjema og klagetaksten fra den nye takstmannen. I tillegg kan nemnda legge vekt på egen kjennskap til eiendommer, priser og boområder. Basert på det skriftlige materialet, er saksbehandlingsformen i nemnda i hovedsak muntlig, med skriftlig nedtegnelse av den takstfastsettelse nemnda blir enige om. Den omforente overtaksten føres inn i et oversiktsskjema med kolonner for første, andre og endelig takst. I oversiktsskjemaet fremgår alle eiendommer som har vært gjenstand for klagebehandling, og det egner seg derfor ikke for offentliggjøring. For øvrig fremgår ikke annet av skjemaet enn det som formidles til innbyggerne».

Advokaten fremholdt igjen at overskattetakstnemnda skulle ha gitt en «skriftlig minimumsbegrunnelse» og han anførte at overskattetakstnemnda ikke kunne ha vurdert klagen fra ekteparet A der det fremgikk at de har en reklamasjonssak vedrørende huset. Videre understreket advokaten i forhold til kommunens opplysning om at «nemnda [kan] legge vekt på egen kjennskap til eiendommer, priser og boområder» at «ingen i overskattetakstnemnda har faglig kompetanse til å vurdere slike forhold.» Advokaten anførte til slutt at prisstigningen på ca. 9–10 % fra høsten 2003 til 2004 ikke var aktuell for ekteparet As hus da prisstigning henger sammen med at boliger er oppgradert, noe som ikke var tilfellet for dette huset.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Utskriving av eiendomsskatt til kommunene reguleres av lov om eigedomsskatt til kommunane 6. juni 1975 nr. 29 (eiendomsskatteloven). I eiendomsskatteloven § 22 fremgår det at «[k]laga vert avgjord i orskurd med ei stutt grunngjeving for avgjerda.» Imidlertid er bestemmelsen ikke trådt i kraft, jf. § 33 der det fremgår at enkelte bestemmelser i loven, deriblant § 22, først trer i kraft fra den tiden Kongen bestemmer. Noen ikrafttredelsesbeslutning er (ennå) ikke truffet. I mellomtiden gjelder bestemmelsene i skattelov for byene 18. august 1911 §§ 4, 5 og 9, tredje til syvende ledd og lov 4. mars 1960 I § 2 for fastsetting av grunnlaget for eiendomsskatten og klage over dette, men i disse lovene er det ikke gitt bestemmelser om begrunnelse av vedtak. Det fremkommer i tillegg uttrykkelig av eiendomsskatteloven § 31 at forvaltningslovens bestemmelser ikke gjelder for «førehaving av saker etter denne lova.» Etter dette gjelder det ikke en lovbestemt plikt til å begrunne vedtak om eiendomsskatt. Imidlertid har de generelle forvaltningsrettslige prinsippene om forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk et videre anvendelsesområde enn reglene som kan utledes av forvaltningsloven, og vil etter en konkret vurdering også kunne tre i stedet for reglene i forvaltningsloven der forvaltningsloven etter uttrykkelig bestemmelse ikke gjelder. Det synes å måtte være tilfellet for vedtak om eiendomsskatt.

Hensynet bak kravet om forsvarlig saksbehandling er i hovedsak og generelt sett ivaretakelsen av individets stilling i forvaltningsprosessen. Kravet om begrunnelse av vedtak er en viktig forutsetning for at individet skal kunne ivareta sin klagerett og må av denne grunn sies å være et av kjernepunktene i prinsippet om forsvarlig saksbehandling.

I Høyesteretts dom, inntatt i Rt. 1987 s. 1166, som omhandlet spørsmålet om Odda overtakstnemnds vedtak om å ilegge A/S Kongsberg Våpenfabrikk eiendomsskatt var ugyldig, var det sentralt i vurderingen hvilke krav det kan stilles til overtakstnemndas begrunnelse av slike vedtak. Høyesterett uttalte «at det må være klart at et vedtak som det denne sak gjelder, må begrunnes.» Som begrunnelse for dette standpunktet uttalte Høyesterett at «[d]en gjeldende lovordning stiller ikke noe bestemt krav med hensyn til karakteren og omfanget av en slik begrunnelse. Lov om eiendomsskatt inneholder – som nevnt under anførslene fra kommunen – i § 22 en regel om begrunnelse. Denne bestemmelse er imidlertid ennå ikke trådt i kraft. Jeg finner likevel at bestemmelsen, i sin knappe form, angir et krav som iallfall må gjelde: at det skal gis 'ei stutt grunngjeving for avgjerda'.»

Jeg vil i denne sammenheng også påpeke at Fredrikstad kommunes advokat B på kommunens hjemmesider på Internett har presisert i forbindelse med redegjørelsen om klageadgangen, at «Overtakstnemndas avgjørelser skal for øvrig også begrunnes. Det skal blant annet fremgå av vedtaket om overtakst at de forhold som klagen var begrunnet med, er vurdert». Dette synes ut fra Fredrikstad kommunes redegjørelser under undersøkelsen av saken herfra ikke å være fulgt i praksis.

Det er videre reelle hensyn som taler for at vedtak om eiendomsskatt må begrunnes. Begrunnelser av vedtak bidrar til en lovmessig og rettferdig forvaltning. Rettssikkerhetshensyn ivaretas ved at begrunnelsen viser at grunnlaget for avgjørelsen er forsvarlig utredet. Der begrunnelser gis, vil parten som vedtaket gjelder, enklere kunne sammenligne sin sak

med andres og da lettere kunne forsone seg med et bebyrdende vedtak eller eventuelt lettere vurdere om vedtaket skal påklages.

Et hensyn som med en viss styrke veier i mot at vedtak om eiendomsskatt skal begrunnes, er effektivitetshensynet. Det ligger i masseforvaltningens natur at sakene har mange likhetstrekk og vurderingene vil ofte være like i mange saker. I slike saker vil det være arbeidsbelastende for forvaltningen at det stilles krav om at hvert vedtak skal begrunnes nettopp fordi sakene er så mange.

Videre vil overskattetakstnemnda på grunn av sin sammensetning med flere personer kunne ha ulike oppfatninger om hvilke momenter i takstvurderingen som er viktigst og forskjellig syn på hvordan den nærmere skjønnsmessige vurderingen skal munne ut i en bestemt konklusjon (takst). Dessuten vil en konkret takst oftest bygge på et skjønn der det kan være grunn til å peke på at også forvaltningslovens mer vidtgående regel om krav til begrunnelse i § 25 ikke er absolutt: De hovedhensyn som «har vært avgjørende» for utøvelsen av forvaltningsskjønnet «bør» nevnes.

Jeg kan på denne bakgrunn vanskelig se at den foreliggende saken stiller seg vesentlig annerledes enn den ovenfor siterte høyesterettsdommen som riktignok gjaldt et større industrianlegg. Et krav om «stutt grunngiving» samsvarer best med kravet til forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk. Manglende begrunnelse av vedtak, både det opprinnelige vedtaket og det nye vedtaket etter klageomgangen, kan på denne bakgrunn ikke uten videre erstattes med en uttalelse om at saksforberedelsen av sakene har vært grundig. Jeg kan ikke utelukke at kommunens uttalelse om at «[d]en grundige prosessen med klagemulighet, ny taksering av uavhengig takstmann og klagebehandling i den oppnevnte overskattetakstnemnda sikret riktige takstfastsettelser.» Samtidig må et krav om kort grunngiving gjøre seg særlig gjeldende om det er konkrete anførsler for eksempel i klagen som det vil være nærliggende å kommentere om klagen ikke tas til følge. Dette er i denne saken neppe nærliggende for påstandene om konkrete kontraktsmessige tvister om betydningen av eventuelle mangler i forhold til avtalt salgssum. Derimot fremstår det som nærliggende å gi en kort begrunnelse for hvorfor taksten ikke ble endret selv om en lavere takst ble fremlagt. I den nevnte høyesterettsdommen ble begrunnelsen vurdert i forhold til det som hadde fremkommet fra A/S Kongsberg Våpenfabrikk ved klagen og under behandlingen av klagen og om disse forhold var «særskilt påpekt fra bedriftens side på en slik måte at overtakstnemnda måtte forstå at bedriften mente at de hadde særlig betydning for verdsettelsen av eiendommen.» Høyesterett uttaler etter dette om kravet til innholdet til begrunnelsen for vedtaket at «[s]elv om nemndas begrunnelse er snau, må jeg bygge på at nemnda har vurdert de forhold som er av betydning for verdsettelsen».

Etter dette kan det neppe stilles de samme krav til innholdet i begrunnelsen i eiendomsskattesaker som det følger av forvaltningsloven § 25 for vedtak forvaltningsloven gjelder for. Imidlertid kan det synes som om Høyesterett mener at de faktiske forhold som vedtaket bygger på, herunder de sentrale anførsler en part har fremsatt, skal synliggjøres i vedtaket om eiendomsskatt. Mange av de konkrete opplysningene om eiendommen som taksten bygger på vil nok være nedtegnet i aktuelle skjemaer utarbeidet for bruk til takseringen. Forvaltningslovens bestemmelser om at også de «hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes», jf. § 25 tredje ledd, kan det imidlertid ikke være krav om i en kort begrunnelse i vedtak om eiendomsskatt».

56.

Ligningsmyndighetenes lovanvendelse og begrunnelse ved tilbakeføring av innrømmet fiskerfradrag

(Sak 2005/998)

A fikk innrømmet særskilt fradrag for fiskere ved den ordinære ligningsbehandlingen. Ligningsnemnda mente at A ikke oppfylte kravet til 130 dager på fiske i løpet av inntektsåret, og fattet vedtak om endring av ligningen med tilbakeføring av fiskerfradraget. Overligningsnemnda fastholdt endringsvedtaket.

Ombudsmannen hadde ikke grunnlag for avgjørende rettslige innvendinger mot overligningsnemndas konklusjon. Han hadde imidlertid kritiske merknader til overligningsnemndas begrunnelse, da den kunne reise tvil om rettsanvendelsen var i tråd med skatteloven § 6–60 og gjeldende ligningspraksis. Det var likevel ikke rettslige holdepunkter for å anta at vedtaket var ugyldig etter ligningsloven § 3–12.

A hadde i 2002 97 eller 98 dager aktivt fiske på sjøen. I tillegg arbeidet han 80 dager om bord med gjenoppbygging av fiskebåten X etter at den totalhavarerte ved kai. A fikk innrømmet særskilt fradrag for fiskere ved den ordinære ligningsbehandlingen for inntektsåret 2002. I 2003 fattet ligningsnemnda vedtak om endring av ligningen med tilbakeføring av fiskerfradraget fordi A «ikke oppfylte kravet til 130 dager på fiske i løpet av inntektsåret».

I klagen til overligningsnemnda opplyste A at fiskebåten hadde havarert ved et verkstedsopphold. Han var medeier i båten og var sentral i administrasjonen av gjenoppbyggingen. A mente at vilkårene for å få fiskerfradrag samsvarte fullt ut med vilkårene for å få sjømannsfradrag. På denne bakgrunn anførte han at han hadde krav på fiskerfradrag fordi han hadde vært mer enn 130 dager på fiske hvis det også ble tatt hensyn til hans arbeid om bord i båten mens den lå ved verksted.

I innstillingen fra Nordre Sunnmøre likningskontor som overligningsnemnda sluttet seg til het det i hovedsak:

«I følge lovteksten skal [altså] fiskerfradrag innrømmes hvis skattyter 'personlig har drevet eller deltatt i fiske' mens sjømannsfradrag skal gis hvis skattyter 'har arbeid om bord på skip i fart som hovedbeskjeftigelse såfremt arbeidet varer til sammen minst 130 dager'.

Paragrafene er med andre ord ikke likelydende. Fiskere må faktisk ha deltatt i fiske mens kravet for sjøfolk er arbeid om bord i skip som hovedbeskjeftigelse. Forskjellen skyldes at sjøfolk kan ha arbeid om bord i båten selv om den ligger til land, mens man ikke kan fiske når båten ligger til reparasjon eller lignende.

Om fiskerfradrag sier Lignings-ABC for 2003:

'Tid som medgår til å arbeide på land, regnes normalt ikke med, men dersom en ellers aktiv fisker av driftsmessige årsaker må arbeide på land i kortere perioder med ulike oppgaver for båtlaget, som egning, sløying, reparasjoner mv. mens båten er ute på fiske, kan han regne landoppholdet med i driftstiden. Det må stilles krav om at vedkommende hele inntektsåret sett under ett er med om bord og deltar i fisket i større utstrekning enn han er på land og utfører arbeidsoppdrag som 'landmann' i båtlagets regi.'

Det er altså kun arbeid på land i *kortere perioder*, mens *båten er ute på fiske*, som kan regnes med.

Om sjømannsfradrag derimot, sier Lignings-ABC:

'Skattytere som har tjenestegjort om bord mens skipet var i fart før oppholdet ved land og/eller som skal tjenestegjøre om bord når det settes i fart, har krav på særskilt fradrag for sjøfolk i inntekt for tjeneste om bord mens skipet ligger ved land. Dette gjelder også under opplag for ubestemt tid. Skattyter vil i disse tilfellene ha krav på særskilt fradrag for sjøfolk selv om han ikke tilbringer natten om bord.'

Det er altså klart, at selv om begge lovparagrafene har et krav om 130 dager i løpet av inntektsåret, er det en annen praksis for sjømannsfradraget enn fiskerfradrag hva landligge angår. Dette gjelder selv om båten må ligge til land på grunn av reparasjoner.

Skattyter hadde i 2002 kun 97 dager i aktivt fiske, i tillegg til at han arbeidet ca 80 dager om bord med gjenoppbygging av båten. Han oppfyller derfor ikke --- kravet til særskilt fradrag for fiskere.»

Overligningsnemnda fastholdt ligningsnemndas endringsvedtak.

Norges Fiskarlag klaget hit på vegne av A. Etter Fiskarlagets oppfatning var det ikke rettslig grunnlag i skatteloven «for å behandle sjøfolk og fiskere ulikt hva angår hvorvidt reparasjon ved landligge skal telles med i aktivitetskravet (antall dager)».

I brev herfra ble Skattedirektoratet bedt om å redegjøre nærmere for skattemyndighetenes tolkning og anvendelse av vilkårene om 130 dagers fiske/deltakelse i fiske og 130 dagers arbeid om bord på skip i fart i skatteloven §§ 6–60 og 6–61.

Fra Skattedirektoratets svarbrev siteres:

«De to bestemmelsene kan etter vår oppfatning ikke tolkes helt likt da en tilknytning/et arbeidsforhold knyttet til et skip vesentlig atskiller seg fra et arbeidsforhold knyttet til en fiskebåt. Når det i Lignings-ABC åpnes for at tid med landligge for skip kan medregnes, er det et vilkår at vedkommende «har inntekt for tjeneste om bord».

Selv om et skip ligger til reparasjon, er det ikke uvanlig at det generelle vedlikeholdet av båten sysselsetter hele eller deler av mannskapet. Vilkåret «inntekt fra tjeneste om bord» vil således ofte kunne være oppfylt selv om skipet skulle ligge til reparasjon over et noe lengre tidsrom.

Er derimot en fiskebåt til reparasjon over lengre tid, vil normalt ikke fiskeren ha inntekt fra fiske. Den nødvendige tilknytning mellom landliggeperioden og skattyterens fiskeaktivitet er ikke til stede. Men i de tilfeller en fiskebåt for et begrenset tidsrom må avbryte fisket på grunn av nødvendige reparasjoner, er det som nevnt ovenfor, langvarig ligningspraksis for at tidsrommet medregnes i de 130 dagene. Dette er nå også klart presisert i Lignings-ABC 2004.

Det blir således de lokale ligningsmyndigheter som konkret må vurdere de tilfeller der fisker krever medregnet tid for reparasjon av fiskebåt, og oppholdet ved land strekker seg over et ikke ubetydelig antall dager. Vurderingstemaet blir: Er oppholdet kortvarig slik at det bare for en tid avbryter fisket. Eller er oppholdet av mer langvarig art, og det er sannsynlig at fiskeren i dette tidsrommet ikke har inntekter fra kilde som er knyttet til fisket eller fiskebåten.»

På bakgrunn av denne redegjørelsen fra Skattedirektoratet ble det i brev herfra bedt om Nordre Sunnmøre likningskontors, eventuelt overligningsnemndas, syn på hvorvidt det fremgår tilstrekkelig klart av overligningsnemndas vedtak at avgjørelsen bygger på det vurderingstemaet som Skattedirektoratet fremhevet i svarbrevet hit.

Fra ligningskontorets svarbrev siteres:

«Overligningsnemnda har i sitt vedtak pekt på den forskjellen som ligger i 'arbeid på land i kortere perioder mens båten er ute på fiske' for fiskere, og 'for tjeneste om bord mens skipet ligger ved land' for sjøfolk, og på den ulike forståelse og praksis som foreligger hva landligge angår. Vi kan vanskelig se at dette ikke skulle være klart nok i relasjon til anvendelsen av skatteloven § 6–60.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Skatteloven §§ 6–60 første ledd og 6–61 første og annet ledd lød for inntektsåret 2002 slik:

«§ 6–60. Særskilte fradrag for fiskere og fangstfolk

> (1) Skattyter som i minst 130 dager av inntektsåret personlig har drevet eller deltatt i fiske eller fangst på havet eller langs kysten, gis fradrag med inntil 30 prosent av netto arbeidsinntekt av fisket eller fangsten, begrenset til 70000 kroner.
>
> § 6–61. Særskilt fradrag for sjøfolk
>
> (1) Sjøfolk gis fradrag med inntil 30 prosent av inntekten ombord, begrenset til 70000 kroner.
> (2) Sjøfolk er personer som har arbeid om bord på skip i fart som hovedbeskjeftigelse såfremt arbeidet varer til sammen minst 130 dager i samme inntektsår.»

Skattedirektoratets redegjørelse i svarbrevet hit for at den skatterettslige vurderingen av langvarig landligge på grunn av reparasjon lett kan falle forskjellig ved praktiseringen av 130-dagers kravet for fiskere etter skatteloven § 6–60 og ved praktiseringen av 130-dagers kravet for sjøfolk etter skatteloven § 6–61 gir ikke grunnlag for avgjørende rettslig kritikk fra meg. Det har lenge vært fast ligningspraksis at dager med inntekt fra tjeneste om bord under langvarig landligge på grunn av reparasjon av båten kan regnes med i forhold til 130-dagers kravet for å få sjømannsfradrag etter skatteloven § 6–61, hvis også andre nærmere bestemte vilkår dels knyttet til sjømannens tjenestetilknytning til skipet før og/eller etter landliggeperioden og dels knyttet til skipet, er oppfylt. Det hadde derfor vært ønskelig om Skattedirektoratet i uttalelsen hit uttrykkelig hadde presisert at det er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for å kunne medregne dager med landligge på grunn av reparasjon av skipet ved anvendelsen av skatteloven § 6–61, at sjømannen har inntekt fra arbeid om bord også i denne landliggeperioden.

Av dette følger at jeg – heller ikke ut fra likhetsbetraktninger – har noen avgjørende rettslige innsigelser til Skattedirektoratets oppfatning om at vurderingstemaet ved anvendelsen av 130-dagers kravet i skatteloven § 6–60 ved langvarig avbrudd fra fisket som skyldes reparasjon av båten må være om fiskeren i dette tidsrommet har hatt inntekter fra kilde som er knyttet direkte til fisket eller fiskebåten i egenskap av fiskebåt.

Slik denne saken er opplyst har ikke A på noen måte anført at han (fortsatt) hadde (løpende) inntekt fra deltagelse på fiske de 80 dagene han arbeidet om bord med å gjenoppbygge båten. Isolert sett har jeg derfor ikke grunnlag for avgjørende rettslige innvendinger mot overligningsnemndas konklusjon om at vilkårene for fiskerfradrag etter skatteloven § 6–60 ikke kan anses oppfylt i denne saken.

Den rettslige vurdering som overligningsnemnda bygget sin konklusjon på, og som ligningskontoret bekreftet og fastholdt i sitt svarbrev hit, synes likevel ikke å bygge fullt ut på gjeldende rett. Jeg viser til at overligningsnemndas syn på de skatterettslige konsekvensene av landligge for reparasjon av fiskebåten ved anvendelsen av skatteloven § 6–60 – uavhengig av varigheten av dette oppholdet fra fisket – vanskelig kan anses å være i samsvar med den ligningspraksis Skattedirektoratet la til grunn i sitt svarbrev hit. Her redegjorde Skattedirektoratet for bakgrunnen for den presiserende formuleringen av vilkårene for å få sjømannsfradrag som kom inn i Lignings-ABC for inntektsåret 1993 og som siden har stått i hver årlige utgave av Lignings-ABC. I Skattedirektoratets redegjørelse i brevet hit heter det:

> «I Lignings-ABC for 1991 het det at aktive fiskere kunne medregne tidsrom som ble tilbrakt på land når dette dreide seg om blant annet reparasjon av båt og redskaper.
>
> På grunn av at særfradraget også ble krevd av såkalte 'landmenn' knyttet til fiske, men som i en del tilfeller ikke deltok aktivt på båten, ble det gjort presiseringer i Lignings-ABC 1993. Det var ikke meningen/hensikten å fjerne eller innskrenke rekkevidden av det som sto i 1991- og 1992-utgaven i forhold til reparasjon av båt, men endringen fikk en ordlyd som kunne oppfattes som innskrenkende. Det ble i 1993-utgaven skrevet at tid som medgår til å arbeide på land, normalt ikke skulle regnes med. Unntaket fra dette kunne være at 'aktiv fisker av driftsmessige årsaker må arbeide på land i kortere perioder med ulike arbeidsoppgaver for båtlaget, som egning, sløying, reparasjoner mv. mens båten er ute på fiske'.
>
> Denne formulering har ikke vært endret siden og står i 2004-utgaven, side 437.
>
> Da det var kommet signaler om at denne formuleringen kunne virke strengere enn den praksis som hadde nedfelt seg etter 1991-utgaven, ble det i 2004-utgaven tatt inn en ny setning som lyder: 'Også tid som går med til kortere uforutsette reparasjonsopphold (akutte reparasjoner) mens båten er på fiske, kan regnes med'.»

Om ligningspraksis i årene 1993–2003 heter det i Skattedirektoratets brev:

> «Etter at brevet fra Sivilombudsmannen ble mottatt, har vi gjort noen undersøkelser for å bringe i erfaring om tekstendringen (som utilsiktet kunne tolkes som en innstramming) i Lignings-ABC 1993 hadde/har hatt noen virkning på ligningspraksis.
>
> Vi har mottatt svar fra sentrale personer i ligningsarbeidet med fiskere fra fylkene Sogn og Fjordane, Møre og Romsdal, Sør Trøndelag og Nordland, og alle gir uttrykk for at etter deres erfaring har praksis vært i samsvar med formuleringen i Lignings-ABC 1991 og den nye tilføyelsen i 2004-utgaven: kortere tid for reparasjonsopphold ved land har vært akseptert som medregnet i de 130 dagene.»

Det synes tydelig at Skattedirektoratet anser de svar det her vises til som en bekreftelse på at skattemyndighetenes syn på kortere reparasjonsopphold ikke ble påvirket av presiseringene som ble gjort i Lignings-ABC for 1993 og som sto uendret til og med 2003 utgaven av Lignings-ABC.

Likevel synes det klart at overligningsnemnda som er knyttet til Nordre Sunnmøre likningskontor i vedtaket la helt avgjørende vekt på denne presiseringen, og følgelig la til grunn at bare dager båten var

ute på fiske kunne medregnes ved vurderingen av om 130-dagers kravet var oppfylt. Som også sitert foran heter det her:

> «Om fiskerfradrag sier Lignings-ABC for 2003:
>
> 'Tid som medgår til å arbeide på land, regnes normalt ikke med, men dersom en ellers aktiv fisker av driftsmessige årsaker må arbeide på land i kortere perioder med ulike oppgaver for båtlaget, som egning, sløying, reparasjoner mv. mens båten er ute på fiske, kan han regne landoppholdet med i driftstiden. Det må stilles krav om at vedkommende hele inntektsåret sett under ett er med om bord og deltar i fisket i større utstrekning enn han er på land og utfører arbeidsoppdrag som 'landmann' i båtlagets regi.'
>
> Det er altså kun arbeid på land i kortere perioder, mens båten er ute på fiske, som kan regnes med.»

Ligningskontorets og overligningsnemndas rettsanvendelse synes derfor å bygge på en strengere forståelse av skatteloven § 6–60 enn gjeldende ligningspraksis gir grunnlag for. Slik overligningsnemndas tolkning av skatteloven § 6–60 fremgikk av vedtaket, har jeg derfor forståelse for at Norges Fiskarlag fant grunn til å bringe saken inn for ombudsmannen. Etter undersøkelsene herfra legger jeg likevel til grunn at den rettsanvendelsesfeilen som synes å fremgå av vedtaket, ikke kan ha virket avgjørende inn på tilbakeføringen av fiskerfradraget i denne saken. Jeg har derfor ikke rettslige holdepunkter for å anta at overligningsnemndas vedtak kan være ugyldig, jf. ligningsloven § 3–12.

Denne saken belyser godt hvor viktig det er at beskrivelsen av skattereglene i Lignings-ABC er formulert på en måte som gir en utvetydig forklaring på hvordan Skattedirektoratet forutsetter at skatteetaten anvender reglene. Jeg legger til grunn at Skattedirektoratet er oppmerksom på dette og løpende søker å få frem Skattedirektoratets forståelse av skattereglene i formuleringer som ikke er egnet for misforståelser».

57.

Endring av ligningene for inntektsårene 1996 –1999 i forbindelse med lønn opptjent på skip på brasiliansk kontinentalsokkel – uttalelse om endring av ligning som følger av «skatteavtale» etter ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c

(Sak 2005/1784)

Saken gjaldt en avvisning av en anmodning om endring av ligningene for inntektsårene 1996–1999 knyttet til hyre opptjent ved arbeid om bord på skip som opererte i farvannet over brasiliansk kontinentalsokkel. Lønnsinntekten var under den ordinære ligningen skattlagt fullt ut i Norge, men etter at skattyter ble oppmerksom på at Norge ikke hadde beskatningsrett etter skatteavtalen mellom Norge og Brasil, reiste han endringssak for ligningskontoret. I klagen viste skattyter A bl.a. til at det følger av ligningsloven 13. juni 1980 nr. 24 § 9–5 nr. 2 bokstav c at ligningsmyndighetene hadde en plikt til å realitetsbehandle hans anmodning om endring.

Ombudsmannen kom til at overligningsnemndas avvisningsvedtak ikke kunne kritiseres på et rettslig grunnlag. I brev til As advokat viste han bl.a. til at ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c må tolkes noe innskrenkende i forhold til ordlyden, og begrenses til å gjelde endringssaker som følger av at det skal gjøres endring i en ligning fordi kompetent myndighet etter skatteavtalen i en konkret sak, enten ensidig eller etter gjensidig overenskomst, er kommet til at den norske beskatningen ikke er i samsvar med skatteavtalen. Ombudsmannen fant heller ikke grunn til å kritisere Skattedirektoratet for i en uttalelse å ha gitt uttrykk for at vurderingen av skattyters forhold og den tiden som var gått normalt burde tilsi at «Brasilsakene» ikke burde tas opp til retting for tidligere inntektsår enn år 2000. Også flere andre skattytere, med tidligere arbeidsopphold på brasiliansk sokkel, hadde anmodet om endring av ligningene.

Klagen gjaldt en sak om ikke å ta opp til realitetsbehandling en anmodning om endring av ligningene for inntektsårene 1996–1999, sist avgjort ved vedtak i overligningsnemnda. Endringssaken ble reist av A etter at han ble kjent med at Norge ikke hadde hatt beskatningsrett over hans inntekter oppebåret på skip i farvannet over brasiliansk kontinentalsokkel. Ligningene for inntektsårene 2000, 2001 og 2002 ble vedtatt endret, mens anmodningen om endring også av årene 1996 til 1999 ble avvist med henvisning til ligningsloven § 9–2 nr. 8, jf. § 9–5 nr. 7.

I klagen til ombudsmannen ble det anført at overligningsnemndas vedtak bygget på feil rettsanvendelse. Det ble hevdet at det er skatteavtalen mellom Norge og Brasil som hjemler skattenedsettelsen og at ligningsmyndighetene da har en plikt til å realitetsbehandle anmodningen, jf. ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c. Det ble anført at denne plikten også synliggjøres ved at ligningsloven § 9–5 nr. 7 ikke viser til nr. 2, men bare til nr. 1 og nr. 3–6. For øvrig ble det vist til at fristen for endring av ligningene måtte være 10 år, jf. ligningsloven § 9–6 nr. 1 og at Norge på grunn av skatteavtalen § 15 ikke hadde hatt hjemmel for å skattlegge klagerens lønnsinntekt opptjent på skip på den brasilianske kontinentalsokkelen de aktuelle inntektsårene.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere. I brev til ligningskontoret ble det bedt om en kommentar til anførselen i klagen om at ligningsmyndighetene hadde hatt en plikt til å realitetsbehandle anmodningen, jf. ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c. Det ble videre vist til at det her, i tillegg til klagen fra A, var mottatt klage også fra tre andre skattytere

med lignende saksforhold i forhold til skatteavtalen med Brasil og hyre opptjent på brasiliansk sokkel (ombudsmannssak 2005/1775). Som vedlegg til den klagen ble det oversendt hit en utskrift av en avgjørelse i Overligningsnemnda for storbedrifter 29. juni 2005. Avgjørelsen omhandlet spørsmålet om det var grunnlag for å ta en anmodning om korresponderende retting av ligningene for inntektsårene 1995–1998 til et selskap opp til realitetsbehandling etter at selskapet var blitt etterlignet i Storbritannia for disse årene. Det ble på denne bakgrunn bedt om at saken til A ble kommentert også i lys av de uttalelser som fremgikk i denne avgjørelsen om tolkningen av skatteavtalebestemmelsen i ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c.

Gjenpart av brevet til ligningskontoret ble sendt til Skattedirektoratet, som svarte på henvendelsen. Svarbrevet gjaldt også ombudsmannssak 2005/1775 der det i foreleggelsen herfra i tillegg var bedt om direktoratets kommentarer til en anførsel om at de lokale ligningsmyndighetene – til tross for nemndenes uavhengige stilling – var blitt instruert av direktoratet om hvordan enkeltsaker i en bestemt sakstype skulle håndteres. Fra direktoratets svarbrev vises det til:

> «Skatteavtalene er inkorporert i norsk rett og er en del av det regelverket som likningsmyndighetene skal legge til grunn ved likningen. Det er ingen særskilte saksbehandlingsregler eller klageregler knyttet til anvendelsen av bestemmelsene i skatteavtalene utover ordningen med gjensidige overenskomster etter skatteavtalene. Ligningsloven har ingen særregler for spørsmål som skal avgjøres etter en skatteavtale, med unntak av bestemmelsen i ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c.
>
> Det er et generelt utgangspunkt at en skattyter som mener at han er skattlagt i strid med reglene i en skatteavtale, må klage på likningen innenfor de alminnelig frister, jf ligningsloven § 9–2. Det vises i denne sammenheng til at skatteloven § 16–24 inneholder særskilte regler om frist for å fremme krav om kreditfradrag som går foran de generelle fristene for klage. Disse reglene er begrunnet i at det som regel vil være umulig å dokumentere endelig utliknet og betalt skatt så tidlig som ved klagefristens utløp. Det er også et generelt utgangspunkt at likningsmyndighetenes kompetanse til å foreta endring av likning der det ikke foreligger klagerett også følger av de alminnelige regler i ligningsloven § 9–5.
>
> Det følger av ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c at likningskontoret skal ta opp et spørsmål om endring som følger av en skatteavtale. Skattedirektoratet har tolket denne bestemmelsen slik at den bare kommer til anvendelse når skattyter har reist en sak etter skatteavtalens artikkel om gjensidige overenskomster fordi han mener at beskatningen av ham ikke er i overensstemmelse med bestemmelsene i skatteavtalen, og norsk kompetent myndighet finner at den norske beskatningen skal endres.
>
> Etter Skattedirektoratets oppfatning gir bestemmelsen i ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c ikke skattyter noen utvidet klagerett i spørsmål som gjelder anvendelsen av reglene i en skatteavtale. Bestemmelsen innebærer heller ingen utvidet plikt (eller adgang) for likningsmyndighetene til å ta opp en sak til endring når saken ikke har vært behandlet av kompetent myndighet.
>
> Det fremgår av forarbeidene til ligningsloven, jf. Ot. prp. nr. 29 (1978–79) side 110, at *'Nr. 2 c gjelder nedsettelse av skatt i medhold av skatteavtaler med fremmede land.(...) slike nedsettelser skal foretas uten noen vurdering etter nr. 7.'* Det fremgår også at bestemmelsen i sin tid ble foreslått av Riksskattestyret.
>
> Riksskattestyret har i sin uttalelse til Innstilling II fra Ligningsforvaltningsutvalget av 1961 på side 54, uttalt:
>
> «I forbindelse med ligningssjefens rettingsadgang vil Riksskattestyret også nevne spørsmålet om rettelse som ledd i Finansdepartementets og skattedirektørens håndhevelse av skatteavtalene. Loven av 28. juli 1949 om Kongens adgang til å inngå skatteavtaler gir ikke Finansdepartementet eller skattedirektøren myndighet til i den konkrete sak å nedsette formues- og inntektsposter, eventuelt frafalle skatt, til tross for at de fleste avtaler har bestemmelse om 'vedkommende myndighets' adgang til å avhjelpe dobbeltbeskatning i strid med avtalen. Det er heller ikke i skatteloven fastsatt noen regler om hvorledes de sentrale myndigheters beslutninger skal gjennomføres. I praksis skjer dette ved en vanlig endring av ligningen under den lokale klagebehandling, enten ved henvisning til sktl. § 121/113 nr. 4 eller til sktl. § 95/87. Hvor klagebehandlingen er avsluttet, gjennomføres beslutningene som regel i form av en nedsettelse etter skattebetalingsloven. Riksskattestyret antar at endringene bør gjennomføres som endringer i ligningsansettelsene og at de bør kunne foretas av ligningssjefen.»

Vi forstår ovennevnte uttalelse slik at Riksskattestyret så et behov for en særskilt hjemmel for endring av likningen i de tilfeller hvor kompetent myndighet etter skatteavtalen enten ensidig eller gjennom en gjensidig overenskomst med den annen stat, var kommet til at den norske beskatningen ikke var i overensstemmelse med bestemmelsene i skatteavtalen. Når en sak er avgjort av kompetent myndighet etter skatteavtalens bestemmelse om gjensidig overenskomst, skal det ikke foretas noen vurdering av om likningen skal endres etter ligningsloven § 9–5 nr. 7, jf. § 9–5 nr. 7 første punktum.

Etter Skattedirektoratets oppfatning tilsier begrunnelsen for bestemmelsen, slik den fremkommer i ovennevnte innstilling, at bestemmelsen ikke var ment å gi skattyter noen utvidet klagerett i saker om anvendelsen av reglene i en skatteavtale.

Vi er kjent med at overlikningsnemnda for Sentralskattekontoret for utenlandssaker i en konkret avgjørelse har lagt til grunn en annen forståelse av ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c enn det direktoratet gir uttrykk for over. Skattedirektoratet er ikke enig i overlikningsnemndas fortolkning og anvendelse av bestemmelsen. Vi er imidlertid enig i resultatet i den konkrete saken som innebærer at det blir vurdert om en del av den norske inntekten skal unntas fra norsk beskatning etter skatteavtalen som følge av at britiske skattemyndigheter anså at selskapet hadde fast driftssted i Storbritannia. Etter vår oppfatning ville den korrekte fremgangsmåte være å ta standpunkt til om klagen skulle realitetsbehand-

les etter en vurdering av de forhold som er nevnt i ligningsloven § 9–5 nr. 7.

I de tilfellene hvor det etter direktoratets oppfatning ikke er aktuelt å anvende ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c, vil de ordinære endringsreglene i ligningsloven § 9–2 og § 9–5 komme til anvendelse.

Dersom en skattyter er liknet feil og ikke har klagerett etter bestemmelsene i ligningsloven § 9–2 eller benytter denne, har likningskontoret en mulighet til å fremme saken som endringssak etter ligningsloven § 9–5 for henholdsvis likningsnemnda eller overlikningsnemnda. Fylkesskattekontoret og Skattedirektoratet kan fremme saken for fylkesskattenemnda eller Riksskattenemnda etter samme bestemmelse. Hvorvidt saken blir fremmet vil bero på en konkret vurdering av blant annet momentene i ligningsloven § 9–5 nr. 7.

Det er et mål for Skattedirektoratet å søke en enhetlig behandling av like tilfeller. For å oppnå det gjør vi bruk av ulike hjelpemidler, bl.a. utarbeidelse av Lignings-ABC, informasjon på etatens intranett samt brev til etaten knyttet til forståelsen av spesielle skatteregler etc. Slike uttalelser i ABC eller andre steder er et uttrykk for Skattedirektoratets forståelse av regelverket, og hensikten er ikke å instruere nemndene i avgjørelsen av konkrete saker.

I 2004 ble direktoratet kjent med at en rekke skattytere som hadde hatt arbeidsopphold på brasiliansk sokkel hadde henvendt seg til likningskontorene med anmodning om endring av likningen for tidligere år og at det var ulik forståelse i etaten om det var tre- eller tiårsfristen i ligningsloven § 9–6 som kom til anvendelse. For å bidra til lik behandling av disse sakene la direktoratet ut informasjon på etatens intranett den 19. mai 2004 og en presisering 13. oktober 2004. Teksten som ble lagt ut følger vedlagt til orientering.

Vi vil presisere at direktoratet ikke har hatt oversikt over de faktiske forholdene i de ulike sakene som har vært tatt opp med likningskontorene, og vi har således ikke hatt grunnlag til å foreta konkrete vurderinger i forhold til hvilke saker som skulle tas opp, og hvilke frister som eventuelt kom til anvendelse. I vår første uttalelse av 19. mai 2004 la direktoratet til grunn at trearsfristen i ligningsloven § 9–6 ville komme til anvendelse i disse sakene. Etter en fornyet vurdering valgte direktoratet å presisere uttalelsen 13. oktober 2004. Det syntes for direktoratet å være gjennomgående at skattyter i de saker som var tatt opp med likningskontoret, ikke hadde gitt tilstrekkelige opplysninger under likningsbehandlingen til at likningsmyndighetene kunne vurdere om skatteavtalens regler om unngåelse av dobbeltbeskatning skulle vært lagt til grunn. I slike tilfeller vil etter vår oppfatning tiårsfristen i § 9–6 nr. 1 komme til anvendelse.

Når likningsmyndighetene vurderer å ta en sak opp til endring vurderes i utgangspunktet hvert inntektsår for seg. Fristene i ligningsloven § 9–6 nr. 1–3 gir ikke skattyter en ubetinget rett til å få sin sak behandlet for alle aktuelle inntektsår. For i størst mulig grad å unngå ulik behandling av skattytere med tilnærmet like saker, valgte direktoratet å komme med en anbefaling om ikke å ta opp saker til retting for tidligere inntektsår enn 2000. Det ble da tatt med i vurderingen at vi anså det som uheldig at skattytere som har oppfylt sin opplysningsplikt, kommer dårligere ut enn skattytere som ikke har oppfylt sin opplysningsplikt.

Skattedirektoratet vil for øvrig bemerke at etter de opplysninger som foreligger for direktoratet, er ingen av de berørte skattyterne skattlagt i Brasil. Det forhold at det ikke foreligger noen faktisk dobbeltbeskatning vil etter vårt syn også være et moment i vurderingen av om en sak skal tas opp til endring etter ligningsloven § 9–5 nr. 7.»

I sitt avsluttende brev til Skattedirektoratet uttalte ombudsmannen:

«1. Det følger av ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c at:

> «Ligningskontoret skal ta opp spørsmål om endring
> ---
> c. som følger av avtale som nevnt i lov av 28. juli 1949 nr. 15 om adgang for Kongen til å inngå overenskomst med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v.»

I utgangspunktet er ordlyden i bestemmelsen så vidt generell – «endring ... som følger av avtale som nevnt i lov av 28. juli 1949 nr. 15» – at ethvert materielt skattespørsmål om skattemessig inntekt eller skattemessig fradrag som følger av en anvendelse av den aktuelle skatteavtalen, er omfattet av bestemmelsen. I så fall ville det være nærliggende å legge til grunn – slik ordlyden er – at endring «skal» gjøres, dvs. uten at det foretas noen nærmere vurdering av om endringssak skal og bør fremmes etter en vurdering av momentene i ligningsloven § 9–5 nr. 7 jf. § 9–2 nr. 8. At det er tale om en plikt til å fremme saken, underbygges ytterligere av at bestemmelsen om endring uten klage etter ligningsloven § 9–5 nr. 7 bare viser til endring som tas opp etter § 9–5 nr. 1 eller nr. 3–6 og altså ikke endring etter alternativene i nr. 2.

Forarbeidene tyder imidlertid klart på at bestemmelsen må presiseres eller tolkes noe innskrenkende i forhold til sin ordlyd, og da begrense seg til endringssaker som følger av at det skal gjøres endring av ligningen bare der kompetent myndighet etter avtalen i en konkret sak, enten ensidig eller etter gjensidig overenskomst, er kommet til at den norske beskatningen i den konkrete saken ikke var i samsvar med skatteavtalen. Skattedirektoratet har fremholdt at bestemmelsen ikke var ment å skulle gi skattyter noen utvidet klagerett i saker om anvendelsen av reglene i en skatteavtale. Direktoratet viser til begrunnelsen som gikk frem om behovet for en slik bestemmelse i Riksskattestyrets Innstilling II til Ligningsforvaltningsutvalget, og som det er vist til i Ot.prp. nr. 29 (1978–79) på side 110:

> «Nr. 2 c gjelder nedsettelse av skatt i medhold av skatteavtaler med fremmede land. Bestemmelsen fastslår at ligningskontoret er rette vedkommende, og at slike endringsspørsmål skal tas opp uten noen vurdering etter nr. 7. Bestemmelsen er

> foreslått av Riksskattestyret, som har savnet regler om behandlingen av slike saker.»

Videre vises til Skattedirektoratets sitat ovenfor fra Riksskattestyrets uttalelse til Innstilling II fra Ligningsforvaltningsutvalget om behovet for å gripe inn ved «i den konkrete sak å nedsette formues- og inntektsposter», og behovet for regler om «hvorledes de sentrale myndigheters beslutninger skal gjennomføres».

I tillegg til dette er det grunn til å se alternativet om plikt til å endre ligningen i følge skatteavtale etter ligningsloven § 9–5 nr. 2 bokstav c sammen med de to andre alternativene i bokstavene a – endring som følger av dom – og bokstav b – endring når skattelovgivningen forskriver dette som følge av senere inntrufne omstendigheter. Rettspolitisk sett er det her tale om å implementere klare skattekonsekvenser foreskrevet av sentrale «myndigheter» – domstol eller Stortinget – som naturlig nok bør gjennomføres uten noen nærmere overveielser eller «siling» slik regelen i ligningsloven § 9–5 nr. 7 gir anvisning på.

Dette synes også i samsvar med reelle hensyn: Konsekvensene av skatteavtalene for å unngå dobbeltbeskatning reiser til dels mange og ofte vanskelige rettsspørsmål og grensedragninger ved anvendelsen i de enkelte ligningsavgjørelser. Det er da reelt sett vanskelig å se at det skal være en utvidet adgang til å endre uten klage i saker som gjelder anvendelse av skatteavtale i forhold til det som er klageretten ved andre (også eventuelle åpenbare) feil ved ligningsmyndighetenes rettsanvendelse og der det er ligningsloven § 9–2 nr. 8, jf. § 9–5 nr. 7 som får anvendelse når klagefristen er oversittet.

På denne bakgrunn er det ikke holdepunkter for at den rettsoppfatning som Skattedirektoratet legger til grunn, kan kritiseres.

2. Skattedirektoratet kom med to uttalelser om enkelte spørsmål i tilknytning til saker om endring av ligninger for skattytere med lønn opptjent på brasiliansk sokkel. I den første uttalelsen vises det til at fristen for å ta opp ligningen etter direktoratets oppfatning i «Brasilsakene» var tre år, jf. ligningsloven § 9–6 nr. 2, mens direktoratet i en presiserende uttalelse 13. oktober 2004 antok at treårsfristen ordinært likevel ikke kunne legges til grunn ved behandlingen. Til vurderingen av om endringssak skal tas opp etter ligningsloven § 9–2 nr. 8, jf. § 9–5 nr. 7 viste direktoratet [i] uttalelsen [13. oktober 2004] til:

> «Vi vil understreke at direktoratet ikke har oversikt over de faktiske forholdene i de ulike sakene som nå kreves tatt opp. Direktoratet bemerker imidlertid at det er gjennomgående for de sakene som har vært fremlagt at skattyter ikke har gitt tilstrekkelige opplysninger under ligningsbehandlingen de aktuelle årene, slik at ligningsmyndighetene har kunnet vurdere om skatteavtalens regler om unngåelse av dobbeltbeskatning skulle vært lagt til grunn. Gjennom «treårsregelen» i ligningsloven § 9–6 nr. 2 har lovgiver gitt uttrykk for at skattyter ikke har krav på å få rettet opp enhver ligning selv der skattyteren ikke har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger til ligningsmyndighetene. Direktoratet ser det som naturlig at denne rettsoppfatningen også tillegges vekt der det er gitt ufullstendige opplysninger, når et forhold vurderes etter ligningsloven § 9–5 nr. 7. På denne bakgrunn vil direktoratet anbefale at vurderingen av skattyters forhold og den tiden som er gått normalt bør tilsi at de aktuelle sakene ikke bør tas opp til retting for tidligere inntektsår enn 2000.»

Skattedirektoratet anfører i brevet hit 27. januar 2006 at hensikten med uttalelsen ikke var å instruere nemndene i avgjørelsen av konkrete saker, men at utgivelsen av slike uttalelser er et uttrykk for direktoratets forståelse av regelverket, noe som også var tilfellet i denne saken. Uttalelsen ble i følge direktoratet skrevet for å bidra til lik behandling av saker fra skattytere som hadde hatt arbeidsopphold på brasiliansk sokkel. Jeg kan ikke se at det kan rettes kritikk mot Skattedirektoratet for i en uttalelse å ha gitt uttrykk for en rettsoppfatning, slik denne fremgår i sitatet ovenfor. Selv om antydningen om ikke å endre for inntektsår før 2000 er konkret, er det vist til at dette (tidsmomentet) bare «normalt» vil tilsi at endringssak ikke tas opp. Nemndene kan ikke instrueres om hvordan lovanvendelsen skal foretas i den enkelte sak, men direktoratet må kunne gi uttrykk for en lovforståelse slik de her har gjort.

3. Redegjørelsen for overligningsnemndas vurderinger etter ligningsloven § 9–5 nr. 7 fremgår på sidene 3 og 4 i vedtaket. Det fremgår at overligningsnemnda har vurdert alle de forhold som særskilt er nevnt i § 9–5 nr. 7, og at nemndas konklusjon er basert på en sammenfattende avveining av de ulike hensynene. Selv om begrunnelsen er forholdsvis kortfattet, er det vanskelig å se at ikke alle de relevante momentene er vurdert.

Overligningsnemndas vurderinger etter ligningsloven § 9–5 nr. 7 beror ellers på et skjønn. Ombudsmannens adgang til å kritisere forvaltningens skjønnsmessig avgjørelser er begrenset. Dersom avgjørelsen bygger på saklige hensyn og for øvrig fremstår som lovlig, kan skjønnsutøvelsen bare kritiseres dersom resultatet må anses som «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Slik saken er opplyst gjennom klagen hit, sakens dokumenter og gjennom undersøkelsen av saken herfra, er det ikke holdepunkter for at det kan rettes avgjørende kritikk på et rettslig grunnlag mot overligningsnemndas samlede vurdering av skjønnsmomentene i saken.»

Merverdiavgift, investeringsavgift, miljøgebyr

58.

Avgiftsfritak for reklametjenester for utenlandsk regning

(Sak 2004/3446)

Et selskap fikk etterberegnet merverdiavgift og ble ilagt 10 % tilleggsavgift for omsetning av utleie av «stand» til en utenlandsk kunde som deltok på messer i Norge. Selskapet hadde ansett omsetningen for å være avgiftsfri, jf. merverdiavgiftsloven 19. juni 1969 nr. 66 § 16 nr. 12 og forskrift 24. november 1971 om avgiftsfritak for reklametjenester for utenlandsk regning § 2 bokstav i der utleie av «stands» på messer og utstillinger regnes som reklametjeneste etter forskriften.

Ombudsmannen kom etter en samlet vurdering til at saken etterlot begrunnet tvil med hensyn til om Skattedirektoratets (og Klagenemnda for merverdiavgifts) forståelse og praktisering av forskriften § 2 bokstav i var rettslig holdbar, og ba om at saken ble behandlet på nytt.

Skattedirektoratet behandlet deretter saken på nytt og det etterberegnede beløpet ble ettergitt. Direktoratet fastholdt imidlertid at det fortsatt var av den oppfatning at etterberegningsvedtaket var korrekt i henhold til forskriftens bestemmelser.

Etter et bokettersyn i 2002 i selskapet A av årene 1999, 2000 og 2001 fattet Hedmark fylkesskattekontor vedtak om etterberegning av merverdiavgift og investeringsavgift, og om tilleggsavgift. Klagenemnda for merverdiavgift stadfestet etter klage den påklagede delen av etterberegningen. Et av punktene i fylkesskattekontorets vedtak gjaldt etterberegning av merverdiavgift (kr 156 299 for 3. termin 1999 og kr 140 774 for 3. termin 2001) og ileggelse av 10 % tilleggsavgift for omsetning fra utleie av «stand» til en kunde fra X. Selskapet hadde ansett omsetningen for å være avgiftsfri, jf. merverdiavgiftsloven 19. juni 1969 nr. 66 § 16 nr. 12 og forskrift 24. november 1971 om avgiftsfritak for reklametjenester for utenlandsk regning § 2 bokstav i, der utleie av «stands» på messer og utstillinger regnes som reklametjeneste etter forskriften. Selskapet hadde lagt til grunn at den «totalløsning» som var leid ut til det utenlandske selskapet falt inn under forskriftens § 2 bokstav i. Fylkesskattekontoret og Klagenemnda for merverdiavgift mente at det kun var utleien av selve standarealet som var omfattet av bestemmelsen. Som begrunnelse ble det blant annet vist til en uttalelse 17. juli 1974 fra Direktøren for Skattevesenet om at det er «selve standarealet med eventuelle faste innretninger, skillevegger, gulv etc. som forblir utleiers eiendom og blir stående under ny utleie til neste messedeltaker», som er omfattet av begrepet «stands». Skattedirektoratet mente uttalelsen 17. juli 1974 ikke innebar noen innskrenkning av avgiftsfritakene for reklametjenester fastsatt i forskriften, slik klageren anførte, men en presisering og utdyping av forskriftens regler.

I klagen til ombudsmannen anførte As advokat at selskapet hadde forsøkt å etterleve regelverket, men at dette ble oppfattet som svært vanskelig tilgjengelig. Det ble vist til at selskapet hadde kunnet benytte et annet alternativ som ville medført avgiftsfrihet og som selskapet hadde valgt dersom det hadde hatt en anelse om at forståelsen av reglene ikke var i tråd med hva avgiftsmyndighetene mente var korrekt. Følelsen av å bli «overkjørt» var stor siden det ved et tidligere bokettersyn i 1996 ikke var blitt påpekt at selskapets forståelse av regelverket kunne være feil. Som vedlegg til klagen fulgte en uttalelse fra en tidligere førsteamanuensis ved Nordisk institutt ved Universitetet i Bergen om ordet «stand», der det ble hevdet at avgiftsmyndighetens bruk av ordet lå svært fjernt fra hvordan ordet oppfattes i daglig tale.

A ble bedt om å presisere noe nærmere hva den «totalløsning» som leies ut til utenlandske kunder, består av. I brev fra selskapet til ombudsmannen er det om dette vist til:

> «3. B kontakter vårt firma A og ber om en pris for å leie en ferdig oppsatt stand på messen, etter design fra B. Den utleide standen inneholder som regel følgende komponenter, som inngår i vårt standard utleiesortiment for stands:
> – Gulvbelegg (gulvplattform, teppefliser, parkettelementer ol.)
> – Vegger, enkle/doble i systembygg, inkl. innfelte lyskasser, dører mv.
> – Takoverbygg, inkl. skiltkasser og bæreelementer for belysning
> – Belysning, inklusive lys i lyskasser, downlights og spotlights, samt kabelmateriell
> – Audiovisuelt materiell, TV'er, storskjermer, videospillere el.l
> – Datautstyr
> – Møbler, stoler, bord, kjøleskap, kaffetraktere, papirkurver, stumtjenere, lagerhyller mv.
>
> 4. A inngir tilbud, eksklusive MVA, på utleie av stand, bygget opp av eget lagerført utstyr og/eller utstyr som er leiet inn fra andre utleiebyråer i Norge.
>
> Tilbudet omfatter kun utleie og ikke salg av materiell eller utstyr, og omfatter heller ikke utførelse av tjenester. Tilbudet inneholder som regel også et estimat over forbrukstjenester, så som el-forsyning, teletjenester mv. Disse tjenestene ses på som en egen leveranse utover utleien av standen og tilbys (og faktureres) *med* påslag av MVA.
>
> 5. Etter at tilbudet om leie er akseptert, gjennomfører A forberedelsene til messen ved å ta frem nødvendig materiell fra lager og pakke dette på egen bil for transport til messestedet. Videre bestilles tilleggsutstyr fra andre utleiefirmaer for direkte levering til standen (AV-utstyr, datautstyr mv. som ikke lagerføres av A).
>
> I de tilfeller der A ikke har tilstrekkelig utstyr på lager, kjøpes dette inn. Det ble før investeringsavgiften falt bort, betalt investeringsavgift for dette. Dette utstyret tilhører A og tas inn i As

permanente lager av utleiemateriell. I visse tilfeller blir standen prøvebygget på lageret i Y før den tas ned og fraktes til Norges Varemesse.

6. Ved montering transporterer A standutstyret i egen lastebil til Norges Varemesse, der standen settes opp i samsvar med kundens ønske/spesifikasjon. Det arbeidet som utføres er rent monteringsarbeid uten noen form for bearbeiding av de komponentene som inngår i standen.»

Det ble besluttet å undersøke klagen nærmere. I brev til Skattedirektoratet ble det bedt om merknader til anførslene i klagen hit. Det ble videre vist til at direktoratet i tilrådningen til Klagenemnda for merverdiavgift henviste til at uttalelsen 17. juli 1974 fulgte av en naturlig lesning av ordlyden i forskriften og dette ble bedt kommentert noe nærmere i lys av klagerens anførsler og eventuelt språkforskerens uttalelse. Videre ble det bedt om at forholdet til forskriftens § 3 ble omtalt, særlig hva som ligger i begrepet «arbeid på materiell eller annen vare, grunn, bygning eller anlegg som tjener reklameformålet» i forhold til klagerens sak. Direktoratet ble til slutt bedt om å vurdere om det eventuelt kunne være grunn til å endre ordlyden i forskriftens § 2 bokstav i, slik at bestemmelsen kanskje kan bli lettere tilgjengelig for næringsdrivende.

Skattedirektoratet svarte:

«Begrepet «*stand*» er i Universitetsforlagets bokmålsordbok definert som en «*utstillings- og informasjonsplass*». Det følger av dette at ved standutleie er utleien av selve plassen det sentrale. Til plassen hører faste innretninger. Messearrangører benevner selv utleien av dette arealet som «standleie». Fra 1974 har det vært presisert og offentliggjort at det var slik standleie som omfattes av avgiftsunntaket:

Det følger av Uttalelser om merverdiavgift nr 3/1974 fra Direktøren for Skattevesenet at *«[m]ed «stands» forstår en selve standarealet med eventuelle faste innretninger, skillevegger, guv etc som forblir utleiers eiendom og blir stående under ny utleie til neste messedeltager»*.

Skattedirektoratet fastholder at uttalelsen er en presisering av ordlyden i forskrift nr 50 § 2 bokstav i). Vi er imidlertid innforstått med at begrepet – tolket vidt – også kan forstås slik at selve den overbygningen som plasseres på det utleide areal omfattes.

Når et isolert uttrykk i en lovtekst er flertydig, kan ofte etterfølgende og foranstående bestemmelser i vedkommende lov trekkes inn for å belyse hva som har vært meningen med den aktuelle paragraf.

De øvrige avgiftsfritak i § 2 bokstav a) til h) gjelder alle tjenester som best kan karakteriseres som «infrastrukturtjenester» og «konsulenttjenester». Fritatt etter bestemmelsen er arbeid av forberedende art samt utarbeidelse av forslag til markedsføringsopplegg, leie av plass og tid for annonser og reklame i aviser, radio og fjernsyn og lignende. Fellesnevneren ved tjenestene som er opplistet i § 2 bokstav a) til h) er at ingen av disse omfatter levering av løsøre, herunder utleie, eller bearbeiding av løsøre. Etter forskriftens § 3 skal all levering av materiell og alt arbeid på materiell avgiftsberegnes. Bestemmelsen er en presisering og ingen innsnevring av avgiftsfritaket i § 2. Paragrafen må sies å forsterke det inntrykket av avgiftsfritakets omfang som fåes når unntakene i § 2 leses under ett. Når bestemmelsene i forskriften leses i sammenheng, mener Skattedirektoratet at den mest nærliggende forståelsen av fritaket er at kun den «standleien» som messearrangører driver, omfattes.

Når en forskrift kan forstås på ulike måter, må det kreves av en næringsdrivende at man søker å bringe på det rene hvilken tolkning som er den korrekte. Direktoratet vil bemerke at Skattedirektoratets uttalelse fra 1974 var publisert i Thor Refslands «Merverdiavgiftsloven med kommentarer», utgitt av Skattebetalerforeningen, samt henvist til i Merverdiavgiftshåndboken. Disse må begge anses som standard oppslagsverk på merverdiavgiftslovens område. Dersom klager selv eller hans regnskapskyndige medhjelper allikevel ikke har tilgang til denne, burde kontakt vært tatt med fylkesskattekontoret.

På bakgrunn av det ovenstående vil Skattedirektoratet anføre at A har hatt en oppfordring til å søke å bringe avgiftsforholdene for angjeldende tjenester på det rene uten at dette har skjedd. A leier ut løsøre som gulv, vegger, tak belysning, audiovisuelt materiell, datautstyr og møbler og monterer dette på plass. Vi bemerker her at det synes tilfeldig om A selv betegner det som leveres som «standteknisk entreprise», «leie av stand», «leie av standelementer», «construction of stand» eller lignende, og vi viser her til sakens dokumenter.

Vi vil for øvrig bemerke at bakgrunnen for Skattedirektoratets uttalelse fra 1974 var en henvendelse fra en av de større messearrangørene i landet. At «hele bransjen» forstår forskriften på samme måte som klager, slik som er anført, antar direktoratet er lite trolig.

Det bestemmes i forskriftens § 3 uttrykkelig at avgiftsfritaket ikke gjelder for «levering» av og «arbeid» på materiell. Ved den type produksjon av stander som A driver, må det antas at store deler av vederlaget kan henføres til nettopp «arbeid på materiell»; altså montering av forskjellige standkomponenter til en ferdig stand. Det har under saksbehandlingen imidlertid ikke vært nødvendig for avgiftsmyndighetene å ta stilling til om tjenesten som ytes faller inn under «arbeid på materiell eller annen vare, grunn, bygning eller anlegg» i forskriftens § 3, så lenge vårt standpunkt er at tjenesten som ytes uansett ikke faller inn under avgiftsfritaket i § 2 bokstav i). Utgangspunktet etter merverdiavgiftsreformen fra 2001 er at all tjenesteyting er avgiftspliktig, jf mval § 13. Før reformen var all utleie av varer avgiftspliktig, samt prosjektering, tegning, konstruksjon, og annen teknisk bistand for arbeid på vare, herunder oppføring og ombygging, jf tidligere mval § 13. At tjenesten som A yter er og var avgiftspliktig med mindre den omfattes av fritaket i forskriftens § 2 bokstav i), kan derfor ikke være tvilsomt. Klager anfører at lovgiver gjennom regelverket har hatt et ønske om at utenlandske næringsdrivende ikke skal stilles dårligere enn sine norske, avgiftspliktige konkurrenter. Skattedirektoratet kan bare delvis slutte seg til denne anførselen. Den generelle refusjonsordningen etter mval § 26a ble først tilføyet i loven i 1996. Før den tid gjaldt et sett med særregler, herunder forskrift nr 50. Disse var kasuistiske, hvilket innebar at utenlandske næringsdrivende i stor utstrekning ble endelig belastet norsk merverdiavgift. Vi mener at innførselen av

> den generelle refusjonsordning ikke kan gi grunn til å endre den langvarige tolkningen av forskrift nr 50 § 2 bokstav i).
>
> På bakgrunn av denne saken og Sivilombudsmannens henvendelse vil direktoratet anmode Finansdepartementet om å endre ordlyden i forskrift nr 50 § 2 bokstav i) slik at bestemmelsen blir lettere tilgjengelig for de næringsdrivende.»

As advokat kom tilbake til saken. Han viste til at i Tanums store rettskrivningsordbok av 1996 s. 492 er «stand/el. stænd» definert som «utstillingsbord el. – disk» og at selv ikke ordbokforfattere synes å ha et klart syn på hva begrepet innebærer. For de som lever av utleie av «stands» er det materiellet snarere enn plassen som er det sentrale. Det ble ellers bestridt at en stor del av vederlaget kan henføres til «arbeid på materiell» slik Skattedirektoratet syntes å mene. Selskapet leier ut komponenter (moduler) som lett og uten noen form for bearbeiding kan settes sammen i forskjellige variasjoner. Monteringen og demonteringen tilfører ingen verdi til utstyret. Det fastholdes at forskriften er klar slik at «utleie av stands på messer og utstillinger» henviser klart og tydelig til standard materiell og komponenter, sammensatt etter en gitt spesifikasjon, som stilles til rådighet for leietaker i en begrenset tidsperiode, og forblir utleiers eiendom etter leieperioden. Til spørsmålet om selskapet burde ha undersøkt nærmere hvordan forskriften skulle forstås, ble det anført at når selskapet fant det de mente var en klar og entydig regel i en forskrift gitt av Finansdepartementet og som praktiseres i samsvar med forskriften av hele bransjen, fremstår det som underlig at man i tillegg skal være nødt til å henvende seg til fylkesskattekontoret for å spørre om man kan stole på den. Siden Skattedirektoratets regelforståelse ikke har festet seg i praksis på en slik måte at den er allment akseptert, kan man ikke sette en regel som fremgår av en klar og entydig forskrift til side. A har tidligere hatt bokettersyn av revisorer fra Oslo fylkesskattekontor, uten at disse har hatt noe å bemerke til den måten leien har vært behandlet. Det er heller ikke da blitt informert om uttalelsen fra 1974. Selskapet har lojalt forsøkt å følge et komplisert regelverk og har foretatt en korrekt avgiftsbehandling ut fra dette. Det ble anført at når man krever en næringsdrivende for et beløp på om lag en halv million kroner må det kreves at dette skjer på grunnlag av et klart regelbrudd og ikke på grunnlag av et regelverk som avgiftsmyndighetene selv anser er uklart.

Skattedirektoratet fikk brevet oversendt, men fastholdt at fritaket i forskriftens § 2 bokstav i ikke kom til anvendelse i saken uansett om det var mye eller lite bearbeiding av det utleide materiellet. Det ble også vist til at direktoratet i det første brevet hadde presisert at det med «arbeid på materiell» mente montering av forskjellige standkomponenter til en ferdig stand og at både direktoratet og A er enig i at det skjer. Det ble videre vist til at det ikke er omtvistet at selskapet produserer standvegger, driver tilskjæring av gulvtepper osv. Det ble ellers opplyst at det var Norges Varemesse som var adressat for uttalelsen fra 1974.

As advokat kom tilbake til saken og presiserte at selskapet kun produserer standvegger og driver tilskjæring av gulvtepper osv. ved salg av stand til kunden. Slik produksjon og tilskjæring finner ikke sted ved prosjekter som begrenser seg til utleie av komponenter, slik som i prosjektene for den koreanske oppdragsgiveren. Det anføres at Skattedirektoratet ikke skiller mellom den utleievirksomhet som A driver og selskapets andre virksomheter. Etter selskapets oppfatning innebærer «arbeid på materiell» at materiellet blir tilført en verdi og endrer karakter som følge av arbeidet, noe som ikke skjer ved utkjøring og henting av en utleid messestand. Det ble videre vist til at det kan synes som om direktoratet erkjenner at A, som har praktisert regelverket på samme måte som Norges Varemesse, har behandlet utleien korrekt avgiftsmessig. Direktoratet fikk brevet oversendt og uttalte at det som hadde vært avgjørende for direktoratet var at de tjenestene som A yter, ikke faller inn under unntaket for utleie av «stands» i forskriftens § 2 bokstav i, slik bestemmelsen er presisert i Direktøren for Skattevesenets uttalelse nr. 3/74. Det hadde derfor ikke vært nødvendig for direktoratet å ta stilling til om tjenesten som ytes faller inn under unntaket i forskriftens § 3 om levering av og arbeid på materiell, idet all tjenesteyting som ikke uttrykkelig er unntatt fra avgiftsplikt, er avgiftspliktig, jf. merverdiavgiftsloven § 13.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Det følger av merverdiavgiftsloven § 16 nr. 12 at det ikke skal betales avgift av omsetning av «[t]jenester for regning av utenlandsk oppdragsgiver i den utstrekning departementet bestemmer». Finansdepartementet har i forskrift (nr. 50) av 24. november 1971 om avgiftsfritak for reklametjenester for utenlandsk regning fastsatt at:

> «[r]egistreringspliktig næringsdrivende skal på vilkår som fastsatt i disse forskrifter ikke svare merverdiavgift av reklametjenester som utføres for regning av utenlandsk oppdragsgiver til bruk her i landet». Omsetning som faller inn under forskriften er ansett avgiftspliktig, men med en nullsats. Det følger av forskriftens § 2 at som reklametjenester etter forskriften regnes bl.a. tjenester med:
>
> «i) Utleie av stands på messer og utstillinger.»

2. A og avgiftsmyndighetene har ulik oppfatning av hvordan ordet «stands» i forskriftens § 2 bokstav i) skal forstås. «Stand» er i Universitetsforlagets bokmålsordbok (2005) omtalt som «utstillings- og informasjonsplass». Bokmålsordboken er, i følge hjemmesiden til Norsk Språkråd, utarbeidet ved Seksjon

for leksikografi og målføregransking på Institutt for lingvistiske og nordiske studier ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Norsk språkråd. I Tanums store rettsskrivningsordbok (9. utgave 2005) er «stand» omtalt som «utstillingsbord el. – disk». I Kunnskapsforlagets fremmedordbok (15. utgave 1999) er «stand» omtalt som «bord, hylle, stativ el. lign. hvor gjenstander er utstilt; avdeling av en større utstilling». Ordet «stand» er i Kunnskapsforlagets engelsk–norsk ordbok (7. utgave 1999) oversatt med «standplass». I Magne Rommetveits bok Den store synonymordboka med omsetjingar til nynorsk (1993) er «stand» både omtalt som utstillingsbord og som messeavdeling. I Aschehoug og Gyldendals Store norske leksikon (3. utg. 1998) fremgår om stand «bod», «bås», særlig om et firmas utstilling på varemesser o.l.». I Aschehoug og Gyldendals Store norske ordbok fra 1991 er stand vist til som utstillingsavdeling. I førsteamanuensis [...]s uttalelse 19. september 2004 vises det til at ordet både har germanske og engelske røtter og at grunnbetydningen er «noe som står» og at avgiftsmyndighetene har en for snever forståelse av ordet også ut fra hvordan dette er brukt i vanlig norsk tale.

På denne bakgrunn må det være riktig å legge til grunn at ordet «stand» ikke har en ubetinget entydig forståelse i det norske språket. Jeg har merket meg at også Skattedirektoratet i brevet 6. juni 2005 sier seg enig i at ordet kan forstås slik at også selve den overbygningen som plasseres på det utleide arealet omfattes. Ordet kan ha flere – men til dels overlappende – betydninger. Dette illustreres bl.a. ved de forklaringer som gis i Aschehoug og Gyldendals to oppslagsverk som er nevnt ovenfor. Og når for eksempel Universitetsforlaget viser til «utstillings- og informasjonsplass» kan dette etter mitt syn både forstås som selve standarealet (gulvarealet og noe reisverk o.l.), men også som «standen» i sin helhet, dvs. både gulvarealet og den «stand» som står på arealet inklusive den utrustning som må til for at kunden skal kunne benytte dette som ferdig reklamemedium til å fremme salg av sine varer eller tjenester. Utgangspunktet for vurderingen av denne saken må være at en naturlig språklig forståelse av ordet gir flere mulige tolkninger, men uten noen påvist festnet bransjeoppfatning, fremstår den mest nærliggende forståelsen likevel å være at «stand» må forstås som noe mer enn kun utleie av messearealet.

3. For en nærmere vurdering, er det naturlig å se på formålet med bestemmelsen. Forskriften er gitt av Finansdepartementet med hjemmel i merverdiavgiftsloven § 16 nr. 12. Forarbeidene til lovbestemmelsen er imidlertid ikke til særlig hjelp ved den konkrete tolkning av hvor langt forskriften gjelder. Om forslaget til lovens § 16 nr. 12 heter det i Ot.prp. nr. 26 (1970–71):

> «Det følger av de alminnelige regler i merverdiavgiftsloven at den registreringspliktige næringsdrivende skal svare utgående avgift av sin omsetning av avgiftspliktige varer og tjenester. Dette vil gjelde uten hensyn til om omsetningen skjer for norsk eller utenlandsk regning. Fritaket i lovens § 16, første ledd, nr. 1 om omsetningen av varer og tjenester til utlandet gjelder ikke for omsetning til forbruk her i landet. Som en konsekvens av dette vil en utenlands næringsdrivende som ikke har etablert noen virksomhet her i landet mangle mulighet for å få avløftet inngående avgift ved forbruk av varer og tjenester. I praksis har det vært reist krav om at annonse- og reklametjenester for utenlandsk regning fritas for merverdiavgift. Det er i denne forbindelse blitt anført at utenlandske næringsdrivende blir diskriminert i forhold til norske næringsdrivende. Det er også blitt henvist til de ordninger som er etablert på dette området i Sverige og Danmark.
> ---
> Departementet er blitt stående ved at det i merverdiavgiftsloven bør inntas en fullmaktsbestemmelse som gir departementet fullmakt til å frita reklame- og annonsetjenester for utenlandsk regning for merverdiavgift. Den foreslåtte bestemmelse er slik utformet at den eventuelt også kan nyttes til å frita andre tjenester enn annonse- og reklametjenester i den utstrekning dette viser seg å være nødvendig.»

Det er ellers ikke opplyst at det foreligger tilgjengelige forarbeider til Finansdepartementets forskrift 24. november 1971, og jeg antar det da ikke er tilfellet. Slik forskriften er formulert, fremstår oppregningen i forskriftens § 2 mer som eksempler på hva som er å anse som reklametjenester, jf. bruken av «bl.a.», og kan slik sett anses å ikke være uttømmende. Avgiftsfritaket i forskriftens § 1 synes å skulle omfatte alle reklametjenester, ikke bare de som er nevnt i forskriftens § 2, dersom de øvrige vilkårene i forskriften er oppfylt. Dette blir likevel ikke avgjørende for min vurdering av klagerens sak.

4. Skattedirektoratet har vist til at når forskriften leses i sammenheng, er den mest nærliggende forståelsen av «stand» at det kun er den «standleien» som messearrangører driver, som er ment omfattet. Direktoratet viser til at de øvrige avgiftsfritak i § 2 bokstav a til h gjelder tjenester som best kan karakteriseres som «infrastrukturtjenester» og «konsulenttjenester» og at fellesnevneren ved tjenestene som er opplistet i § 2 bokstav a til h, er at ingen av disse omfatter levering av løsøre, herunder utleie, eller bearbeiding av løsøre. Jeg er enig med direktoratet i at forskriftsbestemmelsen sett i sammenheng er et relevant tolkningsmoment og at flere av alternativene i forskriftens § 2 bokstav a til h langt på vei kan sees som «infrastrukturtjenester» eller eventuelt som ferdige «formidlingsmedier» til umiddelbar bruk for de aktuelle reklameinnslag. Jeg finner det imidlertid vanskelig å se at ikke utleie av en ferdig montert stand også må anses som en slik tjeneste. Jeg viser i denne forbindelse til det som fremgår i brevet 21. mars 2005 fra A hit i anledning undersøkelsen av saken her der det er gitt en beskrivelse av hva den totalløsning som leies ut består av. I brevet fremgår også hva leien ikke inkluderer:

> «7. B produserer spesialkomponenter til standen, samt sitt eget plansje- og dekormateriell i X. Dette fraktes til Norge via messespeditøren hos Norges Varemesse. A har ikke befatning med dette utstyret.
>
> B sender egen prosjektledelse og egne dekoratører fra X, som dekorerer den standen de har leid og installerer spesialelementer, setter frem skipsmodeller mv. (A og B arbeider samtidig på standen i deler av perioden før åpning, men arbeidet er klart delt i henhold til de kontraktsmessige ansvarsforhold. A er kun ansvarlig for den standen selskapet skal leie ut.)
>
> 8. A leverer verken forbruksmateriell, driftstjenester eller andre tjenester til B i løpet av messeperioden. Unntatt fra dette er formidling av el-forsyning o.l. fra Norges Varemesse, som viderefaktureres separat med MVA.»

Det som skiller alternativet for As utleie av «stands» fra de andre tjenestene som er gitt i forskriftens § 2 bokstav a til h, synes først og fremst å være at utleieobjektet må monteres før utleien og demonteres etterpå. Spørsmålet blir om dette kan være avgjørende i forhold til om tjenesten kan anses å falle inn under forskriftens § 2 bokstav i. Jeg mener at det ikke kan være tilfellet. A leier ut et formidlingsmedium (en infrastrukturtjeneste), som av praktiske og naturlige grunner vil måtte monteres og demonteres for hver utleie. Fellesnevneren er at det er tale om ferdig eller operativ reklameplass, enten det er til en plakat på en bygårdsvegg eller et areal på en messe ferdigrigget til at personer kan arbeide med for eksempel å inngå skipbyggingskontrakter. Også ved de øvrige tjenestene som er nevnt i forskriftens § 2 bokstavene a til h, vil det være ulike former for arbeid og bearbeiding som knyttes til hver enkelt reklametjeneste, om enn kanskje i noe mindre omfang enn etableringen av en operativ «stand». Om deler av utleien i denne saken kan anses å falle inn under forskriftens § 3 om «arbeid på materiell eller annen vare, grunn, bygning eller anlegg som tjener reklameformålet» finner jeg videre tvilsomt. Med mitt syn på tolkningen av forskriftens § 2 bokstav i, synes imidlertid formålet med unntakene i § 3 å ha en viss parallell eller overføringsverdi til etableringen/monteringen av en operativ stand. Her er likevel en forskjell i at de øvrige alternativ særlig i forskriften § 2 bokstavene c – h bygger på at det er gjort en engangs «grunninvestering» til å etablere det ferdige, operative reklamemedium, mens etableringen av en operativ stand forutsetter midlertidig montering og demontering. Jeg har likevel vanskelig for å se at ordlyden i forskriften § 3 er tilstrekkelig klar til å omfatte stands av den typen klagesaken her gjelder. Hva direktoratet mener med at de tjenester A yter også innebærer «levering» av løsøre fremstår for øvrig som noe uklart. Så vidt jeg forstår, er det ikke tale om salg av varer.

5. Skattedirektoratet har i svarbrevet hit 6. juni 2005 fastholdt at uttalelse om merverdiavgift nr. 3/1974 fra Direktøren for Skattevesenet om «stand» gjelder, og at denne er en presisering og ikke en innskrenking av forskriften. I anledning min undersøkelse av klagen fra A er det fremkommet at uttalelsen i sin tid var et svar på en henvendelse fra Norges Varemesse. Fra uttalelsen siteres:

> «Med 'stands' forstår en selve standarealet med eventuelle faste innretninger, skillevegger, gulv etc. som forblir utleiers eiendom og blir stående under ny utleie til neste messedeltaker. Avgiftsfritaket gjelder derimot ikke for levering av spesielt materiell som for eksempel plakater o.l. og heller ikke for arbeid på materiell eller annen vare, grunn, bygg eller anlegg som tjener reklameformål, for den spesielle oppdragsgiver, jfr. forskriftens § 3.»

I vedtaket fra Klagenemnda for merverdiavgift 29. mars 2004 fremgår at direktoratet i innstillingen til nemnda anførte at uttalelsen er «i tråd med hva som følger av en naturlig lesning av ordlyden i forskrift nr. 50». Direktoratet viste samtidig til at vekten av uttalelsen på grunn av legalitetsprinsippet måtte være begrenset dersom den medførte en innskrenkning av avgiftsfritaket til ugunst for de avgiftspliktige i forhold til hva som er forutsatt i forskriften selv, men at uttalelsen ikke innebar noen innskrenkning av avgiftsfritaket fastsatt i forskriften. Jeg er enig med direktoratet i at uttalelsen for så vidt presiserer forskriftens bestemmelse. Spørsmålet er imidlertid om den ikke i tillegg innskrenker avgiftsfritaket. Som jeg har drøftet ovenfor, er det flere mulige måter å lese forskriften på og etter mitt syn kan det argumenteres for at det er mest nærliggende å legge til grunn at forskriftens § 2 bokstav i er tolket innskrenkende med den konsekvens at etterberegningen ikke er klart hjemlet. Den såkalte Hunsbedt-saken i Rt. 2003 s.1821 gjaldt tolkningen av retten til fradrag for inngående merverdiavgift etter merverdiavgiftsloven § 21, og en forvaltningspraksis som etter Høyesteretts syn i forhold til lovens ordlyd innebar en klart innskrenkende fortolkning av fradragsretten. Situasjonen og forholdet til legalitetsprinsippet ligger noe annerledes an i denne saken. Til forskjell fra Høyesteretts dom i Hunsbedt-saken, er det her tale om en forvaltningspraksis og en tolkning av en forskrift der loven (merverdiavgiftsloven § 16 nr. 12) gir departementet åpen fullmakt til selv i forskrift å bestemme omfanget av unntakene for tjenester for regning av utenlandsk oppdragsgiver. Legalitetsprinsippet gjør seg likevel i noen grad gjeldende her også – på dette nivået i regelverket – særlig ved at forskriftens ordlyd også i en slik fritaksbestemmelse bør legge til rette for den næringsdrivende til å ha en forutberegnelighet til å vurdere egen rettsstilling. I saken er det etterberegnet betydelige beløp i merverdiavgift uten at firmaet har fakturert eller kan fakturere sin kunde for dette. Som det fremgår ovenfor, er det etter min mening grunn til å sette et klart spørsmålstegn ved denne praktiseringen av regelverket.

6. Direktoratet har ellers vist til at uttalelsen er offentliggjort og ved at det er – og har vært – tilgjengelig for næringsdrivende. Uttalelsen er referert i Thor Refslands bok Merverdiavgiftsloven og hen-

vist til i Merverdiavgiftshåndboken. Direktoratet har også fastholdt at praksis på området er i henhold til uttalelsen. Jeg har – som antydet ovenfor – kommet til at dette ikke kan være avgjørende. Klageren er blitt etterberegnet for store beløp; kr 156 299 for 3. termin 1999 og kr 140 774 for 3 termin 2001. I tillegg er han ilagt 10 % tilleggsavgift. Det er da viktig at det ikke er tvil med hensyn til det rettslige grunnlaget som benyttes ved etterberegningen. Jeg har ellers merket meg at tilleggsavgiften nettopp ble satt så lavt som 10 % fordi det blant annet ble tatt hensyn til at regelverket er lite tilgjengelig for den enkelte avgiftspliktige.

7. Etter en samlet vurdering har jeg kommet til at saken etterlater begrunnet tvil med hensyn til om Skattedirektoratets (og Klagenemnda for merverdiavgifts) forståelse og praktiseringen av forskriften § 2 bokstav i, er rettslig holdbar, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Jeg ber derfor om at saken behandles på nytt i lys av det jeg har fremholdt ovenfor og anbefaler at direktoratet vurderer om ikke beløpet bør bli ettergitt og tilleggsavgift frafalt.»

Skattedirektoratet kom deretter tilbake til saken. I brev til selskapets advokat, som ble sendt ombudsmannen i kopi, ble det vist til:

> «Skattedirektoratet har etter en vurdering kommet til å ville følge sivilombudsmannens anbefaling slik at det etterberegnede beløp vil bli ettergitt. Direktoratet vil imidlertid presisere at en er fortsatt av den oppfatning at etterberegningen er korrekt i henhold til bestemmelsen i forskrift nr 50 om avgiftsfritak for reklametjenester for utenlandsk regning. Det bestemmes uttrykkelig i forskriftens §§ 2 og 3 at mens selve utleien er fritatt for avgift, må det beregnes merverdiavgift på all levering av materiell og alt arbeid på materiell, vare, grunn, bygning eller anlegg.
>
> Når Skattedirektoratet allikevel har kommet til å ville ettergi det etterberegnede beløp har en lagt vekt på refusjonsadgangen for utenlandske næringsdrivende. I henhold til mval § 26a og § 1 i forskrift nr 106 om refusjon av merverdiavgift til utenlandske næringsdrivende kan inngående avgift bli refundert dersom anskaffelser gjelder varer og tjenester i Norge som er til bruk i den næringsdrivende virksomhet i utlandet. Skattedirektoratet legger til grunn at den utenlandske næringsdrivende saken gjelder, B hadde fått refundert den inngående avgift A var blitt etterberegnet for dersom selskapet hadde søkt om refusjon.»

Ombudsmannen merket seg at det var delte oppfatninger om den generelle tolkning av regelverket, men ettersom den konkrete klagesaken var løst ble behandlingen av saken avsluttet.

59.

Saksbehandling forut for etterberegning av merverdiavgift og ileggelse av tilleggsavgift – gransking etter forvaltningsloven § 15

(Sak 2005/1900)

Saken for ombudsmannen gjaldt behandlingen ved Akershus fylkesskattekontor av en sak om etterberegning av merverdiavgift og ileggelse av tilleggsavgift. I klagen til ombudsmannen ble det blant annet anført at fylkesskattekontoret ved to anonyme besøk som var avholdt i virksomheten (et gatekjøkken) for å kjøpe kebab, skulle ha fulgt saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 15 (om fremgangsmåten ved gransking og lignende). Under besøket iakttok fylkesskattekontorets representanter hvordan betalingen av kebabene ble registrert. Kebabene ble også tatt med til fylkesskattekontoret for veiing.

Etter å ha undersøkt saksbehandlingen, fant ombudsmannen grunn til å knytte kritiske merknader til den måten kontrollen og iakttakelsen under besøket i virksomheten skjedde. Han uttalte at da besøket og iakttakelsen skjedde uten kunnskap og medvirkning fra den avgiftspliktiges side var det av vesentlig betydning for tilliten til det bevisgrunnlaget som ble innhentet ved besøket, at den avgiftspliktige så snart som mulig ble orientert om hva som var skjedd og hvilke opplysninger som var skaffet til veie. Ombudsmannen ba avgiftsmyndighetene vurdere om hans kritiske merknader til saksbehandlingen skulle få konsekvenser for avgiftsplikten, og spesielt tilleggsavgiften.

Saken gjaldt et vedtak om etterberegning av merverdiavgift og ileggelse av tilleggsavgift. Klageren var innehaver av et enkeltpersonforetak (gatekjøkken) som solgte kebab og pizza. Akershus fylkesskattekontor igangsatte et bokettersyn i virksomheten 26. november 2003, som resulterte i en bokettersynsrapport 16. juni 2004. Klageren ble i vedtak fra fylkesskattekontoret 13. januar 2005 etterberegnet for merverdiavgift og ilagt 50 % tilleggsavgift for årene 2001, 2002 og 2003 (kr 859 411) i medhold av merverdiavgiftsloven 19. juni 1969 nr. 66 § 55 første ledd nr. 2 og § 73. Etter klage fattet fylkesskattekontoret et nytt vedtak 5. april 2005 med nedsatt etterberegnet avgift og tilleggsavgift (kr 627 192). Vedtaket ble påklaget, men Klagenemnda for merverdiavgift stadfestet fylkesskattekontorets siste vedtak med unntak av at tilleggsavgiften ble redusert fra 50 % til 40 %. Dette medførte at tilleggsavgiften ble redusert med kr 34 002.

Ombudsmannen ble av klageren anmodet om å undersøke både saksbehandlingen forut for vedtaket ved Akershus fylkesskattekontor og det skjønn som var utøvet ved etterberegningen og ileggelsen av tilleggsavgiften. Det ble blant annet anført at fylkesskattekontoret ved to besøk som var avholdt i virksomheten for å kjøpe kebab skulle ha fulgt reglene i

forvaltningsloven 10. februar 1967 § 15 (om fremgangsmåten ved gransking og lignende). Til den konkrete etterberegningen som var foretatt ble det hevdet at fylkesskattekontoret hadde lagt til grunn en svinnprosent ved virksomhetens produksjon som var for høy og at det også var lagt et feil faktum til grunn når det gjaldt forholdet mellom teoretisk omsetning i virksomheten og lønnsutgiftene. Ved vurderingen av om tilleggsavgift skulle ilegges burde det i følge klagen vært tatt hensyn til at klageren kan ha vært i rettsvillfarelse fordi han er innvandrer. Fylkesskattekontoret hadde i tillegg et bokettersyn i samme virksomhet i 2002 og konkluderte da med at det ikke var noe å bemerke til tross for at kontoret hadde vært kjent med 0-innslag på kassen siden 1997, da dette ble bemerket i tilknytning til en rapport utarbeidet av ligningsmyndighetene. Klageren hadde derfor grunn til å tro at hans praksis var akseptert av myndighetene.

Det ble besluttet å undersøke nærmere enkelte forhold som gjaldt saksbehandlingen ved fylkesskattekontoret. I brev herfra til Skattedirektoratet ble det vist til:

> «Det fremgår av sakens dokumenter at fylkesskattekontoret ved to anledninger foretok kontroll av medgått kjøtt til kebab. Dette ble gjort ved besøk 3. og 16. februar 2004 i gatekjøkkenet der det begge gangene ble kjøpt en liten og en stor kebab. Disse ble så tatt med tilbake til fylkesskattekontoret og veid. Ved sluttkonferansen 29. mai 2004 ble klageren informert om dette. Klageren ble da også informert om at kjøpene av kebabene synes å ha blitt nullet ut på kassen da den som sto i kassen registrerte at det skulle betales med Visa. Forholdene er også omtalt i rapporten fra bokettersynet.
>
> Klager har anført at fylkesskattekontorets ansatte under de to besøkene skulle ha legitimert seg slik at de derved kunne ha hatt en dialog med betjeningen som kunne ført til at de fikk den kunnskapen de søkte. Klageren har videre etterlyst hvilke metoder som ble brukt da kebabene ble veid og har hevdet at fylkesskattekontoret under veieseansen har forvekslet den totale vekten av kebabene med vekten av kjøttet.
>
> Fylkesskattekontoret skriver om disse anførslene i innstillingen til Skattedirektoratet:
>
> 'Om punkt 2.1 antar fylkesskattekontoret at situasjonen ligger utenfor hva som reguleres av forvaltningsloven § 15 om granskning. Videre antas det at skattemyndighetene ikke har egne lovbestemmelser som pålegger bestemte måter å utrede på, herunder kjøp av kebab.'
>
> Etter det som fremgår av dokumentene, ble det tatt bilder da de to kebabene som ble kjøpt 3. februar 2004 ble veid, men ikke av kebabene kjøpt 16. februar 2004. Det er heller ikke fremlagt egen rapport fra besøket i butikken der opplysningene om hvem som var til stede ved kjøpet og hva som skjedde ved bruken av Visa kortet m.v., fremgår. Det samme gjelder fra veieseansen, undertegnet av de som var til stede ved denne.»

Det ble etter dette bedt redegjort for om det er utarbeidet saksbehandlingsregler for gjennomføringen av denne typen besøk, herunder hvor mange som skal være til stede, om man skal legitimere seg i visse situasjoner, rapportskriving etter besøket og ved en eventuell oppfølging, slik som her der den kjøpte maten ble veid i etterhånd. Forholdet til forvaltningsloven § 15 – som uttrykkelig viser til bl.a. bokettersyn – ble også bedt kommentert. Skattedirektoratet ble i tillegg bedt om å kommentere klagerens konkrete anførsler til selve gjennomføringen av besøkene.

Skattedirektoratet svarte:

> «Merverdiavgiftsloven § 46 gir avgiftsmyndighetene hjemmel til å avholde bokettersyn, foreta kontrollbesøk mv. når det gjelder næringsdrivende med omsetning innenfor merverdiavgiftsområdet. Bestemmelsen har vesentlig samme innhold som ligningsloven § 4–10 nr. 1 a. Den næringsdrivende selv og de som bistår ham (ansatte, regnskapsfører mv) skal bistå under kontrollen, herunder ved stedlig bokettersyn.
>
> Opplysningsplikten etter merverdiavgiftsloven § 46 er omfattende, men det ligger en begrensning i lovteksten ved at de forlangte opplysninger må være 'av betydning for avgiftskontrollen'.
>
> Som en rettledning til utøvelse av kontrollen er det laget en artikkelsamling, 'Kontrollboken'. Ett av temaene i boken omhandler kontrollhjemler (vedlegg 1). Dette inneholder bla. retningslinjer vedrørende opplysningsplikt og rettigheter og plikter ved stedlig kontroll/bokettersyn, herunder legitimasjon og rapportskriving. Vi viser til artikkelens pkt. 5.1 flg. Det foreligger ikke konkrete retningslinjer for rent praktiske handlinger som eksempelvis veiing.
>
> Om forholdet til forvaltningsloven § 15 (fremgangsmåten ved gransking og lignende) bemerkes at Skattedirektoratet er noe i tvil om avgiftsmyndighetenes handlinger i denne saken – besøk i virksomhetenes publikumslokale og foretatte varekjøp – er handlinger som er omfattet av forvaltningsloven § 15. Det vises til at bestemmelsen etter sin ordlyd synes å gjelde gransking, undersøkelse mv. av en art som krever særskilt hjemmel, eksempelvis pålegg om fremleggelse av dokumentasjon, eller krav om å gi adgang til lokaler for befaring mv. Bestemmelsens forarbeider – Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 53 flg. – tyder på at bestemmelsen tar sikte på å regulere fremgangsmåten når forvaltningen gjør gjeldende opplysningsplikt og kontrolltiltak med hjemmel i lov.
>
> Iakttakelser av lokale som er tilgjengelig for publikum og varekjøp på linje med ordinære kunder antas å kunne foretas uten at det utløser særskilte plikter for avgiftsmyndighetene, og har etter Skattedirektoratets oppfatning flere likhetstrekk med «befaring», jf. forvaltningsloven § 11 d og bestemmelsens forarbeider Ot.prp. nr. 75 (1993–1994) pkt. 11, enn med «gransking» iht. lovens § 15. Opplysningene er innhentet som ledd i pågående ettersynssak, men det antas at begrepet «bokettersyn» er begrenset til gjennomgang av opplysninger etter at opplysningsplikt er gjort gjeldende. Det antas at veieseansen isolert sett ligger utenfor forvaltningsloven § 15 siden den er utført på tjenestested.

Under enhver omstendighet gjør forvaltningsloven § 15 tredje ledd unntak fra kravet om legitimasjon, vitne, protokollering mv når «formålet med forretningen settes i fare». Formålet med fylkesskattekontorets besøk var å observere hvordan ekspeditør forholdt seg til ordinære kunder mht. innslag av salg på kassen, og medgått kjøttmengde i kebab. Skattedirektoratet antar dette formålet ikke kunne oppnås hvis fylkesskattekontorets medarbeidere straks hadde legitimert seg. Vi ser at det kan hevdes at fylkesskattekontorets medarbeidere har plikt til å orientere om den kontroll som er foretatt, etter at observasjoner og kjøp er gjort, men antar dette beror på om fylkesskattekontorets medarbeidere har et behov for fortsatt anonymitet for å forhindre at formålet med senere granskninger settes i fare.

Nedskriving av opplysninger rundt besøket, jf. forvaltningsloven § 15 andre ledd, kan gjennomføres uten at formålet med forretningen settes i fare. Fylkesskattekontoret opplyser (vedlegg 2) at slike interne besøksrapporter foreligger for begge besøk. Besøksrapportene ettersendes hvis dette er ønskelig. Besøksrapportene burde vært fremlagt for klager, senest ved sluttkonferansen 29. oktober 2004. Det samme gjelder mer fyllestgjørende dokumentasjon, herunder billedmateriale fra begge besøk, som ville ha dokumentert veieseansen i en slik utstrekning at det ikke kunne stilles tvil om metode og resultat.

Det er bedt om kommentarer til klagers anførsler til besøkene 3. og 16. februar. Anførslene om anonymt oppmøte er kommentert ovenfor. Skattedirektoratet finner det lite sannsynlig at fylkesskattekontoret har gjort seg skyldig i misforståelser og forvekslinger i det som må antas å være en enkel veiing. Vi ser at seansen burde vært dokumentert bedre, men antar at retningslinjer for så vidt spesielle situasjoner verken er praktisk gjennomførbart eller hensiktsmessig. Avgiftsmyndighetene må følge sin plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig, og i den forbindelse legge til grunn alminnelige bevisvurderinger. Vi ønsker å gjøre oppmerksom på at opplysningen fra besøkene i februar 2004 var et ledd i saksforberedelsen og kun et utgangspunkt for den senere opplysning av saken. Klager ble gitt anledning til å imøtegå opplysningene i forkant av vedtak og i klageomgangen, og opplysningene kom i bakgrunn for senere opplysninger fra klager, spesielt opplysninger fra Opplysningskontoret for kjøtt. Observasjonen av kasseinnslag gjaldt forhold som var dokumentert i virksomheten sine sladderuller og z-rapporter.»

Klagerens advokat fikk brevet og rapportene fra besøkene i virksomheten oversendt. Han fastholdt at besøkene i virksomheten der kebab ble innkjøpt, måtte falle inn under forvaltningsloven § 15 bestemmelser om gransking. Klageren mente en dialog mellom partene under besøket og ved veiingen, ville gitt en høyere grad av sannsynlighet for at misforståelser ikke oppstod.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Det som har vært undersøkt herfra har vært enkelte forhold ved saksbehandlingen forut for vedtakene fra Akershus fylkesskattekontor. I foreleggelsen for Skattedirektoratet ble det særlig vist til de to besøkene ved gatekjøkkenet der det ble kjøpt kebab. Det ble blant annet bedt om direktoratets merknader til gjennomføringen av besøket i lys av klagerens anførsler om at fylkesskattekontorets medarbeider skulle ha legitimert seg.

2. A ble varslet om igangsatt kontroll ved Akershus fylkesskattekontors oppmøte (uvarslet) i virksomheten 26. november 2003. Det ble avholdt et åpningsmøte med virksomheten 10. desember 2003. Sluttkonferansen ble holdt 29. april 2004, mens bokettersynsrapporten er av 16. juni 2004. Kontrollen ble avholdt i medhold av merverdiavgiftsloven § 46, ligningsloven § 4–10 og § 6–15 og forskrift 2. desember 1997 gitt i medhold av folketrygdloven. Besøkene (undersøkelsene) 3. og 16. februar 2004 der kebabene ble kjøpt med sikte på å bli veid og der det ble notert ned på hvilken måte betalingen ble registrert, fremstår som et ledd i den kontrollen som alt var igangsatt. Det følger av merverdiavgiftsloven § 46 at den avgiftspliktige skal bistå avgiftsmyndighetene ved avgiftskontrollen, herunder ved å gi adgang til kontor- og bedriftslokaler, jf. bestemmelsens annet ledd som hjemler stedlig kontrollvirksomhet. Kontrolltiltakene falt innenfor den stedlige kontrollen som bestemmelsen gir hjemmel til. Jeg legger vekt på at selve tiltaket fremstår som saklig og forholdsmessig ut fra det som ble foretatt og som var formålet med kontrollen og bokettersynet. Spørsmålet om hvilken betydning iakttakelsene kan tillegges i den avgiftsmessige behandlingen og om besøkene (undersøkelsene) skjedde på en forsvarlig måte, kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor.

3. Forvaltningsloven § 15 (fremgangsmåten ved gransking og lignende) lyder:

«Ved gransking, herunder husundersøkelse og bokettersyn, som ikke blir utført på et offentlig kontor eller annet bestemt tjenestested, skal den som leder forretningen, uten oppfordring legitimere seg, meddele formålet med forretningen og oppgi hjemmelen for den. Dette gjelder likevel ikke når den som forretningen angår, kjenner vedkommende og ikke krever det.

Den som forretningen angår, skal ha rett til å ha et vitne til stede. Han skal gjøres oppmerksom på denne rett, med mindre det finnes åpenbart hensiktsløst. Navnet på de personer som er til stede, undersøkelsens gjenstand, formål og lovhjemmel skal skrives ned eller protokolleres.

Bestemmelsene i første og annet ledd gjelder bare for så vidt de kan gjennomføres uten vesentlig ulempe eller uten at formålet med forretningen settes i fare.

Den som forretningen angår, har rett til å klage over beslutning om å fremme forretningen. Klage, som kan være muntlig, må framsettes straks når vedkommende er til stede, og ellers innen tre dager. Dersom vedkommende forvaltningsorgan finner det påtrengende nødvendig for å gjennomføre sine oppgaver etter loven, kan forretningen gjennomføres før klagesaken er avgjort. For øvrig gjelder bestemmelsene i kapittel VI tilsvarende så langt de passer.»

Bestemmelsen gir ikke hjemmel for «gransking, husundersøkelse og bokettersyn», men gir saksbehandlingsregler for de tilfeller slike undersøkelser er besluttet. Hjemmelen for å foreta granskinger m.v. må søkes annet sted. Undersøkelsenes hjemmelsgrunnlag vil i utgangspunktet avhenge av om disse er å anse som et inngrep eller pålegg overfor private personer eller andre rettssubjekter. Som nevnt ovenfor under punkt 2, var det nok hjemmel i merverdiavgiftsloven § 46 for besøkene (undersøkelsene) der kebab ble kjøpt.

Det ble i foreleggelsen for Skattedirektoratet reist spørsmål om direktoratet anså at besiktigelsen av lokalene og innkjøpene av kebab falt inn under «gransking, husundersøkelse og bokettersyn». Direktoratet har i svarbrevet uttrykt tvil med hensyn til om avgiftsmyndighetenes besøk i virksomhetens publikumslokale og varekjøp er handlinger som er omfattet av forvaltningsloven § 15. Det er anført at forarbeidene (Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 53 flg.) tyder på at bestemmelsen tar sikte på å regulere fremgangsmåten når forvaltningen gjør gjeldende opplysningsplikt og kontrolltiltak med hjemmel i lov.

Jeg har kommet til at de to besøkene (undersøkelsene) i virksomheten nok må anses omfattet av begrepet «gransking» slik dette er vist til i forvaltningsloven § 15 og deler derfor ikke Skattedirektoratets syn. Det forhold at det ble kjøpt inn varer, med den hensikt å bringe disse til fylkesskattekontorets lokaler for nærmere undersøkelser, medfører at besøkene må sees på som noe mer enn det som ellers kunne fremstå mer som en regulær «befaring», jf. forvaltningsloven § 11 d annet ledd og forvaltningsloven § 17 om forvaltningsorganets utredningsplikt. Besøkene var videre et ledd i et bokettersyn, og det kunne ikke være upåregnelig for de som hadde besluttet besøkene at bokettersynet ville kunne føre til etterberegning av merverdiavgift og mulig tilleggsavgift. De observasjoner som ble gjort, var dermed av en karakter og betydning ut over det som normalt er tilfellet ved en regulær befaring, slik som for eksempel i tilknytning til plan- eller byggesaker. Jeg viser i tillegg til at besøkene (undersøkelsene) hadde hjemmel i lov.

Spørsmålet om forvaltningsloven § 15 kommer til anvendelse ved besøkene er likevel av mer teoretisk interesse i denne saken. Jeg viser til bestemmelsens tredje ledd der det går frem at kravene til første og andre ledd om å legitimere seg, oppgi formål med og hjemmel for forretningen, retten til å ha vitne til stede m.v. bare gjelder for så vidt dette kan gjennomføres uten vesentlig ulempe eller uten at formålet med forretningen settes i fare. Det er neppe noe å si på at avgiftsmyndighetene her la til grunn at en legitimering før besøkene var avsluttet ville kunne sette formålet med dette i fare.

4. Det er et spørsmål om fylkesskattekontorets medarbeidere skulle ha legitimert seg umiddelbart etter at besøket var gjennomført, og ha redegjort for de observasjoner som ble gjort. Som et utgangspunkt vil nok dette følge av uskrevne regler for god forvaltningsskikk. I følge Skattedirektoratet kan fylkesskattekontorets medarbeidere imidlertid ha et behov for fortsatt anonymitet for å forhindre at formålet med senere kontrolltiltak settes i fare. Jeg har vanskelig for å godta dette som grunn for å unnlate legitimering og meddelelse av de observasjoner som har vært gjort. Det er ikke påvist at faren for å bli gjenkjent ved senere kontroller her var en realitet. Justisdepartementets lovavdeling har i en uttalelse 10. november 1983 (sak 1642/83 CA/EA Jnr 3200/83) i tilknytning til praksis ved kontroll av skjenkesteder uttalt at departementet antar at forvaltningsloven § 15 om gransking i og for seg omfatter den typen kontroller (hva skjenkekontrollen konkret bestod i og hjemmel for denne fremgår ikke av uttalelsen). Om forvaltningsloven § 15 tredje ledd ble det uttalt:

> «Forvaltningsloven § 15 tredje ledd sier intet om i hvilken utstrekning det i tilfelle inntrer en legitimasjonsplikt for kontrolløren *etter* at forretningen er utført. Justisdepartementet er ikke kjent med de rutiner som følges ved kontroll med skjenkesteder. Vi er heller ikke kjent med bemanningen av dette kontrollapparatet.
>
> Vi antar som utgangspunkt at uskrevne regler for god forvaltningsskikk kan medføre en plikt for kontrolløren til å orientere bevillingshaveren om den kontroll som er foretatt. I de tilfelle kontrolløren har et behov for fortsatt anonymitet, antar vi imidlertid at denne plikten ikke inntrer. Ved rutinemessige kontroller kan kontrolløren i så fall etter kort tid stå i fare for å bli gjenkjent. En presentasjonsplikt antas derfor å medføre at formålet med senere granskinger settes i fare. Vi antar således at kontrolløren ikke har plikt til å legitimere seg etter at granskingen er foretatt dersom dette reduserer mulighetene for fortsatt anonymitet ved senere kontroller.»

Bestemmelsene for kontroll med salgs- og skjenkebevillinger er ellers senere endret. Det følger nå av § 9–5 i forskrift 8. juni 2005 gitt i medhold av alkoholloven 2. juni 1989 nr. 27 § 1–9, at kontrolløren alltid skal presentere seg for stedets ansvarshavende etter utført kontroll og redegjøre muntlig for sitt inntrykk av stedet. Etter forskriftens § 9–6 skal skriftlig rapport sendes senest innen en uke. Det er kommunen som har ansvaret for kontrollen med utøvelse av kommunal skjenkebevilling. Etter min mening skulle avgiftsmyndighetene ha forholdt seg på tilsvarende måte her.

5. Akershus fylkesskattekontor skrev interne besøksrapporter fra begge besøkene. Disse er blitt fremlagt for klageren i forbindelse med undersøkelsen av saken herfra. Skattedirektoratet erkjenner at disse burde ha vært fremlagt for klager til kommentarer, senest ved sluttkonferansen 29. april 2004. Direktoratet mener det samme burde gjelde billedmaterialet, slik at veieseansene ville blitt dokumentert på en måte som gjorde at det ikke kunne settes spørsmålstegn ved metode og resultat. Etter min mening skulle besøksrapporten ha vært fremlagt da den var ferdig utarbeidet. Billedmaterialet burde også ha

vært fremlagt da dette var klart. Forvaltningsloven § 17 har bestemmelse om at saken skal være så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, og det følger av dette at opplysninger og observasjoner som fremkommer under et slikt besøk bør nedtegnes og normalt forelegges for virksomheten for kommentarer.

6. Det fremgår at klageren ble orientert om besøkene med kjøp av kebab og observasjonene med hensyn til innslag på kassen ved betaling med Visa under arbeidet med rapporten fra bokettersynet. Etter det jeg forstår, kommenterte virksomheten på sluttkonferansen avviket mellom oppgitt mengde kjøtt til liten og stor kebab og det som ble konstatert ved kontrollene. Bilder fra veieseansen ble imidlertid først oversendt klagerens advokat som vedlegg til brev 4. og 11. februar 2005 etter at han hadde anmodet om dette. Dette var i tid før Akershus fylkesskattekontors siste vedtak, og før vedtaket i Klagenemnda for merverdiavgift. De skriftlige rapportene fra besøkene er videre først gjort kjent for klageren i anledning min undersøkelse av saken.

7. Jeg har funnet grunn til å rette kritiske merknader til den måten kontrollen og iakttakelsene skjedde. Da besøket og iakttakelsen skjedde uten kunnskap og medvirkning fra den avgiftspliktiges side var det av vesentlig betydning for tilliten til det bevisgrunnlaget som ved anledningen ble skaffet til veie, at den avgiftspliktige så snart som mulig ble gitt opplysning om hva som var skjedd og hvilke opplysninger som ble skaffet til veie. Avgiftsmyndigheten bør vurdere om disse kritiske merknader skal få konsekvenser for avgiftsplikten, spesielt tilleggsavgiften.

Jeg ber om å bli orientert om avgiftsmyndighetens nye vurdering av saken.»

60.

Merverdiavgift for advokattjenester knyttet til rettspleien – forholdet til Grunnloven § 98

(Sak 2004/2652)

Under henvisning til bestemmelsene om ombudsmannens adgang til å ta opp saker av eget tiltak etter ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 5, jf. Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 8, ba ombudsmannen Finansdepartementet redegjøre for de regler og den praksis som følges av avgiftsmyndighetene ved beregningen av merverdiavgift på godtgjørelser publikum må betale for det arbeid advokater utfører i forbindelse med sakførsel for domstolene. Han ba også om departementets syn på om praksisen harmonerer med prinsippene i Grunnloven § 98 som sier at «Med Sportler, som erlægges til Rettens Betjente, bør ingen Afgifter til Statskassen være forbundne».

Etter å ha undersøkt saken, kom ombudsmannen til at det var grunn til å sette spørsmålstegn ved om merverdiavgiftsreglene og den praksis som følges med avgiftsplikt på advokattjenester for sakførsel for domstolene er forenlig med de prinsipper som Grunnloven § 98 bygger på. Han ba om å bli orientert om Finansdepartementet ville foreta seg noe i sakens anledning.

Etter merverdiavgiftsloven 19. juni 1969 nr. 66 § 13 skal det betales «avgift av omsetning av varer og tjenester som er omfattet av loven i henhold til bestemmelsene i kapittel 1». Omsetning av advokattjenester er merverdiavgiftspliktig etter bestemmelsen, som ble endret ved lov 21. desember 2000 nr. 113 med virkning fra 1. juli 2001. Det var ikke merverdiavgiftsplikt ved omsetning av advokattjenester i Norge tidligere. Lovendringen innebar at omsetning av alle typer tjenester nå ble avgiftspliktige, med mindre unntak blir gjort i andre bestemmelser. Det er ikke gitt unntaksregler som fritar advokater for å beregne og kreve merverdiavgift for de tjenestene de omsetter. Med hjemmel i merverdiavgiftsloven § 70 har Finansdepartementet imidlertid gitt fritak fra plikten til å beregne uttaksmerverdiavgift etter merverdiavgiftsloven § 14 ved advokaters deltakelse i advokatvakt hvor tjenesten ytes gratis – ofte referert til som «pro bono» oppdrag. Rettsgebyrer skal ellers ikke inngå i avgiftsgrunnlaget.

Under henvisning til bestemmelsene om ombudsmannens adgang til å ta opp saker av eget tiltak etter ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 5, jf. Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 8, ba ombudsmannen Finansdepartementet redegjøre for de regler og den praksis som følges av avgiftsmyndighetene ved beregningen av merverdiavgift på advokattjenester knyttet til rettspleien som følge av lovendringen. I foreleggelsen fremgikk videre:

> «2. Grunnloven § 98 lyder:
> 'Med Sportler, som erlægges til Rettens Betjente, bør ingen Afgifter til Statskassen være forbundne.'

Bestemmelsen har stått uforandret siden 1814.

Konstitusjonskomiteens første forslag til bestemmelse lød (§ 102 første punktum):

> 'Rettens Pleie skal ikke medføre Afgifter til Statskassen eller Indtægt for denne.' (Riksforsamlingens forhandlinger 3die del, Grundlovsutkast, Kristiania 1916, side 315.)

Konstitusjonskomiteen vedtok å foreslå følgende bestemmelse:

> 'Med de Sportler, som erlægges for Rettens Pleje bør ingen Afgivter til Statskassen være forbundne.' (Se Riksforsamlingens forhandlinger 1ste del, protokoller med bilag og tillæg, Kristiania 1914, side 457.)

Dette forslag ble enstemmig bifalt. (Se Riksforsamlingens forhandlinger 1ste del, protokoller med bilag

og tillæg, Kristiania 1914, side 55.) Den vedtatte grunnlov skulle så settes i 'Stiil og Orden' (side 57.)

Hensikten med forslaget var at staten ikke skulle ha inntekter av rettspleien. Forbildet var en artikkel i den franske grunnloven av 1791. I det Adler-Falsenske grunnlovsforslag § 152 het det:

> 'Da Retfærdigheden bør administreres uden Betaling, saa bør der, saasnart mulig, skee Forslag til alle Rets-Sportlers Ophævelse.'

I 1814 gjaldt et Sportelreglement, gitt 11. juni 1788, 'hvorefter Rettens og andre publique Betjente i Norge herefter maae nyde deres Embeds Forretninger betalte'. Etter reglementets IX Afdeling var det regler om hva 'Procuratores' kunne ta i sportler. Dette sportelreglement ble stående til 1830, da det ble avløst av en ny sportellov.

Bestemmelsen fikk liten betydning. Castberg (Norges statsforfatning, bd 2, 1964, side 281) gir uttrykk for at bestemmelsen i virkeligheten tok sikte på 'å opprettholde den inntektskilde som dommerstanden hadde i rettssportlene'. Sett i sammenheng med forarbeidene synes Castbergs forklaring å måtte utdypes.

Formålet med bestemmelsen var åpenbart å søke å begrense utgiftene forbundet med rettspleien. I utgangspunktet har ønsket vært å kunne yte rettens tjenester gratis. Da de tjenester domstolene ytet i 1814 ble betalt gjennom sportelinntekter, var det nærliggende iallfall å forby staten å legge avgifter på disse. Om ikke det var mulig å gjøre rettspleien gratis, kunne det iallfall settes forbud mot at staten gjorde rettspleien til inntektskilde. Det kan synes som det har vært dette som har vært meningen med grunnlovsbestemmelsen i § 98. Formålet med § 98 var åpenbart å skulle begrense en inntektskilde for staten for å hindre at rettspleien ble unødvendig kostbar for publikum.

Prokuratorene hadde hjemlet sine inntekter i sportelreglementet fra 1788 som var gjeldende i 1814. Reglementet ble avløst av sportelloven av 1830. Prokuratorene var omfattet av denne loven. Sakførerstanden ble senere frigitt og sportelinntektene opphørte som inntektskilde. Sportelbegrepets innhold fikk etter hvert også en annen betydning og bestemmelsen har åpenbart gått i glemmeboken.

3. Merverdiavgiftsloven ble i år 2000 endret til også å omfatte bl.a. advokattjenester. Praksis i dag er at det beregnes merverdiavgift på de godtgjørelser publikum – både næringsdrivende med og uten fradragsrett for merverdiavgift og privatpersoner – må betale for sakførsel for domstolene. Antar departementet at en slik praksis harmonerer med prinsippet i Grunnloven § 98?

4. Etter merverdiavgiftsloven § 70 kan departementet 'helt eller delvis frita for avgiftsplikt etter denne lov når det foreligger særlige forhold'. Vil departementet i tilfelle overveie å gjøre fritak for avgift etter merverdiavgiftsloven § 70 for de advokattjenester som har tilknytning til rettspleien?»

Finansdepartementet svarte (departementets fotnoter er utelatt):

> *«2. Merverdiavgift på advokattjenester*
>
> I forbindelse med merverdiavgiftsreformen ble hjemmelen for å avgiftsbelegge tjenester snudd slik at det var unntak og ikke avgiftsplikt som måtte bestemmes særskilt. Ved reformen fikk Norge et mer oppdatert merverdiavgiftssystem særlig med tanke på at tjenestens andel av forbruket har økt betydelig. Norge fikk ved reformen et system som var mer i tråd med det som gjelder innen EU. Eksempelvis har advokattjenester vært merverdiavgiftspliktig i de aller fleste EU-land i en årrekke.
>
> Merverdiavgiften er ment å være en generell forbruksavgift som i utgangspunktet bør omfatte alt forbruk. En generell merverdiavgift er også mer oversiktlig og lettere å praktisere, og unntak vil normalt skape avgrensningsproblemer. Generelt vil det være mer målrettet å gi direkte støtte til prioriterte områder enn å gi indirekte støtte til formålene gjennom unntak fra merverdiavgiftsplikt.
>
> Som ombudsmannen viser til er omsetning av advokattjenester avgiftspliktig etter hovedregelen. Oppdragsgivere som selv ikke er avgiftspliktige vil bli endelig belastet denne avgiften. Det er også riktig at advokatens utlegg for rettsgebyr ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Generelt gjelder det at gebyrer og andre vederlag for det offentliges myndighetsutøvelse er unntatt for avgiftsplikt, men det er noe annet enn advokattjenester i et marked.
>
> ---
>
> *3. Forholdet til Grunnloven § 98*
>
> Grunnloven § 98 har følgende ordlyd:
>
> 'Med Sportler, som erlægges til Rettens Betjente, bør ingen Afgifter til Statskassen være forbundne.'
>
> Bestemmelsen forbyr ikke generelt en kombinasjon av avgifter og sportler, men setter et forbud mot at avgifter knyttes til de sportler som erlegges til «rettens betjente». Slik departementet leser Sportelreglementet fra 1788 – som gjaldt på det tidspunkt Grunnloven ble vedtatt – regulerte dette reglementet betaling av sportler til flere enn rettens betjente. Som tittelen i Sportelreglementet viser ga det regler om sportler for «[...]Rettens og andre publique Betjente [...]». Ved overgang til sportelloven av 1830 ble det foretatt en språklig endring slik at tittelen ble «Lov angaaende hvad der skal betales ved Retterne, samt til Fogderne, Magistraterne og adskillige andre offentlige Betjente for deres forretninger». Som felles betegnelse ble publique- eller offentlige betjente benyttet, slik at begrepet rettens betjente i Grunnloven må anses å omfatte en snevrere krets.
>
> Sportler til sorenskriveren ble regulert innledningsvis både i sportelreglementet og 1830-loven. Selv om dette går klarere frem i 1830-loven synes det i begge tilfeller å ha blitt skilt mellom sportler for den egentlige rettsbehandling, og sportler for utførelse av en rekke ulike forret-

ninger (myndighetshandlinger) utført av offentlige betjente, herunder av sorenskriveren.

Det går ikke klart frem hvor skillet ble trukket mellom rettens betjenter og andre offentlige betjenter. At sorenskriveren måtte omfattes når han foretok en slik egentlig rettsbehandling er ikke tvilsomt. Om sorenskriveren ble ansett som rettens betjent der han utførte ulike forretninger er mer uklart. I tillegg gir sportelreglementet et eksempel på at andre enn sorenskriveren kunne brukes til «rettens betjening», uten at det fremgår om vedkommende ble ansett som rettens betjent i slike tilfeller. Slik tittelen til 1830-loven er utformet kan det tyde på at også fogderne og magistraterne falt utenfor kretsen av rettens betjente. Grunnloven § 98 er som kjent også benevnt som Sorenskriverparagrafen. Slik departementet oppfatter systematikken i ovennevnte regelverk, må det uansett være klart at procuratorene falt utenfor denne snevrere krets.

Sportler som betales direkte til rettens betjente eksisterer som kjent ikke lenger, og direkte har Grunnlovens § 98 nå kun historisk interesse. Departementet oppfatter det heller ikke slik at Sivilombudsmannen mener at merverdiavgiftsplikt på omsetning av advokattjenester er grunnlovstridig, men at spørsmålet reises om en slik avgiftsplikt er forenlig med de prinsipper Grunnloven § 98 bygger på.

Departementet har ikke – ut i fra tilgjengelige kilder – funnet noe klart uttrykk for hva som var bakgrunnen for bestemmelsen slik den ble endelig utformet. Noe krav om at rettspleien skal være gratis ligger ikke i bestemmelsen, som tvert i mot forutsetter betaling av sportler. Noe gjennomslag for et prinsipp i tråd med det Adler-Falsenske grunnlovsforslag om at «Retfærdigheden bør administreres uden Betaling», innebærer bestemmelsen derfor ikke.

Ombudsmannen synes å mene at formålet må ha vært å søke å begrense utgiftene forbundet med rettspleien. Og om det ikke var mulig å gjøre rettspleien gratis, kunne en i hvert fall begrense en inntektskilde for staten slik at rettspleien ikke ble unødvendig kostbar. Departementet oppfatter henvisningen til hva som «ikke var mulig» som en antagelse om at den endelige utformingen innebar et kompromiss, som må ses i lys av forslaget til Adler-Falsen.

Selv om bestemmelsen i en viss utstrekning forbyr en kombinasjon av sportler og avgifter, legger den imidlertid ikke etter sin ordlyd noen begrensninger på Stortingets myndighet til å fastsette eventuelle sportler. Den er da heller ikke til hinder for at sportler uten en avgift kan nå et høyere nivå, enn det den kombinasjon av sportler og avgift som den forbyr ville ha gjort.

Selv om sportlene på tidspunktet for vedtakelsen av Grunnloven gikk til de tjenestemenn som utførte tjenesten, legger bestemmelsen heller ingen begrensinger på at Stortinget i stedet lar sportlene tilfalle statskassen. Dette skjedde tidlig, jf. f.eks. i forbindelse med Loven af l4de Mai 1872 om en forandret Lønningsmaade for visse civile Embeder m.v., da størstedelen av sportlene i stedet tilfalt statskassen. Senere sportellover gjenspeiler dette ved at lovene inneholdt en avdeling for sportler som tilfalt staten og en avdeling for sportler som tilfalt tjenestemennene. Også der sportler fullt ut erstattes med en skatt eller avgift etter Grunnloven § 75 a, vil statskassen uhindret av bestemmelsen kunne få inntekter fra rettspleien.

Departementet finner det vanskelig å si noe klart om hvilke prinsipper Grunnloven § 98 bygger på. Den mest umiddelbare forståelse er at grunnlovsfedrene så for seg et fortsatt system med betydelig (del)avlønning av det offentlig ansatte rettspersonale gjennom pengeytelser (sportler) direkte fra publikum, og ikke ønsket noen avgiftsbelegging (til statskassen) av slike ytelser. Dette har ingen overføringsverdi til dagens finansiering av rettspleien og til advokaters salærer i og utenfor rettssak. Det er av noen også blitt hevdet at det begrensede forbudet mot å koble avgifter med sportler som erlegges rettens betjente, er begrunnet i domstolens uavhengighet. Selv om bestemmelsen skulle ha sin bakgrunn i rimelighetshensyn, antas at slike hensyn tas i betraktning av Stortinget også der dette ikke eksplisitt uttrykkes i stortingsdokumentene. Som nevnt under pkt. 2 antar departementet videre at slike hensyn ivaretas mest effektivt gjennom direkte ordninger, jf. lov om fri rettshjelp.

Stortinget har ikke eksplisitt drøftet de prinsipper Grunnloven § 98 kan bygge på, i forbindelse med vedtakelsen av merverdiavgift på omsetning av advokattjenester. Departementet finner ikke at denne meget forståelige unnlatelse kan lede til at det foreligger «særlige forhold» etter merverdiavgiftsloven § 70. Uten direkte unntak i merverdiavgiftsloven må avgiftsplikten videreføres for advokatene. Et unntak bare for de domstolsrelaterte advokattjenestene ville for øvrig by på uakseptable avgrensningsproblemer.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Sportler var gebyrer for rettslige tjenester som ble gitt til statens embets- og tjenestemenn som betaling for offentlige tjenester som ble utført. De rettslige tjenestene domstolene ytet i 1814 ble betalt gjennom slike sportler (gebyrer). Når Grunnloven § 98 viste til at «Med Sportler, som erlægges til Rettens Betjente, bør ingen Afgifter til Statskassen være forbundne», innebar det et forbud mot å legge avgift på de sportlene som publikum måtte betale for de tjenester som «rettens betjente» utførte. Grunnloven § 98 har ikke lengre en direkte rettslig betydning som skranke for lovgiver. Sportlene, slik disse var kjent i 1814, er for lengst avskaffet. Sakførerstanden har i mer enn 150 år vært en fri næring. Dagens «sportler», rettsgebyrene, betales nå direkte til statskassen. Som Finansdepartementet skriver i svarbrevet hit, blir spørsmålet derfor om innføringen i 2001 av merverdiavgift generelt og derved også for omsetning av advokattjenester knyttet til rettspleien spesielt, er forenlig med de prinsipper som Grunnloven § 98 må sies å bygge på.

2. I mitt brev til Finansdepartementet viste jeg til at formålet med Grunnloven § 98 må ha vært å søke å begrense publikums utgifter forbundet med rettspleien. Om det ikke var mulig å gjøre rettspleien gratis, satte bestemmelsen i hvert fall et forbud mot at staten gjorde rettspleien til en inntektskilde og gjennom det søkte å forhindre at rettspleien ble unødvendig kostbar for publikum.

Jeg har merket meg at departementet mener Grunnloven § 98 bare i meget liten grad medfører begrensninger for at statskassen skal kunne avgiftsbelegge advokattjenester også knyttet til domstolsbehandling, og at bestemmelsen ikke innebærer noe gjennomslag for et prinsipp i tråd med det Adler-Falsenske grunnlovsforslag om at «Retfærdigheden bør administreres uden Betaling». Etter min mening er det grunnlag for å si at Grunnloven § 98 bygger på en mer generell tanke om at staten ikke skal tjene på rettspleien. Forbudet mot å ilegge avgifter på sportler til «rettens betjente» kan etter min mening anses som et uttrykk for dette og underbygger et slikt synspunkt. Selv om prokuratorene – senere sakførerne – muligens ikke var omfattet av «rettens betjente» i 1814, slik departementet antyder, synes det etter min vurdering ikke å være grunnlag for å tolke Grunnloven § 98 ut fra dagens samfunnsforhold til spesifikt å begrense seg til å omfatte den gang sportler eller nå rettsgebyrer, eller bare personer som da Grunnloven ble vedtatt var omfattet av datidens «rettens betjente». Tvert i mot er det etter mitt syn dekning for å si at Grunnloven bærer bud om et mer generelt prinsipp, som det riktignok kan være en utfordring å anvende konkret på dagens gjennomregulerte samfunn også hva gjelder skatter og avgifter. Selv om flere av bestemmelsene i dag kan virke uforståelige, er de ikke uten videre uvirksomme. Som rettesnor for lovgivningen kan de fortsatt være av betydning. Når Stortinget har latt slike bestemmelser av rent historisk interesse bli stående, selv om bestemmelsen kan ha tapt sin betydning som lovbud, er den et vitnesbyrd om hvilke prinsipper som var med på å skape Grunnloven i 1814, se Innst. S. nr. 31 for 1925. Som rettesnor og påminnelse for senere tiders lovgivere kan slike historiske bestemmelser derfor fortsatt ha en viss betydning.

Det er den enkelte borgers legitime behov for å kunne kreve sine rettigheter eller forsvare sin rettstilling ved domstolsbehandling uten at staten skulle tjene på dette, som fremstår sentrale ved bestemmelsen og som den nok i første rekke var ment å skulle beskytte. Samtidig var Grunnloven § 98 også ment å skulle verne embetsmennenes økonomiske uavhengighet.

3. Finansdepartementet har i svarbrevet hit vist til at noe krav om at rettspleien skal være gratis ikke ligger i bestemmelsen, som forutsetter betaling av sportler. Departementet finner det vanskelig å si noe klart om hvilke prinsipper Grunnloven § 98 bygger på og viser til at «den mest nærliggende forståelse er at grunnlovsfedrene så for seg et fortsatt system med betydelig (del)avlønning av det offentlig ansatte rettspersonale gjennom pengeytelser (sportler) direkte fra publikum, og ikke ønsket noen avgiftsbelegging (til statskassen) av slike ytelser». Departementet mener dette ikke har overføringsverdi til dagens finansieringer av rettspleien og til advokaters salærer i og utenfor rettssak.

Jeg er enig med departementet i at dagens finansiering av rettspleien og advokaters salærer ikke kan sammenlignes med den betalingsform som Grunnloven § 98 direkte eller etter sin ordlyd gir uttrykk for, men mener dette ikke ubetinget kan være avgjørende. Mye kan tale for at den utformingen ordlyden i Grunnloven § 98 fikk hadde sammenheng med et ønske om å gi klart uttrykk for «rettens betjentes» adgang til å ta sportler og derved sikre domstolenes uavhengighet, fremfor å gå bort fra tanken om å generelt å gi individet en adgang til adekvat domstolsbehandling. Siktemålet med bestemmelsen har utvilsomt vært at rettspleien skulle gjøres billigst mulig, og i alle fall skulle ikke staten gjennom avgifter bidra til å gjøre rettspleien dyrere. Grunnloven må tolkes i lys av samfunnsutviklingen, noe som også må få betydning for den ramme Grunnloven § 98 i dag må settes inn i og tolkes i forhold til. Samfunnet har gjennomgått store forandringer siden 1814, og preges i dag som nevnt blant annet av en gjennomgripende regulering av den enkeltes rettigheter og plikter. Den enkeltes legitime behov for å kunne reise sak ved domstolene med krav om å få sin rett, må vurderes i lys av dette. De tjenester rettspleien kan yte for den enkelte borger må – etter min oppfatning – anses som spesielt nødvendig for den enkelte for å oppnå sin rett.

4. Forarbeidene til lovendringen 21. desember 2000 nr. 113 er NOU 1990: 11, Ot.prp. nr. 2 (2000–2001) og Innst. O. nr. 24 (2000–2001). I NOU 1990: 11 gikk det frem (s. 142) at utvalget delte seg i synet på den avgiftsmessige behandlingen av advokattjenester. Utvalgets flertall fant ikke tungtveiende grunner til å holde disse tjenestene utenfor en generell avgiftsplikt, mens mindretallet (ett medlem) mente en prisøkning ville ramme de klienter som ikke er avgiftspliktige og medføre en klar svekkelse av rettsikkerheten for disse. Det er også vist til en utredning fra Advokatforeningen der det pekes på at det i prinsippet er betenkelig å avgiftsbelegge advokattjenester fordi det ville kunne svekke rettspleien med fare for rettstap på områder som er av stor betydning for borgeren. Departementet kom til at det burde innføres avgiftsplikt ved omsetning av advokattjenester og viste i Ot.prp. nr. 2 (2000–2001) blant annet til (s. 85–86):

> «Departementet mener i likhet med utvalget at det bør innføres avgiftplikt ved omsetning av advokattjenester. Et eventuelt unntak for advokatvirksomhet definert til eksempelvis ervervsmessig rettslig rådgiving og sakførsel for domstolene, vil føre til avgrensningsproblemer i forhold til andre yrkesgrupper som også, på visse vilkår, kan gis tillatelse til rådgiving av rettslig art. Det synes heller ikke å være hensiktsmessig å unnta kun tjenester direkte knyttet til sakførsel for domstoler. Rettslig rådgivning knyttet til sakførsel for domstolene utføres som oftest av samme advokat, som da vil få delt virksomhet. Det vil også her kunne bli vanskelig å skille mellom det som er rådgiving og det som er forberedelse til selve sakførselen.
>
> Departementet mener således, i motsetning

til Advokatforeningen, at det knytter seg alvorlige avgiftstekniske vansker til et unntak for tjenester som utføres av advokater. Advokattjenester er også avgiftspliktige i mange andre land, for eksempel i Sverige, Danmark og Finland.

Uheldige fordelingsvridninger som følge av merverdiavgiften kan mest hensiktsmessig løses gjennom direkte tilskudd til de som ønskes tilgodesett. For advokattjenester vil det si å utvide dagens rettshjelpsordning. Å holde et område utenfor merverdiavgiftsområdet fordi det er ønskelig å avhjelpe enkelte klienter med dårlig økonomi, er etter departementets vurdering et meget lite treffsikkert virkemiddel. Det vises til omtalen av kompensasjoner i kapittel 10 i proposisjonen.»

Dette sammendraget er det også vist til i Innst. O. nr. 24 (2000–2001) s. 31–32.

Lovarbeidet viser at Stortinget under behandlingen har vært oppmerksom på kostnadsmessige konsekvenser av å innføre merverdiavgift på tjenester og også på advokattjenester spesielt. I svarbrevet hit 16. februar 2005 skriver imidlertid departementet at merverdiavgiften er ment å være «en generell forbruksavgift» som i utgangspunktet bør omfatte alt forbruk. Som et generelt utgangspunkt har jeg ikke noen merknader til dette, som jeg oppfatter å være et tydelig rettspolitisk signal. Samtidig vil jeg påpeke at merverdiavgiftsatsen på 25 % kommer på toppen av advokatens salærkrav, og representerer en betydelig kostnadsøkning særlig for de mange enkeltpersoner som ikke driver avgiftspliktig omsetning og må betale avgiften som «sluttbruker». Dette gjelder utlegg til egen advokats arbeid, og i tillegg eventuelt sakskostnadsansvaret overfor motparten om saken tapes med omkostninger. Med bakgrunn i det nivå timeprisene som oftest legges til grunn for advokatens arbeid har, blir individets muligheter og adgang til en effektiv bruk av domstolene vesentlig vanskeliggjort. For mange vil kostnadssituasjonen kunne fremstille seg som ren rettsfornektelse, og å forsvare seg mot krav det kan være berettiget tvil om, kan medføre nærmest økonomisk ruin. Dette gjelder neppe bare for personer med «dårlig økonomi» og som ut fra sakens karakter kan ha nytte av bevilgning til fri sakførsel, men også for personer jeg vil oppfatte som «folk flest». Det kan i det hele være liten grunn til å tvile på at vanlige borgeres utgifter til advokattjenester knyttet til rettergang må ha økt som følge av innføringen av merverdiavgift på advokattjenester. Ordningen med fri rettshjelp kan avhjelpe dette kun til en viss grad. Spørsmålet om rettsikkerheten for den enkelte som følge av at merverdiavgiftsplikt på omsetning av advokattjenester ble innført, er i noen grad tatt opp og drøftet i forarbeidene til lovendringen. Drøftelsen er imidlertid ikke gjort i lys av de prinsipper jeg mener det må kunne legges til grunn at Grunnloven § 98 bygger på.

Sett på bakgrunn av tanken i Grunnloven § 98 om å gjøre rettspleien billigst mulig, er jeg i sterk tvil om den kontrasten jeg her påpeker til kostnadsnivået på advokattjenester knyttet til sakførsel for domstolene, har fått den oppmerksomhet som den fortjener. Finansdepartementet bekrefter også i brevet hit at det under lovforberedelsen ikke eksplisitt ble drøftet «de prinsipper Grunnloven § 98 kan bygge på». Deretter er det i brevet vist til at departementet ikke finner at denne «meget forståelige unnlatelsen» kan lede til at det foreligger «særlige forhold» som kan tilsi at det gjøres unntak for denne typen advokattjenester.

Med det syn Finansdepartementet har redegjort for under undersøkelsen av saken herfra, kan jeg forstå at det ikke har fremstått som, eller ikke ville ha fremstått som, nærliggende å ta opp forholdet til Grunnloven § 98. Som jeg tidligere har vært inne på, er Grunnloven på mange måter også en «rettesnor» som lovgiver og forvaltning bør strekke seg etter. Grunnloven er ikke bare en skranke for lovgivers myndighet om det oppstår motstrid mellom Grunnloven og lovregelen. Bestemmelsen i Grunnloven § 98 oppfatter jeg etter sin karakter til også å skulle være et vern for å fremme hensynet til individets rettssikkerhet, ikke bare en bestemmelse som skulle beskytte embetsmennenes inntekter mot å bli truet av statens avgifter.

5. Min henvendelse til departementet er kun ment å gjøre oppmerksom på at vår grunnlov inneholder en bestemmelse som kan være av interesse for hvordan dagens regelverk om avgifter for tjenester i rettspleien bør utformes. Jeg har ikke grunnlag for å si at lovendringen som førte til merverdiavgiftsplikt ved omsetning av advokattjenester i tilknytning til rettspleien, er grunnlovsstridig. Innføringen av merverdiavgiftsplikt på omsetning av advokattjenester i tilknytning til rettspleien kan imidlertid, som jeg har redegjort for ovenfor, sies å harmonere mindre bra med de hensynene som lå bak vedtakelsen av Grunnloven § 98. Det kan derfor spørres om vi her står overfor en «mangel» ved lovgivningen og den forvaltningspraksis vi har om merverdiavgift på advokattjenester, jf. ombudsmannsloven § 11. Departementet har muligheter for å fremme forslag om endringer i loven og kan vel også gjøre unntak i forskrift.

Jeg ber om å bli orientert om Finansdepartementet vil foreta seg noe i sakens anledning.»

61.

Etterberegning av investeringsavgift og ileggelse av tilleggsavgift

(Sak 2005/581)

Saken gjaldt et vedtak om etterberegning av investeringsavgift og ileggelse av 10 % tilleggsavgift. Klageren drev enkeltpersonsforetaket X Foto og hadde ført opp nye lokaler uten at det var beregnet og betalt investeringsavgift for oppføringskostnadene, jf. lov om avgift på investeringer 19. juni 1969 nr. 67 § 3 (opphevet 1. oktober 2002). Etterberegningen

gjaldt også anskaffelser av fotolabutstyr og datautstyr. I klagen til ombudsmannen ble det anført at saken ikke hadde vært godt nok opplyst før vedtaket ble truffet og at det feilaktig var lagt til grunn at virksomheten ikke drev fabrikkmessig produksjon av varer, jf. forskrift 19. juni 1979 nr. 1 (nr. 81) om delvis fritak for investeringsavgift på driftsmidler i industri og bergverk § 5 (opphevet 1. oktober 2002).

Ombudsmannen fant ikke grunnlag for å reise avgjørende rettslige innvendinger til den delen av vedtaket som gjaldt etterberegning av investeringsavgift. Han fant imidlertid grunn til å knytte enkelte kritiske merknader til saksbehandlingen når det gjaldt ileggelsen av tilleggsavgift. Klageren hadde uttrykt et ønske om at Sogn og Fjordane fylkesskattekontor kom på befaring for å ta virksomheten i øyesyn før vedtaket ble fattet. Ombudsmannen uttalte at forvaltningens utredningsplikt tilsier at det forsøkes å gjennomføres befaring i tilfeller der saken er av stor økonomisk betydning for den avgiftspliktige og en gjennomføring av befaring fremstår som viktig for borgeren. Siden det var på tale å ilegge tilleggsavgift, burde befaring på denne bakgrunn vært gjennomført. Etter ombudsmannens syn kunne det neppe utelukkes at en sak som gjelder ileggelse av 10 % tilleggsavgift og som bygger på at det er opptrådt med simpel uaktsomhet, vil være å anse som straff, i alle fall etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang. Ombudsmannen fant etter en samlet vurdering av den saksbehandlingen som hadde funnet sted å anbefale at det ble vurdert om tilleggsavgiften kunne frafalles.

Klageren startet enkeltpersonsforetaket X Foto i 1996. Saken om etterberegning av investeringsavgift kom opp etter at Sogn og Fjordane fylkesskattekontor avholdt kontroll i virksomheten for årene 2001 og 2002. I rapporten fra kontrollen gikk det frem at virksomheten fikk ført opp nye lokaler i løpet av 2001 og 2002, men at investeringsavgift ikke var beregnet og betalt for oppføringskostnadene. Det samme gjaldt ved anskaffelser av fotolabutstyr og datautstyr. Klageren hadde lagt til grunn at virksomheten drev fabrikkmessig vareproduksjon fritatt for investeringsavgift i medhold av forskrift 19. juni 1979 nr. 1 (nr. 81) om delvis fritak for investeringsavgift på driftsmidler i industri og bergverk § 5 (opphevet 1. oktober 2002), gitt med hjemmel i Stortingets vedtak om merverdiavgift og avgift på investeringer m.v. avsnitt II § 4.

Varsel om etterberegning og om mulig tilleggsavgift ble sendt klageren, som kom med merknader til dette. Sogn og Fjordane fylkesskattekontor vedtok deretter å etterberegne investeringsavgift jf. lov om avgift på investeringer 19. juni 1969 nr. 67 § 3 (opphevet 1. oktober 2002 med unntak av §§ 6 og 7), lovens § 7 og merverdiavgiftsloven 19. juni 1969 nr. 66 § 55. Vedtaket omfattet også ileggelse av 10 % tilleggsavgift, jf. investeringsavgiftsloven § 7 og merverdiavgiftsloven § 73. Begrunnelsen for etterberegningen var at fotovirksomheten ikke kunne anses for å drive fabrikkmessig produksjon av varer etter § 5 i forskriften om delvis fritak for investeringsavgift. Etterberegnet investeringsavgift, tilleggsavgift og renter utgjorde til sammen kr 166 764. Vedtaket ble påklaget, men klagen ble ikke tatt til følge av Klagenemnda for merverdiavgift.

I klagen til ombudsmannen ble det anført at det var feil når det var lagt til grunn at virksomheten ikke drev fabrikkmessig produksjon av varer. Det ble vist til at saken ikke var godt nok opplyst før vedtakene ble truffet, og at Sogn og Fjordane fylkesskattekontor ikke hadde tatt seg tid til å komme på befaring for å se på foretakets produksjonsutstyr. Klageren viste til at han i brev til fylkesskattekontoret hadde stilt seg åpen for at fylkesskattekontorets saksbehandlere kunne komme på befaring for å innhente informasjon slik at vedtak kunne fattes på et riktig grunnlag. Siden tilleggsavgiften trolig må anses som straff, er myndighetenes unnlatelse av å komme på befaring ekstra alvorlig. Det ble også vist til at ligningskontoret i en rapport fra 2001 for perioden 1998 og 1999 hadde uttalt at virksomheten skattemessig var å anse som en produksjonsbedrift.

Det ble besluttet å undersøke klagen nærmere. I brev til Skattedirektoratet ble det bedt om merknader til anførslene i klagen som gjaldt saksbehandlingen, herunder anførslene om at saken ikke var godt nok opplyst før vedtak ble truffet. Det ble også bedt om direktoratets redegjørelse for på hvilken måte klageren hadde opptrådt uaktsomt.

Vedlagt Skattedirektoratets svarbrev hit fulgte kopi av en uttalelse som direktoratet hadde hentet inn fra Sogn og Fjordane fylkesskattekontor der det om sakens opplysning fremgikk:

> «Fylkesskattekontoret skal innledningsvis peke på at kontoret normalt ser det som ønskelig å gjennomføre befaring i slike saker og forsøker i størst mulig utstrekning å få til slik befaring. I denne sammenheng skal også opplyses at avtale om befaring i virksomhetens lokaler var inngått mellom kontorets bokettersynsrevisorer og klager i forbindelse med gjennomføring av bokettersynet vinteren 2003/2004. Det avtalte møtet ble imidlertid ikke gjennomført som en følge av stengte veier forårsaket av uvær.
>
> Videre skal fylkesskattekontoret bemerke at det etter vår oppfatning er foretatt en relativt omfattende vurdering av virksomhetens aktiviteter, og det er ellers gjort en detaljert beskrivelse av denne i Klagenemndas vedtak i sak nr. 5322. Utgangspunktet for fylkesskattekontorets vurdering av virksomhetens aktiviteter har vært opplysninger gitt av klager selv, virksomhetens omsetningsarter slik dette fremgår av regnskapet og den beskrivelse av virksomheten som framgår av virksomhetens internettsider. I brev av ... fra klager er det også vedlagt fotografier av diverse fremkallingsutstyr til bruk i virksomheten. Det skal videre i denne sammenheng bemerkes at klager ikke i noen sammenhenger har framsatt innsigelser til den beskrivelse av virksomhetens art som er lagt til grunn for vedtaket i saken. Vi

> kan heller ikke se at dette er gjort i klagen til Sivilombudsmannen i klagers brev ... . Etter det vi kan se gjelder tvistespørsmålet i saken subsumsjonen av foreliggende faktum i forhold til det aktuelle regelverket i forskrift nr. 81 til investeringsavgiftsloven. Vår oppfatning er derfor at tvistespørsmålet i saken gjelder fortolkningen av regelverket. Av denne grunn stiller vi oss tvilende til i hvilken grad en eventuell befaring i virksomhetens lokaler kan være klargjørende i forhold til sakens tvistespørsmål.»

Til spørsmålet som gjaldt tilleggsavgiften, viste Sogn og Fjordane fylkesskattekontor bl.a. til at i en situasjon der klageren ved bokføringen legger til grunn en fritaksbestemmelse, måtte det kunne forutsettes at klageren selv hadde brakt på det rene at vilkårene for fritaket var tilstede. Det ble også vist til at det må kunne forventes at en avgiftspliktig selv skaffer seg kunnskaper om de bestemmelser som gjelder innenfor en bransje eller en næring, og at spørsmålet om investeringsavgift eller fritak etter forskrift nr. 81 for slik fotografivirksomhet som virksomheten driver, må anses rimelig godt avklart gjennom fortolkningsuttalelser og forvaltningspraksis slik at det ikke var særskilte problemstillinger knyttet til denne. Når klageren selv unnlot å søke den nødvendige kunnskap om regelverket, vil dette etter fylkeskattekontorets oppfatning i seg selv måtte anses uaktsomt.

Klageren fastholdt etter dette at Sogn og Fjordane fylkesskattekontor først hadde sett det som ønskelig å komme på befaring, men likevel ikke kom etter at veien var åpnet igjen. Vedtaket ble fattet uten at fylkesskattekontoret tok turen for å se på lokalene og utstyret. Videre anførte han at fotografiene han hadde sendt inn av produksjonsutstyret ikke ga all informasjon om lokalene og om rutiner og arbeidsflyt i produksjonen. Han anførte også at foretakets internettsider var beregnet som reklame og ikke var egnet for å vurdere avgiftsmessige forhold. I tillegg etterlyste han fylkesskattekontorets kommentarer til at ligningskontoret hadde lagt til grunn at virksomheten var en produksjonsbedrift, og anførte at det var vanskelig å forstå at han kunne anses som uaktsom når han hadde forholdt seg til et vedtak fra en offentlig myndighet.

Skattedirektoratet fikk brevet oversendt og kom med merknader til dette. Direktoratet viste til at det allerede i vedtaket ble understreket at begrepene «produksjonsbedrift» og «fabrikkmessig produksjon av varer» ikke er sammenfallende i relasjon til bestemmelsene om unntak fra investeringsavgift. Til spørsmålet om tilleggsavgift ble det vist til at skyldkravet er simpel uaktsomhet, at avgiftsmyndigheten må legge til grunn at de avgiftspliktige plikter å kjenne reglene for beregning av avgift og at unnlatelse av å søke opplysninger om regelverket i seg selv må anses uaktsomt.

Det ble funnet nødvendig å stille Skattedirektoratet ytterligere spørsmål til saken. I brev til direktoratet ble det vist til at det så langt i hovedsak hadde vært klagerens anførsler til saksbehandlingen og spørsmålet om på hvilken måte han hadde opptrådt uaktsomt som hadde vært undersøkt, men at det var besluttet også å undersøke nærmere det rettslige grunnlaget for å etterberegne investeringsavgift. Det ble bedt om at direktoratet begrunnet noe nærmere at § 5 om fabrikkmessig produksjon av varer i forskrift nr. 81 til investeringavgiftsloven ikke kom til anvendelse. Dessuten ble det bedt om en kommentar til fylkesskattekontorets vurdering av at virksomheten ikke var en produksjonsbedrift så lenge den faktisk ikke benyttet maskinene til slik serieproduksjon av varer som maskinene var laget for. I tillegg ble direktoratet bedt om å utdype noe nærmere grunnlaget for at klageren var uaktsom sett i lys av likheten i uttrykket «produksjonsbedrift» og «fabrikkmessig produksjon av varer» og ligningskontorets konklusjon i rapporten fra 2001.

Skattedirektoratet svarte at direktoratet var av den oppfatning at det gikk frem av vedtaket i Klagenemnda for merverdiavgift hvorfor fritaket i forskriftens § 5 ikke kom til anvendelse. Direktoratet viste i sin helhet til den begrunnelsen som ble gitt i vedtaket. Med hensyn til om produksjonsprosessen kunne anses som «fabrikkmessig», ble det vist til at dette må vurderes konkret. Til spørsmålet herfra om konklusjonen ville blitt en annen ved en eventuell omlegging av virksomheten til serieproduksjon av bilder, ble det anført at det ikke var mulig å ta stilling til dette på det nåværende tidspunkt. Direktoratet fastholdt ellers at klageren burde søkt avklaring ved fylkesskattekontoret om skattelovens begrep «produksjonsbedrift» og «fabrikkmessig produksjon av varer» i forskrift nr. 81 hadde samme innhold. Ved å unnlate å gjøre dette, mente direktoratet at uaktsomhetskravet i merverdiavgiftsloven § 73 var til stede.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Sakens opplysning – befaring

Forvaltningsloven 10. februar 1967 har ingen bestemmelser om befaring ut over lovens § 11 bokstav d der det går frem at de iakttakelser en tjenestemann gjør ved en befaring, skal nedtegnes. Det følger imidlertid av lovens § 17 første ledd at forvaltningsorganet skal påse at saken 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 skjønnsmessig vurdering. Ofte vil det være tilstrekkelig at saken avgjøres på bakgrunn av dokumentene. I enkelte tilfeller vil imidlertid sakens art og de tvistespørsmål den gjelder tilsi at befaring bør gjennomføres. Behovet for befaring vil avhenge av en helhetsvurdering av sakens faktiske forhold ut fra den dokumentasjon som foreligger.

Det hovedspørsmål denne saken gjaldt, var om virksomheten hadde anskaffet driftsmidler til bruk under «fabrikkmessig produksjon av varer», jf. for-

skrift nr. 81. Sogn og Fjordane fylkesskattekontor hadde etter forvaltningsloven § 17 et selvstendig ansvar for å påse at dette spørsmålet var så godt opplyst som mulig før vedtaket 13. august 2004. Fylkesskattekontoret har opplyst at kontoret avgjorde saken ut fra de opplysninger som klageren selv hadde gitt om virksomheten, virksomhetens omsetningsarter slik disse fremgikk av regnskapet, den beskrivelse som fremgikk om virksomheten på internettsidene og de bildene av fremkallingsutstyret som fulgte som vedlegg til klagerens brev 12. desember 2004. Jeg antar fylkesskattekontoret også må ha sett hen til opplysningene om virksomheten i boksettersynsrapporten 8. mars 2004.

Det er fra klagerens side anført at siden tilleggsavgiften trolig må anses som straff, er myndighetenes unnlatelse av å komme på befaring ekstra alvorlig. Tilleggsavgift etter merverdiavgiftsloven § 73 jf. investeringsavgiftsloven § 7, ilegges etter sats fra 1 – 100 % uten nærmere differensiering i ordinær og forhøyet avgift, slik det gjøres ved tilleggsskatt etter ligningsloven. Tilleggavgiftens (tilleggsskattens) karakter av straff har vært oppe i en rekke saker, både i EMD og i norske domstoler. Jeg finner ikke grunn til her å gå inn på spørsmålet i sin fulle bredde, men nøyer meg med å påpeke at spørsmålet i en forvaltningsrettslig sammenheng bør behandles ut fra saklighets- og forholdsmessighetsbetraktninger og ikke bare bestemmes ut fra konstruktive og begrepsmessige vurderinger. For at en tilleggsavgift skal kunne betraktes som «straff», må avgiftens likhet med straffesanksjonen være fremtredende. Forholdsmessigheten mellom overtredelse og sanksjon vil da være et viktig element i vurderingen. Sanksjon i form av gebyrer, avgifter osv. for å oppnå en allmenn etterlevelse av borgernes alminnelige samfunnsplikter, som for eksempel skatte- og avgiftspliktene, må et stykke på vei kunne godtas uten at de skal betraktes som strafferettslige sanksjoner med de rettslige bånd dette fører med seg. Dette innebærer at visse tilleggsbyrder som pålegges borgerne etter forholdsmessighets- og likhetsprinsipper må kunne godtas, forutsatt at myndighetene har gått frem på en forsvarlig måte og for øvrig tilpasset de sanksjoner det er tale om å ilegge.

Spørsmålet om ileggelse av 10 % tilleggsavgift i medhold av merverdiavgiftsloven § 73 er å anse som straff i forhold til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang, jf. menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30, er så langt jeg er kjent med ikke avgjort av norske domstoler. I Borgarting lagmannsretts dom 26. juni 2003 (RG 2003 s. 1222) har lagmannsretten antatt at et tillegg i innførselsmerverdiavgift på 5 % er «på et nivå som ligger i grenselandet for straff etter EMK, og som etter omstendighetene muligens kan godtas som et gebyr i samsvar med statens anførsler». Borgarting lagmannsrett hadde i en tidligere dom 13. januar 2003 (RG 2003 s. 537) lagt til grunn at EMK artikkel 6 nr. 1 ikke får anvendelse ved ileggelse av 7,5 % tilleggsavgift i medhold av merverdiavgiftsloven (men tilleggsavgiften ble av lagmannsretten satt ned til 5 %, bl.a. under henvisning til at dette var mer i samsvar med forvaltningspraksis). Lagmannsretten begrunnet dette med at avgiften var så lav at straffeaspektet ble mindre fremtredende og at kompensasjonsaspektet ved avgiften isteden var mer fremtredende. Høyesteretts plenumskjennelse 9. november 2006 (sak 2006/623) om ordinær tilleggsskatt på 30 % sperrer for senere straffesak for grovt skattesvik ut fra dobbelforfølgningsforbudet i EMK protokoll 7 artikkel 4 nr. 1, kan antyde at en tilleggsavgift med lav sats og en mild skyldgrad ikke er å anse som straff etter konvensjonen. Etter mitt syn kan det neppe utelukkes at en sak som gjelder ileggelse av 10 % tilleggsavgift og som bygger på at det er opptrådt med simpel uaktsomhet, vil være å anse som straff, i alle fall etter EMK artikkel 6. Hvilke konsekvenser det ville ha for den administrative ileggelsen av tilleggsavgiften – i det tilfellet den er å anse som straff i relasjon til EMK – reiser en rekke spørsmål som jeg ikke finner tilstrekkelig grunn til å gå inn på her. Et spørsmål er om kravet til en «rettferdig rettergang» påla avgiftsmyndigheten en plikt til å foreta befaring før en eventuell tilleggsavgift ble ilagt. I forbindelse med undersøkelsen her har det vært fremholdt at det måtte avgjøres konkret om produksjonen var fabrikkmessig. Fabrikkmessig produksjon vil si en produksjon der arbeidet skjer maskinelt i noe som kan karakteriseres som et industrielt anlegg. Det må være rom for videre tolkninger av begrepet, særlig sett på bakgrunn av en teknologisk utvikling der produksjonsenhetene blir mindre og mindre. Se nærmere om dette nedenfor punkt 2.

Jeg har merket meg at det ble gjort en avtale om befaring mellom fylkesskattekontorets bokrevisorer og klageren i forbindelse med bokettersynet vinteren 2003/2004, men at denne befaringen ble avlyst på grunn av stengte veier forårsaket av uvær. Det er ikke opplyst nærmere om bakgrunnen for at befaringen ble avtalt eller hvorfor den ikke ble forsøkt gjennomført før rapporten 8. mars 2004. Isolert sett hadde det vært en fordel om fylkesskattekontoret hadde satt av tid til å gjennomføre en befaring, da saken om etterberegning ble reist. Det betydde åpenbart mye for klageren å få vist frem lokalene og produksjonsutstyret. I brevet ... der han kom med merknader til varselet, gjorde han oppmerksom på at ingen fra fylkesskattekontoret hadde sett på produksjonslokalene. I klagen ... og i den utfyllende klagen ... vises det igjen til at saksbehandleren ved fylkesskattekontoret ikke har vært på befaring for å se produksjonslokalene og at tolkningen var gjort ut fra de opplysninger som saksbehandleren hadde hatt tilgjengelig. Fylkesskattekontoret må i utgangspunktet forvalte de ressurser kontoret har på en best mulig måte i forhold til de oppgaver det er satt til å utføre. Dersom en befaring skulle vært foretatt, måtte hensikten være å få belyst de faktiske forhold av betydning for sa-

ken som fremsto som så vidt uklare at saken kunne bli avgjort på et uriktig faktisk grunnlag. Forvaltningens utredningsplikt i forvaltningsloven § 17 tilsier at det forsøkes å gjennomføre befaringer i tilfeller der saken er av stor økonomisk betydning for den avgiftspliktige og en gjennomføring av befaring fremstår som viktig for borgeren. Når det var på tale å ilegge tilleggsavgift, burde befaring på denne bakgrunn vært gjennomført.

2. Etterberegningen av investeringsavgift

Investeringsavgiftsloven bestemte i § 1 at det i utgangspunktet skulle svares investeringsavgift på alle driftsmidler, med mindre annet var særskilt bestemt i annen lov eller i Stortingets vedtak om avgiften. Avgiftsplikten omfattet også arbeid utført på grunn, bygg eller anlegg som falt innenfor den registrerte virksomheten eller på vare som var eller ville bli avgiftspliktig driftsmiddel i virksomheten, jf. lovens § 3. (Regelverket for investeringsavgift ble opphevet med virkning fra 1. oktober 2002 i forbindelse med at ordningen ble avviklet.)

Nærmere bestemmelser om unntak fra avgiftsplikten etter investeringsavgiftsloven ble bl.a. gitt av Finansdepartementet i forskrift 19. juni 1979 nr. 1 (forskrift nr. 81) om delvis fritak for investeringsavgift på driftsmidler i industri og bergverk (opphevet 1. oktober 2002). Forskriften ble gitt med hjemmel i Stortingets vedtak om merverdiavgift og avgift på investeringer m.v. Det fremgikk av forskriftens § 5 at det ikke skulle betales avgift av driftsmidler til eierens egen «direkte bruk under fabrikkmessig produksjon av varer».

Sogn og Fjordane fylkesskattekontor og Klagenemnda for merverdiavgift la til grunn at virksomheten drev «produksjon av varer» i henhold til forskriftens § 5. Det som har vært omtvistet er om denne produksjonen er å anse som «fabrikkmessig» etter bestemmelsen.

Forskriften gir selv liten veiledning for vurderingen av om en bestemt «produksjon av varer» er fabrikkmessig. En språklig forståelse av begrepet leder i retning av en forholdsvis omfattende og automatisert storbedrift som drives i bygninger som er særskilt innrettet til dette. Tolkningen av hva som er «fabrikkmessig» har utviklet seg over tid. Det fremtrer klart av Høyesteretts dom 9. november 2003 (sak 2002/1650) inntatt i Rt. 2003 s. 1345, som for øvrig gir liten veiledning for vurderingen av denne saken. I praksis har det ikke vært lagt til grunn at det måtte foreligge en fabrikk i tradisjonell forstand for at vilkåret skulle være oppfylt. Avgiftsmyndighetene har lagt til grunn at spørsmålet om produksjonen er fabrikkmessig må avgjøres ut fra en konkret vurdering av den aktuelle produksjonen og at det ved vurderingen bl.a. skulle legges vekt på produksjonsomfanget, maskininnsatsen og automatiseringsgraden. Dette er kommet til uttrykk i et brev 11. mars 1980 fra Skattedirektoratet til Norges Håndverksforbund:

> «For at det kan sies å bli drevet fabrikkmessig produksjon av varer, må det foreligge et etablert produksjonssted utstyrt med maskiner eller annet egnet produksjonsutstyr, og det må foreligge et fast og planmessig opplegg av produksjonene med sikte på løpende forsyning av et marked, jfr. kommentarene til § 5 i Skattedirektoratets meldinger Av nr. 3/1978 av 10. februar 1978. At produksjonen er ensartet (serieproduksjon), automatisert og av et stort omfang er momenter som tilsier at vareproduksjonen drives fabrikkmessig. Uensartet produksjon, liten automatisering, liten arbeidsstokk og liten produksjon vil derimot etter den foreliggende praksis som momenter kunne trekke i motsatt retning. En kan imidlertid ikke gi noen uttømmende oppregning over hvilke momenter som skal tillegges vekt og en kan heller ikke gi noen retningslinjer for hvilken vekt enkeltmomenter skal tillegges. Hvorvidt det drives fabrikkmessig produksjon av varer må således avgjøres på grunnlag av en konkret vurdering.»

Jeg har i en tidligere klagesak her (ombudsmannssak 2004–1747) uttalt at jeg vanskelig kan rette avgjørende innvendinger til at spørsmålet må avgjøres på bakgrunn av en konkret skjønnsmessig vurdering av den aktuelle produksjonen. Kravene til saksbehandlingen må stilles i lys av dette.

Enkeltpersonsforetaket førte opp nye næringslokaler i løpet av 2001 og 2002. Investeringsavgift ble ikke beregnet av kostnadene med oppføring av bygget og på diverse foto- og datautstyr under henvisning til forskrift nr. 81 § 5. Skattedirektoratet har beskrevet foretakets virksomhet (produksjon) slik i brevet hit ...:

> «Virksomheten driver som ordinær fotograf med portrettfotografering i eget atelier, fotooppdrag for næringslivet, salg av natur- og kunstfotografi samt annen lignende virksomhet med fotografering og videofotografering. I tillegg har virksomheten galleri i egne lokaler. Det drives ikke virksomhet med fremkalling av negativer og kopiering på fotopapir for andre. Det er egenproduserte foto som blir fremkalt og kopiert. Videre foretas det trykking av brosjyrer, postkort og takkekort. Virksomheten har heller ikke butikksalg av fotoutstyr eller liknende.»

Finansdepartementet har i en uttalelse (858/88) i forbindelse med en klagesak om investeringsavgift for fotofremkallingsmaskin, printer m.v. til en fotoforretning, vist til at en fremstilling av bilder fra negativer er å anse som vareproduksjon etter forskriftens § 2. I den konkrete saken kom departementet etter en helhetsvurdering til at vareproduksjonen i den aktuelle saken skjedde fabrikkmessig. Departementet uttalte at det var enig med direktoratet i at fabrikkmessighetskriteriet måtte bero på en skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle. I den aktuelle saken ble det i gjennomsnitt fremstilt ca 40 filmer om dagen. Produksjonen i den saken skiller seg fra saken til X

Foto, som etter det opplyste ikke mottar film for fremkalling og kopiering fra kunder i fabrikklokalet. Fylkesskattekontoret har i innstillingen til vedtaket i klagenemnda vist til at det var fast praksis for at fotografer som drev ordinær fotografvirksomhet beregnet investeringsavgift i samsvar med hovedregelen. Med ordinær fotografvirksomhet ble det siktet til virksomhet med portrettfotografering, fotografering av grupper, natur, landskap etc. samt framkalling av bilder og overføring av dette på fotomekanisk måte på fotopapir eller trykking på lerret eller annet materiale. Fylkesskattekontoret la til grunn at X Foto i det vesentlige drev med fotografering og salg av ferdige fotografier på grunnlag av enkeltstående bestillinger eller fotografering til bruk for egne salgsutstillinger. Det har i tilknytning til min undersøkelse av saken ikke fremkommet opplysninger som tilsier at det ikke var en riktig vurdering.

Spørsmålet har vært om klagerens vareproduksjon etter en konkret helhetsvurdering måtte anses som «fabrikkmessig». Slik saken er opplyst under undersøkelsene her, synes Klagenemnda for merverdiavgift å ha foretatt en forsvarlig vurdering av dette spørsmålet, og det kan vanskelig rettes avgjørende rettslige innvendinger mot konklusjonen om at virksomhetens produksjon av varer ikke var «fabrikkmessig».

3. Tilleggsavgiften

Klageren er ilagt 10 % tilleggsavgift (kr 11 134 eks. renter) etter merverdiavgiftsloven § 73. Skattedirektoratet har i forbindelse med undersøkelsen av saken her fastholdt at klageren burde søkt avklaring ved Sogn og Fjordane fylkesskattekontor om skattelovens begrep «produksjonsbedrift» og «fabrikkmessig produksjon av varer» i forskrift nr. 81 hadde samme innhold. Ved å unnlate å gjøre dette, mener direktoratet at uaktsomhetskravet i merverdiavgiftsloven § 73 er oppfylt. Selv om jeg ikke har grunnlag for å hevde at denne delen av avgjørelsen er ugyldig eller «klart urimelig», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd, finner jeg på bakgrunn av den saksbehandlingen som har funnet sted etter en samlet vurdering likevel grunn til å anbefale at det vurderes på nytt om tilleggsavgiften frafalles. Jeg viser til den likhet som er i de to begrepene som kan gjøre det forståelig at klageren ikke foretok nærmere undersøkelser. Et moment i uaktsomhetsvurderingen er også klagerens brev ... til Sogn og Fjordane fylkesskattekontor der han orienterer om innkjøp av fotolabutstyr og bygging av et nytt produksjonslokale i relasjon til innleverte omsetningsoppgaver. Etter det jeg kan se av sakens dokumenter, mottok han ingen skriftlig tilbakemelding på denne orienteringen. Som nevnt foran, vil jeg også legge vekt på at det ikke ble gjennomført en befaring. Et slikt tiltak er, selv om det ikke ville ha ført frem, egnet til å styrke tilliten til avgjørelsen. Når en sjablonmessig beregnet tilleggsavgift skal ilegges etter en konkret og individuell vurdering bør en iakttakelse av forholdene på stedet inngå i saksforberedelsen.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av den nye vurderingen av spørsmålet om tilleggsavgift.»

62.

Mangelfullt hjemmelsgrunnlag for ileggelse av miljøgebyr

(Sak 2006/407)

På grunn av manglende renhold på fortauet utenfor lokalene, ble to innendørs serveringssteder ilagt miljøgebyr med hjemmel i Oslo kommunes politivedtekter § 1–2 . Virksomhetene anførte i klagen til ombudsmannen at kommunen ikke hadde hjemmel til å ilegge gebyret.

Ombudsmannen kom til at kommunen ikke hadde hjemmel i den aktuelle bestemmelsen til å ilegge miljøgebyr til virksomhet som drives innendørs og forholdet måtte kritiseres. Kommunen ble bedt om å vurdere gebyrileggelsene på nytt.

Kommunen opphevet miljøgebyrene og opplyste at eventuelt innbetalt gebyr ville bli refundert.

Oslo kommune ila serveringsstedene A og B miljøgebyr på grunn av manglende renhold av fortau på eller langs eiendommen hvor virksomheten ble drevet. Miljøgebyrene var i utgangspunktet hjemlet i Politivedtekt for Oslo § 2–1, hvor det fremgår at hus- eller grunneier plikter å sørge for renhold av fortau på eller langs eiendommen. På vegne av A og B påklaget NHO Reiseliv gebyrene og viste til at A og B leide lokalene hvor virksomheten drives, og at de derfor var feil adressater for gebyrene. I vedtak 20. desember 2005 opprettholdt Oslo kommunes klagenemnd miljøgebyrene, men endret hjemmelen til politivedtekten § 1–2.

NHO Reiseliv mente kommunen heller ikke hadde hjemmel i politivedtekten § 1–2 til å ilegge miljøgebyret og brakte saken inn for ombudsmannen. I klagen anførte NHO Reiseliv at innendørs serveringssteder ikke er pliktsubjekter i henhold til bestemmelsen, fordi innendørs serveringssteder ikke omfattes av begrepet «den som driver gatesalg, uteservering eller kioskvirksomhet m.m.». Det ble vist til bestemmelsens ordlyd, sammenhengen i bestemmelsen og forarbeidene til denne.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere. I brev herfra ble det bedt om kommunens merknader til NHO Reiselivs anførsler vedrørende hjemmelen for å ilegge miljøgebyr.

Fra Oslo kommunes klagenemnds behandling av hjemmelsspørsmålet siteres:

> «Denne saken gjelder bruken av politivedtekten og hjemmelsgrunnlaget i denne. Det har ikke vært reist tvilspørsmål om hvor forsøplingen stammer fra. Da virksomhetenes gjester står ute på fortauet, et sted som er bestemt for alminnelig

ferdsel, og røyker, mener Oslo kommune at politivedtekten kan komme til anvendelse.

Oslo kommune fastholder at politivedtekten § 1–2 gir hjemmel for gebyrileggelsene. Kapittel I i politivedtekten gjelder renhold på steder som er alminnelig beferdet. Etter Oslo kommunes vurdering vil § 1–2 kunne komme til anvendelse av ilegging av miljøgebyr til A og B, da den er knyttet opp til virksomheter og vedkommendes plikt til å sørge for at området ikke skjemmes og tilgrises.

Spisesteder og pub/bar nevnes ikke eksplisitt i forskriften, men kan etter kommunens vurdering, inngå i m.m. Oppregning av pliktsubjekter er ikke utømmende, jf ordene «m.m.». Hensynet bak bestemmelsen er å pålegge virksomheter å forhindre forsøpling som stammer fra virksomheter og deres kunder og å holde området ryddig. Hensynet gjør seg like mye gjeldende for innendørs serveringssteder som for utendørs serveringssteder, gatesalg og kioskvirksomhet. Da luften på serveringssteder skal være røykfri i henhold til lov av 09.03.1973 nr 14 om vern mot tobakkskader § 6 første til tredje ledd er det påregnelig at kundene ved innendørs serveringssteder røyker utendørs og kaster sneiper der. Sneiper ble funnet i begge tilfellene. Funnet av knust glass foran B indikerer at kundene tar med drikkevarer ut. Utendørs røyking og drikking fremstår derfor som en påregnelig følge av drift av innendørs serveringssteder.

Det kan nevnes at mange stasjonære virksomheter/kontorer allerede har, som en konsekvens av røykeloven, satt opp/utplassert askebegre ved sine inngangsparti.

Etter politivedtekten § 1–2 andre punktum plikter den ansvarlige for det første å sørge for et tilstrekkelig antall søppelkasser. For det andre skal «hele området holdes ryddig». Lest i sammenheng med første punktum om at plikten påligger «virksomheter på et sted som er alminnelig beferdet eller som er bestemt for alminnelig ferdsel» omfatter plikten til å rydde steder i nærheten hvor virksomheten og/eller dens kunder forsøpler, herunder fortauet utenfor serveringsstedet. Plikten til å rydde er ikke tidsmessig avgrenset.

Oslo kommune kan ikke se at anførslene om forarbeidene kan tillegges utslagsgivende vekt.»

NHO Reiseliv opplyste etter dette at det i forslag til ny politivedtekt for Oslo kommune er foreslått endringer som i fremtiden sikrer kommunen hjemmel til å ilegge miljøgebyr i lignende saker.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Politivedtektene for Oslo kommune § 1–2, hvor kommunen har hjemlet miljøgebyrene som ble utferdiget til A og B, lyder:

> «Den som driver gatesalg, uteservering eller kioskvirksomhet m.m. eller arrangerer idrettsstevner, friluftsmøte e.l. på sted som er alminnelig beferdet eller bestemt for alminnelig ferdsel, skal sørge for at området ikke skjemmes eller tilgrises av virksomheten. Vedkommende plikter å sørge for et tilstrekkelig antall søppelkasser og at hele området holdes ryddig.»

Spørsmålet er om Oslo kommune hadde tilstrekkelig hjemmel i denne bestemmelsen for å ilegge miljøgebyrene.

Offentlige inngrep i borgernes rettsstilling trenger hjemmel i lov, eller bestemmelse gitt med hjemmel i lov (legalitetsprinsippet). Hvor strengt hjemmelskravet er, beror på vedtakets betydning, hvilket rettsgode det gripes inn i og hva formålet med inngrepet er.

De ilagte miljøgebyrene er på 500 kroner og må antas å være av begrenset økonomisk betydning for virksomhetene. Gebyret har imidlertid som formål å sikre at virksomhetene rydder fortauene utenfor. Ser man også på tidspunktene for ileggelsene av gebyrene (tidlig morgen), er det klart at gebyret skal sikre gjennomføringen av en ikke ubetydelig ryddeplikt. Gebyret må dessuten også antas å ha et pønalt formål. Ileggelse av miljøgebyr ligger således nær kjernen av legalitetsprinsippet og det må oppstilles et strengt hjemmelskrav.

Verken A eller B «driver gatesalg, uteservering eller kioskvirksomhet» og faller følgelig ikke direkte inn under ordlyden i bestemmelsen. Spørsmålet er hva som kan legges i samlebegrepet «m.m.».

Som det er påpekt fra klagernes side, må «m.m.» eller «med mer» leses i den sammenheng det står. De opplistede alternative aktivitetene: gatesalg, uteservering, kioskvirksomhet, idrettsstevner og friluftsmøte, er alle aktiviteter som vanligvis foregår ute og kan medføre at området rundt «skjemmes eller tilgrises». Det er derfor naturlig å forstå bestemmelsen slik at den tar sikte på virksomhet som drives utendørs og har de samme følger for omgivelsene som de opplistede aktivitetene. Hertil kommer at dersom bestemmelsen også skulle omfatte innendørs virksomhet, som i mange tilfeller også medfører forsøpling utenfor virksomhetens lokaler, vil dette være en så stor gruppe at den ville vært naturlig å nevne særskilt i bestemmelsen.

A og B opplyses å være tradisjonelle serveringssteder som driver sin virksomhet innendørs. Det er i virksomhetenes lokaler gjestene serveres og det er også her gjestene skal oppholde seg når de inntar det serverte. Selv om virksomhetene har inngang fra gate/fortau som er «alminnelig beferdet eller bestemt for alminnelig ferdsel» og gjestene røyker og også tidvis oppholder seg ved inngangen og utenfor virksomhetens lokale, kan jeg derfor vanskelig se at virksomheten drives her. Jeg har forståelse for at røykeloven har skapt en ny situasjon og at kommunen har behov for å kunne pålegge virksomheter å rydde fortauer. Som nevnt over, er imidlertid en ryddeplikt med hjemmel til å ilegge gebyr ved brudd, relativt inngripende og krever klar hjemmel i lov. På bakgrunn av ovenstående må det legges til grunn at kommunen ikke hadde tilstrekkelig hjemmel i politivedtekten § 1–2 for å ilegge miljøgebyrene og forholdene må kritiseres. At kommunen visste at søppe-

let på fortauene stammet fra de aktuelle virksomhetene, og derfor mente disse burde rydde opp, kan ikke bøte på den mangelfulle hjemmelen.

Oslo kommune har i politivedtektene § 2–1, jf. forskrift 26. februar 2004 nr. 443 om vedtekt for forsøk med kommunal oppgavedifferensiering – Aktiv bekjempelse av forsøpling av offentlige uterom, Oslo kommune, Oslo § 4, hjemmel til å ilegge gebyr til hus- eller grunneier som ikke sørger for «renhold av fortau på eller langs eiendommen». Ønsker kommunen å utvide kretsen som har ryddeplikt til også å gjelde leietakere, må dette komme tydelig til uttrykk i regelverket, slik det nå er foreslått i ny politivedtekt for Oslo kommune.

På bakgrunn av ovenstående ber jeg Oslo kommune vurdere ileggelsen av miljøgebyrene på nytt.»

Ombudsmannen mottok kopi av brev fra Oslo kommune til NHO Reiseliv, hvor det fremgikk at kommunen opphevet miljøgebyrene og at eventuelt innbetalt gebyr ville bli refundert.

Sakskostnader, erstatning

63.

Forvaltningsloven § 36 – purrekostnader

(Sak 2005/215)

A fikk avslag på sitt krav om dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 for den del av kostnadene som knyttet seg til purring på klagebehandlingen. Finansdepartementet mente at slike kostnader ikke var nødvendige for få endret vedtaket.

Ombudsmannen uttalte at ulovfestede normer for god forvaltningsskikk gir den private part en berettiget forventning om at klagesaken vil bli avgjort innen rimelig tid. Kostnader for å purre på klagebehandlingen vil derfor kunne ha tilstrekkelig årsaksammenheng med endringsvedtaket til at de kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36. I vurderingen av hva som var nødvendig må det legges vesentlig vekt på hva parten og hans advokat med rimelighet har ment var naturlige tiltak. På bakgrunn av den lange saksbehandlingstiden og at det ikke var holdepunkter for at det ble gitt noen underretning om forventet saksbehandlingstid, var det forståelig at As advokat fant det nødvendig å purre på saken gjentatte ganger. Ombudsmannen ba derfor Finansdepartementet ta denne delen av sakskostnadsavgjørelsen opp til ny vurdering.

Finansdepartementet omgjorde vedtaket på grunnlag av ombudsmannens uttalelse. Det ble lagt til grunn at kostnader knyttet til purring på klagebehandling etter omstendighetene kan fremstå som nødvendige kostnader.

Saken gjelder spørsmålet om kostnader pådratt i forbindelse med gjentatte purringer på behandling av en klage på et avslag på søknad om fellesregistrering etter merverdiavgiftsloven § 12 tredje ledd kan være «nødvendige kostnader» som kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36.

Oslo fylkesskattekontor ga 18. april 2002 A delvis avslag på en søknad om fellesregistrering for selskapene i konsern B. Fylkesskattekontoret mente at noen av selskapene ikke oppfylte de materielle vilkårene for fellesregistrering siden disse selskapene ikke samarbeidet om den avgiftspliktige virksomheten.

29. mai 2002 påklaget As advokat avslaget. Fylkesskattekontoret fastholdt at merverdiavgiftslovens vilkår for fellesregistrering ikke var oppfylt, og oversendte 4. juli 2002 klagen til Skattedirektoratet. As advokat purret på klagebehandlingen i telefonhenvendelser til Skattedirektoratet 3. februar, 27. februar, 18. mars og 15. april 2003. Deretter i brev til Skattedirektoratet 8. mai 2003, 12. september 2003 og 13. oktober 2003.

Avslaget på søknaden om fellesregistrering ble opphevet ved Skattedirektoratets vedtak 5. november 2003. Det gikk frem av vedtaket i klagesaken at fylkesskattekontoret hadde tolket merverdiavgiftslovens materielle vilkår for fellesregistrering for strengt. I vedtaksbrevet beklaget Skattedirektoratet den lange saksbehandlingstiden.

A fremsatte så krav etter forvaltningsloven § 36 om dekning av sakskostnader på kr 55 180. Skattedirektoratet fant at forvaltningsloven § 36 ga A krav på å få dekket kostnadene som var pådratt til utarbeidelse av klagen 29. mai 2002 og tilkjente etter hvert dekning med kr 12 500. De øvrige sakskostnadene, kr 42 680, var pådratt etter 29. mai 2002 og hadde etter Skattedirektoratets syn ikke vært nødvendige for å få endret fylkesskattekontorets vedtak.

I vedtak 19. januar 2005 fastholdt Finansdepartementet Skattedirektoratets avgjørelse. I Finansdepartementets vedtak het det blant annet:

> «Tvisten gjelder omkostninger som er påløpt ved arbeid med de tilleggsbrev som ble sendt til Skattedirektoratet 8. mai, 12. september og 13. oktober 2003. Disse tre brevene inneholdt ingen nye anførsler i forhold til klagebrevet. I de telefonsamtalene som har vært mellom Skattedirektoratet og advokatene, har det heller ikke kommet fram nye momenter. Det har stort sett vært snakk om rene purringer. Advokatfirmaet har i tillegg brukt noe tid på oppfølging av klienten. Hva som er nødvendige kostnader må rimeligvis avgjøres ut fra en konkret vurdering, hvor sentrale momenter vil være sakens karakter og kompleksitet og forvaltningens holdning til og vilje til å respondere på partens anførsler. Det er forståelig at parten i denne sak har gått til advokat, og dermed pådratt seg utgifter i den anledning. Departementet er imidlertid enig med Skattedirektoratet om at feilens art og vanskelighetsgrad ikke er av en slik karakter at omkostninger ut over kr 12 500 har vært nødvendige for resultatet.»

Da saken ble klaget inn for ombudsmannen, ble Finansdepartementet i brev herfra bedt om å opplyse hvorvidt vedtaket var basert på en oppfatning om at kostnader påløpt etter at klagen var sendt, hovedsakelig forbundet med purringer og klientoppfølging, etter sin art ikke var nødvendige, eller om vedtaket var basert på en konkret vurdering om at det i denne saken ikke var nødvendig å purre eller følge opp overfor klienten.

Finansdepartementet svarte blant annet:

> «En purring er en påminnelse om at svar ikke er mottatt eller en anmodning om å behandle saken, og har vanligvis ingen betydning for sakens rettslige eller faktiske grunnlag. Etter departementets syn kan derfor kostnader som er forbundet med rene purringer, som hovedregel ikke kreves erstattet etter forvaltningsloven § 36.
> ---
> Rimelighetshensyn tilsier imidlertid at det praktiseres enkelte unntak fra denne hovedregelen.
> ... Siden det er partens subjektive oppfatning som skal legges til grunn for vurderingen av om kostnadene har vært nødvendige, kan kostnader til en purring trolig kreves erstattet hvis det har gått svært lang tid uten at man har fått svar på en henvendelse til et forvaltningsorgan.
> ---
> Hovedregelen må imidlertid være at det ikke kan forventes noen raskere saksbehandlingstid enn forvaltningsorganets ressurser og saksmengde tilsier, og det må være opp til forvaltningsorganet selv å avgjøre hvilken prioritet den enkelte sak skal ha, innenfor et forsvarlig skjønn. Etter departementets syn kan det derfor ikke kreves erstatning for henvendelser så langt de kun har til hensikt å få saken raskere behandlet enn det som følger av en forsvarlig organisering av saksbehandlingen i organet.
> ---
> Utgifter til intern kontakt mellom advokat og klient vil kunne kreves erstattet etter forvaltningsloven § 36 i den grad slik kontakt er nødvendig for å opplyse saken faktisk eller rettslig. Utgifter til annen oppfølgning av klienten vil som hovedregel ikke kunne erstattes etter denne bestemmelsen – de er ikke nødvendige for å få endret vedtaket.
> ---
> Brevene av 8. mai, 12. september og 13. oktober 2003 fra As advokat til Skattedirektoratet inneholder ingen ny rettslig eller faktisk informasjon om saken. Det er heller ikke dokumentert at det ble fremsatt nye anførsler i telefonsamtalene mellom As advokat og Skattedirektoratet. Saken stod m.a.o. i samme stilling før og etter disse henvendelsene.
> ---
> As advokat [var] på et tidlig tidspunkt klar over årsaken til den lange saksbehandlingstiden. Det var da ingen grunn til fortsatte henvendelser for «å få fortgang i saken». Henvendelsene fra advokatfirmaet hadde heller ikke til hensikt å belyse saken ytterligere. Alt tyder tvert i mot på at saken var tilstrekkelig opplyst allerede ved brevet av 29. mai 2002.»

Departementet fastholdt at kostnadene som var pådratt etter 29. mai 2002 ikke hadde vært nødvendige for å få endret vedtaket, og at de derfor ikke kunne kreves erstattet etter forvaltningsloven § 36.

As advokat kommenterte Finansdepartementets synspunkter. Fra dette brevet siteres:

> «Det kan opplyses at i denne sak har all klientkontakt skjedd telefonisk og vært begrenset til vår selvfølgelige etterlevelse av god advokatskikk.
> ---
> Finansdepartementet skriver at «As advokat på et tidlig tidspunkt var klar over årsaken til den lange saksbehandlingstiden. Det var da ingen grunn til fortsatte henvendelser». Jo visst var det grunnlag; vi ble blant annet klar over at saken lå på bordet til saksbehandler C, selv om hun var reist til Sør-Amerika for å hente et adoptivbarn for deretter å gå ut i fødselspermisjon. Ga ikke slik informasjon foranledning til fortsatte henvendelser?»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Forvaltningsloven § 36 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.»

Fra As klage 29. mai 2002 til Skattedirektoratet 5. november 2003 tok klagen til følge og opphevet avslaget gikk det ett år og fem måneder.

Det sentrale spørsmålet i denne sak er om det var «nødvendig» for A å pådra seg kostnader til gjentatte purringer for å få opphevet fylkesskattekontorets avslag.

I brev hit anførte Finansdepartementet blant annet:

> «En endring av et forvaltningsvedtak vil bygge på en tolkning av det foreliggende rettskildematerialet, og en anvendelse av jussen på sakens faktum. De kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket, må således knytte seg til sakens rettslige eller faktiske grunnlag. Andre utgifter har ikke hatt betydning for sakens utfall, og det vil således i utgangspunktet ikke være «årsakssammenheng mellom utgiftene og det forhold at vedtaket ble endret» (Sivilombudsmannens årsmelding 2003 side 168).

Sitatet ovenfor fra årsmeldingen 2003 har Finansdepartementet hentet fra mitt avsluttende brev i en sak der jeg blant annet uttalte at forbeholdet om «nødvendige» [kostnader] i forvaltningsloven § 36 ikke ga forvaltningen fritt skjønn til å fastsette sakskostnadene, herunder redusere en ordinær og vanlig timesats for rettshjelpere og advokater.

Det avsnittet dette sitatet er hentet fra lyder i sin helhet slik:

> «I forarbeidene til endringsloven i 1977 ble det

> ikke gitt noen omfattende drøftelse av hva det nærmere ligger i kravet til «nødvendige» (jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 101 ff.). Imidlertid synes begrensningen myntet på at det må være *en* [min utheving] årsakssammenheng mellom utgiftene og det forhold at vedtaket ble endret. Det ble ikke gitt uttrykk for at partens sakskostnader bare kunne erstattes inntil en bestemt timesats.»

Finansdepartementet oppfatter nok ombudsmannens forståelse av nødvendighetskriteriet for snevert når det på grunnlag av min uttalelse i årsmeldingen 2003 anfører at andre utgifter enn de som knytter seg (direkte) til utredningen av «sakens rettslige eller faktiske grunnlag» i utgangspunktet ikke vil ha tilstrekkelig årsakssammenheng med at vedtaket ble endret til at de kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36.

Justisdepartementets Lovavdeling har i en uttalelse til Finansdepartementet 18. januar 2006 om retten til sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 blant annet gitt sitt syn på kravet til årsakssammenheng mellom utgiftene og vedtaksendringen.

Under punkt 3 i brevet heter det blant annet:

> «Fvl. § 36 gir rett til dekning av «kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket.» Bestemmelsen oppstiller et krav om årsakssammenheng mellom utgifter parten har pådratt seg i klageprosessen og vedtaksendringen, jf. kravet om at kostnadene må ha vært «nødvendige».
>
> I kravet ligger det en avgrensning mot utgifter som ikke er knyttet til omgjørings- eller klagesaken.
>
> I den utstrekning en part har hatt kostnader i omgjørings- eller klagesaken, oppstår spørsmålet om det var nødvendig å pådra seg disse for at forvaltningen skulle endre det opprinnelige vedtaket. I denne vurderingen står partens oppfatning sentralt, jf. Ot. prp. nr. 3 (1976–1977) s. 101:
>
> «Særlig viktig er det om det var forståelig at parten pådro seg utgifter, for eksempel ved å oppsøke advokat, for å få endret vedtaket. Ved vurderingen spiller feilens art og sakens vanskelighetsgrad en vesentlig rolle.»

For den private part kan klagesaken vanskelig anses som avsluttet før det er fattet vedtak i klagesaken, og klageren har fått underretning om dette vedtaket. De ulovfestede normene for god forvaltningsskikk gir parten en berettiget forventning om at saken/klagesaken vil bli behandlet og avgjort innen rimelig tid. Eventuelle purreutgifter som parten pådrar seg vil derfor i utgangspunktet ha en naturlig tilknytning til klagesaken og således også kunne ha tilstrekkelig årsakssammenheng med endringsvedtaket til at de kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36. I den utstrekning det er forståelig at parten har gått til advokat i anledning klagesaken kan det heller ikke reises innvendinger mot at advokaten bistår parten til saken er endelig avsluttet. Advokatens løpende orientering til klienten, innenfor kravene til god advokatskikk, inntil saken er endelig avsluttet må derfor anses som en naturlig del av sakskostnadene som kan kreves dekket etter § 36.

Den konkrete vurdering av om purrekostnadene var nødvendige skal så, slik som Finansdepartementet også la til grunn i brevet hit 13. juli 2005, ta utgangspunkt i partens subjektive oppfatning. Det innebærer, som jeg har lagt til grunn i en rekke tidligere saker, jf. blant andre min uttalelse i årsmeldingen 2005 s. 261, og henvisningene der til tidligere uttalelser, at det må legges vesentlig vekt på hva parten selv og hans advokat med rimelighet har ment var naturlige tiltak, slik de hadde grunn til å oppfatte situasjonen. Hvis det på denne bakgrunn var forståelig at parten pådro seg de aktuelle utgiftene vil de også være «nødvendige» etter forvaltningsloven § 36.

I utgangspunktet har jeg ingen kritiske bemerkninger til Finansdepartementets oppfatning om at det «ikke [kan] kreves erstatning for henvendelser så langt de kun har til hensikt å få saken raskere behandlet enn det som følger av en forsvarlig organisering av saksbehandlingen i organet». Mitt standpunkt forutsetter at saken faktisk er gjenstand for forsvarlig prioritering og fremdrift, og at parten/partsrepresentanten blir orientert om forventet saksbehandlingstid i henhold til forvaltningslovens regler og de ulovfestede normene for god forvaltningsskikk.

Jeg har ingen informasjon om hvorvidt As advokat ble underrettet da klagen ble oversendt fra fylkesskattekontoret til Skattedirektoratet. Jeg forutsetter likevel at dette ble gjort. Slik saken er opplyst, synes det som om Skattedirektoratet alt i juli 2002, da klagen ble oversendt fra fylkesskattekontoret, var klar over at saksbehandlingstiden ville bli lang. Likevel ble det i denne saken tydeligvis ikke sendt foreløpig svar fra Skattedirektoratet, jf. forvaltningsloven § 11 a tredje ledd, eller på annen måte på direktoratets eget initiativ gitt advokaten noen informasjon om forventet saksbehandlingstid i Skattedirektoratet. Uavhengig av om klagen isolert sett ble gitt en forsvarlig prioritering, er en slik mangel på informasjon både i strid med forvaltningsloven § 11 a tredje ledd og med kravene til god forvaltningsskikk. Advokatens første purring i telefon til Skattedirektoratet i februar 2003, dvs. syv måneder etter at Skattedirektoratet hadde mottatt klagen, synes derfor «nødvendig» og påkrevd for å ivareta klientens tarv.

Undersøkelsene herfra har ikke gitt klare svar på når advokaten fikk informasjon om:

1) at det tok tid før saken ble overført til ny saksbehandler da den forrige gikk ut i adopsjonspermisjon eller
2) at Skattedirektoratet prioriterte klagesaker som skulle opp i Klagenemnda for merverdiavgift fremfor slike klager som denne.

Verken fødsels- eller adopsjonspermisjoner bør komme bardus på arbeidsgiver. «[En] forsvarlig or-

ganisering av saksbehandlingen i organet», jf. departementets brev hit 13. juli 2005, forutsetter derfor at saken blir overført til ny saksbehandler senest fra det tidspunkt en adopsjonspermisjon innledes. Jeg må derfor anta at den sene overføringen av denne saken til ny saksbehandler var et uheldig brudd på direktoratets ordinære praksis ved fødsels- og adopsjonspermisjoner.

Det er forståelig at Skattedirektoratet i en viss utstrekning må prioritere klagesaker som skal behandles i Klagenemnda for merverdiavgift, særlig saker som skal opp i førstkommende møte i Klagenemnda etter at en annen type klage kom inn til direktoratet. Men også prioriteringen av Klagenemndsaker fremfor andre klager må bygge på et forsvarlig skjønn. I Skattedirektoratets brev 10. august 2004 til As advokat går det frem at direktoratet betraktet sakens faktum som «forholdsvis enkelt og oversiktelig», og at saken dreide seg om «et rent lovtolkningsspørsmål, nemlig hvorvidt lovens krav til «samarbeid» er oppfylt». Klagebehandlingen av saken kan derfor neppe ha vært spesielt tid- eller ressurskrevende i Skattedirektoratet.

Når disse forholdene sees i sammenheng har jeg vanskelig for å se at det lå et forsvarlig skjønn bak saksbehandlingstiden på ett år og fire måneder i Skattedirektoratet for denne klagen. Slik saken er opplyst, finner jeg heller ikke holdepunkter for at As advokat på noe tidspunkt fikk nærmere underretning om forventet saksbehandlingstid for klagen. Det synes derfor forståelig at As advokat utover våren og høsten 2003 fant det nødvendig å fortsette å purre på saken, etter hvert også per brev, og således pådro A ytterligere utgifter i klagesaken.

Jeg ber på denne bakgrunn Finansdepartementet om å ta saken opp til ny vurdering i lys av mine merknader. For ordens skyld vil jeg bemerke at jeg ikke har funnet grunn til å gå nærmere inn på As advokats kostnadskrav i denne saken.»

Finansdepartementet omgjorde vedtaket på grunnlag av ombudsmannens uttalelse. Det ble lagt til grunn at kostnader knyttet til purring på klagebehandling etter omstendighetene kan fremstå som nødvendige kostnader.

64.

Omkostningskrav i forbindelse med ekspropriasjon – forholdet mellom forvaltningsloven § 36 og oreigningsloven § 15

(Sak 2005/2270)

Saken gjaldt dekning av saksomkostninger i forbindelse med vedtak om forhåndstiltredelse ved ekspropriasjon. Klageren krevde utgiftene dekket etter forvaltningsloven (fvl) § 36. Kommunal- og regionaldepartementet (KRD) avviste kravet. Det la til grunn at fvl § 36 ikke fikk anvendelse fordi forholdet reguleres av oreigningsloven (orl) § 15, og at i saker der det holdes skjønn, er det skjønnsretten som avgjør ekspropriatens rett til å få dekket sine saksomkostninger etter denne bestemmelsen.

Ombudsmannen la til grunn at orl § 15 annet ledd får anvendelse på saker om forhåndstiltredelse etter orl § 25. Han uttalte imidlertid at orl § 15 annet ledd og fvl § 36 første ledd kan anvendes ved siden av hverandre. KRD ble derfor bedt om å vurdere saken på nytt. I uttalelsen drøftes også avgjørelsesmyndigheten etter orl § 15 og forholdet til veiledningsplikten i fvl § 11. Etter en fornyet vurdering tilkjente KRD klager et beløp til dekning av saksomkostninger etter tvl § 36 første ledd.

Skien kommune eksproprierte et areal fra A og søkte deretter om forhåndstiltredelse av ekspropriasjonsarealet, etter lov om oreigning av fast eiendom 23. oktober 1959 nr. 3 § 25. Fylkesmannen i Telemark ga samtykke til forhåndstiltredelse. A påklaget avgjørelsen til Kommunal- og regionaldepartementet (KRD). I samme periode ble overskjønn avholdt ved Agder lagmannsrett. As advokat sendte omkostningsoppgave for overskjønnet til lagmannsretten. Dagen etter sendte hun omkostningsoppgave for klagen på forhåndstiltredelsen til KRD, under henvisning til forvaltningsloven 10. februar 1967 (fvl) § 36. Lagmannsretten avgjorde det fremsatte omkostningskravet få dager senere. Departementet avviste kravet om dekning av saksomkostninger. Begrunnelsen var at fvl § 36 ikke får anvendelse fordi forholdet reguleres av orl § 15, og at i saker der det holdes skjønn er det skjønnsretten som avgjør ekspropriatens rett til å få dekket sine saksomkostninger etter denne bestemmelsen.

A klaget saken inn til ombudsmannen. KRD ble i brev herfra blant annet bedt om å vurdere hvorvidt det forhold at orl § 15 annet ledd får anvendelse, utelukker omkostningskrav etter fvl § 36 første ledd. Under henvisning til departementets uttalelse, om at kompetansen etter orl § 15 ligger til skjønnsretten, ble KRD spurt om hvordan kompetansefordelingen vil være hvis spørsmålet om forhåndstiltredelse først blir endelig avgjort etter at skjønnsmyndighetene har ferdigbehandlet saken. Ettersom forvaltningens avgjørelser etter orl § 15 annet ledd skal fattes av Justis- og politidepartementet (JD) ble KRD bedt om å vurdere hvorvidt det burde videresendt kostnadskravet til JD for vurdering etter orl § 15, samt å kommentere forholdet til veiledningsplikten i fvl § 11.

KRD var usikker på om det hadde lagt riktig lovanvendelse til grunn og fant det nødvendig å be JD om en avklaring før ombudsmannens henvendelse ble besvart. Svaret fra KRD er derfor (i hovedsak) identisk med uttalelse fra JDs lovavdeling.

I svaret ble det vist til to eldre uttalelser fra JDs lovavdeling, der det blant annet fremgikk at JD tidligere la til grunn at fvl § 36 gjelder ved siden av orl § 15. JD mente imidlertid nå at orl § 15 i utgangspunktet vil ha funksjon som lex specialis, slik at den

går foran fvl § 36 der anvendelsesområdene overlapper hverandre. Det ble videre vist til at «visse uttalelser i forarbeidene ser også ut til å trekke i denne retning». Departementet mente dette tilsa at orl § 15 uttømmende regulerer ekspropriatens rett til saksomkostninger i sak om forhåndstiltredelse. Det fulgte av dette at «Lovavdelingen ikke opprettholder den rettsoppfatning som kom til uttrykk i jnr. 672/81 E (JDLOV-1981–672)».

JD mente at det fremstår som «mest rasjonelt» at det er skjønnsretten som treffer avgjørelsen etter orl § 15 (i form av tilleggsskjønn) i saker der det avholdes skjønn, samt at denne løsningen ligger nærmest ordlyden. I forhold til veiledningsplikten og videresending av kostnadskravet til JD, fremholdt departementet blant annet at parten var representert ved advokat, og at «en så sentral saksomkostningsbestemmelse i denne typen saker som oreigningslova § 15 må klart nok forutsettes kjent for advokaten». I denne sammenheng trakk departementet en parallell til den særlige veiledningsplikten etter fvl § 36 fjerde ledd første punktum. JD mente det var «mye som taler for» at KRD «ikke hadde noen rettslig plikt til å veilede parten på grunnlag av noen av bestemmelsene i forvaltningsloven § 11 om muligheten for å rette krav mot Justisdepartementet og fremgangsmåten i den forbindelse.» JD kom senere med en presisering av at uttalelsen «tar ... sikte på det normaltilfellet at Justisdepartementet skulle avgjøre kravet om saksomkostninger.»

Ombudsmannens uttalelser ved avslutningen av saken:

Forholdet mellom orl §§ 15 og 25, avgjørelsesmyndigheten etter orl § 15, samt forvaltningens veiledningsplikt

Orl § 15 første og annet ledd bestemmer:

> «Kostnad som føresegnene i dette kapitel fører med seg, skal søkjaren bera.
>
> Søkjaren skal dessutan svara motparten dei utgiftene som var naudsynlege til å taka vare på baten hans i saka. Dette gjeld òg utgift i klagesak, med unntak for tilfelle der motparten til søkjaren har klaga utan god grunn. Avgjerd om sakskostnader etter leden her skal takast av skjønsstyremakta eller, dersom det ikkje vert halde skjøn, av Kongen.»

Ombudsmannen la til grunn at «orl § 15 annet ledd får anvendelse på saker etter orl § 25». Han viste til at en slik tolkning ikke er i strid med ordlyden. Videre viste han til uttalelse fra JDs lovavdeling 5. juli 1973 (JDLOV-1973–1215) og JDs uttalelse i gjeldende sak, samt til uttalelser i Ot.prp. nr. 62 (1981–82) Om lov om endringer i lov 1. juni 1917 nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker m.m. og Innst.O. nr. 9 (1982–83). Konklusjonen innebar at krav om dekning av As utgifter i forbindelse med forhåndstiltredelsen, kunne blitt fremmet etter orl § 15.

Når det gjaldt avgjørelsesmyndigheten etter orl § 15 annet ledd, uttalte ombudsmannen at ordlyden *«kan* muligens åpne for en løsning der forvaltningen bare er avskåret fra å avgjøre spørsmålet i det tidsrommet skjønnet blir avholdt». Etter ombudsmannens syn «taler imidlertid ordlyden for at forvaltningen bare har avgjørelsesmyndighet etter orl § 15 annet ledd i de sakene der det ikke blir avholdt skjønn». Han viste videre til at bakgrunnen for lovendringen (om avgjørelsesmyndighet) i 1982 var behov for samordning av omkostningskravene, slik at «også dette [taler] for at avgjørelsesmyndigheten ligger hos skjønnsretten». Sett hen til at spørsmålet ikke er særlig praktisk og heller ikke synes å komme på spissen i gjeldende sak, fant ombudsmannen det ikke nødvendig her å ta endelig stilling til kompetansespørsmålet.

Ombudsmannen fant imidlertid grunn til å ta avstand fra deler av det departementet fremholdt om forvaltningens veiledningsplikt, og uttalte her:

«Den behandling spørsmålene har fått både ved KRD, JDs lovavdeling og hos ombudsmannen, taler for at verken forholdet mellom fvl § 36 første ledd og orl § 15 annet ledd, eller kompetansefordelingen mellom skjønnsretten og JD etter orl § 15, kan forutsettes kjent av en advokat. Etter mitt syn kan ikke det forhold at klager var representert ved advokat, her endre innholdet av forvaltningens veiledningsplikt.»

Forholdet mellom fvl § 36 og orl § 15

Ombudsmannen uttalte følgende om dette spørsmålet:

«Forvaltningsloven § 36 (sakskostnader) første og annet ledd lyder som følger:

> «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.
>
> I sak som vesentlig er en tvist mellom parter, kan den part som har satt fram krav om endring av et vedtak, men ikke har fått medhold i spørsmål av noen betydning, pålegges å betale den annen part helt eller delvis de særlige sakskostnader som kravet har ført med seg.» [min utheving]

Jeg vil først peke på at ordlyden i fvl § 36 første ledd gir anvisning på en klar hovedregel, jf. begrepsbruken «skal ... tilkjennes». Begrensningene er angitt i selve bestemmelsen. Dette taler for at fvl § 36 første ledd gir klager et selvstendig rettskrav når vilkårene er oppfylt. Som påpekt av KRD/JD, la også JD tidligere til grunn at fvl § 36 gjaldt ved siden av orl § 15. Det vises til Lovavdelingens uttalelse april 1981 (jnr. 672/81 E), der blant annet følgende fremgår:

«[Jeg] vil ... presisere at Fvl § 36 gjelder ved siden av den særlige regel om kostnader i oreigningsloven § 15. ... Hvor fvl 36 også kan anvendes vil neppe ekspropriaten få større dekning etter denne bestemmelse enn etter oreigningsloven § 15. Men samtidig har oreigningsloven et snevrere anvendelsesområde i det den bare gir hjemmel for å pålegge ekspropriantens kostnadene og ikke regulerer forholdet til forvaltningens ansvar for sakskostnader (f eks ved behandling av klagesak hvor det påstås å ha vært gjort feil). (For ekspropriaten spiller dette dog liten rolle.) Som 4 sivilkontor riktig peker på kan det derfor være tilfelle hvor det kan være naturlig å benytte fvl § 36 som hjemmel for å tilkjenne ekspropriaten sakskostnader. Hvor dette ikke er gjort, kan det f eks hende at ekspropria[n]ten kan nå frem med erstatningskrav overfor forvaltningen for utgifter klagesaken har påført ham. For ekspropria[n]ten vil derimot fvl § 36 være eneste grunnlag for å få dekket sine utgifter. Dette kan f eks være praktisk i et tilfelle der ekspropria[n]ten klager over avslag på søknad om ekspropriasjonstillatelse og vedtaket blir endret til gunst for ham i klagesaken. [Rettelsene i teksten fra «ekspropriaten» til «ekspropriantenn» er foretatt i selve uttalelsen og ikke av ombudsmannen.]

Fvl § 36 første ledd bygger på synspunkter «som grenser til spørsmålet om det offentliges erstatningsansvar for uriktige forvaltningsavgjørelser», jf Ot prp nr 3 (1976–77) s 101. Etter min mening vil det være naturlig at man *først vurderer spørsmålet om parten bør få dekket sine sakskostnader etter denne bestemmelsen. ... Det som parten (ekspropriaten) ikke får dekket av vedkommende offentlige organ etter denne bestemmelsen, vil han med hjemmel i oreigningsl § 15 kunne kreve dekket hos ekspropriantenn. ...*

Dersom forholdet til fvl § 36 første og annet ledd er vurdert, kan jeg vanskelig se at ekspropriantenn vil kunne reise noe krav overfor det offentlige om dekning av det beløp som han etter oreigningsloven § 15 er pålagt å betale til ekspropriaten. Men særlig når det gjelder første ledd, må man vel ta det forbehold at det ikke foreligger «myndighetsmisbruk» fra det offentliges side ved anvendelsen av bestemmelsen. Og i den forbindelse er det nærliggende å hevde at *det offentlige ikke kan fri seg for sitt ansvar etter § 36 første ledd (som jo ligger nær opp til en «rettskrav-bestemmelse») ved å vise til at ekspropriaten iallfall vil få dekket sine utgifter av ekspropriantenn etter oreigningsloven § 15. Fvl § 36 første og annet ledd må vel i denne forbindelse anses som en «spesialbestemmelse» som innen sitt område «går foran oreigningsloven § 15.»*

Jeg kan ikke se at forholdet er vurdert i forarbeidene til forvaltningsloven, verken i 1967 eller i 1977. Men jeg forutsetter at spørsmålet blir nærmere vurdert av byråsjef [A]. Når det gjelder Sivilavdelingens konsept, vil jeg til overveielse foreslå følgende formulering ... :

«Forvaltningsloven § 36 første og annet ledd kommer som utgangspunkt også til anvendelse i ekspropriasjonssaker. Ved klage i ekspropriasjonssaker bør det derfor først vurderes om parten bør få dekket sine sakskostnader etter disse bestemmelsene hos underdistansen som traff vedtaket som senere er endret. For ekspropriaten vil det *i neste omgang* kunne bli spørsmål om dekning av sakskostnadene hos ekspropriantenn etter reglene i oreigningsloven § 15. ...

Lovavdelingen arbeider som kjent med en proposisjon om endringer i bl a reglene i oreigningsloven § 15. Jeg antar at vi i den forbindelse bør komme nærmere inn på forholdet til fvl § 36.» [ombudsmannens uthevinger]

Jeg kan ikke se at denne siste antakelsen ble fulgt opp ved at forholdet til fvl § 36 første ledd ble særlig drøftet eller avklart i Ot.prp. nr. 62 (1981–82). For sammenhengens skyld, vil jeg imidlertid påpeke at da JDs lovavdeling kom med denne uttalelsen (og da Ot.prp. nr. 62 (1981–82) ble utarbeidet) lød fvl § 36 første og annet ledd slik:

> «Når et vedtak blir endret til gunst for en part *på grunn av feil ved saksbehandlingen, avgjørelsesgrunnlaget, lovanvendelsen eller annen ugyldighetsgrunn*, skal han tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket, med mindre særlige forhold taler mot det.
>
> Også ellers kan en part i særlige tilfelle tilkjennes hel eller delvis dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å vareta hans interesser i klagesaken, dersom dette finnes rimelig.» [ombudsmannens uthevinger]

Vilkåret om feil/ugyldighetsgrunn i første ledd, samt hele annet ledd, ble tatt ut under lovrevisjonen 12. januar 1995 nr. 4, jf. Innst.O. nr. 4 (1994–95). Forholdet som nå reguleres av fvl § 36 annet ledd, sto tidligere i tredje ledd. Uttalelsen må leses i lys av dette.

JD har endret standpunkt siden 1981-uttalelsen, jf. JDs uttalelse til KRD 9. mars 2006 pkt 2 ... Synspunktet er at orl § 15 annet ledd går foran – og utelukker anvendelsen av – fvl § 36 første ledd, der bestemmelsenes anvendelsesområde overlapper hverandre fordi orl § 15 er en spesialregel. KRD har sagt seg enig i dette. KRD/JD har vist til «lovendringene i 1982 slik disse er beskrevet i forarbeidene», samt fem konkrete sitater ...

Før endringene ved lov 17. desember 1982 nr. 88, jf. Ot.prp. nr. 62 (1981–82), lød orl § 15 første ledd slik:

> «Kostnad som føresegnene i dette kapitel fører med seg, skal søkjaren bera. Når serlege omstende er til stades, kan Kongen fastsetja at søkjaren òg skal svara motparten dei utgiftene som var naudsynlege til å taka vare på baten hans i saka»

Jeg kan ikke se at uttalelsene fra forarbeidene til lovrevisjonen, sitert i uttalelsene hit, i særlig grad underbygger KRDs/JDs standpunkt. Før lovrevisjonen var dekning av utgifter i klagesak ikke uttrykkelig nevnt. Etter sin ordlyd, kunne imidlertid også den eldre orl § 15 omfatte utgifter i klagesak, slik at bestemmelsene også da hadde dels overlappende anvendelsesområder. Av Ot.prp. nr. 62 (1981–82) s. 56 fremgår at det «må trolig legges til grunn» at orl § 15 også kommer til anvendelse ved klage over for-

håndstiltredelse, i tillegg til klage på ekspropriasjonsvedtak, jf. også Innst.O. nr. 9 (1982–83) s. 7.

At det ved lovrevisjonen ikke synes å ha vært lovgivers mening å gi orl § 15 annet ledd forrang i forhold til fvl § 36 første ledd, støttes av følgende uttalelse om bakgrunnen for Lovavdelingens notat fra februar 1981, gjengitt i proposisjon på s. 51:

> *«I tillegg* vil det kunne bli spørsmål om dekning av sakskostnadene av det offentlige etter ... forvaltningsloven § 36 (dekning av sakskostnadene ved eventuell klagebehandling.) *Betydningen av disse reglene i ekspropriasjonssaker vil imidlertid ikke bli drøftet nærmere i notatet her.*» [ombudsmannens uthevinger]

I 1981-uttalelsen anså faktisk JDs lovavdeling i visse tilfelle dagjeldende fvl § 36 første og annet ledd som «en «spesialbestemmelse» som innen sitt område «går foran oreigningsloven § 15»», jf. ovenfor.

Etter mitt syn bør det fremgå klarere av loven, med tolkningsfaktorer, dersom orl § 15 annet ledd skal avskjære krav etter fvl § 36 første ledd. Synspunktet støttes av hensynet til forutberegnelighet. Videre er de to reglene basert på til dels forskjellige hensyn og formål. De spesielle reglene om saksomkostninger i ekspropriasjonssaker har som bakgrunn at den som søker ekspropriasjon skal betale utgiftene dette pådrar ekspropriaten, fordi ekspropriasjonen er et inngrep mot sistnevnte, jf. blant annet proposisjonen s. 51 og 54:

> «Spørsmålet om hvem som skal betale saksomkostningene i en ekspropriasjonssak er regulert i oreigningsloven § 15 ... skjønnsloven § 54, jf § 58 ... og tvistemålsloven kap 13.
> ---
> Begrunnelsen for bestemmelsen i skjønnsloven § 54 er i første rekke at *saksøkte blir påtvunget utgifter for å ivareta sine interesser og det er da rimelig at han får dekket alle nødvendige utgifter... Bestemmelsen har også en side til Grunnloven § 105.*
> ---
> Hovedhensikten ... er ... å vurdere nærmere enkelte sider ved de sakskostnadsregler som gjelder i forbindelse med forvaltningens behandling av en ekspropriasjonssak ... og i forbindelse med eventuell overprøving av et skjønn ... *Bakgrunnen er at anvendelsen av gjeldende regler på disse områdene ... dels fører til lite rimelige resultater.*
> Lovavdelingen mener det er ønskelig å bringe ordlyden i oreigningsloven § 15 første ledd annet punktum [nå annet ledd første punktum] i samsvar med praksis på området og med ordlyden i skjønnsloven § 54 første ledd.»[ombudsmannens uthevinger]

JD påpekte i 1981-uttalelsen at fvl § 36 første ledd bygger på «synspunkter «som grenser til spørsmålet om det offentliges erstatningsansvar for uriktige forvaltningsavgjørelser», jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 101. Dette hensynet er noe svekket – men ikke helt bortfalt – etter revisjonen av fvl § 36 i 1995. Etter mitt syn gir orl § 15 annet ledd og fvl § 36 første ledd fortsatt rettigheter ut fra til dels forskjellige hensyn.

Å avskjære krav etter fvl § 36 første ledd kan også føre til at ekspropriaten kommer dårligere ut av det enn klagere i andre forvaltningssaker. Ekspropriaten vil i noen tilfeller måtte forholde seg til en ikke søkegod privatperson etter orl § 15, mens krav etter fvl § 36 første ledd rettes mot det offentlige. Å stille ekspropriaten i en dårligere situasjon enn etter forvaltningslovens omkostningsregel, kan ikke sies å være i samsvar med intensjonene bak de særlige omkostningsreglene for ekspropriasjonssaker.

Til tross for at det følger av Ot.prp. nr. 62 (1981–82) s. 51 at betydningen av fvl § 36 i ekspropriasjonssaker ikke vil bli drøftet nærmere, fremkommer senere visse bemerkninger om § 36 *annet ledd*, jf. s. 57:

> «Det kan reises spørsmål om det bør åpnes en adgang til i særlige tilfelle å pålegge ekspropriaten å betale eksproprianten hans utgifter i anledning klagesaken hvor klagen var klart ugrunnet. Det kan i denne forbindelse vises til ... forvaltningsloven § 36 tredje ledd [nå annet ledd] ...
> Lovavdelingen antar imidlertid at det ikke er rimelig med en tilsvarende bestemmelse i ekspropriasjonssaker. Her vil oreigningsloven § 15 *uttømmende angi* når den ene parten kan få dekket sine utgifter i anledning saken *av motparten*.» [ombudsmannens utheving]

Uttalelsen taler for at fvl § 36 *annet ledd* ikke får anvendelse ved siden av orl § 15, i det det «antas» at bestemmelsen her uttømmende angir når en part kan få dekket sine omkostninger «av motparten». Gjeldende sak gir ikke grunn til å ta endelig standpunkt til anvendelsen av fvl § 36 annet ledd i ekspropriasjonssaker. Likevel vil jeg bemerke at en regel, der fvl § 36 *annet ledd* ikke gis anvendelse, vil – i motsetning til for første ledd – være i samsvar med hensynene bak de særlige omkostningsreglene for ekspropriasjonssaker og revisjonen av disse, jf. ovenfor.

At anvendelsen av orl § 15 annet ledd ikke utelukker krav etter fvl § 36 første ledd, vil innebære en økonomisk byrde for det offentlige. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende ettersom det kun medfører at klagesaker knyttet til ekspropriasjon likestilles med andre saker der vedtak blir endret til gunst for klager. Videre skal det offentlige bare dekke «vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket». Omfanget av kravet etter orl § 15 kan være mer omfattende, blant annet fordi det også omfatter førsteinstansvedtaket. Forholdet mellom orl § 15 annet ledd og fvl § 36 første ledd vil bare komme på spissen for utgifter som oppfyller vilkårene etter begge bestemmelsene.

Hvis de samme kostnadene kan dekkes gjennom krav til forskjellige organer, kan det også oppstå lignende samordningsproblemer som før lovrevisjonen i 1982 (da skjønnsretten fikk avgjørelsesmyndighet etter orl § 15). Slik rettskildesituasjonen fremstår i

dag, kan jeg imidlertid ikke se at dette praktiske problemet kan bli avgjørende for resultatet.

En mer grunnleggende innvending mot at omkostningene kan kreves dekket av det offentlige etter fvl § 36 første ledd, knytter seg til selve ekspropriasjonsinstituttet. Synspunktet er at eksproprianten bør dekke alle utgifter knyttet til ekspropriasjonen fordi dette er en sak/inngrep mellom to (private) parter. Jeg har forståelse for denne innvendingen, selv om ekspropriasjon ikke er den eneste typen forvaltningssak som i hovedsak gjelder forhold mellom private parter. Man kan gjerne mene at også utgiftene i klagesak, der vedtaket endres til gunst for ekspropriaten, *bør* dekkes av eksproprianten. Det er imidlertid mitt syn at en avskjæring av krav etter fvl § 36 første ledd krever et klarere rettsgrunnlag enn det som foreligger i dag.

Etter denne gjennomgangen, finner jeg å kunne legge til grunn at fvl § 36 første ledd får anvendelse ved siden av orl § 15 annet ledd.»

Ombudsmannen ba på denne bakgrunn KRD om å vurdere saken på nytt, med sikte på å klarlegge om A har krav på dekning av saksomkostninger etter fvl § 36 første ledd.

Etter dette vedtok KRD å tilkjenne A et konkret fastsatt beløp til dekning av sakskostnader etter fvl § 36 første ledd.

65.

Dekning av sakskostnader ved søknad om familiegjenforening

(Sak 2005/708)

Saken gjaldt spørsmål om dekning av sakskostnader til advokatbistand etter forvaltningsloven § 36 etter at Utlendingsdirektoratet omgjorde sitt tidligere avslag på en søknad om oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed.

Ombudsmannen kritiserte utlendingsmyndighetene for ikke å ha opplyst saken tilstrekkelig da søknaden om oppholdstillatelse ble behandlet første gang. Begrunnelsen for å nekte dekning av sakskostnader – at omgjøringen ikke skyldtes forhold under forvaltningens kontroll – var dermed tvilsom. Utlendingsnemnda ble bedt om å vurdere kravet om dekning av sakskostnader på nytt.

Utlendingsnemnda sluttet seg deretter til ombudsmannens syn på saken og dekket sakskostnader.

A, borger av Etiopia, søkte om oppholdstillatelse ved Den norske ambassaden i X. Bakgrunnen for søknaden var et ønske om familiegjenforening med herboende referanse, som ble oppgitt å være hans mor. Referansen ble etter anmodning fra Utlendingsdirektoratet (UDI) intervjuet på lensmannskontoret 20. desember 2001. Hun ble bedt om å fremskaffe dokumentasjon på slektskapet med A og dokumentasjon på at hans far var død. Hun ga imidlertid uttrykk for at dette kunne bli vanskelig.

UDI avslo As søknad i mai 2002. Direktoratet begrunnet avslaget med at det ikke var tilstrekkelig dokumentert eller sannsynliggjort at A var referansens sønn. Det ble vist til manglende dokumentasjon på slektskapet og på farens angivelige død, manglende opplysninger om farens identitet og om søkerens bakgrunn, samt ulike angivelser av søkerens fødselsdato i henholdsvis søknaden om familiegjenforening og under intervjuet med referansen. Videre ble det vist til referansens tidligere fortielse av sønnens eksistens overfor UNHCR og norske myndigheter. Disse forholdene ble ansett å svekke «den generelle troverdigheten av søknaden».

Referansen klaget på avslaget ved hjelp av en advokat. Advokaten redegjorde nærmere for hvorfor dokumentasjonen rundt familieforholdet var dårlig. Han opplyste blant annet at graviditeten og fødselen måtte holdes skjult for omgivelsene. A skal deretter ha bodd sammen med sin far og delvis blitt tatt vare på av sin mormor. Advokaten redegjorde også noe nærmere for grunnen til at det var oppgitt ulike fødselsdatoer.

UDI tilbød deretter A og referansen en DNA-test. Resultatet fra testen viste at det mest sannsynlig («most likely») forelå en mor/barn relasjon. Advokaten ble bedt om å gi flere opplysninger om As far og om å innhente hans samtykke til søknaden, dersom han var i live. Advokaten opplyste at faren var død og at det var umulig å fremskaffe en attest som dokumenterte dødsfallet. UDI omgjorde deretter sitt tidligere avslag og innvilget søknaden om oppholdstillatelse.

Advokaten fremmet etter dette et krav om dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 36. Kravet ble avslått av UDI. Etter klage opprettholdt Utlendingsnemnda direktoratets avslag. Som begrunnelse viste nemnda til at omgjøringen skyldtes nye faktiske opplysninger som lå utenfor forvaltningens kontroll og at forvaltningens undersøkelsesplikt var oppfylt.

I klagen til ombudsmannen anførte advokaten blant annet at nemnda og direktoratet hadde «satt en for lav standard når det gjelder kravet til UDIs veilednings- og utredningsplikt» og at «man har stilt for store krav/forventninger til hva søkere/referanser ... selv må forstå er opplysninger av viktighet og/eller relevans for søknaden».

Ombudsmannen besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere. Utlendingsnemnda ble i brev bedt om å kommentere klagerens anførsler. Særlig ble det bedt om en nærmere begrunnelse for konklusjonen om at saken var tilstrekkelig opplyst da direktoratet traff sitt første vedtak. Det ble herfra vist til at det i referatet fra den forklaringen som referansen ga ved lensmannskontoret, ikke fremgikk at hun var spurt om hvorfor hun ikke tidligere hadde opplyst om sønnens eksistens. Det fremgikk heller ikke at hun var bedt om å redegjøre for hvor sønnen hadde

oppholdt seg i de seneste ti årene og hvem som hadde hatt omsorgen for ham i denne perioden. Disse forholdene ble som nevnt tillagt vekt ved vurderingen av referansens troverdighet da direktoratet i første omgang avslo As søknad om oppholdstillatelse.

Nemnda innhentet en redegjørelse fra UDI om saken. I svarbrevet hit understreket nemnda at forvaltningsloven § 17 pålegger forvaltingen å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak fattes. Forvaltningen har derfor i en viss utstrekning plikt til å henvende seg til parten for å få supplerende opplysninger der avgjørelsesgrunnlaget ikke er tilstrekkelig. Deretter het det:

> «Likevel er det grenser for hvor langt utrednings- og informasjonsplikten rekker for parter som ikke har gitt fyllestgjørende opplysninger. Hvor grundig forvaltningen skal utrede saken før vedtak fattes må avveies mot hensynet til rask og forsvarlig saksbehandling. Dersom forvaltningens plikter etter forvaltningsloven § 17 trekkes for langt, vil dette kunne øke forvaltningens arbeidsbyrde, som igjen vil øke saksbehandlingstiden ytterligere. Nemnda vil her påpeke at det er parten selv som i utgangspunktet må sannsynliggjøre at vedkommende fyller vilkårene for tillatelsen som det er søkt om, og at dette i en viss utstrekning bestemmer rekkevidden av utredningsplikten. Det er parten selv som har best forutsetninger for å gi relevant informasjon knyttet til søknaden, forutsatt at søkeren er gjort kjent med hvilke opplysninger forvaltningen trenger og betydningen av å gi utfyllende opplysninger om dette.»

Om opplysningen av saken skrev nemnda:

> «Etter en samlet vurdering av de gitte opplysninger kom direktoratet til at det ikke var tilstrekkelig dokumentert eller sannsynliggjort at søker var referansens biologiske sønn. Det ble lagt avgjørende vekt på at referansen ikke tidligere har oppgitt søker som sin sønn til tross for at hun flere ganger har gitt utførlige opplysninger om sine familierelasjoner både til UNHCR og til norske myndigheter. Det ble også lagt vekt på at det ikke var fremlagt noen fødselsattest for søker og at det er oppgitt forskjellige fødselsår på søker. Når det gjelder den manglende fødselsattesten anfører advokat ... at direktoratet forventes å være kjent med at attester ikke er vanlig på den etiopiske landsbygda. Til dette bemerket direktoratet i brevet av 30.08.05 at det ikke er uvanlig å få utstedt fødselsattester selv om man føder på landsbygden, selv hvor fødsel ikke skjer på sykehus. Slike attester er ofte utstedt av kebelle-kontoret i det området man bor. Det er i utgangspunktet meningen at alle som er bosatt i kebellen skal være registrert hos kebellen. Om man ikke får en fødselsattest derfra når man blir født er det mulig å få en senregistrert fødselsattest. Direktoratet mente derfor at det ikke var urimelig å legge vekt på at det i denne saken ikke ble fremlagt noen fødselsattest for søker.
>
> Når det gjelder spørsmålet om DNA-analyse bemerket direktoratet at ikke alle automatisk blir tilbudt DNA-analyse. Utlendingsmyndighetene avgjør på bakgrunn av sin vurdering av søknaden hvorvidt det skal gis tilbud om DNA-analyse i den enkelte sak. Det vises til at utlendingsmyndighetene på det tidspunkt søknaden ble fremmet verken hadde kapasitet eller økonomiske midler til å tilby alle søkere en DNA-analyse. På det tidspunkt vedtak ble fattet inngikk ikke tilbud om DNA-analyser i de vanlige saksbehandlingsrutiner. På det tidspunkt ble DNA-analyser kun tilbudt borgere av Somalia. Ordningen med DNA-analyser ble først utvidet til å gjelde borgere av Etiopia våren 2003. Direktoratet bemerket videre at det i klageomgangen imidlertid kom frem nye opplysninger som gjorde det mer sannsynlig at søkeren var referansens biologiske barn. Direktoratet har blant annet vist til at det ble gitt en troverdig forklaring på hvorfor referansen ikke tidligere hadde oppgitt søker som sitt barn. Ordningen med DNA-testing var på det tidspunkt utvidet til også å gjelde borgere av Etiopia, og tilbud om DNA-analyse ble derfor gitt. Årsaken til at det ble gitt tilbud om DNA-analyse var referansens forklaring i klageomgangen. Direktoratet mente derfor at omgjøringen skyldtes partenes eget forhold.»

Nemnda mente videre at det ikke var avgjørende at politiet under intervjuet 20. desember 2001 angivelig ikke hadde spurt referansen om hvorfor hun ikke hadde nevnt sønnen eller hans oppholdssted tidligere. Nemnda anførte at referansen selv kunne ha kommet med en forklaring på dette i intervjuet eller på annen måte før direktoratet fattet sitt vedtak. Det ble også vist til at referansen på bakgrunn av tidligere fortielser om at hun hadde en sønn, burde skjønt betydningen av å forklare seg.

Videre het det:

> «Nemnda vil dessuten påpeke at forklaringen om hvorfor sønnen ikke er oppgitt tidligere, ikke er den eneste grunnen til at direktoratet kunne omgjøre sitt tidligere vedtak. I medhold av utlendingsforskriften § 22, § 23 bokstav e fremgår vilkårene for at et barn kan få oppholdstillatelse når bare en av foreldrene bor i riket. Direktoratet avslo søknaden om oppholdstillatelse blant annet fordi det ikke var opplysninger om klagerens far i saken. I udatert mail fra direktoratet til advokat ... redegjør direktoratet nærmere for vilkårene for å få tillatelse etter nevnte bestemmelse, og kort om grunnlaget for bestemmelsen, jf. sakens dokument 16. I brev fra advokat ... fremkommer det opplysninger om søkerens far. I direktoratets endringsvedtak av 08.01.04 skriver direktoratet at «På bakgrunn av disse opplysningene legger Utlendingsdirektoratet til grunn at referansen har foreldreansvaret alene for søkeren.» I vedtaket om sakskostnader av 30.08.04 skriver direktoratet at «Videre gjorde de nye opplysningene om søkers far at direktoratet la til grunn at søkers mor, referansen, har foreldreansvaret alene.» Nemnda finner på bakgrunn av det nevnte at vilkårene i forskriftens § 23 bokstav e om foreldreansvaret ikke var dokumentert oppfylt da direktoratet avslo søknaden 30.05.02. I likhet med det som nevnes i det ovenstående avsnittet, finner nemnda også her at referansen må bære ansvaret for at tilstrekkelig informasjon ikke forelå på søknadstidspunktet. I brev av 06.10.01 til ... politidistrikt har direktoratet bedt om at det innhentes opplysninger om foreldreansvaret, jf. sakens

> dokument 2 A. Nemnda mener at referansen i avhøret av 20.12.01 således ble oppfordret til å komme med alle relevante opplysninger om søkerens far. I den grad referansen har fått opplysninger om søkerens far etter dette tidspunkt, måtte referansen skjønne betydningen av at disse ble oversendt utlendingsmyndighetene så raskt som mulig.»

Nemnda fastholdt også at det svekket referansens troverdighet at hun til norske myndigheter hadde oppgitt to forskjellige fødselsdatoer for søkeren. Med henvisning til advokatens anførsler om at kalenderen i Etiopia har tretten måneder og at det derfor må foretas en komplisert omregning, skrev nemnda at referansen uansett burde ha vært konsekvent da hun oppga sønnens fødselsdato til norske myndigheter.

Advokaten fikk anledning til å kommentere nemndas redegjørelse. Han minnet innledningsvis om at det var A som var part i saken, og at den juridiske bistanden han hadde ytt måtte vurderes i forhold til As opptreden, og ikke referansens. Han anførte videre at det var saklige grunner for at herboende referanse hadde gitt ufullstendige opplysninger til norske myndigheter forut for søknaden om familiegjenforening og at A og moren ikke fikk tilstrekkelig informasjon om hva som var nødvendig for å kunne redegjøre fyllestgjørende for saken. Han fremholdt også at hans bistand hadde vært avgjørende for at søkeren skulle nå frem i klageomgangen.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Rettslig utgangspunkt

Forvaltningens ansvar for sakskostnader påløpt i forbindelse med omgjøring av vedtak, reguleres i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 36 første ledd, som 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 får anvendelse i utlendingssaker, jf. utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 32, som fastslår at forvaltningsloven «gjelder når ikke annet følger av loven her». Utgangspunktet er således at A som part, og referansen/moren som hans verge, har krav på dekning av vesentlige og nødvendige sakskostnader. Det er imidlertid et vilkår at endringen i Utlendingsdirektoratets vedtak ikke skyldtes partens eller referansens eget forhold eller andre forhold som lå utenfor deres eller forvaltningens kontroll.

Det synes å være på det rene at omgjøringen av direktoratets avslag skyldtes nye faktiske opplysninger innkommet i klageomgangen, jf. direktoratets redegjørelse til nemnda i forbindelse med undersøkelsen av saken herfra. Jeg forstår det slik at det var opplysningene i advokat ...s klage som i første rekke var årsaken til at direktoratet valgte å tilby DNA-analyse, og at resultatet av denne analysen var utslagsgivende sammen med opplysningen om farens død. I klagen redegjorde advokaten blant annet noe nærmere for hvorfor referansen ikke tidligere hadde gitt opplysninger om sønnen til UNHCR eller norske myndigheter.

Hvis en part har gitt forvaltningen ufullstendige eller uriktige opplysninger, kan retten til dekning av sakskostnader etter forholdene avskjæres. Dette forutsetter imidlertid at forvaltningen har etterlevd sin plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før det opprinnelige vedtaket ble truffet, jf. forvaltningsloven § 17. I Justisdepartementets rundskriv G-37/95 punkt 2.15 bokstav b, s. 13–14 er det uttrykt slik:

> «Det forhold at endringen skyldes nye opplysninger gir imidlertid ikke automatisk grunnlag for å nekte dekning. Det må ved vurderingen tas med i betraktning at hovedregelen etter forvaltningsloven § 17 første ledd er at forvaltningsorganet har en selvstendig plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Først i tilfeller hvor det er på det rene at førsteinstansen har etterlevd sin plikt til å innhente opplysninger til bruk for saksbehandlingen, kan det legges til grunn at forholdet ligger utenfor forvaltningens kontroll, slik at dekning av sakskostnader kan nektes.»

Tilsvarende formuleringer er for øvrig også brukt i UDIs nye rundskriv om sakskostnader, 2006/005 FSK.

Forvaltningsloven § 17 første ledd gir uttrykk for det såkalte undersøkelsesprinsippet, som pålegger forvaltningen et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Regelen innebærer blant annet at forvaltningen skal være upartisk i sin opplysning av saken. Det skal fremskaffes informasjon både til gunst og til ugunst for parten. Hvor langt undersøkelsesplikten går, vil blant annet avhenge av sakens karakter, forvaltningens ressurser, behovet for rask avklaring og partenes stilling.

En side av utredningsplikten i saker om oppholdstillatelse er dessuten særskilt regulert i utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028. Etter § 12 skal den myndighet som mottar søknaden påse at den er «nøyaktig utfylt og at de nødvendige vedlegg følger søknaden. Vedkommende myndighet skal innhente alle opplysninger om søkeren som antas nødvendige for at saken skal bli så godt opplyst som mulig før vedtak treffes».

2. UDIs utredning av saken

I sitt vedtak 7. april 2005 la Utlendingsnemnda til grunn at direktoratets omgjøring skyldtes forhold utenfor forvaltningens kontroll. Nemnda viste til at det er parten selv som må sannsynliggjøre at vilkårene for tillatelsen er til stede og at dette ikke var til-

strekkelig sannsynliggjort på tidspunktet for direktoratets avslag. I vedtaket og i svarbrevet hit la nemnda videre til grunn at utlendingsmyndighetene hadde oppfylt sin undersøkelsesplikt i saken. Nemnda viste til at referansen kunne ha gitt opplysninger om søkeren til UNHCR eller til norske myndigheter på et tidligere tidspunkt og at det først etter direktoratets avslag ble gitt nærmere opplysninger om søkerens far. I svarbrevet hit er dette uttrykt slik:

> «Det er parten selv som har best forutsetninger for å gi relevant informasjon knyttet til søknaden, forutsatt at søkeren er gjort kjent med hvilke opplysninger forvaltningen trenger og betydningen av å gi utfyllende opplysninger om dette.»

Jeg har ingen merknader til dette utgangspunktet. Det sentrale spørsmålet i saken er nettopp om søkeren – eller mer presist A selv og referansen som hans oppgitte mor og verge – ble gjort kjent med hvilke opplysninger som var relevante for saken og betydningen av at disse opplysningene fremkom.

I As søknadsskjema for oppholds- eller arbeidstillatelse, som ble innlevert i hovedstaden i X 17. august 2001, har han i tillegg til sin mor oppgitt navnet på morens ektefelle som stefar under rubrikkene for «principal person». I skjemaets felt 18 B («Other family members») er det gitt opplysninger om herboende halvbror og halvsøster. Skjemaet har ingen rubrikk for avdøde slektninger, for eksempel foreldre. Det er heller ikke andre dokumenter i saken som viser at A ble bedt om å oppgi navnet på sin far ved innlevering av søknaden. Slik saken er opplyst, må jeg legge til grunn at ambassaden ikke etterspurte nærmere opplysninger om faren. Siden opplysninger om biologiske foreldre står sentralt i saker om familiegjenforening, og manglende opplysninger her ble brukt mot A, er dette i strid med den utredningsplikten som følger av utlendingsforskriften § 12.

Referansen opplyste ikke om A overfor UNHCR eller norske myndigheter i flyktningsaken. Det er ikke tvilsomt at en slik unnlatelse generelt sett kan være egnet til å svekke referansens troverdighet. Hennes advokat har imidlertid opplyst at årsaken til unnlatelsen var at hun ikke visste om han var i live og at hun ikke hadde hatt kontakt med ham på mange år. Ut fra sakens dokumenter kan det ikke sees at direktoratet eller politidistriktet har søkt å bringe dette på det rene. Det fremgår verken av rapporten fra ... lensmannskontor eller av direktoratets forutgående anmodning til politiet om å foreta intervju, at referansen ble bedt om å forklare hvorfor hun ikke hadde opplyst om A tidligere. Ut fra sakens dokumenter må jeg legge til grunn at direktoratet, før anmodningen om intervju ble sendt, var eller burde vært kjent med uoverensstemmelsene mellom referansens tidligere opplysninger til myndighetene og opplysningene som fremkom i As søknad om oppholdstillatelse.

I nemndas brev hit 19. september 2005 heter det på s. 2–3:

> «Vi mener at parten selv kunne ha fremkommet med en forklaring på dette i intervjuet eller på annen måte kommet med en forklaring før direktoratet fattet vedtak i 2002. Referansen burde på bakgrunn av tidligere fortielser om at hun hadde en sønn, skjønt betydningen av å forklare grunnen til fortielsen overfor direktoratet. Direktoratet på sin side kan neppe bebreides for ikke å ha bedt referansen om en forklaring før denne fremkommer i klagen over avslaget på søknaden om oppholdstillatelse. Direktoratet behandler årlig et stort antall saker, blant annet om familiegjenforening. Ut fra sin erfaring med tilsvarende saker med familiegjenforening er direktoratet vel kjent med at herboende referansers ikke-biologiske barn blir oppgitt som egne biologiske barn i den hensikt å skaffe dem oppholdstillatelse i Norge. Typisk for slike saker er at opplysningene om at søkeren er referansens barn ikke er fremkommet ved referansens tidligere kontakt med norske myndigheter, men først ved søknaden.»

Henvisningen til myndighetenes erfaringer forklarer synet på generell troverdighet i slike saker, men det er ingen forklaring på manglende spørsmål til den enkelte referanse. Tvert imot kan det hevdes at de generelle erfaringene bør lede til ekstra påpasselighet både fra direktoratets og politiets side med hensyn til å få nettopp denne siden ved saken belyst.

Jeg har også vanskelig for å se at det er rimelig å forvente at referansen *uoppfordret* burde ha forklart seg om årsaken til uoverensstemmelsen. Hvis ulike opplysninger i henholdsvis flyktningsaken og saken om familiegjenforening ikke var et tema under intervjuet, noe jeg må anta ut fra tilgjengelige dokumenter, er dette etter mitt syn å legge et urimelig stort ansvar på referansen. Referansen er kvoteflyktning med vanskelige opplevelser bak seg og hadde på det tidspunktet vært i Norge under 2 år. Det var nødvendig med bruk av tolk under intervjuet. Det må kunne legges til grunn at hun hadde dårlig innsikt i norsk regelverk og hun var heller ikke representert av advokat forut for direktoratets avslag.

I vurderingen av omfanget av UDIs utredningsplikt legger jeg også vekt på at det ville ha vært svært enkelt for myndighetene å få avklart uoverensstemmelsen med referansen da hun ble avhørt av politiet. Det samme gjelder informasjon om farens identitet m.v., samt As bakgrunn og omsorgssituasjon. Manglende opplysninger om disse forholdene svekket etter direktoratets syn «den generelle troverdigheten av søknaden», jf. avslaget 30. mai 2002. Ulike angivelser av fødselsår i henholdsvis søknaden og i intervjuet er også brukt mot søkeren. Heller ikke dette forholdet synes å ha vært gjenstand for nærmere undersøkelser fra direktoratets side og det fremgår ikke av politiets rapport at temaet var berørt.

Jeg kan for øvrig vanskelig følge nemndas slutning i brevet hit, sitert foran, om at direktoratet ba politidistriktet om å innhente opplysninger om foreldreansvaret, og at referansen «således ble oppfordret til å komme med alle relevante opplysninger om søkerens far». Det fremgår av intervjuet at referansen

trodde at barnets far var død, men det er ikke dokumentert at hun ble bedt om å gi andre opplysninger.

Troverdighet vil ofte stå sentralt i utlendingssaker. Det må forventes at søkere og herboende referanser svarer korrekt og til en viss grad utfyllende på de spørsmål som blir stilt av utlendingsmyndighetene og politiet. Hvis opplysninger tilbakeholdes eller det gis feilaktige eller ulike svar i ulike sammenhenger, vil dette være egnet til å svekke søkerens eller referansens troverdighet. Men ufullstendige opplysninger eller ulike svar kan ha en forståelig og aktverdig grunn. Skal utlendingsmyndighetenes vurdering av troverdighet være forsvarlig, må det som hovedregel kreves at utlendingen gis tilstrekkelig anledning til å forklare seg om årsaken. Det vil etter mitt syn som utgangspunkt ligge innenfor forvaltningens utredningsplikt å legge forholdene til rette for dette.

Jeg har kommet til at saken var for dårlig utredet da avslaget på søknaden om familiegjenforening ble truffet. Troverdighetsvurderingen var tuftet på et tynt grunnlag og deler av direktoratets begrunnelse var tvilsom. For øvrig har jeg merket meg at manglende dokumentasjon i form av fødselsattest og farens dødsattest også brukes mot søkeren i avslaget. I den senere behandlingen av saken har imidlertid direktoratet godtatt at slike attester ikke kan frembringes. Jeg antar at DNA-analysen har gjort en fødselsattest mindre interessant i denne sammenheng, mens dokumentasjon på farens død fortsatt ikke finnes.

3. Oppsummering

Forvaltningens undersøkelsesplikt må, som nemnda påpeker, avveies mot hensynet til en effektiv saksbehandling og en forsvarlig bruk av ressursene. Sakens velferdsmessige betydning for søkeren og individuelle forhold hos parten vil kunne medføre at forvaltningens undersøkelsesplikt skjerpes. Slike individuelle forhold kan være partens forutsetninger for å forstå hva som er relevant for saken og hvorvidt parten har fått bistand og veiledning fra for eksempel en advokat.

I denne saken hadde søknaden stor velferdsmessig betydning for søkeren. Verken søkeren selv eller referansen som oppgitt mor/verge hadde særlige forutsetninger for å forstå hvilke opplysninger som var relevante for saken. Tvert imot synes de å ha hatt større behov for veiledning enn hva som er normalt på andre livsområder. Det er ikke dokumentert og heller ikke anført at slik veiledning ble gitt.

Utlendingsforvaltningen har mye erfaring med saker om familiegjenforening og med slik usikkerhet knyttet til troverdighet som oppstod i denne saken. Det måtte etter mitt syn ha vært enkelt og lite tidkrevende å innhente mer informasjon om de uklare punktene i saken forut for direktoratets avslag. Dette ble likevel ikke gjort fra direktoratets eller politidistriktets side. Slik jeg ser det, må myndighetene bære ansvaret for dette.

Gjennomgangen av saken gir etter dette grunn til å kritisere utlendingsmyndighetene for ikke å ha opplyst saken tilstrekkelig da søknaden om oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed ble behandlet første gang. Begrunnelsen for å nekte dekning av sakskostnader – at omgjøringen ikke skyldtes forhold under forvaltningens kontroll – er dermed tvilsom.»

Utlendingsnemnda behandlet etter dette saken på nytt og tok kravet om dekning av sakskostnader delvis til følge. Kostnadene forbundet med klagen til ombudsmannen ble dekket fullt ut. Videre dekket nemnda forsinkelsesrenter fra tidspunktet for nemndas opprinnelige vedtak.

66.

Varsel om etterberegning av merverdiavgift – sakskostnader – spørsmål om analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 36 – erstatning

(Sak 2005/2298)

Etter at et fylkesskattekontor hadde frafalt den varslede etterberegningen overfor firmaet, fremmet firmaet krav om dekning av saksomkostninger det hadde hatt for å ivareta sine interesser med å imøtegå varselet. – Ombudsmannen la til grunn at det ikke var rom for dekning av sakskostnader i henhold til forvaltningsloven § 36, verken direkte eller per analogi, og heller ikke ut fra arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2–1 eller ulovfestede regler om det offentliges erstatningsansvar knyttet til forvaltningsavgjørelser.

Firmaet As virksomhet har bestått i bygging og salg av sykehjem og leiligheter på X i Y. Sør-Trøndelag fylkesskattekontor foretok bokettersyn hos selskapet, og i august 2002 varslet fylkesskattekontoret etterberegning av merverdiavgift med kr x mill. med tillegg av renter og tilleggsavgift. Spørsmålet i saken var om As prosjekter gjaldt avgiftsfritt salg av fast eiendom (oppføring i egen regi) eller omsetning av avgiftspliktige entreprenørtjenester (oppføring i fremmed regi). I mai 2003 frafalt fylkesskattekontoret den varslede etterberegningen overfor A. Begrunnelsen var at det på bakgrunn av en dom fra Agder lagmannsrett av 7. oktober 2002 i den såkalte Sageneset-saken (senere nektet fremmet for Høyesterett) var berettiget tvil om selskapets omsetning var avgiftspliktig.

I august 2003 fremmet A krav om dekning av kr xxx xxx i saksomkostninger som selskapet hadde hatt for å ivareta sine interesser i forbindelse med ettersynet. Kravet ble avslått av fylkesskattekontoret. Fylkesskattekontorets vedtak ble påklaget, men Skattedirektoratet stadfestet fylkesskattekontorets vedtak om å nekte dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36. Spørsmålet om dekning av saksomkostninger etter arbeidsgiveransvaret i

skadeserstatningsloven § 2–1 eller ulovfestede regler om det offentliges erstatningsansvar knyttet til forvaltningsavgjørelser, ble oversendt Finansdepartementet for behandling. Finansdepartementet avslo erstatningskravet med begrunnelse i at det ikke forelå noe ansvarsgrunnlag for A sitt krav.

Saken ble klaget inn for ombudsmannen av As advokat.

Ombudsmannen uttalte:

«Forvaltningsloven § 36 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.»

Etter ordlyden er det uttrykkelig krav om at det er truffet et vedtak i saken. Det er eventuelt sakskostnader som er pådratt etter at vedtaket er truffet – nødvendige kostnader for å få «endret vedtaket» – som kan dekkes i medhold av bestemmelsen. I etterberegningssaker vil avgiftspliktiges imøtegåelse av de spesifikke faktiske omstendigheter og eventuelle skjønnsmessige vurderinger en etterberegningsrapport inneholder – enten selv eller ved innleiet ekstern sakkyndig bistand – være en naturlig del av saksutredningen før vedtak treffes. Det er noe av formålet med etterberegningsrapporten og varselet å avklare om det foreligger faktiske forhold som ut fra gjeldende avgiftsregler tilsier at det er grunnlag for å fatte avgjørelse om etterberegning. Fylkesskattekontoret foretok her et bokettersyn og varslet om etterberegning av merverdiavgift m.v., men traff ikke et vedtak om fastsettelse av merverdiavgift. Forvaltningsloven § 36 kan – som De er innforstått med – på denne bakgrunn ikke komme direkte til anvendelse.

En begrenset adgang til analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 36 eller prinsippet i bestemmelsen, bygger til dels på en ombudsmannssak gjengitt i årsmeldingen for 1981 side 138 følgende, slik Deres firma redegjør for i brevet 14. august 2003 til fylkesskattekontoret. Denne saken skiller seg likevel fra saken som er omtalt i årsmeldingen fra 1981. I saken fra 1981 var normal saksbehandling ikke fulgt på en måte som satte de ordinære klagereglene på siden. I tillegg skilte klagerens innsats seg i liten grad fra hva som ville vært tilfelle under en ordinær klagebehandling. Klagenemnda for merverdiavgift har brukt sakskostnadsregelen i forvaltningsloven § 36 analogisk i en sak før vedtak er truffet, der et flertall i nemnda mente omkostningene ville blitt dekket i senere klage om det samme (se sak i Avgiftsnytt 2/2003 s. 211). Ut fra klagenemndas praksis for øvrig, fremstår saken hva gjelder sakskostnadsdekning likevel i noen grad som et særtilfelle. Hovedregelen og utgangspunktet er at avgiftpliktiges arbeid i fasen med saksforberedelse (med og uten ekstern bistand) ikke omfattes av forvaltningslovens § 36, og adgangen til å gi saksomkostninger basert på en analogi av forvaltningsloven § 36 er relativt begrenset. I saken gjengitt i årsmeldingen for 2000 s. 189 var det riktignok også åpnet for en analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 36 for arbeid utført før vedtak var fattet, men den konkrete saken tilsa at vilkårene for dekning etter erstatningsrettslige synspunkter også var oppfylt.

Jeg ser at klager her har blitt stilt overfor et stort etterberegningskrav, og har hatt betydelige utgifter i forbindelse med saksforberedelsen, men jeg kan ikke se at det er så vidt spesielle forhold ved saksbehandlingen av denne aktuelle saken som tilsier at prinsippet i § 36 skal komme til anvendelse. Det fremstår heller ikke som åpenbart at de samme saksomkostningene nødvendigvis hadde påløpt i en eventuell klagesak dersom fylkesskattekontoret hadde truffet et vedtak om å etterberegne selskapet merverdiavgift.

Jeg har på denne bakgrunn kommet til at det neppe kan reises avgjørende rettslige innsigelser mot Skattedirektoratets konklusjon på dette punkt.

Når det gjelder spørsmålet om statens ansvarsgrunnlag etter skadeserstatningsloven 13. juni 1969 nr. 26 § 2–1 eller ulovfestede prinsipper om offentlig erstatningsansvar ved statens forvaltningsvirksomhet, forstår jeg det slik at erstatningskravet baserer seg på at Sør-Trøndelag fylkesskattekontor sendte ut varsel om etterberegning av merverdiavgift på bakgrunn av feil faktisk og rettslig grunnlag. De anfører på vegne av Deres klient at fylkesskattekontoret ikke hadde opplyst saken så godt som mulig før varselet ble sendt, og viser i denne sammenheng til forvaltningsloven § 17 om forvaltningsorganers utredningsplikt. De anfører videre at dette medførte at fylkesskattekontoret sendte forhåndsvarsel basert på et uriktig faktisk grunnlag og at opplysningsansvaret med dette ble overført til A, som innebar betydelige kostnader for selskapet. Videre anfører De at Sør-Trøndelag fylkesskattekontor har gjort seg skyldig i feil rettsanvendelse da fylkesskattekontoret burde avventet saksbehandlingen til de juridiske spørsmål i Sageneset-saken var avklart og at staten må ta konsekvensene av dette i forbindelse med omkostningsspørsmålet.

Skadeserstatningsloven § 2–1 første punktum lyder:

> «Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettelig eller uaktsomt under arbeidstakerens utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt.»

Etter denne bestemmelsen har staten et objektivt ansvar for de skader som arbeidstakerne volder under utføringen av sitt arbeid. Dette gjelder imidlertid bare dersom skaden er voldt ved forsett eller uaktsom-

het fra arbeidstakers side. Utgangspunktet er at den alminnelige uaktsomhetsvurderingen som er utviklet gjennom rettspraksis, må legges til grunn også ved vurderinger etter skadeserstatningsloven § 2–1. Det er avviket fra den forsvarlige handlemåte som eventuelt gir grunnlag for å konstantere uaktsomhet og dermed ansvar. Ved vurderingen av ansvar etter skadeserstatningsloven § 2–1, er det uttrykkelig fremhevet at det skal tas hensyn til om «de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt». Denne formuleringen gjelder generelt, men er særlig utformet med henblikk på det offentliges erstatningsansvar knyttet til såkalt servicevirksomhet. Hvilke krav som kan stilles til offentlig virksomhet, vil variere med arten av virksomheten og det konkrete saksforhold.

Innholdet av ulovfestede prinsipper om erstatningsansvar ved statlig eller kommunal forvaltningsvirksomhet kan måtte nyanseres ut fra hva slags type feil som måtte være begått ved myndighetsutøvelsen. I forhold til å bygge en avgjørelse på feil faktiske omstendigheter som igjen skyldes brudd på utredningsplikten i forvaltningsloven § 17, er det grunn til å peke på at bestemmelsen i forvaltningsloven § 17 etter sin ordlyd gir anvisning på en slags idealkravsregulering («så godt opplyst som mulig») og ikke konkrete handlingsregler som, om de tilsidesettes, lett vil tilsi at de involverte tjenestemennenes opptreden kan ha vært uaktsom. Ansvarsgrunnlaget knyttet til feil ved rettsanvendelsen, synes ut fra rettspraksis å være bygget på et skjerpet grunnlag som forutsetter at feilen ikke skyldes unnskyldelig rettsvillfarelse. Utgangspunktet for erstatningskrav knyttet til feil rettsanvendelse kan tas i dommen i Rt. 1999 s. 1273 som viser at kommuner bare kan bli frifunnet på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse. Mye kan tale for at staten ved sin handlemåte må ha samme eller strengere ansvar.

I dommen i Rt. 1972 s. 578 – som direkte gjelder kommuners ansvar og som Deres firma omtaler nærmere i brevet 22. desember 2003 til Skattedirektoratet – ble Randaberg kommune fritatt for ansvar på grunn av rettsvillfarelse. Saken gjaldt et byggeforbud som kommunen hadde nedlagt. Flertallet kom til at bygningsloven ikke ga hjemmel for det vedtaket kommunen hadde fattet. Men selv om vedtaket objektivt sett var ugyldig og vedtaket hadde påført saksøkeren et økonomisk tap, fikk han ikke tilkjent erstatning. Retten begrunnet det med at bygningsrådet hadde stått overfor «et vanskelig tolkningsspørsmål, og hvor det dessuten gjaldt en lov som nettopp var trådt i kraft og som inneholdt mange nye regler på området...»

Saken i årsmeldingen for 2000 s. 189 viser – som Deres firma har påpekt – at staten kan bli erstatningsansvarlig for rettsanvendelsesfeil begått i tilknytning til et forhåndsvarsel i en etterberegningssak. I den saken kom jeg til at rettsvillfarelsen ikke var unnskyldelig da den riktige løsningen på avgiftsspørsmålet fremgikk av «rettskilder som er relativt lett tilgjengelige for myndighetene». Vurderingen av omsetningens karakter i denne saken og rettskildesituasjonen knyttet til avklaringen i Sageneset-saken, fremstår som betydelig mer sammensatt og konklusjonene mindre åpenbare.

Den rettsutvikling i form av objektivisering av ansvarsgrunnlaget knyttet til statens erstatningsplikt for uberettiget myndighetsutøvelse, som måtte kunne sies å følge av Høyesteretts dom i den såkalte advokatbevillingssaken inntatt i Rt. 2005 s. 416, er neppe av særlig betydning her. I den saken var det truffet et ugyldig vedtak av pønal karakter.

På denne bakgrunn er det neppe grunnlag for å rette avgjørende rettslige innvendinger mot Finansdepartementets konkrete vurdering av erstatningskravet og grunnlagene som har blitt anført for dette eller mot den konklusjon departementet har kommet frem til.»

Naturvern

67.

Dispensasjon fra vernebestemmelser i naturreservat

(Sak 2005/1180)

Klagen til ombudsmannen gjaldt dispensasjon fra vernebestemmelsene for Lian naturreservat, for allerede oppført basestasjon. Klager mente dispensasjon ikke var berettiget fordi det «ikke foreligger tekniske eller sikkerhetsmessige hinder for en alternativ plassering utenfor verneområdet».

Ombudsmannen uttalte at alternativ plassering må være en del av dispensasjonsvurderingen, også der denne skjer etter at et tiltak er oppført. Konsekvensene av flytting må da vurderes konkret opp mot konsekvensene av å la tiltaket stå. Vurderingene bør fremgå av dispensasjonsvedtakets begrunnelse. Ombudsmannen var i tvil om Direktoratet for naturforvaltning hadde foretatt en konkret og reell vurdering av alle relevante hensyn i saken, herunder betydningen av verneformålet, konsekvensene av tiltaket og eventuell alternativ plassering. Direktoratet ble derfor bedt om å vurdere saken på nytt.

Jernbaneverket bygger et lukket mobilnett langs Nordlandsbanen for å bedre sikkerheten, med blant annet nødtelefon og automatisk nødstopp. I denne forbindelse etableres basestasjoner for å oppnå god mobildekning langs hele jernbanelinjen. Basestasjonen ved Amli i Lian naturreservat ble oppført etter byggetillatelse, men uten at det ble søkt om dispensasjon fra bestemmelsene for naturreservatet. Dette ble opplyst å skyldes at det ikke fremgikk av kartene, som Jernbaneverket benyttet, at den tiltenkte plasseringen av tiltaket lå innenfor et naturreservat.

Tiltaket består av en 24 meter høy gittermast, med antenne montert i toppen, samt en hytte på 5 kvm. Hytta er plassert ved åpningen av en jernbanetunnel 80 meter fra masten. Mellom hytta og masten går signalkabel i trekkrør (stålrør) på bakken, det vil si ikke nedgravd. Monteringen av stasjonen innebar bruk av helikopter for transport.

Ansvarlig oppsynsmyndighet for området, Fjelltjenesten i Nordland, anmeldte forholdet. Jernbaneverket innga «Orientering om bygging i Lian Naturreservat» til Fylkesmannen i Nordland, som ga dispensasjon fra verneforskriftene, for tiltak av «vesentlig samfunnsmessig betydning». Etter klage fra Naturvernforbundet i Nordland, stadfestet Direktoratet for naturforvaltning vedtaket.

Naturvernforbundet i Nordland klaget saken inn for ombudsmannen og stilte blant annet spørsmål «om plasseringen av en enkelt mast innenfor Lian naturreservat kan berettige bruk av dispensasjonsadgangen i verneforskriften når det for den aktuelle masten ikke foreligger tekniske eller sikkerhetsmessige hinder for en alternativ plassering utenfor verneområdet».

Saken ble forelagt direktoratet med spørsmål herfra. I forhold til at alternativ plassering ikke ble vurdert i klagevedtaket, opplyste direktoratet blant annet at «retningslinjene for forvaltning av verneområder gir anvisning på at alternative løsninger skal vurderes» og skrev:

> «Dersom tiltaket hadde blitt omsøkt før det ble bygget, ville muligheten for plassering utenfor verneområdet vært en del av vurderingen. ... På tidspunktet for direktoratets behandling av saken var det eneste mulige alternativet å rive basestasjonen og flytte denne utenfor reservatet, og direktoratets vurdering knyttet seg derfor opp mot dette. Det ble foretatt en interesseavveining mellom verneinteressene og hensynet til sikkerhet på jernbanestrekningen, og direktoratet støttet fylkesmannens vurdering av at det ville medføre ytterligere skade for verneinteressene å flytte anlegget. Alternativ plassering ble derfor ikke vurdert å være aktuelt i dette tilfellet. Dersom tiltaket hadde blitt omsøkt før det ble bygget ville muligheten for alternativ plassering vært en del av vurderingen.»

Direktoratet kommenterte videre fylkesmannens anførsel om at «det vil medføre ytterligere skader i området dersom anlegget må rives og flyttes», slik:

> «Nordlandsbanen går gjennom vernområdet, og vedlikehold og drift av jernbanen er direkte tillatt i verneforskriften. ... Selv om tiltakshaver har lagt stor vekt på at hvert enkelt tiltak skal bli gjennomført så skånsomt som mulig både med hensyn til naturinngrep og omgivelsene for øvrig, er basestasjonen et tiltak som kan endre naturmiljøet i vernområdet, og etableringen et inngrep som kan være til skade for verneverdiene. Når tiltaket allerede er gjennomført støtter direktoratet fylkesmannens vurdering av at flytting av anlegget vil medføre ytterligere skade for verneverdiene i området. Flytting vil innebære et nytt inngrep i form av riving av mast og hytte, og transport av materialer ut av verneområdet. Selv om en slik gittermast innebærer et fremmedelement i et urørt naturområde, er det direktoratets vurdering at et nytt inngrep vil medføre større skade på verneverdiene enn om anlegget blir stående.»

Ved avslutning av saken uttalte ombudsmannen blant annet:

«I lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern § 1 fremheves at naturen er en nasjonalverdi som må vernes. Det fremgår at inngrep i naturen bare bør foretas ut fra en langsiktig og allsidig ressursdisponering, som tar hensyn til at naturen i fremtiden bevares som grunnlag for menneskenes virksomhet, helse og trivsel. Område som har urørt, eller tilnærmet urørt natur eller utgjør spesiell naturtype og som har særskilt vitenskapelig eller pedagogisk betydning eller som skiller seg ut ved sin egenart, kan fredes som naturreservat, jf. § 8. Et område kan totalfredes eller fredes for bestemte formål. I § 23 gis hjemmel til å gjøre unntak fra vedtak om verne- og fredningsbestemmelser, for bestemte institusjoner eller personer, blant annet for arbeider eller tiltak av «vesentlig samfunnsmessig betydning».

Et barskogområde på 4 863 dekar (gnr 66 bnr 3) i Rana kommune, Nordland fylke, er fredet under betegnelsen Lian naturreservat, jf. forskrift 31. august 2001 nr. 950 kap. I og II. Formålet er å «bevare et skogområde med alt naturlig plante- og dyreliv og med alle de naturlige økologiske prosessene», jf. kap. III. Særlig nevnes «en særdeles interessant kryptogamflora, med innslag av til dels ekstremt sjeldne sopparter» og «granskog på kalkgrunn, med et betydelig innslag av rike vegetasjonstyper og en artsrik karplanteflora». I reservatet er all vegetasjon, herunder døde busker og trær, og dyreliv fredet mot skade og ødeleggelse. Tiltak som kan endre naturmiljøet er forbudt, det samme er motorferdsel, jf. kap. IV punkt 1–4. Forvaltningsmyndigheten kan gjøre unntak fra forskriften, blant annet for tiltak av «vesentlig samfunnsmessig betydning», jf. kap. VIII. Dispensasjonshjemmelen i forskriften har samme ordlyd som lovens unntaksbestemmelse. Det må da i utgangspunktet legges til grunn at vurderingen etter forskriften blir den samme som etter loven.

Av Ot.prp. nr. 65 (1968–69) om lov om naturvern fremgår på s. 32 at «loven må gi en begrenset adgang til dispensasjon når vesentlige samfunnsmessige interesser i særlige tilfelle tilsier det» men at dispensasjon generelt bare bør gis «i helt spesielle tilfelle». Slik dispensasjonshjemmel fantes også i den eldre naturvernloven 1. desember 1954 § 3.

Denne saken gjelder dispensasjon fra vernebestemmelsene for et naturreservat. Naturreservat er den strengeste formen for områdevern etter naturvernloven. Verneformen gir en presumpsjon for at dispensasjonsadgangen må være meget begrenset. Den tilsier også at saksbehandlingen ved eventuelle

dispensasjoner må være grundig og etterrettelig. Dispensasjonsvurderingen må ta utgangspunkt i verneformålet. Unntak skal bare kunne gis etter en konkret helhetsvurdering, der alle relevante hensyn er løftet frem og vurdert.

I Innst. O. XVII (1969–70) hadde Kommunalkomiteen følgende generelle bemerkninger på s. 2–3:

> «[D]et er behov for en ny naturvernlov som mer effektivt kan sikre våre naturomgivelser i fremtiden, og så langt mulig hindre varig skjemmende inngrep. Slike inngrep mener komitéen bare må skje når samfunnsinteresser gjør det nødvendig.»

Hvis tiltaket kan gjennomføres utenfor reservatet, skal det mer til for at samfunnsinteresser gjør dispensasjon for plassering innenfor reservatet nødvendig. Av denne grunn er eventuelle alternative løsninger en sentral del av dispensasjonsvurderingen. Av Rundskriv november 2001 «Forvaltning av verneforskrifter» punkt 6.4 fremgår:

> «En omfattende saksbehandling ved opprettelse av verneområder, hvor både lokale og sentrale myndigheter er trukket inn, er et tungtveiende argument mot at forvaltningen gjennom dispensasjoner skal ha vid hjemmel til å treffe vedtak som kan innebære at verneverdiene blir vesentlig redusert eller ødelagt.
>
> Lovteksten må likevel forstås slik at man ikke er helt avskåret fra å kunne gjennomføre tiltak med bakgrunn i en dispensasjon, f.eks. viktige kommunikasjonsanlegg som riksveger, flyplasser, jernbaner mv. En forutsetning bør da være at det ikke finnes alternative løsninger – eller at alternative løsninger blir såvidt mye dyrere og/eller omfattende at det vil være av «vesentlig samfunnsmessig betydning» at det blir gitt en dispensasjon.»

Av fylkesmannens begrunnelse i vedtaket 13. juli 2004 følger:

> «Tiltaket er allerede gjennomført og det vil medføre ytterligere skader i området dersom anlegget må rives og flyttes. ...
>
> Dersom tiltaket hadde blitt omsøkt før det ble bygget ville det etter all sannsynlighet blitt gitt dispensasjon *dersom det ikke fantes alternative plasseringer*. [ombudsmannens utheving]»

Under direktoratets vurdering i vedtaket 2. juni 2005 fremgår:

> «Hvorvidt dispensasjon skal gis vil ... bero på en interesseavveining mellom verneinteressene og sikkerhetshensyn.
>
> Etter direktoratets vurdering tilsier sikkerhetshensynene i forbindelse med behov for nødtelefon og automatisk nødstopp at det gis tillatelse til omsøkte tiltak innenfor Lian naturreservat.
> ---
>
> Direktoratet støtter ... fylkesmannens vurdering av at tiltaket har vesentlig samfunnsmessig betydning, og at det er sannsynlig at det ville blitt gitt tillatelse til tiltaket også om søknaden hadde blitt behandlet i forkant.»

I vedtaket har direktoratet gjengitt og vurdert sikkerhetshensynene, men ikke de konkrete skadevirkningene av tiltaket, herunder hvilke vernehensyn som blir skadelidende og i hvilken grad. Det fremgår heller ikke at alternativ plassering er vurdert, eller at skadepotensialet ved flytting er vurdert opp mot skadepotensialet ved å la tiltaket stå.

Direktoratet skriver i svaret hit at dersom tiltaket hadde blitt omsøkt før det ble bygget, ville muligheten for alternativ plassering vært en del av vurderingen. Etter min mening må imidlertid alternativ plassering også være en del av dispensasjonsvurderingen, der denne skjer i etterkant. Det er ikke tilstrekkelig kun å vurdere hvor sterke sikkerhetshensynene måtte være som taler for dispensasjon. Det er bare en del av den helhetsvurderingen som skal foretas. Hensynene som begrunnet at området ble fredet som naturreservat, tilsier at når et tiltak er utført før dispensasjonsvurderingen gjøres, må konsekvensene av flytting vurderes konkret opp mot konsekvensene av å la tiltaket stå. I denne vurderingen vil relevante momenter blant annet kunne være hvilke verneinteresser det oppførte tiltaket strider mot, hvor sterkt og hvor langt fremover i tid hver av disse blir skadelidende, samt om skaden vil avta, forsterkes eller forbli den samme gjennom tiltakets forventede levetid. Det vil også kunne være relevant hvilke konsekvenser (eventuell) fjerning av tiltaket etter forventet levetid vil medføre. På den andre siden vil relevante momenter kunne være hvilke verneinteresser riving/flytting av tiltaket vil stride mot, hvor sterkt og lenge disse blir skadelidende og om skaden vil avta, bli varig eller forsterkes med tiden.

Vurderingen forutsetter en avklaring av *om* det fantes alternative plasseringer for tiltaket, eventuelt også innenfor området, men som medfører at tiltaket vil gjøre mindre skade. Dersom det ikke gjorde det, vil spørsmålet bli om tilstrekkelig sterke samfunnsmessige hensyn tilsier at tiltaket bør få stå. Også her vil imidlertid en konkret avveining, av de konsekvenser henholdsvis fjerning og opprettholdelse av tiltaket vil medføre, utgjøre en sentral del av den helhetsvurderingen en dispensasjon må bygge på.

Vurderingene bør fremgå av dispensasjonsvedtakets begrunnelse. Dette har også en side til hvilke signaler forvaltningen gir, om betydningen av naturreservater, både til samfunnet som helhet, enkeltbrukere av området og potensielle fremtidige tiltakshavere.

Slik saken fremstår, kan det settes spørsmålstegn ved om direktoratet har foretatt en konkret og reell vurdering av alle relevante hensyn i saken, herunder hvordan verneformålet gjorde seg gjeldende i saken, konsekvensene av tiltaket på kort og lang sikt, samt mulighetene for og virkningene av eventuell alternativ plassering.

Etter gjennomgangen her etterlater saken «begrunnet tvil» om forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10. Jeg må derfor be direktoratet om å vurdere saken på nytt, i lys

av mine synspunkter, med sikte på å klarlegge om det var rettslig grunnlag for å gi dispensasjon.»

Bygge- og reguleringssaker, forurensning

68.
Usaklig forskjellsbehandling i reguleringssak

(Sak 2005/1337)

Ombudsmannen hadde tidligere avsluttet en sak om en reguleringsplan i Nord-Fron kommune (inntatt i årsmeldingen for 2004 s. 246) uten kritikk. I uttalelsen ble det fremholdt at det ikke var grunnlag for å komme med merknader til en anførsel om usaklig forskjellsbehandling, som først ble fremmet ved ombudsmannens behandling av saken, siden dette spørsmålet først måtte vurderes av forvaltningen selv. Fylkesmannen unnlot imidlertid å ta stilling til realiteten i anførselen om usaklig forskjellsbehandling. Fylkesmannen nøyde seg med å vise til en redegjørelse kommunen hadde gitt om spørsmålet, der det ble konkludert med at det ikke forelå usaklig forskjellsbehandling.

Ombudsmannen ga uttrykk for at det forelå forskjellsbehandling i forhold til referansesaken. Siden det ikke var redegjort for noen saklig grunn til dette, måtte forskjellsbehandlingen anses usaklig. Ombudsmannen kritiserte også fylkesmannens oppfølgning av saken.

I ombudsmannssak 2004/1344 behandlet ombudsmannen et spørsmål om en reguleringsplan for Furusjøen hytteområde i Nord-Fron kommune. Saken er omtalt i årsmeldingen for 2004 s. 246. Av hensyn til villreininteressene i området var det ønskelig med en reduksjon av antallet hytter i området. Det ble gitt en ny reguleringsplan som tok utgangspunkt i et prinsipp om at hyttetomter som ble fradelt først, og som fremdeles ikke var bebygget på tidspunktet for stadfestelsen av reguleringsplanen, ble «tatt ut av planen», dvs. at tomtene ble fratatt byggeretten. Denne reguleringsplanen avløste en tidligere reguleringsplan fra 1990.

Jeg hadde ingen merknader til det avgrensningskriterium for reduksjon av antallet byggetomter som planen tok utgangspunkt i. Under behandlingen av saken her, ble det imidlertid anført at én av klagernes tomter, X, var blitt usaklig forskjellsbehandlet i forhold til tomta Y, som hadde fått tilbake byggeretten under kommunens behandling av planforslaget. Siden anførselen ikke hadde vært fremmet under fylkesmannens behandling av klagesaken, uttalte jeg at jeg fant det mest hensiktsmessig om dette spørsmålet ble behandlet i forvaltningen i første omgang.

Etter avslutningen av saken her ba Fylkesmannen i Oppland Nord-Fron kommune følge opp og gjøre rede for spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling. Etter flere purringer fra fylkesmannen besvarte kommunen fylkesmannens henvendelse 22. juni 2005. Kommunen gjorde rede for hvorfor det ikke, etter kommunens mening, forelå noen usaklig forskjellsbehandling.

Kommunens brev var vedlagt fylkesmannens brev 11. juli 2005 hit. Fylkesmannen nøyde seg der med å vise til kommunens redegjørelse, idet fylkesmannen «[ikke] tidligere ... hadde hatt noe med denne konkrete saken å gjøre».

A, som er far til klagerne i ombudsmannssak 2003/1344, kom så tilbake til saken. Han påpekte at det ikke var grunnlag for å forskjellsbehandle X i forhold til Y.

Saken ble deretter tatt opp med fylkesmannen i brev herfra 11. november 2005. Fylkesmannen svarte i brev 23. desember 2005, etter først å ha innhentet kommunens syn på saken. På bakgrunn av at fylkesmannen i sitt brev ikke syntes å besvare spørsmålet om den ulike behandling av tomtene X og Y hadde vært saklig, ba jeg i brev 21. mars 2006 på nytt fylkesmannen uttale seg om dette.

Fylkesmannens endelige redegjørelse for saken ble gitt i brev 15. juni 2006.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Saken reiser nå tre spørsmål; 1) om Nord-Fron kommune behandlet X på en annen måte enn Y slik det ble anført, 2) om en slik forskjellsbehandling i tilfelle var saklig, og 3) om fylkesmannens oppfølgning av ombudsmannens uttalelse. Jeg behandler disse spørsmålene i rekkefølge.

Foreligger det forskjellsbehandling?

Klagernes anførsel i ombudsmannssak 2004/1344 var at X og Y var forskjellsbehandlet på en usaklig måte. Også kommunens brev 22. juni 2005 til fylkesmannen omtalte saken som om den gjaldt Y.

Undersøkelsen av saken her har imidlertid vist at «referansesaken» gjelder to fradelte hyttetomter, Y1 og Y2. Disse to tomtene ble fradelt gnr Y i 1967, og har hele tiden siden tilhørt hovedbruket og således vært eid av hovedbrukets eier(e).

B var hjemmelshaver til de to tomtene inntil 1995, da grunnbokshjemmelen ble overført til C og D. Det er etter undersøkelsene her noe uklart hvilken planstatus disse to tomtene hadde før reguleringsplanen av 1990, men jeg forstår kommunens brev 22. november 2005 til fylkesmannen slik at planstatus etter 1990-planen i hvert fall var at tomtene var regulert til bebyggelse. I forbindelse med planrevisjonen i 1999, ble det foreslått å ta ut også disse to tomtene. Grunneierne anmodet imidlertid i brev 11. august 1999 kommunen om «å ta inn» disse to tomtene igjen.

Også X er fradelt fra Y. Dette skjedde i 1969 og således to år etter fradelingen av Y1 og Y2. Det er

opplyst at [søsteren til A] fikk tinglyst hjemmel til eiendommen 16. februar 1970, og hun beholdt denne frem til nåværende eiere fikk tinglyst hjemmel 29. mars 2000. Jeg forstår saken slik at reguleringsplanen av 1990 innebar at X ikke hadde byggerett. Etter henvendelse fra A ble det imidlertid i 1992 gjort en mindre vesentlig planendring hvoretter X ble gitt byggerett, mot at As (på dette tidspunkt) egen tomt Z mistet byggeretten. ... Jeg viser her til møtebok fra møtet 27. februar 2002 i Nord-Fron kommune, hovedutvalg for teknisk sektor/bygningsrådet.

Dette innebærer at det på det tidspunkt kommunen reviderte reguleringsplanen for Furusjøen hytteområde fra 1999 og fremover, hadde så vel Y1 og Y2 som X byggerett. I planforslaget var det lagt opp til at alle tomtene skulle miste sin byggerett. Grunneierne protesterte mot planforslaget i begge tilfeller, men protesten ble bare tatt til følge for så vidt gjaldt Y1 og Y2.

Fylkesmannen har i brev 15. juni 2006 hit fremholdt at hun «vanskelig kan se at sakene har framstått som like for kommunen». Det er på det rene at tomtene fikk en ulik behandling ved kommunens vedtakelse av reguleringsplanen, slik at det foreligger forskjellsbehandling.

Var det saklig grunn for forskjellsbehandlingen?

Spørsmålet er så om den forskjellsbehandlingen som har funnet sted, var saklig begrunnet. Fylkesmannens brev 15. juni 2006 etterlater fremdeles en viss tvil om hun mener at forskjellsbehandlingen som har funnet sted i denne konkrete saken, har vært usaklig.

Kommunen redegjorde i sitt brev 22. juni 2005 til fylkesmannen for hvorfor forskjellsbehandlingen ikke var usaklig. Det het:

> «I saka som gjeld eigedomen Y var det lagt vekt på at ny eigar hadde kjøpt eigedomen med regulerte tomter etter at dei var regulert og godkjent fyrste gongen i 20.09.1990. I dette tilfellet var det gjennomført ein handel med eigedomen der dei regulerte tomtene var med som ein vesentlig verdi. Dette forholdet vart jamført med dei tilfella der det hadde vore gjort fradelingar etter den same planen, altså gjort økonomiske disposisjonar i forhold til godkjent plan.
>
> I tilfellet med tomta til A og fleire tilsvarande tomteeigarar og grunneigarar har vi ein annan situasjon. Alle desse hadde før reguleringsplanen frå 1990 ein eigedom som dei etter regelverket ikkje kunne bygge på. I den aktuelle periode frå plangodkjenning i 1990 og fram til tomtene vart tatt ut av planen ved ny behandling 29.03.2001 vart det ikkje gjort tilsvarande disposisjonar i forhold til frådeling eller salg. Etter vårt syn er situasjonen for A, og dei andre i tilsvarande situasjon, nå ført attende til situasjonen før 1990 utan at det har vore gjort disposisjonar som har hatt økonomiske konsekvenser for eigarane.»

Den ulike behandlingen synes således dels å være motivert ut fra at X før 1990 ikke hadde byggerett, og dels at Y1 og Y2 i motsetning til X hadde vært gjenstand for en økonomisk disposisjon.

I utkastet til ny reguleringsplan het det dessuten:

> «Talet på tomter i området er derfor redusert ved at det er tatt ut totalt 44 tomter. Dette er gjort ut frå eit prinsipp om å ta tomter frå dei grunneigarane som ikkje har delt frå sine tomter i den periode som er gått sidan planen vart godkjent fyrste gongen i 1990».

Jeg kan vanskelig følge kommunens syn her. Jeg peker først på at så vel Y1 og Y2 som X var fradelt før reguleringsplanen av 1990. Dersom det sentrale var å ta ut tomter som var fradelt før 1990, er det vanskelig å se noe grunnlag for en saklig forskjellsbehandling mellom Y1 og Y2, og X.

Når det så gjelder det forhold at Y1 og Y2 i motsetning til X hadde vært gjenstand for en økonomisk disposisjon, er det grunn til å peke på at det forhold at en tomt er kjøpt eller solgt i tillit til et bestemt reguleringsformål, normalt må være av underordnet betydning for kommunens reguleringsprosess. Myndighetenes adgang til å regulere arealbruken er gitt for å sikre at arealbruken skjer i samsvar med de formål lovgivningen gir anvisning på, og i samsvar med det som er politisk ønskelig. Den enkeltes ønske om å kunne utnytte tomten med sikte på økonomisk gevinst, må være av underordnet betydning. Det er således sikker rett at en byggeforventning ikke er til hinder for at kommunen kan omregulere tomten til andre formål, se nærmere O.J. Pedersen m.fl.: Plan og bygningsrett, s. 253 flg.

Det er også ellers vanskelig å se at det er noen relevant forskjell mellom Y1 og Y2, og X for så vidt gjelder tidspunktet for erverv av de forskjellige eiendommene. Det er noe uklart om fylkesmannen i sitt brev 15. juni 2006 hit mener å antyde at det er tvil omkring tidspunktet for nåværende eieres erverv av X når det fremholdes at dette er «opplyst» av A, men ... [at] overdragelsen først [ble] tinglyst 29. mars 2000». Jeg finner her grunn til å understreke at hjemmelsoverføring gjennom tinglysning i grunnboken bare har betydning for å sikre eieren rettsvern mot konkurrerende avtaleerververe i god tro. Offentlige myndigheter må forholde seg til den eller de som etter det underliggende forhold er eiere av den faste eiendommen, dersom det kan dokumenteres at grunnboken ikke gir et riktig bilde av eierforholdene. At tinglysning skjer (lenge) etter avtaleervervet mellom partene, er således uten betydning. Vedleggene til As brev 11. juli 2006 (melding om gave og skattefogdens arveavgiftsberegning) synes dessuten å underbygge at eiendommen ble ervervet av nåværende eiere i 1994.

Jeg går så over til å se på spørsmålet om det kan være noen relevant forskjell i graden av tillit til byggeforventningen mellom tomtene. Jeg gjentar at hensynet til byggeforventningen er et hensyn som bare kan spille en underordnet rolle i plansammenheng. Kommunens syn på spørsmålet gjør det likevel nødvendig å gå nærmere inn på det. Jeg kan for min del, på bakgrunn av de opplysningene som foreligger,

vanskelig se at eierne av X i mindre grad enn eierne av Y1 og Y2 hadde innrettet seg i tillit til byggeforventningen. Jeg peker for det første på at *nettopp* det forhold at X ved planendringen i 1992 fikk byggerett mot at en annen tomt i samme familie mistet den, kunne gi en forventning om at i hvert fall ikke denne tomta ble fratatt byggeretten ved planrevisjonen åtte år senere. Jeg har merket meg at verken kommunen eller fylkesmannen har vurdert dette momentet.

Jeg peker dernest på at i hvilken grad eier legger vekt på en byggeforventning, reflekteres gjerne gjennom den verdien tomta vurderes å ha. Overdragelsen av X skjedde som en gave, og det er uklart om det i det hele tatt ble ytt noe vederlag for den. I forhold til arveavgiftsmyndighetene ble imidlertid verdien vurdert til kr 300 000 (jf. meldingen 22. april 1994 til skattefogden) for en tomt på 5,9 dekar. I meldingen ble det angitt at verdien ble antatt «ut fra omsetning av fjelltomter, iflg. eiend.megler». Jeg har ingen opplysninger om at denne verdiansettelsen ble vurdert å være feilaktig.

Mot dette fremgår det av fylkesmannens brev 15. juni 2006 hit at verdien ved overdragelsen av Y1 og Y2 ble satt til kr 10 000 per tomt, m.a.o. betydelig mindre enn for X. Jeg har ingen opplysninger verken om størrelsen på disse tomtene eller deres beskaffenhet, og har således intet grunnlag for en sammenligning mellom tomtene. Ettersom det for kommunen syntes å være avgjørende at det for Y1 og Y2, og i motsetning til tilfellet for X, var foretatt en økonomisk disposisjon i tillit til byggeforventningen, burde det imidlertid vært nærliggende for forvaltningen å undersøke på hvilken måte forventningen var reflektert i verdien på de ulike eiendommene.

Det er på det rene at Y1 og Y2, og X er behandlet på en vesentlig forskjellig måte i reguleringsplanen. Til tross for at saken er vurdert i flere omganger i forvaltningen, kan jeg fremdeles ikke se at det er gitt en fyllestgjørende forklaring på denne forskjellsbehandlingen. Jeg må derfor konkludere med at forskjellsbehandlingen er usaklig, og at reguleringsplanen derfor er ugyldig på dette punkt.

Fylkesmannens oppfølgning av ombudsmannens uttalelser

Slik saken er fulgt opp av fylkesmannen, finner jeg grunn til enkelte merknader vedrørende oppfølgningen av ombudsmannens uttalelse. En av forutsetningene bak ombudsmannsordningen er at forvaltningen skal etterkomme de anvisningene ombudsmannen gir ved avslutningen av en klagesak. Jeg ga i min uttalelse uttrykk for at jeg fant det naturlig at spørsmålet om det hadde funnet sted en usaklig forskjellsbehandling, i første omgang behandles av forvaltningen selv. Siden anførselen om usaklig forskjellsbehandling ikke hadde vært fremmet i forvaltningsklagen, var det naturligvis ikke grunnlag for å kritisere fylkesmannen for at anførselen ikke var behandlet i forbindelse med fylkesmannens opprinnelige vedtak i saken. Av samme grunn var det heller ikke ønskelig at ombudsmannen behandlet realiteten i anførselen.

Derimot ønsket jeg å be om forvaltningens vurdering av anførselen om usaklig forskjellsbehandling, slik at jeg deretter kunne få grunnlag for å prøve forvaltningens syn på spørsmålet. Siden min kontroll av forvaltningen skjer med utgangspunkt i klageinstansens vedtak i saken, måtte det være nærliggende at også klageinstansen – fylkesmannen – vurderte realiteten i anførselen om usaklig forskjellsbehandling.

Jeg understreker at dersom det er begått usaklig forskjellsbehandling i et forvaltningsvedtak, kan dette gjøre vedtaket ugyldig. Det er således viktig at forvaltningsorganet selv undersøker slike forhold og eventuelt påser at det ikke har forekommet noen usaklig forskjellsbehandling. Dersom klageinstansen har stadfestet et vedtak som det senere viser seg at er beheftet med en slik feil, vil dette således også ramme klageinstansens vedtak. Denne saken gjaldt fylkesmannens stadfestelse av et kommunalt reguleringsvedtak, som det – riktignok først under behandlingen av saken her – ble anført at ble truffet under usaklig forskjellsbehandling av berørte parter. Feilen som ble påberopt, ville således ramme fylkesmannens eget vedtak. Det er således ikke treffende når det fra fylkesmannens side flere ganger ble fremholdt at hun ikke hadde hatt noe med den konkrete saken å gjøre.

Det fremstår derfor som et unødvendig tidsspille at fylkesmannens vurdering av spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling først forelå ved fylkesmannens brev 15. juni 2006, hensett til at jeg allerede i uttalelsen 8. september 2004 ba forvaltningen – fylkesmannen – å ta stilling til spørsmålet. Jeg har imidlertid ingen merknader til at fylkesmannen først ønsket å innhente kommunens syn på de spørsmål saken reiser, og har merket meg at kommunen brukte lang tid på å besvare ombudsmannens spørsmål.

Jeg ber om å bli holdt orientert om hva fylkesmannen akter å foreta seg på bakgrunn av mitt syn om at reguleringsplanen representerer en usaklig forskjellsbehandling mellom Y1 og Y2, og X.»

69.

Uriktig anvendelse av regler for utnyttingsgrad i reguleringsplan

(Sak 2005/777)

Under utarbeidelsen av reguleringsplanen for Rosenborg i Trondheim forutsatte det faste planutvalget at utbyggingen skulle skje med en utnyttingsgrad på inntil 100 % TU. Ved kommunestyrets behandling av planforslaget ble det lagt til grunn at denne planforutsetningen var oppfylt. Ved lovlighetskontroll av kommunestyrets vedtak kom fylkesmannen til at utbyggingen innebar en utnyttingsgrad på % TU =

149,025 % med en riktig anvendelse av regelverket. Fylkesmannen kom likevel til at feilen ikke kunne anses å ha virket inn på vedtaket, idet kommunestyret uansett måtte antas å ha akseptert reguleringsplanen slik den ble fremlagt.

Ombudsmannen hadde ingen innvendinger mot fylkesmannens beregning av utnyttingsgraden. Når planutvalgets forutsetninger ble forlatt, skulle imidlertid kommunestyret vært gjort uttrykkelig oppmerksom på dette. Slik saken lå an, måtte reguleringsplanen sies å ha blitt til på ulovlig måte, og fylkesmannen ble bedt om å se på saken en gang til.

Heimdalgruppen og Veidekke Eiendom kjøpte i juni 2001 den tidligere lærerhøgskolen på Rosenborg med sikte på å utvikle området til boliger. Utviklingen skulle skje gjennom selskapet Rosenborg Utbyggingsselskap AS. I anledning denne utbyggingen ble det i forståelse med Trondheim kommune igangsatt en planprosess som startet med utarbeidelsen av et «planprogram». I møte 9. april 2002 i sak nr. 66/02 behandlet det faste planutvalget planprogrammet, og anbefalte at det skulle legges til grunn for det videre reguleringsarbeidet. I vedtaket het det blant annet:

> «Bygningsrådet/Det faste utvalg for plansaker er i hovedsak enig i prinsippene som er beskrevet i saksfremstillingen og vist i planskissen merket «Planprogram for Rosenborg», datert 26.02.02, og anbefaler at planprogrammet legges til grunn for reguleringsarbeidet.
>
> Følgende flertallsmerknader følger saken:
>
> Bygningsrådet/Det faste utvalg for plansaker anbefaler at det i det videre planarbeidet tas utgangspunkt i følgende prinsipper:
> - TU maksimum 100 % for byggeområdene, eller ca. 10 boliger/dekar.»

Det het videre at «det må presiseres at det så tidlig i prosessen ikke kan fattes bindende vedtak».

På bakgrunn av planprogrammet ble det utarbeidet et forslag til reguleringsplan for Rosenborg, som 7. mai 2003 ble vedtatt av kommunestyret. I saksfremlegget til kommunestyret ble det opplyst at reguleringsområdet ville få en tomteutnyttelse (heretter forkortet % -TU) på i underkant av 100 %.

Planvedtaket ble påklaget av berørte naboer og av utbygger. I tillegg anmodet tre kommunestyrerepresentanter fylkesmannen om å foreta lovlighetskontroll av reguleringsvedtaket.

Fylkesmannen i Sør-Trøndelag stadfestet 24. juni 2004 kommunens reguleringsvedtak. Fylkesmannens vedtak omfattet både lovlighetskontroll og forvaltningsklagene.

I brev 29. april 2005 klaget Trondheim Kooperative Boligselskap og A, som er nabo til utbyggingsområdet, til ombudsmannen. I klagen ble det reist spørsmål om kommunens og fylkesmannens saksbehandlingstid var i samsvar med god forvaltningsskikk, og om det var i samsvar med god forvaltningsskikk utelukkende å basere seg på tiltakshavers beregninger når det er satt spørsmålstegn ved disse. Det ble også reist spørsmål ved om fylkesmannen hadde anvendt forvaltningsloven § 41 riktig i saken, og om det var grunn til å anta at uriktige opplysninger om % -TU ikke kunne ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Utbygging av området ble påbegynt høsten 2003. Selve byggetillatelsen(e) har ikke vært gjenstand for klage hit.

Saken ble forelagt Fylkesmannen i Sør-Trøndelag, som ble bedt om å redegjøre for om den feilaktige angivelsen av % -TU i saksfremlegget til kommunestyret tilsa at kommunens behandling av saken ikke var i samsvar med forvaltningsloven § 17. Det ble særskilt spurt om kommunestyret i dette tilfellet hadde hatt et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag. Det ble videre bedt om merknader til en anførsel om at man ikke kunne forvente at bystyremedlemmene i detalj undersøkte kotehøyder m.v., og at for disse ville den samlede utnyttelsen være mest relevant.

Fylkesmannen ble dernest bedt om å kommentere om han ved klagebehandlingen burde ha kontrollert tiltakshavers arealopplysninger, hensett til at klagen nettopp gjaldt beregningsmåten. Fylkesmannen ble også bedt om å kommentere hvorvidt det var regulert utnyttelse av tomta – og ikke faktisk, bebygd utnyttelse – som måtte legges til grunn for beregningen av % -TU. Det ble også bedt om fylkesmannens syn på om bruksareal under terreng skulle regnes med ved beregningen av % -TU. Til slutt ble fylkesmannen bedt om å kommentere klagernes anførsler vedrørende forvaltningsloven § 41.

Fylkesmannen besvarte henvendelsen herfra i brev 12. september 2005. Fra brevet siteres:

> *«Bruken av begrepet maks % TU i saksforberedelsen*
>
> Maks % TU er sammen med andre størrelser som eks 10 boliger pr daa, brukt som begreper i bygningsrådets anbefaling i planprogrammet. % TU har også vært brukt som et «støttebegrep» i sakspapirene under planbehandlingen men kun for å bidra til å «visualisere» utbyggingen. Fylkesmannen har påpekt feil/uklarheter knyttet til bruk av denne definisjonen og har konstatert at dette var en saksbehandlingsfeil.
>
> Saksbehandlingsfeilen besto i feiltolkning av definisjonen av % TU, jf TEK § 3–6. Definisjonen ble brukt i støttedokumenter og saksfremlegg. Det kan også være relevant å spørre seg om denne definisjonen (og hvilke areal som ble regnet med) også var feil i den maks % TU som ble brukt i planprogrammet. Dette spørsmålet svarer saksbehandler i kommunen som hadde saken bekreftende på.
>
> Kommunen la altså til grunn at omliggende friområder og veier kan tas med i begrepet «tomteareal». Av definisjonen i TEK 3–10 fremgår det at «Tomt er det areal som i kommuneplanens arealdel eller reguleringsplan eller bebyggelsesplan er avsatt til byggeområde. Det kan således ikke være korrekt å innlemme arealer av andre arealkategorier i tomtebegrepet. Se også side 5 i vårt vedtak.
>
> Fylkesmannen vil allikevel bemerke at feil

bruk av en definisjon ikke nødvendigvis har gitt et feil bilde av hva som vedtas, da Bystyret synes å ha vært innforstått med hvilke arealer som er (også feilaktig) tatt med i beregningen. Definisjonsfeilen har også vært påpekt av et mindretall underveis i planbehandlingen. Det kan derved argumenteres for at utregningen viser realitetene ved utbyggingen, men at den er en feilaktig bruk av normer/forskriftsfestede definisjoner. Som nevnt synes kommunen å ha brukt samme fremgangsmåte ved beregning av maks % TU i planprogrammet som i den etterfølgende beregningen.

Nye anførsler knyttet til beregning av maks % TU

Det fremsettes nå nye anførsler fra advokatfirmaet om ytterligere feil i kommunens beregningsgrunnlag. Dette gjelder oppgitt bruksareal for område O1 og O2 og om bruksareal i kjeller/under bakkenivå er tatt med i arealberegningene.

Disse forhold har ikke tidligere vært vurdert av Fylkesmannen. I klagesaker forholder vi oss i utgangspunktet til det som påberopes i klagene, selv om en selvsagt også kan vurdere andre forhold som en måtte støte på underveis i behandlingen. I denne saken har vi oppfattet det slik at det kun er feil bruk av % TU definisjonen og virkningen av dette som har vært påberopt.

Fylkesmannen har forholdt seg til de arealoppgaver en har fått oversendt fra kommunen. Vi har i liten grad mulighet til å kontrollregne/måle eller etterprøve disse. Vi tar utgangspunkt i at kommunen går god for det materiale som oversendes som saksdokument. En er imidlertid enig i at kommunen må sørge for å kvalitetssikre opplysninger fremlagt av utbygger.

Dersom arealfeil påberopes ber vi normalt kommunen kontrollregne eller utdype beregningene. Med bakgrunn i de nye anførslene har vi bedt kommunen kontrollregne på totalt bruksarealet for område O1 og O2. For begge områdene viser utregningen et mindre avvik. O1 fra 12.000 kvm til 12.119 kvm og for O2 fra 3.191 kvm til 3.351 kvm. Det er således relativt beskjedne avvik i arealoppgavene som er brukt for å beregne % TU for disse arealene.

Hva angår parkeringsarealer i kjeller så synes kommunen å ha (feilaktig) definert disse ut når en har beregnet % TU. Dette synes også å ha vært gjort gjennomgående i hele saksbehandling fra planprogram til saksutredning. En kan således argumentere på samme måte her med hensyn til at de involverte i kommunen har hatt en riktig oppfatning av hva som har vært ment, men at definisjonen ikke er korrekt anvendt.

Fylkesmannen har lagt til grunn at % TU *kun* er brukt som en veiledende anbefaling og et støttebegrep for å illustrere utbyggingen sammen med *en rekke* andre dokumenter og begreper. Andre normer som maks boliger pr daa er også brukt veiledende i planprogrammet.

Sakens opplysthet, jfr forvaltningsloven § 17

Som ovenfor nevnt har planen vært gjennom en omfattende saksbehandling. Det er utformet et planprogram med bygningsrådets anbefalinger og en rekke andre dokumenter som i mer eller mindre grad har blitt brukt som grunnlag for det første planforslaget.

I høringsfasen kom det inn mange innspill til utforming og utnyttingsgrad i dette nye sentrumsnære utbyggingsområdet. Mange var berørt av planen og mengden på innspill har vært der etter.

I høringsdokumentene og de rettslig bindende bestemmelsene i reguleringsvedtaket er de ytre rammer for arealutnytting fastsatt ved bruk av *T-BRA*, bindende innplassering av bygninger som vist på plankartet, sammen med maksimale kotehøyder, etasjeangivelse og angivelse av inntrukket toppetasje. Dette har vært avgjørende for Fylkesmannen.

Det fremgår også klart av kommunens saksfremlegg hvilke arealer som er inndefinert ved beregning av % TU og antydes at definisjonene er usikre slik at det er sikrest å forhold seg til T-BRA i reguleringsplanen. Det kan heller ikke anføres at % TU er «en norm som politikerne er kjent med og forstår».

For å opplyse saken før vedtakelse ble det utarbeidet en rekke planskisser, snitt og tegninger for å illustrere utnyttelsen av område, høyden på bygninger, utbyggbart areale m.m. Det ble også lagd en modell. Dette er materiale som har vært tilgjengelig for kommunestyret før vedtakelse av reguleringsplanen. Det er ikke påberopt at noe av dette materialet var beheftet med mangler. Utbyggingen og grad av utnyttelse i området var en omstridt sak, hvor mange av politikerne engasjerte seg.

Fylkesmannen mener at saken har vært godt opplyst og at berørte og vedtaksmyndigheten har hatt et godt grunnlag for å sette seg inn i saken før vedtak ble fattet. Feilen i saksfremlegget knyttet til % TU har etter Fylkesmannens syn ikke vært egnet til å villede Bystyret mht til planens omfang og utbyggingens størrelse.

Reguleringsplanvedtaket gir klart uttrykk for flertallet i Bystyrets vilje med hensyn til utnyttingsgrad. Denne er fastsatt ved bruk av T-BRA, innplassering av bygninger som vist på plankart, maksimale kotehøyder, etasjeangivelser og angivelse av inntrukket toppetasje. Dette gir en god forutsigbarhet og styring med den videre utbygging.

Spørsmål om virkningen av feil ved behandlingsmåten, jf fvl § 41

Det rettslige utgangspunkt etter forvaltingsloven § 41 er at selv om det er konstatert saksbehandlingsfeil så «er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Det er riktig at det i Fylkesmannens vedtak er brukt enkelte ord som kan gi uttrykk for at en har lagt til grunn at feilen må ha virket inn på vedtaket for å konstatere utgyldighet. Dette skyldes nok en unøyaktighet og et forsøk på speilvending av ordlyden. Det rettslige vurderingstemaet fremgår imidlertid av sammenhengen og presiseres under vår konklusjonen øverst på side 7 i vedtaket. Fylkesmannen har på vanlige måte lagt til grunn at vedtaket er gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Vi har også gjort en totalvurdering av de dokumenter som har blitt utarbeidet i sammenheng med saksbehandlingen, så som anbefalinger i planprogram, høringsdokumenter, saksfremlegget, andre relevante dokumenter og modeller og den vedtatte planen.

I dette tilfelle vurderte vi saken som godt opplyst og at uklarheten/usikkerheten/feilen i

forhold til kommunens bruk av % ikke kunne ha virket bestemmende for vedtaket. Spesielt la vi vekt på andre opplysninger i saken og at kommunen i høring og vedtakelse hadde brukt andre definisjoner og kriterier og ikke % . Vi er ikke enige med klager i at % står i noen særstilling for å illustrere omfanget av en utbygging. Ved en etterfølgende vurdering synes det heller ikke å være store avvik mellom de retningsgivende normene som bygningsrådet vedtok og det endelige planvedtaket som ble gjort av Bystyret, hva angår de omstridte temaer. I den sammenheng kan en eksempelvis vise til ønsker om en tetthet på ca 10 boliger pr daa og antall etasjer.

De nye feilene som nå er påberopt i tilknytning til bruk av definisjonen/beregningen av % gjør ikke at Fylkesmannen endrer sin oppfatning mht om det er grunn til å regne med at feilen kan ha virket inn på vedtaket.

Vedrørende den lange saksbehandlingstiden

Fylkesmannen er enig i at klagesaken har hatt en svært lang saksbehandlingstid. Planen ble vedtatt 07.05.2003 av Bystyret. Krav om lovlighetskontroll ble oversendt Fylkesmannen den 27.06.2003 og klagesaken ble først, etter flere purringer, sendt hit den 03.06.2004. Det ble tidlig vurdert som hensiktsmessig å behandle klagen og lovlighetskontrollen sammen da de delvis gjaldt de samme forhold. Vedtak ble fattet av Fylkesmannen den 24.06.2004.

Fra planvedtaket ble gjort til forberedt klagesak ble oversendt fra kommunen gikk det således ett år. Dette er svært beklagelig og utilfredsstillende og gir etter Fylkesmannens syn uttrykk for en altfor lav prioritering av slike klagesaker. Det må også legges vekt på at det tross alt er snakk om forberedende klagesaksbehandling. Dette ble også påpekt ovenfor kommunen.

Fylkesmannen har også i andre plansaker kritisert kommunen for slik lang forberedende klagesaksbehandling. En så lang saksbehandlingstid kan etter vårt syn undergrave borgernes tillit til klageordningen.

Det kan selvsagt reises spørsmål ved om det var riktig av Fylkesmannen å avvente behandlingen av lovlighetskontrollen til klagen ble oversendt, og å behandle disse samtidig. Med kunnskap om at klagen ville ta så lang tid ville vi kanskje tatt lovlighetskontrollen opp til behandling da den ble oversendt. Denne kunnskapen hadde vi dessverre ikke da og det kan beklages at dette ikke ble gjort.»

Klagernes advokat bemerket i brev 18. oktober 2005 at han ikke delte fylkesmannens oppfatning om at det ble benyttet feil definisjon på maks % -TU ved behandlingen av planprogrammet for Rosenborg. Han beregnet den reelle tomteutnyttelsen til rundt 162 %, og til over 170 % dersom også parkeringsareal i underetasjen tas med. Han fastholdt ellers at fylkesmannens vedtak inneholdt en uriktig forståelse av forvaltningsloven § 41, og ga uttrykk for at det var grunn til å tro at fylkesmannen hadde lagt den uriktige lovanvendelsen til grunn for skjønnsutøvelsen. Advokaten mente videre at fylkesmannen ikke hadde vektlagt at tiltakshaver selv var skyld i at bystyrets medlemmer ble forledet av den uriktige opplysningen om % -TU.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Innledning

Hovedanførselen i klagen hit er at kommunestyret har hatt et uriktig bilde av utnyttelsesgraden som reguleringsplanen la opp til, og at denne feilen kan ha innvirket på vedtakets innhold. Dette var det sentrale klagegrunnlaget så vel for forvaltningsklagen, som bl.a. A stod bak, som for kravet om lovlighetskontroll av reguleringsvedtaket. Klagen hit angir ikke om den retter seg mot fylkesmannens lovlighetskontroll med kommunens reguleringsvedtak, eller mot fylkesmannens vedtak i forvaltningsklagen.

Slik saken ligger an, finner jeg det hensiktsmessig først og fremst å vurdere fylkesmannens lovlighetskontroll av reguleringsvedtaket. Jeg viser til at fylkesmannen behandlet forholdet til angitt % -TU under lovlighetskontrollen.

Det følger av kommuneloven 25. juni 1992 nr. 107 § 59 nr. 1 at tre eller flere kommunestyrerepresentanter kan bringe en avgjørelse truffet av et folkevalgt organ inn for departementet til kontroll av vedtakets lovlighet (myndigheten til å foreta lovlighetskontroll er delegert til fylkesmennene). Det følger videre av § 59 nr. 4 at det ved lovlighetskontroll bl.a. skal tas stilling til om vedtaket er innholdsmessig lovlig og er blitt til på lovlig måte, og at vedtaket skal oppheves dersom det er gjort slike feil at vedtaket er ugyldig. Lovlighetskontrollen er en ren rettslig kontroll, og omfatter således ikke de diskresjonære sidene av det vedtaket det kreves lovlighetskontroll av.

Det er ikke anført i klagen hit at reguleringsplanen for Rosenborg er i strid med materielle begrensninger i plan- og bygningsloven eller relevante, overordnede planer. Plan- og bygningsloven gir kommunestyret betydelig frihet med hensyn til hvilket innhold reguleringsplanene har, og jeg kan således ikke se at planen innholdsmessig er ulovlig.

Når det gjelder spørsmålet om planen er blitt til på *lovlig måte*, er problemstillingen hvilken betydning det har at saksfremlegget til kommunestyret opplyste at planutkastet ville gi en utnyttingsgrad – uttrykt i % -TU – på «i underkant av 100 %». Fylkesmannen kom ved sin behandling av saken til at en korrekt anvendelse av regelverket om utnyttingsgrad, jf. forskrift 22. januar 1997 nr. 33 om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK), ga en utnyttingsgrad på % -TU = 149,025 %.

Fylkesmannens beregning av % -TU

Innledning

Før det er mulig å ta standpunkt til hvilke konsekvenser eventuelle uriktige opplysninger i saksfremlegget har hatt for reguleringsvedtaket, er det nødvendig å ta stilling til fylkesmannens beregning av % -TU. Jeg bemerker at spørsmålet om hvilken utnyttingsgrad som er tillatt i et bestemt reguleringsplan-

område, hører til det som reguleringsplanene bør gi klare svar på. Det er avgjørende for alle brukere av planen at den gir klart uttrykk for hvor stor utnyttelsen av tomta planen åpner for.

Skal områder regulert til friareal hensyntas ved beregningen av % -TU?

TEK gir bestemmelser om grad av utnytting, herunder beregningsregler for angivelse av utnyttingsgraden. Forskriften gir anvisning på tre alternative beregningsmåter: Et alternativ er at planen bare angir den andelen av tomtearealet som bygningsmassen tillates å dekke (% -BYA, jf. TEK § 3–4). Et annet alternativ er at planen direkte angir det samlede, tillatte bruksarealet for bygningsmassen som kan oppføres i reguleringsområdet (T-BRA, jf. TEK § 3–5). Et siste alternativ er å angi utnyttingsgraden med prosent tomteutnyttelse, dvs. forholdet mellom tillatt bruksareal og tomtearealet (% -TU, jf. TEK § 3–6). Dersom planen bestemmer utnyttingsgraden etter dette alternativet, må det – ved en eventuell byggesøknad – tas stilling til tomtas størrelse. Når denne er fastslått, vil forholdstallet således angi maksimal, tillatt størrelse – uttrykt i T-BRA – på bygningsmassen som oppføres på tomta.

Jeg forstår disse bestemmelsene slik at hensikten med dem er å gi entydige definisjoner for de ulike begrepene for utnyttingsgrad, slik at det kan gis et fortettet og oversiktlig bilde av planens innhold. I Miljøverndepartementets veileder «Grad av utnytting» – rundskriv T-1205 – heter det dessuten på s. 3 at «andre beregningsmåter enn de tre som er nevnt i Tekniske forskrifter kapittel III [ikke] kan ... brukes ved fastsetting av grad av utnytting».

I reguleringsplanen for Rosenborg var utnyttingsgraden bestemt ved størrelsen T-BRA, som ble uttrykkelig fastsatt for hvert enkelt delfelt i planen. Planen ga således ingen bestemmelser om % -TU.

Hvor stor utnyttingsgrad – uttrykt i % -TU – planen tillot, må således beregnes med utgangspunkt i tomtestørrelsen. Siden % -TU er en forholdstallsstørrelse, har det således stor betydning hvilke arealer som skal regnes til tomtearealet (nevneren i brøken). Løsningen her fremgår ikke direkte av TEK § 3–6. Det er imidlertid neppe tvilsomt at begrepet skal forstås på den måten TEK § 3–10 gir anvisning på. Etter denne bestemmelsen er en «tomt» det areal som i kommuneplanens arealdel eller reguleringsplanen er avsatt til «byggeområde». Reguleringsformål som utelukker bebyggelse, for eksempel friområder, skal således ikke tas med i beregningen av tomtestørrelsen.

Jeg er således enig med fylkesmannen i at planens % -TU ikke kan «reduseres» gjennom å hensynta friområdene i reguleringsplanen – delfeltene FRI1, FRI2, FRI3 og FRI4 – ettersom disse nettopp ikke skulle bebygges.

Beregningen av % -TU

Fylkesmannen beregnet som nevnt foran reguleringsplanens % -TU til 149,025 %. Fylkesmannen hadde dividert «bygningers bruksareal» (59 105m^2) med «tomteareal» (39 661 m^2).

Det er i klagen hit anført at fylkesmannen uriktig har lagt *faktisk utbygging* til grunn, i stedet for *regulert utnytting*. Det er videre anført at areal under bakken (som for eksempel parkeringskjeller m.v.), uriktig ikke er medtatt ved beregningen av % -TU. Endelig er det anført som en svakhet ved fylkesmannens vedtak at det ikke fremgikk hvordan eksisterende bebyggelse i feltene O1 og O2 var blitt beregnet.

Når det gjelder den første anførselen, er det uklart for meg hva som er fylkesmannen syn, idet fylkesmannen ikke synes å ha kommentert dette i sitt brev hit 12. september 2005. Jeg antar at samtlige måleregler i TEK forutsetter at regulert areal skal legges til grunn. Det forutsettes i TEK § 3–2 at målereglene er ment benyttet i kommuneplanens arealdel, reguleringsplan eller bebyggelsesplan. Hensikten med disse plantypene er å angi hva som er *tillatt* arealbruk, og målereglene må tilsvarende angi *tillatt* utnyttingsgrad.

Siden % -TU gir et mål for utnyttingsgrad som er avledet fra T-BRA, antar jeg at (regulert) % -TU må beregnes ut fra (regulert) T-BRA. Når fylkesmannen i grunnlaget for sin beregning av % -TU har benyttet tall for faktisk utbygging, antar jeg at hensikten har vært å gi uttrykk for hvor stor utnyttingsgraden faktisk er blitt, noe som vel har sammenheng med at utbyggingen ble påbegynt høsten 2003. Jeg har ingen merknader til at fylkesmannen benyttet tall for faktisk utbygd T-BRA i utregningen av faktisk utbygd % -TU. Ut fra de arealopplysningene fylkesmannen har fremlagt, kan jeg ikke se at utbyggingen har skjedd i større utstrekning enn det reguleringsplanen tillot.

Jeg går så over til anførselen om at areal under bakken uriktig ikke var blitt tatt med i fylkesmannens beregning av % -TU. Denne anførselen har betydning siden alt bebygd areal som utgangspunkt skal inngå i beregningen av T-BRA, og dermed øke utnyttingsgraden uttrykt i % -TU. Jeg forstår fylkesmannens brev 12. september 2005 hit slik at han mener kommunen feilaktig har unnlatt å ta med areal under bakken, men at dette ikke har noen betydning for saken, siden kommunen har gjort dette gjennomgående under hele planprosessen.

Jeg er ikke enig i fylkesmannens syn her, selv om løsningen fremstår som noe usikker. Etter TEK § 3–5 jf. § 3–7 er det opp til planen om bruksareal helt eller delvis under terreng skal medregnes i størrelsen T-BRA. Det fremgår imidlertid ikke av TEK § 3–6 om løsningen er den samme ved beregningen av % -TU, noe som kan innby til en antitese. Det er imidlertid ikke nærliggende å forstå TEK § 3–6 antitetisk. Det kan for det første pekes på at TEK § 3–7 omhandler grad av utnytting generelt, og således ik-

ke bare T-BRA. Det forhold at % -TU er en størrelse avledet av T-BRA, tilsier dernest at spørsmålet om bruksareal helt eller delvis under bakkeplan må løses likt for T-BRA og % -TU. En motsatt løsning ville forvirret begrepsbruken.

I reguleringsplanen for Rosenborg er det uttrykkelig angitt at areal under bakkeplan ikke skal regnes med i beregningen av T-BRA, og det er derfor vanskelig å se at en korrekt beregning av % -TU måtte ha innbefattet bruksareal under bakkeplan.

Når det så gjelder anførselen om at det ikke fremgikk av fylkesmannens vedtak hvordan areal for områdene O1 og O2 var beregnet, bemerker jeg at dette spørsmålet verken var berørt i anmodningen om lovlighetskontroll, eller i forvaltningsklagen. For forvaltningsklager bestemmer forvaltningsloven § 34 annet ledd at klageinstansen kan prøve «alle sider av saken» og at den også kan ta opp forhold som ikke er berørt av klageren. Klageinstansen må antas å ha en viss, begrenset plikt til å undersøke forhold som ikke uttrykkelig er tatt opp av klageren. Dette er særlig aktuelt der det må antas at parten ikke selv er i stand til å identifisere svake punkter i det vedtaket som er påklaget. Slik saken her ligger an, kan jeg imidlertid ikke se at fylkesmannen hadde plikt til av eget tiltak å undersøke at arealberegningen av delfeltene O1 og O2 var korrekt utført. Jeg kan ikke se at saken stiller seg annerledes ved fylkesmannens lovlighetskontroll.

Etter at fylkesmannen i forbindelse med undersøkelse av saken her har ettergått arealberegningen for delfeltene O1 og O2, viser det seg at det bare er marginal forskjell mellom det fylkesmannen la til grunn ved lovlighetskontrollen og de faktiske forhold. Det er således ikke grunnlag for innvendinger mot fylkesmannens vedtak på dette punkt.

Oppsummering av arealberegningen

Så langt saken er opplyst her, kan det ikke rettes innvendinger mot at fylkesmannen ved sin lovlighetskontroll la til grunn at utnyttingsgraden for reguleringsområdet – uttrykt i % -TU – utgjorde 149,025 %.

Betydningen av uriktig opplysning om % -TU i saksfremlegget

I saksfremlegget for reguleringssaken til kommunestyret het det på s. 17:

> «For å gi et begrep om hvilken tetthet dette vil gi for området, er det beregnet en TU på i underkant av 100 %, medregnet eksisterende og ny bebyggelse, sett i forhold til et grunnareal som omfatter «Rosenborgplatået», dvs planområdet unntatt de store fotballbanene.»

Saksfremlegget må sees på bakgrunn av planutvalgets vedtak 9. april 2002, der planutvalget anbefalte at det i det videre planarbeidet skulle tas utgangspunkt i en TU for «byggeområdene» på «maksimum» 100 %, eller «ca. 10 boliger/dekar». Planutvalget understreket imidlertid at «det så tidlig i prosessen ikke kunne fattes bindende vedtak».

Jeg peker innledningsvis på at det er kommunestyret som har kompetanse til å vedta reguleringsplaner, jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 27–2 nr. 1. Denne kompetansen kan ikke delegeres, jf. plbl. § 8. Loven forutsetter imidlertid en arbeidsdeling mellom kommunestyret og planutvalget. Etter lovens § 27–1 hører det under det faste planutvalget *å utarbeide* planforslagene, med mindre det er tale om et privat reguleringsforslag etter plbl. § 30. Kravet i § 27–1 nr. 1 tredje punktum om at planene skal utarbeides av «fagkyndige», gjør imidlertid i praksis at planforslagene utarbeides av kommunens administrasjon. Kommunestyret kan imidlertid etter § 27–1 nr. 1 første ledd annet punktum gi planutvalget «pålegg og generelle retningslinjer» for arbeidet, og jeg antar at slike pålegg og retningslinjer da må være bindende for planutvalget. Selv om dette ikke klart går frem av loven, antar jeg at planutvalget tilsvarende må kunne gi bindende «pålegg og retningslinjer» til administrasjonen når planarbeidet overlates til den etter regelen i § 27–1 nr. 1 første ledd annet punktum.

Fra fylkesmannens lovlighetskontroll siteres:

> «Det er selvsagt nærliggende å anta at bystyret fikk en oppfatning av at de politiske føringer som bygningsrådet hadde vedtatt, var oppfylt. Fylkesmannen legger imidlertid avgjørende vekt [på] at den vedtatte planen entydig gir tilstrekkelig uttrykk for bygningsmassens plassering, omfang og størrelse gjennom kotehøyder, etasjeangivelser og T-BRA (totalt bruksareal). Det er også utarbeidet omfattende materialer med skisser og snitt som har fulgt saksfremlegget. Bystyrerepresentantene har etter Fylkesmannens syn hatt tilgang til et tilstrekkelig materiale for å kunne forstå totalvirkningen og omfanget av bebyggelsen i planen. Feilen gjenspeiles ikke i den vedtatte planen og gir ikke utvidede utbyggingsmuligheter.»

Jeg forstår fylkesmannen slik at det er lagt avgjørende vekt på at kommunestyret har hatt et godt nok bilde av det reguleringsforslaget som ble fremmet, og at den feilaktige beregningen av % -TU i saksfremlegget ikke kan ha virket inn på vedtaket.

Det sentrale spørsmålet er om kommunestyrets avgjørelse er blitt til «på lovlig måte», jf. kommuneloven § 59 nr. 4 bokstav c) når det ikke fremgår av saksfremlegget at planutvalgets forutsetning om tomteutnyttelse ikke er oppfylt. Vurderingen her må ta utgangspunkt i at forvaltningslovens alminnelige krav til saksbehandlingen følges, herunder kravet til forsvarlig utredning av saken. Det stilles således krav til de faktiske og vurderingsmessige premisser som avgjørelsen bygger på, jf. Overå/Bernt: Kommuneloven med kommentarer, 2. utg. 1997 s. 396. Det folkevalgte organets avgjørelse forutsettes såle-

des å bygge på et korrekt og fullstendig faktum. Som folkevalgt organ kan kommunestyret ikke forventes å ha spesialkunnskap om alle vedtak som kommunestyret blir innbudt til å fatte, og det er derfor avgjørende at saksfremleggene har en form og et innhold som gjør det noenlunde enkelt for kommunestyret å ta stilling i saken. Folkevalgte organer må kunne forvente at saksfremleggene som blir presentert, ikke inneholder uriktige eller villedende opplysninger av vesentlig betydning for saken.

Jeg kan vanskelig se saken annerledes enn at kommunestyret måtte forutsette at planutkastet som ble fremlagt, også oppfylte de forutsetningene som ble lagt til grunn ved planutvalgets behandling av planprogrammet. Jeg antar at planutvalgets forutsetning om at utnyttingsgraden for *byggeområdene* maksimalt skulle utgjøre % -TU = 100 %, hadde sammenheng med at en høyere utnyttingsgrad alt i alt ikke var ønskelig. Fra førstegangsbehandlingen av planutkastet i planutvalget siteres følgende flertallsbemerkning:

> «Det er imidlertid svært viktig at man ikke har en fortettingsstrategi som rett og slett ødelegger dagens småhusbebyggelse. Byggehøyder og tomteutnyttelse er viktigere enn noen gang for å unngå at et flott boligområde blir ødelagt.»

Dersom det under planprosessen oppstod forhold som gjorde det ønskelig med en høyere utnyttingsgrad enn forutsetningen i planprogrammet var, burde planutvalget og kommunestyret ha blitt gjort oppmerksom på dette.

Jeg har imidlertid merket meg at kommunens beregning av % -TU bygger på en feilaktig forståelse av beregningsreglene i TEK. Som nevnt over, er det vanskelig å se at bestemmelsen i TEK § 3–6 åpner for tvil. At friområder ikke skal regnes med, fremgår dessuten direkte av Miljøverndepartementets rundskriv T-1205, som jeg må anta at så vel kommunen som utbygger var kjent med. Den forståelsen kommunen la til grunn, harmonerte dernest dårlig med planutvalgets forutsetning og saksfremlegget til planprogrammet, der det uttrykkelig ble presisert at tomteutnyttelsen på maksimalt 100 % TU refererte seg til *byggeområdene*.

Det er mulig at henvisningen i saksfremlegget i reguleringssaken til at beregningen av % -TU hadde skjedd «i forhold til et grunnareal som omfatter «Rosenborgplatået», dvs. planområdet unntatt de store ballbanene (FRI 5)» var ment som en orientering til kommunestyret om måten man hadde foretatt beregningen på. En slik beregningsmåte ville imidlertid ikke være i samsvar med TEK, og allerede av den grunn være lite tilfredsstillende. Jeg nevner her at departementets rundskriv T-1205 s. 3 fremholder at det ikke skal brukes andre beregningsmåter enn de som er angitt i TEK kap. III. Den ville dernest vanskeliggjøre kontroll av om planprogrammets forutsetninger var fulgt.

Saksfremlegget ga således et fortegnet bilde av om forutsetningene for planprosessen var fulgt og bygget i alle tilfelle på en uriktig anvendelse av TEK. Selv etter at det ble krevd lovlighetskontroll av reguleringsvedtaket, fastholdt kommunens administrasjon at planen var «i samsvar med de føringene som ble gitt i planprogrammet», jf. Plan- og bygningsenhetens notat 18. juni 2003 til kommunestyret.

Jeg er enig med fylkesmannen i at et saksfremlegg som viser tegninger, snitt etc. kan gi et dekkende bilde av volum o.l. for den utbyggingen som reguleringsutkastet legger opp til. I denne saken må det sentrale likevel være at kommunestyret ut fra saksfremlegget hadde all grunn til å tro at planforutsetningene faktisk var oppfylt. Jeg kan vanskelig se at det er treffende når fylkesmannen fremholder at planen ikke innebar utvidede utbyggingsmuligheter. I forhold til en planforutsetning om en utnyttingsgrad på % -TU = 100 %, synes planen med fylkesmannens tall å ha gitt mulighet til å bygge ut 50 % større areal. Et så vesentlig avvik burde kommunestyret fått anledning til å uttale seg om før reguleringsvedtaket ble truffet.

Kommunestyrets vedtak må etter dette sies å ha «blitt til på ulovlig måte». Feilen som ble begått, var av nokså elementær karakter, og medførte en betydelig større utbyggingsadgang enn det som ble forutsatt av planutvalget i planprogrammet. Det må være en grunnleggende forutsetning for funksjonsdyktigheten i lokaldemokratiet at beslutninger som treffes av folkevalgte organer, er truffet på bakgrunn av et faktum som er korrekt og tilstrekkelig opplyst. Om kommunestyret ville ha truffet samme beslutning selv om det hadde blitt gjort kjent med feilen, må etter mitt skjønn spille en underordnet rolle når feilen er så vidt klar som her. Det er derfor vanskelig å se at feilen ikke «kan ha» virket inn på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41 og kommuneloven § 59 nr. 4 annet ledd.

Undersøkelsen herfra har ikke vært innrettet mot å avdekke hvem som har utarbeidet arealregnskap, eller på hvilken måte kommunen kvalitetssikret arealopplysningene som ble fremlagt av utbygger. Jeg har derfor ikke grunnlag for å gå inn på dette. På generelt grunnlag er det imidlertid grunn til å bemerke at det til det alminnelige ansvaret administrasjonssjefen har for å foreta en forsvarlig utredning av saker som skal fremlegges for folkevalgte organer, også hører en plikt til å etterprøve opplysninger som fremlegges av en privat part med interesse i saken. Dersom det reises alvorlige innvendinger mot eksempelvis arealopplysninger som en forslagsstiller har fremlagt, må disse innvendingene avklares før saken legges frem for kommunestyret. Tilsvarende må klageinstansen foreta en selvstendig prøving av det faktum som det er rettet innvendinger mot i klagen, jf. fvl. § 34 annet ledd.

Saksbehandlingen

I klagen hit er det også reist spørsmål ved om kommunens og fylkesmannens saksbehandlingstid er i samsvar med god forvaltningsskikk.

Kommunens reguleringsvedtak forelå 7. mai 2003. Krav om lovlighetskontroll ble fremsatt 26. mai 2003 og ble mottatt hos fylkesmannen 27. juni 2003.

Reguleringsvedtaket ble påklaget av Rosenborg Utvikling AS 13. juni 2003 og av (bl.a.) A 16. juli 2003. Forvaltningsklagen innkom fylkesmannen først 3. juni 2004, altså nærmere ett år etter at forvaltningsklage ble inngitt.

Det fremgår av forvaltningsloven § 11a at forvaltningsorganet skal forberede og avgjøre saken «uten ugrunnet opphold». Bestemmelsen gjelder tilsvarende ved forberedelse av klagesaker for klageinstansen, jf. fvl. § 33 første ledd. Det følger dessuten av fvl. § 33 fjerde ledd at underinstansen «skal» oversende saken til klageinstansen «så snart saken er tilrettelagt». Slik saken er opplyst her er det vanskelig å se noen grunn til at forberedelse av klagesaken i underinstansen skulle ta nærmere ett år. I fylkesmannens vedtak het det om kommunens saksbehandling:

> «En så sen oversendelse strider mot alminnelige forvaltningsprinsipper og kan lett undergrave borgernes tillit til klageordningen. Særlig ille blir dette når bebyggelsen på området blir revet, og ny bygging blir igangsatt før klagen kan ferdigbehandles.»

Jeg kan slutte meg til fylkesmannens kritiske merknader her. Det er likevel grunn til å føye til at fylkesmannen kan gi en forvaltningsklage oppsettende virkning i samsvar med fvl. § 42. For lovlighetskontroll følger en tilsvarende adgang av kommuneloven § 59 nr. 3. Dersom underinstansen (ved lovlighetskontroll kommunen) ikke har noen antakelig grunn til at klagesaken ikke oversendes i samsvar med bestemmelsene i forvaltningsloven, bør klageinstansen (ved lovlighetskontroll fylkesmannen) vurdere å benytte denne adgangen.

Det er forståelig at fylkesmannen ønsket å behandle forvaltningsklagen sammen med lovlighetskontrollen av reguleringsvedtaket, siden grunnlaget for klagen i det vesentlige falt sammen med kravet om lovlighetskontroll, og jeg har derfor ingen merknader til at saksbehandlingen hos fylkesmannen tok så vidt lang tid. Når oversendelsen av klagesaken fra kommunen uteble, er det likevel spørsmål om fylkesmannen burde ha purret kommunen ytterligere.

Oppsummering

Reguleringsvedtaket i denne saken ble truffet på bakgrunn av en uriktig forståelse av beregningsreglene i TEK. Som følge av dette ble vedtaket truffet på et utilstrekkelig grunnlag. Fylkesmannen burde derfor kjent vedtaket ugyldig, og sendt det til kommunestyret slik at dette fikk anledning til å ta stilling til reguleringsforslaget på bakgrunn av et korrekt faktum om utnyttingsgraden.

Jeg ber derfor fylkesmannen vurdere saken på nytt, og om å bli holdt orientert om fylkesmannens fornyede vurdering.

Jeg har ikke funnet det nødvendig å uttale meg om fylkesmannens vedtak i saken om forvaltningsklagen.»

70.

Forlengelse av midlertidig bygge- og deleforbud

(Sak 2006/543)

Saken gjaldt spørsmål om det var rettslig grunnlag for å forlenge et midlertidig bygge- og deleforbud, jf. plan- og bygningsloven § 33 femte ledd.

Loven gir i «særlige tilfeller» adgang til å forlenge et midlertidig bygge- og deleforbud. Ombudsmannen gjennomgikk foreliggende rettskilder og uttalte at det må foretas en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering med sikte på å avklare behovet for å forlenge forbudet, veid opp mot den enkeltes interesser i å få bygge m.v. Ombudsmannen var i tvil om vilkåret var oppfylt i denne saken idet det var uklart om reguleringsarbeidet kunne sies å ha hatt tilfredsstillende fremdrift. Ombudsmannen konkluderte likevel under tvil med at han ikke ville be Miljøverndepartementet om en ny vurdering. Han ba imidlertid departementet vurdere hvorvidt praktisering av lovens vilkår om at forlengelse av bygge- og deleforbud krever at det foreligger særlige tilfeller burde strammes inn. Bemerkninger om forholdet til Den europeiske menneskerettskonvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1 (vern om privat eiendomsrett).

LIDL Norge AS søkte om tillatelse til etablering av dagligvarehandel på Bs eiendom gnr... bnr... i Lillehammer kommune. Eiendommen er i reguleringsplan for Sannheim-Bæla-Smestadmoen avsatt til kombinert formål industri/masseuttak og forretning. Lillehammer kommune ved planutvalget nedla 25. juni 2003 forbud mot deling og byggearbeid på deområdet der den aktuelle tomta ligger. Formålet var å forby dagligvarehandel og forbudet gjaldt for inntil to år. Lillehammer kommune mente at formålet i søknaden fra LIDL Norge AS var i strid med rikspolitiske og kommunale prinsipper for etablering av dagligvarehandel. Kommunen viste blant annet til at reguleringsplanen ikke var oppdatert i tråd med holdninger til slike etableringer de senere årene.

Lillehammer Handelspark AS la våren 2005 frem planer for varehus/kjøpesenter med – blant annet – dagligvarehandel på den samme eiendommen. Planene ble behandlet i planutvalgets møte 20. juni 2005, der det ble vedtatt å søke Fylkesmannen i Oppland om forlengelse av bygge- og deleforbudet for å få tid til «å vurdere dagligvarehandelen i om-

rådet». Kommunen ønsket å se reguleringsplanen for gnr... bnr... i sammenheng med eventuell omregulering av et område nord for eiendommen, der Smart Club ønsket å etablere seg.

Fylkesmannen i Oppland tok i vedtak 6. oktober 2005 kommunens søknad om å forlenge bygge- og deleforbudet til følge.

Advokat A påklaget, på vegne av eieren av gnr... bnr..., B, 10. oktober 2005 vedtaket til Miljøverndepartementet. Departementet stadfestet 23. februar 2006 fylkesmannens vedtak.

På vegne av B klaget advokat A til ombudsmannen. Det ble gjort gjeldende at kommunen ikke hadde gjort noe for å følge opp det formålet som vedtaket om bygge- og deleforbud var begrunnet i. Han viste tvert i mot til at det gjeldende reguleringsformålet ble opprettholdt i kommunedelplanen for Nordre Ål og Øvre Ålsbygda. Kommunen måtte dermed sies å ha avstått fra å følge opp det formålet planutvalget hadde begrunnet vedtaket med; å innføre forbud mot dagligvarehandel.

Advokaten anførte videre blant annet at det er en forutsetning for å nedlegge bygge- og deleforbud at det aktuelle reguleringsarbeidet settes i gang snarest og pågår kontinuerlig til det er ferdig. Han viste til at reguleringsarbeidet fortsatt ikke var påbegynt, og at det eneste som i plansammenheng hadde skjedd i perioden juni 2003 til juni 2005, var at gjeldende regulering ble innarbeidet i kommunedelplanen.

Miljøverndepartementet ble i brev herfra bedt om å redegjøre for om det i løpet av perioden juni 2003 til juni 2005 ble igangsatt reguleringsarbeid for det aktuelle området samt for hvorfor reguleringsarbeidet ikke var sluttført innen utløpet av det midlertidige bygge- og deleforbudet. Det ble spurt om departementet mente planarbeidet hadde hatt «tilfredsstillende framdrift». Videre ble departementet bedt om å redegjøre for forvaltningspraksis i saker om forlengelse av midlertidig bygge- og deleforbud der reguleringsarbeidet ikke er startet opp ved utløpet av forbudsperioden.

For det andre ble det bedt om en forklaring på hvorfor forlengelse av forbudet ble begrunnet med kommunens behov for å sluttføre kommuneplanprosessen når kommunens søknad om fristforlengelse var begrunnet med behov for å vurdere omregulering av det aktuelle delområdet.

Deretter ble departementet spurt hvilken betydning den foreslåtte disponeringen hadde for vurderingen av om bygge- og deleforbudet skulle forlenges. Departementet ble videre bedt om å redegjøre for hvilken betydning fylkesdelplanen for Oppland, godkjent av departementet 22. desember 2004, hadde hatt for vurderingen. Det ble også vist til at det aktuelle området var omfattet av en ny kommunedelplan for Nordre Ål og Øvre Ålsbygda. Planen la opp til å opprettholde reguleringsstatus for allerede regulerte næringsområder, og departementet ble på bakgrunn av dette bedt om å redegjøre for planarbeidets betydning for vurderingen av om bygge- og deleforbudet skulle forlenges. Det ble spurt om ikke kommunen gjennom dette planarbeidet hadde tilkjennegitt hva den mente er ønskelig arealdisponering for området samt hvilket ytterligere planarbeid departementet mente fylkesdelplanen nødvendiggjorde.

Det fremgikk av kommunens søknad om fristforlengelse at den ønsket å avvente en privat reguleringsplan på nabotomten. Departementet ble derfor spurt om dette reguleringsarbeidet var ferdigstilt samt om forsinkelse i et privat reguleringsarbeid kan være et relevant moment i vurderingen av om det foreligger et «særlig tilfelle» som kan begrunne en forlengelse av et midlertidig bygge- og deleforbud.

Til slutt ble departementet bedt om å innhente og oversende gjeldende kommuneplan for Lillehammer kommune (1999–2010), forslag til ny kommuneplan (2006–2016), kommunedelplan for Nordre Ål og Øvre Ålsbygda vedtatt 28. april 2005, byplanen for 2004, gjeldende reguleringsplan for Sannheim-Bæla-Smestadmoen samt reguleringsplan for nabotomten dersom denne var vedtatt. Eventuell statistikk om hvor stor andel av søknadene om første gangs forlengelse av midlertidig bygge- og deleforbud som innvilges av departementet hvert år, ble også bedt oversendt.

I departementets svar het om fremdriften av reguleringsarbeidet bl.a. følgende:

> «På grunn av behovet for å avklare prioriteringer for etablering av varehandel gjennom overordnet planarbeid, ble arbeidet med reguleringsplanen for det aktuelle området ikke igangsatt i perioden juni 2003 til juni 2005. Departementet vurderer det likevel slik at planarbeidet har hatt tilfredsstillende framdrift.
>
> Lillehammer kommune har arbeidet med flere overordnede planprosesser for å avklare lokalisering av varehandel. Kommunedelplan for det sentrale byområdet/byplan for Lillehammer ble godkjent av kommunestyret 15. juni 2006. Kommunedelplan for Nordre Ål ble godkjent av Miljøverndepartementet 22. mai 2006. Det har også vært arbeidet med revisjon av kommuneplanens arealdel. Den 20. juni 2006 vedtok kommuneplanutvalget annen gangs offentlig ettersyn.
>
> Kommunen har lagt opp til å avklare framtidig forretningsstruktur i kommuneplanens arealdel. Departementet anser dette formålstjenlig og i tråd med plan og bygningsloven og Miljøverndepartementets brev av 1. november 2004 til alle landets kommuner.»

Til spørsmålet om forvaltningspraksis viste departementet til Fylkesmannen i Opplands uttalelse om at forlengelse av bygge- og deleforbud har vært svært vanlig både i departementet og hos fylkesmennene og at vilkårene derfor ikke er strenge. Departementet fremholdt at forlengelse ofte er nødvendig for å gi myndighetene tilstrekkelig tid til å utarbeide, vedta og stadfeste reguleringsplan. Videre opplyste departementet at det var enig i fylkesmannens vurdering av praksis, men at departementet ikke hadde oversikt over praksis for forlengelse i saker der reguleringsplan

arbeidet ikke er startet opp. Departementet fremholdt at spørsmålet om forlengelse av forbudet må vurderes konkret ut fra hva som er årsaken til at arbeidet ikke er startet opp. Vurderingen må gjøres med bakgrunn i at formålet med et midlertidig bygge- og deleforbud er å gi reguleringsmyndighetene tid og anledning til å vurdere den fremtidige arealdisponeringen i et område uten å måtte innvilge søknader som kan vanskeliggjøre det kommende reguleringsarbeidet. Departementet presiserte at også samfunnsmessige hensyn må tillegges vekt, og pekte spesielt på den samfunnsmessige betydningen det har å fastsette overordnede retningslinjer for lokalisering av varehandel.

Departementet svarte følgende på spørsmålet om hvorfor forlengelse av forbudet ble begrunnet med kommunens behov for å sluttføre kommuneplanprosessen når kommunens søknad om fristforlengelse var begrunnet med behov for å vurdere omregulering av det aktuelle området:

> «Som det framgår foran, er det slik at spørsmålet om omregulering av det aktuelle området henger sammen med spørsmålet om sluttføring av kommuneplanprosessen. Miljøverndepartementet kan derfor ikke se at det er noen motstrid mellom den begrunnelsen som er gitt for departementets vedtak og den begrunnelse Lillehammer kommune har gitt for sin søknad om forlengelse. Lillehammer kommune ønsker en forlengelse av dele- og byggeforbudet for å sikre god utvikling av sentrum. Departementet ser det slik at den utviklingen Lillehammer kommune ønsker, i hovedsak skal avklares gjennom kommuneplanprosessen. Derfor må kommuneplanen ferdigbehandles før kommunen går i gang med reguleringsprosessen. Miljøverndepartementet skriver i brevet 23. februar 2006 at i kommuneplanvedtaket bør kommunestyret bestemme om gjeldende reguleringsplan fortsatt skal gjelde eller om den skal oppheves. Lillehammer kommune uttrykker i søknaden om forlengelse 23. juni 2005, at forlengelse for området M/I/F5 er nødvendig for å vurdere dagligvarehandel i området. Vurderingene av dette gjøres nettopp i kommuneplanen.»

Departementet opplyste videre at kommuneplan for 2006–2016 ikke er vedtatt, men at kommuneplanutvalget 20. juni 2006 fattet vedtak om annen gangs offentlig ettersyn. For gnr... bnr... forelå det tre alternativer for hvordan området skal disponeres, som ble beskrevet nærmere.

Til spørsmålet om betydningen av fylkesdelplanen for varehandel i Oppland, svarte departementet at denne er i tråd med nasjonal politikk og overordnede politiske føringer. Departementet viste deretter til fylkesmannens vedtak 6. oktober 2005 om forlengelse av bygge- og deleforbudet, der fylkesmannen la til grunn at dagligvarehandel i det aktuelle området ville være i strid med fylkesdelplanen. Fylkesdelplanen ga etter departementets syn overordnede føringer for det videre planarbeidet. Den skal også legges til grunn for arbeidet med kommuneplanens arealdel. Når kommuneplanarbeidet ikke er ferdig, er ikke de overordnede føringer for etablering av varehandel i området avklart.

Departementet opplyste at kommunedelplanen for Nordre Ål og Øvre Ålsbygda ble rettskraftig ved departementets vedtak 22. mai 2006, med endring for områdene på Skikstad. Endringen berørte imidlertid ikke det aktuelle området.

Departementet svarte videre at kommunedelplanen for Nordre Ål og Øvre Ålsbygda ikke hadde hatt betydning for vurderingen av om bygge- og deleforbudet skulle forlenges, men at det var nødvendig å avklare lokalisering av varehandel gjennom kommuneplanens arealdel før reguleringsarbeidet kunne fullføres. Departementet viste ellers til kommunens opplysning om at det ikke var vedtatt reguleringsplan for nabotomten. Etter departementets syn kunne en forsinkelse i et privat reguleringsarbeid være et moment i vurderingen av om et midlertidig bygge- og deleforbud kan forlenges. Departementet presiserte at det ved planlegging er viktig å vurdere et område i en bredere sammenheng og på tvers av eiendomsgrenser.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Innledning

Det følger av plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.) § 33 første ledd at det faste utvalget for plansaker, dersom det finner at et område bør reguleres eller omreguleres, kan bestemme at tiltak som nevnt i §§ 81, 86a, 86b og 93 ikke kan settes i gang før reguleringsspørsmålet er endelig avgjort. Formålet med bestemmelsen er å gi reguleringsmyndighetene tid og anledning til å vurdere den fremtidige arealdisponeringen i området uten å måtte innvilge søknader som vil kunne vanskeliggjøre det fremtidige reguleringsarbeidet. Nedleggelse av forbud utløses i de fleste tilfeller av en søknad om byggetillatelse, men kan også nedlegges uavhengig av slik søknad. Forbudet kan settes i inntil to år, jf. bestemmelsens fjerde ledd.

Det er en forutsetning at planene om en ny vurdering av reguleringsspørsmålet er reelle og at det således foreligger en «genuin planleggingsvilje», se Fleischer, Plan- og bygningsretten, Oslo 1992 s. 175. Tyrén, Plan- og bygningsloven kommentarutgave, Oslo 2004 s. 166 fremholder at det «er en forutsetning for å bruke § 33 at reguleringsarbeidet settes i gang snarest og pågår kontinuerlig til det er ferdig». Tyrén fremholder videre at det av bestemmelsens formål følger «at det her ikke blir tale om lenger varighet av slike delings- og byggeforbud enn det som er nødvendig for å få planen utarbeidet, vedtatt og stadfestet».

Kommunen kan ikke nedlegge et bygge- og deleforbud begrunnet i et alminnelig ønske om å se situasjonen an. Det må således være en forutsetning at kommunen så snart det er praktisk mulighet for det, igangsetter en prosess for (om-)regulering av tomta.

Lovens henvisning til «regulering» og «omregulering» må tas på ordet. Det siktes her til en formell reguleringsprosess i samsvar med pbl. §§ 27–1 og 27–2. Loven gir også adgang til å nedlegge bygge- og deleforbud i påvente av revisjon av kommuneplanens arealdel, jf. § 33 siste ledd. I slike tilfeller bør hjemmelsgrunnlaget klart fremgå av bygge- og deleforbudsvedtaket.

Spørsmålet om det opprinnelig var adgang til å nedlegge det midlertidige byggeforbudet på Bs eiendom går jeg ikke nærmere inn på. Forbudet ble vedtatt 23. juni 2003 og vedtaket var således foreldet for behandling her da klagen kom inn. Jeg nevner likevel at det følger av lovens ordlyd, jf. «bør reguleres», at terskelen for å nedlegge forbud ikke er ment å være særlig høy, jf. Fleischer l.c., Frihagen, Plan- og bygningsloven (Bind III) Oslo 1989 på side 558 og O.J. Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, Oslo 2000 på side 233.

Etter pbl. § 33 femte ledd kan forbudet i «særlige tilfeller» forlenges utover to år. Frihagen skriver at ordlyden i pbl. § 33 femte ledd tyder på en forutsetning om at ikke enhver uferdig regulering innebærer et særlig tilfelle som gir anledning til å forlenge et forbud. Han påpeker imidlertid at forlengelse i praksis er blitt svært vanlig og at oppfatningen gjerne er at det er nødvendig med forlengelse for å gi forvaltningen tilstrekkelig tid til å utarbeide, vedta og stadfeste reguleringsplanen. Frihagen fremholder at praksis gir inntrykk av at forlengelse i to til fire år har vært ansett som «temmelig kurant», mens departementet ved mer langvarige forlengelser (seks til ti år) har «søkt å holde en noe strengere linje knyttet til en konkret vurdering av behovet».

Mens det er tilstrekkelig for å nedlegge et førstegangs bygge- og deleforbud at det faste planutvalget «finner» at et område bør (om-)reguleres, krever en forlengelse av bygge- og deleforbudet at det foreligger et «særlig tilfelle». Bestemmelsens ordlyd indikerer at dette skal være en unntaksregel. Forarbeidene, Ot.prp. nr. 56 (1984–85), bidrar etter det jeg kan se ikke til å klarlegge bestemmelsens nærmere innhold. Formålet med adgangen til å forlenge forbudsperioden må antas å være det samme som for første gangs nedleggelse; å gi reguleringsmyndighetene (ytterligere) tid til å vurdere den fremtidige arealdisponeringen i området uten å måtte innvilge søknader som vil kunne vanskeliggjøre det fremtidige reguleringsarbeidet. Lovens system tilsier imidlertid at en forlengelse av bygge- og deleforbudet ikke skal være en kurant sak. Kravet for å nedlegge et førstegangs bygge- og deleforbud er satt svært beskjedent, men er til gjengjeld tidsbegrenset. Jeg antar at lovens forutsetning her må være at det ønsket om (om-)regulering som har begrunnet det midlertidige forbudet, lar seg fullføre – og i hvert fall påbegynne – innen utløpet av toårsperioden.

Jeg kan ikke se at det foreligger trykt rettspraksis som nærmere belyser innholdet av og begrensningene i forlengelsesadgangen.

En gjennomgang jeg har gjort av departementspraksis som er gjort tilgjengelig på EasyFind, synes å bekrefte at departementet har lagt en forholdsvis lav terskel til grunn for hva som kan regnes som «særlige tilfeller». Miljøverndepartementets praksis synes å ta utgangspunkt i formålet med bestemmelsen; å hindre at tiltak igangsettes før reguleringsspørsmålet er tilstrekkelig utredet. Departementet har videre tatt som utgangspunkt at den enkeltes interesser i nødvendig utstrekning må stå tilbake for de samfunnsmessige interesser som ligger i en kontrollert utbygging og arealdisponering. Departementet har likevel lagt til grunn at det, av forutberegnelighetshensyn, må stilles krav til fremdriften i reguleringsarbeidet. Når det gjelder mer konkrete momenter i vurderingen av om det foreligger et «særlig tilfelle», har departementet vektlagt at det var saklig grunnlag for at reguleringsarbeidet ikke var ferdig (sak 87/3327), at forsinkelse i planarbeidet skyldtes statlig fagmyndighet (sak 89/267), at kommunen hadde lagt ned betydelig arbeid (sak 91/4491), at reguleringssaken ikke var avklart (sak 91/4491), at reguleringssaken var prioritert (sak 91/4491) og at reguleringssaken var komplisert (sak 91/4491).

Ut fra dette må det kreves en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering med sikte på å avklare behovet for å forlenge forbudet veid opp mot den enkeltes interesser i å få bygge m.v. For den som ønsker å bebygge eller på annen måte utnytte egen eiendom kan et bygge- og deleforbud virke som et sterkt inngrep. Hensynet til tiltakshaveren tilsier derfor at et forbud ikke nedlegges for lengre tid enn det som er nødvendig for å få (ny) plan på plass. Dersom det ikke er gjort noe påviselig arbeid for å (om-)regulere det aktuelle området innen toårsperioden er løpt ut, er det vanskelig å se at kravet om at det må foreligge et «særlig tilfelle» kan være oppfylt. Imidlertid må det også i disse tilfellene sees på årsaken til at reguleringsarbeidet ikke er avsluttet.

Med disse utgangspunktene går jeg over til å vurdere forlengelsesspørsmålet i denne konkrete saken.

Forlengelsesspørsmålet i denne saken

Tomta som ønskes bebygget er i dag regulert til kombinert formål masseuttak/industri og forretning. LIDL Norge AS' søknad om byggetillatelse synes derfor å være i samsvar med planen. Det opprinnelige vedtaket om midlertidig bygge- og deleforbud var begrunnet i ønsket om å endre reguleringsplanen for den aktuelle tomta for *å kunne forby varehandel* der.

Kommunens søknad om *forlengelse* var begrunnet med behov for *å vurdere* lokalisering av varehandel i området, og jeg forstår fylkesmannens og departementets vedtak slik at ønsket om en fortsatt «vurdering» var tilstrekkelig for å forlenge forbudsperioden. Departementet har i vedtaket lagt til grunn at reguleringsarbeidet har hatt tilfredsstillende fremdrift, og at kravet om et «særlig tilfelle» dermed er oppfylt.

Slik jeg forstår saken, har det ikke vært startet opp noe reguleringsarbeid for den aktuelle tomten. Det er imidlertid opplyst at saken har vært til «løpende vurdering» i kommunen. Av saksfremlegget til kommunens søknad om forlengelse av bygge- og deleforbudet, fremgår det at det ble reist et generelt spørsmål om politikken for lokalisering av varehandelen i Lillehammer, noe som hadde sammenheng med fylkesdelplanen for lokalisering av varehandel i Oppland som var blitt vedtatt kort tid før. Jeg forstår saken slik at det særlig var dette som var bakgrunnen for kommunens ønske om forlengelse av forbudsperioden. Som det også fremgår av fylkesdelplanen pkt. A1, skal kommunene styre lokaliseringen av varehandelen gjennom *kommuneplanen*. Et bygge- og deleforbud som er begrunnet i et ønske om å avvente revisjon av kommuneplanen, måtte således hjemles i § 33 siste ledd.

En ren «vurdering» av reguleringssaken i kommunen kan neppe oppfylle lovens forutsetning om at reelt planarbeid igangsettes straks bygge- og deleforbudet er nedlagt. Det er også vanskelig å se at det forhold at kommunen arbeider med en over- eller sideordnet planprosess, suspenderer plikten til å igangsette endring av den gjeldende reguleringsplanen så snart praktisk mulig.

Når det gjelder kommunedelplanen for det sentrale byområdet, har det under hele planarbeidet vært klart at den geografisk ikke ville omfatte gnr... bnr... Arealbruksbestemmelsene i denne kommunedelplanen ville således ikke fått rettslige virkninger for Bs tomt, og det er derfor vanskelig å se at spørsmålet om omregulering av gnr... bnr... måtte avvente ferdigbehandling av denne.

Prosessen for utarbeidelse av kommunedelplanen for Nordre Ål – Øvre Ålsbygda ble påbegynt i 2001. I motsetning til byplanen, omfatter denne kommunedelplanen gnr... bnr... og gir således rettslig bindende bestemmelser for disponeringen av tomta. I denne kommunedelplanen er imidlertid gnr... bnr... lagt ut til «erverv», samtidig som det er uttrykkelig bestemt at reguleringsplanen for Sannheim, Bæla og Smestadmoen fortsatt skal gjelde. Slik saken er opplyst her, legger jeg til grunn at det har vært lagt opp til denne arealdisponeringen gjennom hele planprosessen. Planprosessen kan således vanskelig forstås på annen måte enn at den la opp til å opprettholde tidligere planstatus, som altså åpnet for varehandel på tomten. Jeg har merket meg at det ikke ble fremmet innsigelser mot denne kommunedelplanen på det grunnlag at elementer i den var i strid med fylkesdelplanen om lokalisering av varehandel.

Det synes så langt å være riktig å konkludere med at kommunen ikke fulgte opp forutsetningen om start av omreguleringsarbeidet. De kommunedelplanene som ble utarbeidet i forbudsperioden var for øvrig ikke til hinder for den arealbruken B ønsket.

Kommunen har imidlertid også arbeidet med en rullering av kommuneplanens areadel i den perioden bygge- og deleforbudet har vært i kraft. Arealdisponeringen av gnr ... bnr ... etter denne planen er annerledes enn i kommunedelplanen, idet det bl.a. for denne tomta ble foreslått en disponering som begrenset varehandel til «transport- og/eller plasskrevende varegrupper». Slik saken er opplyst her, er det uklart når og på hvilken måte B ble gjort kjent med forslaget til denne arealdisponeringen. Det er således uklart når B ble kjent med at det ble lagt opp til en annen arealdisponering enn den som fulgte av kommunedelplanen for Nordre Ål – Øvre Ålsbygda. Arealplanen ble imidlertid lagt ut til første gangs offentlig ettersyn i januar 2006 og til annen gangs offentlig ettersyn i juni 2006.

Det er som nevnt på det rene at et bygge- og deleforbud kan begrunnes i et ønske om å avvente revisjon av kommuneplanens arealdel, jf. pbl. § 33 siste ledd. Jeg kan imidlertid ikke se at bygge- og deleforbudet verken opprinnelig eller i forbindelse med forlengelsen var begrunnet i ønsket om å avvente revisjonen av kommuneplanen. Jeg har i denne forbindelse merket meg Lillehammer kommunes brev 15. juli 2005 til fylkesmannen som svar på fylkesmannens forespørsel på hva som var blitt utført av reguleringsarbeid i toårsperioden. Kommunen viste utelukkende til kommunedelplanene for sentrumsområdet og Nordre Ål – Øvre Ålsbygda, samt behovet for samordning med reguleringsarbeidet for nabotomten. Kommunen synes således heller ikke her å ha begrunnet bygge- og deleforbudet i et behov for å avvente revisjon av kommuneplanens arealdel.

Jeg har således vært i tvil om det foreligger et «særlig tilfelle» i saken her, idet jeg er i tvil om reguleringsarbeidet kan sies å ha hatt en tilfredsstillende fremdrift. Det planarbeidet som best kunne underbygge behov for forlengelse av bygge- og deleforbudet – revisjon av kommuneplanens arealdel – er på den annen side ikke nevnt som grunnlag for forlengelse av bygge- og deleforbudet.

Undersøkelsen av saken herfra etterlater et inntrykk av at det er stilt for små krav til kommunens søknad om forlengelse og til lovens krav om at forlengelse bare er aktuelt i «særlige tilfeller». Lovens ordlyd forutsetter at det stilles krav til de grunner kommunen kan anføre for forlengelse, og det vil normalt være problematisk dersom arbeidet med å endre planen ikke er startet opp ved utløpet av toårsfristen. Forutsetningen for å nedlegge et midlertidig bygge- og deleforbud er som nevnt ovenfor at arbeidet med den påtenkte reguleringsplanen settes i gang straks og har tilfredsstillende fremdrift.

Det kan imidlertid ikke være riktig at det ikke er rettslig adgang til å forlenge forbudet dersom planarbeidet formelt ikke er igangsatt innen utløpet av toårsfristen etter § 33 fjerde ledd. Det avgjørende må være om kommunen alt i alt kan sies å ha hatt rimelig fremdrift i planarbeidet.

Jeg har forståelse for at det er viktig for kommunen å foreta en samlet vurdering av de kryssende

hensyn som gjør seg gjeldende i planarbeidet, og at det undertiden er nødvendig å se hen til planstatus for tilliggende områder så vel som overordnede planprosesser. Hensynet til den private part tilsier imidlertid at reguleringsarbeidet settes i gang og skjer med tilbørlig hurtighet. I denne vurderingen må all kommunal aktivitet ved utarbeidelse av overordnede og sideordnede planer vurderes samlet. Jeg viser også til at det er tilstrekkelig til å nedlegge et forbud at det faste utvalget for plansaker finner at et område bør underkastes *en reguleringsmessig vurdering.* Vurderingen kan imidlertid få det utfall at kommunen ikke finner grunn til å regulere/omregulere. Det er naturlig å si at det har vært arbeidet med reguleringsplansaken selv om den reguleringsmessige vurderingen ikke munner ut i noen konkret ny plan.

Selv om det kan reises spørsmål ved om reguleringsarbeidet i denne saken har hatt tilfredsstillende fremdrift, har jeg under tvil ikke funnet grunn til å be departementet behandle saken på nytt. Spørsmålet om lokalisering av varehandel er forhold som det er naturlig – og etter fylkesdelplanen også nødvendig – å omhandle i kommuneplanens arealdel, og det er på det rene at bygge- og deleforbudet gjaldt vurdering av slike lokaliseringsspørsmål.

Jeg ber imidlertid departementet påse at det videre reguleringsarbeidet, respektive arbeidet med revisjon av kommuneplanens arealdel, følges opp av kommunen med tilbørlig hurtighet. Jeg ber dessuten departementet vurdere hvorvidt praktiseringen av lovens vilkår om at forlengelse av bygge- og deleforbud krever at det foreligger «særlige tilfeller», bør strammes inn.

Avslutningsvis nevner jeg at jeg – slik saken ligger an – har funnet grunn til å vurdere saken i forhold til Norges menneskerettslige konvensjonsforpliktelser, jf. ombudsmannsloven av 22. juni 1962 § 3 som forutsetter at ombudsmannen skal bidra til at menneskerettighetene respekteres. Den europeiske menneskerettskonvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1 gir vern for den private eiendomsretten, og det er særlig denne bestemmelsen som kan være aktuell for denne saken.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) slo i saken Sporrong og Lönnroth mot Sverige (sak nr 00007151/75 og 00007152/75) fast at artikkelen inneholder tre regler. Artikkelens første ledd første punktum slår fast at borgerne har rett til å nyte sin eiendom i fred og er altså en generell regel om respekt for eiendomsretten. Videre inneholder artikkelen to regler som angir vilkårene for at staten skal kunne foreta disposisjoner over privat eiendom. I Sporrong-Lönnroth-saken hadde klagerne hatt ekspropriasjonstillatelser og byggeforbud påheftet sine eiendommer i henholdsvis 23 og 8 år. De hadde videre ikke hatt mulighet til å klage på avgjørelsene og heller ikke krav på erstatning. EMD mente at kommunen ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til klagernes interesser og at ekspropriasjonstillatelsen og byggeforbudet til sammen hadde skapt en ubalanse mellom den enkelte borgers og det offentliges interesser. Domstolen konkluderte mot denne bakgrunn med at regelen om respekt for eiendomsretten var krenket.

Jeg kan vanskelig se at forholdene i saken her ligger slik an at det kan være tale om noen krenkelse av regelen om respekt for eiendomsretten. Jeg viser til at bygge- og deleforbudet – sammenlignet med Sporrong-Lönnroth-saken – var svært begrenset i tid. Videre var det klagerett både på det opprinnelige vedtaket om bygge- og deleforbud og på vedtaket om forlengelse. Etter min mening kan det således ikke være tale om noe uforholdsmessig vedtak i konvensjonens forstand; det er ikke oppstått en slik ubalanse mellom det offentliges og Bs interesser at det foreligger krenkelse av regelen om respekt for eiendomsretten.»

71.

Dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 – betydningen av hensynet til likebehandling

(2005/1300)

Saken gjaldt dispensasjon fra reguleringsplanbestemmelse om etasjebegrensning for påbygg til bolighus. Fylkesmannen i Nord-Trøndelag ga dispensasjon, tilsynelatende med hensynet til likebehandling som bærende begrunnelse.

Ombudsmannen uttalte at likebehandlingshensyn ikke alene kan utgjøre grunnlag for dispensasjon etter pbl. § 7. Hvorvidt et moment er relevant ved «særlige grunner»-vurderingen, avhenger av om det ligger innenfor lovens rammer, etter en konkret tolkning av hjemmelsgrunnlaget. Hensynet til likebehandling kan imidlertid være mer praktisk ved avgjørelsen av momentets relative vekt. Ombudsmannen var i tvil om fylkesmannen hadde foretatt en konkret og reell vurdering av hvorvidt det forelå «særlige grunner» til å dispensere i saken og ba fylkesmannen om å vurdere saken på nytt. Fylkesmannen vurderte deretter saken på nytt og opprettholdt sitt vedtak om å gi dispensasjon.

Levanger kommune mottok i 2004 en søknad om påbygg til bolig. Tilbygget fordret dispensasjon etter plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl) § 7 fra bestemmelser i reguleringsplan, blant annet om at boliger skal oppføres i én etasje. Kommunen ga dispensasjon, men omgjorde vedtaket og avslo søknaden etter klage. Fylkesmannen i Nord-Trøndelag opphevet avslagsvedtaket 23. februar 2005 og sendte saken tilbake til kommunen. Kommunen ga igjen dispensasjon, men omgjorde eget vedtak og avslo på ny etter klage. Den 8. juli 2005 opphevet fylkesmannen det nye avslaget, ga dispensasjon fra reguleringsplanbestemmelsene og godkjente søknaden.

På vegne av flere naboer ble saken klaget inn for ombudsmannen hva gjaldt dispensasjonen fra pla-

nens bestemmelse om etasjebegrensning. Fylkesmannen ble i brev herfra bedt om å besvare visse spørsmål knyttet til vedtaket.

På grunn av uttalelser i vedtaket, om hensynet til likebehandling, ble fylkesmannen blant annet bedt om å redegjøre for sitt syn på om dette hensynet i seg selv kan utgjøre «særlige grunner» etter pbl. § 7, og om det alene ble ansett for å oppfylle kravet i denne saken. I svaret viste fylkesmannen til ombudsmannens uttalelse gjengitt i årsmeldingen for 2002 på side 320, og skrev blant annet:

> «Ser man for eksempel for seg en situasjon hvor en kommune over lengre tid har gitt dispensasjoner uten at det er stilt krav om at det skal foreligge «særlige grunner», kan kanskje nettopp hensynet til likebehandling være det eneste hensynet som utgjør «særlige grunner». Fylkesmannen ... anser imidlertid dette uklart, og en slik tolkning kan være å strekke Sivilombudsmannsuttalelsen for langt. Det som er på det rene er at hensynet til likebehandling kan være relevant for den rettslige vurderingen av om lovens krav til «særlige grunner» er oppfylt.
> ---
> Vårt synspunkt er etter dette at det er uklart om hensynet til likebehandling alene kan utgjøre «særlige grunner» i plan- og bygningsloven § 7.
> ---
> I den foreliggende saken kan det først nevnes at reguleringsmessige bestemmelser om etasjetall, utnyttelsesgrad og takoppbygg bl.a. er begrunnet i nabomessige hensyn. Vår vurdering er imidlertid at naboene ikke berøres i stor grad av tiltakshavers påbygg ... De hensyn som forbudsbestemmelsene i reguleringsplanen er ment å ivareta på dette punkt, blir med andre ord i liten grad skadelidende ved tiltakshavers påbygg. Et annet hensyn som de nevnte reguleringsbestemmelsene skal ivareta, er at bebyggelsen innenfor reguleringsplanen får en enhetlig karakter. I og med at det er gitt en rekke dispensasjoner tidligere, vil imidlertid ikke tiltakshavers påbygg medføre noe stilbrudd.»

Fylkesmannen viste videre til at også andre momenter inngikk i vurderingen, herunder særlig at «arealbruken er endret etter at planen ble utarbeidet» og videre at «huset skal brukes som generasjonsbolig». Fylkesmannens konklusjon var følgende: «Som det fremgår av ovennevnte redegjørelse, var ikke hensynet til likebehandling det eneste forholdet som gjorde at vi fant at kravet til særlige grunner var oppfylt.»

Fylkesmannen ble også bedt om å kommentere forholdet mellom vurderingstemaene etter henholdsvis pbl. §§ 7 og 70. I svaret hit presiserte fylkesmannen at han mener dispensasjon etter pbl. § 7 og bygningers plassering etter pbl. § 70, må vurderes hver for seg. Han foretok deretter en gjennomgang av forholdet mellom vurderingene i den aktuelle saken, for så å konkludere slik:

> «Ut fra vårt vedtak 8. juli 2005 kan det se ut som om vurderingene etter pbl § 70 er en del av dispensasjonsvurderingen. Som gjennomgangen ovenfor viser, er imidlertid vår oppfatning at det foreligger «særlige grunner» etter pbl § 7, og at pbl § 70 ikke gir hjemmel for å avslå søknaden.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Forholdet mellom «særlige grunner» etter pbl. § 7 og hensynet til likebehandling

På spørsmålet om likebehandlingshensynet ble ansett for alene å oppfylle kravet til «særlige grunner» i saken, har fylkesmannen blant annet vist til at nabomessige hensyn i liten grad blir skadelidende ved tiltaket, samt at endret arealbruk og påtenkt bruk av huset også inngikk i vurderingen. I forhold til kravet om «særlige grunner» skrev imidlertid fylkesmannen i vedtaket 23. februar 2005:

> «Alle de tre ... bestemmelsene i reguleringsplanen er ment å ivareta nabomessige hensyn. Fylkesmannen kan ikke se at det foreligger forhold som tilsier at disse hensynene ikke slår til i dette tilfellet, og dette taler mot at dispensasjon gis.»

Det kan etter dette synes som om fylkesmannen på (det første) vedtakstidspunktet var av en noe annen oppfatning, av hvorvidt nabomessige hensyn ble skadelidende, enn den som fremgår av svaret hit. Jeg kan heller ikke se av vedtaket at saken da ble vurdert konkret i forhold til endret arealbruk. Tiltakshavers behov nevnes som et relevant moment, men «[s]om det framgår nedenfor finner ikke fylkesmannen det nødvendig å gå nærmere inn på om dette er et behov som kan tilsi at reguleringsplanens bestemmelser kan fravikes». I vedtaket går fylkesmannen så over til å vurdere om det foreligger usaklig forskjellsbehandling, for deretter å drøfte naboulemper i forhold til pbl. § 70. Hans konklusjon er som følger:

> «Ut fra en totalvurdering synes det etter Fylkesmannens mening tvilsomt om tiltaket medfører en slik ulempe for naboene at tiltaket kan nektes med hjemmel i § 70. Dette er imidlertid ikke avgjørende for vår vurdering i denne saken. ... Det må ... legges til grunn at Levanger kommunes avslag på byggesøknaden i denne saken er et utslag av usaklig forskjellsbehandling. Kommunens vedtak er derfor ulovlig.
> Kommunens vedtak er etter dette ugyldig, og må følgelig oppheves.»

Den bærende begrunnelsen for fylkesmannens opphevelsesvedtak 23. februar 2005 er ugyldighet på grunn av usaklig forskjellsbehandling. I vedtaket synes ikke fylkesmannen konkret å ta stilling til om lovvilkåret «særlige grunner» er oppfylt.

I vedtaket 8. juli 2005 går fylkesmannen rett til spørsmålet om forskjellsbehandling, etter å ha konstatert at dispensasjon i henhold til pbl. § 7 fordrer «særlige grunner». Fylkesmannen vurderer ikke konkret om det foreligger slike «særlige grunner»,

og drøfter naboulempene kun i forhold til pbl. § 70 – «betydelig ulempe». Etter å ha slått fast at det foreligger forskjellsbehandling, spør han om den er saklig og konkluderer slik:

> «Det foreligger ... ingen saklig grunn for å nekte klager dispensasjon fra reguleringsplanens §§ 1,2 og 5 i denne saken. Det konkluderes derfor med at kommunen har foretatt en usaklig forskjellsbehandling av klager, og vedtaket i sak 069/05 er følgelig ugyldig.»

Selv om dispensasjonsvedtaket 8. juli 2005 leses i lys av opphevingsvedtaket 23. februar 2005, har fylkesmannen, slik jeg ser det, ikke drøftet eller konkludert i forhold til om det foreligger «særlige grunner» til dispensasjon i saken. Etter mitt syn kan det se ut som fylkesmannen har «erstattet» denne vurderingen med vurderingen av om det foreligger usaklig forskjellsbehandling. Dette er bakgrunnen for spørsmålet herfra om hensynet til likebehandling i seg selv kan utgjøre «særlige grunner».

Pbl. § 7 første ledd første punktum lyder:

> «Når særlige grunner foreligger, kan kommunen, dersom ikke annet er fastsatt i vedkommende bestemmelse, etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser i denne lov, vedtekt eller forskrift.»

For å kunne dispensere fra reguleringsbestemmelsen, om at boliger skal oppføres i én etasje, må det således foreligge «særlige grunner». Dette innebærer som utgangspunkt at ingen har krav på å få innvilget en dispensasjonssøknad. Det er en forutsetning for at dispensasjon kan gis at «særlige grunner» foreligger. I forarbeidene, Ot.prp. nr. 56 (1984–85) s. 101, er blant annet følgende uttalt om lovvilkåret:

> «Uttrykket «særlige grunner» må ses i forhold til offentlige hensyn planlovgivningen skal ivareta. De særlige grunner som kan begrunne en dispensasjon er i første rekke knyttet til areal- og ressursdisponeringshensyn. Som eksempel kan nevnes tilfeller der vurderingen av arealbruken er endret etter at det ble utarbeidet plan, eller at tidsfaktoren tilsier at en ikke bør avvente en planendring. I helt spesielle tilfeller vil også forhold vedrørende søkerens person kunne anses som særlig grunn.
>
> *I den enkelte dispensasjonssak må det foretas en konkret og reell vurdering av de faktiske forhold i saken.*
>
> Foreligger en overvekt av hensyn som taler for dispensasjon vil lovens krav være oppfylt og dispensasjon kan gis. I motsatt fall er lovens krav ikke oppfylt og dispensasjon kan ikke gis. *De særlige grunner som taler for dispensasjon må naturligvis ligge innenfor rammen av loven.*
>
> De ulike bestemmelser og planer har som oftest blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess. Det skal derfor ikke være en kurant sak å fravike disse. *Bygningsrådet må heller ikke bruke sin dispensasjonsmyndighet på en slik måte at den undergraver planene som informasjons- og beslutningsgrunnlag.* Ved unntak fra planer skal bygningsrådet ta relevante planleggingsomsyn etter kapitlene om kommuneplan og reguleringsplan. Ut fra hensynet til offentlighet, samråd og medvirkning i planprosessen er det *viktig at endringer i planene av betydning ikke skjer ved dispensasjoner*, men behandles etter de regler som er fastlagt i kapitlene om kommuneplanlegging og reguleringsplaner.
>
> *Hensynet bak planvurderingene og de ulike bestemmelser vil også være av betydning for praktiseringen av dispensasjonsbestemmelsen. ...* [ombudsmannens uthevinger]»

I ombudsmannssaken referert i årsmeldingen for 2002 på side 320, hadde fylkesmannen lagt til grunn at en påstand om usaklig forskjellsbehandling kun var relevant i forhold til «kan»-skjønnet, ikke i forhold til vurderingen av «særlige grunner». Ettersom fylkesmannen ikke fant særlige grunner til å dispensere, ble ikke påstanden om usaklig forskjellsbehandling vurdert. Jeg uttalte blant annet:

> «Den praksis som har utviklet seg i andre dispensasjonssaker, kan ... også være relevant for den rettslige vurderingen av om lovens krav til «særlige grunner» er oppfylt. En påstand om usaklig forskjellsbehandling må, etter omstendighetene, også behandles av klageinstansen i dette lyset.»

Jeg kan ikke utelukke at likebehandlingshensynet vil kunne få betydning for om et moment er *relevant* ved «særlige grunner»-vurderingen. Hvorvidt et moment er relevant eller ikke, avhenger imidlertid av om momentet ligger innenfor – eller utenfor – lovens rammer, etter en konkret tolkning av hjemmelsgrunnlaget. Det er dermed lite – om noe – spillerom her. Hensynet kan imidlertid være mer praktisk ved avgjørelsen av momentets *relative vekt*. Gjennom praksis kan forvaltningen legge føringer for fremtidig vektlegging av ulike momenter under «særlige grunner»-vurderingen.

Dispensasjonsvurderingen må imidlertid ta utgangpunkt i de hensyn den aktuelle forbudsbestemmelsen skal ivareta. Likebehandlingshensyn kan derfor ikke alene utgjøre grunnlag for en dispensasjon etter pbl. § 7. Dette innebærer at den konkrete vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» til å dispensere i saken, ikke kan erstattes med en vurdering av hvorvidt det foreligger (usaklig) forskjellsbehandling. Dette utgangspunktet innebærer imidlertid også at hensynet til likebehandling, etter omstendighetene, kan få større betydning for vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» til å dispensere fra plan enn fra lovbestemmelser som bæres av nasjonale hensyn.

Forholdet mellom vurderingene etter pbl. §§ 7 og 70

I forhold til spørsmålet om fylkesmannen hadde foretatt en konkret avveining, mellom tiltakshavers og naboens interesser relatert til pbl. § 7, skrev han i brevet hit blant annet at naboene ikke i stor grad berøres av påbygget, og viste til vurderingene i vedta-

ket 23. februar 2005. I dette vedtaket legger imidlertid fylkesmannen til grunn at de nabomessige hensynene reguleringsbestemmelsen skal ivareta, «slår til» i dette tilfellet, jf. ovenfor. Som nevnt, synes fylkesmannen i de to vedtakene bare å ha vurdert naboulempene nærmere og mer konkret i forhold til pbl. § 70. Utgangspunktet for vurderingen etter pbl. § 70 er at tiltakshavers ønske skal imøtekommes dersom ikke avgjørende grunner taler mot dette, mens nabohensynet vil være ett av flere momenter i den helhetsvurderingen som skal foretas etter pbl. § 7. Dette sår tvil om hvorvidt – og eventuelt hvordan – fylkesmannen har vurdert nabointeressene i relasjon til pbl. § 7.

Konklusjon

Slik saken fremstår, kan det reises spørsmål om fylkesmannen har foretatt en konkret og reell vurdering av hvorvidt det foreligger «særlige grunner» til å dispensere i saken. Fylkesmannen synes i vedtaket ikke i tilstrekkelig grad å ha vurdert hvordan hensynene bak reguleringsbestemmelsene konkret gjør seg gjeldende i denne saken, herunder betydningen av eventuelle skadelidende nabointeresser.

Etter gjennomgangen herfra etterlater saken dermed «begrunnet tvil» om forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10. Jeg må derfor be fylkesmannen om å vurdere saken på nytt, i lys av det jeg har fremholdt, med sikte på å klarlegge om det var rettslig grunnlag for å gi dispensasjon.

For ordens skyld nevnes at tiltakshaver ikke har vært part i saken for ombudsmannen. Tiltakshaver må derfor forelegges ombudsmannens uttalelse og gis anledning til å uttale seg.»

Fylkesmannen vurderte deretter saken på nytt og opprettholdt sitt vedtak 8. juli 2005 om å gi dispensasjon. Selv om ombudsmannen hadde visse bemerkninger til fylkesmannens nye vurdering, fant han likevel å kunne la saken bero med dette.

72.

Dispensasjon fra reguleringsformålet friområde

(Sak 2005/218)

A ble nektet dispensasjon fra en reguleringsplan som la bl.a. hans boligeiendom ut til friområde. Han gjorde gjeldende at det var tvil om kommunen virkelig hadde ment å la hans tomt omfattes av reguleringsformålet. Uansett mente han at det skulle vært gitt dispensasjon.

Ombudsmannen pekte på at det forelå flere forhold som gjorde det tvilsomt om kommunen hadde ment å la klagerens tomt omfattes av reguleringen til friområde. Kommunens manglende oppfølgning av reguleringsplanen tilsa under enhver omstendighet at det forelå særlige grunner for å gi dispensasjon.

Fylkesmannen omgjorde etter dette sitt eget vedtak. Samtidig ble kommunens vedtak opphevet og saken sendt tilbake for ny behandling i kommunen.

A var eier av gnr ... bnr ... i Stavanger. Eiendommen hadde vært i familiens eie og benyttet som boligeiendom i over 100 år.

A søkte om tillatelse til oppføring av tilbygg til eksisterende bolig. Da tomten var regulert til friområde, var det nødvendig også å søke om dispensasjon fra reguleringsplanen. Dispensasjonssøknaden ble avslått.

Etter klage stadfestet Fylkesmannen i Rogaland vedtaket, idet han ikke kunne se at det forelå «særlige grunner» for å dispensere fra planen. Fylkesmannen ga uttrykk for at det «utvilsomt» heftet saksbehandlingsfeil ved planen, men kom, under henvisning til forvaltningsloven § 41, til at feilene ikke kunne ha påvirket innholdet i den. Planen kunne derfor ikke anses ugyldig.

Klagen fra A ble herfra forelagt Fylkesmannen i Rogaland. Det ble spurt om planen nødvendigvis måtte fortolkes slik at den også omfattet As eiendom i den forstand at eiendommen måtte anses regulert til friområde. Det ble vist til at det i formannskapets innstilling til reguleringsplanen het at «planforslaget ... i størst mulig grad [søker] å ivareta eksisterende situasjon». Det ble spurt om det uten videre var opplagt at kommunen ville ha regulert eiendommen til friområde dersom kommunen var kjent med at As eiendom ble benyttet til boligformål. Det ble dessuten spurt om det forelå opplysninger om hvordan kommunen vurderte det forhold at eiendommen ble benyttet til boligformål.

Fylkesmannen ble også bedt om å redegjøre nærmere for vedtakets henvisning til plan- og bygningsloven (pbl.) § 23, samt å redegjøre for årsaken til at planen ikke var gjennomført tidligere. På bakgrunn av en anmodning i klagen hit ble fylkesmannen videre bedt om å innhente dokumentasjon av om og i tilfelle i hvilken grad kommunen hadde ekspropriert bolig- og fritidseiendommer, regulert til friområder, i perioden 1985–2005. Endelig ble det spurt om den manglende gjennomføringen av planen i seg selv tilsa at terskelen for å dispensere burde være lavere enn ellers.

Fylkesmannen svarte bl.a. slik:

> «Fylkesmannen mener at kommunen under hele planprosessen har uttrykt klar vilje til å regulere det aktuelle området til et sammenhengende friområde. I det orienteringsskriv som ble sendt ut til beboerne tidlig i planprosessen fremgikk at «*Hele området mellom ..., ... og ... foreslås som friområde/naturområde*.» Dette stod riktignok i strid med opplysningen om at «All eksisterende boligbebyggelse inngår i planen». Det er også grunn til å merke seg at kommunen var klar over at den regulerte *en* boligtomt til friområde, jf.

formannskapets innstilling. Resultatet hadde trolig ikke vært annerledes om en hadde vært klar over at også «hytten» egentlig var en mindre bolig.

Fylkesmannen vil også peke på at bygningsloven av 1965 ikke hadde bestemmelser om at utleggelse til offentlig ettersyn skulle varsles direkte til den enkelte grunneier. Kommunen har således praktisert varsling i større utstrekning enn det som var bygningslovens krav. Derimot var det en saksbehandlingsfeil at grunneier ikke ble varslet om reguleringsvedtaket. De nye varslingsreglene i plan- og bygningsloven var på dette tidspunkt trådt i kraft. Planen ble kunngjort i pressen.

Det er sannsynlig at grunneier var oppmerksom på den planprosess som pågikk. Han hadde da oppfordring til å gjøre seg kjent med plankartet og komme med eventuelle kommentarer.

Fylkesmannen kan ikke se at det er begått saksbehandlingsfeil som kan føre til at reguleringsplanen anses som ugyldig.

Kommunens forståelse av plansituasjonen støttes også av fylkesmannen som sektormyndighet. Det vises i denne sammenheng til fylkesmannens uttalelse til kommunen vedrørende dispensasjonen av 12.06.2003;

> «På 60-tallet gjaldt en disposisjonsplan for X. Det er opplyst at den ble avløst av en strandplan på 70-tallet. Ut fra de kartene som er sendt med saken viser disposisjonsplanen i fra 69–71 at bygningen på [As eiendom] ikke inngikk blant de bygningene som var definert som framtidige husenheter for beboelse. Det samme gjaldt to bygninger litt sør for denne eiendommen.
>
> På arealdelen til generalplanen for Stavanger kommune 1980–91 er X inndelt i tre arealkategorier. Utbygd boligareal, friluftsareal og utbygd offentlig formål. Det aktuelle arealet der den omsøkte bygningen ligger er lagt ut til friluftsareal i generalplanen. Generalplanen har gjort en klar avveining mellom bruk og vern. Den nordlige delen av X er lagt ut til et stort friluftsområde. Dette er en oppfølgning av disposisjonsplanen i fra 1969 og strandplanen i fra 70-tallet.
>
> I generalplanen for perioden 1985–2000 er det den samme arealbruken som i generalplanen fra 1980 som er vist for X.
>
> Som en oppfølgning av generalplanen fra 1985 ble det utarbeidet en reguleringsplan i 1985 for X. I den planen er det nordlige neset mellom ..., ... og ... regulert til friområde. Den planen ble sendt ut til offentlig høring, det ble holdt offentlig møte på X og plankartet ble hengt opp på X. Sånn sett skulle det være mulig for alle parter å gjøre seg kjent med saken.
>
> Siden den planen var en oppfølgning av tidligere detaljplan og overordna planer for denne delen av X, var det egentlig ikke noe nytt i forslag til arealbruk for den omsøkte eiendommen. Reguleringsplanen var en direkte oppfølgning av tidligere planer. I arbeidet med reguleringsplanen for X ble det klart framhevet at området mellom ... og ... skulle være et felles friområde både for befolkningen på X og for befolkningen ellers i byen.»

Om fylkesmannens henvisning til pbl. § 23 het det at fylkesmannen fant å kunne rette en viss kritikk mot kommunen, ettersom det i bestemmelsen lå en viss oppfordring til kommunene om ikke å vedta reguleringsplanen som ikke kan gjennomføres innen rimelig tid. Fylkesmannen viste her til ombudsmannssak 2001–0072.

Til spørsmålet om den manglende gjennomføringen av planen i seg selv kunne tilsi at terskelen for å dispensere burde være lavere enn ellers, bemerket fylkesmannen:

> «Den manglende gjennomføringen av planen medfører at retten til å ekspropriere i medhold av denne har falt bort. De øvrige rettsvirkningene av planen har ingen tidsbegrensning. Fylkesmannen finner det derfor ikke riktig å si at terskelen for å dispensere vil være lavere. Det faktum at planen ikke er gjennomført er en relevant særlig grunn etter pbl. § 7, men fylkesmannen mener i tråd med kommunen og aktuelle sektororgan at dette ikke er tilstrekkelig til å dispensere fra reguleringsplanen, og dermed sette til side de hensyn denne skal ivareta.»

Med fylkesmannens brev fulgte også et brev fra kommunen til fylkesmannen med en kort redegjørelse for kommunens politikk mht. overtagelse/ekspropriasjon av boligeiendommer i regulerte friområder. Kommunen oppga ingen tall for hvor mange eiendommer den hadde overtatt/ekspropriert fra 1985, men nevnte spesielt fem eiendommer som var blitt overtatt i de senere år.

A kom tilbake til saken, og påpekte at den boligen som ble regulert til friområde under planprosessen, var en falleferdig bygning som ble fraflyttet tidlig på 1960-tallet. Han mente dessuten at det var en uholdbar spekulasjon når fylkesmannen kom til at eiendommen ville blitt regulert til friområde også dersom kommunen hadde vært kjent med at den var en bebodd boligeiendom. Det ble videre påpekt at kommunen hadde varslet andre grunneiere om planforslaget, og den hadde «villedet» grunneier om planforslaget når den fremholdt at all eksisterende boligbebyggelse skulle opprettholdes. Han påpekte at den eldre disposisjonsplanen fylkesmannen hadde vist til, nettopp ikke viste at hans eiendom ble benyttet til boligformål. A pekte videre på at kun tre av de fem eksemplene som kommunen trakk frem i sitt brev til fylkesmannen gjaldt boligeiendommer, og ett av dem gjaldt dessuten et falleferdig hus som ikke hadde vært brukt som permanent bolig.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Innledning

As klage hit gjelder avslag på en dispensasjonssøknad, og min kontroll med forvaltningens vedtak gjelder i første rekke dette forholdet. A har imidlertid anført mangler ved tilblivelsen av reguleringsplanen som en «særlig grunn», og det er derfor nødvendig å gå inn på disse anførslene til tross for at fristen etter ombudsmannsloven § 6 på ett år for å klage hit på selve reguleringssaken for lengst er utløpt.

Avslaget på dispensasjonssøknaden

Fylkesmannen har i sin vurdering av dispensasjonssøknaden tatt utgangspunkt i kravet om at det skal foreligge «særlige grunner» for at dispensasjon kan gis, jf. pbl. § 7. Lovens formulering innebærer at dispensasjon ikke skal være en kurant sak, og jeg har ingen merknader til den lovforståelsen fylkesmannen gir uttrykk for på s. 3 i vedtaket.

Selv om fylkesmannen «hadde forståelse for» klagers situasjon og ønsker, kom fylkesmannen til at en overvekt av hensyn talte for ikke å gi dispensasjon fra reguleringsformålet.

Dispensasjonsnektelsen forutsetter naturlig nok at den planen det ble søkt om dispensasjon fra, var gyldig. Det fremgår av fylkesmannens vedtak at klagerens innsigelser mot planvedtaket, er vurdert.

Så vidt jeg skjønner, er det på det rene at gnr... bnr... As eiendom var – og fortsatt er – regulert til friområde i den forstand at tomten er skravert som dette i reguleringsplanen. I fremlegget til planforslaget heter det også:

> «All eksisterende boligbebyggelse, bortsett fra et bolighus og ei hytte i friluftsområdet ved ..., inngår i planen.»

Det er ikke uenighet om at «hytta» det refereres til, er As bolig. Bolighuset det refereres til, ble etter det opplyste fraflyttet på 1960-tallet og er nå revet. Det er dessuten uomtvistet at kommunen ikke var kjent med at As eiendom ble benyttet som helårsbolig. A mener dette må få avgjørende betydning i dispensasjonssaken.

Jeg forstår kommunens og fylkesmannens syn slik at misforståelsen ikke kunne virke inn på reguleringsplanen, ettersom kommunen uansett ville regulert As eiendom til friområde. Det ble vist til forvaltningsloven § 41. Misforståelsen kunne derfor ikke medføre at reguleringsvedtaket måtte anses som ugyldig, og kunne heller ikke få avgjørende betydning i den aktuelle dispensasjonssaken. I kommunens fremlegg i dispensasjonssaken het det:

> «Ut i fra planhistorien i området og byplansjefens uttalelser ved behandlingen av gjeldende reguleringsplan anser vi at det var bevisst at eiendommen ble regulert som friområdet i gjeldende reguleringsplan. Dette var også i tråd med daværende generalplan.
>
> Av en eller annen ukjent grunn ble ikke eier av denne eiendommen varslet om det endelige vedtaket. Det framgår av sakspapirene at han ikke står på listen over grunneiere som ble tilskrevet med endelig vedtak. Eiendommen var også betraktet som en hytteeiendom – mens den i realiteten var en enebolig. Dette siste skyldtes sannsynlig at bygningen på eiendommen var et svært lite hus. [...]
>
> Det synes klart at reguleringssaken ikke hadde fått et annet utfall om eier hadde fått varsel i dette tilfellet. Det var redegjort i saken til bystyret at eiendommen her var regulert vekk – det sto i klartekst at alle eiendommene på X inngikk i planen med unntak av et bolighus og en hytte i området nord på X som var foreslått regulert til friområde. Om en den gang hadde vært klar over at det dreide seg om et bolighus til og ikke en hytte så ville ikke det ha gjort noen forskjell. Området her ble også etterpå innløst av kommunen og bolighuset revet. Beklageligvis ble ikke denne prosessen også gjennomført for denne eiendommen, men det er nokså åpenbart at det ville en ha gjort dersom en hadde vært oppmerksom på forholdet. Det er derfor hevet over tvil at saksbehandlingsfeilen ikke ville ha virket inn på det endelige utfallet av reguleringen, og at reguleringsplanen slik den ble vedtatt må anses som en gyldig plan.»

Jeg finner først grunn til å påpeke at en misforståelse med hensyn til om As eiendom virkelig var en hytteeiendom, ikke er en saksbehandlingsfeil. Misforståelsen må i stedet bedømmes som en mangelfull vurdering av de faktiske premissene for skjønnsutøvelsen (også kalt «skjønnsfakta»). Forvaltningsloven § 41 gjelder derfor ikke direkte, og henvisningen til denne bestemmelsen er derfor ikke uten videre treffende. Imidlertid må det også for skjønnsmangler tas stilling til om feilen er såpass vesentlig at man må regne med at den kan ha øvet innflytelse på avgjørelsen, se nærmere Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 7. utg., s. 434. Kravet er likevel ikke strengere enn at det er tilstrekkelig at feilen «kan» ha virket inn; det er således ikke nødvendig å ta stilling *om* avgjørelsen ville blitt en annen.

Jeg er enig med fylkesmannen i at i hvert fall plankartet indikerer at hensikten var å regulere også As tomt til friområde. Planforarbeidenes uttrykkelige forutsetning om at en «hytte» i reguleringsområdet ikke skulle være med i planen, kan også tyde på at kommunen ville regulert vekk huset på As tomt selv om den hadde vært kjent med at huset ble benyttet til boligformål. Siden reguleringsvedtaket i 1986 er det fra kommunens side ikke gjort noen ny vurdering av arealbruken – vurderingen synes snarere å være at ønsket om å holde området som et friområde, er styrket.

Det er likevel vanskelig å se at misforståelsen ikke «kunne» ha virket inn på planvedtaket. Da reguleringsplanen ble gitt, var [As eiendom] uregulert, og det forelå således ingen detaljert plan for arealbruken på eiendommen. Reguleringsplanen innebar således en vesentlig endring av planstatus for eiendommen, og som dessuten utgjorde en latent fare for at eiendommen måtte fraflyttes. Jeg antar at man normalt vil være tilbakeholden med å regulere til friområde områder som allerede benyttes til boligformål. Ofte vil den eksisterende bruk ha gjort området så vidt «privatisert» at det ikke har kvaliteter allmennheten kan nyte godt av. Men selv om det er mulig å gjennomføre planen, for eksempel gjennom ekspropriasjon, antar jeg at hensynet til den private part – som kanskje har benyttet området i lang tid – tilsier tilbakeholdenhet med en så inngripende regulering.

Dersom en omregulering av en boligeiendom til

friområde likevel anses påkrevet, må det være et krav at planforarbeidene reflekterer hvilke avveininger som er gjort av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende. Planen må ikke etterlate tvil om at kommunen virkelig har sett det som nødvendig å regulere den aktuelle tomta til tross for eventuelle mothensyn som gjør seg gjeldende.

Allerede det forhold at kommunen ikke var kjent med at eiendommen ble benyttet til boligformål, tilsier etter mitt skjønn at det er vesentlige forhold i saken som kommunen ikke har hensyntatt, og at det ikke kan utelukkes at reguleringen ville blitt en annen dersom denne misforståelsen ikke var til stede.

Dette inntrykket befestes av at As eiendom i det hele tatt ikke er nevnt i planforslaget. Eiendommen synes i stedet å ha blitt behandlet som en del av gnr ... bnr ..., som utgjør størstedelen av det området som ble regulert til friområde. Det fremgår av reguleringskartet at denne eiendommen for det vesentlige var ubebygget da området ble regulert. Området beskrives i planforslaget som en «perle» som friluftsareal, og at den burde «forbli» slik. Denne beskrivelsen var nødvendigvis ikke treffende for As eiendom.

I planforslaget het det videre at det «i størst mulig grad [søker] å ivareta eksisterende situasjon». Planens forutsetning om at «eksisterende boligstruktur/boligform [skulle] opprettholdes» og at «eksisterende eiendomsstruktur [skulle] opprettholdes» synes videre å antyde at hensikten med planforslaget var å opprettholde igangværende arealbruk. Det er ikke uten videre gitt at disse planforutsetningene er treffende på As eiendom. I motsetning til det som ville være tilfellet for naboeiendommen, fikk planen ingen ytre konsekvenser for arealbruken på As eiendom, og planforslaget ga i det hele tatt ingen redegjørelse for hvordan reguleringen på As eiendom var tenkt gjennomført.

Fylkesmannen synes å legge betydelig vekt på at reguleringsplanen ble oppfattet som en gjennomføring av dagjeldende generalplan, og tidligere disposisjons- og strandplaner. Det er imidlertid vanskelig å se bort fra at misforståelsen omkring bruken av As eiendom, ikke også heftet ved disse eldre planene, og de kan derfor neppe tillegges noen vekt ved vurderingen av denne saken.

Manglene som er påpekt ovenfor, kan være egnet til å så tvil om planen uten videre kan forstås slik at den også mente å regulere As eiendom til friområde. Jeg går imidlertid ikke videre med dette, idet det uansett må legges til grunn at reguleringsskjønnet i forhold til klagerens eiendom lider av vesentlige materielle mangler, og at disse manglene kan ha virket inn på planvedtaket.

Når det gjelder det forhold at daværende grunneier ikke fikk orientering om det endelige planvedtaket, er jeg enig med fylkesmannen i at det må vurderes som en saksbehandlingsfeil. På bakgrunn av de alvorlige og inngripende følgene reguleringsvedtaket ville få for grunneier, er det vanskelig å se saken annerledes enn at saksbehandlingsfeilen kunne ha virket inn på reguleringsvedtakets innhold. Det er nærliggende å tenke seg at grunneier i så fall ville benyttet anledningen til å påklage vedtaket.

Fylkesmannens vedtak bygger på en annen rettsoppfatning enn den jeg har gitt uttrykk for ovenfor. Det følger av dette at jeg må be fylkesmannen vurdere saken en gang til, og da ta i betraktning mine synspunkter. Jeg finner det ikke riktig å konkludere med hensyn til hva utfallet av den fornyede behandlingen bør bli, men tilføyer at vurderingen av de feilene som (det er enighet om) ble begått av kommunen i planarbeidet, ikke alene er et spørsmål om gyldighet. Selv om planen, til tross for de innvendinger jeg har pekt på over, legges til grunn som gyldig også for As eiendom, kan det stilles spørsmål om hvilke konsekvenser feilene bør få i en dispensasjonsvurdering. Det kan dessuten stilles spørsmål om den etterfølgende utviklingen i saken gjør at planen likevel ikke fullt ut bør legges til grunn etter sitt innhold, eventuelt om denne utviklingen skal tillegges vekt i en dispensasjonsvurdering.

Det er således noe uklart hvordan planen er fulgt opp i forhold til As eiendom. Et uttrykkelig spørsmål om dette i brev ... herfra til fylkesmannen er ikke besvart. Det er imidlertid på det rene at eiendommen p.t. ikke er ervervet av kommunen, og slik saken er opplyst her, må jeg legge til grunn at kommunen heller ikke har gjort noe forsøk på å overta den.

Jeg finner i denne sammenheng grunn til å peke på at plan- og bygningslovens bestemmelser om reguleringsplaner hviler på en forutsetning om at planer skal gjennomføres. Som også fylkesmannen var inne på i vedtaket 13. desember 2004, skal det ikke gis planer som ikke kan gjennomføres innen rimelig tid, jf. pbl. § 23 nr. 1 annet ledd. Videre bortfaller adgangen til å ekspropriere eiendom til gjennomføring av planen dersom ikke ekspropriasjonsvedtak er truffet innen 10 år etter planvedtaket, jf. pbl. § 31 nr. 2.

Siden reguleringsformålet i denne saken er friområde, er det grunn til å knytte enkelte merknader til konsekvensene av dette valget. Loven skiller mellom *fri*områder etter pbl. § 25 nr. 4 og spesialområde – *friluft*sområde etter pbl. § 25 nr. 6. Forskjellen mellom disse reguleringsformålene ligger i at friluftsområder gjerne innebærer mindre behov for inngrep i eksisterende bruk og at det tilsvarende vil være mindre behov for opparbeiding av reguleringsområdet. Friområder forutsettes derimot opparbeidet, og – viktig for denne saken – også å skulle *erverves* av det offentlige. Jeg nevner at det i Miljøverndepartementets veileder T-1381 (3. utg. 2001) således heter at friområder «skal erverves (eies eller disponeres ved stedsevarig bruksrett)». Det er derfor uheldig at planen etterlater tvil om kommunen var oppmerksom på at de to matrikkelnumrene hadde forskjellige hjemmelshavere.

Det er således i strid med så vel loven som planformålet at As eiendom ikke er søkt overtatt eller ekspropriert i perioden etter at reguleringsplanen ble

gitt. Det forhold at kommunen i motsetning til As eiendom, har overtatt nabotomta til eie, styrker etter mitt skjønn tvilen om den virkelig mente å regulere også As eiendom til friområde. Når kommunen i løpet av 20 år fremdeles ikke har maktet å gjennomføre planen, kan det fremstå som mindre rimelig å hindre A i å utnytte eiendommen i samsvar med sine ønsker.

Jeg deler – som nevnt over – fylkesmannens restriktive holdning til å gi dispensasjon fra en regulering til friområde. Både tvilen med hensyn til om reguleringen av As eiendom var godt nok overveid, og det forhold at kommunen uansett ikke har fulgt opp reguleringsplanen, er etter mitt skjønn forhold som må vektlegges i dispensasjonsvurdering for det tilfellet at fylkesmannen finner at det er nødvendig med dispensasjon.»

Fylkesmannen omgjorde etter dette sitt eget vedtak. Samtidig ble kommunens vedtak opphevet og saken sendt tilbake for ny behandling i kommunen.

73.

Oppføring av hytte i strandsonen på Sørlandet – dispensasjon etter plan- og bygningslovens byggeforbud og bestemmelser i kommuneplanens arealdel.

(Sak 2006/167)

Avslag på søknad om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen og bestemmelser i kommuneplanens arealdel. Klageren mente kravet til «særlige grunner» i plan- og bygningsloven § 7 var oppfylt. Han anførte blant annet at avslaget var for generelt begrunnet og at det innebar usaklig forskjellsbehandling.

Ombudsmannen understreket at den enkelte sak må undergis en konkret og individuell behandling og vurdering i lys av lovens krav. Forvaltningens rett til å utøve skjønn innebærer samtidig en plikt til å skjønne. Han mente avslaget bygget på generelle betraktninger, og at det heftet mangler ved begrunnelsen som kunne tyde på svikt ved selve avgjørelsen. Fylkesmannen ble bedt om å oppheve vedtaket.

Etter at fylkesmannen hadde opphevet vedtaket og henvist saken til ny behandling i kommunen, vedtok kommunen å innvilge søknaden.

I en uttalelse 2. april 2004 uttrykte jeg tvil om grunnlaget for det avslaget A hadde fått på sin søknad om dispensasjon for oppføring av en mindre hytte i strandsonen i X kommune. Min anbefaling var at saken ble behandlet på nytt. Fylkesmannen fant først ikke grunnlag for å ta saken opp til ny behandling. Etter fornyede henvendelser fra ombudsmannens side, forela fylkesmannen saken for sin miljøvernavdeling. På grunnlag av uttalelsen fra miljøvernavdelingen mente fylkesmannen at grunnlaget for avslaget var styrket, og vedtaket ble stående.

A ved advokat B kom tilbake til saken i flere henvendelser hit, og jeg besluttet da å ville avlegge kommunen et besøk, både for å få en nærmere orientering om behandlingen av strandsonesakene generelt, men også for å se nærmere på As sak, i lys av det som måtte komme frem om strandsonesakenes behandling generelt.

Den fornyete gjennomgangen er nå avsluttet og jeg kom til at vedtaket om å avslå As dispensasjonssøknad led av slike mangler at det ikke kunne bli stående. Den begrunnelsen som var gitt for avslaget kunne tyde på en svikt ved selve avgjørelsen. Jeg ba derfor om at saken ble undergitt en ny behandling.

I den avsluttende uttalelsen skrev ombudsmannen:

«1. Oversikt over saksforholdet og behandlingen ved ombudsmannens kontor frem til 29. april 2005

A søkte 15. oktober 1996 om byggetillatelse for en ca. 40 kvm stor hytte på gnr ... bnr ..., X kommune. Området var i kommuneplanens arealdel avsatt til landbruks-, natur og friluftsformål (LNF-område). Søknaden var avhengig av at det ble gitt dispensasjon både fra planen med utfyllende bestemmelser og fra det alminnelige forbudet i plan- og bygningsloven § 17–2 mot å bygge i 100-metersbeltet langs sjøen.

Kommunen avslo søknaden ved administrativt vedtak 18. juni 1997. Vedtaket ble påklaget av A. Fylkesmannen i Aust-Agder la i klagevedtak 31. juli 1998 til grunn at kommunens avslag var mangelfullt begrunnet, og opphevet vedtaket. Fylkesmannen ga anvisning for den videre behandlingen av saken og ba kommunen uttrykkelig vurdere søknaden opp mot de arealdisponeringshensyn som knyttet seg til området. X kommune v/planutvalget traff nytt vedtak i saken 16. juni 1999, og avslo søknaden på nytt. Avslaget ble påklaget av A. Klagen førte ikke frem, og i vedtak 24. juli 2000 stadfestet fylkesmannen kommunens vedtak.

Saken ble første gang brakt inn for ombudsmannen ved brev 28. januar 2001 fra advokat B på vegne av A. Det ble der bl.a. vist til at avslaget ikke var «vurdert og begrunnet verken i overensstemmelse med lovens intensjoner, gjeldende retningslinjer og praksis, eller for øvrig heller ikke i samsvar med god forvaltningsskikk». Advokaten mente at kravet til «særlige grunner» for å gi dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 var oppfylt, og at det ikke var tatt hensyn til de retningslinjer som kommunen hadde vedtatt. De grunner fylkesmannen hadde anført mot å gi dispensasjon, var etter advokatens mening generelle og ville kunne anføres i alle lignende saker. Advokat B mente også at avslaget innebar at hans klient var usaklig forskjellsbehandlet. For å illustrere dette viste han til en rekke andre saker i X kommune der det var gitt dispensasjon.

Klagen med vedlegg ble gjennomgått her, og i brev 19. april 2001 kommenterte ombudsmannen de enkelte klagepunkter. Klagen ga likevel ikke tilstrekkelig grunn til å foreta nærmere undersøkelser av saken.

Advokat B kom tilbake i brev 17. juli 2001, og anmodet ombudsmannen om å gi en «juridisk vurdering av sakens problemstillinger». Det ble da herfra besluttet å innhente saksdokumentene fra Fylkesmannen i Aust-Agder. Etter at dokumentene var mottatt og gjennomgått, ble det besluttet å sette i verk en nærmere undersøkelse av saken, og Fylkesmannen i Aust-Agder ble tilskrevet i brev 16. januar 2002. Fylkesmannen ble bl.a. bedt om å redegjøre for «hva som gjøres både på kommunalt og regionalt nivå for å søke å sikre at praksis blir ensartet og rettferdig». Tilsvarende spørsmål ble stilt X kommune i brev 7. mars 2002. Etter at fylkesmannen og kommunen hadde svart, og klageren v/advokat B hadde fått anledning til å uttale seg, tilskrev ombudsmannen fylkesmannen i brev 24. september 2002. Ombudsmannen tok der særlig for seg klagerens påstand om usaklig forskjellsbehandling, og viste til at kommunen ikke hadde maktet å føre en konsekvent praksis. Idet min undersøkelse var begrenset til det som fremkom i sakens dokumenter, fant jeg det vanskelig å trekke en endelig konklusjon på spørsmålet om A var usaklig forskjellsbehandlet eller ikke. Jeg uttrykte imidlertid «begrunnet tvil» om spørsmålet, og ba fylkesmannen om å sørge for at kommunen, eventuelt fylkesmannen selv, gikk gjennom As sak en gang til.

Kommunen fulgte oppfordringen og gjennomgikk et antall saker som klageren hadde vist til som dokumentasjon for usaklig forskjellsbehandling. Konklusjonen var at det ikke var grunnlag for en slik påstand. I brev 11. februar 2003 til advokat B meddelte Fylkesmannen i Aust-Agder at han også hadde «sett igjennom saken på nytt», men var kommet til at det ikke var grunnlag for å ta den opp til ny behandling.

A kom tilbake til saken ved brev hit 21. januar 2003 fra advokat B. Han viste til at X kommune fortsatt ikke hadde «produsert en forsvarlig begrunnelse for å nekte dispensasjon for A». Etter en del korrespondanse og en telefonsamtale med advokat B, fant jeg å ville foreta en befaring av det aktuelle området. Befaringen ble avholdt 26. mai 2003, der også advokat B, A og representanter fra kommunen og fylkesmannen var til stede. Etter ytterligere korrespondanse med henholdsvis fylkesmannen og advokat B avga jeg en uttalelse i saken 2. april 2004. Jeg uttrykte igjen tvil om grunnlaget for det avslaget A hadde fått. Jeg konkluderte slik:

> «Konklusjonen etter dette må bli at undersøkelsen etterlater tvil om avgjørelsen i As sak har vært avgjort på et saklig, faktisk og rettslig grunnlag som er forenlig med de øvrige dispensasjoner som har vært gjort i lignende saker. Jeg gjør oppmerksom på at tvilen knytter seg til den behandlingen saken har fått, sett i lys av utfallet i andre liknende saker. Tvilen er knyttet til avveiningen av de hensyn som etter loven skal tillegges vekt ved avgjørelsen om dispensasjon skal gis eller ikke. Det generelle rettslige utgangspunkt i saken er at utbygging er forbudt. Tvilen knytter seg til spørsmålet om forholdene i dispensasjons- eller unntaksvurderingen i lys av praksis har vært avveid på en riktig måte.»

Jeg anbefalte etter dette at saken ble behandlet på nytt.

I brev til X kommune 12. mai 2004 skrev Fylkesmannen i Aust-Agder at han ikke fant «grunnlag» for å ta vedtaket av 24. juli 2000 opp til ny realitetsbehandling. Det het deretter:

> «Sivilombudsmannen har etter fylkesmannens syn ikke påvist at vedtaket er beheftet med noen ugyldighetsgrunn, men bare gitt en anbefaling om ny vurdering av saken.»

Den 8. juni 2004 anbefalte jeg igjen at fylkesmannen vurderte saken på nytt. Anmodningen ble ytterligere gjentatt i brev 23. september 2004.

Fylkesmannen innhentet deretter en uttalelse fra fylkesmannens miljøvernavdeling, og tilskrev ombudsmannen i brev 15. oktober 2004. Uttalelsen fra miljøvernavdelingen dokumenterte etter fylkesmannens syn at «en hytte på omsøkte parsell vil være til *klar* skade for allmenne friluftsinteresser i området». Det het videre: «En av de få mulige adkomster/stier inn i området går over den aktuelle parsellen. En ny hytte på omsøkte sted vil stenge denne adkomsten, og derfor, slik fylkesmannen ser det, være til betydelig skade for allmenn ferdsel i området.» Fylkesmannen kunne ikke se at de sakene klageren hadde påberopt seg, var direkte sammenlignbare med den aktuelle saken. Videre mente han at de sakene klageren hadde påberopt seg, ikke representerte en praksis i kommunen som var «utbredt, fast og konsekvent». Etter den nye vurderingen fylkesmannen nå hadde foretatt, mente han at grunnlaget for å avslå søknaden om dispensasjon var styrket. Uttalelsen fra miljøvernavdelingen fulgte som vedlegg til brevet.

Advokat B kom tilbake til saken i brev 15. november 2004. Henvendelsen ble besvart i brev herfra 9. desember 2004. Etter ytterligere henvendelser fra advokat B ble saken behandlet i en konferanse på mitt kontor 15. mars 2005. I brev 29. april 2005 skrev jeg et «avsluttende» brev til advokat B og tok for meg enkelte av de spørsmål som var reist under konferansen og i saken for øvrig.

2. Den videre behandling av saken

Advokat B kom igjen tilbake til saken i brev 17. mai 2005, og senere i en rekke telefonhenvendelser. Etter dette besluttet jeg å avlegge kommunen et besøk, særlig med sikte på å se nærmere på kommunens praktisering av byggeforbudet i strandsonen. Utgangspunkt ble tatt i de eksemplene fra andre saker (heretter kalt «referansesakene») som var påberopt

fra klagerens side. Besøket ble gjennomført 28. februar 2006. Først ble det avholdt et møte om dispensasjoner i strandsonen generelt. Til stede var ordføreren, rådmannen, byggesakslederen og en fagleder fra kommunen. To av mine medarbeidere møtte sammen med meg. Senere på dagen hadde jeg et møte med A og advokat B. Til slutt ble saksdokumentene i de aktuelle sakene gjennomgått.

I tiden etter møtet ble materialet ytterligere vurdert. Jeg fant det noe utilfredsstillende at materialet primært var begrenset til de sakene advokat B hadde vist til for å illustrere påstanden om usaklig forskjellsbehandling («referansesakene»). Også de tidligere undersøkelser var i hovedsak konsentrert om disse sakene. For å gjøre undersøkelsen mer fullstendig, og for å få noe videre oversikt over praksis generelt, ba jeg i brev 15. juni 2006 kommunen sende inn ytterligere materiale. Fra brevet siteres:

> «Undersøkelsen nå tar særlig sikte på å avklare følgende spørsmål:
> 1. Om avslaget A har fått innebærer en forskjellsbehandling, enten i forhold til kommunens praksis generelt eller i forhold til andre tiltakshavere i det området der tomten ligger.
> 2. Om avslaget bygger på saklige vurderinger. En tilsvarende byggesøknad fra den tidligere eier av eiendommen ble som kjent avslått i 1985. Avslaget i bygningsrådet (i 1984) ble blant annet begrunnet med at «det synes uheldig å plassere fritidsbebyggelse så nær opptil fast bosetting». Det kan spørres om dette er et saklig hensyn etter bygningslovgivningen. Det fremgår av saksdokumentene at kommunens opprinnelige avslag da A søkte om byggetillatelse noen år senere, ble opphevet av fylkesmannen 31. juli 1998 på grunn av «mangelfull begrunnelse». Omstendighetene her, herunder om det er noen sammenheng mellom avslagene, er det også nødvendig å undersøke nærmere.
> 3. Om avslaget i forhold til A uansett fremstår som urimelig.
>
> Som nevnt i telefonsamtalen 8. juni 2006 bes kommunen snarest mulig oversende:
> 1. Kopi av samtlige vedtak (både innvilgelser og avslag) i kommunen som gjelder nybygg av selvstendige boenheter i strandsonen (innenfor 100-metersbeltet og på tidligere ubebygde tomter) i perioden 1995–2005. Selve vedtakene og administrasjonens innstilling er tilstrekkelig.
> 2. Samtlige saksdokumenter i As sak, herunder dokumentene frem til fylkesmannens opphevelse 31. juli 1998. Kopi av en del av saksdokumentene ligger her, men jeg finner det riktig å få inn alt nå.»

Originaldokumentene ble mottatt her 26. juni 2006. Det øvrige materialet ble mottatt 3. juli 2006. Også dette materialet er nå gjennomgått og vurdert.

3. Kort forklaring til saksbehandlingen og avslutningen av saken

3.1 Hvorfor saken på ny er tatt opp

Fremstillingen ovenfor er en oversikt, i den forstand at kun hovedpunktene i behandlingen for ombudsmannen er tatt med. Oppregningen er allikevel forholdsvis omfattende, og viser at saken har vært undersøkt i mange runder, og med noe ulike innfallsvinkler. Før jeg går videre, skal jeg si noen ord om hvorfor saken igjen er tatt opp fra min side.

Hovedspørsmålet som har vært tatt opp herfra har hele tiden vært hvorvidt A har vært utsatt for usaklig forskjellsbehandling. En hovedårsak til at det har vært nødvendig å gå gjentatte runder om dette spørsmålet, har vært at kommunens praksis ikke synes å ha vært entydig og konsekvent, samtidig som de svarene kommunen og fylkesmannen har gitt, ikke har kunnet fjerne den tvil jeg har funnet grunnlag for å uttrykke om holdbarheten av avslaget. Også da jeg skrev mitt «avsluttende» brev 29. april 2005 var jeg i tvil om jeg skulle la saken bero med den forklaringen fylkesmannen hadde gitt, jf. nedenfor om dette. Da advokat B igjen kom tilbake til saken i flere henvendelser, ga jeg i brev 14. desember 2005 uttrykk for at jeg ville gi en «nærmere redegjørelse», da saken reiste «prinsipielle spørsmål som kan ha betydning utover den foreliggende sak». Min fornyede henvendelse til kommunen og besøket der må sees på denne bakgrunn.

Etter ombudsmannsloven § 3 er det ombudsmannens oppgave å «søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger». Ombudsmannen har imidlertid ikke myndighet til å treffe bindende avgjørelser. De virkemidler ombudsmannen har til rådighet, er en myndighet til å foreta undersøkelser og til å rette anbefalinger til forvaltningen. Undersøkelsene til og anbefalingene fra ombudsmannen må avpasses til sakene og det som kommer frem. Ombudsmannens forhold til forvaltningens skjønnsutøvelse og begrensingene i mulighetene for umiddelbar bevisførsel setter imidlertid visse skranker for ombudsmannens muligheter for å kontrollere forvaltningens myndighetsutøvelse.

Med disse reservasjoner er det likevel et mål for ombudsmannens arbeid at de uttalelser han gir, bygger på så inngående overveielser og en så fullstendig opplysning av saken som mulig. Det burde derfor normalt ikke være nødvendig for ombudsmannen å komme tilbake til saker som fra hans side er erklært som avsluttet, forutsatt at det da ikke dukker opp nye omstendigheter. Saken her utgjør et unntak i så måte. Den tvilen jeg har gjort rede for ovenfor, aksentueres ved at saken omhandler et spørsmål der de rettslige og faktiske vurderinger er sammensatte og kompliserte, og der ulike oppfatninger og verdivurderinger dessuten kommer inn med stor styrke. Kjennskap til forholdene på stedet har stor betydning både for de rettslige og faktiske vurderingene. Den foreliggende saken er for så vidt også et typisk eksempel

på saker som gjelder dispensasjon fra plan- og bygningslovgivningen der det hevdes å ha skjedd en usaklig forskjellsbehandling. En dyperegående undersøkelse har derfor vært ansett som relevant fordi dette ville kunne ha betydning også utenfor denne konkrete saken. Befaringen og det senere besøket i X kommune med gjennomgangen av saksdokumentene der representerer derfor også et unntak fra det som er vanlig behandling her. Da saken viste seg å være problematisk, var det behov for at ombudsmannen i større grad enn i andre saker gjorde sine egne undersøkelser.

3.2 Hvordan forvaltningen skal forholde seg til ombudsmannens uttalelse

Som nevnt er det ombudsmannens oppgave å undersøke om det har skjedd urett og på grunnlag av undersøkelsene gi uttalelser og anbefalinger. Det er opp til forvaltningen om den vil rette seg etter anbefalingene, men det kan være egnet til å undergrave tilliten til forvaltningen – og til ombudsmannen – om anbefalingene ikke følges.

Ombudsmannens begrensede formelle myndighet må sees i lys av det maktfordelingsprinsipp vår forfatning bygger på. Med sitt utspring fra og forankring i landets nasjonalforsamling styrker ombudsmannen det demokratiske element i forfatningen, uten at den formelle myndighetsfordeling er endret. Det er forutsatt at ombudsmannen skal ha stor gjennomslagskraft i forhold til forvaltningen, men det blir undersøkelsene og uttalelsenes innhold som blir bestemmende for gjennomslagskraften. I så henseende er ombudsmannens muligheter for å lykkes også avhengig av respekt for og tillit til hans uttalelser og arbeid for øvrig. Hvis forvaltningen ikke vil bøye seg for ombudsmannens anbefalinger, er alternativet å anbefale søksmål, slik at en endelig og bindende avgjørelse kan bli truffet av domstolene.

Ombudsmannen må avpasse sine undersøkelser til det som antas å være nødvendig for å nå frem til en tilfredsstillende avslutning, med respekt for forvaltningens rett og plikt til å treffe den endelige avgjørelse. Et problem i den foreliggende saken har vært at den fornyede vurderingen som har skjedd i saken ikke har kunnet gi meg et tilfredsstillende grunnlag for å kunne avslutte saken når A har kommet tilbake. Jeg hadde ventet at fylkesmannen, etter at han hadde bedt om en fornyet behandling, selv hadde gått nærmere inn i ugyldighetsspørsmålet, særlig etter at fylkesmannen hadde påpekt at ombudsmannen ikke hadde påvist noen ugyldighetsgrunn. Slik ble imidlertid ikke min anbefaling om fornyet behandling oppfattet. I ettertid kan jeg nok til en viss grad forstå fylkesmannens reaksjon på dette punkt. For ordens skyld vil jeg understreke at min noe varsomme tilnærming med å anbefale en fornyet behandling var utslag av at den reelle avgjørelsen skulle treffes av forvaltningen selv. Den fortsatte behandlingen nå har derfor hatt som siktemål å trenge dypere inn i gyldighetsspørsmålet.

3.3 Kontradiksjon – avslutningen av saken

Det fremgår av fremstillingen ovenfor at fylkesmannen, kommunen og klageren gjentatte ganger har fått anledning til å uttale seg om sakens spørsmål, både de rettslige og de faktiske. Undersøkelsen har til nå ikke tatt sikte på å avklare spørsmål som ikke har vært tatt opp tidligere. Dette gjelder også gjennomgangen av praksis utover de referansesakene klageren har vist til. Hensikten med gjennomgangen har først og fremst vært å skaffe meg et generelt inntrykk av praksis. På denne bakgrunn har ombudsmannen derfor nå funnet å kunne utdype sitt syn på spørsmålene, uten å innhente ytterligere uttalelser fra fylkesmannen eller kommunen. Ytterligere foreleggelsesrunder for fylkesmannen og kommunen ville også bare være egnet til å la saken trekke ut i unødig langdrag.

Nedenfor vil jeg behandle spørsmålene i samme rekkefølge som de er nevnt i brev herfra til kommunen 15. juni 2006.

4. Spørsmålet om forskjellsbehandling

4.1 Prinsipielle utgangspunkter

Før jeg går nærmere inn på henholdsvis referansesakene og kommunens praksis mer generelt, finner jeg det riktig å redegjøre kort for enkelte prinsipielle utgangspunkter.

Kravet om likebehandling i forvaltningsretten innebærer i korthet at like tilfeller skal behandles likt, slik at borgernes begrunnede og rettmessige forventninger vernes. Dette gjelder også ved dispensasjon etter plan- og bygningsloven. Hvordan likhetshensynet kommer inn, og hvilken vekt det skal ha, vil imidlertid kunne variere, avhengig av hvilke bestemmelser det gis dispensasjon fra. I saken her er det bl.a. tale om dispensasjon fra forbudet mot bygging i 100-metersbeltet langs sjøen, jf. plan- og bygningsloven § 17–2. Dette er et lovbestemt forbud med stor gjennomslagskraft. I utgangspunktet vil lovens forbud være kilden til borgernes rettmessige forventninger. Utgangspunktet er at bygging i strandsonen er forbudt. Det skal ikke være kurant å få dispensasjon, og selv om borgeren er kjent med andre tilfeller der dispensasjon er gitt, vil ikke det uten videre kunne danne grunnlag for noen rett til selv å få bygge i strandsonen.

Dette gjelder særlig dersom den praksisen det vises til som grunnlag for forskjellsbehandling, har vært i strid med loven eller de hensyn den bygger på. Lovstridige vedtak vil generelt ikke kunne bane vei for at også andre kan opptre eller få rettigheter i strid med loven. Den praksis som følges i dispensasjonssaker, vil likevel kunne være et moment av betyd-

ning ved forståelsen av loven, og først og fremst når hensynene for og mot dispensasjon skal vektlegges. Dette gjelder særlig dersom det foreligger en fast og entydig praksis. Ombudsmannen har tidligere uttalt seg om dette i flere saker. I en sak som er referert i ombudsmannens årsmelding for 2002 på side 320 hadde fylkesmannen lagt til grunn at en påstand om usaklig forskjellsbehandling kun var relevant i forhold til «kan»-skjønnet, ikke i forhold til vurderingen av «særlige grunner». Ettersom fylkesmannen ikke fant særlige grunner til å dispensere, vurderte hun ikke påstanden om usaklig forskjellsbehandling. Ombudsmannen var uenig i fylkesmannens prinsipielle utgangspunkt og uttalte bl.a.:

> «Den praksis som har utviklet seg i andre dispensasjonssaker, kan ... også være relevant for den rettslige vurderingen av om lovens krav til «særlige grunner» er oppfylt. En påstand om usaklig forskjellsbehandling må, etter omstendighetene, også behandles av klageinstansen i dette lyset.»

I ombudsmannssak 2005/1300 viste jeg til denne uttalelsen, og tilføyde:

> «Jeg kan ikke utelukke at likebehandlingshensynet vil kunne få betydning for om et moment er *relevant* ved «særlige grunner»-vurderingen. Hvorvidt et moment er relevant eller ikke, avhenger imidlertid av om momentet ligger innenfor – eller utenfor – lovens rammer, etter en konkret tolkning av hjemmelsgrunnlaget. Det er dermed lite – om noe – spillerom her. Hensynet kan imidlertid være mer praktisk ved avgjørelsen av momentets *relative vekt*. Gjennom praksis kan forvaltningen legge føringer for fremtidig vektlegging av ulike momenter under «særlige grunner»-vurderingen.
>
> Dispensasjonsvurderingen må imidlertid ta utgangspunkt i de hensyn den aktuelle forbudsbestemmelse skal ivareta. Likebehandlingshensyn kan derfor ikke alene utgjøre grunnlag for en dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7. Dette innebærer at den konkrete vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» til å dispensere i saken, ikke kan erstattes med en vurdering av hvorvidt det foreligger (usaklig) forskjellsbehandling. Dette utgangspunktet innebærer imidlertid også at hensynet til likebehandling, etter omstendighetene, kan få større betydning for vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» til å dispensere fra planen enn fra lovbestemmelser som bæres av nasjonale hensyn.»

I saken her foreligger det som nevnt et dobbelt byggeforbud, både etter plan- og bygningsloven § 17–2 og etter kommuneplanen. Dette taler for å være varsom med å legge for stor vekt på likhetshensynet.

En forutsetning for å konstatere at det foreligger usaklig forskjellsbehandling, er videre at de faktiske omstendighetene i referansesakene må være tilnærmet sammenlignbare på relevante og avgjørende punkter med saken som vurderes. Dette er også fremhevet i mitt brev til advokat B 19. april 2001.

I Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2000 side 1056, som gjaldt offentlig forkjøpsrett, var usaklig forskjellsbehandling en av anførslene fra den private parten. Fra hans anførsler er referert:

> «For det første vises det til at det i andre lokale konsesjonssaker har vært akseptert langt større avstander enn i denne saken. Det foreligger også usaklig forskjellsbehandling når Nordgarden fikk konsesjon i 1991, mens forkjøpsrett ble benyttet mot ham. De aktuelle vedtakene viser ikke hva som var grunnen til at utfallet ble forskjellig.»

Høyesterett uttalte følgende om denne anførselen:

> «Vedtaket kan ikke kjennes ugyldig fordi Gausi har blitt utsatt for usaklig forskjellsbehandling. Jeg finner det tilstrekkelig å vise til statens anførsler som tiltres.»

Av statens anførsler om dette, er følgende gjengitt i dommen:

> «Videre representerer det ingen usaklig forskjellsbehandling at det i to tidligere saker skal være gitt konsesjon, selv om avstandene var større. Avstandsmomentet har ulik vekt i de forskjellige sakene.»

Av dette kan utledes at det ikke er tilstrekkelig med tilnærmet like omstendigheter, og at de samme hensynene gjør seg gjeldende i saken. For at sakene skal være sammenlignbare, må hensynene også gjøres gjeldende med noenlunde samme vekt, sett i forhold til hjemmelsgrunnlaget.

Når dette er sagt, vil jeg fremholde at tidligere praksis kan ha rettslig betydning på en annen måte. Selv om de faktiske forhold i andre saker atskiller seg fra den foreliggende saken, vil praksis kunne gi opplysninger om hvilken relevans og vekt de ulike forhold som skal vurderes etter loven, har vært tillagt. Den omfattende dokumentasjonen av saker som har vært gjennomgått i forbindelse med undersøkelsene i denne saken, har vært av vesentlig betydning for så vidt som sakene har etterlatt et inntrykk av at det til tross for byggeforbudet må anses som en praktisk mulighet for den enkelte å få dispensasjon.

I lys av det krav som i dag stilles til en forsvarlig og saklig behandling av saker som gjelder eiendomsretten, er det særlig viktig at saken undergis en konkret og individuell behandling og vurdering i lys av lovens krav. Ombudsmannen har gjentatte ganger understreket betydningen av at forvaltningens rett til å utøve et skjønn samtidig er en plikt til å skjønne. Dette prinsipp er i dag også forankret i EMK TP 1. Selv om A ikke kunne ha noe berettiget krav på å få dispensasjon, har han krav på og må kunne forvente en forsvarlig, konkret og individuell behandling av sin søknad som er gjort med utgangspunkt i de faktiske forhold på hans eiendom.

4.2 Referansesakene

Under besøket i X kommune gjennomgikk jeg som nevnt saksdokumentene i samtlige påberopte referansesaker. Selv om hver enkelt sak er vurdert i forhold til spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling, finner jeg det – med enkelte unntak – riktig å gjengi funnene i generalisert form.

Flere av referansesakene har klare likhetspunkter med forholdene i As sak. As sak gjelder hytte på 40 kvadratmeter på en ubebygd tomt. Tomta er omfattet av det generelle byggeforbudet i strandsonen og ligger i et område som er avsatt til LNF-formål i kommuneplanens arealdel. Noen av de anførte referansesakene gjelder imidlertid også forhold som gjør at sakene ikke blir direkte sammenlignbare. I en av sakene ligger tiltaket utenfor området der byggeforbudet for strandsonen gjelder. Til dels er det også tale om andre typer tiltak, slik som bruksendring, tilbygg til eksisterende bygg, gjenoppføring av eksisterende bygg og flytebrygge. I ett vedtak ble det antatt at tiltaket ikke fordret dispensasjon for å være lovlig. Imidlertid etterlater referansesakene generelt et inntrykk som fortsatt gjør det vanskelig å forstå avslaget i As sak.

Ulikhetene mellom sakene innebærer at man ikke uten videre kan sammenligne dem med As sak. Når sakstypene spriker, og det er ulike hensyn som gjør seg gjeldende, er sakene dessuten mindre egnet for å trekke klare slutninger om kommunens praksis. Selv om man i enkelte av sakene finner paralleller til As sak, gir de ikke et entydig bilde av en så konsekvent praksis at A kan bygge rettigheter på den.

Betydningen av enkeltstående avgjørelser var for øvrig et tema i en dom inntatt i Rt. 1983 side 1290. Høyesterett uttalte her:

> «Men det forhold at enkelte søkere – som det kan se ut til – på et kanskje sviktende grunnlag har fått en gunstigere behandling enn den som er blitt Bendiksen til del, er ikke tilstrekkelig til å fastslå at det i forhold til ham er skjedd en usaklig forskjellsbehandling.»

Min konklusjon etter å ha gjennomgått referansesakene, er med andre ord at de alene ikke kan være tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger en usaklig forskjellsbehandling. Også dette utgjør en del av begrunnelsen for at jeg fant det nødvendig å innhente ytterligere materiale fra kommunen, slik det ble gjort i brevet herfra 15. juni 2006.

Selv om referansesakene ikke kan sies å gi uttrykk for en slik entydig praksis at A kan bygge noe rettskrav på dem, er de som nevnt likevel relevante for vurderingen av om dispensasjon skal gis etter plan- og bygningsloven § 7. Sammen med det øvrige materialet jeg har fått innhentet, gir sakene inntrykk av en kommune som ikke har fulgt en konsekvent og entydig praksis i samsvar med de hensyn som ligger til grunn for byggeforbudet i 100 meters beltet og de sentrale retningslinjer som er gitt. En rekke av dispensasjonene synes å være gitt mot administrasjonens anbefaling, og ofte uten særskilt begrunnelse og uten at det berørte organet har fått anledning til å uttale seg (jf. plan- og bygningsloven § 7 tredje ledd). Det er derfor vanskelig å se hvilke hensyn som i disse sakene er blitt funnet avgjørende for å gi dispensasjon. Dette svekker den vekten sakene kan tillegges ved behandlingen av senere saker. Det vil imidlertid føre galt av sted å se bort fra at dispensasjoner faktisk har vært gitt i et betydelig antall saker over en lengre periode i kommunen, jf. nedenfor om dette. Kommunen kan selvsagt stramme inn praksis, og på et eller annet tidspunkt må innstrammingen i så fall begynne. Men et krav må da være at innstrammingen er utslag av et bevisst valg og at den blir konsekvent gjennomført, samtidig som dette blir bekjentgjort på en klar, tydelig og for forvaltningen forpliktende måte.

I tillegg til referansesakene ovenfor har advokat B i senere korrespondanse oversendt ytterligere noen eksempler for å illustrere kommunens praksis. Det gjelder tillatelse til fradeling av en parsell for fritidsbolig ved ... (sak 131/06, tillatelse gitt 2. mai 2006) og anlegg av «båtgarasje» med mer i strandsonen i nærheten av As eiendom (sak 181/06, tillatelse gitt 6. juni 2006). Jeg har merket meg disse sakene og de begrunnelser som der er gitt for å dispensere.

4.3 Hensynet til tillatelser gitt i nærområdet.

Fra As side er det fremholdt at den aktuelle tomta er «den eneste tomten i området som ikke er bebygd» (sitat hentet fra den opprinnelige klagen 28. januar 2001).

Tillatelse til å bygge på tomta ble i sin tid gitt ved vedtak truffet av X formannskap 22. juni 1967. Tillatelsen ble aldri benyttet. En ny søknad ble som nevnt avslått i 1984, og A fikk avslag da han søkte drøyt 12 år senere. Så vidt jeg har forstått, skjedde den vesentlige hyttebyggingen i området på 1960–70 tallet. Den faktiske situasjonen i strandsonen har endret seg mange steder siden den gang, men rettstilstanden og de rettslige vurderinger har neppe undergått vesentlige forandringer. Utviklingen som har skjedd, anskueliggjøres ved nettopp den tillatelsen som ble gitt for As eiendom i 1967, mens senere søknader ble avslått. De tillatelser som ble gitt på 1960–70 tallet, som også ble gitt til den daværende eier av tomta, kan ikke danne grunnlag for en påstand om forskjellsbehandling flere tiår senere. Til det har den faktiske situasjonen endret seg så meget at forholdene i dag ikke er sammenlignbare med forholdene den gang. I den forbindelse nevner jeg at As søknad gjelder en mindre hytte på 40 kvadratmeter. Førti kvadratmeter var lenge, og vel gjennom 1960-årene, den generelle tillatte grense for fritidsbebyggelse. For så vidt er As søknad i samsvar med en bygging som var forutsatt i den tomteinndeling som skjedde da området ble bygget ut.

4.4 Kommunens praksis for øvrig

Kommunen ble bedt om å oversende kopi av «samtlige vedtak (både innvilgelser og avslag) i kommunen som gjelder nybygg av selvstendige boenheter i strandsonen (innenfor 100-metersbeltet og på tidligere ubebygde tomter) i perioden 1995–2005». Til sammen syv saker ble oversendt. Seks av dem gjaldt innvilgelser. Kun ett avslag var tatt med. Saken gjaldt oppføring av bolighus, og kommunen hadde tillatt oppføring. Fylkesmannen omgjorde kommunens vedtak og nektet dispensasjon.

Kun en av sakene gjaldt oppføring til fritidsformål, og denne saken (...) var også tatt med blant referansesakene som det fra As side er vist til.

I flere av sakene var dispensasjon gitt mot administrasjonens innstilling. Generelt for sakene gjelder at begrunnelsen for å dispensere, er kortfattet eller helt fraværende. Det er derfor ikke lett å se hvilke hensyn som har vært ansett for avgjørende. Ett unntak i så måte er en sak som gjaldt fradeling av boligtomt på ..., der Fylkesmannen i Vest-Agder som settefylkesmann etter klage opprettholdt kommunens dispensasjonsvedtak 9. april 2001. I fylkesmannens begrunnelse het det blant annet:

> «Strandsonen nedenfor omsøkt tomt er privatisert av flere boliger, sjøbod og brygger. Det er derfor av mindre interesse for allmennheten for bruk så vel fra sjøen som fra land. Fylkesmannen finner derfor at allmennhetens interesser ikke blir skadelidende dersom det gis dispensasjon. ... Boligen vil kunne plasseres skånsomt i terrenget og i forhold til eksisterende vegetasjon, slik at det ikke vil ligge eksponert til ved innseilingen til ... Naturhensynene og de landskapsmessige hensyn anses således ikke å bli skadelidende dersom fradeling tillates.
>
> Fylkesmannen finner under henvisning til det ovenstående at det foreligger slike særlige grunner som plan- og bygningsloven krever for at dispensasjon skal kunne innvilges.»

Saksforholdet skiller seg fra As sak på flere punkter, blant annet ved at strandlinjen foran tomta allerede var bebygd. As tomt ligger imidlertid også slik til at en bebyggelse på den ikke vil sperre for allmennhetens tilgang til og ferdsel i strandsonen, og det går en vei for allmenn ferdsel mellom As tomt og stranden. Uavhengig av enkelte slike faktiske forskjeller er det av vesentlig interesse at fylkesmannen etter en konkret vurdering av husets beliggenhet og forholdene for øvrig fant at allmennhetens interesser ikke ville bli skadelidende, og lot dette være avgjørende for dispensasjonsspørsmålet, jf. nærmere om dette nedenfor.

Dersom kommunen har maktet å finne frem til alle saker der dispensasjon er gitt til bygging av helårs- eller fritidsbolig i strandsonen (i LNF-område), må det kunne konstateres at antallet ikke er stort. De fleste dispensasjonene synes å ha blitt gitt på 1990-tallet. Den siste tillatelsen som er sendt inn, gjaldt en sak fra 2001. Sakene illustrerer likevel at kommunen i noe omfang *har* dispensert fra byggeforbudet i strandsonen også i disse sakene. De er nok for få og spredt til at A kan bygge noen direkte rett på dem, men de befester det generelle inntrykket, som også referansesakene har gitt, at vi har å gjøre med en kommune som i atskillig grad har vært villig til å dispensere fra lovens regel.

Det har vært uttrykt delte meninger om det er grunnlag for ulike vurderinger i saker om dispensasjoner gitt til bebyggelse for fritidsformål eller for helårsbebyggelse. Ut fra de formål og hensyn byggeforbudet i strandsonen skal ivareta, kunne gode grunner tale for at det må kreves mer for å dispensere for helårsbebyggelse enn bebyggelse til fritidsformål. I lys av Høyesteretts uttalelser i saker om tiltak i strandsonen, vil en fritidsbebyggelse bare i beskjeden grad kunne begrense allmennhetens rett til ferdsel og opphold. I denne saken er det tale om et mindre bygg til fritidsformål som jeg antar bare i beskjeden grad vil kunne legge hindringer, beslag eller begrensninger på allmennhetens rettigheter. Det må for øvrig være adgang til for kommunen å sette vilkår som kan være egnet til å dempe eventuelle privatiseringsvirkninger bygget måtte ha.

5. Spørsmålet om avslaget som ble gitt i 1984 har innvirket på As sak

Ved behandlingen av byggesaken i 1984 – som endte med avslag – ga bygningsrådet bl.a. følgende begrunnelse:

> «Bygningsrådet har lagt vekt på at det synes uheldig å plassere fritidsbebyggelse så nær opp til fast bosetting.»

I brev herfra 15. juni 2006 ble det stilt spørsmål ved om det var saklig å legge vekt på et slikt hensyn i vurderingen av om det skal gis dispensasjon fra forbudet mot å bygge i 100-metersbeltet langs sjøen. Det ble videre vist til at også A fikk avslag da han søkte om byggetillatelse noen år senere. Dette avslaget ble opphevet av fylkesmannen 31. juli 1998 på grunn av «mangelfull begrunnelse». Det ble herfra stilt spørsmål om avslaget i 1998 var påvirket av det som ble gjort i 1984 med den begrunnelsen som den gang ble gitt. Kommunen har sendt inn originaldokumentene i samtlige byggesaker som gjelder den aktuelle eiendommen. Dokumentene er gjennomgått her. Kommunens avslag 18. juni 1997 på søknaden fra A ble gitt administrativt. Blant sakens dokumenter er oppgitt As søknad, situasjonskart, kvittering for sendt nabovarsel, uttalelse fra fylkesmannens miljøvernavdeling, samt diverse dokumenter fra den første byggesøknaden i 1967. Saksdokumentene fra 1984 er med andre ord ikke nevnt. Heller ikke i administrasjonens vurdering går det frem noe sted at det ble gitt et avslag i 1984. Det samme gjelder for klagebehandlingen 10. november 1997 – avslaget fra 1984 nevnes overhodet ikke.

Jeg har merket meg at 1984-avslaget ikke nevnes noe sted i forbindelse med behandlingen av As søknad 13 år senere. Administrasjonen har sannsynligvis vært klar over at avslag tidligere var gitt, men dette har ikke kommet til uttrykk i saksdokumentene. Uansett gir saksdokumentene fra 1997 i seg selv ikke holdepunkter for å anta at avgjørelsen den gang ble påvirket av det som var gjort i 1984. Det synes med andre ord ikke å være grunnlag for å anta at den noe tvilsomme begrunnelsen som ble gitt i 1984, har «smittet over» på det avslaget A fikk.

6. Dispensasjonsvurderingen og spørsmålet om det foreligger mangler ved begrunnelsen

Ombudsmannen har i en rekke saker uttalt seg om de rettslige vurderinger som skal legges til grunn i dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven § 7. Utgangspunktet er at ingen har et rettskrav på å få dispensasjon, og dispensasjon skal generelt sett ikke fremstå som kurant. Vurderingen vil for øvrig avhenge av hvilken bestemmelse det er aktuelt å dispensere fra. I denne saken foreligger det som nevnt et dobbelt byggeforbud ved at det både må dispenseres fra loven og fra kommunalt fastsatte regler. I brev 19. april 2001 til advokat B konkluderte jeg slik:

> «Generelt skal det vises stor varsomhet med å dispensere i områder som er gitt et spesielt vern, hvilket gjennom plan- og bygningsloven § 17–2 er tilfelle for de strandnære områder. Det framgår at fylkesmannen har tatt hensyn til de særskilte forhold ved hytta og eiendommen som De også har gjort rede for i klagen hit. Når fylkesmannen likevel har funnet at hensynet til vern av strandsonen må få avgjørende betydning, kan jeg på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for forbudet i plan- og bygningsloven § 17–2 samt på bakgrunn av det spesielle vernet denne sonen har fått gjennom denne rikspolitiske bestemmelsen, vanskelig rette avgjørende innvendinger mot fylkesmannens vurderinger. Etter mitt syn er de forhold fylkesmannen har pekt på som taler mot å gi dispensasjon ikke for generelle sett i forhold til formålene bak plan- og bygningsloven § 17–2. Et ytterligere moment som underbygger mitt standpunkt er Miljøverndepartementets uttalelse fra 11. november 1999. På bakgrunn av at forbudet mot bygging i strandsonen ikke har blitt praktisert på en tilstrekkelig effektiv måte, har departementet ved denne uttalelsen funnet grunn til å oppfordre til en skjerpet dispensasjonspraksis. Jeg kan vanskelig rette innvendinger mot at fylkesmannen etter dette har lagt en streng vurdering til grunn og i dette tilfellet kommet til at vilkårene for å gi dispensasjon ikke var oppfylt.»

Jeg har nå gått gjennom fylkesmannens vedtak på nytt og vurdert det sammen med de redegjørelser som er gitt i saken, både av fylkesmannen og kommunen.

Fylkesmannen viser først til en uttalelse i Sivilombudsmannens årsmelding for 1997 side 292, og redegjør for de generelle vilkår for å gi dispensasjon. Jeg har ingen bemerkninger til denne del av fylkesmannens begrunnelse. Deretter heter det i avgjørelsen:

> «Eiendommen gnr ... bnr ... ligger relativt langt inne i en grunn kil. Fritidsboligen er søkt plassert i 100-metersbeltet. Den vil imidlertid neppe bli synlig fra sjøen, og i forholdsvis liten grad fra øvrige omkringliggende områder. Ned mot sjøen er det bratt og ulendt. Topografien i området gjør at hytta blir godt terrengtilpasset, og dermed relativt lite synlig i landskapsbildet. Fylkesmannen kan ikke se at det knytter seg klare friluftsinteresser til det omsøkte plasseringsstedet. Grunnet områdets topografi vil hytta heller ikke i nevneverdig grad påvirke allmennhetens ferdsel og opphold langs strandlinjen. De nevnte forhold taler i noen grad for at vilkåret «særlige grunner» er oppfylt.
>
> Imidlertid vil Fylkesmannen vise til at det her dreier seg om etablering av en helt ny fritidsbolig i kort avstand fra sjøen. Området er noe bebygd, men en ny hytteenhet kan ikke karakteriseres som en fortetting mellom eksisterende bebyggelse. Oppføring som omsøkt vil bidra til en nedbygging av strandnære områder og uberørt natur. Fylkesmannen vil bemerke at strandsonen i seg selv har verdi som naturområde. Det vil alltid knytte seg allmenne naturverninteresser til strandsonen og strandnære områder, og en oppføring som omsøkt vil bidra til en nedbygging av strandsonen som ut fra miljøvernhensyn er uheldig. I de senere år har strandsonen blitt sterkt nedbygd. Både nasjonalt og lokalt har synet på når det foreligger «særlige grunner» blitt stadig mer restriktivt. Bruk av dispensasjonsregler utenom i helt spesielle tilfelle vil ha ugunstig virkning både på kort og særlig lang sikt, når det gjelder utbygging i strandsonen og dermed de arealdisponeringshensyn som ligger til grunn for så vel pbl. § 17–2 som kommuneplanen.
>
> Fylkesmannen vil vise til at når strandsonen først er bebygget/nedbygd, vil dette kunne vanskeliggjøre/hindre en arealdisponering som det viser seg å bli et klart behov for i fremtiden. Oppføring som omsøkt vil kunne ha en negativ effekt på fremtidig arealdisponering.
>
> Hensynet til bevaring av strandsonen samt mulighet for fremtidig bruk taler dermed klart mot at det foreligger «særlige grunner».»

Som det fremgår, legger fylkesmannen her til grunn at det ikke knytter seg «klare friluftsinteresser til det omsøkte plasseringsstedet», og at heller ikke «allmennhetens ferdsel og opphold langs strandlinjen» blir påvirket. Dette kan vanskelig forstås annerledes enn at han mener tiltaket i praksis ikke kommer i konflikt med disse hensynene. Det fylkesmannen her legger til grunn, er fullt ut i samsvar med det inntrykket jeg fikk under min befaring av området. I det hele tatt synes det å ha vært alminnelig enighet om at hytta i praksis ikke vil skade hensynet til allmennheten og friluftslivet dersom den utformes og plasseres slik søknaden går ut på.

Når fylkesmannen likevel har sluttet seg til kommunens avslag, bygger det på generelle betraktninger. Det kan ikke være tvil om at det generelle ønsket om å unngå nedbygging av strandsonen, er et

moment som kan og skal tillegges vekt ved behandlingen av søknader om å bygge i strandsonen. I saken her er det tale om en tidligere ubebygd tomt, og generelt vil nybygg innebære nedbygging ved at det legges beslag på tidligere uberørte områder. I Miljøverndepartementets strandsonedirektiv av 11. november 1999 (som ble gitt etter kommunens behandling av saken her, men før fylkesmannens klagevedtak) heter det om dette:

> «Det skal vises stor varsomhet med å dispensere i områder som er gitt et spesielt vern. 100-metersbeltet langs sjøen er gitt et slikt spesielt vern gjennom en nasjonal bestemmelse som er direkte tatt inn i plan- og bygningsloven (§ 17–2). Spørsmålet om det foreligger særlige grunner som åpner for mulighet for dispensasjon fra dette forbudet, må vurderes mot denne bakgrunnen. Bakgrunnen for forbudet er at den nære strandsonen bør holdes fri for bebyggelse ut fra de interessene som knytter seg til denne sonen; som friluftsinteresser, naturvern, biologisk mangfold, landskapsinteresser og kulturminner m.v. Målet om å bevare strandsonen mest mulig urørt gjør at det skal mye til før dispensasjon kan gis. Dette gjelder særlig nybygg, men også mindre tiltak vil kunne tenkes å komme i strid med intensjonene med byggeforbudet. For områder som omfattes av de rikspolitiske retningslinjene for Oslofjorden, vil det også være relevant å legge vekt på disse.»

Generelle hensyn må imidlertid anvendes med skjønnsomhet, og da først og fremst som et generelt utgangspunkt for vurderingen. Når det i saken her er lagt til grunn at tiltaket ikke vil komme i konflikt med allmenne hensyn, kan man ikke uten videre begrunne et avslag med at de samme hensynene generelt likevel gjør seg gjeldende. Det vil i så fall være et sirkelresonnement der fylkesmannen har erstattet den skjønnsmessige vurderingen med en fastlåst regel. Plan- og bygningsloven § 7 krever at dispensasjonsspørsmålet blir avgjort etter en konkret vurdering. De hensyn som bærer byggeforbudet i 100-meterssonen langs sjøen er nettopp hensyn til en uberørt natur, friluftslivet og allmennhetens ferdselsrett, jf. Ot.prp. 40 (1964–65) s. 7 flg. Fylkesmannen la til grunn for vedtaket at disse hensynene ikke gjorde seg gjeldende i nevneverdig grad. Veid opp mot klagerens interesse av å utnytte eiendommen på regningssvarende måte (jf. nedenfor om dette), må konsekvensen da være at kravet til «særlige grunner» anses oppfylt. Jeg viser for så vidt til det jeg tidligere har anført i forhold til Fylkesmannen i Vest-Agders vedtak i 2001.

Etter å ha vært på stedet og sett forholdene, og ikke minst hva som er tillatt bygget i området rundt, er det ikke vanskelig å forstå at A har hatt problemer med å godta avslaget på søknaden sin. Det er snakk om et bygg av meget beskjedent omfang etter dagens målestokk. Sammenlignet med de tiltak kommunen ellers har tillatt i strandsonen, har den et åpenbart forklaringsproblem i forhold til A. Selv om det ikke foreligger en kommunal praksis som A kan bygge noen direkte rett på, er den byggingen i området som faktisk er blitt tillatt, og som alle kan observere, et forhold med rettslig relevans. Forvaltningen må ta slike faktiske forhold i betraktning.

Sett i forhold til den praksis som har vært dokumentert, fremstår resultatet i As sak som problematisk å forklare og også som lite rimelig. Etter min mening hefter det i lys av dette mangler ved begrunnelsen som kan tyde på en svikt ved selve avgjørelsen, se Rt. 1981 side 745 (Isene) og Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, 7. utg. 2003, side 430.

Jeg har merket meg at fylkesmannen på bakgrunn av min uttalelse 2. april 2004 innhentet en ny vurdering fra fylkesmannens miljøvernavdeling. Fylkesmannen meddelte i brev 15. oktober 2004 at grunnlaget for å avslå søknaden om dispensasjon var «styrket», og at vedtaket av 24. juli 2000 måtte opprettholdes. Uttalelsen fra miljøvernavdelingen 13. oktober 2004 som lå til grunn for fylkesmannens standpunkt, er forholdsvis omfattende og avgitt etter befaring. Selv om det er vist til at rettstilstanden har utviklet seg noe siden dispensasjonssøknaden ble behandlet, synes vurderingen likevel å ta utgangspunkt i forholdene i 2004. Gjenstanden for min vurdering har imidlertid vært kommunens opprinnelige vedtak og fylkesmannens stadfestelse av det.

Fylkesmannen ga i brev 12. mai 2004 til X kommune uttrykk for at ombudsmannen den gang ikke hadde påvist at vedtaket var beheftet med noen ugyldighetsgrunn. Som det fremgår av fremstillingen ovenfor, mener jeg at avslaget fra 2000 lider av slike mangler at det ikke kan bli stående. Etter min mening vil det riktige i dette tilfellet være å oppheve vedtaket.

Myndigheten til å gi dispensasjon er etter plan- og bygningsloven § 7 lagt til kommunen. Det kan derfor synes riktigst at saken nå hjemvises til ny behandling der. Også hensynet til en fullstendig opplysning av saken og kravet om at avgjørelsen skal bygge på et konkret skjønn ut fra forholdene på stedet, tilsier dette.

Jeg har ikke myndighet til selv å treffe vedtak eller formelt å diktere fylkesmannen hva et nytt vedtak skal gå ut på. Så langt jeg kan bedømme, og så langt min undersøkelse av saken rekker, synes imidlertid de hensyn som taler for å gi dispensasjon, å veie tyngre enn mothensynene. Jeg vil avslutningsvis begrunne dette noe nærmere:

Et poeng som naturlig nok ikke har vært trukket frem av fylkesmannen eller kommunen, og som heller ikke synes berørt i vurderingen 13. oktober 2004 fra fylkesmannens miljøvernavdeling, er den grensedragningen mellom allmennhetens ferdselsrett etter friluftsloven og den private eiendomsrett som har funnet sted gjennom rettspraksis de seneste årene, se særlig Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2005 s. 805 flg. Førstvoterende uttalte der blant annet:

> «For allmennhetens behov for rekreasjon og friluftsliv står strandområder i en særstilling. Som

følge av den store betydning slike områder har for allmennhetens friluftsliv må grunneiere som bygger i strandsonen, etter min mening finne seg i å få allmennheten tettere inn på seg enn det som gjelder i områder hvor allmennhetens behov for ferdsel er mindre.»

Betydningen av denne utviklingen må i likhet med de andre spørsmålene i saken vurderes konkret. Ved den nye vurderingen av saken, som jeg forutsetter skjer, er det med andre ord ikke tilstrekkelig å konstatere hvorvidt det eventuelt går en mer eller mindre tydelig sti over eller ved eiendommen. Man må også vurdere de rettslige og faktiske følgene tiltaket i tilfellet kan forventes å få. Jeg antar at det i vurderingen også må sees hen til nyere rettspraksis på denne måten, selv om utgangspunktet vil være reguleringen av området den gangen fylkesmannen fattet sitt vedtak. Allmennhetens rettigheter har imidlertid ikke endret seg.

Jeg vil også tilføye at selv om lovens forbud mot å bygge i strandsonen, er ment å skulle ha stor gjennomslagskraft, har det ikke vært meningen å hindre en fornuftig utnytting av de ressurser som de sjønære områder innebærer. Da forbudet ble gitt ved den midlertidige strandplanloven i 1965 var det særlig den ukontrollerte og uønskede utbyggingen som sto i fokus. Myndighetene skulle få tid til å planlegge, og ukontrollert utbygging ville kunne medføre at «senere økonomisk gunstig utparsellering» ble vanskeliggjort eller kanskje helt utelukket», jf. Innst. O. XXVI (1964–65) s. 1 flg. Et moment av vekt var at verdien av de bakenforliggende eiendommer ble bevart som følge av at strandsonen ble tilgjengelig for alle. Selv om loven og ikke minst praktiseringen har gjennomgått forandringer i de etterfølgende år, er lovgrunnlaget fortsatt likevel vesentlig det samme. Loven har hele tiden åpnet for unntak for tilfeller hvor dens forutsetninger ikke slår til. En firkantet praktisering hvor lovens skjønnsmessige adgang til å gjøre unntak blir underlagt en ufravikelig regel vil derfor være i strid med lovens ordlyd så vel som dens forutsetninger. Det fremgår av det ovennevnte at også eierens og samfunnets interesse i en fornuftig utnyttelse av de sjønære områder er et relevant moment ved den helhetsvurderingen som skal finne sted etter plan- og bygningsloven § 7. Hensynet til eieren må riktignok avveies mot allmennhetens interesser i tilfelle motstrid, og da vil normalt hensynet til allmennheten veie tyngst. Men det er ikke alltid at det foreligger en slik motstrid, og noen ganger gjør hensynet seg gjeldende med liten styrke. I saken her synes nettopp dette å være tilfellet.

Det er viktig å søke å sikre at det kan skje en forsvarlig arealdisponering i fremtiden. Dette er hensyn som det derfor må være relevant å kunne legge vekt på, forutsatt at det forankres i og sees hen til forholdene i den aktuelle saken. Like viktig er det at kommune og fylkesmann, parallelt med behandlingen av dispensasjonssakene, årvåkent og aktivt kontrollerer og passer på at lovens regler om allmennhetens rettigheter og grunneiernes plikter i strandsonen blir håndhevet og respektert. Dersom myndighetene aktivt følger opp friluftslovens regler, vil det kunne bidra til å legge forholdene bedre til rette for en konkret, individuell, forsvarlig og mer balansert behandling av strandsonesakene. Da vil en også kunne oppnå en klok, balansert og forsiktig dispensasjonspraksis som lettere vil bli forstått og akseptert.

Et hensyn som ofte trekkes inn som argument mot å dispensere, er de følgene en tillatelse kan få for lignende saker i fremtiden. Ombudsmannen har i tidligere uttalelser akseptert at slike konsekvenshensyn kan tillegges vekt, forutsatt at de bygger på en konkret avveining. Konsekvenshensynet må imidlertid anvendes med varsomhet slik at det ikke hindrer en fornuftig utnyttelse av de strandnære områder. I As sak er forholdene dessuten spesielle. Dette ikke bare på grunn av beliggenheten og at hensynet til allmennheten i så liten grad gjør seg gjeldende, men også på grunn av byggesakens forhistorie. Som kjent ble eiendommen skilt ut så tidlig som i 1957, og en byggetillatelse ble gitt 10 år senere. Dette gir ikke A en juridisk rettighet, men er likevel et moment av vekt i den helhetsvurderingen som skal finne sted. Konsekvenshensynene synes derfor å være av underordnet betydning i denne saken.

Jeg må be om at saken nå blir behandlet på nytt med utgangspunkt i ovennevnte anførsler, fortrinnsvis slik at fylkesmannen opphever sitt vedtak og sender saken til kommunen for ny behandling der. Hvorvidt det er nødvendig å innhente ny uttalelse fra fylkeskommunen eller statlige organer, vil måtte vurderes. Jeg antar at A blir holdt orientert om behandlingen og gitt anledning til å gjøre gjeldende sine rettigheter som part.»

Fylkesmannen opphevet etter dette sitt vedtak og henviste saken til ny behandling i kommunen. Ved den nye behandlingen ga kommunen dispensasjon og innvilget søknaden.

74.

Oppføring av hytte i strid med bindende byggegrenser

(Sak 2004/3303)

A klaget over at kommunen ga byggetillatelse for en hytte på nabotomta. I klagen til fylkesmannen hadde han anført at hytta var bygget i strid med reguleringsplanens bestemmelser om byggegrenser. Fylkesmannen var enig i at hytta var oppført i strid med bindende byggegrenser, men mente kommunen i forbindelse med fradelingen av tomtene «i realiteten» hadde gitt dispensasjon fra dem.

Ombudsmannen kritiserte fylkesmannens syn. Det kunne vanskelig legges til grunn at dispensasjon fra planbestemmelser var gitt når et uttrykkelig vedtak om dette manglet – fremfor alt vurderingen av om «særlige grunner» forelå. Fylkesmannen anmo-

det deretter kommunen om å foreta en ny vurdering av saken.

A eier en hytteeiendom i Nord-Fron kommune. Nabotomten eies av B.

Begge tomtene var tidligere fradelt gnr ... bnr ... . Grunneierens søknad om fradeling ble fremsatt i april 2000, og fradelingstillatelse etter plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.) § 93 h ble gitt 28. februar 2001. Kommunen hadde imidlertid 22. juni 2000, dvs. *før* fradelingstillatelse ble gitt, avholdt kart- og delingsforretning.

C AS søkte på vegne av B om tillatelse til å oppføre en hytte. Tiltaket var kort før blitt varslet til berørte naboer. Situasjonsplanen som fulgte med nabovarselet viste at hytta var planlagt oppført i tomtens nordvestlige hjørne.

Etter at byggingen startet, anførte A at hytta ikke ble oppført slik tegninger og situasjonsplan viste, og at han derfor skulle ha fått nytt nabovarsel. Han krevde også byggingen stoppet. Kommunen ba så ansvarlig søker om at byggingen ble stanset inntil de forholdene A hadde pekt på, ble avklart.

Det ble deretter sendt ut et nytt nabovarsel med revidert situasjonsplan og terrengprofil. A kom imidlertid tilbake med ytterligere merknader. Han anførte at nabohytta nå ble oppført slik at han ville miste utsikt til Rondane, og at det ville bli mindre luft mellom hyttene enn det som var lagt til grunn i planen. Han mente videre at saken skulle vært behandlet som en dispensasjon fra angitt plassering i reguleringsplanen.

I administrativt vedtak ble byggesøknaden godkjent med den omsøkte plasseringen. A klaget på dette vedtaket. Kommunens utvalg for plansaker fattet deretter slikt vedtak:

> «1. Utval for plansaker meiner at det i denne saka har vore gjort feil både i saksbehandlinga i Nord-Fron kommune og frå ansvarshavar C. Dette har ramma både dei 2 naboane ..., og B. Utvalet seier seg lei for dette, og for dei ulempene desse partane har blitt påført. Utvalet meiner likevel ikkje – etter ei totalvurdering av saka – at ulempene er så stor at det gir grunnlag for å oppheve vedtaket i sak 51/04, og held fast på dette.»

Fylkesmannen i Oppland stadfestet kommunens vedtak. Det ble i vedtaket gitt uttrykk for at det «i realiteten» hadde skjedd en dispensasjon fra planen, og at det derfor ikke var nødvendig å følge reguleringsplanens byggegrenser ved behandlingen av byggesøknaden for Bs eiendom.

A klaget til ombudsmannen, og anførte at behandlingen av saken i forvaltningen hadde vært svært kritikkverdig. Det ble i klagen hit uttrykt undring over at fylkesmannen i sitt vedtak over fire sider hadde redegjort for saksbehandlingsfeil i byggesaken, for så å opprettholde kommunens vedtak.

Saken ble tatt opp med fylkesmannen. Da det fremsto som noe uklart om fylkesmannen mente at det «i realiteten» hadde skjedd en dispensasjon i forbindelse med kommunens fradelingstillatelse eller i forbindelse med selve delingsforretningen, ble det bedt om en avklaring av fylkesmannens syn på dette. Det ble dernest bedt redegjort for det rettslige grunnlaget for at det «i realiteten» var skjedd en dispensasjon fra reguleringsplanens byggegrenser og for om ikke dispensasjon forutsatte et uttrykkelig vedtak. Fylkesmannen ble også spurt om det var foretatt en tilfredsstillende vurdering av om kravet til «særlige grunner» i plan- og bygningsloven § 7 var oppfylt. Det ble vist til at det i søknaden for den opprinnelige fradelingen ikke var krysset av i rubrikken «søknad om dispensasjon» og det fremgikk heller ikke av nabovarselet at dette var en dispensasjonssak.

På bakgrunn av at fylkesmannen i vedtaket hadde lagt til grunn at «delingsvedtaket» var ugyldig, men «rettskraftig» fordi det ikke var påklaget, ble det bedt om en redegjørelse for om det var nødvendig å legge en fradelingstillatelse som anses ugyldig til grunn for en senere byggetillatelse. Det ble dessuten spurt om de feil fylkesmannen selv mente heftet ved «delingsvedtaket» eventuelt tilsa at det måtte regnes som en nullitet. Det ble også bedt om en redegjørelse for forholdet til forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c).

Fylkesmannen besvarte henvendelsen herfra bl.a. slik:

> «Fylkesmannen har lagt til grunn at det i gjeldende reguleringsplan er gitt byggegrenser som angir plasseringen av hyttene i reguleringsområdet. Fylkesmannen har i sitt vedtak av 25.11.04 lagt til grunn at det ikke er tegnet inn tomtegrenser i reguleringsområdet.
>
> Kommunen har opplyst at det har vært praksis i kommunen å gi fradelingstillatelse uten at tomtegrensene fremgår av søknaden. Kommunen har opplyst at oppmålingsingeniøren i kommunen er delegert myndighet til å foreta den nærmere avgresning av tomta. Ved at det er gitt en slik «åpen» delingstillatelse, har det vært opp til bestyrer for delingsforretningen å finne en hensiktsmessig tomt. Det er videre opplyst at flere av reguleringsplanene i kommunen har angitt byggegrenser, som i den foreliggende sak. Kommunen har bemerket at byggegrensene ble tegnet inn uten at det i planprosess ble vurdert tomtenes størrelse og arrondering. Kommunen har i disse tilfellene etablert en praksis hvor byggegrenser ikke har vært ansett som rettslig bindende, og at tomta blir fradelt slik at byggegrensene ikke lenger blir praktiske for senere bebyggelse. Denne saken gjelder en tomt som har fått en slik utforming og plassering at den ikke kunne bebygges i samsvar med byggegrenser i reguleringsplanen.
>
> Fylkesmannen bemerker i den forbindelse at kommunen i vedtak av 28.02.01 ga tillatelse til fradeling av flere tomter, herunder det som i planen er angitt som tomt nr. 24 og 25. Dette er tomtene som senere er kjøpt av tiltakshaver og av A, og disse tomtene ble oppmålt samtidig. Det er i fradelingsvedtaket ikke angitt nøyaktig plassering av tomtene, tomtegrensene ble først angitt ved delingsforretningen. Både B sin tomt og A sin tomt ble fradelt slik at hytte ikke kunne oppføres innenfor angitt byggegrense. For en nær-

mere redegjørelse av dette, vises det til kommunen sitt vedtak av 05.07.04.

Fylkesmannen mener at delingsvedtaket og delingsforretningen må ses i sammenheng fordi kommunen, gjennom delegasjon til oppmålingsingeniøren, har overført myndigheten til å utforme tomtene.

I og med at kommunen i dette tilfelle har lagt til grunn at det ikke er bindende bestemmelser om plassering, ble slik dispensasjon ikke gitt av kommunen. Etter fylkesmannens vurderinger er byggegrensene bindende og avvik fra disse burde vært dispensasjonsbehandlet.

Når fylkesmannen i sitt vedtak skriver at det «i realiteten» er skjedd en dispensasjon, viser det til at tomtene og følgelig også hyttene faktisk har fått en annen plassering enn forutsatt i plan og at dette er en bevisst endring/plassering fra kommunens side. Det foreligger feil ved kommunens håndtering av saken, da saken ikke er undergitt dispensasjonsvurdering i samsvar med pbl. § 7.

Fylkesmannen har både i denne saken og i tidligere vedtak vist til denne problemstillingen når det gjelder kommunens praksis. Bl.a. får denne praksisen følger ved at det ved nabovarsel ikke klart fremgår hvor tomta vil ligge og ved at det ikke blir gjort en dispensasjonsvurdering etter pbl. § 7 der denne naturlig hører hjemme. Fylkesmannen har vurdert det slik at konsekvensene av kommunens forståelse på dette punkt er at en ikke vil kunne forutse hvor hyttene i reguleringsområdet kan oppføres.

Fylkesmannen har etter dette lagt til grunn at kommunen ga tillatelse til fradeling av tomt i vedtaket av 28.02.01, men at dette vedtaket lider av feil på grunn av manglende dispensasjonsvurdering. Saken er ikke sendt på høring og det er ikke i tilstrekkelig grad begrunnet hvilke særlige grunner som foreligger. Fylkesmannen har i sin vurdering lagt til grunn at delingstillatelsen ikke er gyldig.

Fylkesmannen har vurdert hvorvidt kommunens ugyldige fradelingsvedtak er å anses som en nullitet eller som et angripelig vedtak. I Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, 1997 side 591–593, er det uttalt:

«For så vidt angår enkeltvedtak sondres det som før nevnt mellom to forskjellige former for ugyldighet: nullitet og angripelighet. Et vedtak som er en nullitet, kan man uten videre se bort fra. Det betraktes som ikke-eksisterende. For angripelige vedtak er utgangspunktet derimot at de står ved lag inntil de blir satt til side ved dom eller nytt forvaltningsvedtak. Slike vedtak kan man altså bygge på for så vidt det gir rettigheter (f.eks. en tillatelse), og de må respekteres forsåvidt de pålegger plikter (...).

Ugyldige tillatelser og fritagelser er som hovedregel bare angripelige. Den som f.eks. har fått en bevilling, kan – uten å risikere straff eller andre reaksjoner – foreta de handlinger eller utøve den virksomhet som det er gitt bevilling til, inntil vedtaket endelig blir annullert. At slike vedtak ikke anses for nulliteter selv om de lider av feil, har sterke rimelighetsgrunner for seg. Spesielt er dette tilfelle når den private part verken vet eller bør forstå at det er noe galt med vedtaket.»

Fylkesmannen la denne forståelse til grunn i sin vurdering, og kom til at delingsvedtaket er angripelig, ikke en nullitet. Etter fylkesmannens vurdering foreligger det sterke rimelighetsgrunner i denne saken, da tiltakshaver kjøpte tomta etter at denne var fradelt og ikke visste om at det heftet feil ved fradelingsvedtaket.

Det er gitt flere tilsvarende delingstillatelser i kommunen. På grunn av den praksis som er beskrevet i kommunen foreligger mange slike tomter. Konsekvensene dersom en skal se de vedtak dette gjelder som ikke gjeldende, er svært vidtgående, både for tomtekjøpere, tomteselger, naboer og kommunen.

Et eksempel på dette er A sin egen tomt som ble fradelt i samme vedtak. Også han har fått byggetillatelse til hytte på sin tomt, med en plassering lengre nordvest på tomta enn det byggegrensene gir anvisning på.

Da fylkesmannen har kommet til at vedtaket er angripelig, står delingstillatelsen ved lag inntil det blir satt til side ved dom eller ved nytt forvaltningsvedtak. Det er kun byggetillatelsen som er påklaget til fylkesmannen og selve fradelingen var ikke påklaget. Ifølge fvl. § 34 skal klageinstansen vurdere de synspunkter klager kommer med, og kan ta opp nye forhold som ikke er påklaget. Bakgrunnen for at fylkesmannen tok opp kommunens praksis i fradelingssaker, er at en ville påpeke overfor kommunen at en slik praksis medfører uforutsigbarhet i planområdet, og at denne praksis må endres.

Etter forvaltningsloven (fvl.) § 35 første ledd bokstav c kan et forvaltningsorgan omgjøre sitt eget vedtak dersom vedtaket må anses å være ugyldig. Klageinstansen og andre overordnede organer har kompetanse til å omgjøre etter fvl. § 35 andre ledd når et vedtak er ugyldig.

Selv om fylkesmannen rettslig sett har adgang til å omgjøre, mener fylkesmannen at vurderingen av dette i utgangspunktet er opp til forvaltningens skjønn å avgjøre. Det vises bl.a. til Sivilombudsmannens avgjørelse i sak 2000/28.

I dette tilfelle har fylkesmannen lagt til grunn at vedtaket er angripelig, at tiltakshaver har innrettet seg etter vedtaket samt at det er mange tomter i kommunen med samme problematikk. Fylkesmannen har på grunn av dette ikke funnet grunn til å oppheve kommunens fradelingsvedtak.

Fylkesmannens vedtak gjaldt byggesaken og herunder spørsmål om plassering etter pbl. § 70. Sivilombudsmannen har ikke kommet med spørsmål til denne vurderingen. Fylkesmannen ser heller ikke grunn til å omgjøre sitt eget vedtak.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

1. Innledning

Fylkesmannen har i vedtak 25. november 2004 stadfestet Nord-Fron kommunes byggetillatelse 5. juli 2004. Min gjennomgang av saken knytter seg således i utgangspunktet til denne byggetillatelsen. Da saken også reiser spørsmål i forhold til omstendighetene rundt fradelingen av Bs eiendom fra hovedbølet, har det vært nødvendig å undersøke enkelte sider av denne fradelingssaken.

2. Spørsmålet om reguleringsplanens byggegrenser var bindende

Et formelt utgangspunkt i plan- og bygningsretten er at tiltakshaver skal få bygge slik han har søkt om, såfremt dette ikke strider mot lovgivningen eller bestemmelser/planer gitt i medhold av denne. Det følger av pbl. § 95 nr. 2 at kommunen, før den gir tillatelse til søknadspliktige tiltak, skal kontrollere om tiltaket er i samsvar med loven eller relevante planer. Innbyr for eksempel vedtatte planer til tvil, må kommunen velge den forståelse av plangrunnlaget som kommunen mener har de beste grunner for seg. Er planen til hinder for at byggesøknaden innvilges, må søknaden avslås, med mindre det dispenseres fra planen.

Byggetomta omfattes av «Reguleringsplan for Flåbekklia hytteområde», vedtatt av Nord-Fron kommune 30. mars 2000. I reguleringsbestemmelsene pkt. 2.1 a) heter det:

> «Dei områda der det kan byggast fritidsbustader er regulert som hytteområde. I plankartet er kvar tomt avmerkt på kartet som ein strek på 25 m. Tomtene skal avmerkast i terrenget med en terrengmerkepel som skal vera midtpunktet på denne streken. Alle bygningane skal plasserast innafor ei byggegrense på 12,5 m frå midten av denne sirkelen/pelen. Endeleg utstikking av tomt skjer ved bortfesting eller sal.»

På reguleringskartet var byggegrensene tilsvarende anmerket ved en strek, med en prikk på senterpunktet og endene markert med tverrstreker.

Kommunen bygget sine vedtak i saken på at reguleringsplanens bestemmelser *ikke* var bindende. Fylkesmannen forsto derimot reguleringsplanen med tilhørende reguleringsbestemmelser slik at byggegrensene var bindende fastsatt. Jeg har ikke rettslige merknader til fylkesmannens vurderinger på dette punktet. Plankartet gir en nøyaktig anvisning av hvor merkepelen, som gir utgangspunktet for byggegrensen, skal plasseres i terrenget. Reguleringsbestemmelsenes pkt. 2.1 a) synes videre å være absolutte når det bestemmes at *alle* bygninger *skal* plasseres innenfor byggegrensen på 12,5 m radius fra merkepelen.

Jeg bemerker videre at reguleringsplanen ikke synes å gi bindende anvisninger for *eiendomsgrensene* for de eiendommene som omfattes av planen. Plankartet er ikke forsynt med noen angivelser av hvordan eiendomsgrensene skal trekkes, og reguleringsbestemmelsene sier uttrykkelig at fastsettelse av disse grensene først skal skje ved bortfesting eller salg.

3. Spørsmål om dispensasjon

3.1. Delingssaken

Det er på det rene at Bs hytte er oppført utenfor den byggegrensen som er angitt i reguleringskartet. Fylkesmannen bygget vedtaket på at det i forbindelse med fradelingen av åtte tomter, deriblant den tomta B senere ervervet, «i realiteten [hadde] skjedd ein dispensasjon», og at planen derfor ikke stengte for å gi den omsøkte byggetillatelsen. Fylkesmannen drøftet deretter forholdet til pbl. § 70 nr. 1, men hadde ikke vesentlige merknader til kommunens vurderinger på dette punkt.

Fra vedtaket hitsettes bl.a.:

> «Med bakgrunn i at tomtegrensene ikkje var teikna inn i reguleringsplanen, meiner fylkesmannen at søknaden frå grunneigar ikkje var utdypt godt nok for å gje grunnlag for eit vedtak etter pbl. § 93 første ledd bokstav h. Dette særleg fordi det ikkje låg føre kart som synte tomtegrensene.
>
> Fylkesmannen merkar det ikkje gjekk klart fram i frådelingssaka kor tomtegrensene skulle liggje. Det var difor ikkje mogleg ut i frå nabovarselet å sjå at grensene ble lagt slik at det ikkje vart praktisk å oppfylle reguleringsføresegna som omhandlar byggjegrensene. Fylkesmannen legg etter dette til grunn at kommunen i frådelingssaka burde ha gitt eit klart uttrykk for at frådelinga ville føre til at byggjegrensene ikkje lenger kunne vere retningsgivande for plassering av hytte på tomta. Hadde kommunen opplyst om dette, kunne naboar og andre som saka rører ved ha kome med merknader til frådelinga. På denne måten ville ein i frådelingssaka kunne ha vurdert konsekvensene av at tomta ble flytta i forhold til det som er angitt som tomtegrenser på plankartet.
>
> Fylkesmannen har i tidlegare klagesak gjort Nord-Fron kommune merksam på at det skal fattast vedtak for kvar tomt som blir frådelt. Dette vedtaket vil vere grunnlag for seinare kartforretning.
>
> På bakgrunn av det som er sagt ovanfor om frådeling av dei einskilde tomtene, passar ikkje merkepelen som utgangspunkt for bygging for fleire av tomtene i reguleringsområdet. Kommunen har på bakgrunn av dette ved fleire tilfeller gitt løyve til oppføring av hytter med ein annan plassering enn den som er bestemt i punkt 2.1 a) i føresegner til planen, utan at dette er behandla som ein dispensasjon frå reguleringsplanen.
>
> Fylkesmannen legg til grunn at delingsvedtaket lir av saksbehandlingsfeil og at kommunen har nytta lova feil då den ikkje vurderte dette som dispensasjon frå plan. Med bakgrunn i dette meiner fylkesmannen at vedtaket var ugyldig. Dette blir vurdert som eit angripelig vedtak, som ikkje er påklaga og som derfor er blitt rettskraftig.
>
> Då frådelingsvedtaket ikkje er påklaga, er dette vedtaket ikkje gjenstand for fylkesmann si klagebehandling. Fylkesmannen legg i den vidare behandlinga til grunn at vedtaket om frådeling står ved lag.».

Fylkesmannens syn på saken synes å kunne oppsummeres slik at konsekvensen av at tomtene ved fradelingen i 2000/2001 ble arrondert på en slik måte at byggegrensene ble upraktiske, i seg selv innebar en dispensasjon fra byggegrensene. Dispensasjonen var imidlertid ugyldig ettersom kommunen ikke hadde vurdert om det forelå «særlige grunner», jf. pbl. § 7, som tilsa dispensasjon fra byggegrensene. Selv om

vedtaket måtte anses ugyldig mente likevel fylkesmannen at det måtte legges til grunn, og dispensasjon anses gitt. Fylkesmannen viste i den sammenheng i brev hit 18. mars 2005 til sterke rimelighetsgrunner da tiltakshaver hadde kjøpt tomta etter at den var fradelt og at han ikke visste at det heftet feil ved fradelingsvedtaket. Videre var det gitt flere tilsvarende delingstillatelser i kommunen og det vil innebære vidtgående konsekvenser både for tomtekjøpere, tomteselgere, naboer og kommunen dersom disse vedtakene ble ansett som ikke gjeldende.

Det fremgår av pbl. § 63 at eiendommer ikke må deles på en slik måte at det oppstår forhold som er i strid med pbl. eller plan, eller slik at «det dannes tomter som etter kommunens skjønn er mindre vel skikket til bebyggelse på grunn av sin størrelse eller form». Videre følger det av pbl. § 31 nr. 1 at «[e]ndelig reguleringsplan er straks bindende for alle tiltak som nevnt i §§ 81, 86a, 86b og 93 innenfor planenes område. Grunnen kan heller ikke på annen måte tas i bruk eller fradeles til formål som vil vanskeliggjøre gjennomføringen av planen». Deling av grunneiendom er i følge pbl. § 93 bokstav h et søknadspliktig tiltak som krever tillatelse fra kommunen. Det fremgår av delingssøknaden at formålet med fradelingen var bygging av fritidseiendommer. Ut fra fylkesmannens opplysninger om at den foretatte fradelingen medførte at tomten ikke kan bebygges i tråd med reguleringsplanens bindende byggegrenser, kan jeg i likhet med fylkesmannen ikke se annet enn at kommunen skulle ha behandlet fradelingssøknaden som en dispensasjonssak, jf. pbl. § 7.

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 pbl. 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.

Det ble ikke søkt om dispensasjon i forbindelse med søknaden om fradelingstillatelse. Kommunen hadde videre lagt til grunn at reguleringsplanens byggegrenser ikke var rettslig bindende og kommunens vedtak inneholdt derfor ingen vurdering av om det forelå særlige grunner for å gi dispensasjon. Det kan derfor vanskelig konkluderes annerledes enn at det ikke ble dispensert fra reguleringsplanens byggegrenser i forbindelse med kommunes vedtak om fradeling etter plan- og bygningsloven.

Jeg finner det videre vanskelig å akseptere, slik fylkesmannen synes å gjøre, at det i forbindelse med byggesaken nødvendigvis må legges til grunn at dispensasjon fra byggegrensene ble gitt bl.a. som følge av at delingssaken ikke ble påklaget. Dersom forvaltningsorganet blir oppmerksom på at et vedtak det selv eller underinstansen har fattet, er ugyldig, har det etter forvaltningsloven § 35 første ledd c) adgang til å omgjøre vedtaket. Forvaltningsorganet har etter alminnelige forvaltningsrettslige regler i betydelig grad også *plikt* til å omgjøre et ugyldig vedtak når adgangen til å reparere eller ratihabere dette er stengt, se for eksempel Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 7. utg. s. 444 og Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer s. 441 flg. Jeg kan ikke se at min uttalelse i ombudsmannssak 2000/28 (inntatt i årsmeldingen for 2000 s. 131) bygger på et annet syn – i denne saken ble for øvrig det ugyldige vedtaket nettopp omgjort. At delingsvedtaket ikke ble påklaget, kan derfor bare spille en underordnet rolle i denne saken.

Jeg ser at fylkesmannen i brev hit 18. mars 2005 har foretatt en bredere vurdering av dette spørsmålet og konkludert med at det ikke er grunn til å oppheve vedtaket. Det fremstår som uklart for meg om fylkesmannen har søkt å reparere eller ratihabere det delingsvedtaket han mente var ugyldig og om det var adgang til dette. Det pekes i denne sammenheng på at de prosessuelle reglene i pbl. § 7 ikke synes å være fulgt samtidig som vilkåret om at det må foreligge «særlige grunner» ikke synes vurdert. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på disse spørsmålene.

3.2. Byggesaken

I forbindelse med byggesaken for Bs hytte, ble det i nabovarselet krysset av for at dispensasjonssøknader ikke var relevante. Heller ikke i byggesøknaden var det krysset av for søknad om dispensasjon, og kommunens vedtak berører ikke spørsmålet. Jeg legger

derfor til grunn at det heller ikke i forbindelse med byggesaken ble vurdert å gi eller er gitt dispensasjon fra byggegrensene i reguleringsplanen.

4. Oppsummering

Jeg finner etter dette å måtte legge til grunn at Bs hytte er tillatt oppført i strid med bindende byggegrenser i reguleringsplanen, uten at det i delings- eller byggesaken fremgår at det er gitt dispensasjon fra disse i tråd med reglene i pbl. § 7. Jeg finner i lys av ovennevnte å måtte be fylkesmannen vurdere saken på nytt. Ettersom saken reiser spørsmål om dispensasjon, bør fylkesmannen vurdere om saken skal henvises til ny behandling i kommunen. Ved den fornyede vurderingen ber jeg fylkesmannen påse at aktuelle partsinteresser ivaretas.»

I brev hit har fylkesmannen opplyst at kommunen er anmodet om å foreta en ny vurdering av saken, derunder ta stilling til spørsmålet om det skal gis dispensasjon fra byggegrensene for hytta til B.

75.

Bruksendring av campingplass – vilkår og saksbehandling

(Sak 2005/1564)

En campingplass var tatt i bruk til varig oppstilling av campingvogner og bobiler. Fylkesmannen la til grunn at en campingplass i seg selv er et anlegg som kan være gjenstand for bruksendring. Han la videre til grunn at bruksendringen i dette tilfellet hadde skjedd før søknadsplikt for slike endringer ble innført i 1993, og at omleggingen til en plass for permanent oppstilling av campingvogner og bobiler derfor var lovlig.

Ombudsmannen sa seg uenig i fylkesmannens syn. Etter loven er det de enkelte bygninger og konstruksjoner som befinner seg på campingplassen som er gjenstand for bruksendring, ikke campingplassen som sådan. Om tillatelse til bruksendring var påkrevet, måtte avgjøres bl.a. på grunnlag av hvor lenge campingvognene var ment å bli stående.

X camping ble etablert som leirplass i 1958, på en eiendom i Narvik kommune. I perioden fra 1958 til 1985 ble området brukt til midlertidig plassering, hovedsakelig av telt og noen campingvogner. Bruken av området som tradisjonell campingplass opphørte i 1985. I 1986 ble området tatt i bruk til varig oppstilling av rundt 20 campingvogner og bobiler.

I 1994 klaget en nabo til kommunen over eiendommens bruk som oppstillingsplass for campingvogner. Som respons på denne klagen ba kommunen plasseierne sende inn søknad om «tillatelse til å stille opp campingvogner/bobiler utover 3 dager på denne eiendommen med kvittering for tilsendt nabovarsel».

Under henvisning til kommunens brev sendte eier av plassen en søknad til kommunen om «tillatelse til å stille opp campingvogner/bobiler utover 3 mnd.». Søknaden ble imidlertid verken behandlet eller gitt foreløpig svar. I 2001 henvendte naboen på nytt seg til kommunen og spurte om det forelå tillatelse til oppstilling av campingvogner på eiendommen. De tidligere eierne av plassen var gått bort, og kommunen tilskrev deres arvinger og gjorde oppmerksom på at kommunen ikke kunne se at det var gitt noen tillatelse til «oppstilling av campingvogner». Arvingene ble bedt om å dokumentere en eventuell tillatelse.

I svaret til kommunen viste arvingene til søknaden fra 1995 og påpekte at denne ikke var blitt besvart.

Kommunen ga så tillatelse til plassering av 20 campingvogner/bobiler på campingplassen. Naboen klaget på denne tillatelsen, og pekte særlig på at tiltaket virket sjenerende på hans eiendom. I møte 6. mai 2004 tok det faste utvalget for plansaker klagen til følge og opphevet kommunens tillatelse, begrunnet med at «den etablerte virksomhet er til så stor sjenanse for naboer, at den må avvikles». Det faste utvalget for plansaker vedtok samtidig at ved eventuell ny søknad om tillatelse til campingvogn/bobil på området krevdes det godkjent regulerings- og bebyggelsesplan for området før dette ble tatt i bruk. Etter klage fra campingplasseieren opprettholdt det faste utvalget for plansaker 3. februar 2005 vedtaket, men anbefalte samtidig fylkesmannen å ta klagen til følge.

Fylkesmannen i Nordland opphevet 20. april 2005 begge vedtakene kommunen hadde fattet, dvs. både tillatelsen og opphevelsen. Begrunnelsen for fylkesmannens opphevelse av begge vedtakene var at campingplassen måtte anses som lovlig etablert. Fylkesmannen la til grunn at campingplassen måtte regnes som et «anlegg», og siden bruksendring av «anlegg» ikke ble søknadspliktig før i 1993, var det ikke hjemmel for å stanse virksomheten ved campingplassen. Fylkesmannen konkluderte med at «vedtakene [fremstod] som nulliteter da de reelt sett verken inneholder plikter eller rettigheter for noen av partene».

Naboen klaget til ombudsmannen og anførte at han var blitt utsatt for urett ved at forvaltningen «lar den virksomhet som naboen driver i strid med naborettslige, miljørettslige og plan- og bygningsrettslige regler, fortsette uten påtale eller reaksjoner». Naboen anførte videre at det ikke var anledning til å omgjøre teltcampingplassen til husvogn-/bobilplass uten tillatelse. Det ble hevdet at fylkesmannen hadde avgrenset saken uriktig når han ikke hadde ett standpunkt til plasseringen av den enkelte campingvogn, og at han heller ikke hadde tatt hensyn til naborettslige og miljørettslige regler i vedtaket.

Saken ble forelagt Fylkesmannen i Nordland med spørsmål om hans avgrensning av saken og klagerens anførsel om at fylkesmannen hadde «avvist å

behandle» spørsmål som «omfattes av det tema som saksbehandlingen i Narvik har hatt».

Det ble bedt om en nærmere redegjørelse for bakgrunnen for fylkesmannens syn om at campingplassen var å anse som et «anlegg» i lovens forstand. Det ble videre bedt om en redegjørelse for hvorfor fylkesmannen ikke hadde «tatt stilling til om det for den enkelte campingvogn med tilhørende konstruksjoner kan foreligge forhold som krever behandling etter pbl.». Fylkesmannen ble dessuten bedt om å redegjøre for hvorfor pbl. § 85 og Narvik kommunes vedtekter av 27. juni 1991 ikke fikk anvendelse i saken, og om i hvilken grad Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-09/05 kom til anvendelse i saken.

Fylkesmannen besvarte henvendelsen herfra i brev 24. november 2005. Til spørsmålet om campingplassen kunne anses som et «anlegg» het det bl.a.:

> «[Plassen er] tilrettelagt for camping ved at det er satt opp toalettanlegg og vasker på området, og bruk skjer mot betaling. X må derfor anses for å være en campingplass.
>
> Et område som på ovennevnte måte er organisert som en campingplass vil språklig sett måtte anses for å være et anlegg i pbl. sin forstand.
>
> Campingplasser som sådan, og hvilken form for tiltak de skal regnes som, er i liten grad omhandlet i rettskildene for øvrig. I Ot.prp. nr 56 (1984–85) på side 119 er campingplasser nevnt i relasjon til pbl. § 25 nr. 6 om reguleringsformål. Her skrives det:
>
> «Med områder «områder for camping» tenkes det på private anlegg, da offentlig eide campingplasser går inn under leirplasser i nr. 4.»
>
> I Ot.prp. nr. 1 (1964–65) side 114 er campingplasser nevnt i relasjon til pbl. § 78 om plassering av bedrifter og anlegg innenfor kommunen. Her skrives det:
>
> «Departementet er enig med komiteen i utvalget av de anlegg og innretninger som etter nr. 2 bare kan anlegges med bygningsrådets samtykke og finner ikke grunn til å ta med campingplasser. I de kommuner som måtte ønske kan dette i tilfelle ordnes ved vedtekt.»
>
> Også i Miljøverndepartementets veileder til reguleringsplan og bebyggelsesplan (T-1381) er campingplass nevnt. Et eksempel er øverst på side 33, om landbruksområder hvor det står:
>
> «Anlegg og bygninger som for eksempel fritidsbebyggelse, herunder utleiehytte, campingplass, masseuttak ut over husbehov, verksteds- og annen næringsvirksomhet, herunder industriell produksjon også av landbruksrelaterte produkter, faller utenfor reguleringsformålet.»
>
> Ingen av de her siterte kildene kan sies å i seg selv avgjøre spørsmålet om campingplassen er å anse som et anlegg i pbl. sin forstand. Samtlige uttalelser støtter imidlertid en forståelse av pbl. som går ut på at en campingplass som sådan må karakteriseres som et anlegg.
>
> Saken ble tatt opp som en sak mellom grunneierne og bygningsmyndighetene, og den har fra kommunens side vært behandlet som en sak om plassering av campingvogner/bobiler .... Det vises i denne forbindelse til at kommunens brev av 28.12.94 er stilet til eierne av plassen, og de senere vedtak retter seg også mot eierne av plassen. Saken må derfor anses for å gjelde bruken av plassen som sådan, og ikke plasseringen av den enkelte campingvogn.»

Om årsaken til at fylkesmannen ikke hadde tatt stilling til om det for den enkelte campingvogn kunne foreligge forhold som krevde behandling etter plan- og bygningsloven het det:

> «Fylkesmannen fikk seg forelagt saken som klageinstans, og vår kompetanse følger da av forvaltningslovens § 34.
>
> Som nevnt ... er saken tatt opp som en sak mellom grunneierne og bygningsmyndighetene. Saken må således anses for å gjelde bruken av området som campinganlegg. Hvorvidt det for den enkelte campingvogn med tilhørende konstruksjoner kan foreligge forhold som krever behandling etter pbl. er et forhold mellom den enkelte campingvogneier/bruker og bygningsmyndighetene. Når kommunens saksbehandling ikke omfatter den enkelte eier/bruker må forhold vedrørende disse anses for å falle utenfor «saken» etter fvl. § 34, og fylkesmannen har da som utgangspunkt ikke kompetanse til å prøve disse forholdene.»

Om forholdet til de kommunale vedtektene het det:

> «Utgangspunktet i bygningsretten er at nye bestemmelser/regler i utgangspunktet ikke får anvendelse på etablerte og lovlige tiltak. Dersom nye bestemmelser skulle ha direkte betydning for slike tiltak vil det i det minste måtte kreves klare holdepunkter for det.
>
> Fylkesmannen kan ikke av vedtektene se at de er ment å få betydning for tidligere etablerte og lovlige tiltak. I Fylkesmannens vedtak ble det lagt til grunn at anlegget var lovlig etablert. Av denne grunn kom vi til at de senere vedtatte vedtektene av 27. juni 1991 ikke kom til anvendelse i saken.»

Fylkesmannen viste dessuten til Høyesteretts dom i Rt. 1987 s. 554.

Fylkesmannen erkjente at bestemmelsen i pbl. § 85 i hvert fall delvis kunne benyttes i forhold til den enkelte campingvogn. Til spørsmålet om Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-09/05 kom til anvendelse i saken, ga fylkesmannen uttrykk for at siden rundskrivet først ble utgitt 20. juni 2005, var det ikke direkte anvendelig på fylkesmannens vedtak 20. april 2005. Fylkesmannen pekte imidlertid på at rundskrivet i all hovedsak ga uttrykk for hva som var ansett for å være gjeldende rett, også på søknadstidspunktet.

Klageren kommenterte i brev 10. januar 2006 hit fylkesmannens svar. Han bestred fylkesmannens forståelse av begrepet «anlegg» og mente det måtte være § 85 som fikk anvendelse i denne saken.

I brev 26. januar 2006 meddelte fylkesmannen at han ikke hadde ytterligere kommentarer.

På forespørsel herfra opplyste fylkesmannen i brev 2. juni 2006 hit at området tidligere var uregulert og heller ikke omfattet av kommuneplanens arealdel. I arealdelen til kommuneplanen, vedtatt 24. november 2005, ble området imidlertid lagt ut som landbruks-, natur- og friluftsområde.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Innledning

Fylkesmannens vedtak i saken hviler på en forutsetning om at en campingplass er å anse som et «anlegg» i plan- og bygningslovens forstand, og at saken derfor gjelder spørsmålet om campingplassen som sådan er lovlig. Fylkesmannen har følgelig ikke behandlet spørsmålet i forhold til den enkelte campingvogn og bobil.

Forholdene rundt etableringen av campingplassen har ikke vært undersøkt herfra. Jeg har imidlertid ikke grunnlag for å tvile på fylkesmannens forutsetning om at etableringen av campingplassen på uregulert grunn i 1958 var lovlig. Jeg er videre enig i fylkesmannens generelle utgangspunkt om at bygningsmyndighetene ikke kan kreve eksisterende, lovlig bruk stanset med mindre det foreligger lovhjemmel for dette.

2. Er en campingplass «anlegg» i lovens forstand?

Bakgrunnen for fylkesmannens vedtak i saken finnes i at bruksendring av «anlegg» først ble gjort søknadspliktig ved lovendringen 5. mai 1995 nr. 20.

Det er neppe noe språklig i veien for å betegne en campingplass som et «campinganlegg». Selv om en naturlig, språklig forståelse er et viktig utgangspunkt for fortolkningen av en lovbestemmelse, kan dette likevel ikke være mer enn et utgangspunkt.

Ved lovendringen i 1995 ble «konstruksjon» og «anlegg» likestilt med «bygning» i § 93. Siktemålet var å legge om byggesaksbehandlingen slik at alle tiltak, i hvert fall som utgangspunkt, ble omfattet av søknadsplikten i pbl. § 93. Etter forslaget skulle således både «varige konstruksjoner og anlegg» (jf. § 84) og «midlertidige eller transportable konstruksjoner eller anlegg» (jf. § 85) gjøres søknadspliktige, se forslaget til ny § 93 i Ot.prp. 39 (1993–94) s. 219. Ved Odelstingets behandling av saken ble imidlertid meldingssystemet beholdt for bl.a. § 85-tiltak, mens etablering bl.a. av varige «anlegg» skulle undergis søknadssystemet. Jeg nevner for ordens skyld at man ved en lapsus endret § 93 slik at det het at også «midlertidige» anlegg var underlagt søknadsplikt. Dette ble rettet ved lovendringen 25. april 2003, se Ot.prp. nr. 112 (2001–2002).

Det er vanskelig å se at det ved lovendringen ble lagt opp til en annen forståelse av uttrykkene «konstruksjon eller anlegg» i § 93 enn den forståelsen som allerede ble lagt til grunn i §§ 84 og 85. En campingplass vil normalt ikke kunne anses som «midlertidig», og måtte i tilfelle omfattes av § 84. Lovens § 84 gir ikke lenger noen eksempler på hvilke tiltak som omfattes av bestemmelsen. Imidlertid bestemte så vel bygningsloven 1965 § 84 og pbl. § 84 (slik den lød ved vedtagelsen) at «kaianlegg, moloer, dokker, bruer, transformatorer, tank- og beholderanlegg, underjordiske anlegg, haller og bedrifter i fjell, tribuner [og] idrettsanlegg» skulle regnes som «varige konstruksjoner og anlegg». Selv om det fremgikk av loven at oppregningen ikke var uttømmende, ble den fjernet i forbindelse med ikrafttredelsen av loven for å unngå tvister som følge av at et bestemt tiltak ikke falt inn under den uttrykkelige oppregningen (se nærmere Ot.prp. nr. 57 (1985–86) s. 57).

Felles for de nevnte tiltakene er at det dreier seg om innretninger som krever oppføring, dvs. at det utføres arbeider i form av bygging, graving, sprengning eller annet. Frem til lovendringen i 1995 het det uttrykkelig i ordlyden at bestemmelsen gjaldt «arbeid med» varige konstruksjoner og anlegg. Bestemmelsen må fortsatt forstås slik at den kun omfatter tiltak i marken. Etablering av en campingplass vil naturligvis kunne medføre at det settes i verk tiltak som er søknads- eller meldepliktige etter plan- og bygningsloven. Betegnelsen *campingplass* indikerer imidlertid kun en bruk, og krever ikke nødvendigvis noen oppføring. En slik plass alene kan følgelig ikke anses som et anlegg i lovens forstand. Når forholdet til plan- og bygningsloven skal utredes, vil gjenstanden for vurderingen være de bygninger, konstruksjoner og andre tiltak som måtte bli satt i verk, ikke plassen som sådan.

Det ovennevnte innebærer at også spørsmålet om endring av «plassens bruk» må knyttes til de bygninger, konstruksjoner og evt. anlegg som måtte befinne seg der. Campingplassen kan riktignok være avhengig av *andre* tillatelser, for eksempel i medhold av forskrift 25. april 2003 nr. 486 § 14 første ledd om miljørettet helsevern eller etter næringslovgivningen. At slike tillatelser er gitt, er imidlertid uten betydning i forhold til bygningslovgivningen.

Oppføring og i tilfelle bruksendring av fasiliteter som toalett- og vaskebygninger, resepsjonskiosker og lignende på campingplassområdet som er nødvendig for at det rimeligvis kan tales om en campingplass, vil være søknads- eller meldepliktige på vanlig måte. Også oppstilling av gjestenes campingvogner og bobiler kan etter omstendighetene omfattes av lovens saksbehandlingsregler, jf. lovens § 85 annet ledd, som pålegger meldeplikt til kommunen. Videre må *forhåndssamtykke* innhentes dersom innretningen skal plasseres for et lengre tidsrom enn fire måneder. Regelen har vært den samme siden pbl. trådte i kraft, dog slik at grensen for når kommunens samtykke var nødvendig, tidligere var tre måneder. Også bygningsloven 1965 § 85 hadde en tilsvarende

bestemmelse. Ved ikrafttredelsen av loven ble det i tillegg stilt et materielt krav om at slike innretninger ikke må plasseres på en måte som fører til «vesentlig» ulempe for omgivelsene. Jeg antar at disse reglene har sin bakgrunn i behovet for å bringe en mer permanent oppstilling av campingvogner og bobiler inn under den alminnelige kontroll med oppføring av bygninger og konstruksjoner som kommunen skal føre i medhold av plan- og bygningslovgivningen.

Det er uten betydning for meldingsplikten, resp. kravet om innhenting av kommunens samtykke, om plasseringen skjer på et sted som er *regulert* til campingformål. Jeg nevner imidlertid at plassering av campingvogn på campingplass etter forskrift 24. juni 2003 nr. 749 om saksbehandling og kontroll i byggesaker (SAK) § 6, nå er unntatt fra meldingssystemet. Ettersom fylkesmannens vedtak ikke er begrunnet i denne forskriften, går jeg ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

Dersom campingvogner og bobiler oppstilles over så langt tidsrom at det ikke lenger er naturlig å karakterisere dem som «midlertidige innretninger», er man i tillegg utenfor området for pbl. § 85. Tiltaket vil således kunne være søknadspliktig etter § 93 på vanlig måte. Miljøverndepartementets rundskriv H-9/05 s. 7 antyder at dersom en innretning blir stående lenger enn to år, kan den ikke anses «midlertidig» i den forstand pbl. § 85 bruker begrepet.

Det som er fremholdt ovenfor må ikke forveksles med spørsmålet om hvem som kan eller skal sende inn søknad eller melding for de enkelte tiltak. Som det vil fremgå av fremstillingen nedenfor, er det i saken her naturlig å se det slik at eieren av campingplassen sendte inn søknaden på vegne av vogneierne.

3. Konsekvenser for fylkesmannens vedtak 20. april 2005

I fylkesmannens vedtak 20. april 2005 er det vist til at pbl. § 85 ikke kommer til anvendelse i saken. I fylkesmannens svar 24. november 2005 på henvendelsen herfra er det understreket at fylkesmannens syn hadde sammenheng med forståelsen av at saken (bare) gjaldt campinganlegget, og således ikke den enkelte campingvogn. Jeg forstår fylkesmannen slik at siden saken ikke gjaldt forholdet til den enkelte campingvogneier, hadde fylkesmannen heller ikke kompetanse til å behandle saken.

Jeg har ovenfor konkludert med at spørsmålet om bruksendring ikke kan avgjøres for campingplassen som sådan, men må vurderes i forhold til de installasjoner, bygninger etc. som finnes der. Dette innebærer at fylkesmannens vedtak bygger på et uriktig rettslig grunnlag. Feilen rammer ikke bare det vedtaket som er truffet, men må antas også å ha innvirket på den måte fylkesmannen har avgrenset saken på.

Utgangspunktet for myndighetenes behandling av en søknad er naturlig nok søknaden selv. Dersom søknaden i saken her uttrykkelig var begrenset til utelukkende å gjelde tillatelse til bruksendring for campingplassen, måtte forvaltningen gjort søkeren oppmerksom på dette, jf. forvaltningens alminnelige veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Imidlertid kan jeg ikke se at det er dette som er situasjonen. Den søknaden som fylkesmannens vedtak avsluttet behandlingen av, ble riktignok inngitt av eieren av campingplassen, og således ikke av den enkelte campingvogneier. Det fremgår videre av søknaden at det ble søkt om «bruksendring». Søknaden synes imidlertid å ha kommet som en respons på kommunens brev 28. desember 1994, der kommunen ba campingplasseieren søke om tillatelse til å stille opp campingvogner/bobiler utover tre «dager» i samsvar med pbl. § 85 (formentlig feilskrift for «måneder»). Selv om ikke søknaden viste til § 85, opplyste søknaden at den gjaldt tillatelse til oppstilling utover tre måneder. Etter de regler som gjaldt på søknadstidspunktet, gjaldt samtykkekravet etter denne bestemmelsen dersom campingvognen ble hensatt i mer enn tre måneder. Det er således naturlig å forstå søknaden slik at den gjaldt samtykke etter § 85 annet ledd.

Det fremgår videre av sakens dokumenter at kommunen ved sin behandling av saken gjennomgående har lagt til grunn at søknaden gjaldt samtykke etter § 85. Det fremgår dessuten av sakens dokumenter at den tillatelsen kommunen ga, ble gitt på vilkår som i betydelig grad korresponderte med Narvik kommunes vedtekter 27. juni 1991 nr. 1007 til pbl. § 85.

Jeg kan ikke se at det forhold at det er campingplasseieren som har inngitt søknaden, og ikke eieren av den enkelte campingvogn, skal ha avgjørende betydning for saken. Søknaden måtte etter mitt syn forstås slik at den var inngitt ikke bare fra eieren av plassen, men også på vegne av eierne av de campingvognene søknaden omfattet.

Jeg kan derfor vanskelig se at det er grunnlag for fylkesmannens syn om at han ikke hadde kompetanse (myndighet) til å behandle en sak om tillatelse til oppstilling av campingvogner ut over tre måneder.

4. Avslutning

Etter mitt skjønn hviler fylkesmannens vedtak 20. april 2005 på et uriktig rettslig grunnlag, og saken må derfor behandles på nytt. Med hensyn til omgjøringsadgang viser jeg til forvaltningsloven 10. februar 1967 § 35 første ledd bokstav c).

Saken er blitt noe omstendelig. En mulighet kan være at fylkesmannen anmoder kommunen om en ny, fullstendig behandling av campingplasseierens søknad 27. februar 1995, i den grad søknaden fremdeles har aktualitet for campingvogner som er oppstilt på plassen. Ved en eventuell ny behandling av søknaden bør det bl.a. vurderes om forholdene på stedet er slik at samtykke bør nektes i samsvar med

pbl. § 85 første ledd, om SAK § 6 annet ledd kommer til anvendelse og er til hinder for anvendelse av kommunens vedtekter til pbl. § 85, og dessuten om oppstilling av campingvognene har antatt en så langvarig karakter at den faller utenfor rammen av pbl. § 85, jf. ovennevnte rundskriv H-9/05.

Med mitt syn på saken finner jeg det ikke nødvendig å gå inn på klagerens anførsler om at campingplassen er i strid med naborettslige eller miljørettslige regler. Det er heller ikke grunnlag for å ta stilling til om en ny vedtekt til pbl. § 85 kan anvendes på campingplasser som er etablert før vedtekten ble gitt.

Kommunens behandlingstid har vært ekstraordinært lang i denne saken. Ved behandling av klager over kommunale vedtak der det fremgår at saksbehandlingstiden har vært i strid med de alminnelige kravene i forvaltningsloven § 11a, bør fylkesmannen av eget tiltak påpeke dette overfor kommunen selv om klagen ikke direkte er rettet mot saksbehandlingstiden. Jeg finner det naturlig at fylkesmannen i forbindelse med den nye behandlingen av saken også tar opp dette spørsmålet.»

76.

Beregning av byggesaksgebyr

(Sak 2005/1486)

Kommunen hadde beregnet byggesaksgebyret til kr 500 000. Tiltakshaveren mente dette oversteg selvkost, og at det derfor ikke var hjemmel for å kreve et så høyt byggesaksgebyr. Fylkesmannen fant imidlertid ikke å kunne overprøve kommunens fastsettelse av byggesaksgebyret, ettersom dette fulgte direkte av kommunens gebyrregulativ.

Ombudsmannen mente at fylkesmannen hadde gått lengre i å begrense sin prøvelse av kommunens vedtak enn det var anledning til etter forvaltningsloven og plan- og bygningsloven, og ba om en fornyet vurdering av saken.

Aksjeselskapet A søkte kommunen om rammetillatelse for oppføring av ny bebyggelse i tilknytning til et kjøpesenter selskapet eide. For byggetillatelsen beregnet kommunen et byggesaksgebyr på kr 500 000.

A påklaget gebyrfastsettelsen til fylkesmannen. I fylkesmannens endelige vedtak ble kommunens gebyrfastsettelse stadfestet.

I klage til ombudsmannen ble det gjort gjeldende at vedtaket manglet hjemmel, idet det var fastsatt i strid med selvkostprinsippet som plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 109 bygger på. Det ble særlig vist til Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 1603. Det ble subsidiært gjort gjeldende at byggesaksgebyret måtte beregnes etter bestemmelsene i kommunens «lokale forskrifter om kommunale gebyr og tilhøyrande satsar» (heretter kalt regulativet), pkt. 2.7.4.2 om nybygg, og ikke som et tilbygg etter pkt. 2.7.4.3.

Klagen ble forelagt fylkesmannen. Det ble bedt om en nærmere redegjørelse for fylkesmannens syn på spørsmålet om gebyrfastsettelsen måtte anses som et enkeltvedtak, og om det i tilfelle hadde noen betydning at kommunen måtte ta stilling til om tiltaket måtte anses som et nybygg eller tilbygg. På bakgrunn av at fylkesmannen hadde gitt uttrykk for at klageretten var avgrenset til kommunens skjønnsutøvelse «knytt til kva punkt i gebyrregulativet som skal leggjast til grunn for utrekninga», ble det spurt om dette også la begrensninger på omfanget av fylkesmannens prøvingsadgang. Det ble særlig spurt om forholdet til forvaltningsloven § 34 om at klageinstansen kan prøve alle sider av saken.

Fylkesmannen ble videre bedt om å gi merknader til anførselen om at byggesaksgebyret måtte beregnes etter et selvkostprinsipp. Det ble også spurt om forholdet mellom regulativets bestemmelser om reduksjon for åpenbart urimelige gebyrfastsettelser og et evt. selvkostprinsipp. Endelig ble det spurt om forholdet til Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 1603 var vurdert.

I fylkesmannens svar ble det pekt på at et kommunalt gebyrregulativ er en forskrift som vedtas av kommunestyret. Dersom gebyret fremkommer som en ren utregning basert på de gebyrsatsene som vedtas av kommunestyret, ville det etter fylkesmannens syn ikke foreligge noe enkeltvedtak som kan påklages. Fylkesmannen pekte derimot på at han hadde myndighet til å ta stilling til hvilket punkt i gebyrregulativet som kom til anvendelse, og at fylkesmannen også hadde tatt stilling til nettopp dette.

Til spørsmålet om gebyrfastsettelsen var i samsvar med selvkost het det i fylkesmannens brev:

> «Konsekvensen av dette prinsippet er at kommunane må fastsetje gebyra slik at gebyrinntektene ikkje overstig kommunen sine utgifter når ein ser sektoren under eitt. Dette er det kommunane sjølve som har ansvar for å sjå til. Vi viser i denne samanhengen til tidlegare reglar om at gebyrregulativa skulle godkjennast av fylkesmannen fall vekk då ny kommunelov vart sett i kraft i 1993. Vi peikar elles på at gebyrsatsane vert vedtekne av kommunestyret i samband med handsaminga av kommunebudsjettet for det einskilde år, og då med grunnlag i kommunen sine rekneskapstal for føregåande år. Vi peikar også på at det i denne saka går fram av kommunen si saksutgreiing at det gebyrregulativet som var gjeldande i denne saka, innebar ein gjennomsnittleg dekkingsgrad på vel 50% av full kostnadsdekking.
>
> Når det gjeld tilhøvet mellom sjølvkostprinsippet og nedsetjing av gebyret etter gebyrregulativet pkt 2.5, vil vi peike på at det ikkje kan leggjast til grunn at gebyret i kvar einskild byggjesak skal fastsetjast til sjølvkost, jf også det som her er lagt til grunn i klagen av 29.08.2005 frå [As advokat] i siste avsnitt på s. 2. Dette inneber at det i einskilde tilfelle kan vere eit «slingringsmonn» som kan gje grunnlag for å setje ned gebyret dersom dette vert vurdert som open-

> bert urimeleg, jf ordlyden i pkt 2.5 i det aktuelle regulativet. Som peika på ovanfor i pkt. 2, vil det også her måtte leggjast vekt på kva praksis som er fastlagt gjennom kommunen si handheving av gebyrregulativet. – I denne saka fann teknisk sjef ikkje grunnlag for å setje ned gebyret etter pkt. 2.5 i regulativet. Heller ikkje kommunen si klagenemnd fann grunnlag for å gjere det. Vi viser om dette til det som går fram av siste avsnitt på s. 2 i vårt vedtak av 15.06.2005 i klagesaka. Slik saka med dette låg føre, meiner Fylkesmannen at det ville vere i strid med prinsippet i forvaltningslova § 34, 2. ledd, siste setning, om kommunen si skjønnsutøving her skulle bli sett til sides.»

Fylkesmannen opplyste også at dommen i Rt. 2004 s. 1603 ikke ble særskilt vurdert ved behandlingen av klagesaken.

As advokat kom tilbake til saken og anførte at vedtaket måtte forstås som et «enkeltvedtak» som kunne påklages. Han påpekte at gebyrfastsettelsen i denne saken ikke skjedde på bakgrunn av en ren beregning av byggets areal, idet man måtte vurdere om det var tale om et nybygg eller tilbygg. Man måtte uansett vurdere gebyrets konkrete rimelighet. Også reelle hensyn tilsa at gebyrileggelsen måtte anses som et enkeltvedtak. Det ville stride mot forvaltningslovens klageordning dersom den private part skulle være tvunget til å ta ut søksmål for tyngende vedtak som ikke bare ble oppfattet å ha et urimelig innhold, men også å mangle den nødvendige lovhjemmel. Når først klagesaken var tatt opp til behandling, måtte imidlertid fylkesmannen kunne prøve alle sider av saken, derunder gyldigheten av forskrifter og andre vedtak av betydning for saken. Det forelå ikke hensyn i saken som tilsa at hensynet til det kommunale selvstyret skulle hindre fylkesmannen i å prøve vedtaket fullt ut.

Fylkesmannen opplyste deretter at han ikke hadde ytterligere merknader til saken.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«1. Innledning

Saken reiser to hovedspørsmål. Det første gjelder grensen for fylkesmannens prøvelsesrett og -plikt. Det andre er knyttet til størrelsen – eller den konkrete beregningen – av byggesaksgebyret.

2. Grensen for fylkesmannens prøvelsesrett

Fylkesmannen har med utgangspunkt i kommunens gebyrregulativ pkt. 2.6 lagt til grunn at adgangen til å påklage gebyrfastsettelser er begrenset. I regulativet pkt 2.6 heter det bl.a.:

> «Fastsetjing av gebyr i kvar einskild sak kan ikkje påklagast, då dette berre er oppfølgning av regulativet. Dette gjeld ikkje der det vert gjort skjønnsmessige avgjerder, til dømes etter pkt 2.5. Teknisk sjef si avgjerd av søknad om reduksjon i gebyr kan påklagast til Fylkesmannen for saker etter Plan- og bygningslova.»

Fylkesmannen har ikke merknader til «denne avgrensinga av klageretten», og peker særlig på at det ikke foreligger et enkeltvedtak i de tilfeller der gebyret følger direkte av regulativet.

Problemstillingen er blant annet berørt i en uttalelse Justisdepartementets lovavdeling ga til det daværende Kommunal- og arbeidsdepartementet 29. august 1989. En kopi av uttalelsen er vedlagt. Her er det lagt til grunn at dersom gebyrregulativet er utformet på en slik måte at et entydig bestemt beløp alltid skal betales, kan gebyrileggelsen ikke anses som et enkeltvedtak. Konsekvensen må være at gebyrileggelsen heller ikke kan påklages. Lovavdelingen var tilbøyelig til å anta at det samme gjelder dersom det finnes differensierte gebyrsatser, hvis det ikke er forbundet med rettslig eller faktisk tvil å fastslå hvilket gebyr som skal betales i den enkelte sak. Lovavdelingen var derimot i tvil om gebyrileggelse må anses som et enkeltvedtak dersom gebyret er avhengig av hvor mange kvadratmeter et omsøkt nybygg er på, og lanserte som en tommelfingerregel at man ikke står overfor et enkeltvedtak dersom gebyrspørsmålet i slike tilfeller i praksis kan overlates til kontorpersonale som ikke på forhånd har faglige forutsetninger for å behandle noen del av realiteten i saken.

Bildet er med andre ord noe nyansert. Som et generelt utgangspunkt synes det imidlertid å måtte aksepteres begrensninger i klageadgangen der gebyret ikke fastsettes konkret i den enkelte sak, men følger automatisk av faste satser. Saken her gir ikke tilstrekkelig grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet, idet fylkesmannen for så vidt tok saken til klagebehandling.

Med hensyn til den nærmere prøvelsesrett anførte fylkesmannen i brevet hit 6. januar 2006 at «klageinstansen sin prøvingsrett må avgrensast til det som er eit enkeltvedtak etter forvaltningslova». Jeg forstår dette slik at prøvelsesadgangen ble ansett begrenset til bare å gjelde spørsmålet om hvilket punkt i gebyrregulativet gebyret skulle fastsettes etter, samt spørsmålet om skjønnsmessig nedsettelse. I klagevedtaket het det bl.a.:

> «[K]lageretten er avgrensa til kommunen si skjønnsutøving knytt til kva punkt i gebyrregulativet som skal leggjast til grunn for utrekninga. – Fylkesmannen peikar ... på at det går fram at byggjesaksgebyret er fastsett etter pkt. 2.7.4.3 i gebyrregulativet som omhandlar tilbygg m.v. til eksisterande bygningar. Slik denne saka framstår, kan fylkesmannen ikkje sjå at det er grunnlag for å fastslå at regulativet er brukt feil. Vi viser her til systematikken og ordlyden i gebyrregulativet, der det er skilt mellom nybygg (pkt 2.7.4.2) og tilbygg, påbygg og endring av eksisterande bygningar (pkt. 2.7.4.3). Kommunen har ved si handsaming lagt til grunn at byggjesaka inneber at dei nye areala vert bygd saman med eksisterande bygg, at dette er ei utviding av kjøpesenteret og at det såleis ikkje er tale om eit ny-

> bygg som fell inn under gebyrregulativet pkt 2.7.4.2.»

Det er vanskelig å følge fylkesmannen i den avgrensingen i prøvelsesretten som her er foretatt. Etter mitt skjønn må man skille mellom «klageretten» som er en rettighet som er tillagt sakens parter, og «prøvelsesretten» som ikke er en rettighet i egentlig forstand, men en angivelse av hvor langt klageinstansen kan eller skal prøve saken når den først er påklaget. Klageinstansens prøvelsesrett- og plikt er regulert i forvaltningsloven § 34, og det fremgår av bestemmelsens annet ledd at klageinstansen kan prøve alle sider av saken. Det springende punkt er med andre ord hva som skal regnes som samme sak.

I tilfellet her må utgangspunktet være at fylkesmannen kan prøve alle sider av gebyrfastsettelsen (når klagevilkårene foreligger og fastsettelsen er påklaget). Fylkesmannen kan prøve den konkrete subsumsjonen, dvs. om gebyrregulativet er anvendelig og hvilket punkt som i så fall kommer til anvendelse, samt hva som eventuelt er «høveleg gebyr» etter regulativet pkt. 2.5. Gebyrsatsene som sådan er fastsatt gjennom kommunens regulativ, og tilhører i likhet med regulativet for øvrig ikke «saken». Som jeg skal redegjøre for nedenunder, må imidlertid hjemmelsparagrafen i plan- og bygningsloven forstås slik at retten til å kreve gebyr i den enkelte sak begrenses av et såkalt selvkostprinsipp. Etter forholdene kan det derfor være nødvendig også å prøve lovligheten av det gebyret som følger av regulativet, og eventuelt sette gebyret ned til «lovlig gebyr».

På bakgrunn av det ovennevnte må jeg legge til grunn at fylkesmannen har avgrenset prøvelsesretten i større grad enn det som følger av forvaltningsloven og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

Med hensyn til hvilke følger feilen har hatt, fremgår det av sitatet ovenfor at fylkesmannen har vurdert hvilket punkt i regulativet bygget skal henføres under og konkludert med at det må anses som tilbygg til eksisterende bygg. En slik avgjørelse er av utpreget faglig art, som jeg vanskelig kan overprøve. Det fremgår imidlertid ikke av fylkesmannens vedtak hvordan advokatens anførsler om hvorfor tiltaket må anses som et nybygg (jf. hans brev 19. februar 2003 til kommunen) er vurdert, noe jeg finner uheldig.

Et punkt som fylkesmannen imidlertid ikke har gått tilstrekkelig inn på, er klagerens henvisning til Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 1603 og anførselen om at gebyret strider mot selvkostprinsippet i pbl. § 109. Nedenfor vil jeg ta for meg dette punktet nærmere.

3. Gebyrfastsettelsen – selvkostprinsippet

3.1 Generelt

Kommunene har etter plan- og bygningsloven § 109 anledning til å gi regulativer for behandling av byggesøknader. Bestemmelsen er imidlertid ikke ment å gi kommunen full frihet til selv å velge gebyrnivået etter eget ønske. Det har vært en forutsetning at byggesaksgebyrene skal være begrenset til kommunens behandlingskostnader. I forarbeidene til endringslov 5. mai 1995 nr. 20 heter det i Ot.prp. nr. 39 (1993–1994) s. 26:

> «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 faktiske utførte arbeid i saksbehandlingen.»

Det heter deretter på side 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 f.eks. (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.»

Det må således legges et *selvkostprinsipp* til grunn for gebyrberegningen. Så vidt jeg forstår, er både kommunen og fylkesmannen innforstått med dette. Spørsmålet er hva dette prinsippet konkret innebærer. Fylkesmannen har lagt til grunn at kravet om selvkost er tilfredsstilt dersom bare kommunens inntekter ikke overstiger utgiftene for sektoren under ett. Det ble pekt på at «dekkingsgraden [i det aktuelle gebyrregulativet] i gjennomsnitt ... var vel 50 % av full kostnadsdekking». Jeg forstår dette slik at fylkesmannen anser selvkostprinsippet å være tilfredsstilt selv om det i denne saken ble beregnet et gebyr som oversteg selvkost.

Selvkostprinsippet har neppe noe klart utmeislet innhold, og det er for så vidt betegnende at prinsippet ikke kommer direkte til uttrykk i pbl. § 109. I forarbeidene til kommuneloven ble det vurdert å lovfeste selvkostprinsippet i generell form, men dette ble ikke funnet hensiktsmessig (NOU 1990:13 om forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner).

Imidlertid foreligger det nå flere rettskilder som presiserer innholdet i regelen. Viktigst er Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2004 s. 1603, som behandlet spørsmål om gebyr for avholdelse av en delingsforretning. Under dissens 3–2 antok Høyesterett at selvkostprinsippet i hvert fall som utgangspunkt må gjennomføres slik at byggesaksgebyret i den enkelte sak beregnes etter selvkost. Førstvoterende bemerket:

> «Lovgiverne mente altså ideelt sett at det enkelte

> gebyr skulle tilsvare utgiftene ved den respektive forretning. Av praktiske grunner og av hensyn til grunneieren ble det likevel innført et system hvor gebyret beregnes etter gjennomsnittsbetraktninger, for eksempel ulike arealklasser. Etter min mening er det da naturlig å forstå forarbeidene slik at fastsettelsen av gebyret for den enkelte arealklasse skal ta utgangspunkt i de gjennomsnittlige utgiftene ved deling av eiendommer av vedkommende størrelse for å komme så nær de faktiske utgifter for den enkelte arealklasse som mulig.»

Selv om uttalelsen altså er myntet på fastsettelse av gebyrer for delingsforretninger, er det vanskelig å se at synspunktene ikke har bærekraft for vår sak. Det er for så vidt betegnende at Høyesteretts flertall viste til forarbeidene til den ovennevnte endringen av pbl. § 109. Høyesterett viste dessuten til at det av forskrift 22. januar 1997 nr. 34 om saksbehandling og kontroll § 31 fulgte at gebyret skulle beregnes «ut fra prinsippet om selvkost «i forhold til arbeidsmengde, sakstype»» m.v. Denne bestemmelsen 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.»

SAK gir regler om behandling av den enkelte søknad. Så vel ordlyden, sammenhengen i regelverket og Høyesteretts avgjørelse synes da å tilsi at selvkostprinsippet også skal anvendes i den enkelte sak.

Med hensyn til hvordan dette nærmere skal skje, viser Høyesterett til Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-5/02, der det på s. 35 heter:

> «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 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. Alternativt kan gebyrregulativet angi tiltakenes forskjellige elementer – grunnarbeider, hovedbygg, tilbygg osv. 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.»

Høyesteretts flertall konkluderte med at fastsettelsen av behandlingsgebyret «skal ta utgangspunkt i de gjennomsnittlige utgiftene i vedkommende arealklasse, slik at man kommer så nær de faktiske utgifter for den enkelte arealklasse som mulig». Jeg antar at dette vil ha gyldighet også i nærværende sak.

I saken her ble gebyret fastsatt som en automatisk følge av det omsøkte arealet ved tiltaket. Jeg antar at det kan være en sammenheng mellom omsøkt bruksareal for et bygg og kompleksiteten – og dermed kostnadene – ved byggesaksbehandlingen. Noen automatikk er det imidlertid ikke. Så vel forarbeidene til endringsloven og Høyesteretts avgjørelse forutsetter at det er for enkelt å operere med en lineær sammenheng mellom omsøkt areal og sakens kompleksitet.

3.2. Selvkostprinsippet – fylkesmannens prøving av kommunens vedtak

I klagen hit er det prinsipalt gjort gjeldende at byggesaksgebyret er ilagt uten hjemmel, idet gebyret oversteg kommunens selvkost. I klagen til fylkesmannen anførte tiltakshaver at gebyret måtte nedsettes i medhold av gebyrregulativet pkt. 2.5, under henvisning til at § 109 ikke ga hjemmel for gebyret. Jeg forstår tiltakshaveren slik at disse anførslene er sammenfallende.

Gebyrregulativets pkt 2.5 første og andre punktum lød slik:

> «Dersom gebyret vert vurdert som openbart urimeleg i høve til det arbeid og dei kostnader kommunen har hatt med saka, eller vert vurdert som openbart urimeleg av andre grunner, kan teknisk sjef fastsette høveleg gebyr. Etter søknad om reduksjon av gebyr, kan teknisk sjef fastsette lågare gebyr dersom gebyret vert vurdert som openbart urimeleg.»

I fylkesmannens vedtak het det:

> «Som nemnt tidlegare, er gebyrregulativet vedteke av kommunestyret, som har vedteke at dei ulike gebyra relativt sett vert høgare for bygg som gjeld industri og næring enn til dømes bustadbygg. Dette er vurderingar som fell inn under kommunen sitt frie skjønn. Fylkesmannen peikar i denne samanhengen på fvl § 34, 2. ledd, siste punktum, som fastlegg at statlege kontrollorgan skal leggje vekt på omsynet til det kommunale sjølvstyret ved prøving av det frie skjønn. Når det vidare gjeld kommunen si vurdering av kravet om å setje ned gebyret etter pkt 2.5 i regulativet, er føresetnaden for dette at kommunen vurderer gebyret å vere openbert urimeleg.»

Fylkesmannen fant etter dette ikke grunnlag for å konkludere med at det byggesaksgebyret som var fastsatt, var åpenbart urimelig.

Jeg forstår fylkesmannens vedtak slik at bestemmelsen i fvl. § 34 annet ledd siste punktum er til hinder for full overprøving av kommunens vedtak. Fylkesmannen viste til at utforming av beregningsreglene for gebyret faller inn under kommunens frie skjønn. Fylkesmannen synes dessuten å være enig med teknisk sjef når det ble gitt uttrykt for tilbakeholdenhet med å definere gebyr som «openbart uri-

melige», hensett til at gebyrregulativet var politisk vedtatt.

Her kan jeg ikke følge fylkesmannen. Det må generelt pekes på at klageregler bør utformes på en slik måte at de bidrar til gjennomføring av den materielle rett. Jeg er enig med fylkesmannen i at et gebyrregulativ gitt i medhold av pbl. § 109 er å anse som en forskrift. Etter forvaltningsloven er det ikke klagerett på forskrifter. Dette innebærer at kontroll med om selvkostprinsippet følges, må skje i forbindelse med den enkelte sak.

Jeg forstår gebyrregulativet pkt 2.5 som en sikkerhetsventil for det tilfelle at en gebyrfastsettelse etter de sjablonmessige regler resulterer i et gebyr som (vesentlig) overstiger selvkost. Selvkostprinsippet innebærer at kommunen ikke har materiell adgang til å kreve byggesaksgebyr som overstiger selvkost. I prinsippet er en hvilken som helst overskridelse av selvkost utelukket. Siden så vel beregningen av selvkost i sin alminnelighet som kalkulasjonen i den enkelte sak kan by på betydelige problemer, er jeg enig med fylkesmannen i at kommunene må anses å ha et visst slingringsmonn ved fastsettelsen av gebyret.

Det er nok så at kommunen har frihet til å fastsette byggesaksgebyrene slik at bygg for næring og industri relativt sett belastes høyere enn boligbygg. Har kommunen valgt en slik løsning, vil fylkesmannen måtte respektere dette, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd siste punktum. Det sentrale for vår sak er imidlertid at dersom byggesaksgebyrene for noen gruppe tiltak overstiger selvkost, er det ikke lovlig adgang til å kreve disse. Dette er en grense som følger av loven § 109, og er med andre ord et spørsmål om rettsanvendelse. Kommunen har således ikke skjønnsfrihet til å fastsette et gebyr som overstiger selvkost i den enkelte sak. Siden begrensningen i klageinstansens prøvingsadgang i fvl. § 34 annet ledd siste punktum forutsetter at det aktuelle skjønnstemaet må forstås som et «fritt skjønn», var denne bestemmelsen uaktuell i vår sak. At kommunens klagenemnd støttet det gebyret teknisk sjef hadde fastsatt, er tilsvarende uten betydning.

Jeg finner støtte for mitt syn i Høyesteretts dom, der førstvoterende uttaler i avsnitt 31:

> «Slik jeg ser det, er ikke dette et område hvor hensynet til kommunens selvråderett og skjønnsutøvelse kan stå sentralt. Uten en klar hjemmel vil det harmonere dårlig med legalitetsprinsippet om kommunene kunne velge fritt – og helt uavhengig av utgiftene for den enkelte arealklasse – hvordan omkostningene med kart- og delingsforretninger skal fordeles mellom brukerne. Slik hjemmel foreligger ikke, verken i delingsloven eller i delingsforskriften, og har heller ikke støtte i forarbeidene.»

Fylkesmannen har avgrenset sin prøving av kommunens vedtak, og har ikke tatt stilling til om – og eventuelt med hvor stort beløp – byggesaksgebyret i denne konkrete saken oversteg selvkost. Som det fremgår av fremstillingen ovenfor, mener jeg fylkesmannen ikke hadde anledning til å begrense prøvingen på denne måten».

Jeg ba om at fylkesmannen behandlet saken på nytt, derunder spørsmålet om gebyret var fastsatt etter riktig punkt i gebyrregulativet.

77.

Gebyr for «gjenopptakelse» av «henlagt» byggesak

(Sak 2006/568)

Saken gjaldt ileggelse av gebyr for «gjenopptakelse» av «henlagt» byggesak. Ombudsmannen uttalte at «henleggelsen» og den senere gebyrileggelsen måtte sees under ett. Dette innebar at det forelå en skjønnsmessig avgjørelse, som kunne påklages etter gebyrregulativet. Kommunen ble derfor bedt om å igangsette prosessen med å få saken klagebehandlet.

A klaget til ombudsmannen over ileggelse av et gebyr på kr 5 510 for «gjenopptakelse» av «henlagt» byggesak før ferdigattest kunne gis. Han mente blant annet at kommunen ikke kan «henlegge» en byggesak og at dette uansett vil utgjøre et enkeltvedtak med økonomiske konsekvenser, som han burde blitt forhåndsvarslet om.

Oslo kommune ble i brev herfra i første omgang bedt om å utdype hjemmelsgrunnlaget for å «henlegge» saken. Av svaret fremgikk blant annet:

> «Ved «henleggelse» av byggesak fattes det ikke noe enkeltvedtak. Saken tas ut av ... aktive saker og arkiveres ... En slik arkivering i departementene betegnes «avskriving». Etaten kan se at begrepet «henleggelse» ... kanskje kan virke noe misvisende ... [men det er] nødvendig å kunne trekke saker som ikke lenger er aktive ut av saksarkivet for løpende saker.
> ---
> Det finnes ikke noen egen hjemmel i plan- og bygningsloven for henleggelse av ikke aktive byggesaker. ... Etaten er av den oppfatning at da tiltakshaver ikke har overholdt tidsfristene og ikke har fullført byggearbeidene, trengs det ikke noen ekstra hjemmel for å kunne henlegge byggesaken.»

Kommunen ble deretter spurt om det er klageadgang i saken. Det ble vist til at «henleggelsen» av byggesaken synes å være grunnlaget for gebyrileggelsen etter gebyrregulativet § 4–5. Videre ble det vist til at klageadgang ikke er avskåret etter § 1-8 for «skjønnsmessige avgjørelser». Det ble også stilt flere spørsmål i tilknytning til hvorvidt det foreligger et enkeltvedtak i saken, jf. forvaltningsloven 2. oktober 1967 (fvl.) § 2 første ledd bokstav b.

Av kommunens svar på dette fremgikk blant annet:

«Plan- og bygningsetaten har i gebyrregulativet lagt til grunn at den gebyrfastsettelsen som etaten foretar ikke kan påklages, da dette ikke er å betrakte som et enkeltvedtak i henhold til forvaltningsloven § 2. Det treffes ingen ny bestemmende avgjørelse når etaten beregner gebyr i den enkelte sak.

I § 1–7 er det et unntak fra reglen om at gebyrfastsettelsen skjer ved å lese det av fra en «prisliste». ... Den vurdering etaten foretar i denne forbindelse anser etaten som ... skjønnsmessig, og dette er bakgrunnen for innføringen av bestemmelsen i § 1–8 om klageadgang. Etter denne bestemmelse kan etatens vurdering og avgjørelse av kravet om reduksjon av gebyret påklages.
Verken når størrelsen av et gebyr fastslås ved å lese det av i «prislisten» eller når det konstateres om det er eller ikke er gebyrplikt, foretas det en skjønnsmessig avgjørelse. Det konstateres kun fakta.
Klageadgangen i § 1–8 er ved begrepet «gebyrfastsettelsen» knyttet til § 1–7 ... Det er imidlertid ikke åpnet adgang for å bestemme at det ikke er gebyrplikt, verken for enkeltsaker eller sakstyper, og i alle fall kan ikke dette gjelde når § 4–5 positivt pålegger gebyr for åpning av henlagte byggesaker.
Henleggelse av en sak skjer når den ikke lenger er aktiv. Når en sak ikke lenger er aktiv er enkelt å fastslå. Det har da ikke foregått noe med saken i løpet av lang tid. Det har da for eksempel ikke vært inn- eller utgående brev og lignende i saken og heller ikke andre henvendelser, for eksempel telefonkontakt, samt at andre forhold taler for at saken ikke lenger er aktuell, for eksempel at rammetillatelsen er gått ut. ...
Etter etatens oppfatning skjer det ikke noen vurdering når en sak henlegges. Det konstateres bare det faktum at den ikke lenger er aktiv og ikke har vært det på lang tid. Hvor lang tid det går før en sak makuleres kan variere, men det kan være tale om flere år. ... Etter etatens oppfatning forelå det her en ikke aktiv sak som etaten har et praktisk behov for ikke å ha liggende i sitt arkiv for aktive saker.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Slik denne saken nå ligger an, blir hovedspørsmålet hvorvidt A har klageadgang.

Det følger av Gebyrregulativ for plan- og bygningsetaten 2005:

«§ 4–5 Gjenopptagelse av henlagt byggesak
For gjenopptagelse av henlagte byggesaker skal det betales et tilleggsgebyr på:

For saker som gjelder oppføring av nybygg Kr. 5.510,00»

«§ 1–7 Urimelig gebyr
Hvis gebyret anses å bli åpenbart urimelig i forhold til det arbeid og de kostnader plan- og bygningsetaten har hatt med saken, eller anses åpenbart urimelig av andre grunner, kan plan- og bygningsetaten fastsette passende gebyr.

Etter søknad om reduksjon av gebyr, kan etaten fastsette lavere gebyr dersom gebyret anses åpenbart urimelig.»

«§ 1–8 Klageadgang
Gebyrfastsettelsen i den enkelte sak kan ikke påklages, da dette kun er oppfølging av regulativet. Dette gjelder ikke der det treffes skjønnsmessige avgjørelser.»

Oslo kommune omtaler «henleggelse» av byggesaker som en rent praktisk ordning, begrunnet i plan- og bygningsetatens behov. Hvordan etaten rent faktisk ordner arkivene sine, er ikke sentralt i saken. Det som er interessant er at «henleggelsen» har som rettsvirkning at det påløper et nytt gebyr for å få «gjenopptatt» og ferdigbehandlet saken. Gebyrregulativet § 4–5 oppstiller som vilkår for ileggelse av gebyr at saken er «henlagt». Etter mitt syn må derfor «henleggelsen» av byggesaken og den påfølgende gebyrileggelsen for «gjenopptakelse» sees under ett.

Kommunen mener gebyrileggelsen etter § 4–5 ikke innebærer en «ny bestemmende avgjørelse». Den har anført at «henleggelsen» er en slags automatisk handling/konsekvens/konstatering av fakta, uten skjønnsmessige vurderinger. Dette stemmer dårlig med de momentene kommunen har angitt at avgjør når en sak «henlegges». Det er opplyst at dette skjer når saken ikke lenger er «aktiv», noe som igjen presiseres til at det «ikke [har] foregått noe med saken» i løpet av «lang tid.» Som eksempel angis at det ikke har vært «inn- eller utgående brev og lignende i saken og heller ikke andre henvendelser, for eksempel telefonkontakt» samt at «andre forhold taler for at saken ikke lenger er aktuell, for eksempel at rammetillatelsen er gått ut.» Hvor lang tid det er tale om «kan variere». Etter kommunens oppfatning forelå det her en ikke-aktiv sak, som plan- og bygningsetaten «har et praktisk behov for ikke å ha liggende i sitt arkiv for aktive saker.»

Etter mitt syn er momentene kommunen angir klart skjønnsmessige. Noen i kommunen må gjøre en samlet, konkret og skjønnsmessig vurdering av disse for å kunne avgjøre om saken kan anses som tilstrekkelig inaktiv til å «henlegges». Ettersom «henlagt» oppstilles som vilkår i § 4–5, må dette få den konsekvens at gebyrileggelse etter denne bestemmelsen anses som en «skjønnsmessig avgjørelse». Slike avgjørelser er ikke avskåret fra klageadgang etter gebyrregulativet § 1–8 første ledd. Dersom det hadde vært meningen å begrense klageretten etter § 1–8 til kun å gjelde avgjørelser etter § 1–7, burde dette etter mitt syn fremkommet klarere, eksempelvis ved en henvisning fra § 1–8 til § 1–7.

Jeg legger etter dette til grunn at gebyrileggelsen kan påklages. I klageomgangen kan A fremsette sine anførsler, herunder at kommunen mangler hjemmel til å «henlegge» og at han i alle fall skulle blitt forhåndsvarslet om «henleggelsen» og de økonomiske konsekvensene denne ville innebære, slik at han

kunne unngått gebyrileggelsen. Klageinstansen må ta stilling til om reglene for enkeltvedtak får anvendelse i saken, om de i så tilfelle er overholdt og eventuelt konsekvensene av at de ikke er det. Ettersom en sak normalt ikke kan behandles av ombudsmannen før den er endelig avgjort i forvaltningen, finner jeg det derfor ikke riktig å ta stilling til disse spørsmålene nå. Jeg vil imidlertid peke på at Justisdepartementets lovavdeling har avgitt flere uttalelser som kan være relevante for disse vurderingene (herunder JDLOV–1988–3849 og JDLOV-1990–3039), samt at jeg også nylig har avgitt en uttalelse om tilgrensende problemstillinger (sak 2005/1486). [Publisert i årets melding som sak 76: Beregning av byggsaksgebyr.]

Konklusjon

A har klageadgang på gebyrileggelsen. Jeg ber Oslo kommune om å igangsette prosessen med å få saken klagebehandlet og ber om å bli underrettet om utfallet av klagebehandlingen.»

78.

Forholdet mellom kommunehelsetjenesteloven og annet regelverk i saker om støy

(Sak 2005/574)

Saken gjelder pålegg etter kommunehelsetjenesteloven om støyreduserende tiltak. Den har blant annet reist spørsmål om forholdet mellom kommunehelsetjenestelovens regler om miljørettet helsevern og annet regelverk, samt betydningen av at den støyende virksomheten var etablert før de som ble utsatt for støyplagene bosatte seg i området.

Ombudsmannen uttalte blant annet at det kan stilles strengere støykrav med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven enn det som følger av annet regelverk, men at slike krav må være konkret begrunnet i helsemessige hensyn som ikke ivaretas av andre regler. Det ble også uttalt at det ikke er avgjørende om den negative innvirkningen på helsen var påregnelig for de som utsettes for den, men at dette likevel bør tillegges en viss betydning ved vurderingen av pålegg med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven. Ombudsmannen fant ikke grunnlag for rettslig kritikk av det pålegget som var gitt.

Med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven § 4a-8 påla Bergen kommune A å gjennomføre støyreduserende tiltak ved syv eneboliger i nærheten av As bussgarasjeanlegg, slik at maksimal nattlig støy ikke oversteg 40 dbA. Alternativt kunne pålegget gjennomføres ved driftsomlegging som medførte samme støyreduksjon. Det fremgikk at bakgrunnen for vedtaket var klager fra naboer etter en utvidelse av garasjevirksomheten i forbindelse med nedleggelse av en annen av As garasjer.

Vedtaket ble påklaget av A.

I klagen ble det blant annet anført at det ikke var rettslig grunnlag for å kreve at maksimal nattlig støy ikke overstiger 40 dbA. Videre ble det anført at vedtaket var for generelt begrunnet og derfor ville kunne få omfattende negative presedensvirkninger for A. Det ble også anført at kommunen ikke hadde tatt hensyn til at de aktuelle boligene var etablert etter As virksomhet. I denne forbindelse ble det hevdet at det ved vurderingen av støyreduserende tiltak må legges til grunn at slike tiltak først og fremst er aktuelle i forhold til naboer som var etablert da den støyende virksomheten ble startet opp.

Fylkesmannen i Hordaland stadfestet kommunens vedtak.

Ved vurderingen av støygrensen på 40 dbA, la fylkesmannen til grunn at prinsippene i forskrift 25. april 2003 nr. 486 om miljørettet helsevern kun var en stadfesting av tidligere praksis og derfor kunne anvendes selv om forskriften trådte i kraft etter kommunens vedtak var truffet.

Fylkesmannen tok utgangspunkt i forskriftens § 3, som slår fast at der annet regelverk fastsetter helsebegrunnede krav eller normer, skal det tas utgangspunkt i disse ved vurderingen av hvorvidt forskriftens krav til helsemessig tilfredsstillende drift er oppfylt.

Fylkesmannen redegjorde deretter for forskjellige regler og retningslinjer vedrørende støykrav. I redegjørelsen het det blant annet:

> «Forskriftens § 3 gjelder forholdet til annet regelverk. Der annet regelverk fastsetter helsebegrunnede krav eller normer, skal det tas utgangspunkt i disse ved vurderingen av hvorvidt forskriftens krav til helsemessig tilfredsstillende drift er oppfylt. I kommentarene til denne bestemmelsen heter det blant annet at «Forskriften om miljørettet helsevern vil i utgangspunktet ikke fastsette strengere regler enn byggeforskriften», det vil si tekniske forskrifter til plan- og bygningsloven av 22.01.97 nr 33 (TEK). Her er minstekravet for innendørs maksimalt støynivå i oppholds- og soverom i bolig fra utendørs kilde om natta ved nybygging satt til 45 dBA.
>
> I forskriftens § 9 bokstav a framgår det at det «Ved etablering og bruk av støykilder skal (det) tilstrebes lavest mulig støynivå. Støy og vibrasjoner skal ikke medføre helsemessig ulempe eller overskride helsemessig forsvarlig nivå».
>
> Miljøverndepartementets «Forskrift om grenseverdier for lokal luftforurensning og støy» av 30.06.97 nr 490 (grenseverdiforskriften) gjelder for all etablert virksomhet. Forskriftens formål er å fremme helse og trivsel ved å sette minstekrav til luftkvalitet og støynivå.
>
> Forskriften er hjemlet i forurensningsloven, og er juridisk bindende. Den setter minstekrav i forhold til eksisterende virksomhet. Ulike støygrenser utløser ulike plikter, som utrednings- og kartleggingsplikt, tiltaksplikt og kostnadsdekning.
>
> Grenseverdiene er satt høyt, og ivaretar ikke alle hensyn til helse og trivsel. Dette gjelder særlig med hensyn til maksimalt støynivå på natt og hensynet til uforstyrret søvn, jf Sosial- og helse-

direktoratets «Veileder i miljørettet helsevern», kapittel 11.3.1 side 94. Vi legger derfor til grunn at grenseverdiene i denne forskriften er av liten betydning i vår sak.»

I tillegg ble det redegjort for retningslinjer som følger av rundskriv samt anbefalinger fra verdens helseorganisasjon (WHO), som alle hadde fastsatt maks nivå på 45dbA eller høyere.

Fylkesmannen la etter dette til grunn at det ikke var definert noen juridisk bindende grense som ville utløse en handlingsplikt for A, og at avgjørelsen etter kommunehelsetjenesteloven § 4a-8 derfor måtte bygge på et bredt skjønn, der de helsemessige sidene inngår som ett av flere relevante momenter.

Videre fremgikk det at fylkeslegen hadde uttalt seg i saken og vurdert det slik at maksimalt støynivå i soverom i parkeringsanleggets nærliggende boliger ikke skal overstige 40 dbA i tidsrommet 22.00 – 06.00. I denne forbindelse het det i fylkesmannens vedtak:

«Fylkesmannen vil bemerke at kommunehelsetjenesteloven bare skal fungere som et sikkerhetsnett i tilfeller der helseaspektet ikke er tilstrekkelig ivaretatt i andre regelverk. Videre opererer retningslinjene ved nyetableringer og nybygg av bolig med en høyere maksimalgrense enn hva fylkeslegen her har fastsatt for eksisterende virksomhet. ... På denne bakgrunnen mener fylkesmannen at fylkeslegens vurdering i dette tilfellet må anses som streng. Selv om helsemyndighetenes medisinskfaglige vurderinger i slike saker som regel veier tungt, vil de imidlertid ikke alltid tillegges avgjørende vekt i fylkesmannens vedtak.»

Det fremgikk av den videre drøftelsen at grensen på 40 dbA ble lagt til grunn.

For tre av de aktuelle boligene ble det lagt til grunn at As anlegg ikke utgjorde hovedstøykilden, mens det for to av de øvrige boligene ikke var påvist tilstrekkelig høye støyverdier. For de resterende to boligene, ble kommunens vedtak om støyreduserende tiltak stadfestet.

A brakte deretter saken inn for ombudsmannen.

A anførte blant annet at støygrensen på 40 dbA var for streng og at fylkesmannen ikke hadde tatt hensyn til om de eiendommene som krevde støytiltak var etablert før eller etter As garasje. Det ble hevdet at utvidelsen av garasjevirksomheten, som fant sted i 1998, ikke innebar at virksomheten fikk større omfang enn hva som kunne forventes. I denne forbindelse ble det blant annet hevdet at det har vært en utvikling der støyplagene fra virksomheten har avtatt, blant annet på grunn av utvikling av mer støysvake motorer og at bruk av motorvarmere har redusert behovet for tomgangskjøring.

Det ble anført at de som velger å flytte i nærheten av en bussgarasje må tåle betydelig mer støy og andre ulemper enn de som var etablert før garasjen kom. I denne forbindelse ble det vist til naboretten og en dom inntatt i RG 1990 side 872.

Det ble også vist til at vedtaket ville kunne ha uheldige presedensvirkninger for A.

Fylkesmannen ble i brev herfra bedt om å redegjøre nærmere for enkelte sider av vedtaket:

«1. Fylkesmannen har i sitt vedtak bl.a. vist til Forskrift om grenseverdier for lokal luftforurensning og støy av 30. juni 1997 nr 490, men lagt til grunn at «grenseverdiene i denne forskriften er av liten betydning i vår sak».

Fylkesmannen bes utdype sitatet ovenfor, særlig sett hen til at fylkesmannen i vedtaket uttaler at «kommunehelsetjenesteloven bare skal fungere som et sikkerhetsnett i tilfeller der helseaspektet ikke er tilstrekkelig ivaretatt i andre regelverk».

Fylkesmannen bes i denne forbindelse om å redegjøre for sitt syn på i hvilken grad prinsippet i Forskrift 25. april 2003 nr. 486 om miljørettet helsevern § 3 annen setning har betydning i denne saken.

2. På side 5 i sitt vedtak har fylkesmannen satt opp en tabell som gir oversikt over forskjellige veiledende retningslinjer for maksimalt støynivå, hentet fra ulike rettskilder/andre kilder. Slik ombudsmannen forstår tabellen angir ingen av anbefalingene en lavere grense for maksimalt innendørs støynivå enn 45 dbA.

Videre fremgår av fylkesmannens vedtak at maksimalt støynivå på soverom om natten etter fylkeslegens vurdering ikke skal overstige 40 dbA. Om dette uttales det i fylkesmannens vedtak at «fylkesmannen [mener] at fylkeslegens vurdering i dette tilfellet må anses som streng. Selv om helsemyndighetenes medisinskfaglige vurdering i slike saker som regel veier tungt, vil de imidlertid ikke alltid tillegges avgjørende vekt i fylkesmannens vedtak».

Slik ombudsmannen forstår fylkesmannens vedtak, er det lagt til grunn at maksimalt innendørs støynivå ikke skal overstige 40 dbA. På bakgrunn av ovenstående bes fylkesmannen gi en nærmere begrunnelse for hvorfor denne grensen er valgt.

---

4. I fylkesmannens vedtak heter det at «Fylkesmannen finner det videre unødvendig å vurdere etableringstidspunktet for de to boligene som har krav på retting». Fylkesmannen bes utdype dette nærmere.»

I svarbrevet hit hadde fylkesmannen blant annet følgende kommentarer:

«1. Spørsmålet om hvilken betydning fylkesmannen har tillagt grenseverdiforskriften og i hvilken grad prinsippet i forskrift om miljørettet helsevern § 3 har betydning i saken.

Grenseverdiforskriften § 3 nr 2 bokstav b) setter en grense på 42 dBA døgnekvivalent innendørs støy. Overskridelse av denne medfører tiltaksplikt etter forskriften § 8 første ledd.

Når vi har lagt liten vekt på forskriften, skyldes det at den etter Sosial- og helsedirektoratets oppfatning i mindre grad ivaretar hensynet til helse og trivsel, særlig når det gjelder maksimalt støynivå på natt, jf pkt 11.3.1 side 94 i «Veileder i miljørettet helsevern», utgitt av direktoratet.

Videre framgår det av kommentarene til grenseverdiforskriften § 1 at det for eksisterende

virksomhet der annet regelverk kommer til anvendelse skal legges til grunn strengere miljønormer. Som eksempel på slike strengere normer er nevnt retningslinjer og forskrifter etter plan- og bygningsloven (pbl).

Forskrift av 25.04.03 nr 486 om miljørettet helsevern er hjemlet i kommunehelsetjenesteloven (khl). Etter § 3 i forskriften skal det, der annet regelverk fastsetter helsebegrunnede krav eller normer, tas utgangspunkt i disse ved vurderingen av hvorvidt forskriftens krav til helsemessig tilfredsstillende drift etter kapittel 3 er oppfylt.

Fylkesmannen har oppfattet det slik at denne bestemmelsen viser til et bredt spekter av regler og normer, herunder grenseverdiforskriften og andre retningslinjer etter forurensningsloven, forskrifter til plan- og bygningsloven og internasjonale anbefalinger gitt av anerkjente fagorganer.

Vi har tolket kommunehelsetjenestelovens regler om miljørettet helsevern slik at det i gitte tilfeller kan settes strengere krav til støygrenser enn det som framgår av andre regler og retningslinjer, dersom hensynet til folkehelse og trivsel og gode sosiale og miljømessige forhold tilsier dette, jf khl § 1–2. I denne vurderingen antar vi at fylkeslegens medisinskfaglige uttalelse må veie svært tungt.

2. Spørsmålet om hvorfor fylkesmannen har lagt til grunn at maksimalt innendørs støynivå ikke skal overstige 40 dBA.

Fylkesmannen har valgt å legge avgjørende vekt på fylkeslegens medisinskfaglige skjønn i denne saken. Fylkeslegen mener at denne grensen er rimelig, særlig sett i forhold til at Oslo kommune, som har mye erfaring i slike saker, har lagt seg på en langt strengere praksis.

---

4. Om betydningen av etableringstidspunktet for boligene som har krav på retting.

Når fylkesmannen i dette tilfellet likevel har kommet til at maksimalgrensen må settes til 40 dBA, trass i at bussanlegget var etablert før boligene, skyldes det en konkret og samlet vurdering av forholdene i saken, herunder en vurdering av antatte kostnader til avbøtende tiltak sett i forhold til den potensielle helsegevinsten. Vi har lagt avgjørende vekt på uttalelsene av 30.06.03 og 09.02.04 fra fylkeslegen, der vi har sluttet oss både til uttalelsenes begrunnelse og resultat. Videre har vi lagt vekt på den vesentlige økningen i bruksintensiteten av anlegget som forekom på et senere tidspunkt enn etableringen av boligene. Antallet busser tilknyttet anlegget økte med ca 50% i 1998 ... . Vi har da sett det slik at grensen for det helsemessig forsvarlige kunne settes uavhengig av etableringstidspunktet for boligene.»

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen blant annet:

«1. Forholdet mellom kommunehelsetjenesteloven og annet regelverk

Som fylkesmannen påpeker, skal kommunehelsetjenesteloven fungere som et sikkerhetsnett i tilfeller der helseaspektet ikke er tilstrekkelig ivaretatt av annet regelverk. Prinsippet er nedfelt i forskrift om miljørettet helsevern § 3 som bestemmer at «Der annet regelverk fastsetter helsebegrunnede krav eller normer, skal det tas utgangspunkt i disse ved vurderingen av hvorvidt forskriftens krav til helsemessig tilfredsstillende drift, jf. kapittel 3, er oppfylt».

Støy er regulert av forurensingsloven med tilhørende forskrifter, herunder grenseverdiforskriften. Spørsmålet i denne saken er om helseaspektet er tilstrekkelig ivaretatt av dette regelverket, slik at det ikke kan stilles strengere krav med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven enn hva som følger av grenseverdiforskriften.

På bakgrunn av kommentarene til grenseverdiforskriften § 1 og uttalelsene i Sosial- og helsedirektoratets «Veileder i miljørettet helsevern» er jeg enig i at forurensingslovgivningen ikke utelukker at det stilles strengere krav med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven. Etter min mening vil likevel ikke forurensingslovgivningen være uten betydning. Den vil danne et naturlig utgangspunkt for de krav som stilles, slik at strengere krav må være konkret begrunnet i helsemessige hensyn som ikke ivaretas av dette regelverket.

Jeg mener dessuten at støykravene som følger av forskrift 22. januar 1997 nr. 33 om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK) bør ha betydning ved anvendelsen av kommunehelsetjenestelovens regler om miljørettet helsevern. Det normale bør være at dersom et bygg tilfredsstiller støykravene i TEK, er de helsemessige aspektene tilstrekkelig ivaretatt, slik at det bare i særlige tilfeller kan være aktuelt å pålegge retting med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven.

2. Valget av støygrense på 40 dbA

Fylkesmannen opplyste i svarbrevet hit at det ble lagt avgjørende vekt på fylkeslegens medisinskfaglige skjønn i saken.

Som nevnt ovenfor, må krav som er strengere enn det som følger av grenseverdiforskriften være konkret begrunnet i helsemessige hensyn som ikke ivaretas av forurensingslovgivningen.

Det fremgår av fylkeslegens uttalelse 30. juni 2003 at støygrensen på 40 dbA er anbefalt på grunnlag av en vurdering av de konkrete støyforholdene ved garasjeanlegget.

Så lenge fylkeslegens anbefaling er begrunnet i de konkrete forholdene i saken, finner jeg det vanskelig å overprøve den nærmere medisinskfaglige vurderingen av hvilken støygrense som bør legges til grunn.

---

4. Betydningen av etableringstidspunktet for de aktuelle boligene

Ifølge klagen hit 1. april 2005 ble garasjeanlegget etablert omkring 1920. Av kommunens vedtak fremgår det at de to aktuelle boligene ble bygget i 1925 og 1965.

I svarbrevet hit 4. oktober 2005 forklarte fylkesmannen at det ble lagt avgjørende vekt på uttalelsene til fylkeslegen. Fylkesmannen hadde etter en konkret og samlet vurdering, herunder en vurdering av antatte kostnader ved avbøtende tiltak sett i forhold til den potensielle helsegevinsten, kommet til at grensen måtte settes til 40 dbA, selv om garasjen var etablert før boligene. Fylkesmannen hadde også lagt vekt på at det i 1998 skjedde en vesentlig økning av bruksintensiteten av anlegget da antall tilknyttede busser økte med ca. 50 %.

I klagen hit anførte A at det naborettslige prinsippet om at man må tåle påregnelige ulemper må gjelde også i denne saken. Jeg er ikke enig i dette. Prinsippene fra naboretten kan i hvert fall ikke uten videre gjelde ved anvendelse av kommunehelsetjenesteloven. Nabolovgivningen regulerer det private rettsforholdet mellom naboer, mens kommunehelsetjenestelovens bestemmelser om miljørettet helsevern er av offentligrettslig art og har til formål å sikre befolkningens helse. Utgangspunktet for vurderingen etter kommunehelsetjenesteloven vil derfor være hvorvidt den aktuelle virksomheten på vurderingstidspunktet kan ha negativ innvirkning på helsen. Ettersom bestemmelsenes formål er å sikre befolkningens helse, kan det ikke være avgjørende om den negative innvirkningen var påregnelig for de som utsettes for den.

Jeg mener likevel at etableringstidspunktet og hva som måtte anses påregnelig bør tillegges en viss betydning ved vurderingen. Et pålegg etter bestemmelsene om miljørettet helsevern vil i et tilfelle som dette innebære en plassering av kostnader mellom private parter. Selv om bestemmelsene har til formål å ivareta den offentlige interesse i å sikre befolkningens helse, tilsier både alminnelige rimelighetsbetraktninger og hensynet til forutberegnelighet for den aktuelle virksomheten at det bør legges en viss vekt på om de som opplever ulempene bevisst har utsatt seg for disse. Etter min mening bør dette særlig ha betydning ved vurderingen av om et eventuelt pålegg står i rimelig forhold til den helsegevinst som kan oppnås. Dersom de helsemessige ulempene skyldes at de som utsettes for dem bevisst har etablert seg i nærheten av virksomheten, vil et inngripende pålegg overfor virksomheten lettere fremstå som urimelig eller uforholdsmessig.

I denne saken har fylkesmannen lagt vekt på at bruken av garasjeanlegget økte betydelig i 1998. A har anført at utvidelsen i 1998 ikke innebar at virksomheten fikk større omfang enn hva som kunne forventes og dessuten at støyplagene fra virksomheten av tekniske årsaker har avtatt.

Jeg har ikke de nødvendige forutsetninger for å ta stilling til hvorvidt utvidelsen i 1998 medførte en økning av støyplagene. I den grad en slik økning faktisk har funnet sted, vil det imidlertid være mindre grunn til å legge vekt på at boligene ble etablert etter garasjeanlegget.

Jeg nevner dessuten at synet på hva som er akseptabel støy kan endre seg over tid. En slik endring vil kunne danne grunnlag for inngrep etter kommunehelsetjenesteloven.

5. Avslutning

Fylkesmannen har ved fastleggelse av støygrensen lagt avgjørende vekt på fylkeslegens medisinskfaglige skjønn. Så lenge fylkeslegens anbefaling er begrunnet i en vurdering av de konkrete støyforholdene i saken, kan det etter min mening vanskelig rettes innvendinger mot at fylkesmannen legger denne til grunn for sitt vedtak.

Fylkesmannen har videre lagt til grunn at utvidelsen i 1998 medførte en økning av støyplagene. Som nevnt har jeg ikke grunnlag for å overprøve denne forutsetningen. Fylkesmannen har også foretatt en vurdering av hvilke tiltak som konkret kan gjennomføres for å oppnå den pålagte støyreduksjonen, og i denne forbindelse vurdert hvorvidt kostnadene ved tiltakene står i et rimelig forhold til den potensielle helsegevinsten. Heller ikke på dette punktet finner jeg grunnlag for å rette innvendinger mot vedtaket.

På bakgrunn av ovenstående er jeg kommet til at det ikke er grunnlag for å rette rettslig kritikk mot fylkesmannens vedtak.»

Landbruk, boplikt

79.

Begrunnelsesplikt i sak om fradeling av landbrukseiendom

(Sak 2005/1444 og 2006/1214)

Saken gjaldt søknad om fradeling av landbrukseiendom etter jordloven § 12 annet ledd. Fylkeslandbruksstyret i Sør-Trøndelag avslo søknaden, på tross av at Fylkesmannen i Sør-Trøndelag som klageforberedende organ hadde utarbeidet en begrunnet innstilling hvor det ble anbefalt å gi samtykke til fradeling.

Ombudsmannen uttalte at vedtakets begrunnelse etterlot begrunnet tvil om hvordan de relevante momentene var vurdert i saken. Ombudsmannen viste til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1981 s. 745 (Isene) om at en mangelfull begrunnelse kunne indikere en svikt ved selve avgjørelsen. Fylkeslandbruksstyret foretok deretter en ny vurdering av saken, og fastholdt sitt tidligere vedtak med seks mot én stemme.

Fylkeslandbruksstyret fastholdt sitt vedtak og ga en utvidende begrunnelse for sitt avslag på fradelingssøknaden. Den fornyede begrunnelsen ble påklaget av klagers advokat som mente at vedtaket var i strid med jordloven § 12 annet ledd og alminnelige

forvaltningsrettslige prinsipper. Det ble ikke funnet grunn til å iverksette ytterligere undersøkelser i saken.

A søkte i mars 2004 Oppdal kommune om fradeling av ca. 2 dekar fra landbrukseiendommen gnr ... bnr ... i Oppdal kommune, som tomt til eksisterende seterbebyggelse. Begrunnelsen for søknaden var at han ønsket å selge setra til en kjøper som bedre kunne ivareta og vedlikeholde bygningene. Setra var tenkt benyttet som fritidsbolig.

Søknaden ble behandlet av Utvalg for plan, miljø og kultur (PMK) som avslo søknaden. Avslaget ble påklaget, og i møte 20. september 2004 innvilget PMK søknaden med 5 mot 2 stemmer.

Fylkesmannen i Sør-Trøndelag mottok i september 2004 en felles «Anmodning om omgjøring av vedtak etter forvaltningsloven § 35» fra Oppdal Bonde- og småbrukerlag og Sør-Trøndelag Bonde- og småbrukerlag vedrørende PMKs vedtak i fradelingssaken. Fylkesmannen oversendte henvendelsen til Oppdal kommune til forberedende behandling, og i møte 15. november 2004 fastholdt PMK sitt vedtak 20. september 2004.

Klagen etter jordloven ble behandlet av Fylkeslandbruksstyret i Sør-Trøndelag i møte 10. juni 2005. Under saksforberedelsen ble det avholdt et møte mellom representanter fra Bonde- og småbrukerlaget og saksbehandler hos fylkesmannen. I dette møtet påpekte Bonde- og småbrukerlaget at fradeling av eiendommen ville skape en uheldig presedens for lignende saker, og at setereiendommene er en ressurs som bør forbeholdes landbruket. Det ble videre pekt på de konsekvenser en fradeling av setra til fritidsformål ville ha både for kulturlandskapet og konfliktene mellom jordbruksinteressene og fritidsinteressene.

I sin innstilling til fylkeslandbruksstyret gikk fylkesmannen inn for at klagen fra Bonde- og småbrukerlaget ikke ble tatt til følge. Under fylkeslandbruksstyrets møte ble det imidlertid fremsatt et forslag om å ta klagen til følge. Dette forslaget fikk flertallets tilslutning, og det ble truffet et vedtak med følgende ordlyd:

> «Klagen fra Oppdal Bonde- og småbrukarlag tas til følge. Fradelinga er ikke forsvarlig ut fra hensynet til avkastninga av eiendommen, jf. jordloven § 12 annet ledd. Hvis delingssamtykke gis i denne saka, er det fare for at dette vil skape presedens og at ingen setre i Oppdal vil vurderes å være driftsøkonomisk forsvarlig å beholde som en del av driftsapparatet.
>
> Dette innebærer at det ikke er gitt samtykke til fradeling av seterbebyggelsen på X, i Oppdal kommune.»

A klaget til ombudsmannen og anførte bl.a. at fylkeslandbruksstyrets vedtak fremsto som vilkårlig og i strid med gjeldende forståelse av jordloven. Han anførte videre at vedtaket ikke var tilfredsstillende begrunnet.

Det ble besluttet å undersøke anførselen om manglende begrunnelse nærmere med fylkeslandbruksstyret, som for det første ble bedt om å gi utfyllende merknader til hvordan fylkeslandbruksstyrets vurdering av saken forholdt seg til fylkesmannens innstilling. For det andre ble fylkeslandbruksstyret bedt om å ta stilling til om begrunnelsen fylkeslandbruksstyret ga for sitt vedtak 10. juni 2005, tilfredsstilte kravene i forvaltningsloven § 25.

Fylkeslandbruksstyret behandlet foreleggelsen herfra i møte 9. desember 2005. Fylkesmannen la saken frem for styret uten innstilling. Fylkesmannen redegjorde imidlertid i sine merknader til fylkeslandbruksstyret for plikten til begrunnelse etter forvaltningsloven og de krav til begrunnelse som er presisert i rettspraksis og uttalelser fra ombudsmannen. Fylkesmannen ga videre uttrykk for at fylkeslandbruksstyrets begrunnelse for avslaget ikke tilfredsstilte de krav forvaltningsloven oppstiller. Fylkesmannen viste særlig til kravet til konkret og individuell vurdering. Etter at saken ble drøftet av fylkeslandbruksstyret, ble følgende protokollert i møteboken:

> «Saken ble drøftet i styret uten at det ble tatt stilling til de spørsmål som Sivilombudsmannen har reist. Det ble imidlertid gitt uttrykk for at fylkeslandbruksstyrets begrunnelse for standpunktet i denne saken skyldes den langsiktige tankegang som jordlovens delingsforbud er forutsatt praktisert med utgangspunkt i. I tillegg viser styret til at setereiendommer vil kunne utgjøre en viktig ressurs for det enkelte bruk i forbindelse med utvikling av utmarksnæring.»

Ved avslutning av saken uttalte ombudsmannen:

«Klagen hit gjelder fylkeslandbruksstyrets vedtak 10. juni 2005 hvor fylkeslandbruksstyret tok til følge klage fra Bonde- og småbrukerlaget og nektet å samtykke til fradeling av seter fra gnr ... bnr ... i Oppdal kommune.

Det følger av jordloven 12. mai 1995 § 12 første ledd at en eiendom som «er nytta eller kan nyttast til jordbruk eller skogbruk», ikke kan deles uten samtykke fra departementet. Vilkårene for å kunne gi slikt samtykke fremgår av § 12 annet ledd som lyder:

> «Departementet kan gi samtykke dersom samfunnsinteresser av stor vekt taler for det, eller deling er forsvarleg ut frå omsynet til den avkastning eigedomen kan gi. Ved avgjerd skal det mellom anna takast omsyn til om deling kan føre til drifts- og miljømessige ulemper for landbruket i området. Det skal og takast omsyn til godkjende planer som ligg føre for arealbruken etter plan- og bygningslova og omsynet til kulturlandskapet.»

Dersom et av de to vilkårene for fradeling av jordbrukseiendom i § 12 annet ledd, første punktum, er oppfylt, gir bestemmelsen jordbruksmyndighetene, herunder fylkeslandbruksstyret, en adgang til å sam-

tykke til fradeling av jordbrukseiendom. I annet og tredje punktum er det regnet opp noen forhold som det blant annet skal tas hensyn til. Spørsmålet om og i hvilken grad samtykke skal gis, beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering basert på forholdene i den konkrete sak. Jordbruksmyndighetene må foreta en avveining mellom relevante hensyn som taler for og mot fradeling, og denne avveiningen må være forankret i objektive forhold ved eiendommen og dens omgivelser. Denne vurderingen vil være av utpreget jordbruksfaglig art. Så lenge jordbruksmyndighetene har vurdert de saklige hensynene som gjør seg gjeldende i den konkrete saken, vil det ved spørsmålet om og i hvilken grad det skal samtykkes til fradeling, måtte være et visst spillerom i forhold til den vekt de ulike momentene skal tillegges i vurderingen.

Fylkeslandbruksstyrets avgjørelse av om fradelingstillatelse skal gis, er et enkeltvedtak som etter forvaltningsloven § 24 skal begrunnes. Denne begrunnelsesplikten skal blant annet sikre at berørte parter i saken får nødvendig og tilstrekkelig informasjon til å forstå forvaltningens avgjørelse og hvorfor forvaltningen eventuelt ikke etterkommer partens ønske eller krav. Dette er viktig av hensyn til parten selv, men er også ansett nødvendig for å ivareta forvaltningens legitimitet og publikums tillit til forvaltningen. I denne saken er et sentralt spørsmål om fylkeslandbruksstyret har gitt en tilfredsstillende begrunnelse for avslaget på fradelingssøknaden.

I forvaltningsloven § 25 er det gitt nærmere regler om begrunnelsens innhold. Begrunnelsen skal angi de regler og faktiske forhold som vedtaket bygger på, samt de hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøvingen av forvaltningens skjønn.

En dekkende begrunnelse vil være særs viktig ved håndheving av så vidt utpregede skjønnsbestemmelser som etter jordloven § 12 annet ledd. Ettersom vurderingen er av jordbruksfaglig art, vil en redegjørelse for hvordan de relevante momentene i saken er vurdert, være en nødvendig forutsetning for at domstolene i en eventuell rettssak, og også ombudsmannen, skal kunne prøve om skjønnet er holdt innenfor de rettslige rammene.

Som klageforberedende organ utarbeidet fylkesmannen i denne saken en begrunnet innstilling hvor det ble anbefalt å gi samtykke til fradeling. I denne innstillingen inntok fylkesmannen det standpunkt at et positivt vedtak i denne saken ikke ville åpne for fradeling av enhver eiendom i området. Det ble i denne sammenheng vist til at enhver fradelingssøknad må undergis en konkret vurdering, og at det ville være innbyrdes variasjoner i forhold til eiendommenes driftsopplegg og avkastningsevne.

Fylkeslandbruksstyret avslo klagers fradelingssøknad med denne begrunnelsen:

> «Fradelinga er ikke forsvarlig ut fra hensynet til avkastninga av eiendommen, jf. jordloven § 12 annet ledd. Hvis delingssamtykke gis i denne saka, er det fare for at dette vil skape presedens og at ingen setre i Oppdal vil vurderes å være driftsøkonomisk forsvarlig å beholde som en del av driftsapparatet.»

Beslutningskompetansen etter jordloven § 12 annet ledd er tillagt fylkeslandbruksstyret, og fylkeslandbruksstyret har dermed anledning til å vurdere søknaden annerledes enn fylkesmannen. Etter min mening må imidlertid fylkeslandbruksstyret i slike tilfeller redegjøre for hvorfor søknaden er vurdert annerledes enn av fylkesmannen.

I denne saken er det ikke umiddelbart innlysende at en innvilgelse av As fradelingssøknad vil få betydning for senere fradelingssøknader, slik fylkeslandbruksstyret har lagt til grunn. Det er videre vanskelig for meg å se at de generelle jordbruksfaglige hensynene fylkeslandbruksstyret har vist til da saken ble drøftet i møtet 9. desember 2005, kan tillegges avgjørende betydning i denne saken. Jeg kan derfor ikke se at fylkeslandbruksstyret har gitt en fullgod begrunnelse for hvorfor fradeling av eiendommen ikke vil være forsvarlig av hensyn til eiendommens avkastningsevne.

Som Høyesterett har påpekt i Isene-dommen, Rt. 1981 s. 745, vil en mangelfull begrunnelse kunne indikere en svikt ved selve avgjørelsen. Begrunnelsen som er gitt for fylkeslandbruksstyrets avslag på fradelingssøknaden, etterlater etter min mening begrunnet tvil om hvordan de relevante momentene er vurdert i denne saken. Jeg ber derfor fylkeslandbruksstyret om å vurdere saken på ny i lys av mine merknader. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede behandlingen.»

Fylkeslandbruksstyret foretok en ny vurdering av saken, og fastholdt sitt tidligere vedtak med seks mot én stemme. A klaget deretter til ombudsmannen på fylkeslandbruksstyrets nye vedtak.

I den nye klagen ble det anført at heller ikke fylkeslandbruksstyrets nye begrunnelse var tilfredsstillende, og at avslaget var i strid med jordloven § 12 annet ledd. Det ble videre anført at fylkeslandbruksstyret ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til det kommunale selvstyret, og at avslaget på fradelingssøknaden brøt med den faste fradelingspraksisen i området.

Den nye klagen til ombudsmannen ga ikke grunn til å iverksette ytterligere undersøkelser i saken herfra.

80.

Klagerett på avgjørelse fattet av Statskog etter seterforskriften

(Sak 2005/922)

A fikk tillatelse av X skogforvaltning til å sette opp et seterhus i statsallmenning. Fristen for å ta seteren i bruk ble forlenget flere ganger. Under henvisning til at seteren fortsatt ikke var tatt i bruk, besluttet Stats-

kog med hjemmel i seterforskriften § 3 tredje ledd at seteren burde overføres til en annen jordbruker, ellers måtte seterhuset rives. As klage ble avvist av Statens Landbruksforvaltning (SLF) med den begrunnelse at det ikke forelå klagerett.

Ombudsmannen kom til at Statskogs avgjørelse var et enkeltvedtak som kunne påklages, jf. fjelloven § 10 og forvaltningsloven § 28 første ledd. Det ble blant annet lagt vekt på at avgjørelse om å få utvist seter etter fjelloven § 18 annet ledd er et enkeltvedtak, og at Statskogs pålegg om riving innebar inngrep i en etablert rett. SLF ble bedt om å realitetsbehandle klagen fra A.

Ombudsmannen skrev deretter til Miljøverndepartementet og gjorde oppmerksom på at ordlyden i seterforskriften § 3 var vanskelig å forene med de aktuelle bestemmelsene i fjelloven og forvaltningsloven.

A eide en gård i Y kommune. Til gården var det knyttet en seter som lå i statsallmenning. A fikk i 1981 tillatelse av X skogforvaltning til å oppføre et nytt hus på seteren. Det ble stilt krav om at seterhuset ble benyttet til tradisjonell seterdrift. Det ble satt frist for å ta seteren i bruk til 1. juli 1984, men fristen ble senere forlenget flere ganger. Fjellstyret ga i 1994 en «endelig» frist til 1. oktober 1995. Ved seterregistreringen i 2000 ble det på nytt konstatert at seteren ikke var tatt i bruk. I fjellstyrets «vedtak» ble Statskog anbefalt å kreve seterbygningen fjernet, dersom det ikke meldte seg andre interesserte gårdbrukere som trengte seter. Statskog besluttet i 2004 med hjemmel i seterforskriften § 3 tredje ledd at dersom det ikke ble oppnådd enighet om overføring av seteren til en annen gårdbruker, måtte A rive seterhusene.

Statskog opplyste i første omgang at avgjørelsen kunne påklages til Statens Landbruksforvaltning, men dette ble trukket tilbake av Statsskog. Det ble vist til at seterforskriften § 25 ikke ga klageadgang. Statens Landbruksforvaltning (SLF) sa seg enige i Statskogs standpunkt.

Saken ble brakt inn for ombudsmannen ved brev fra advokat B på vegne av A. I brevet ble det blant annet anført at det ut fra lovens system måtte foreligge en klageomgang, og at delegasjonsforskrifter ikke kunne unnta den klageadgang det opprinnelig var lagt opp til.

I brev herfra ble SLF bedt om særlig å besvare fire spørsmål:

1. Er Statskogs avgjørelse etter seterforskriftens § 3 tredje ledd et enkeltvedtak?
2. Gir fjellovens § 38 anledning til å fastsette regler om bortfall av klagerett?
3. Hvis det er tilfellet; er slike regler om bortfall i så fall gitt i seterforskriftens § 25?
4. Hvem er eventuelt klageorgan for klage på vedtak etter seterforskriftens § 3 tredje ledd?

Under henvisning til at flere av spørsmålene gjaldt forståelsen av forskrift utferdiget av departementet, ble det vist til at ombudsmannen ikke hadde «noe imot» at departementet ble kontaktet.

I SLFs svarbrev ble det innledningsvis opplyst at det hadde vært kontakt mellom SLF og Landbruks- og matdepartementet i anledning saken. Til det første spørsmålet hadde SLF blant annet følgende kommentarer:

> «Statens landbruksforvaltning har tolket Landbruks- og matdepartementets syn slik at det ikke foreligger noe enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand hvor Statskog treffer avgjørelser om å fjerne eventuelle hus på en seter som ikke er tatt i bruk, jf seterforskriften § 3 tredje ledd.
>
> Utgangspunktet er at vedtak om å tildele seter eller tilleggsjord, eller å avstå fra dette, regnes som enkeltvedtak. Fjellstyret er gitt kompetanse til å avgjøre søknader om utvisning av seter, jf seterforskriften § 2. Statskog er gitt kompetanse til å avgjøre søknader om tilleggsjord, jf seterforskriften § 6. Vedtakene kan påklages, jf forskriftens § 25.
>
> ---
>
> Det følger av seterforskriften § 3 annet ledd at fjellstyret skal kontrollere utvisningsvedtakene. Dersom det utviste arealet ikke er tatt i bruk som seter, skal Statskog underrettes. Fjellstyret skal dermed kontrollere og eventuelt fastslå et faktum. Konsekvensene av dette faktum følger direkte av lov og forskrift. Såfremt seteren ikke utvises til andre, vil retten falle bort. Setra vil da falle tilbake til allmenningen.
>
> Når «ikke tatt i bruk» er konstatert og retten er falt bort, har eier av seterbygningene ikke lenger noen hjemmel (eller rett) til å ha disse stående. Når det ikke foreligger noen rett til å ha husene stående, må det også være en selvfølge at de kan kreves fjernet om de ikke overføres til andre som har behov for seter. En parallell kan muligens trekkes til de sakene hvor det bygges ulovlig på statens grunn (eller privat grunn) fordi grunneier ikke har gitt sitt samtykke. Om grunneier ber utbygger fjerne ulovlig oppførte bygg er det ikke et enkeltvedtak fra grunneiers side, heller ikke hvor grunneier er staten.
>
> Statskogs «vedtak» om at husene skal fjernes er en form for opprydding der parten ikke har oppfylt lovens vilkår. Statens landbruksforvaltning er enig med Landbruks- og matdepartementet i at dette ikke kan anses som utøvelse av offentlig myndighet. Det er derimot mer riktig å se bestemmelsen i forskriften § 3 tredje ledd som en kompetanseregel, der Statskog gis kompetanse til å foreta de handlinger som er nødvendige for å få fjernet hus som det ikke foreligger noe rettslig grunnlag/hjemmel for å ha stående.»

SLF skrev videre at fjellstyret skal kontrollere om seteren er tatt i bruk i samsvar med forutsetningen for utvisningen, jf. seterforskriften § 3 annet ledd. Fjellstyrets kontroll ville «dermed avgrense seg til en konstatering av faktum uten rom for skjønnsmessige vurderinger». SLF påpekte også at siden avgjørelser som treffes i medhold av seterforskriftens § 3 tredje ledd ikke er enkeltvedtak, ville forvaltningslovens regler om klagebehandling «ikke komme til anvendelse og § 25 vil ikke innebære at klageadgangen

er innskrenket». I tilknytning til spørsmål to het det i svarbrevet at SLF hadde oppfattet og tolket fjelloven § 38 dit hen at bestemmelsen ikke ga anledning til å fastsette regler om bortfall av klageretten. Statens landbruksforvaltning kunne heller ikke se at dette var gjort i seterforskriften.

På bakgrunn av kommentarene til spørsmål to kom SLF til at det ikke var grunn til å gå nærmere inn på spørsmål tre. På spørsmål fire om eventuelt klageorgan dersom en avgjørelse truffet etter seterforskriften § 3 tredje ledd er å anse som et enkeltvedtak, skrev SLF at seterforskriften § 25 i så fall «må tolkes utvidende og at Statens landbruksforvaltning er klageinstans.» Svarbrevet ble kommentert av advokat B.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen blant annet:

«Spørsmålet som klageren har reist, er om Statskogs avgjørelse 20. september 2004 kan påklages.

2. Reguleres spørsmålet om klageadgang av seterforskriften, eventuelt fjelloven?

Avgjørelsen er hjemlet i forskrift om seter og tilleggsjord m.m. i statsallmenning 22. juni 1984 nr. 1302 § 3 tredje ledd (seterforskriften). Det må først tas stilling til om seterforskriften – eller eventuelt fjelloven – regulerer spørsmålet om klagerett.

Forskriften § 3 lyder:

> «Utvist seter må takast i bruk innan 5 år, jf fjellova § 18 femte stykket. Er setra ikkje teken i bruk fell ho automatisk tilbake til allmenningen.
>
> Når det er gått 5 år sidan utvisinga blei gjort, skal fjellstyret kontrollera at utvist seter er teken i bruk i samsvar med føresetnadene for utvisinga. Dersom det utviste ikkje er teke i bruk innan 5 år skal fjellstyret melde frå om dette til Statskog. I si melding til Statskog må fjellstyret og syte for å gje sitt syn på om seterbrukaren skal fjerne eventuelle hus eller om utvisinga skal førast over til ein annen eigedom i samsvar med fjellova § 20 første stykket eller § 21 første stykket.
>
> Statskog gjer vedtak om at seterbrukaren skal fjerne eventuelle hus om ikkje utvisinga vert ført over til annan eigedom i samsvar med fjellova § 20 første stykket eller § 21 første stykket og den nye brukaren tek over husa.»

Bestemmelser om klageadgang er gitt i forskriften kapittel VIII. Klage på fjellstyrets vedtak reguleres av § 24, mens § 25 regulerer klage på enkeltvedtak gjort av Statskog. Paragraf 25 lyder som følger:

> «Einskildvedtak gjort av Statskog i medhald av denne forskrifta kap. II og § 14, og som ikkje skal avgjerast ved skjøn, kan påklagast til Statens landbruksforvaltning etter reglane i kap. VI i forvaltningslova.»

Seterforskriften § 3 står i kapittel I, og Statskogs avgjørelser etter § 3 tredje ledd omfattes dermed ikke av den klageadgang som følger av ordlyden i § 25.

SLF synes i brev ... til advokat B (dvs. under behandlingen av forvaltningssaken) å tolke seterforskriften § 25 antitetisk, slik at avgjørelser etter de bestemmelsene som ikke positivt er oppramset i § 25, er unntatt fra klagerett. Det ser imidlertid ut til at SLF har gått bort fra denne forståelsen i svarbrevet hit ... . Jeg sikter da særlig til opplysningen om at SLF har oppfattet fjelloven § 38 slik at bestemmelsen ikke gir anledning til å fastsette regler om bortfall av klagerett, og at dette heller ikke er gjort i seterforskriften. En slik forståelse av forskriften er jeg enig i. Det innebærer at forskriften § 25 må forstås etter ordlyden, slik at den kun regulerer klage på vedtak etter forskriften kap II og § 14. Det er ikke grunnlag for å forstå bestemmelsen slik at den utelukker eller innskrenker en eventuell klageadgang på andre av Statskogs avgjørelser.

Seterforskriften er hjemlet i fjelloven 6. juni 1975 nr. 31, § 38. Heller ikke fjelloven har noen bestemmelse som synes å løse spørsmålet om Statskogs avgjørelser etter seterforskriftens § 3 tredje ledd kan påklages. Fjelloven § 10 første ledd bestemmer at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak gjelder for saksforberedelsen i fjellstyret. Regler om klage er gitt i annet ledd. Fjellstyrets vedtak i henhold til loven § 18 om utvisning av seter og bortfall av rett til seter, kan påklages til Statens landbruksforvaltning så langt spørsmålet ikke skal avgjøres ved skjønn. Verken § 10 eller § 18 gir imidlertid direkte svar på spørsmålet om bortfall av rett til seter fordrer et vedtak. Dette spørsmålet må løses ut fra en mer generell fortolkning av seterloven og enkeltvedtaksdefinisjonen i forvaltningsloven.

Avgjørelsesmyndigheten etter fjelloven § 18 er lagt til fjellstyret. Statskog nevnes først i seterforskriften. Når loven bestemmer at forvaltningsloven kommer til anvendelse på fjellstyrets saksforberedelse, vil imidlertid det samme måtte gjelde for Statskog i den grad dette treffer vedtak etter delegert myndighet. Det avgjørende blir dermed om Statskogs avgjørelse er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Er svaret ja, følger klageretten av fjelloven § 10, jf. også forvaltningsloven § 28 første ledd.

3. Spørsmålet om det er truffet et enkeltvedtak som kan påklages etter de alminnelige regler i forvaltningsloven

3.1 Betydningen av at Statskog er et statsforetak.

Statskog eies av staten, og er organisert som et statsforetak, jf. stiftelsesdokumentet datert 18. desember 1992 og statsforetakloven 30. august 1991 nr. 71 § 1. Etter statsforetaksloven § 4 gjelder forvaltningsloven ikke for statsforetak. Forvaltningslovens bestemmelser kommer likevel til anvendelse dersom Statskog treffer enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 1. Seterforskriften gir Statskog myndighet til å

treffe enkeltvedtak i flere sakstyper, blant annet i saker om utvising og utleie av tilleggsjord etter seterforskriften kap. II. Dette utelukker imidlertid ikke at også avgjørelser Statskog treffer etter forskriften § 3 tredje ledd, slik det er gjort i saken her, er enkeltvedtak.

3.2 Enkeltvedtaksbegrepet – gjelder avgjørelsen klagerens rettigheter eller plikter?

Etter forvaltningslovens § 2 første ledd er et enkeltvedtak en avgjørelse som «er bestemmende for ... rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer» (litra a og b). Dessuten må avgjørelsen være truffet under utøving av offentlig myndighet. Slik saken er opplyst er det ikke oppnådd enighet om seterhusene med en annen jordbruker. En følge av Statskogs avgjørelse ... er dermed at A må «rive seterhusa». At Statskogs avgjørelse ... på denne bakgrunn må sies å gjelde As plikter, kan ikke være tvilsomt.

3.3 Er avgjørelsen «bestemmende for» klagerens rettigheter eller plikter?

Hvorvidt avgjørelsen også er «bestemmende for» As plikter og rettigheter, er ikke like opplagt. Etter forskriften faller seteren «automatisk» tilbake til allmenningen dersom den ikke er tatt i bruk innen 5 år, jf. § 3 første ledd. Et mulig synspunkt som er i samsvar med SLFs anførsler i saken, er derfor at Statskog kun konstaterer at retten allerede er falt bort, og at det derfor er loven kombinert med innehaverens unnlatelse, og ikke Statskog som bestemmer innehaverens rettigheter og plikter. Som jeg skal komme tilbake til nedenfor, mener jeg en slik betraktningsmåte er for enkel. Til tross for forskriftens uttrykk «automatisk», stiller både loven og forskriften opp materielle betingelser for at retten til seteren skal falle bort. Senest samtidig med at det gis et pålegg om fjerning av bygningene, må det tas stilling til om de materielle betingelsene er oppfylt. Slik forskriften § 3 er bygd opp, inngår de to vurderingene i samme beslutningsprosess, ved at fjellstyret skal melde fra til Statskog om bruken, mens Statskog treffer avgjørelsen om bygningene og sender melding til brukeren. Den riktige betraktningsmåten må derfor være at retten til fortsatt å ha seteren og spørsmålet om bygningenes skjebne blir avgjort samtidig, og at avgjørelsen derfor ikke bare «angår» brukerens rettigheter og plikter, men også «er bestemmende for» dem.

3.4 Ble avgjørelsen truffet under utøvelse av offentlig myndighet?

3.4.1 Spørsmålet er etter dette om avgjørelsen etter seterforskriften § 3 tredje ledd er truffet «under utøvelse av offentlig myndighet», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a. SLF er av den oppfatning at Statskogs rettslige grunnlag for å pålegge riving var eiendomsretten til området, og at avgjørelsen derfor ikke innebar utøvelse av offentlig myndighet.

3.4.2 Det som særpreger forvaltningens avgjørelser fattet «under utøving av offentlig myndighet», er at de har sitt grunnlag i statens høyhetsrett over borgerne. Typiske eksempler på slike avgjørelser vil være pålegg av plikter eller innskrenkninger i borgernes frihet. Vilkåret kom inn i lovens § 2 første ledd bokstav a ved en lovendring i 1977. Tidligere het det at en avgjørelse skulle være truffet på «det offentligrettslige området». Formålet med endringen var å tydeliggjøre at det skal foretas en sondring «mellom de avgjørelser som representerer offentligrettslig myndighetsutøving og de tilfelle hvor det offentliges handlingsgrunnlag i prinsippet er det samme som for private institusjoner (forretningsdrift, serviceytelser)», jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 54.

Avgjørelser som forvaltningen treffer i kraft av sin eiendomsrett, faller med andre ord i utgangspunktet utenfor området for offentlig myndighetsutøvelse. Spørsmålet må imidlertid vurderes konkret, og grensetilfeller kan tenkes, særlig der «der det organ som utøver eierbeføyelser på vegne av det offentlige, skal ivareta særlige offentlige hensyn», se Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer, (Oslo 2000) s. 64.

3.4.3 SLF har i begrunnelsen for sitt standpunkt blant annet trukket parallellen til private grunneiere, og vist til at«[o]m grunneier ber utbygger fjerne ulovlig oppførte bygg er det ikke et enkeltvedtak fra grunneiers side, heller ikke hvor grunneier er staten». Dersom det var mulig å foreta en isolert vurdering av Statskogs avgjørelse om pålegg om riving ville synspunktet ha mye for seg. Statskog representerer eierinteressen, og selv om selskapet etter ordlyden i seterforskriften § 3 tredje ledd skal fatte et «vedtak», kan det ikke være tvil om at eierinteressen vil stå sentralt når spørsmålet om fjerning skal avgjøres. Som nevnt ovenfor innebærer imidlertid Statskogs avgjørelse noe mer enn et privatrettslig pålegg om å fjerne ulovlig oppførte bygninger. Avgjørelsen forutsetter at retten til å ha bygningene stående, er falt bort. Dersom dette vilkåret ikke er til stede, har Statskog ikke grunnlag for å kreve bygningene fjernet. De materielle betingelser for bortfall, fremgår av fjelloven § 18 femte ledd som fastslår at dersom den utviste seteren «ikkje innan 5 år er teke i bruk ... fell retten bort». Saksbehandlingen etter forskriften er lagt opp slik at fjellstyret i henhold til § 3 annet ledd skal kontrollere at en utvist seter er tatt i bruk innen 5 år. «Dersom det utviste ikkje er teke i bruk innan 5 år skal fjellstyret melde frå om dette til Statskog.» I denne saken opplyste Z fjellstyre senest i brev ... til Statskog at As seter ikke var tatt i bruk innen fristen. Jeg forstår dette slik at fjellstyret ikke treffer en egen avgjørelse om bortfall, og at Statskog må ta selvstendig stilling til spørsmålet før et eventuelt pålegg om fjerning blir gitt. Uansett er det en så nær forbindelse mellom de to spørsmålene at det er nødvendig å se dem i sammenheng.

3.4.4 Som utgangspunkt vil en avgjørelse som går ut på at noen skal fratas en rettighet, være et enkeltvedtak. Også omgjøring av enkeltvedtak regnes som enkeltvedtak. Det synes å være enighet om at fjellstyrets vedtak om å utvise en seter etter fjelloven § 18 annet ledd jf. første ledd er et enkeltvedtak. SLF tar i svarbrevet ... utgangspunkt i dette, og det samme legger Justisdepartementets lovavdeling til grunn i to saker fra 1979 – jf. sak 621/79 og sak 1057/79. I sistnevnte sak synes Lovavdelingen å legge avgjørende vekt på at avgjørelser om utvising av rettigheter som er tillagt allmenningshaveren direkte i lov, har et mer forvaltningsrettslig preg enn for eksempel avgjørelser om salg eller bortfeste. Standpunktet er også i samsvar med ordlyden i loven § 18 annet ledd som omtaler avgjørelsen som et «vedtak», og at den omstendighet at avgjørelsen kan påklages etter fjellovens § 10 annet ledd. Også jeg legger derfor til grunn at utvisning av seter etter fjelloven § 18 første ledd er et enkeltvedtak.

Vedtaket innebærer at brukeren får en «rett», dvs. rettighet, til å drive seter i samsvar med den tillatelsen som er gitt, jf. loven § 18 siste ledd der dette uttrykket er brukt.

3.4.5 SLF synes å være av den oppfatning at selv om utvisingen av seter er et enkeltvedtak (som gir brukeren en rett), gjelder ikke det samme for bortfall. SLF skriver i brev hit ... at fjellstyrets oppgave med å kontrollere om en seter er tatt i bruk innen 5 år avgrenser seg «til en konstatering av faktum uten rom for skjønnsmessige vurderinger», og at «konsekvensene av dette faktum følger direkte av lov og forskrift». Dersom fjellstyret kommer til at en seter ikke har blitt tatt i bruk, bortfaller ifølge SLF retten til seter «automatisk og uten at det er nødvendig å fatte noe vedtak» om dette, jf. SLFs brev hit ... .

Jeg har vanskelig for å følge SLF på dette punkt. Riktignok heter det i forskriften § 3 første ledd at setra «automatisk» faller tilbake til allmenningen dersom den ikke er tatt i bruk innen 5 år. I annet ledd heter det videre at fjellstyret skal «kontrollere» om seteren er tatt i bruk i samsvar med forutsetningene for utvisningen. Isolert sett kunne dette tale for at det ikke er nødvendig med noe vedtak for at retten skal falle bort. Ordlyden i forskriften er imidlertid ikke konsekvent, idet § 3 tredje ledd benevner Statskogs avgjørelse som et «vedtak». Uansett kan ordlyden i forskriften ikke være avgjørende dersom noe annet følger av fjelloven og forvaltningslovens definisjon av enkeltvedtaksbegrepet.

Uttrykket «automatisk» er ikke brukt i fjelloven § 18 siste ledd som regulerer forholdet. De materielle betingelsene for bortfall er hvorvidt det utviste «ikkje innan 5 år [er] teke i bruk i samsvar med opplysningar gjeve i søknaden, eller med vilkår som i tilfelle er sette for utvisinga». Hvorvidt betingelsene er til stede med den følge at retten til å ha seteren faller bort, vil avhenge av omstendighetene i den enkelte sak. Jeg antar det lett kan oppstå tvil om betingelsene for bortfall er til stede. Særlig gjelder det om eventuelle vilkår som er satt for utvisingen, er overholdt. Uansett om spørsmålet volder tvil eller ikke, forutsetter bortfall etter fjelloven § 18 at et nytt faktum kommer til, og at myndighetene vurderer det opp mot lovens ordlyd. I så måte skiller disse tilfellene seg fra tidsbegrensede rettigheter og andre saker der opphøret av rettigheten er fastsatt på forhånd og ligger innbakt i selve vedtaket.

Hvis saken ender med at hus som er satt opp på seteren blir pålagt fjernet, må myndighetene som nevnt foreta denne vurderingen senest samtidig med at pålegget blir gitt. I alle fall i disse tilfellene må det legges til grunn at det standpunkt som tas, innebærer en «avgjørelse» av rettigheten. Om myndighetene i andre tilfeller kan «la være» å ta stilling til spørsmålet, og bare «anse retten som bortfalt», er det ikke nødvendig å gå inn på.

3.4.6 Når et vedtak om å få utvist seter er et enkeltvedtak, er det vanskelig å se annet enn at også en slik etterfølgende avgjørelse om bortfall av denne retten er å anse som et enkeltvedtak. Å tape en rett er normalt like inngripende som å bli tildelt den samme retten, og avgjørelser om tilbakekall av borgeres rettigheter faller inn under selve kjernen av den virksomhet som skjer med hjemmel i statens høyhetsrett.

Hvor stor grad av skjønn loven åpner for, er ikke avgjørende for om avgjørelsen er å anse som et enkeltvedtak. For øvrig viser alt saken her at myndighetene faktisk har ansett seg berettiget til å utøve et skjønn ved at fjellstyret, samt X skogforvaltning, ved flere anledninger ga A forlenget frist til å ta seteren i bruk. Det sentrale blir således at forvaltningen i sin rettsanvendelse må ta stilling til om lovens regel kommer til anvendelse, og at dette utløser en rettighet eller bortfall av en rettighet. Dette er nettopp tilfellet i saken her.

3.4.7 Jeg må etter dette konkludere med at Statskogs pålegg ... må bedømmes som et enkeltvedtak som kan påklages. Jeg antar at riktig klageorgan er Statens landbruksforvaltning, jf. fjelloven § 10 annet ledd og anførslene ovenfor.

4. Oppsummering – avslutning

Jeg mener at SLF bygger på en uriktig rettsoppfatning når det har lagt til grunn at Statsskogs pålegg ... ikke kan påklages. Det må riktignok aksepteres at Statskog som grunneier vil kunne kreve fjernet bygninger som innehaveren ikke lenger har rett til å ha stående. Men både faktisk og rettslig innebærer pålegget også en meddelelse om at myndighetene anser retten til å ha seteren for tapt. Slik forskriften § 3 er bygd opp, inngår som nevnt ovenfor de to vurderingene i samme beslutningsprosess. Den riktige betraktningsmåten synes å måtte være at retten til fortsatt å ha seteren og spørsmålet om bygningenes skjebne blir avgjort samtidig, og at avgjørelsen innebærer et enkeltvedtak.

Jeg må etter dette be SLF om å behandle klagen fra A på nytt. Det må understrekes at jeg ut over det

som fremgår av anførslene ovenfor og selve klageretten, ikke har tatt stilling til hva resultatet av behandlingen bør bli.

Avslutningsvis finner jeg behov for å påpeke at det ikke har vært uproblematisk å komme fram til et riktig standpunkt i saken, og at den usikkerheten Statens landbruksforvaltning og Statskog har vist i forhold til spørsmålet om klagerett, fremtrer som forståelig. Årsaken til problemene er å finne i seterforskriftens utforming, og særlig da manglende harmoni mellom forskriftens ordlyd og de aktuelle bestemmelsene i forvaltningsloven. Jeg har i brev i dag gjort Landbruks- og matdepartementet oppmerksom på problemet, jf. ombudsmannsloven, 22. juni 1962 nr. 8 § 11. En kopi av brevet følger til orientering.

Undersøkelsen av saken er med dette avsluttet fra min side.»

I brev til Landbruks- og matdepartementet skrev ombudsmannen:

«Jeg har i en uttalelse i dag avsluttet behandlingen av en klagesak der det sentrale spørsmålet var hvorvidt et pålegg fra Statskog om å fjerne seterbygninger som var satt opp i statsallmenning, kunne påklages. Statskog og Statens landbruksforvaltning hadde lagt til grunn at det ikke var klagerett. Jeg har kommet til motsatt konklusjon, og har bedt Statens landbruksforvaltning ta saken opp til ny behandling.

I uttalelsen har jeg pekt på at ordlyden i forskriften § 3 på flere punkter volder tvil og er vanskelig å harmonisere med forvaltningsloven og fjellovens bestemmelser. Både under behandlingen av forvaltningssaken og ved forberedelsen av saken her kom det frem at forståelsen av forskriften voldte problemer. Jeg tenker da særlig på at Statskog i det opprinnelige vedtaket la til grunn at det var klagerett, men senere måtte gå tilbake på det. Da saken ble brakt inn hit, var standpunktet til Statens landbruksforvaltning at seterforskriften § 25 hindret klagerett. Dette synet ble senere forlatt, og det ble i stedet hevdet at klage var utelukket fordi Statskogs pålegg kun var utøvelse av privat eiendomsrett, og ikke offentlig myndighetsutøvelse. Dette standpunktet ble inntatt trass i at forskriften § 3 tredje ledd betegner Statskogs pålegg som et «vedtak». Etter ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 11 kan ombudsmannen gi «vedkommende departement» underretning om «mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis». Adgangen benyttes med dette. Jeg forstår det slik at forskriften er gjenstand for revisjon, og det kan da synes hensiktsmessig at departementet tar hensyn til min uttalelse i denne forbindelse.»

81.

Bo- og driveplikt etter overtakelse på uskifte

(Sak 2004/3359)

Statens landbruksforvaltning hadde lagt til grunn at overtakelse på uskifte var å anse som «erverv» etter konsesjonsloven § 5, og fastholdt at overtakelsen utløste bo- og driveplikt. Saken ble klaget inn for ombudsmannen, da klager mente at overtakelse på uskifte ikke var å anse som «erverv».

Saken ble forelagt for Statens landbruksforvaltning og Fylkesmannen i Sogn og Fjordane. Etter anmodning fra Landbruks- og matdepartementet, uttalte Lovavdelingen seg om forståelsen av ervervsbegrepet i konsesjonsloven. Lovavdelingen la til grunn at overtakelse på uskifte ikke var å anse som «erverv» etter konsesjonslovens regler, og Landbruks- og matdepartementet uttalte at Lovavdelingens syn ville bli lagt til grunn i videre praktisering. Ombudsmannen ba deretter fylkesmannen om å vurdere om det var grunn til å omgjøre fylkeslandbruksstyrets vedtak. Fylkeslandbruksstyret omgjorde sitt vedtak, og la til grunn at klagerens overtakelse på uskifte ikke var et erverv som utløste bo- og driveplikt etter konsesjonsloven.

A søkte 6. mars 2002 om varig fritak fra bo- og driveplikt for en landbrukseiendom som A hadde overtatt på uskifte etter mannens død. Kommunen fattet 2. januar 2003 vedtak om at A ikke fikk varig fritak fra bo- og driveplikten, men tillot et tidsbegrenset fritak inntil 1. januar 2005. A påklaget vedtaket, og Fylkesmannen i Sogn og Fjordane la frem spørsmålet om overtakelse på uskifte var å anse som «erverv» etter konsesjonsloven § 5 for Statens landbruksforvaltning (SLF). SLF svarte bekreftende, og fylkeslandbruksstyret la i sitt vedtak 9. februar 2004 denne forståelsen av konsesjonsloven til grunn. A fikk således ikke medhold i sin klage. Fylkeslandbruksstyret fant imidlertid å forlenge fritaket fra bo- og driveplikten inntil 1. januar 2006.

As advokat klaget, på vegne av A, saken inn for ombudsmannen. Det ble anført at konsesjonslovens ervervsbegrep ikke omfattet overtakelse på uskifte, primært fordi overtakelse på uskifte ikke innebærer noen formell, reell og fullstendig overføring av eiendomsretten til gjenlevende ektefelle.

Ombudsmannen tok opp saken med SLF, og ba om svar på en rekke spørsmål som var tatt opp i klagen til ombudsmannen. Det ble sitert fra konsesjonslovkomiteens innstilling 21. desember 1966 side 47 om at dersom loven skal få den tilsiktede virkning «er det nødvendig at den ikke bare omfatter overdragelser ved kjøp, (frivillig overdragelse mot vederlag), men også overdragelser som skjer på annen måte. Det foreslås derfor at overføringer ved arv og skifte, gave, makeskifte eller tvangssalg skal likestilles med kjøp.» SLF ble bedt om å kommentere advokatens anførsel om at uttalelsene i de siterte forarbeidene henviser til «de tilfeller hvor en arving overtar

en eiendom på skifte – ikke uskiftesituasjonen», samt at det verken var «korrekt eller naturlig å omtale uskifte som en overføring av verdier fra avdød til gjenlevende ektefelle». Videre ble SLF bedt om å kommentere advokatens anførsel om at overtakelse på uskifte er et «erverv» heller ikke har støtte i juridisk teori. Videre ble SLF bedt om å kommentere forholdet til legalitetsprinsippets krav til «klar hjemmel». Til slutt ble SLF anmodet om å kommentere om det hadde utviklet seg en praksis som kunne innebære en «tilfeldig og urettferdig praktisering av reglene».

SLF svarte i brev 21. mars 2005 og viste bl.a. til brev 3. november 1989 fra Landbruksdepartementet hvor departementet hadde lagt til grunn «at lengstlevende får eierposisjon til eiendommen ved å overta felleseiet i uskiftet bo». Videre uttalte SLF:

> «Når lengstlevende ektefelle overtar avdødes eiendeler i uskiftet bo, kan han eller hun i utgangspunktet råde «som ein eigar» over disse, jf arveloven § 18 første ledd. Råderetten er undergitt visse begrensninger som bl.a. medfører at lengstlevende ikke kan gi bort gaver som står i misforhold til formuen i boet, eller råde over hele formuen ved testament. Peter Lødrup skriver i Arverett, 4. utg. 1999 s. 343 at uskifte betyr at «lengstlevende nærmest får full disposisjonsrett over avdødes eiendeler». Dersom gjenlevende blir «eier» av avdødes verdier, er det etter vår mening naturlig å anse at det finner sted et erverv også etter reglene i konsesjonsloven.»

Til spørsmålene herfra om praksis uttalte SLF at kommunene har et «relativt stort handlingsrom» når det gjelder bosettingssaker, og at SLF:

> «[ikke] kan ... se at det er i strid med likhetsprinsippet at to kommuner prioriterer arbeidet med bopliktsaker forskjellig.»

Klagers advokat kom tilbake til saken i brev 31. mars 2005, og det ble senere herfra funnet grunn til å legge saken frem for Fylkesmannen i Sogn og Fjordane. Fylkesmannen ble bedt om å gi en nærmere redegjørelse for kommunens praksis vedrørende oppfølging av saker om boplikt hvor gjenlevende ektefelle sitter i uskiftet bo.

Fylkesmannen i Sogn og Fjordane svarte i brev 28. november 2005 at det var ønskelig med en avklaring av om overtakelse på uskifte skal anses som «erverv» i konsesjonslovens forstand. Fylkesmannen hadde forelagt spørsmålet om kommunens praksis i denne typen saker for kommunen. Kommunen hadde i denne sammenheng uttalt:

> «Som det går fram i dei andre dokumenta i saka, vert det ikkje kravd eigenfråsegn ved tinglysning av heimelsovergang i samband med uskifte. ... Så lenge ordninga med eigenfråsegn ikkje vert praktisert ved tingrettane, har attlevande ektefelle fått overteke landbrukseigedom i uskiftebu utan at ... kommunen grip inn med pålegg om konsesjon eller krav om bu- og driveplikt.»

Fylkesmannen uttrykte videre at: «den sporadiske eller ikkje eksisterande oppfølgingspraksis i saker som dette, både i ... og truleg i dei aller fleste andre kommunar, må vere eit relevant moment ved vurdering av fritakssøknader.»

Ombudsmannen mottok deretter brev fra SLF vedlagt uttalelse 19. januar 2006 fra Justisdepartementet, Lovavdelingen, til Landbruks- og matdepartementet, vedrørende forståelsen av ervervsbegrepet i konsesjonsloven. Lovavdelingen uttalte om spørsmålet:

> «Det må vurderes konkret i forhold til hvert enkelt regelsett som anvender et ervervsbegrep om overtakelse av eiendeler ved uskifte er å anse som et erverv. Det klare utgangpunktet ved uskifte er uansett at det ikke skjer noen eiendomsovergang fra avdøde til gjenlevende ektefelle. Å overta eiendeler ved uskifte innebærer ikke at gjenlevende ektefelle tar arv, og man kan ikke uten videre trekke paralleller mellom arv og uskifte.
>
> Dersom uskifte i relasjon til et konkret regelsett skal kunne sies å innebære et erverv, må begrunnelsen for dette søkes i rettskildene – herunder i de særlige hensyn som gjør seg gjeldende – for det enkelte regelsett. Etter Lovavdelingens syn er det i forhold til konsesjonslovens bestemmelser ikke grunnlag for å si at overtakelse av en eiendom ved uskifte skal anses som et erverv.
>
> At gjenlevende ektefelle med visse begrensninger har samme rådighet som en eier over uskifteboet etter arveloven § 18 kan ikke tillegges avgjørende betydning. Dette er det alminnelige utgangpunkt ved uskifte, og er ikke til hinder for at overtakelse ved uskifte normalt ikke anses som et erverv. Vi kan ikke se at det foreligger forhold ved konsesjonsregelverket som gjør at dette hensynet bør vurderes annerledes.
>
> Uskifte omfattes klart nok ikke av redegjørelsen for ervervsbegrepet i konsesjonslovens forarbeider. I Ot.prp. nr. 6 (1972–73) s. 27–28 – som gjelder konsesjonsloven av 1974 – uttales det at «alle ervervsformer» bør omfattes av lovens bestemmelser, og det vises blant annet til overføring ved arv og skifte, men ikke til overtakelse ved uskifte. Vi kan ikke se at forarbeidene til konsesjonsloven av 2003 gir ytterligere presiseringer i forhold til dette, og forarbeidene gir derfor ikke grunnlag for å fravike det alminnelige utgangspunktet.
>
> Landbruks- og matdepartementet har vist til at det også i Ola Rygg/Oluf Skarpnes: Odelsloven (4. utg., 2002) s. 176 er lagt til grunn at det ikke oppstår bo- og driveplikt for gjenlevende ved overtakelse ved uskifte eller ved overtakelse av en eiendom på felleseieskifte. Rygg/Skarpnes legger videre til grunn at hvis eiendommen tilhørte avdødes særeie, må gjenlevende oppfylle bo- og driveplikten. Landbruks- og matdepartementet uttaler til dette i brevet hit at særeietilfellene burde betraktes på samme måte som de tilfeller hvor eiendommen tilhørte avdøde ektefelles rådighetsdel. Eiendeler som tilhørte en ektefelles særeie går imidlertid som utgangspunkt ikke inn i uskifteboet, jf arveloven § 9 første ledd. Dersom avdødes særeie inngår i uskifteboet etter § 9 annet ledd, er vi enig med Landbruks- og matdepartementet i at dette må likestilles med

overtakelse av felleseie ved uskifte. Så lenge en eiendel overtas ved uskifte, er det etter vårt syn vanskelig å se at rettsvirkningene av uskifte skal avhenge av hvordan den enkelte eiendel kom inn i uskiftet.

Vi kan heller ikke se at de særlige hensyn som begrunner en bo- og driveplikt er tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne en annen løsning enn den som er lagt til grunn ovenfor. Avdødes bo- og driveplikt står prinsipielt ikke i noen annen stilling enn øvrige forpliktelser som påhvilte avdøde. Dersom avdøde har oppfylt en forpliktelse, vil den klare hovedregel være at overtakelse ved uskifte ikke utløser en ny forpliktelse for gjenlevende selv om overtakelse ved arv skulle utløse en slik forpliktelse.

Etter Lovavdelingens syn trekker disse momentene i retning av at uskifte heller ikke er et erverv i konsesjonslovens forstand. På den annen side har vi ikke kjennskap til eksisterende praksis. En konsistent praksis ville kunne gi grunnlag for en avvikende forståelse av om uskifte skal betraktes som et erverv i konsesjonslovens forstand.»

Lovavdelingen mente videre under sterk tvil at gjenlevende ektefelle heller ikke overta eventuell gjenstående del av avdødes bo- og driveplikt.

Landbruks- og matdepartementet uttalte i brev 3. februar 2006 til SLF at departementet ville «legge Lovavdelingens syn til grunn for den videre praktiseringen av disse sakene».

På denne bakgrunn ble fylkesmannen herfra bedt om å vurdere om det var grunn til å omgjøre fylkeslandbruksstyrets vedtak 9. februar 2004. Saken ble tatt opp på nytt i fylkeslandbruksstyret, som 25. april 2006 omgjorde sitt tidligere vedtak, og vedtok at As overtakelse på uskifte ikke var et erverv som utløser bo- og driveplikt etter konsesjonsloven § 5.

82.

Varig fritak fra boplikt – spørsmål om eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1, eller anses som «jord- og skogbrukseiendom», jf. konsesjonsloven § 5

(Sak 2004/2672)

A klaget hit over fylkeslandbruksstyrets avslag på hans søknad om varig fritak fra boplikt på en eiendom i Eidskog kommune, jf. odelsloven § 27a.

Ombudsmannen uttalte at det var tvilsomt om eiendommen fremdeles kunne anses å være en odelseiendom, og ba fylkeslandbruksstyret vurdere saken på nytt. Fylkeslandbruksstyret kom – under tvil – til at eiendommen ikke kunne regnes som odlingsjord, men opprettholdt boplikten med hjemmel i konsesjonsloven § 5 annet ledd. Ombudsmannen uttalte at eiendommen vanskelig kunne anses som en «jord- og skogbrukseiendom», jf. konsesjonsloven § 5, og ba fylkeslandbruksstyret på nytt behandle saken.

A overtok eiendommen X i Eidskog kommune i 1998. I juli 1998 søkte han om og fikk innvilget midlertidig fritak fra boplikt på eiendommen. I september 2001 søkte han så om varig fritak fra boplikt. Eidskog kommune – kommunestyret – avslo 4. juni 2002 søknaden, men innvilget likevel tidsbegrenset fritak fra boplikten til 1. oktober 2003.

Vedtaket ble påklaget til Fylkeslandbruksstyret i Hedmark. I forbindelse med kommunens fornyede behandling av saken, ble det tidsbegrensede fritaket forlenget til 1. oktober 2004. I møte 18. juni 2004 besluttet fylkeslandbruksstyret å opprettholde kommunens vedtak i saken. Fylkeslandbruksstyret begrunnet vedtaket slik:

«Fylkeslandbruksstyret legger vekt på kommunens syn i saken, jfr. forvaltningslovens § 34, annet ledd, tredje punktum, hvoretter det skal legges vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn. Kommunen har gjennom bl.a. sitt «bolystprogram» vedtatt i økonomiplanen for 2001–2004, synliggjort en vilje til å arbeide for å øke bosettingen i kommunen. Det er videre vist til at det nylig er oppført ny enebolig ca. 700 meter fra gjeldende eiendom. Dette indikerer at det er interesse for bosetting i dette området. Selve eiendommen ligger innenfor et område i kommuneplanen hvor spredt bebyggelse tillates.

Etter fylkeslandbruksstyrets oppfatning kan det ikke legges særlig vekt på husforholdene idet søker har hatt lang tid på å områ seg å klargjøre eiendommen for tilflytting. Det er tidligere gitt fritak fra boplikten. Dette innebærer etter styrets oppfatning at det heller ikke lenger kan legges særlig vekt på søkers tilknytning til eiendommen.

Etter en samlet vurdering hvor hensynet til kommunens selvstyre og bosetting tillegges vesentlig vekt, finner fylkeslandbruksstyret ikke å kunne ta klagen til følge».

Beslutningen ble truffet mot fylkesmannens innstilling, som foreslo å gi A varig fritak fra boplikten.

As advokat brakte saken inn for ombudsmannen. I klagen het det at «hele saken [klages] inn for sivilombudsmannen, både når det gjelder skjønn, faktum og vurderinger for øvrig av rettsreglene». Det ble pekt på at vedtaket stred mot EU-retten, at kommunen ikke hadde noe «bolystprogram» og at gården ikke ga noen inntekter.

Saken ble forelagt Fylkeslandbruksstyret i Hedmark, som ble bedt om å kommentere klagerens anførsel om at kommunen ikke hadde noe bolystprogram. Fylkeslandbruksstyret ble dessuten bedt om å redegjøre for eiendommens avkastningsevne. Fylkesmannen hadde i innstillingen til fylkeslandbruksstyret fremholdt at så vel eiendommens størrelse som dens avkastningsevne tilsa at det burde gis varig fritak for boplikt, men det fremgikk ikke av fylkeslandbruksstyrets vedtak hvordan disse forholdene var vurdert. Fylkeslandbruksstyret ble særlig bedt om å opplyse hvorvidt det hadde lagt til grunn de opplysningene om uttaksmuligheter som fremgikk av en «veiledende takst» fra 1997. Av denne fremgikk det at eiendommen var på ca. 119 da, hvorav

det meste var skog med et balansekvantum på ca. 10 m^3.

På bakgrunn av anførselen om at bebyggelsen på gården var slik at den måtte anses som «ubebygd», ble det bedt om en redegjørelse for hvordan husforholdene på eiendommen innvirket på vurderingen av om det burde gis varig fritak fra boplikten. Det ble spurt om det avgjørende var om søkeren hadde hatt tid til å klargjøre eiendommen for tilflytting, eller om det også måtte sees hen til hvilke investeringer gårdens avkastningsevne kunne forsvare. Endelig ble fylkeslandbruksstyret bedt om en redegjørelse for betydningen av As livssituasjon i forhold til om varig fritak fra boplikt burde gis. Fylkeslandbruksstyret ble også spurt om det hadde øvrige merknader til klagen hit.

Fylkeslandbruksstyret behandlet henvendelsen herfra i møte 28. oktober 2004. Det ble redegjort for styrets syn på kommunens «bolystprogram», husforholdene på eiendommen samt As livssituasjon. Om eiendommens avkastningsevne het det:

> «Fylkeslandbruksstyret har ikke direkte redegjort for eiendommens avkastningsevne i sitt vedtak. Fylkeslandbruksstyret har lagt til grunn de opplysninger om eiendommen som var fremme i saken, derunder takst fra B. Det er på det rene at eiendommen har liten avkastningsevne og at dette momentet trekker i retningen av å gi varig fritak. Dette har imidlertid ikke kommet til uttrykk i fylkeslandbruksstyrets vedtak.»

Advokaten kom tilbake til saken i et brev der han gjentok at klager har en sterk tilknytning til eiendommen. Han mente dessuten at fylkesmannen ikke hadde oppfylt sin plikt til å påse at saken var riktig belyst, jf. forvaltningsloven § 17. I denne sammenheng ble det anført at det kunne se ut som om fylkesmannen ikke var klar over at eiendommen ikke hadde vært bebodd og drevet siden 1961. Det var således ikke vurdert om «kommunen opprettholder bosetning eller om de ønsker ny etablering og om de kan kreve ny etablering i forhold til odelsloven § 27a's bestemmelser konkret på dette småbruket». Han hadde dessuten enkelte merknader til relevansen av kommunens «bolystprogram», As arbeidssituasjon og husforholdene på eiendommen. Forholdet til EU-retten ble også kommentert, og han mente dessuten at Landbruksdepartementets rundskriv M 2/2004 feilaktig ikke var gitt anvendelse i saken. Videre anførte advokaten at småbruket neppe var egnet til landbruk, og det ble her vist til saken inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1999 s. 298 og dom inntatt i Rt. 1998 s. 450.

Fylkeslandbruksstyret behandlet saken på nytt, der advokatens anførsler ble kommentert.

Advokaten kom tilbake til saken i et brev der det bl.a. het:

> «Fylkeslandbruksstyret har ikke funnet det nødvendig å ta befaring på stedet, eller sjekke opplysninger. Det legges da til grunn at det er enighet i at eiendommen ikke har hatt bosetning siden 1961, ikke har innlagt vann og strøm og bolighuset er ikke beboelig. Fjøs er til nedfalls.
>
> Det er da også enighet i at eiendommen ikke har vært drevet som landbrukseiendom siden 1961. Det er heller ikke påregnelig at det vil bli noen som helst drift på eiendommen, bortsett fra at A driver aktiv skogforvaltning. I h.h.t. takster m.v. er inntektspotensialet her negativt, når en tar med driftskostnader. Det er også enighet om at det ikke er noen økonomisk inntekt av eiendommen eller at det vil være noe som helst bidrag til økonomi. Man må da hente inntekt fra annen lønnet virksomhet.»

Advokaten viste dessuten til dommen i Rt. 1998 s. 450 og mente det var enighet om at det ikke er noen inntekter fra eiendommen. Advokaten fastholdt ellers at A hadde sterk tilknytning til eiendommen, og at eiendommens avkastningsevne var slik at den ikke kunne avdra bygging av nytt hus.

I forbindelse med avslutningen av saken ble det funnet grunn til å undersøke spørsmålet om X fremdeles kunne sies å være en «landbrukseiendom». Det ble særlig stilt spørsmål om fylkeslandbruksstyret mente det var realistisk at en fornuftig kjøper ville erverve eiendommen med sikte på landbruksdrift. Videre ble det spurt om hvordan fylkeslandbruksstyret stilte seg til anførselen om at eiendommen ikke hadde vært benyttet som landbrukseiendom siden 1961, at den ikke hadde noen avkastningsevne og at balansekvantumet for uttak av skog på 10 m^3 bare var tilstrekkelig for å dekke gårdens energiforbruk. Fylkeslandbruksstyret ble dessuten bedt om å anslå eiendommens avkastningsevne.

I møteboken fra fylkeslandbruksstyrets behandling av saken het det bl.a.:

> «Ifølge arealopplysninger som kommunen la til grunn ved sin behandling av saken, består eiendommen av 27 dekar innmark, 83 dekar barskog, 5,5 dekar myr og 3 dekar annet areal.
>
> Når det gjelder eiendommens avkastningsevne viser styret til tidligere følgende uttalelse:
>
> «Fylkeslandbruksstyret har ikke direkte redegjort for eiendommens avkastningsevne i sitt vedtak. Fylkeslandbruksstyret har lagt til grunn de opplysninger om eiendommen som var fremme i saken, derunder takst fra B. Det er på det rene at eiendommen har liten avkastningsevne og at dette momentet trekker i retning av å gi varig fritak. Dette har imidlertid ikke kommet til uttrykk i fylkeslandbruksstyrets vedtak.»
>
> Eiendommen fyller etter fylkeslandbruksstyrets oppfatning kravene til odlingsjord i odelslovens § 2. Styret legger da til grunn at innmarka vil kunne regnes som jordbruksareal, slik det bl.a. er uttalt av Rygg og Skarpnes i deres kommentarutgave. Dette sammenholdt med et produktivt skogareal på 83 dekar gjør at eiendommen, selv om eiendommen ligger i grenseland når det gjelder arealkravet, oppfyller minstekravet når det gjelder lovens krav til areal.
>
> Videre er det etter styrets oppfatning påregnelig at denne eiendommen med de ressurser, avkastningsevne og beliggenhet den har i stor

nok grad vil kunne «nyttast til landbruksdrift» slik odelslovens § 1 forutsetter.

Etter dette mener fylkeslandbruksstyret at eiendommen må kunne karakteriseres som en mindre landbrukseiendom som fyller kravene til odlingsjord og som er underlagt den lovbestemte boplikten i odelslovens § 27.»

Advokaten kom tilbake til saken, og presiserte at A hadde overtatt eiendommen i kraft av sin odelsrett, «før endringen i odelsloven kom». Det het videre:

«Etter dagens odelslovgivning, finner denne side det klart at eiendommen pr d.d. faller utenfor odelslovens bestemmelser. Denne side finner det derfor underlig at Fylkeslandbruksstyret mener at eiendommen faller innenfor de samme reglene, hensett til at man vel sitter inne med samme faktum.

Vilkår a; 100 d.a.a. skog.

1. Eiendommen består av et areal på 113 d.a.a. totalt.

Av dette er det 5,5, d.a.a. myr og 27 d.a.a. med beiteområde. Dette er ikke grøftet eller bearbeidet landbruksmessig.

Kommunen uttaler selv følgende; *«Innmarka består av tidligere beitemark og egner seg ikke til moderne jordbruksdrift. Jorda er ikke grøftet, og er stedvis tilvokst med lauvkratt.»* Videre skriver kommunen at *«Eiendommen X har begrensede areal, og svært liten avkastningsevne ved tradisjonell landbruksdrift. Bruket vil således bare i liten grad være til støtte til annet yrke eller næring. Eiendommen er i dag å betrakte som en skogeiendom. Dyrket mark er ikke i hevd, og bør omdisponeres til skog.»*

2. Avkastningsevnene på eiendommen er på 10 m^3.

3. Fylkeslandbruksstyret har uten befaring slått fast at kommunen selv tar feil vedrørende eiendommens beskaffenhet. De legger til grunn at man kan øke avkastningsverdien og skogsarealet på småbruket vesentlig, og således tvinge skogbruksarealet over 100 d.a.a's grensen. Dette er vel ikke oppgaver som faller inn under Fylkeslandbruksstyrets områder, men må vel utføres av hjemmelshaver.

Vilkår om at det må være 100 d.a.a. skog er ikke oppfylt.

Vilkår b; 20 d.a.a. jordbruksareal. Dette er heller ikke oppfylt, jf. punkt 1. over (egne uttalelser fra kommunen)

Vilkår c; Er det påregnelig at denne eiendommen kan «nyttast til landbruksdrift»? Det er vist til eiendommens avkastningsevne på 10 m^3 pr år. Fylkeslandbruksstyret mener at dette er påregnelig, hvilket jeg regner med er skrevet ved en inkurie. Kommunen har selv uttalt at dette ikke er påregnelig. De uttaler at «bruket vil var i liten grad være støtte til annen yrke eller næring».

Denne siden finner konklusjonen til fylkeslandbruksstyret feil da de har tolket alle momenter feil både objektivt og subjektivt. Videre reagerer man fra denne side på at man legger tolkningen inn, basert på fri fantasi. Faktum er at Fylkeslandbruksstyret ikke legger kommunens faktum til grunn og har heller ikke vært til stede ved befaring.

Videre vil man aldri kunne få denne eiendommen over til landbruksmessig beskatning.

Det er således ingen boplikt i forhold til odelslovens bestemmelser, men denne side kan akseptere at eiendommen faller inn under odelslovens bestemmelser.»

Fylkesmannen opplyste at fylkeslandbruksstyret ikke hadde merknader til advokatens brev.

Advokaten kom tilbake til saken i et brev der han ba ombudsmannen «legge vesentlig vekt på» at fylkeslandbruksstyret ikke hadde merknader til tidligere korrespondanse fra ham «da begge parter er enig i denne oppsummeringen og sakens faktum». Det ble videre anført at «[f]ylkesmannen har lagt kommunens begrunnelse til grunn, uten å foreta selvstendig vurdering eller kontroll av fakta» og at det var «åpenbart at man i denne saken har utenforliggende begrunnelser, som ikke er hjemlet i lov eller forskrifter».

Verken fylkesmannen eller advokaten hadde ytterligere merknader til saken.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Etter odelsloven 28. juni 1974 nr. 58 § 27 annet ledd har den som tar over en eiendom han har odelsrett til, plikt til innen ett år å bosette seg der og drive den i minst 5 år. Etter odelsloven § 27a kan det på visse vilkår gis midlertidig eller varig fritak fra bo- og driveplikten. Disse bestemmelsene kommer imidlertid bare til anvendelse dersom den aktuelle eiendommen kan anses som en odelseiendom. Jeg forstår advokatens anførsler slik at det er reist tvil om X nå er å regne som en odelseiendom.

Vilkårene for at en eiendom kan anses som en odelseiendom fremgår av odelsloven §§ 1 og 2. Etter odelsloven § 1 kreves det at eiendommen «kan nyttast til landbruksdrift». Lovens § 2 stiller i tillegg arealkrav til eiendommen. Bestemmelsen lyder slik:

«Ein eigedom blir rekna som odlingsjord når anten jordbruksarealet er minst 20 dekar, eller det høyrer til så mykje anna areal, rettar og lunnende at den produksjonsmessige verdi tilsvarar minst 20 dekar jordbruksareal.

Ein eigedom der jordbruksarealet er under 5 dekar er likevel aldri odlingsjord. Det same gjeld ein rein skogeigedom der det produktive arealet er under 100 dekar.»

I vedtaket 18. juni 2004 synes fylkeslandbruksstyret å ha lagt til grunn at eiendommen hadde en samlet størrelse på 113 dekar, hvorav ca. 19 dekar jordbruksareal og resten skog. Ved kommunens behandling av saken ble det lagt til grunn at eiendommen besto av 27 dekar innmark, 83 dekar barskog, 5,5 dekar myr og 3 dekar annet areal. I advokatens klage 8. juli 2002 til fylkeslandbruksstyret over avslag på søknad om varig fritak fra boplikt, ble det imidlertid anført at «kommunens faktaoppgave» var «positivt ... feil», og at det derfor måtte legges til grunn et areal på 113 dekar (19 dekar jordbruks-/ annet areal og 94 dekar produktiv skog).

En eiendom med jordbruksareal på mindre enn

20 dekar regnes som utgangspunkt ikke som en odelseiendom. Skal den likevel regnes som en odelseiendom, kreves det at det foreligger slike «rettar og lunnende» som gjør «at den produksjonsmessige verdi tilsvarar minst 20 dekar jordbruksareal». Landbruksmyndighetene må således foreta en konkret vurdering av den produksjonsmessige verdien av arealet på X.

Består derimot eiendommen av mer enn 20 dekar jordbruksareal, regnes den i utgangspunktet som odelsjord. Det er imidlertid grunn til å peke på at ikke all innmark er å regne som odelsjord; etter Ot.prp. 59 (1972–73) s. 52 er det bare «fulldyrka og overflatedyrka jord, samt anna jord som utan vidare kultivering er skikka til slåtteng eller kulturbeite» som kan regnes som jordbruksareal i relasjon til odelsloven § 2. Jord som må dreneres eller ryddes før den kan tas i bruk til landbruksproduksjon, regnes derimot ikke som jordbruksareal, jf. Rygg/Skarpnes, Odelsloven kommentarutgave, 4. utg. s. 23.

Selv eiendommer som oppfyller arealkravene, kan miste sin karakter av odelsjord, jf. odelsloven § 23, noe jeg kommer tilbake til nedenfor. Det følger av lovens § 2 at landbruksmyndighetene må ta stilling til hva slags og hvor stort areal eiendommen består av. Det er derfor egnet til å skape uklarhet når det i fylkeslandbruksstyrets møtebok 22. juni 2005 – der styret behandlet spørsmålene herfra om X kunne regnes som en odelseiendom – ble vist til arealopplysninger kommunen hadde lagt til grunn ved sin behandling av saken, og som var noe annerledes enn de som ble lagt til grunn ved fylkeslandbruksstyrets opprinnelige vedtak 18. april 2004.

Fylkeslandbruksstyrets vedtak inneholder også en annen uklarhet som jeg finner grunn til å påpeke særskilt. I fylkesmannens beskrivelse av eiendommen i saksfremstilling til vedtak 18. juni 2004, som jeg forstår fylkeslandbruksstyret har sluttet seg til, er det opplyst at man «i tråd med kommunens vurdering» betrakter eiendommen som en «ren skogeiendom» ettersom jordbruksarealet er i ferd med å gro igjen. Etter odelsloven § 2 annet ledd siste punktum regnes en ren skogeiendom der det *produktive* arealet er mindre enn 100 dekar, «aldri» som odelsjord. En ren skogeiendom der det produktive skogarealet bare utgjør 94 dekar, oppfyller således ikke arealkravet. Fylkeslandbruksstyrets vedtak kan imidlertid forstås slik at også det gjengrodde jordbruksarealet skal regnes som skogareal i relasjon til odelsloven § 2 annet ledd siste punktum. Det er i så fall grunn til å peke på lovens krav om at skogarealet må være «produktivt», noe som etter Ot.prp. 59 (1972–73) s. 52 er forklart som skog av minst 5. bonitet. Det fremgår ikke av fylkeslandbruksstyrets vedtak om det er tilfellet i denne saken.

Jeg finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på konsekvensene av disse uklarhetene, ettersom jeg uavhengig av hvordan fylkeslandbruksstyret har vurdert om lovens arealgrenser er oppfylt, er i tvil om eiendommen kan regnes som en odelseiendom.

Det følger av odelsloven § 23 at eiendommer som etter «skifte av tilhøva» ikke lenger fyller vilkårene for odlingsjord i § 2, ikke kan løses på odel. Dersom dette er tilfellet kommer ikke lovens øvrige bestemmelser om odelseiendommer, som for eksempel boplikt, til anvendelse. I henhold til rettspraksis gjelder § 23 også i forhold til § 1, jf. Rygg/Skarpnes: Odelsloven kommentarutgave, 4. utg., s. 129 med videre henvisninger. Dette innebærer at eiendommer kan miste karakter av odelsjord dersom «skifte av tilhøva» tilsier at den ikke lenger kan benyttes til landbruksdrift. Det fremgår av forarbeidene til odelsloven at det bare er eiendommer som «verkeleg har noko å seia for bondenæringa» som er undergitt odelsrett, jf. NOU 1972: 22 Om odelsretten og åsetesretten s. 43 flg.

Dette innebærer at landbruksmyndighetene i saker der det er spørsmål om å gjøre bo- og driveplikt gjeldende, må ta stilling til om «skifte av tilhøva» gjør at eiendommen ikke lenger kan benyttes til landbruksdrift, og således ikke lenger er en odelseiendom. Dette er særlig aktuelt for eiendommer som bare så vidt overstiger lovens minstegrenser for hvilke eiendommer som kan regnes som odelsjord, jf. odelsloven § 2, eller der det rimeligvis kan reises spørsmål ved eiendommens avkastningsevne.

Høyesterett har flere ganger de senere år behandlet saker der det har vært spørsmål om odelsretten til eiendommen er tapt som følge av «skifte av tilhøva», se nærmere dommene inntatt i Rt. 1998 s. 450 Vesterøya, Rt. 2000 s. 1634 Store Døvik, Rt. 2001 s. 561 Nordtveiten og Rt. 2002 s. 112 Gisløys. Med unntak av Store Døvik, kom Høyesterett i disse dommene til at «skifte av tilhøva» gjorde at eiendommene – som til dels langt overskred lovens arealgrenser – hadde mistet karakter av odelseiendommer. Først og fremst har det vært eiendommens evne til å gi eieren et økonomisk utbytte som har gjort at den i flere tilfeller har mistet status som odelseiendom. Det kan således ikke lenger uten videre antas at selv om eiendommen tilfredsstiller arealkravene, er den alltid å regne som odelsjord.

I Rt. 1998 s. 450 Vesterøya formulerte Høyesterett problemstillingen slik:

> «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».

Det er på denne bakgrunn spørsmålet om X fremdeles kan «nyttast til landbruksdrift» må vurderes. I fylkesmannens innstilling til fylkeslandbruksstyret er eiendommen beskrevet slik:

> «Den dyrka marka er i ferd med å gro igjen. ... [Våningshuset] er ikke vedlikeholdt og det er ikke innlagt vann eller avløp. Låvebygningen er oppført i laftet tømmer med et fjøstilbygg i mur.

> Bygningen er i ferd med å falle ned. Skal eiendommen bebos må det oppføres ny bolig».

Det het videre:

> «Søkers eiendom er på totalt ca. 113 daa. I følge jordregisteret er 19 daa jordbruksareal. Denne er ikke holdt i hevd, og er i ferd med å gro igjen. I tråd med kommunens vurdering betraktes eiendommen i denne sammenheng som en ren skogeiendom. Det legges til grunn at avkastningen fra eiendommen i liten grad vil gi et bidrag til familiens inntekt. Samtidig presiserer kommunen at landbrukseiendommene i kommunen jamt over er små, og at det er vanlig med inntekt utenfor bruket».

I kommunens vedtak ble eiendommen beskrevet slik:

> «Innmarka består av tidligere beitemark, og egner seg ikke til moderne jordbruksdrift. Jorda er ikke grøftet, og er stedvis tilvokst med lauvkratt. ... Våningshuset er oppført i laftet tømmer. Bygningene er ikke vedlikeholdt og er uten innlagt vann og avløp. Huset har ikke vært bebodd på flere ti-år, og anses for å ha liten verdi. Låvebygningen er oppført i laftet tømmer og med fjøstilbygg i mur. Bygningen er i ferd med å falle ned, og anses for ikke å ha noen verdi».

Det het videre:

> «Eiendommen X har begrensede arealer, og svært liten avkastingsevne ved tradisjonell landbruksdrift. Bruket vil således bare i liten grad være til støtte til annet yrke eller næring.»

Jeg finner også grunn til å sitere følgende fra en «veiledende takst» utarbeidet 31. juni 1997:

> «Skogen består av vesentlig høy bonitet med over halvparten av arealene i bonitet 17 og høyere. Fordeling over hogstklasser er med overvekt av arealer i ungskog og i yngre produksjonsskog. En kan derfor ikke regne med mulighet for å ta ut annet enn tynningsvirke og ved på eiendommen de neste 20 årene.
>
> Balansekvantumet vil ligge på 10 m^3 pr år totalt u.b.
>
> *Bygninger:*
>
> På eiendommen er det en låvebygning som er oppført i laftet tømmer og med et fjøstilbygg i mur. Bygningen er i ferd med å falle ned og anses for ikke å ha noen verdi.
>
> Hovedhuset består av 1 ½ etasje i laftet 4“ tømmer. Huset er 7 x 8 meter. Bygningene er ikke isolert eller malt. Nederst på veggene langs grunnmuren er det råte i tømmerstokkene. Grunnmuren er sprukket. Bygningen er tekket med blikkplater som virker hele. Huset har innlagt strøm men ikke innlagt vann eller kloakk. Huset anses for å ha liten verdi».

Selv om fylkesmannens innstilling berørte spørsmålet om eiendommens avkastningsevne, ble det ikke forsøkt å gi et anslag på denne. Fylkeslandbruksstyret synes i det hele tatt bare forutsetningsvis å ha lagt til grunn at eiendommen fremdeles kunne «nyttast til landbruksdrift».

Etter utviklingen i rettspraksis kan det ikke lenger forutsettes at eiendommer som ligger i grenselandet for å tilfredsstille lovens arealgrenser, kan anses som odelseiendommer. For slike eiendommer bør landbruksmyndighetene undersøke spørsmålet særskilt. Det er da naturlig å ta utgangspunkt i eiendommens avkastningsevne. I min uttalelse i ombudsmannssak 2004/1561 ga jeg uttrykk for at det er naturlig at landbruksmyndighetene i rimelig grad søker å tallfeste det økonomiske utbytte eiendommen antas å gi, selv om det ligger i sakens natur at en slik tallfesting må bli skjønnsmessig.

Jeg finner det uheldig og kritikkverdig at fylkeslandbruksstyret ved sin opprinnelige behandling av saken ikke tok stilling til om X fremdeles kunne «nyttast til landbruksdrift». Særlig fordi det i advokatens klage dit ble reist spørsmål om eiendommens avkastningsevne, burde det vært gjort.

Etter at det herfra ble bedt om en redegjørelse for om X fremdeles kunne anses som en landbrukseiendom, har fylkeslandbruksstyret uttrykkelig bekreftet dette. Fylkeslandbruksstyret har imidlertid ikke underbygget denne vurderingen. Styret har heller ikke søkt å tilbakevise advokatens anførsel om at eiendommen ikke har noen avkastningsevne, og har heller ikke – til tross for at det uttrykkelig ble spurt om dette – gitt noe anslag på eiendommens avkastningsevne.

Det er derfor vanskelig å vurdere om det er realistisk at en fornuftig kjøper ville erverve eiendommen til landbruksdrift med sikte på økonomisk gevinst. På bakgrunn av den beskrivelse av eiendommen som fylkeslandbruksstyret, kommunen og den veiledende taksten fra 1997 gir, er jeg i tvil om X kan «nyttast til landbruksdrift» i den forstand odelsloven § 1 benytter begrepet.

Det hefter etter dette begrunnet tvil til forhold av betydning for saken, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Jeg ber fylkeslandbruksstyret på nytt vurdere om X fremdeles kan regnes som en odelseiendom. Ved den fornyede vurderingen må fylkeslandbruksstyret ta stilling til eiendommens avkastningsevne, og vurdere denne i forhold til den rettspraksis som er gjennomgått over.

Jeg ber om å bli holdt orientert om fylkeslandbruksstyrets fornyede vurdering.

Med mitt syn på saken, er det ikke nødvendig å gå inn på de øvrige spørsmålene saken reiser, herunder betydningen av kommunens «bolystprogram» og spørsmålet om bopliktordningen er i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.»

Etter oppfordring herfra vurderte fylkeslandbruksstyret saken på nytt. Fylkeslandbruksstyret kom – under tvil – til at eiendommen ikke lenger kunne regnes som odlingsjord.

Klagerens advokat krevde deretter dekning for saksomkostninger i forbindelse med fylkesland-

bruksstyrets behandling. Fylkesmannen ga da uttrykk for at bopliktspørsmålet ikke var endelig avgjort til klagerens fordel.

Ettersom fylkeslandbruksstyrets syn på spørsmålet om eiendommen kunne regnes som en odelseiendom kunne tilsi at saken var endelig avgjort i forvaltningen, ble saken på bakgrunn av fylkesmannens antydning på nytt tatt opp med fylkeslandbruksstyret. Det ble herfra spurt om det rettslige grunnlaget for en eventuell opprettholdelse av boplikten på annet grunnlag enn etter odelsloven.

Under fylkeslandbruksstyrets møte 13. oktober 2006 ble det enstemmig vedtatt å opprettholde boplikten, nå med hjemmel i konsesjonsloven § 5.

Det avgjørende spørsmålet i saken var om eiendommen kunne anses som en «jord- og skogbrukseiendom» etter konsesjonsloven § 5 annet ledd, når det var tvilsomt om eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1.

I mitt avsluttende brev 4. januar 2007 til fylkeslandbruksstyret ga jeg uttrykk for at jeg vanskelig kunne se at eiendommen kunne anses som en «jord- og skogbrukseiendom», når det er tvil om den kan anses som en odelseiendom. Det forelå derfor omstendigheter som reiste begrunnet tvil om forhold av betydning i saken, og jeg ba fylkeslandbruksstyret behandle saken på nytt.

De generelle problemstillingene denne saken reiser, er omtalt i meldingens kap. III på s. 32.

83.

Varig fritak fra boplikt – spørsmål om eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1

(Sak 2005/1244 og 2006/1753)

A klaget hit over et avslag på søknad om fritak fra boplikt, som han anførte var vilkårlig og uforsvarlig.

Ombudsmannen mente det var uheldig at fylkeslandbruksstyret – slik saken lå an og på bakgrunn av rettspraksis – ikke hadde tatt stilling til om eiendommen fremdeles kunne «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1. Han fant dessuten at det forelå begrunnet tvil om forhold av betydning i saken, idet eiendommens avkastningsevne var slik at eiendommen etter rettspraksis vanskelig kunne sies å kunne «nyttast til landbruksdrift» lenger. Det var dermed ikke grunnlag for boplikt etter odelsloven, og ombudsmannen ba fylkeslandbruksstyret vurdere saken på ny. Fylkeslandbruksstyret var enig i at det var tvil om eiendommen fylte vilkårene for å være odlingsjord, men opprettholdt boplikt i medhold av konsesjonsloven. Ombudsmannen fant grunn til å ta saken opp på ny med fylkeslandbruksstyret.

A overtok eiendommen «X» i 2003. Eiendommen har vært i slektens eie siden 1867. Klageren bodde på eiendommen i fem av sine barneår, fra 1943–1948. Han bor i dag i Bodø, og ønsker å beholde gården som helhet og fortsette vedlikehold og bevaring av bygningene på gården i en original utførelse. Eiendommen ble sist bebodd av klagerens farmor, men har nå stått ubebodd i over 30 år. Fra 1975 var eiendommen eid i et sameie på 7 personer. En av deleierne var klagerens datter B, som overtok eiendommen alene i 2000. Hun søkte etter overtagelsen om fritak fra boplikt på eiendommen, men søknaden ble avslått. Siden ble eiendommen formelt overdratt til A, som sendte inn egen søknad.

Beiarn kommune, Plan- og ressursstyret avslo søknaden med hjemmel i odelsloven 28. juni 1974 nr. 58 §§ 27 og 27 a. Vedtaket ble påklaget av A. Plan- og ressursutvalget opprettholdt imidlertid vedtaket. Kommunens vedtak ble så stadfestet av Fylkeslandbruksstyret i Nordland med 5 mot 2 stemmer.

A klaget til ombudsmannen i brev 7. juli 2005, og gjorde gjeldende at en rekke tungtveiende momenter taler for fritak fra boplikten, og at avslaget på søknaden var fattet etter en vilkårlig og uforsvarlig skjønnsutøvelse.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og fylkeslandbruksstyret ble bedt om å begrunne sin vurdering om at eiendommen er odelsjord. Det ble vist til at Høyesterett i flere avgjørelser de senere år har tatt stilling til om tidligere odelseiendommer har mistet denne statusen, fordi de ikke lenger antas å kunne «nyttast til landbruksdrift». Det ble særlig stilt spørsmål om det fremsto som realistisk at en fornuftig kjøper ville erverve eiendommen med sikte på landbruksdrift. Det ble påpekt at verken fylkesmannen eller kommunen syntes å ha tatt stilling til hvilken avkastningsevne en eventuell landbruksdrift på eiendommen har. Fylkeslandbruksstyret ble derfor bedt om å vurdere hvor høy netto avkastningsevne eiendommen kan gi.

Videre ble fylkeslandbruksstyret bedt om å redegjøre nærmere for hvordan de forskjellige momentene i vurderingen av om fritak fra boplikt skal gis, hadde vært veid mot hverandre i saken, jf. odelsloven § 27 a. Fylkeslandbruksstyret ble herunder bedt om å kommentere om bosettingshensynet er så tungtveiende at det «slår ut» ut de øvrige hensyn i saken som det skal legges «særlig vekt på» og klagers anførsel om at «kostnadene ved å sette eiendommen i stand som helårsbolig tilsier at boplikten må oppheves». Det ble også stilt spørsmål om hva fylkeslandbruksstyret bygget på når det la til grunn at bosettingen i kommunen avtok. Det ble dessuten spurt om det var grunn til å anta at et avslag til A vil virke positivt for bosettingssituasjonen i kommunen.

Av vedlegg til klagen hit fremgikk det at eiendommen i perioden 1975 til 2000 formelt var eid av 7 personer. Det ble på bakgrunn av disse opplysningene stilt spørsmål om boplikten var oppfylt i denne perioden, og i tilfelle på hvilken måte. Det ble også vist til fylkesmannens redegjørelse til fylkeslandbruksstyret for forvaltningsloven § 34 annet ledd

tredje punktum. Det ble stilt spørsmål om regelen innebærer en begrensning for fylkeslandbruksstyret til å omgjøre et vedtak, og i så fall på hvilken måte.

Fylkeslandbruksstyret behandlet henvendelsen herfra i møte 15. september 2005. I fylkesmannens saksfremlegg, som styrets flertall sluttet seg til, het det bl.a.:

«Spørsmål 1: Er det rimelig å anta et en fornuftig kjøper vil erverve eiendommen til landbruksdrift?

Fylkesmannen viser til opplysningene i Beiarn kommunes brev av 09.09.05 hvor det fremgår at kommunen årlig mottar henvendelser om det finnes ledige småbruk for salg, men at det er sjelden slike kommer på salg. Kommunen opplyser også at to småbruk er solgt den siste tiden til familier som har bosatt seg på eiendommene med sikte på å drive landbruksdrift. Også Fylkesmannen får jevnlig spørsmål fra personer som ønsker å erverve småbruk med sikte på bosetting og drift.

Fylkesmannen legger etter dette til grunn at det er rimelig å anta at en fornuftig kjøper vil kjøpe den aktuelle eiendommen til landbruksdrift.

Spørsmål 2: Eiendommens avkastningsevne

Beiarn kommune har beregnet netto avkastningsevne på eiendommen til kr 12.500,-. Fylkesmannen har ikke merknader til kommunens beregning av avkastningsevnen.

Spørsmål 3: Vektingen av momentene i odelsloven § 27 a og kommentarer til bosettingssituasjonen i Beiarn kommune

Beiarn kommune har i sitt brev av 09.09.05 gitt en nærmere begrunnelse for sine vurderinger av momentene i odelsloven § 27 a. Fylkesmannen viser også til kommunens redegjørelse vedrørende befolkningsnedgangen – fra 1437 til 1165 personer – fra 1996 til 2005.

Fylkesmannen har i sin vurdering i sak 13/01 lagt vesentlig vekt på hensynet til Beiarn kommunes ønske om å styrke eller opprettholde bosettingen i det område eiendommen ligger. Beiarn kommune har gjennom uttrykte målsettinger for landbruket bestemt at det skal utøves en streng praktisering av boplikten. Fylkesmannen har – gjennom flere saker – ikke hatt merknader til kommunens målsettinger og har ment at disse er i samsvar med odelslovens bestemmelser og praktiseringsreglene i Landbruks- og matdepartementets rundskriv. I Rundskriv M-2/2004 heter det på side 4: *»Fra 1. januar 2004 har videre kommunene fått utvidet sin myndighet til å avgjøre saker etter jordloven, konsesjonsloven, odelsloven og skogbruksloven. Kommunen har fått økt myndighet bla. for å styrke lokaldemokratiet på landbruksområdet. Kommunens rolle er å utøve lokalt skjønn og forvalte landbrukspolitiske virkemidler innenfor rammene av nasjonal politikk. I saker om boplikt er lokal forankring av skjønnet av stor betydning.»*

Fylkesmannen vurderer det slik at As alder ikke gir grunnlag for å innvilge fritak fra boplikten. Han er pensjonist og er således ikke avhengig av å få arbeid i kommunen. Hva gjelder hans tilknytning til eiendommen, mener Fylkesmannen at denne til en viss grad taler for å gi fritak fra boplikten, men at den ikke er så sterk at den alene kan gi grunnlag for å innvilge fritak fra boplikten. Fylkesmannen er gjennom klagene i saken ikke blitt gjort kjent med at det foreligger særlige forhold ved As livssituasjon som kan gi grunnlag for å gi fritak fra boplikten.

Når det gjelder klagerens anførsel om at kostnadene ved å sette eiendommen i stand som helårsbolig tilsier at boplikten må oppheves, viser Fylkesmannen til Sivilombudsmannens årsmelding 2003–2004 side 255. Det vises også til Rt. 2000/1634 hvor Høyesterett i en sak vedrørende kravene til odlingsjord kom til at det ikke var naturlig å trekke inn kostnader til bolig ved vurderingen av om driften av eiendommen ville gå med overskudd. Om X i Beiarn i dag er å anse som odlingsjord vil – slik Fylkesmannen ser det – ikke ha avgjørende betydning for spørsmålet om det skal gis fritak fra boplikten. Det vises her til Landbruks- og matdepartementets Rundskriv M2/2004 hvor det på side 5 heter: «I prinsippet stilles de samme krav til bo- og driveplikt etter konsesjonsloven og odelsloven».

Spørsmål 4: Sameiet bestående av 7 personer ble opprettet i 1974, altså før reglene om bo- og driveplikt trådte i kraft. Dette skjedde som kjent fra 01.01.75. Som Beiarn kommune anfører hadde ikke kommunen muligheter for å håndheve boplikten før eiendommen ble overført fra sameiet til B.

Spørsmål 5: Mener fylkeslandbruksstyret at forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum begrenser styrets kompetanse i denne saken?

Fylkesmannen mener at det med hjemmel i forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum skal legges vekt på hensynet til det lokale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Fylkesmannen mener at kommunens skjønn i denne saken ligger innenfor rammene av gjeldende lover og sentrale og lokale retningslinjer. Som anført i sak 13/05, kom Fylkesmannen – med tilslutning fra et flertall i fylkeslandbruksstyret – til at Beiarn kommune ikke hadde utøvd sitt skjønn på en uforsvarlig eller vilkårlig måte, og at det derfor ikke var grunnlag for å omgjøre kommunens vedtak. Ved denne vurderingen hadde Fylkesmannen heller ikke funnet feil ved saksbehandlingen eller ved lovanvendelsen i kommunen, ei heller at kommunen hadde begått usaklig forskjellsbehandling.

Fylkesmannen kan ikke se at det er grunnlag for å gi ytterligere merknader til klagen fra A.»

A kom tilbake til saken, og stilte spørsmål om kommunens beregning av avkastningsevnen. Etter hans oppfatning var avkastningsevnen satt uforståelig høyt, og beregningen ble desto mer uforståelig hvis en skal hensynta nødvendige påkostninger til driftsbygninger og maskiner, noe som sannsynligvis vil føre til en negativ avkastningsevne på eiendommen. Det ble vist til at låven ikke har vært benyttet til husdyrhold siden 1947, hvilket indikerte at store påkostninger var nødvendige for å sette driftsbygningen i stand til landbruksdrift etter dagens standard. Det ble videre hevdet at utgifter ved våningshus er relevante

for vurderingen, jf. Rt. 1998 s. 450 (Vesterøyadommen). Videre kunne ikke A se at fylkeslandbruksstyret hadde svart på ombudsmannens spørsmål om hvordan de forskjellige momentene skal veies mot hverandre, og om hensynet til bosettingen kunne «slå ut» de andre momentene i saken. Det ble også fremlagt nye opplysninger om klagerens livssituasjon.

Fylkeslandbruksstyret behandlet saken på nytt i møte 1. desember 2005, hvor det ble uttalt at man ikke har hatt merknader til kommunens beregning av avkastningsevnen. Fylkeslandbruksstyret påpekte videre at det ikke syntes realistisk med dyrehold på eiendommen. Når det gjaldt husforholdene, ble det vist til at dette ble vurdert under fylkeslandbruksstyrets opprinnelige vedtak i saken. Fylkeslandbruksstyret fremholdt også at tilstanden på bygningsmassen i dette tilfelle ikke hadde betydning når eiendommens avkastningsevne skal vurderes idet eiendommen var et typisk støttebruk og eieren uansett må ha en bolig. Det ble vist til Rt. 2000 s. 1634.

Ved fylkeslandbruksstyrets behandling ble det fremsatt forslag om omgjøring av tidligere vedtak, men disse fikk ikke flertall.

Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Innledning

Det følger av odelsloven 28. juni 1974 nr. 58 § 27 første og annet ledd at den som overtar en eiendom på grunnlag av odelsrett, har plikt til å bosette seg på og å drive denne. Hovedbegrunnelsen for bo- og driveplikten er å sikre at landbrukseiendommer i størst mulig grad eies og bebos av brukeren. Begrunnelsen har flere sider, bl.a. hensynet til å holde landbruksareal i hevd og hensynet til kostnadseffektiv drift. Videre anses boplikten å være et grunnleggende prinsipp for å opprettholde bosettingen på eiendommen og i området.

Lovbestemt boplikt etter odelsloven inntrer ved overtakelse av en eiendom underlagt odelsrett. Etter odelsloven § 1 må eiendommen kunne «nyttast til landbruksdrift» for å være underlagt odelsrett. Det stilles videre krav til eiendommens størrelse, jf. odelsloven § 2 som lyder slik:

> «Ein eigedom blir rekna som odlingsjord når anten jordbruksarealet er minst 20 dekar, eller det høyrer til så mykje anna areal, rettar og lunnende at den produksjonsmessige verdi tilsvarar minst 20 dekar jordbruksareal.
>
> Ein eigedom der jordbruksarealet er under 5 dekar er likevel aldri odlingsjord. Det same gjeld ein rein skogeigedom der det produktive arealet er under 100 dekar.»

Ifølge opplysningene i saken ligger bruket på gården Y, ca. 6 km utenfor kommunesenteret. Gården består av 6–7 mindre bruk som delvis ligger i teigblanding. Brukets jordbruksarealer har vært bortleid til forskjellige brukere siden tidlig på 50-tallet, men høstes nå av nabo C som driver med melke- og kjøttproduksjon.

Kommunen har lagt til grunn at fulldyrka areal er på 12 dekar. I tillegg benyttes 33 dekar som innmarksbeite/gjødslet beite. Eiendommens skogbruksareal utgjør ca. 230 dekar, hovedsakelig lauvskog, men også et par mindre plantefelt fra 1960-tallet. Til eiendommen ligger også en del fjellareal i fellesskap med de øvrige bruk på gården.

Etter Ot.prp. nr. 59 (1972–73) s. 52 vil «fulldyrka og overflatedyrka jord, samt anna jord som uten videre kultivering er skikka til slåtteng eller kulturbeite» regnes som jordbruksareal i relasjon til odelsloven § 2. Kravet til størrelse i odelsloven § 2 synes derfor å være oppfylt.

Avgjørende for om eiendommen er underlagt odelsrett, er derfor om den fortsatt kan «nyttast til landbruksdrift», jf. odelsloven § 1.

Kravet om at eiendommen skal kunne «nyttast til landbruksdrift»

Vilkåret i odelsloven § 1 er først og fremst en vurdering av naturgrunnlaget på eiendommen, jf. Rygg/Skarpnes: Odelsloven med kommentarer, 4. utg., s. 18. Omstendighetene må ligge til rette for å utnytte arealet til produksjon av landbruksvarer.

Det følger av odelsloven § 23 at en eiendom som «etter skifte av tilhøva ikkje lenger fyller vilkåra for odlingsjord etter § 2 i denne lova», ikke kan løses på odel. Dersom dette er tilfelle, kommer ikke lovens øvrige bestemmelser om odelseiendommer, som for eksempel boplikt, til anvendelse. I henhold til rettspraksis skal lovens henvisning også leses som en henvisning til § 1, jf. Rygg/Skarpnes s. 129 med videre henvisninger. At en eiendom tidligere har hatt status som odelseiendom, er således ikke uten videre avgjørende for om odelslovens regler om boplikt kommer til anvendelse. Det må således tas stilling til om «skifte i tilhøva» har gjort at eiendommens status som odelseiendom er tapt, noe som i første rekke reiser spørsmål om den fremdeles kan «nyttast til landbruksdrift». Rettspraksis viser at det i denne sammenheng i betydelig grad skal foretas en økonomisk vurdering av bruket.

Problemstillingen er behandlet av Høyesterett i flere avgjørelser de siste årene. Jeg viser særlig til Rt. 1998 s. 450 (Vesterøyadommen), Rt. 2000 s. 1634 (Store Døvikdommen), Rt. 2001 s. 561 (Nordtveitendommen) og Rt. 2002 s. 112 (Gisløysdommen). Høyesterett kom i de nevnte sakene, med unntak av Rt. 2000 s. 1634, til at eiendommene hadde tapt sin status som odelsjord.

Det kan ikke uten videre stilles opp en forutsetning om at enhver eiendom som fyller arealkravene etter odelsloven § 2, også tilfredsstiller kravene til landbruksdrift etter lovens § 1.

I Rt. 1998 s. 450 Vesterøya uttaler Høyesterett at problemstillingen er «om det – ut fra de rådende for-

hold 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.»

Høyesterett viser videre til at det må foretas en objektiv vurdering av om eiendommen kan nyttes til landbruksdrift, og at den aktuelle eiendommen må vurderes uten at det tas hensyn til om det er et marked for eiendommen som tilleggsjord til andre eiendommer.

I Rt. 2001 s. 561 Nordtveiten gjøres følgende presisering:

> «[det] må ... være en forutsetning for at en eiendom skal kunne være odlingsjord, at det fremstår som realistisk at noen kan tenkte seg å drive landbruk på eiendommen med sikte på økonomisk vederlag for arbeidsinnsatsen. Dette innebærer at økonomiske betraktninger vil inngå som et moment i vurderingen.»

Ytterligere presisering av vurderingstemaet finnes i Rt. 2002 s. 112 Gisløys:

> «Spørsmålet er da om det er påregnelig at noen vil erverve eiendommen med sikte på slik drift, og om driften i tilfelle vil gi tilskudd av betydning for en families underhold.»

Det avgjørende er således om det foreligger driftsalternativer for eiendommen som er egnet til å gi den som måtte drive den et tilskudd av betydning for ham og hans familie.

Det er på det rene at eiendommer som har karakter av støttebruk, også kan være odelsjord. Det er verken etter lovforarbeider eller rettspraksis et vilkår at eiendommen skal være eneste næringsgrunnlag for en familie. Eiendommen må imidlertid etter rettspraksis kunne gi «et tilskudd av betydning», jf. sitatet over fra Rt. 2002 s. 112.

I Rt. 2002 s. 112 kom Høyesterett til at en avkastningsevne fra skogdrift på kr 5 000,- pr. år var for lav til at det var realistisk at en fornuftig kjøper ville erverve eiendommen med sikte på økonomisk avkastning fra landbruksdriften. At eiendommen hadde tilleggsinntekter fra småviltjakt-, fiske- og hytteutleie på kr 8 000,- samt inntekter fra utleie av beiterett på kr 4 000,- kunne etter Høyesteretts oppfatning ikke gi eiendommen karakter av å være en landbrukseiendom.

Det foreligger i tillegg noen nyere lagmannsrettssaker, basert på de prinsipper Høyesterett har trukket opp.

A har vist til Hålogaland lagmannsretts dom 22. juli 2003 (LH–2002–743), som gjaldt en eiendom på til sammen 454 dekar hvorav 63 da innmark og 391 da skog. Lagmannsretten kom til at eiendommen ikke kunne «nyttast til landbruksdrift». Lagmannsretten kom til at den påregnelige bruken av potet- og jordbærproduksjon, eventuelt i kombinasjon med birøkt, ikke ville gi økonomisk vederlag av betydning for eierne. Anken til Høyesterett ble nektet fremmet.

I et overskjønn inntatt i RG 2004 s. 1328 kom Borgarting lagmannsrett til at eiendommen Nylenna på Nesodden utenfor Oslo var odelsfri. Også her ble anken til Høyesterett nektet fremmet. I overskjønnet het det:

> «Lagmannsretten ser ikke bort fra at det kan la seg gjøre å selge ved for anslagsvis kr 25.000 årlig, men anser det i likhet med det som er sagt foran, ikke for påregnelig at en fornuftig kjøper ville ha ervervet eiendommen med sikte på at produksjon og salg av ved skulle gi noe tilskudd av betydning til familiens underhold, verken i kombinasjon med juletreproduksjon eller alene.»

Videre viser jeg til Hålogaland lagmannsretts dom 31. oktober 2005 (LH–2005–74221). Lagmannsretten kom til at det ikke var påregnelig at noen ville erverve eiendommen med sikte på å drive landbruk i form av potetproduksjon på eiendommen i kombinasjon med produksjon av høy, eller at slik drift ville kunne gi tilskudd av betydning til en families økonomi. Lagmannsretten uttalte bl.a. følgende:

> «Samlet sett fremstår det i lys av de investeringer som er nødvendige for å etablere potetproduksjon, de variable kostnader ved slik produksjon og den usikkerhet som knytter seg til avsetningsmulighetene, som i beste fall tvilsomt om produksjonen vil gi økonomisk bidrag av betydning til produsenten.»

På bakgrunn av denne utviklingen i rettspraksis og As anførsel om at eiendommen ga «små avkastningsmuligheter» i sin klage 9. desember 2004 til fylkeslandbruksstyret, finner jeg det uheldig at fylkeslandbruksstyret ved sin opprinnelige klagebehandling ikke tok stilling til om eiendommen fremdeles kunne «nyttast til landbruksdrift».

Det fremgår av sakens opplysninger at eiendommen «X» ikke har vært bebodd siden 1974. Bolighuset og driftsbygningen er gamle, men holdt i god stand. Det er imidlertid ikke lagt inn vann og sanitæranlegg. Landbruksdrift har ikke vært drevet i egen regi på eiendommen siden 1950-tallet. Jord- og skogareal har siden dette tidspunkt vært drevet som tilleggsareal. Etter det opplyste er jordbruksarealene i dag bortleid til C, som er eneste bruker på Y. Skogbrukssjefen i kommunen har i brev 9. september 2005 til fylkesmannen gitt et anslag på eiendommens avkastningsevne, som fylkeslandbruksstyret har sluttet seg til. Fylkeslandbruksstyret har lagt til grunn at eiendommen gir et årlig inntjeningspotensial på kr 12 500,-. Fylkeslandbruksstyret viser til kommunens redegjørelse hvor det fremgår at jordbruksarealene i hovedsak bare kan benyttes til gressproduksjon, med vekstskifte med for eksempel potet/grønnsaker. Netto avkastning av jordbruksarealene er vurdert til kr 6 000,-. Vekstskifte med potet/grønnsaker vil øke netto avkastningsevne en del. Vedproduksjon vil kunne gi netto utbytte på totalt kr

3 000,-. En avkastning på selve driften begrenser seg etter de foretatte beregninger således til kr 9 000,- i året. I tillegg kommer inntekter fra utleie av jakt- og fiskerettigheter som er beregnet til kr 3 500,- i året. Det knytter seg likevel usikkerhet til tallene.

Fylkesmannen og fylkeslandbruksstyret har lagt til grunn at det er rimelig å anta at en fornuftig kjøper vil kjøpe den aktuelle eiendommen til landbruksdrift. Det er vist til at etterspørselen etter småbruk er stor. I nyere tid opplyses at det er solgt to småbruk på ... til familier som har bosatt seg der med sikte på å drive landbruksdrift ved siden av annet arbeid.

Jeg kan ikke se at etterspørselen etter småbruk for fast bosetting betyr at vilkårene i odelsloven er oppfylt. Myndighetene må som nevnt foreta en objektiv vurdering av om det ut fra de rådende forhold eller sett i et lengre tidsperspektiv framstår som realistisk at en kjøper vil erverve eiendommen til landbruksdrift. Det foreligger ingen opplysninger om de aktuelle eiendommene, og jeg går derfor ikke nærmere inn på om de aktuelle eiendommer skal vurderes som en selvstendig driftsenhet i forhold til kravet i odelsloven § 1.

Slik saken er opplyst synes jordbruksarealene i hovedsak bare å kunne benyttes til gressproduksjon, eventuelt med vekstskifte (potet/grønnsaker). Videre kan det påregnes noe inntekt fra vedproduksjon og utleie av jaktrett og fiskerettigheter i Beiarelva.

Jeg kan for min del vanskelig se at en netto avkastningsevne på kr 12 500,- utgjør noe vesentlig bidrag til en families underhold. Det er således vanskelig å se at en fornuftig kjøper vil erverve «X» med sikte på økonomisk vinning på eiendommen. På bakgrunn av den rettspraksis som foreligger, kan jeg vanskelig se at vilkåret i odelsloven § 1 er oppfylt.

Det knytter seg dermed «begrunnet tvil til forhold av betydning i saken» jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Jeg ber derfor fylkeslandbruksstyret vurdere saken på ny i lys av det som fremgår ovenfor. ...

Med mitt syn på saken, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på klagerens påstand om at vedtaket er fattet etter en uforsvarlig og vilkårlig skjønnsutøvelse i relasjon til odelsloven §§ 27 og 27 a.»

I møte 14. september 2006 ga fylkeslandbruksstyret uttrykk for at det var enig med ombudsmannen i at det kan være berettiget tvil om eiendommen fylte vilkårene for å være odlingsjord. Fylkeslandbruksstyret mente derimot at boplikt kunne opprettholdes med hjemmel i konsesjonsloven.

Ombudsmannen fant grunn til å undersøke nærmere fylkeslandbruksstyrets saksbehandling og det nye vedtaket i saken, og den er derfor på nytt tatt opp med fylkeslandbruksstyret. Saken er ennå ikke avsluttet.

En redegjørelse for ulike generelle rettsspørsmål som denne saken reiser er gitt i kap. III pkt. 7, på s. 32.

VI. Tilleggsopplysninger i saker referert i tidligere årsmeldiner

1. Meldingen for 2003

Innsyn i dokumenter med sensitive opplysninger
(Sak 2002/2187, 2004/3256 og 2006/252)
Nr. 1 (s.48–50)
jf. Meldingen for 2005
Kap. V (s. 47)

I brev 13. februar 2006 ble Utlendingsdirektoratet bedt om å redegjøre for status i arbeidet med et rundskriv om dokumentinnsyn i Utlendingsdirektoratet. Direktoratet opplyste i brev 3. mars 2006 at et utkast til rundskriv snart var klart, og at utkastet deretter ville bli sendt på høring.

Direktoratet oversendte 12. juni 2006 Utlendingsdirektoratets rundskriv nr. 2006–14 «Partsinnsyn i utlendingssaker – forvaltningsloven §§17–21».

2. Meldingen for 2004

Partsinnsyn i tilsettingssak – rett til å få tilsendt kopi av søknad
(Sak 2004/2542)
Nr. 11 (s. 80–82)

Kommunen ga ingen tilbakemelding om at det var foretatt en ny vurdering, slik det var bedt om, og hva som i så fall var utfallet av den. Det ble derfor minnet om saken i brev til kommunen. I sitt svar opplyste kommunen at «saken fortsatt vurderes, men at vi ser at saken mister en vesentlig del av sin relevans ettersom tiden går».

I brev til kommunen 8. februar 2006 ga ombudsmannen uttrykk for at kommunen ikke hadde foretatt en tilfredsstillende oppfølging av uttalelsen og at det i seg selv ga grunnlag for kritikk. Ombudsmannen uttalte videre:

«Jeg har i tidligere saker lagt til grunn at de fleste innsynsbegjæringer bør kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1–3 virkedager. Dette må også gjelde spørsmålet om hvordan gjennomføringen av innsynet skal skje. Etter mitt syn skulle således kommunen kort tid etter min uttalelse, når dette ikke var gjort tidligere, utlevert kopi av søknaden med vedlegg fra søkeren som ble tilsatt i stillingen som personalsjef i kommunen, til den søkeren som hadde bedt om det. Jeg har ikke funnet dette standpunktet tvilsomt.

Kommunen bes merke seg dette for fremtiden, både med hensyn til behandlingen av denne typen innsynsanmodninger og med hensyn til oppfølgingen av ombudsmannens uttalelser. Jeg forutsetter for øvrig at kommunen nå straks vil følge opp uttalelsen herfra i forhold til den konkrete saken.»

Klageren henvendte seg noe senere til ombudsmannen og opplyste at han fremdeles ikke hadde mottatt kopi av de aktuelle dokumentene. Det var heller ikke gitt noen tilbakemelding fra kommunen til ombudsmannen. I brev 21. mars 2006 ble kommunen bedt om å opplyse om dokumentkopiene var oversendt til klageren. Dersom dette ikke var gjort, ble det bedt om en nærmere begrunnelse fra kommunen.

Kommunen kom tilbake til saken i brev 24. mars 2006, og ga uttrykk for at den var «sterkt i tvil» med hensyn til om ombudsmannen «har vurdert saken ut fra et helhetlig grunnlag, dvs. ut fra alle norske lover som har innvirkning på dette spørsmålet». Det ble bedt om at ombudsmannen vurderte saken også «ut fra andre relevante lover og forskrifter». I denne forbindelse ble det vist til at det virket som om hensynet til vedkommende som ble tilsatt i stillingen, ikke hadde blitt tillagt vekt. Kommunen viste bl.a. til personvernhensyn og anførte at klageren gjennom sin handlemåte hadde vist «at det er grunn til å reise spørsmål vedrørende hans interesse i saken utover innsyn i den utvidede søkerlisten».

Ombudsmannen uttalte deretter i brev til kommunen 11. mai 2006:

«Rådmannens brev gir meg ikke et rettslig forsvarlig grunnlag for å endre det syn jeg tidligere har gitt uttrykk for.

Jeg må derfor nå be om at kommunen tilkjennegir sitt endelige standpunkt med hensyn til om den vil følge det jeg har lagt til grunn. Om nødvendig må rådmannen legge frem saken for ordføreren i kommunen. Eventuelt bør saken også legges frem for kommunestyret.»

Kommunen kom tilbake til saken og ba om en orientering «om hvilke eventuelle forvaltningsmessige konsekvenser» det ville få for kommunen om den opprettholdt sitt standpunkt. Det ble for øvrig opplyst at både ordføreren og kommunestyret var informert om saken, og at et samlet kommunestyre hadde gitt «full tilslutning» til kommunens håndtering av saken. På bakgrunn av dette opprettholdt kommunen sitt standpunkt.

I brev 4. august 2006 til kommunen ble det vist til at Stortinget har forutsatt at forvaltningen skal

forholde seg lojalt til ombudsmannens anbefalinger, jf. bl.a. Inst. S. nr. 210 (2004–2005) side 14. Det ble videre opplyst at ombudsmannens virkemiddel i saker hvor forvaltningen ikke etterkommer ombudsmannens anbefalinger først og fremst vil være å gjøre Stortinget oppmerksom på forholdet i forbindelse med avgivelsen av ombudsmannens årsmelding.

Ombudsmannen tok deretter initiativ til, og gjennomførte, et besøk til kommunen sammen med en medarbeider. I forbindelse med besøket hadde ombudsmannen et møte med representanter for kommunen, herunder bl.a. rådmannen og ordføreren. Formålet med møtet var først og fremst å klargjøre enkelte forhold i forbindelse med kommunens manglende oppfølging av ombudsmannens uttalelse og orientere om ombudsmannsordningen og ombudsmannens forhold til forvaltningen. Kommunen opprettholdt i møtet sitt standpunkt med hensyn til ikke å oversende kopi av den aktuelle søknaden med vedlegg til klageren.

Ombudsmannen uttalte deretter i brev 22. januar 2007 til kommunen:

«Jeg har forstått det slik at kommunen for så vidt ikke bestrider den generelle rettsforståelsen som jeg har gitt uttrykk for i min uttalelse 3. november 2004, nemlig at en part som ber om det skal få kopi av dokumenter som vedkommende har rett til innsyn i. Dette følger direkte av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 20 annet ledd første punktum. Kommunen har i denne saken ikke bestridt søkerens rett til innsyn. Jeg gjør for ordens skyld oppmerksom på at en søkers rett til innsyn i den tilsattes søknad med vedlegg nå fremgår av forvaltningslovforskriften 15. desember 2006 nr. 1456 § 17 første ledd, som trådte i kraft 1. januar 2007. Bestemmelsen er en videreføring av partsoffentlighetsforskriften 21. november 1980 nr. 13 § 4 første ledd.

I forbindelse med mitt besøk til kommunen, ble det fra kommunens ledelse redegjort noe nærmere for hensynene som ligger til grunn for standpunktet om likevel ikke å gi søkeren kopi i dette tilfellet. Kommunens hovedinnvending synes å knytte seg til faren for at kopiene vil kunne bli misbrukt av søkeren.

Jeg har merket meg de hensynene som kommunen har vist til, men kan ikke se at disse er av avgjørende betydning for det rettslige spørsmålet om retten til å få kopi av dokumenter som det er lagt til grunn at parten har rett til innsyn i. Som jeg har fremholdt blant annet i min uttalelse, er det ikke opp til kommunens skjønn om det skal gis kopi til den som ber om det. En frykt for at kopiene vil kunne bli misbrukt kan etter mitt syn ikke gi grunnlag for å gjøre unntak fra forvaltningsloven § 20 annet ledd første punktum. Bestemmelsen åpner etter det jeg kan se ikke for slike avveininger.

Etter dette må jeg fastholde at kommunen bør oversende kopi av dokumentene til søkeren. Jeg legger imidlertid til grunn at kommunen ikke vil gjøre dette og jeg har ingen formell myndighet til å gi pålegg til kommunen.

Saken er tidligere omtalt i min årsmelding til Stortinget for 2004 på side 80–82. I samsvar med vanlig praksis vil kommunens oppfølging av saken bli omtalt i årets melding, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 12 og Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen 19. februar 1980 § 12.

Saken anses med dette avsluttet herfra.»

Ordførers habilitet ved kommuneplanbehandling

(Sak 2004/1159 og 2005/1044)
Nr. 65 (s. 244–246)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse behandlet fylkesmannen saken på nytt. Fylkesmannen fant ikke grunnlag for å endre tidligere vedtak 25. juli 2003 om stadfesting av reguleringsplanen for hyttefeltet. Hun uttalte generelt at de vurderinger og konklusjoner som ble gitt i uttalelser herfra vil bli lagt til grunn. Det ble imidlertid uttrykt en viss tvil om ordføreren var å anse som inhabil ved behandlingen av kommuneplanen, samtidig som det ble slått fast at kommunestyrets godkjenning av arealdelen 26. juni 2000 ikke var ugyldig, da denne saksbehandlingsfeilen ikke kunne anses å ha hatt betydning for vedtakets innhold.

Ombudsmannen fastholdt sin tidligere konklusjon om at det er mye som taler for at ordføreren var inhabil ved meklingsforhandlingene og kommuneplanbehandlingen. Han fant imidlertid etter omstendighetene å kunne la saken bero med fylkesmannens redegjørelse og vurdering av gyldighetsspørsmålet. Fra ombudsmannens avsluttende brev siteres:

«Det er herfra bl.a. stilt spørsmål om ikke det forhold at det ved kommuneplanvedtaket ble fastsatt å legge 15 tomter nord og 15 tomter sør for ..., i motsetning til innsigelsesmyndighetens forslag om 25 tomter nord for elven, var med på å tilrettelegge grunnlaget for reguleringsplanen som da lå til behandling i kommunestyret. Fylkesmannen har til dette påpekt at ingen har rettskrav på å få vedtatt et reguleringsplanforslag i kommunestyret, selv om arealbruken er i samsvar med kommuneplanens arealdel, og at kommunestyret kunne valgt å avvise/ikke behandle planen, eventuelt endre planen.

Slik jeg ser det, synes dette å være en noe formell betraktning. Det faktiske forhold var at innsigelsesmyndighetens forslag om å legge 25 tomter nord for elven ble endret slik at det i tillegg til 15 tomter nord for elven også skulle ligge 15 tomter sør for elven i et område der ordførerens svigerfar har eierinteresser. Det forhold at kommuneplanens arealdel åpnet for flere alternative forslag for utbygging syd for elven (LNF-område med spredt fritidsbebyggelse), kan vanskelig være avgjørende all den stund forslaget til reguleringsplan for ... allerede var fremsatt og tatt til behandling da kommuneplanen skulle

vedtas. Jeg kan etter dette ikke se annet enn at det forelå «særegne forhold som er egnet til å svekke tillitten til» ordførerens upartiskhet. Jeg stiller spørsmål ved fylkesmannens henvising til at «resultatet av en etterfølgende reguleringsplan kunne ... blitt et helt annet og langt mindre fordelaktig for ordførerens svigerfar, enn det som den vedtatte reguleringsplanen tilrettelegger for». Utgangspunktet for vurderingen av habilitetsspørsmålet må være de konkrete faktiske forhold i saken, herunder den reguleringsplanen som var til behandling og senere ble vedtatt, og ikke hypotetiske planer. Hadde kommunen vedtatt en annen reguleringsplan, eller forkastet den fremsatte, ville vurderingen blitt en annen. Resultatet av en slik vurdering finner jeg ikke grunn til å ta stilling til.

Jeg har merket meg fylkesmannens redegjørelse for ordførerens faktiske rolle under meklingsmøtene hos fylkesmannen. Det er imidlertid viktig her å påpeke at det var hans familiære tilknytning til en grunneier i det området som var omfattet av det fremsatte reguleringsplanforslaget for ... som her kunne være egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet i forbindelse med hans deltakelse i behandlingen av kommuneplanen. Det er slik forholdet fremtrer utad som er avgjørende, ikke hva som rent faktisk har skjedd. Derfor har jeg ikke funnet grunn til å vurdere om ordføreren rent faktisk opptrådte upartisk. Fylkesmannen har videre uttalt at det skal «mye til for at en kommunestyrerepresentant skal anses for å være inhabil i forhold til behandlingen av en kommuneplan», og at man må «være forsiktig med å legge til grunn en så streng fortolkning av begrepet «særegne forhold» at så vidt mange av kommunestyrerepresentantene vil kunne ha tilknytning til saken på en slik måte at de vil bli å anse som inhabile». Jeg finner ikke grunn til å uttale noe generelt om hva som skal til for at det skal foreligge «særegne forhold» løsrevet fra den enkelte sak. Jeg fant imidlertid at forholdene i denne saken fremsto som spesielle fordi det samtidig med vedtakelsen av kommuneplanen var fremsatt et forslag til reguleringsplan som nettopp forutsatte et kommuneplanvedtak som åpnet for bygging av hytter syd for .... Det er dette som har vært begrunnelsen for mitt standpunkt i saken. Jeg har ved min uttalelse ikke ment å foreta en generell tolkning av begrepet «særegne forhold» utover denne konkrete saken. Fylkesmannen finner ikke denne saken så spesiell, og viser til at uttalelsen vil gjøre det vanskelig å få vedtatt kommuneplaner i små kommuner. Jeg kan vanskelig se at det kan være grunnlag for å trekke så generelle slutninger ut fra forholdene i denne saken.

Fylkesmannen har lagt til grunn at ordførerens deltakelse på meklingsmøtene og ved kommunestyrets behandling av kommuneplanen ikke har virket bestemmende på innholdet av kommuneplanens arealdel, og har særlig vist til at vedtak ble truffet med 18 mot 5 stemmer. Jeg har merket meg fylkesmannens redegjørelse og vurderinger om gyldighetsspørsmålet, og finner etter omstendighetene å kunne la saken bero med den forklaring som nå er gitt, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd.

Imidlertid vil jeg anbefale fylkesmannen for fremtiden å merke seg de prinsipielle synspunkter jeg har gitt uttrykk for når det gjelder habilitetsspørsmålet. Selv om det er tale om små samfunn, med gjennomsiktige forhold, er det viktig at de avgjørelser som fattes, treffes av personer som ikke har nærstående som kan hevdes å ha økonomiske fordeler av de aktuelle vedtak.»

Reguleringsplan for Furusjøen hytteområde – reduksjon i antall hyttetomter i forhold til tidligere plan

(Sak 2004/1344 og 2005/1337)
Nr. 66 (s. 246–248)

Det ble funnet grunn til å undersøke spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling nærmere, og saken ble på nytt forelagt Fylkesmannen i Oppland, som redegjorde for sitt syn.

Siden det ikke forelå noen fyllestgjørende forklaring på forskjellsbehandlingen, konkluderte ombudsmannen med at forskjellsbehandlingen var usaklig. Et referat av saken (sak 2005/1337) er inntatt i kap. V s. 265.

Krav om tilknyting til offentleg vassleidning

(Sak 2004/1263)
Nr. 75 (s. 281–284)

Ombodsmannen fekk kopi av eit brev frå Fylkesmannen i Sogn og Fjordane til Hyllestad kommune. Det gjekk fram at kommunen hadde gjeve nye opplysningar som viste at klagarane kunne kopla seg til det kommunale vassnettet ved å leggja 18 meter leidning frå eksisterande vassleidning til den kommunale tilkoplingskummen. Eigaren og festaren av den aktuelle naboeigedomen hadde samtykt i at klagarane kunne leggja vassleidning vederlagsfritt. Kommunen hadde rekna ut at det ville kosta om lag 10 000 kroner å leggja 18 meter ny leidning. Dersom heile leidningen måtte skiftast, dvs. 110 meter, ville det kosta om lag 30 000 kroner. Fylkesmannen konkluderte etter dette med at kostnadane ikkje var «uforholdsmessige», og at det difor ikkje var rettsleg grunnlag for å gjera om vedtaket i klagesaka.

3. Meldingen for 2005

Vedtak om stans av ventestønad

(Sak 2005/1479)
Kap. III (s. 36)

Aetat Arbeidsdirektoratet opplyste i brev 13. mars 2006 at Aetat Klage og ankekontoret hadde opphevet vedtaket i klagesaken om stans av ventestønad. Saken var blitt sendt tilbake til det lokale Aetat kon-

toret som omgjorde vedtaket om stans av ventestønad. Klageren fikk ventestønad fra det tidspunkt stønaden var blitt stanset.

Innsyn i benådningssak
(Sak 2005/1562)
Nr. 5 (s. 67–72)

Justis- og politidepartementet opplyste i brev 17. august 2006 at ombudsmannens uttalelse var tatt til etterretning. Videre fremgikk følgende i brevet:

> «Det kan opplyses om at spørsmålet om opplysninger om utfallet av en benådningssak er underlagt lovbestemt taushetsplikt, også er blitt vurdert av Justis- og politidepartementets lovavdeling, som har besvart dette benektende.
>
> Vi har nå endret vår praksis, slik at det gis innsyn i utfallet av benådningssaker, dvs. opplysninger om en navngitt person er benådet eller ikke.
>
> Det kan ellers opplyses om at Stortingets justiskomité i forbindelse med behandlingen av ny offentlighetslov har bedt om at Regjeringen foretar en gjennomgang av dagens regler som regulerer innsyn i benådningssaker og kommer tilbake til Stortinget med forslag til hvordan økt åpenhet kan gjennomføres. Til dette har statsråden uttalt at han er innstilt på å følge opp henstillingen og komme tilbake til saken innen utgangen av denne stortingsperioden.»

Innsyn i sak om utlysing av blokker på norsk sokkel
(Sak 2005/1317, 1463, 1472 og 1763)
Nr. 6 (s. 72–79)

Etter fornyet vurdering besluttet både Miljøverndepartementet og Fiskeri- og kystdepartementet å gi fullt innsyn i dokumentene.

Offentlighetslovens anvendelse på virksomheten til nemnd for prøving av A/S Vinmonopolets beslutninger om innkjøp m.v.
(Sak 2005/1118)
Nr. 8 (s. 84–86)

Helse- og omsorgsdepartementet opplyste i brev 8. august 2006 at forskrift 16. januar 1996 nr. 24 om nemnd for prøving av A/S Vinmonopolets beslutninger om innkjøp m.v. ved forskrift 24. mars 2006 nr. 376 fikk en ny bestemmelse om offentlighet for nemndas virksomhet. Den nye § 6a trådte i kraft 1. juli 2006 og lyder:

> «§ 6a. *Offentlighet*
> Lov 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen får anvendelse på nemndas virksomhet.
>
> Nemndas avgjørelser er offentlige, og skal publiseres på hensiktsmessig måte.»

Praktisering av offentlighetsloven i Vefsn kommune ved tilsetting av rådmann – innsyn i søkerliste
(Sak 2005/1772)
Nr. 11 (s. 93–96)

Vefsn kommune opplyste i brev 27. april 2006 at Sivilombudsmannens syn på praktisering av offentlighetsloven var tatt til orientering. Det fremgikk videre:

> «Vefsn kommune prøver fortsatt etter beste evne å etterleve lov og regelverk og vi er i gang med revidering av våre retningslinjer i forbindelse med kunngjøring og tilsetting. Vi har imidlertid merket oss at vi ikke har vært dyktig nok når det gjelder hver enkelt søkers anmodning om å bli unntatt. Vi bestreber oss nå på at disse anmodningene blir begrunnet og vurdert særskilt for hver enkelt.
>
> Kommunen har også nå ute på høring nytt informasjonsreglement som omhandler både ansattes ytringsfrihet og praktisering av meroffentlighet – se vedlegg. Vi regner med at informasjonsreglementet vil bli behandlet av kommunestyret før sommeren.»

Senere har kommunen per telefon opplyst at retningslinjene for kunngjøring og tilsetting er revidert og at informasjonsreglementet er vedtatt av kommunestyret.

Partsinnsyn i interne dokumenter – meroffentlighet
(Sak 2005/1275)
Nr. 13 (s. 96–100)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse behandlet Fylkesmannen i Hordaland innsynssaken på nytt, men holdt etter en ny vurdering fast på vedtaket om ikke å utvise meroffentlighet. Ombudsmannen tok fylkesmannens vurdering til etterretning, og fant ikke grunn til å gå videre med saken.

Tilsetting av lærer i baker- og konditorfag på vilkår – vektlegging av utenforliggende hensyn
(Sak 2004/3073)
Nr. 21 (s. 123–125)

Etter ombudsmannens uttalelse opplyste skolen at det var inngått en avtale mellom fylkeskommunen og klager om en økonomisk kompensasjon på kr 35 000. Avtalen forpliktet videre fylkeskommunen til «aktivt å sjekke ut mulige stillinger som kan tilbys A innenfor virksomheten».

Tilsetting når søkeren har søkt flere stillinger i etaten
(Sak 2005/856)
Nr. 26 (s. 134–138)

A opplyste senere at det hadde blitt ledig en 80 % stilling ved Norskundervisningen og at hun hadde

blitt tilbudt denne samt å fortsette i 20 % stilling ved ungdomsskolen.

Utlysing av statlige stillinger – krav om elektronisk søknad m.v.

(Sak 2005/1108)
Nr. 29 (s. 141–142)

Fornyings- og administrasjonsdepartementet opplyste i brev 14. mars 2006 at det var besluttet å gi nærmere retningslinjer for utforming av statlige utlysningstekster. Retningslinjene er ment å sikre at formuleringer om elektronisk jobbsøking m.v. ikke kommer i strid med kvalifikasjonsprinsippet. Det ble opplyst at det var utformet en personalmelding om dette, som ville bli sendt ut til statlige virksomheter i løpet av kort tid.

Saksbehandlingen og rettsanvendelsen ved vedtak om utvisning fra folkehøyskole

(Sak 2004/3254)
Nr. 32 (s. 152–156)

Styret ved folkehøyskolen behandlet saken på nytt. Ved den nye behandlingen ble ombudsmannens uttalelse tatt til etterretning, og klageren ble gitt et tilbud.

Ligningsmyndighetenes behandling av krav om fradrag for prosesskostnader

(Sak 2005/763)
Nr. 62 (s. 239–241)

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse behandlet overligningsnemnda saken på nytt etter at skattyter hadde fått anledning til ytterligere å utdype og begrunne sin oppfatning om at tilknytningsvilkåret var oppfylt. I det nye vedtaket, som var utførlig begrunnet, ble ligningen igjen stadfestet. Saken ga etter dette ikke grunn til ytterligere oppfølging fra ombudsmannens side.

Innfordring av restskatt senere enn ti år etter inntektsåret

(Sak 2004/3235)
Nr. 64 (s. 244–246)

Skattedirektoratet tok deretter stilling til den videre innfordringen av As restskatt på bakgrunn av endringsvedtak i 1991. I brev til klagerens advokat, som ble sendt med gjenpart til ombudsmannen fremkom bl.a.:

> «Slik Skattedirektoratet forstår klagen, ber De om at økt restskatt på bakgrunn av endringsvedtak i 1991, med tilhørende forsinkelsesrenter, frafalles. I forhold til den opprinnelig fastsatte skatten for inntektsåret 1988, ble det vedtatt en økning i skattegrunnlaget i 1991 med kr 7260. Likningsvedtaket for økningen er ikke i behold i dag. Avregningen etter endringsvedtaket fra skatteoppkreveren i Oppegård datert 18. juli 1991, samt skatteoppgjøret for eldre endringssak datert 2. juni 1991 er imidlertid i behold, og viser at utliknet skatt ved endringsvedtaket ble beregnet til kr 90 833.
>
> Etter en konkret helhetsvurdering har Skattedirektoratet kommet til at økningen i skattegrunnlaget på kr 7260 ved endringsvedtaket i 1991 frafalles. Forsinkelsesrenter påløpt økningen av skattekravet som oppstod ved endringen i 1991 frem til i dag, frafalles også. I direktoratets vurdering er det blant annet lagt vekt på at endringsvedtaket fra 1991 ikke lenger er i behold. I henhold til forelagte opplysninger har ikke A tidligere hatt noen foranledning til å klage over endringsvedtaket som medførte en økning i utliknet skatt.
>
> I henhold til ovennevnte vil det fastholdte skattegrunnlaget være kr 83 573 som samsvarer med det opprinnelige likningsvedtaket for inntektsåret 1988. Restskatten beregnet ut fra dette skattegrunnlaget (etter fradrag for innbetalt forskudd og senere nedbetalinger på kravet), skal fortsatt betales. Skatteoppkreveren i X vil forta de nødvendige endringene i skatteregnskapet og sende Dem en ny oversikt over As utestående skattekrav med tillegg av forsinkelsesrenter.»

Ombudsmannens behandling av klagen fra A ble etter dette avsluttet her.

Dekning av sakskostnader til forutgående klagebehandling i overligningsnemnda når skattyter senere får medhold ved domstolsavgjørelse

(Sak 2004/3119)
Nr. 66 (s. 250–252)

På bakgrunn av ombudsmannens anmodning foreslo Finansdepartementet i Ot.prp. nr. 1 (2006–2007) at bestemmelsen om dekning av sakskostnader i ligningsloven § 9-11 ble utvidet slik at sakskostnader pådratt i forbindelse med forutgående klagebehandling i overligningsnemnda, fylkesskattenemnda og Riksskattenemnda kan kreves dekket i de tilfellene skattyter deretter har fått medhold i en domstolsavgjørelse.

Lovforslaget ble vedtatt 7. desember 2006 med ikrafttreden fra 1. januar 2007.

Driftstilskudd i reindriftsnæringen for 1999/2000 og 2000/2001)

(Sak 2004/1810)
Nr. 84 (s. 301–305)

Reindriftsforvaltningen uttalte i brev hit bl.a. at den gjennom hele saken har hevdet at distriktet hadde kart som kunne brukes i tilskuddsammenheng, og at distriktene har fått samme informasjon gjennom hele prosessen. Reindriftsforvaltningen mente videre at distriktet burde ha forstått at de kunne sende inn vanlig kart for å være berettiget distriktstilskudd, og at det bør kreves en viss aktivitet fra distriktets side

når de søker om tilskudd og er kjent med vilkårene. Det ble vist til at forvaltningen i flere brev hadde orientert om hvem som fikk tilskudd, og at de hadde purret på reinbeitedistriktet.

Etter en helhetsvurdering av saken kom Reindriftsforvaltningen under tvil til at vedtaket om avslag på distriktstilskudd for årene 1999/2000 og 2000/2001 skulle omgjøres, slik at distriktet fikk utbetalt henholdsvis kr 175 000,- og kr 160 000,- for disse to årene.

Sak om skogrydding ved planovergang – manglende forhåndsvarsling og underretning om vedtak

(Sak 2004/2347)

Nr. 87 (s. 312–314)

Jernbaneverket var enig i ombudsmannens syn om at det burde ytes erstatning for de trærne som Jernbaneverket hadde felt, og ga klagerne et tilbud om oppgjør for disse. I brev herfra til klagerne i mai 2006 ble Jernbaneverkets tilbud tatt til etterretning. Det ble samtidig gitt uttrykk for at ombudsmannen ikke hadde grunnlag for å ha noen mening om erstatningsbeløpets størrelse.

VII. Administrative forhold

1. Organisasjon og personale

Per 31. desember 2006 hadde ombudsmannens kontor 40 årsverk (inklusive Ombudsmannen), hvorav seks kontorsjefer og én administrasjonssjef. Kontoret hadde 22 juridiske saksbehandlerstillinger og ti stillinger knyttet til administrasjonen. IT-støtte leies inn på timebasis. I tillegg kommer en stilling som er finansiert av Utenriksdepartementet med Sivilombudsmannen 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.

Ombudsmannens kontor er delt inn i fem avdelinger. På årsbasis er det tilstrebet at avdelingene skal ha et så likt sakstilfang og en så lik arbeidsbelastning som mulig. I forbindelse med permisjoner og avganger hender det likevel at noen avdelinger i perioder er tungt belastet. Den enkelte fagavdelings arbeidsområde fremgår av organisasjonskartet i kap. I, s. 9.

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

1. november 2006 innførte ombudsmannen elektronisk behandling av fakturaer i regi av SSØ.

Ombudsmannen ser frem til å ta i bruk nye lokaler i 8. etasje når de er ferdigstilt i mai 2007. De nye lokalene vil bidra til å avhjelpe de arealproblemer vi har slitt med i den senere tid.

2. Likestilling

Beskrivelse av faktisk tilstand

Forholdstallet mellom kvinner og menn ved ombudsmannens kontor per 31. desember 2006 ut fra et samlet antall på 43 personer (40 årsverk) var som følger:

Kvinner: 29 – 67 %
Menn: 14 – 33 %

I ledergruppen var det i tillegg til ombudsmannen seks personer; fem kontorsjefer og én administrasjonssjef. (Én kontorsjef har spesialoppdrag og tas ikke med i statistikken på ledergruppen.)

Kvinner: tre – 43 %
Menn: fire – 57 %

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

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

Kvinner: 14 – 56 %
Menn: 10 – 44 %

I administrasjonen er det tolv 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 ti seniorrådgivere (tre menn og syv kvinner), ti rådgivere (fire menn og seks kvinner) og fire førstekonsulenter (to menn og to kvinner).

Administrasjonen fordeler seg med én rådgiver, én arkivleder, én seniorkonsulent, én førstekonsulent og åtte konsulenter.

Arbeidstid

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

	Heltid	Redusert arbeidstid
Juridiske saksbehandlere:		
Kvinner	9	5
Menn	9	1
Administrasjonen:		
Kvinner	10	2

Overtid fordeler seg slik:

	Antall overtidstimer
Juridiske saksbehandlere	230
Kvinner	67
Menn	163
Administrasjonen	0

Iverksatte tiltak

Ombudsmannen har en enhetlig lønnspolitikk og stillingsstruktur. Ved rekruttering søkes en jevn kjønnssammensetning. 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.

3. Innsyn i ombudsmannens saksdokumenter

Reglene om dokumentoffentlighet hos ombudsmannen fremgår av ombudsmannsloven § 9, jf. ombudsmannsinstruksen § 11. I løpet av 2006 ble det registrert 426 innsynsbegjæringer i ombudsmannens saksdokumenter, mot 360 innsynsbegjæringer i 2005 og 362 i 2004. Av de 426 begjæringene ble det gitt innsyn i 407 dokumenter, hvorav 121 kun delvis. 19 innsynsbegjæringer ble avslått. Innsynsbegjæringer besvares normalt samme dag, og senest i løpet av en til tre dager.

Den offentlige journalen er tilgjengelig på ombudsmannens nettside www.sivilombudsmannen.no, og her er det også muligheter for å bestille innsyn i ombudsmannens saksdokumenter.

4. Ombudsmannens møter og besøk 2006

Foredrag og møtedeltakelse:

11. januar:	Deltok på seminar om tilbakevirkning av lover, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo
17. januar:	Holdt foredrag på Grunnkurs i praktisk forvaltningsrett, Juristenes Utdanningssenter, Holmsbu
9. februar:	Møte med stortingspresidenten
9. februar:	Seminar i Stortinget om ny offentlighetslov
17. februar:	Møte med lederen for Riksrevisjonen
21. februar:	Møte med likestillings- og diskrimineringsombudet
2. mars:	Møte med utenriksråden i Utenriksdepartementet
9. mars:	Møte med finansråden i Finansdepartementet
16. mars:	Deltok i Lovavdelingens seminar om lovkvalitet
21. mars:	Foredrag for skole- og barnehageledere om ytringsfrihet
24. mars:	Møte med regjeringsråden ved Statsministerens kontor
29. mars:	Foredrag ved lanseringen av Senter for menneskerettigheters «Årbok om menneskerettighetene i Norge 2005»
4. april:	Foredrag for Skolenes landsforbund: «Mellom lojalitet og ytringsfrihet – skolelederens dilemma»
5. april:	Møte med departementsrådene – orienterte om ombudsmannsordningen
6. april:	Foredrag på Helsetilsynets årskonferanse: «Ombudsmannens kontroll med det hendelsesbaserte tilsyn»
18. april:	Møte med departementsråden i Justisdepartementet
25. april:	Fagseminar i Høyesterett
9. mai:	Foredrag for Aschehoug pensjonistforening
30. mai:	Foredrag på seminar om den nye offentlighetsloven, Norsk kommunikasjonsforening
2. juni:	Møte vedrørende kildevern med bl.a. Norsk Redaktørforening
20. juni:	Møte med Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg
13. oktober:	Deltok på Norsk Redaktørforenings seminar om kildevern i Molde
17. oktober:	Møte med Juss-Buss
18. oktober:	Advokatforeningen – åpen høring om granskinger
23. oktober:	Innledning på seminar om varslere (whistle blowing), Senter for menneskerettigheter. Tema: Arbeidstakeres rett til å varsle om kritikkverdige forhold
25. oktober:	Etter invitasjon, en orientering om ombudsmannens virksomhet for Fremskrittspartiets stortingsgruppe
27. oktober:	Foredrag om Sivilombudsmannens rolle og virke i det norske samfunn, Sosial- og helsedirektoratets fagseminar
8. november:	Innledet til debatt i Kommunalrettslig forum om kommunalt selvstyre
10. november:	Møte med Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget)
16. november:	Styremøte i Nordiske juristmøter om opplegget for neste nordiske juristmøte
23. november:	Advokatforeningens årsmøte
24. november:	Foredrag i forvaltningsrett, JUSkurs, Lysebu
28. november:	Møte i Senter for menneskerettigheters rådgivende utvalg
30. november:	Møte med UDI
5. desember:	Jubileumsmøte for Ombudsmannsnemnda for sivile tjenestepliktige
22. desember:	Møte med Politiets sikkerhetstjeneste (PST)

Besøk i Norge:

25. januar:	Besøk hos Fylkesmannen i Nord-Trøndelag, Steinkjer
1. mars:	Besøk hos Politiets utlendingsinternat på Trandum
31. mars:	Besøk hos Direktoratet for arbeidstilsynet, Trondheim
19. april:	Besøk hos Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM), Kolsås leir
20. april:	Besøk hos Fylkesmannen i Nordland, Bodø
4. mai:	Besøk hos ledelsen i NAV-Interim med orientering om hvordan den nye etaten er tenkt å fungere
10. mai:	Besøk på Tanum transittmottak i Bærum
12. oktober:	Besøk hos Fylkesmannen i Sogn og Fjordane, Leikanger

17. oktober:	Besøk i Enebakk kommune
14. november:	Besøk i Ringerike fengsel
8. desember:	Besøk i Bredtveit fengsel i forbindelse med Bredtveit-revyen

Internasjonale besøk hos ombudsmannen:

10. januar:	Besøk av parlamentarikere fra Mongolia
6. mars:	Møte med politiker- og embetsmannsdelegasjon fra Mongolia
22. mars:	Besøk av visepresidenten i Guatemala med delegasjon
24. mars:	Møte med konstitusjonskomiteen i Irlands parlament
22. juni:	Møte med Sergej Kovalev, tidligere ombudsmann for menneskerettigheter i Russland
10. oktober:	Besøk fra Tanzania, delegasjon fra parlamentet

Internasjonal deltakelse:

27.-28. mars:	Møte med Parliamentary Commisioner for Public Administration om offentlighet og innsyn
26.-28. april:	Vest-nordisk ombudsmannsmøte i Nuuk, Grønland
22.-23. mai:	Konferanse om offentlighet og innsyn, (4th International Conference of Information Commissioners), Manchester, England. Innlegg om hvordan en ombudsmann ser på spørsmålet om hvorvidt tilsynsordninger med myndighet til å treffe bindende vedtak egner seg bedre enn ombudsordninger som ikke kan treffe rettslig bindende vedtak
12.-13. juni:	European Ombudsman Meeting, IOI, General Assembly, Wien
24.-25. august:	Nordisk Administrativt Forbunds 3-års konferanse, København
31. august- 2. september:	Nordisk ombudsmannsmøte, Reykjavik
26.-28. september:	Seminar om lovkvalitet og samarbejde og ansvar mellem politikere og embedsmænd, Torshavn, Færøyene, i regi av Lagtinget på Færøyene. Foredrag: «Hvilke krav kan vi stille til lovgivningen og hvilket ansvar har politikere og embetsmenn for lovgivningens kvalitet? Et historisk, samfunnsmessig og moralsk/etisk perspektiv»
20.-21. november:	Conference of European Information Commissioners, Budapest, Ungarn

Diverse:

2.-7. januar:	Deltakelse på Forsvarets høgskoles informasjonskurs
20. februar:	Audiens hos H.M. Kongen
28. mars:	Overlevering av årsmeldingen 2005 i møte med stortingspresidenten

Emne- og stikkordregister[1]

Advokater
- merverdiavgift på advokattjenester 30, 238

Alminnelig forvaltningsrett, god forvaltningsskikk
- begjæring om utsatt iverksetting 238
- begrunnelsen 43, 106, 108, 151, 213, 219, 222, 313
- enkeltvedtak 103, 150, 315
- dispensasjon 30, 41, 262, 279, 295
- forskjellsbehandling 265
- gransking 234
- klage
  - begrunnelse ved sensur 108
  - oppnevning av sensorer til eksamen 106
- klagerett 308, 315
- legalitetsprinsippet 247
- partsbegrepet 103
- sakens opplysning 74, 101, 126, 158, 202, 242, 256
- saksbehandling 74, 92, 167
- saksbehandlingstid 121, 128, 198, 208
- sakskostnader 249, 252, 256, 260

Arbeids- og tjenesteforhold
- arbeidsgivers styringsrett 84
- arbeidstakers ytringsfrihet og lojalitetsplikt 77, 79, 84
- tilrettevisning 84, 101

Barnebidrag, se **Underholdsbidrag**

Barnevern
- fristoppnåelse 25
- fylkesmannens tilsynsansvar 25
- tilbakeføring etter omsorgsovertakelse 25

Bo- og driveplikt
- avkastningsevnen 32, 327
- «odelseiendom» 322
- ved overtakelse på uskifte 320

Bygge- og plansaker
- bruksendring 300
- dispensasjon
  - betydningen av likebehandlingshensyn . 279
  - forholdet mellom plbl. §§ 7 og 70 279
  - fra vernebestemmelser i naturreservat ... 262
  - i 100-metersbeltet langs sjøen 30, 286
  - manglende vurdering av særlige grunner 295
  - forlengelse av midlertidig bygge- og deleforbud 274
- gebyr
  - klagerett 308
  - selvkostprinsippet 304
- reguleringsplan
  - uriktige opplysninger om utnyttingsgraden 267
  - usaklig forskjellsbehandling 265

Eiendomsskatt, se **Skatt og ligning**

Erstatning
- sakskostnader 260
- skadelidtes plikt til å begrense skaden ved å melde seg arbeidsledig 148

Fengselsforhold, se **Kriminalomsorg**

Forurensning
- miljøgebyr 247
- støy 310

God forvaltningsskikk, se **Alminnelig forvaltningsrett, god forvaltningsskikk**

Helsepersonell
- spesialistgodkjenning 134

Helsevesen
- begrunnelse i tilsynssak 131
- helsehjelp etter pasientrettighetsloven 135
- saksbehandlingstid i tilsynssak 128
- sletting av journalopplysninger 114
- taushetsplikt 126, 177
- tildeling av behandlingshjelpemidler 135
- tildeling av driftstilskudd for fysioterapeuter i privat praksis 139
- unnlatelse av å opprette tilsynssak 121
- varsling om tilbakekall av autorisasjon 126

Innsyn, se **Offentlighet i forvaltningen**

Investeringsavgift
- etterberegning 242

Klage, se **Alminnelig forvaltningsrett, god forvaltningsskikk**

Kriminalomsorg
- aktivitetstilbud 179
- funksjonshemmedes soningsforhold 184
- helsetjenesten i fengslene 177
- informasjon til innsatte 186
- innsyn 167
- kommunikasjonskontroll 167, 186
- kontaktbetjentordningen 180, 186

[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.

kontaktutvalg 180
miljørapporter, innsyn og kopi 184
private musikkanlegg 180
prøveløslatelse 167
skjerming av utsyn fra celle 179
telefonbokser 184
Menneskerettigheter
kontroll av kommunikasjon mellom innsatt og advokat 167
tilleggsavgift etter merverdiavgiftsloven 242
ytringsfrihet 24, 77, 79, 84, 87
Merverdiavgift
avgiftsfritak 229
saksbehandlingen 234
tilleggsavgift 242
på advokattjenester 30, 238
Naturvern
dispensasjon fra vernebestemmelser i naturreservat 262
Offentlighet i forvaltningen
innsyn
i dokumenter i traktatbruddssak for EFTA-domstolen 55
i dom i straffesak 49
i internt dokument 46, 52
i statsadvokatens uttalelse til Riksadvokaten 204
møter i folkevalgte kommunale organer 70
partsinnsyn
i sak om prøveløslatelse og innsettelse i fengselsavdeling 167
saksbehandlingen
journalføring av e-brev 62
mulige taushetsbelagte opplysninger 67
rutinemessig oversendelse av dokumenter til tredjepart 63
saksbehandlingstid 60
søkerliste i tilsettingssak 74
Ombudsmannen
arbeidsområde 23, 27
omgjøring etter ombudsmannens uttalelse .. 156
Plansaker, se **Bygge- og plansaker**
Politi og påtalemyndighet
tilbakekall av våpenkort 208
underretning og innsyn 204
Renter 156
Sakskostnader 249, 252, 256, 260
Skatt og ligning
eiendomsskatt
takstgrunnlag 27, 213
saksbehandling 27, 213, 219
ligning 225
skatt 222
Sosiale tjenester
økonomisk sosialhjelp 156
Statsborgerskap
tilleggstid i botiden (vandelskravet) 193
Studiefinansiering, se **Utdanningsstøtte**
Taushetsplikt
for overformynderiet 52
saksbehandlingen ved krav om innsyn i mulige taushetsbelagte opplysninger 67
varsling om tilbakekall av autorisasjon 126
Tilrettevisning, se **Arbeids- og tjenesteforhold**
Tilsetting
kunngjøring
endrede kvalifikasjonskrav 96
myndighet til å foreta kunngjøring 88
kvalifikasjonsvurderingen
utenforliggende hensyn 99
saksbehandlingen
faktiske opplysninger burde vært forelagt søker 92, 96
krav til oppbevaring av søknader 95
krav til skriftlig prosess 99
nedtegning av opplysninger 74, 92
sakens opplysning 74, 96
tilsettingsvedtaket
forholdet mellom attføringstiltak og retten til utvidelse av stilling 98
Tjenesteforhold, se **Arbeids- og tjenesteforhold**
Trygd
barnetrygd 153
begrunnelsen for Trygderettens kjennelser . 151
feilinformasjon fra trygdekontor 148
begjæring om gjenopptakelse 150
Underholdsbidrag
delt bosted 158
nedsettelse/forhøyelse av 164
skjønnsfastsetting ved lav inntekt 162
tilbakevirkning 164
Utdanning
sensur 106, 108
Utdanningsstøtte
ettergivelse av lån 111
Utlendingssaker
enslige mindreårige asylsøkere 25
saksbehandling 198, 202
sakskostnader 256
utvisning 189
Vergemål
hjelpeverge
arvingers rett til dokumentinnsyn 52
Ytringsfrihet
for bystyrerepresentant 87
for offentlig tilsatte 77, 79, 84
varsling 24, 77

Lovregister[1]

1. Lover

17.5.1814 Grunnloven
§ 98 ..... 30, 238
§ 100 ..... 24, 77, 79, 84, 87
8.12.1950 nr. 3 statsborgarrettslova
§ 6 første ledd nr. 3 193
23.10.1959 nr. 3 oreigningslova
§ 15 252
22.6.1962 nr. 8 ombudsmannsloven
§ 4 ..... 23, 27
§ 7 35
16.12.1966 nr. 9 Trygderettsloven
§ 21 151
10.2.1967 forvaltningsloven
§ 2 ..... 103, 150, 315
§ 11 a 198
§ 11 d 74, 92
§ 13 ..... 67, 126
§ 13 a nr. 3 52
§ 15 234
§ 17 ..... 74, 92, 202, 256
§ 20 184
§ 24 ..... 43, 106, 108
§ 25 ..... 43, 313
§ 27 106
§ 33 ..... 158, 204
§ 34 327
§ 36 ..... 249, 252, 256, 260
§ 41 103
13.6.1969 nr. 26 skadeserstatningsloven
§ 5-1 148
19.6.1969 nr. 66 merverdiavgiftsloven
§ 16 229
§ 46 234
§ 70 ..... 30, 238
§ 73 242
§ 95 242
19.6.1969 nr. 67 investeringsavgiftsloven
§ 3 242
§ 7 242
19.6.1970 nr. 63 naturvernloven
§ 8 262
§ 23 262
19.6.1970 nr. 69 offentlighetsloven
§ 2 tredje ledd 63
§ 5 46
§ 5 a 49, 67
§ 6 første ledd 55, 74
§ 9 første ledd 60
28.6.1974 nr. 58 odelslova
§ 1 327
§ 27 32
§ 27 a 322, 327
6.6.1975 nr. 29 eigedomsskattelova
§ 3 27
§ 22 219
§ 33 213
6.6.1975 nr. 31 fjellova
§ 18 315
13.6.1980 nr. 24 ligningsloven
§ 9-5 225
8.4.1981 nr. 7 barnelova
§ 71 ..... 158, 162
§ 74 164
22.5.1981 nr. 25 straffeprosessloven
§ 160a 204
19.11.1982 nr. 66 kommunehelsetjenesteloven
§ 4-2 139
§ 4a-8 310
14.6.1985 nr. 77 plan- og bygningsloven
§ 7 ..... 30, 279, 286, 295
§ 17-2 30
§ 27-1 267
§ 33 274
§ 85 300
§ 109 304
24.6.1988 nr. 64 utlendingsloven
§ 30 tredje ledd 189
13.12.1991 nr. 81 sosialtjenesteloven
§ 5-1 156
17.7.1992 nr. 100 barnevernloven
§ 2-3 25
§ 4-2 25
§ 6-9 25
§ 7-3 25
25.9.1992 nr. 107 kommuneloven
§ 31 nr. 3 70
§ 31 nr. 5 70
12.5.1995 nr. 22 universitetsloven
§ 30 88
§ 51 106
§ 52 108

[1] Lovregister over saker referert i meldingen for 1963–1977 og 1978–2003 er inntatt henholdsvis i ombudsmannens melding for 1997, Dok. nr. 4 (1977–78) s. 167 flg. og ombudsmannens melding for 2003, Dok. nr. 4 (2003–2004) s. 308. Fra og med ombudsmannens melding for 2004, Dok. nr. 4 (2004–2005), er det laget årlige lovregistre.

28.2.1997 nr. 19 folketrygdloven
§ 4-20 43
17.7.1998 nr. 61 opplæringslova
§ 9a-3 103
26.3.1999 nr. 14 skatteloven
§ 6-60 222
§ 6-61 222
2.7.1999 nr. 63 pasientrettighetsloven
§ 1-3 135
§ 2-1 135
§ 7-4 121
2.7.1999 nr. 64 helsepersonelloven
§ 21 177
§ 42 114
§ 43 114
§ 48 tredje ledd 134
§ 55 ..... 121, 131
§ 66 126
18.5.2001 nr. 21 straffegjennomføringsloven
§ 7 bokstav c 167
§ 25 180
§ 26 180
§ 31 167
§ 42 167
8.3.2002 nr. 4 barnetrygdloven
§ 5 153
28.11.2003 nr. 98 konsesjonsloven
§ 5 ..... 32, 320, 322

2. Konvensjoner

4.11.1950 Den europeiske menneskerettskonvensjon
artikkel 6 242
artikkel 8 ..... 167, 177
artikkel 10 ..... 24, 77, 79, 84

14.6.1993 Overenskomst om felles nordisk arbeidsmarked for visse grupper innen helsevesenet og for veterinærer 134

21.5.1999 nr. 30 Barnekonvensjonen
artikkel 12 25

3. Forskrifter og vedtekter

24.11.1971 nr. 1 forskrift (nr. 50) om avgiftsfritak for reklametjenester for utenlandsk regning
§ 2 229
21.11.1980 nr. 13 forskrift om partsoffentlighet i saker om tilsetting i den offentlige forvaltning
§ 3 92
22.6.1984 nr. 1302 forskrift om seter og tilleggsjord m.m. i statsallmenning
§ 3 315
28.6.1985 nr. 1679 forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)
§ 11a-2 204
21.12.1990 nr. 1028 utlendingsforskriften
§ 12 256
§ 109 første ledd 202
27.9.1996 nr. 932 forskrift om politivedtekt, Oslo kommune
§ 1-2 247
21.12.2000 nr. 1385 forskrift om pasientjournal
§ 13 114
31.8.2001 nr. 950 forskrift om fredning av Lian naturreservat, Rana kommune, Nordland
kap I, II 262
20.12.2001 nr. 1544 forskrift om arbeidsmarkedstiltak
§ 10-10 43
7.01.2003 nr. 14 forskrift om kvoteordningen for melk
§ 9 41
§ 26 41
17.12.2004 nr. 1789 forskrift om forrentning og tilbakebetaling av lån for 2005
pkt. 1 111
16.12.2005 nr. 1574 forskrift om grader og yrkesutdanninger, beskyttet tittel og normert studietid ved universiteter og høyskoler
§ 3 111
Gebyrregulativ for plan- og bygningsetaten 2005
§ 4-5 308
§ 1-7 308
§ 1-8 308

Vedlegg 1

Ombudsmannens kontor – personaloversikt

Ombudsmannens kontor hadde per 31.desember 2006 følgende personalsammensetning. Avdelingenes saksområder fremgår av organisasjonskartet i kap. I på s. 9.

Avdeling 1:

Kontorsjef:	Bjørn Dæhlin
Nestleder:	Annicken Sogn
Seniorrådgiver:	Vibeke Woldseth
Førstekonsulent:	Jan Gunnar Aschim
Førstekonsulent:	Heidi Quamme Kittilsen
Førstekonsulent:	Tor Sandsbraaten

Avdeling 2:

Kontorsjef:	Eivind Sveum Brattegard
Nestleder:	Camilla Wohl Sem
Rådgiver:	Anders Blix Gundersen
Rådgiver:	Ståle Hovda
Rådgiver:	Jo Høvik

Avdeling 3:

Kontorsjef:	Berit Sollie
Nestleder:	Bente Kristiansen
Seniorrådgiver:	Mentz Grieg
Rådgiver:	Henriette Lund Busch
Førstekonsulent:	Eva Grotnæss Johansen

Avdeling 4:

Kontorsjef:	Kai Kramer-Johansen
Nestleder:	Annette Dahl
Seniorrådgiver:	Bjørn Olav Aspelund
Seniorrådgiver:	Christian P. Gundersen
Seniorrådgiver:	Stine R.B. Jarslett
Rådgiver:	Cecilie Karlson
Rådgiver.	Birgitte Bie Larssen
Rådgiver:	Lisa Vogt-Lorentzen

Avdeling 5:

Kontorsjef:	Ida Hjort Kraby
Nestleder:	Hanne S. Nymoen
Rådgiver:	Sissel Fykse
Rådgiver:	Siv Nylenna
Rådgiver:	Kristian Brandt

Alle avdelinger:

Kontorsjef:	Harald Gram

Administrasjonen:

Administrasjonssjef:	Grethe Fjeld Heltne

Økonomi, personal, generell drift:

Rådgiver:	Solveig Torgersen

Kontor og resepsjonstjeneste:

Seniorkonsulent:	Kari Woldsund
Førstekonsulent:	Tony Blom Skugstad
Konsulent:	Torill H. Carlsen
Konsulent:	Yvonne Fjeldheim
Konsulent:	Kari Rimala

Arkiv og bibliotek:

Arkivleder:	Anne-Marie Sviggum
Konsulent:	Annika Båshus
Konsulent:	Anne Gunn Lyen Green
Konsulent:	Anne Kristin Larsen
Konsulent:	Elisabeth Nordby

Følgende hadde per 31. desember 2006 permisjon fra sin stilling:

Seniorrådgiver:	Yeung Fong Cheung
Rådgiver:	Elisabeth Fougner
Rådgiver:	Geir Sunde Haugland
Rådgiver:	Ragnar Nordeide
Rådgiver:	Cathrine Opstad Sunde
Førstekonsulent:	Tarjei Istad
Førstekonsulent:	Kristian D. Trygstad
Konsulent:	Rita B. Hafslund

Vedlegg 2

Kongeriget Norges

Grundlov § 75 bokstav l:

Det tilkommer Storthinget at udnævne en Person, der ikke er Medlem af Storthinget, 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 3

Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen[1]

§ 1.

Valg av ombudsmann.

Etter hvert stortingsvalg velger Stortinget en ombudsmann for forvaltningen, Sivilombudsmannen. Valget gjelder for 4 år fra 1. januar året etter stortingsvalget.

Ombudsmannen må fylle vilkårene for å være høyesterettsdommer. Han må ikke være medlem av Stortinget.

Hvis Ombudsmannen dør eller blir ute av stand til å utføre sitt verv, velger Stortinget en ny ombudsmann for den gjenværende del av tjenestetiden. Det samme gjelder dersom Ombudsmannen sier fra seg vervet, eller Stortinget med et flertall på minst to tredjedeler av de avgitte stemmer beslutter å frata ham vervet.

Er Ombudsmannen på grunn av sykdom eller av andre grunner midlertidig forhindret fra å utføre sitt verv, kan Stortinget velge en stedfortreder til å gjøre tjeneste så lenge fraværet varer. Ved fravær inntil 3 måneder kan Ombudsmannen bemyndige kontorsjefen til å gjøre tjeneste som stedfortreder.

Finner Stortingets presidentskap at Ombudsmannen bør anses som inhabil ved behandlingen av en sak, velger det en setteombudsmann til å behandle saken.

§ 2.

Instruks.

Stortinget fastsetter alminnelig instruks for Ombudsmannens virksomhet. For øvrig utfører Ombudsmannen sitt verv selvstendig og uavhengig av Stortinget.

§ 3.

Formål.

Som Stortingets tillitsmann skal ombudsmannen på den måte som fastsatt i denne lov og i hans instruks, søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at menneskerettighetene respekteres.

§ 4.

Arbeidsområde.

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter den offentlige forvaltning og alle som virker i dens tjeneste. Hans arbeidsområde omfatter likevel ikke:

a) forhold som Stortinget eller Odelstinget har tatt standpunkt til,
b) avgjørelser truffet i statsråd,
c) domstolenes virksomhet,
d) Riksrevisjonens virksomhet,
e) saker som etter Stortingets bestemmelse hører under Ombudsmannsnemnda eller Ombudsmannen for Forsvaret og Ombudsmannsnemnda eller Ombudsmannen for sivile tjenestepliktige,
f) avgjørelser som etter bestemmelse i lov bare kan treffes av kommunestyret eller fylkestinget selv, med mindre avgjørelse er truffet av formannskapet, fylkesutvalget, et fast utvalg, kommunerådet eller fylkesrådet etter lov av 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner § 13. Avgjørelse som her nevnt kan Ombudsmannen likevel ta opp til undersøkelse av eget tiltak når han finner at hensynet til 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.

Ombudsmannen avgjør om en klage gir tilstrekkelig grunn til behandling.

§ 7.

Rett til å få opplysninger.

Ombudsmannen kan hos offentlige tjenestemenn og hos alle andre som virker i forvaltningens tjeneste, kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv. I samme utstrekning kan han kreve fremlagt protokoller og andre dokumenter.

Reglene i rettergangslovens §§ 204-209 får tilsvarende anvendelse for Ombudsmannens rett til å kreve opplysninger.

Ombudsmannen kan kreve bevisopptak ved domstolene etter reglene i domstollovens § 43 annet ledd. Rettsmøtene er ikke offentlige.

§ 8.

Adgang til forvaltningens kontorer.

Ombudsmannen har adgang til tjenestesteder, kontorer og andre lokaler for ethvert forvaltningsorgan og enhver virksomhet som går inn under hans arbeidsområde.

§ 9.

Dokumentoffentlighet og taushetsplikt.

Ombudsmannens saksdokumenter er offentlige. Ombudsmannen avgjør med endelig virkning om et dokument helt eller delvis skal unntas offentlighet. Nærmere regler, herunder om adgangen til å unnta dokumenter fra offentlighet, gis i Ombudsmannens instruks.

Ombudsmannen har taushetsplikt med omsyn til opplysninger han får i sin tjeneste om forhold av personlig karakter. Taushetsplikten gjelder også opplysninger om drifts- og forretningshemmeligheter. Taushetsplikten varer ved også etter ombudsmannens fratreden. Den samme taushetsplikt påhviler hans personale.

§ 10.

Avslutning av en klagesak.

Ombudsmannen har rett til å uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde.

Ombudsmannen kan påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelig forhold i den offentlige forvaltning. Om han finner tilstrekkelig grunn til det, kan han meddele påtalemyndigheten eller tilsettingsmyndigheten hva han mener i den anledning bør foretas overfor vedkommende tjenestemann. Kommer Ombudsmannen til at en avgjørelse må anses 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 tilsettinger for inntil 6 måneder foretas av Ombudsmannen.

Presidentskapet gir nærmere regler om fremgangsmåte ved tilsetting og om rådets sammensetning. Personalets lønninger fastsettes på samme måte som for Stortingets personale.

§ 15.

1. Denne lov trer i kraft 1. oktober 1962.
2. ---

Vedlegg 4

Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen

Fastsatt av Stortinget 19. februar 1980 i medhold av ombudsmannsloven § 2[1]

§ 1.

Formål.

(Til ombudsmannslovens § 3.)

Stortingets ombudsmann for forvaltningen - Sivilombudsmannen - skal arbeide for at det i den offentlige forvaltning ikke blir gjort urett mot den enkelte borger og at embets- og tjenestemenn og andre som virker i forvaltningens tjeneste ikke gjør feil eller forsømmer sine plikter.

§ 2.

Arbeidsområde.

(Til ombudsmannslovens § 4.)

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter den offentlige forvaltning og alle som virker i dens tjeneste, med de unntak lovens § 4 fastsetter.

Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste skal ikke anses som en del av offentlig forvaltning etter sivilombudsmannsloven. Ombudsmannen skal ikke behandle klager på etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjenestene som kontrollutvalget har behandlet.

Ombudsmannen skal ikke behandle klager på Stortingets billighetserstatningsutvalg.

Unntaket for domstolenes virksomhet etter lovens § 4 første ledd c) omfatter også avgjørelser som ved klage, anke eller annet rettsmiddel kan innbringes for en domstol.

§ 3.

Utforming og underbygging av klage.

(Til ombudsmannslovens § 6.)

Klage kan inngis direkte til Ombudsmannen. Den bør settes fram skriftlig og være underskrevet av klageren eller en som handler på hans vegne. Hvis klagen settes fram muntlig for Ombudsmannen, skal han sørge for at den straks blir satt opp skriftlig og underskrevet av klageren.

Klageren bør så vidt mulig gjøre rede for de grunner klagen bygger på og legge fram sine bevis og andre dokumenter i saken.

§ 4.

Overskridelse av klagefrist.

(Til ombudsmannslovens § 6.)

Om klagefristen etter lovens § 6 - 1 år - er oversittet, er ikke det til hinder for at Ombudsmannen tar opp forholdet av eget tiltak.

§ 5.

Vilkår for klagebehandling.

Klages det over en avgjørelse som klageren har høve til å få overprøvd av et høyere forvaltningsorgan, skal Ombudsmannen ikke behandle klagen med mindre han finner særlig grunn til å ta saken opp straks. Ombudsmannen skal veilede klageren om den adgang han har til å få overprøvd avgjørelsen på administrativ veg. Kan klageren ikke få avgjørelsen overprøvd fordi han har oversittet klagefristen, avgjør Ombudsmannen om han etter omstendighetene likevel skal behandle klagen.

Angår klagen andre forhold som kan innbringes for høyere administrativ myndighet eller for spesielt tilsynsorgan, bør Ombudsmannen henvise klageren til å ta saken opp med vedkommende myndighet eller selv legge saken fram for denne, med mindre Ombudsmannen finner særlig grunn til selv å ta saken opp straks.

Bestemmelsene i første og annet ledd gjelder ikke dersom Kongen er eneste klageinstans som står åpen.

§ 6.

Undersøkelse av klager.

(Til ombudsmannslovens §§ 7 og 8.)

Klage som Ombudsmannen tar opp til nærmere undersøkelse, skal i alminnelighet legges fram for det forvaltningsorgan eller den tjenestemann den gjelder. Det samme gjelder senere uttalelser og opplysninger fra klageren. Vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann skal alltid gis anledning til å uttale seg før Ombudsmannen gir uttalelse som nevnt i ombudsmannslovens § 10 annet og tredje ledd.

Ombudsmannen avgjør hvilke skritt som bør tas til avklaring av saksforholdet. Han kan innhente de opplysninger han finner nødvendige i samsvar med bestemmelsene i ombudsmannslovens § 7 og kan sette frist for å etterkomme pålegg om å gi opplysninger eller legge fram dokumenter m.v. Han kan

[1] Endret 22. oktober 1996, 14. juni 2000 og 2. desember 2003.

også foreta nærmere undersøkelser hos det forvaltningsorgan eller den virksomhet klagen gjelder, jf. ombudsmannslovens § 8.

Klageren har rett til å gjøre seg kjent med uttalelser og opplysninger som er gitt i klagesaken, med mindre han etter de regler som gjelder for vedkommende forvaltningsorgan ikke har krav på det.

Når Ombudsmannen av særlige grunner finner det nødvendig, kan han innhente uttalelse fra sakkyndige.

§ 7.

Underretning til klageren når klage ikke tas opp.

(Til ombudsmannslovens § 6 fjerde ledd.)

Finner Ombudsmannen at det ikke er grunnlag for å ta opp en klage, skal klageren snarest underrettes. Ombudsmannen bør så vidt mulig veilede ham om annen klageadgang som måtte foreligge eller selv sende saken til rette myndighet.

§ 8.

Saker som opptas av eget tiltak.

(Til ombudsmannslovens § 5.)

Når Ombudsmannen finner grunn til det, kan han ta saksbehandling, avgjørelser eller andre forhold opp til nærmere undersøkelse av eget tiltak. Bestemmelsene i § 6 første, annet og fjerde ledd får tilsvarende anvendelse ved slike undersøkelser.

§ 9.

Avslutning av Ombudsmannens saksbehandling.

(Til ombudsmannslovens § 10.)

Ombudsmannen skal personlig ta standpunkt i alle saker som kommer inn etter klage eller som han tar opp av eget tiltak. Han kan likevel gi bestemte medarbeidere fullmakt til å avslutte saker som klart må avvises eller som klart ikke gir tilstrekkelig grunn til nærmere behandling.

Ombudsmannen tar standpunkt i en uttalelse, der han sier sin mening om de spørsmål som saken gjelder og som går inn under hans arbeidsområde, jf. ombudsmannslovens § 10.

§ 10.

Instruks for personalet.

(Til ombudsmannslovens § 2.)

Ombudsmannen fastsetter nærmere instruks for sitt personale. Han kan gi medarbeidere på sitt kontor fullmakt til å foreta den nødvendige forberedelse av de saker som behandles.

§ 11.

Dokumentoffentlighet ved Ombudsmannens kontor.

1. Ombudsmannens 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.

Når Ombudsmannen finner grunn til det, kan han unnlate å nevne navn i meldingen. Meldingen skal uansett ikke inneholde opplysninger som er undergitt taushetsplikt.

Omtalen av saker hvor Ombudsmannen har gitt uttalelse som nevnt i ombudsmannslovens § 10 annet, tredje og fjerde ledd, skal inneholde et referat av hva vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann har uttalt om klagen, jf. § 6 første ledd tredje punktum.

§ 13.

Ikrafttredelse.

Denne instruks trer i kraft 12. mars 1980. Fra samme dato oppheves Stortingets instruks for Ombudsmannen av 8. juni 1968.

Vedlegg 5

Brosjyre med orientering om Sivilombudsmannens oppgaver og virksomhet

(Bokmål, nynorsk og samisk)

Forord

Det hender iblant at den enkelte borger mener at offentlige myndigheter har gjort urett mot ham eller begått en feil. Da kan han be Sivilombudsmannen undersøke saken.

Sivilombudsmannen er oppnevnt av Stortinget for å forsvare den enkelte borgers rettigheter. Denne brosjyren redegjør for hva Sivilombudsmannen kan gjøre, hvordan klager settes fram, og hvordan ombudsmannen og hans medarbeidere behandler klagene.

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

Av hensyn til det kommunale selvstyre kan ikke alle de avgjørelser som er truffet av kommunestyre eller fylkesting, bringes inn for ombudsmannen.

Om den veiledning Sivilombudsmannen og hans kontor kan gi

Sivilombudsmannens kontor gir nødvendig veiledning, råd og hjelp til dem som skal bruke Stortingets ombudsmannsordning. Kontoret kan også svare på rettslige spørsmål som har tilknytning til en bestemt klagesak.

En klage til Sivilombudsmannen – hva er det? Hva kan tas opp i klagen? Hva koster det?

Den som klager til Sivilombudsmannen, henstiller til ombudsmannen å undersøke en sak eller et forhold som forvaltningen (offentlige myndigheter) har behandlet. Ombudsmannen avgjør om klagen gir ham tilstrekkelig grunn til behandling.

En klage til Sivilombudsmannen og en klage til en overordnet forvaltningsmyndighet er to forskjellige ting. Den som klager til en overordnet forvaltningsmyndighet, har normalt rett til å få saken behandlet på ny av en overordnet myndighet, og klageorganet kan i tilfelle omgjøre sin avgjørelse. Den som klager til Sivilombudsmannen, henstiller til ombudsmannen å undersøke en sak eller et forvaltningsforhold og i tilfelle å si sin mening om det som kommer ut av undersøkelsene. Ingen kan *kreve* å få sin klage behandlet av ombudsmannen. Ombuds-

mannen kan heller ikke omgjøre forvaltningsavgjørelser.

En klage til ombudsmannen må gjelde noe som kan anses for en urett mot den som klager. Det vil være tilfellet når klagen går ut på at en forvaltningsavgjørelse er uriktig, eller at en sak har vært behandlet på en uriktig eller uforsvarlig måte av myndighetene. Den som mener at forvaltningen har opptrådt på en hensynsløs, krenkende eller annen belastende måte, kan klage på det. Det kan også klages på at forvaltningen lar være å svare på forespørsler eller ikke handler i en sak.

Klagebehandlingen hos sivilombudsmannen er gratis.

Når kan det klages til Sivilombudsmannen?

Sivilombudsmannens kontroll skal være etterfølgende. Det betyr at forvaltningen selv skal ha mulighet for å ordne opp og ta endelig standpunkt til saken før det klages til ombudsmannen. Dersom forvaltningen har egne tilsyns- og kontrollordninger, må klagene normalt først rettes dit.

Gjelder klagen en forvaltningsavgjørelse, finnes det i mange tilfeller en høyere instans i forvaltningen som kan overprøve avgjørelsen. Da må denne klagemuligheten ha vært brukt før det klages til Sivilombudsmannen. For eksempel må en trygdeavgjørelse som regel ha vært klaget inn for Trygderetten, og en avgjørelse i en byggesak eller sosialsak må først ha vært klaget inn for Fylkesmannen. Hvis man også etter endelig avgjørelse i en slik klagesak mener det er begått feil eller urett, kan man klage til Sivilombudsmannen.

I de saker der Kongen (Regjeringen) er klageinstans, gjelder ikke regelen om at klageadgangen til høyere forvaltningsorgan må være benyttet før det kan klages til Sivilombudsmannen. Dette innebærer at avgjørelser truffet i et departement som førsteinstans kan klages inn for ombudsmannen uten at det først er klaget til Kongen.

Det som er sagt foran, gjelder først og fremst klager på avgjørelser. I visse tilfeller kan det også klages til ombudsmannen mens en sak fortsatt er under behandling i forvaltningen. Dette kan f.eks. gjelde fremdriften av saken (sen saksbehandling).

Klagefrist

Klagefristen er ett år. Fristen regnes fra forvaltningens endelige avgjørelse i saken eller fra tidspunktet for det forhold klagen gjelder. Avvik fra denne regelen skjer bare unntaksvis.

Hvem kan klage?

Enhver som mener å ha vært utsatt for urett eller feil fra offentlige myndigheters side, kan klage til ombudsmannen. Klageren må imidlertid selv ha vært utsatt for den feilen eller forsømmelsen klagen gjelder. Ombudsmannen behandler normalt ikke klager over noe som bare gjelder andre.

Det er imidlertid ikke noe i veien for at man kan få en annen til å sende inn klage for en. I så fall må det legges ved en fullmakt fra den som saken gjelder. En organisasjon kan klage til ombudsmannen på vegne av et enkelt medlem. Da bør medlemmet medunderskrive klagen, eller det bør legges ved skriftlig fullmakt.

De som er fratatt sin personlige frihet, f.eks. innsatte i fengslene, har rett til å klage til ombudsmannen i lukket brev, dvs. uten noen form for brevsensur fra institusjonens side.

Ombudsmannen kan også ta opp saker til undersøkelse av eget tiltak.

Hvordan settes en klage opp?

Klagen må være skriftlig og undertegnet av klageren selv, eller av en annen etter fullmakt fra klageren. Et vanlig brev er nok. Det gjelder ingen spesielle krav til formen, bortsett fra at ombudsmannen må ha sikkerhet for at klageren er den hun eller han utgir seg for å være. Derfor brukes e-post bare til forespørsler og orienteringer og ikke som grunnlag for klagebehandling. Klageren bør i klagen gjøre rede for hva uretten eller feilen består i, og gjerne legge ved eventuelle saksdokumenter.

Klagebehandlingen hos Sivilombudsmannen

Når det er på det rene at en klage hører under ombudsmannens arbeidsområde, tas det stilling til om det er tilstrekkelig grunn til å behandle klagen. Hvis så er, sørger ombudsmannen for at saken blir undersøkt.

Ombudsmannen bestemmer omfanget av undersøkelsen. Det blir innhentet dokumenter, opplysninger og uttalelser fra forvaltningen og klager i den grad dette er nødvendig. (Undersøkelsene må normalt begrense seg til gjennomgåelse av saksdokumenter og annet skriftlig materiale, men den som ønsker det, kan be om samtaler eller muntlig konferanse med ombudsmannen eller hans medarbeidere.)

Fotografier og videofilmer o.l. kan også benyttes til å kaste lys over saken. Ombudsmannen foretar normalt ikke befaringer og kan heller ikke selv avhøre parter eller vitner.

Klageren blir holdt orientert om sakens gang og om resultatet av ombudsmannens behandling.

Ombudsmannen skal undersøke sakene objektivt og nøytralt, og han kan derfor ikke opptre som partsrepresentant, advokat eller fullmektig for den enkelte borger i forhold til myndighetene.

Hva kan Sivilombudsmannen gjøre?

Ombudsmannen kan uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde. De undersøkelser ombudsmannen gjør, kan med andre ord mun-

ne ut i kritikk av, henstillinger til og anbefalinger overfor myndighetene. Ombudsmannen kan peke på at det er begått feil eller forsømmelse fra et forvaltningsorgan eller en tjenestemann. Han kan også henstille til vedkommende forvaltningsorgan å rette feil, forsømmelser eller skjevheter. Sivilombudsmannen kan ikke selv treffe bindende avgjørelser eller omgjøre avgjørelser truffet av forvaltningen. Han kan heller ikke gi rettslig bindende instrukser til myndighetene. I praksis retter imidlertid myndighetene seg etter ombudsmannens henstillinger og anbefalinger.

Når det gjelder skjønnsmessige forvaltningsavgjørelser, har ombudsmannen bare begrenset adgang til å uttale kritikk.

Ombudsmannen kan også gjøre oppmerksom på mangler ved lover, regelverk og myndighetspraksis.

Ikke alle saker egner seg for undersøkelser av Sivilombudsmannen

Som det fremgår av avsnittet om klagebehandlingen, er enkelte spørsmål ikke egnet for behandling og uttalelse fra ombudsmannens side. Det vil for eksempel være tilfellet når åstedsbefaring eller muntlig forklaring er av betydning, slik som i en del saker om fast eiendom og enkelte erstatningskrav.

Vil du vite mer om Sivilombudsmannen?

Den som vil vite mer om Stortingets ombudsmannsordning, kan skrive eller ringe til ombudsmannens kontor. Muntlige konferanser med ombudsmannens medarbeidere må avtales på forhånd.

Besøksadresse: Akersg. 8, 6. et.(inngang Tollbug.)
Postadresse: Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo
Telefon 22 82 85 00
Grønt nummer 800 80 039
Telefaks 22 82 85 11
post@sivilombudsmannen.no
www.sivilombudsmannen.no

NYNORSK

Forord

Det hender at ein borgar meiner offentlege styresmakter har gjort han urett eller har gjort ein feil. Han kan da be Sivilombodsmannen sjå på saka.

Sivilombodsmannen er oppnemnd av Stortinget for å forsvare rettane til enkeltborgarar. Denne brosjyren gjer greie for kva Sivilombodsmannen kan gjere, korleis klagar skal setjast fram, og korleis ombodsmannen og medarbeidarane hans behandlar klagane.

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 leggjast fram for domstolane ved bruk av anke, klage eller anna rettsmiddel, til dømes ei utpanting eller eit trekkpålegg verksemda til Riksrevisjonen saker som høyrer inn under Ombodsmannen for Forsvaret og Ombodsmannen for sivile vernepliktige

Av omsyn til det kommunale sjølvstyret kan ikkje alle avgjerder som kommunestyre eller fylkesting har teke, leggjast fram for Sivilombodsmannen.

Om den rettleiinga Sivilombodsmannen og kontoret hans kan gi

Kontoret til Sivilombodsmannen gir nødvendig rettleiing, råd og hjelp til den som skal bruke ombodsmannsordninga. Kontoret kan også svare på rettslege spørsmål som har tilknyting til ei bestemt klagesak.

Ein klage til Sivilombodsmannen – kva er det? Kva kan takast opp i klagen? Kva kostar det?

Den som klagar til Sivilombodsmannen, ber ombodsmannen granske ei sak eller eit forhold som forvaltninga har behandla. Ombodsmannen avgjer om klagen gir god nok grunn til behandling.

Ein klage til Sivilombodsmannen og ein klage til eit overordna forvaltningsorgan er to ulike ting. Den som klagar til eit overordna forvaltningsorgan, har normalt rett til å få saka behandla på nytt av ein overordna instans, og klageorganet kan i så fall gjere om avgjerda si. Den som klagar til ombodsmannen, ber ombodsmannen granske ei sak eller eit forvaltningsforhold og seie kva han meiner om det som kjem ut av granskinga. Ingen kan *krevje* å få klagen sin behandla av ombodsmannen. Ombodsmannen kan heller ikkje gjere om forvaltningsavgjerder.

Ein klage til ombodsmannen må gjelde noko som kan reknast for å vere ein urett mot klagaren. Det er tilfellet når klagen går ut på at ei forvaltningsavgjerd er feil, eller at styresmaktene har handtert ei sak uforsvarleg eller på feil måte. Den som meiner at forvaltninga har gått fram omsynslaust, krenkjande eller på anna klanderverdig vis, kan klage på det. Det kan også klagast på at forvaltninga lèt vere å svare på spørsmål eller ikkje handlar i ei sak.

Klagebehandlinga hos Sivilombodsmannen er gratis.

Når kan det klagast til Sivilombodsmannen?

Sivilombodsmannen skal kontrollere i ettertid. Det vil seie at forvaltninga sjølv skal ha høve til å ordne opp og ta endeleg standpunkt til saka før det blir klaga til ombodsmannen. Dersom forvaltninga har eigne tilsyns- og kontrollordningar, må klagen normalt først rettast dit.

Gjeld klagen ei forvaltningsavgjerd, finst det i mange tilfelle ein høgare instans i forvaltninga som kan overprøve avgjerda. Da må saka ha vore lagd fram for denne instansen før det blir klaga til Sivilombodsmannen. Til dømes må ei trygdeavgjerd som regel ha vore klaga inn for Trygderetten, og ei avgjerd i ei byggjesak eller sosialsak må først ha vore klaga inn for fylkesmannen. Dersom ein etter endeleg avgjerd i ei slik klagesak framleis meiner det er gjort feil eller urett, kan ein klage til Sivilombodsmannen.

I dei sakene der Kongen (regjeringa) er klageinstans, gjeld ikkje regelen om at ein må ha klaga til eit høgare forvaltningsorgan før ein klagar til Sivilombodsmannen. Det vil seie at avgjerder som er tekne i eit departement som førsteinstans, kan klagast inn for ombodsmannen utan at det først er klaga til Kongen.

Det som er sagt ovanfor, gjeld først og fremst klagar på avgjerder. I visse tilfelle kan det også klagast til ombodsmannen medan ei sak framleis er under behandling i forvaltninga. Dette kan til dømes gjelde framdrifta i saka (sein saksbehandling).

Klagefrist

Klagefristen er eitt år. Fristen blir rekna frå det tidspunktet forvaltninga har teke endeleg avgjerd i saka, eller frå tidspunktet for det forholdet det blir klaga over. Det er berre unntaksvis avvik frå denne regelen.

Kven kan klage?

Alle som meiner dei har vore utsette for urett eller feil som offentlege styresmakter har gjort, kan klage til ombodsmannen. Men klagaren må sjølv ha vore utsett for den feilen eller forsømminga klagen gjeld. Ombodsmannen behandlar normalt ikkje klagar over noko som berre gjeld andre.

Det er likevel ikkje noko i vegen for at ein kan få andre til å sende inn klage for seg. I så fall må det leggjast ved ei fullmakt frå den personen som saka gjeld. Ein organisasjon kan klage til ombodsmannen på vegner av ein enkeltmedlem. Da bør medlemmen medunderskrive klagen, eller det bør leggjast ved skriftleg fullmakt.

Personar som er fråtekne den personlege fridommen, til dømes innsette i fengsel, har rett til å klage til ombodsmannen i lukka brev. Det vil seie at institusjonen ikkje kan sensurere brevet.

Ombodsmannen kan også ta opp saker til gransking etter eige initiativ.

Korleis skal ein klage setjast opp?

Klagen må vere skriftleg og underskriven av klagaren sjølv eller ein annan etter fullmakt frå klagaren. Eit vanleg brev er nok. Det blir ikkje stilt spesielle krav til forma, bortsett frå at ombodsmannen må ha garanti for at klagaren er den ho eller han gir seg ut for å vere. Derfor blir e-post berre brukt til spørsmål og orienteringar og ikkje som grunnlag for klagebehandling. Klagaren bør i klagen gjere greie for kva uretten eller feilen går ut på, og gjerne leggje ved eventuelle saksdokument.

Klagebehandlinga hos Sivilombodsmannen

Når det er på det reine at ein klage høyrer inn under arbeidsområdet til ombodsmannen, blir det teke stilling til om det er god nok grunn til å behandle klagen. Dersom det er det, sørgjer ombodsmannen for at saka blir granska. Ombodsmannen avgjer kva omfang granskinga skal ha. Det blir henta inn dokument, opplysningar og fråsegner frå forvaltninga og klagaren i den monn det trengst. (Granskinga må normalt avgrense seg til gjennomgang av saksdokument og anna skriftleg materiale, men den som ønskjer det, kan be om samtalar eller munnleg konferanse med ombodsmannen eller medarbeidarane hans.)

Fotografi og videofilmar og liknande kan også brukast til å kaste lys over saka. Ombodsmannen dreg normalt ikkje ut på synfaring og kan heller ikkje sjølv avhøyre partar eller vitne.

Klagaren blir halden orientert om saksgangen og om resultatet av behandlinga hos ombodsmannen.

Ombodsmannen skal granske sakene objektivt og nøytralt, og han kan derfor ikkje fungere som partsrepresentant, advokat eller fullmektig for ein borgar i høve til styresmaktene.

Kva kan Sivilombodsmannen gjere?

Ombodsmannen kan seie kva han meiner om saker som høyrer inn under arbeidsområdet hans. Dei granskingane ombodsmannen gjer, kan med andre ord munne ut i kritikk av eller oppmodingar og tilrådingar til styresmaktene. Ombodsmannen kan peike på at eit forvaltningsorgan eller ein tenestemann har gjort ein feil eller har forsømt seg. Han kan også oppmode forvaltningsorganet om å rette opp feil, forsømming eller mishøve. Sivilombodsmannen kan ikkje sjølv ta bindande avgjerder eller endre avgjerder som forvaltninga har teke. Han kan heller ikkje gi rettsleg bindande instruksar til styresmaktene. I praksis rettar styresmaktene seg likevel etter oppmodingane og tilrådingane frå ombodsmannen.

Når det gjeld forvaltningsavgjerder som byggjer på skjønn, har ombodsmannen berre avgrensa rett til å kome med kritikk.

Ombodsmannen kan også gjere merksam på manglar ved lover, regelverk og forvaltningspraksis.

Ikkje alle saker eignar seg for behandling hos Sivilombodsmannen

Som det går fram av avsnittet om klagebehandlinga, er det visse spørsmål ombodsmannen ikkje behand-

lar og uttalar seg om. Det gjeld til dømes tilfelle der det krevst synfaring eller munnleg forklaring, slik som i ein del saker om fast eigedom og visse erstatningskrav.

Vil du vite meir om Sivilombodsmannen?

Den som vil vite meir om ombodsmannsordninga, kan skrive eller ringje til ombodsmannskontoret. Munnlege konferansar med medarbeidarane til ombodsmannen må avtalast på førehand.

Besøksadresse: Akersg. 8, 6. et.(inngang Tollbug.)
Postadresse: Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo
Telefon 22 82 85 00
Grønt nummer 800 80 039
Telefaks 22 82 85 11
post@sivilombudsmannen.no
www.sivilombudsmannen.no

OVDASÁTNI

Muhtimin ovttaskas riikkaássi oaivvilda, ahte almmolaš eiseválddit leat bargan boastut su vuostá dahje boastut muhtin áššis. Dalle son sáhttá bivdit Siviilaáittardeaddji guorahallat ášši.

Stuorradiggi lea nammadan siviilaáittardeaddji bealuštit ovttaskas riikkaáššiid vuoigatvuođaid. Dát gihpa čilge maid Siviilaáittardeaddji sáhttá dahkat, mo dasa sáhttá váidit áššiid ja mo áittardeaddji ja su mielbargit meannudit váidagiid.

Oslo, suoidnemánnu 2005

Stuorradikki hálddahusáittardeaddji

Arne Fliflet
Siviilaáittardeaddji

Makkár áššiiguin ja jearaldagaiguin Siviilaáittardeaddji bargá?

Siviilaáittardeaddji sáhttá guorahallat eanaš iešguđetlágan áššiid ja diliid, maid almmolaš eiseválddit leat meannudan ja mearridan. Stáhta, fylkkagielddaid ja gielddaid hálddašeapmi gullá náppo Siviilaáittardeaddji bargosuorgái. Sáhtát váidit dasa sihke eiseváldeorgánaid (hálddašanorgánaid) ja virgeolbmuid dahje earáid, geat doibmet hálddahusa bálvalusas.

Priváhta nákkut eai gula bargosuorgái. Áittardeaddji ii sáhte omd. meannudit ránnjážiid priváhta nákkuid, nákkuid priváhta soahpamušaid alde dahje váidagiid priváhta servviid hárrái. Seammá guoská ollu dáhpáhusaide, main almmolašvuohta lea osolaš priváhtarievtti oktavuođain.

Siviilaáittardeaddji ii maid sáhte meannudit

- áššiid, maid hárrái Stuorradiggi dahje Odeldiggi lea cealkán oaivila
- mearrádusaid, mat leat dahkkon stáhtarádis
- duopmostuoluid doaimmaid, maiddái hálddahusdoaimmaid, mat gullet duopmárkantuvrraide, ja mearrádusaid maid hárrái čielgasit lea lágas mearriduvvon, ahte daid sáhttá guoddalit dahje váidit duopmostullui dahje geavahit eará riektevugiid omd. pántema dahje geassingáibádusaRiikarevišuvnna doaimmaid
- áššiid, mat gullet Suodjalusa áittardeaddjái ja siviila bálvalangeatnegasaid áittardeaddjái

Gielddaid iešstivrejumi geažil ii sáhte buot mearrádusaid, maid gielddarádđehus dahje fylkkadiggi dahket, ovddidit áittardeaddjái.

Siviilaáittardeaddji ja su kantuvra bagadit

Siviilaáittardeaddji kantuvra bagada, rávve ja veahkeha daid, geat áigot geavahit Stuorradikki áittardeaddjiortnega. Kantuvra sáhttá maid vástidit riektegažaldagaide, mat gullet dihto váidagii.

Váidda Siviilaáittardeaddjái - mii dat leat? Maid váidagii sáhttá čállit? Maid váidin máksá?

Go váiddát ášši Siviilaáittardeaddjái, de bivddát áittardeaddji dutkat ášši dahje dili, maid hálddahus (almmolaš eiseválddit) lea meannudan. Áittardeaddji mearrida leago váidda nu vuđolaš, ahte dan sáhttá meannudit.

Váidda Siviilaáittardeaddjái ja váidda bajit hálddašaneiseválddiide leat guokte sierra ášši. Das gii váidá ášši bajit hálddašaneiseválddiide, lea dábálaččat vuoigatvuohta dasa ahte bajit eiseválddit meannudit ášši ođđasit, ja váiddaorgána sáhttá de rievdadit mearrádusa. Dat fas, gii váidá ášši Siviilaáittardeaddjái, bivdá áittardeaddji guorahallat ášši dahje hálddahusdili, ja jus dat dan dahká, de dat cealká man oaivilis dat lea guorahallamis ovdanboahtán áššiid hárrái. Ii oktage sáhte *gáibidit* áittardeaddji meannudit iežas váidaga. Áittardeaddji ii sáhte maid rievdadit hálddahusmearrádusaid.

Áittardeaddjái sáhttá váidit dušše áššiid, maid sáhttá navdit leat boastut dan vuostá, gii ášši váidá. Nu lea dakkár dáhpáhusain, main váidet hálddahusmearrádusa mii lea boastut, dahje go eiseválddit leat meannudan ášši boastut dahje dohkketmeahttumit. Dat, gii oaivvilda hálddahusa leat láhtten ávvirmeahttumit (hensynsløst), rihkkon su vuostá dahje eará láhkai bargan nu ahte sutnje lea čuohcan, sáhttá váidit dan. Sáhttá maid váidit jus hálddahus ii vástit jearaldagaide dahje jus dat ii doaimma muhtin áššis.

Siviilaáittardeaddji meannuda váidagiid nuvttá.

Goas sáhtát váidit Siviilaáittardeaddjái?

Siviilaáittardeaddji goziheapmi galgá dáhpáhuvvat eará vejolašvuođaid maŋŋá. Dat mearkkaša, ahte hálddahus galgá ieš beassat ordnet ja mearridit ášši ovdalgo dat váidojuvvo siviilaáittardeaddjái. Jus hálddahusas leat iežas geahčču- ja gozihanortnegat, de fertet vuos váidit daidda.

Jus áiggut váidit hálddahusmearrádusa, hálddahusas lea dábálaččat bajit dássi, masa sáhtát váidit mearrádusa. Dalle fertet leat geahččalan dan váidinvejolašvuođa ovdalgo 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 oaivvildat ain, ahte das leat dahkkojuvvon boasttuvuođat dahje vuoigatmeahttunvuođat, de sáhtát váidit ášši Siviilaáittardeaddjái.

Daid áššiin, maid váidininstánsa lea Gonagas (Ráđđehus), ii gusto njuolggadus, man mielde galggat vuos leat váidán bajit hálddašanorgánii, ovdal go váiddát Siviilaáittardeaddjái. Dat mearkkaša, ahte mearrádusaid, maid departemeanttat leat dahkan vuosttaš mearridaninstánsan, sáhtát váidit áittardeaddjái váiddekeahttá vuos Gonagassii.

Dás ovddabealde čilgejuvvon áššit gusket ovddimusat mearrádusaid váidimii. Muhtin dáhpáhusain sáhttá áittardeaddjái maid váidit dalle go hálddahus lea ain meannudeamen ášši, omd. go váidda guoská ášši ovdáneapmái (ášši meannudit njozet).

Váidináigi

Váidináigi lea jahki. Áigemeari rehkenastet dan rájes, goas hálddahus loahpalaččat lea mearridan ášši dahje dan beaivvi rájes, goas váidojuvvon dáhpáhus lea leamaš. Dán njuolggadusas spiehkastit hárve.

Gii sáhttá váidit?

Juohkehaš, gii oaivvilda iežas gillán vuoigameahttunvuođa dahje boasttuvuođa eiseválddiid beales, sáhttá váidit ášši áittardeaddjái. Váidi ferte gal ieš leat šaddan gillát boasttuvuođa dahje hilggodeami, masa váidda guoská. Áittardeaddji ii dábálaččat meannut váidagiid, mat gusket dušše earáide.

Mihkkege ii dattetge hehtte čállimis váidaga geannu eará beales. Dalle fertet bidjat mielddusin fápmudusa dan olbmos, geasa ášši guoská. Organisašuvdna sáhttá váidit ášši siviilaáittardeaddjái ovttaskas miellahtu beales. Dalle miellahttu berre leat mielvuolláičállin, dahje berre mielddustit čálalaš fápmudusa.

Dain, geaid persovnnalaš friijavuohta lea duoguštuvvon, omd. fáŋggain, lea vuoigatvuohta váidit áittardeaddjái giddejuvvon reivviin, dat mearkkaša ásahusa mangeláhkai sensurerekeahttá reivve.

Áittardeaddji sáhttá maid guorahallat áššiid iežas álgagiin.

Mo čálán váidaga?

Váidda ferte leat čálalaš ja dan galgá vuolláičállit ieš váidi, dahje giinu eará, gii dasa oažžu fápmudusa váidis. Dábálaš 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 vuođđun. Váidi berre čilget váidagis makkár vuoigatmeahttunvuohta dahje boasttuvuohta lea dahkkon, ja áinnas bidjat mielddusin vejolaš áššebáhpáriid.

Siviilaáittardeaddji meannuda váidaga

Go lea čielgan, ahte váidda gullá áittardeaddji bargosuorgái, de gehččet leago vuođđu váidaga meannudeapmái. Jus nu lea, áittardeaddji fuolaha ášši guorahallamis.

Áittardeaddji mearrida man viidát ášši dutket. Dárbbu mielde bivdet áššebáhpáriid, dieđuid ja cealkámušaid hálddahusas ja váidis. (Guorahallama fertejit dábálaččat ráddjet áššebáhpáriid ja eará čállojuvvon dieđuid lohkamii, muhto jus giinu hálida, de sáhttá dáhttut ságastallamiid dahje njálmmálaš konferánssa áittardeaddjiin dahje su mielbargiiguin).

Govaid ja videofilmmaid ja eará diekkáriid sáhttá maid geavahit ášši čilgemis. Áittardeaddji ii dábálaččat fina báikkiid geahččamin iige sáhte maid ieš jearahallat osolaččaid iige vihtaniid.

Váidi oažžu dieđu(id) ášši ovdáneames ja áittardeaddji meannudeami bohtosiin.

Áittardeaddji galgá leat objektiivvalaš ja neutrála ášši guorahallamis, iige dan geažil sáhte doaibmat

ovttaskas riikkaássi vo ovddasteaddjin, advokáhtan iige fápmuduvvon olmmošin eiseválddiid hárrái.

Maid Siviilaáittardeaddji sáhttá dahkat?

Siviilaáittardeaddji sáhttá cealkit maid dat oaivvilda dili hárrái, mii gullá su bargosuorgái. Siviilaáittardeaddji sáhttá guorahallamiiddis boađusin cuiggodit eiseválddiid dahje ávžžuhit daid bargat dihto láhkai. Áittardeaddji sáhttá čujuhit dasa, ahte hálddašanorgána dahje virgeolmmoš lea bargan boastut dahje guođđán maidnu barggakeahttá. Dat sáhttá maid ávžžuhit hálddahusorgána njulget boasttuvuođaid, hilggodemiid dahje bonjuvuođaid. Siviilaáittardeaddji ii sáhte ieš mearridit áššiid, ja dan láhkai čatnat eiseválddiid, iige rievdadit hálddahusa mearrádusaid. Son ii maid sáhte gohččut eiseválddiid ja dainna geatnegahttit daid riektedásis. Geavadis eiseválddit dattetge čuvvot áittardeaddji ávžžuhusaid.

Hálddahusmearrádusaid hárrái, mat dahkkojit friijasut árvvoštallama vuođul, leat siviilaáittardeaddji cuiggodanvejolašvuođat ráddjejuvvon.

Áittardeaddji sáhttá maid fnomášahttit lágaid, njuolggadusaid ja eiseválddiid geavadiid váilevašvuođain.

Eai buot áššit heive Siviilaáittardeaddji guorahallamii

Nugo váidagiid meannudeami oktavuođas (9. siiddus) namuhuvvo, muhtin áššiid Siviilaáittardeaddji ii sáhte meannudit, iige cealkit oainnu daid hárrái. Nu lea ovdamearkka dihte dalle, go dáhpáhusbáikki oaidnin dahje njálmmálaš čilgehus leat dehálaččat, nu movt lea muhtin áššiin, mat gusket fásta opmodahkii ja ovttaskas buhtadusgáibádusaide.

Hálidatgo diehtit eambo Siviilaáittardeaddji birra?

Jus hálidat eambo dieđuid Stuorradikki áittardeaddjiortnega birra, sáhtát čállit dahje riŋget áittardeaddji kantuvrii. Njálmmálaš ságastallamiid áittardeaddji mielbargiiguin fertet šiehttat ovddalgihtii.

Galledančujuhus
Akersgata 8, 6. geardi
(sisa Tollbugata bealde)

Poastačujuhus
Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefovdna 22 82 85 00
Ruoná nummir 800 80 039
Telefáksa 22 82 85 11
post@sivilombudsmannen.no
www.sivilombudsmannen.no