

# S'OM

Sivilombudsmannen  
Årsmelding for 2009  
Dok. 4 (2009–2010)



# Sivilombudsmannen

Fra årets melding:

- Spørsmål om Finnmarkseiendommen hørte under ombudsmannens arbeidsområde
- Dokumentinnsyn hos Oslo Børs – taushetsplikt og saksbehandlingstid
- Behandlingen av personalsak i Forsvarsdepartementet
- Journalføring av tekstmeldinger (SMS-er)
- P4s klage over manglende tildeling av radiofrekvens på bekostning av NRK
- Synshemmedes rettigheter i møte med Nav
- Oppfølging av besøk i Tromsø fengsel
- Politiets saksbehandling i forbindelse med utlevering av mindreårig norsk borger til Sverige
- Oppdatering på internett av skattelister publisert av pressen
- Eiendomsskatt i Kragerø kommune – ulike takseringsmetoder for fritidseiendom og boligeiendom
- Behandling av søknad om byggetillatelse – «Småhusplanen» i Oslo kommune
- Reindriftssamers rett til laksefiske i sjøen – betaling til Finnmarkseiendommen

Meldingen inneholder referat av 104 undersøkte saker fra en rekke forskjellige forvaltningsområder.



# **Dokument 4**

(2009–2010)

**Melding for året 2009**

**fra**

**Sivilombudsmannen**

**Avgitt til Stortinget i mars 2010**



## **Til Stortinget**

I samsvar med lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 12, jf. Stortingets instruks for ombudsmannen 19. februar 1980 § 12, gir jeg med dette Stortinget melding om virksomheten i 2009.

Kapittel I inneholder en orientering om arbeidet og saksbehandlingen ved institusjonen og oppbyggingen av den. Her er det også gitt en redegjørelse for administrative forhold samt noen aktuelle tema av generell interesse. Statistiske opplysninger om saksfordeling og saksbehandling er gitt i kapittel II. Kapittel III inneholder en orientering om hvordan uttalelser fra ombudsmannen som er referert i tidligere årsmeldinger, er blitt fulgt opp av forvaltningen. I kapittel IV er det redegjort for saker der det er funnet mangler ved lover, forskrifter eller forvaltningspraksis. Det er i kapittel V referert 104 saker av alminnelig interesse fra meldingsåret, jf. instruksen § 12 annet ledd. Deretter følger emne- og stikkordregister samt lovregister.

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

Oslo, mars 2010

*Arne Fliflet*





# Innhold

<b>I. OM VIRKSOMHETEN I 2009</b> .....	9
1. Hva gjør ombudsmannen? .....	9
2. Klager i 2009, fremgangsmåten ved behandlingen av klager og utfallet av klagebehandlingen .....	10
3. Saksbehandlingstid .....	12
4. Saker som er tatt opp av eget tiltak .....	12
5. Særskilt melding til Stortinget .....	12
6. Høringsuttalelser .....	13
7. Arbeid med internasjonale spørsmål og menneskerettigheter .....	13
8. Møter, besøk og foredrag .....	16
9. ICIC 2009 – The 6. International Conference of Information Commissioners .....	17
10. Elektronisk kommunikasjon med borgerne .....	17
11. Ombudsmannen og media .....	18
12. Ombudsmannen som et supplement og alternativ til domstolene .....	19
13. Organisasjon og personale .....	21
14. Likestilling og arbeid mot diskriminering .....	21
<b>II. STATISTIKK</b> .....	23
1. Innledning .....	23
2. Tilgangen på saker i meldingsåret .....	23
3. Sakenes utfall .....	24
4. Saksbehandlingstid .....	26
5. Fordeling av saker ut fra geografi, forvaltningsorgan og saksområder .....	27
<b>III. FORVALTNINGENS OPPFØLGING AV OMBUDSMANNENS TIDLIGERE UTTALELSER</b> .....	35
<b>IV. SAKER DER OMBUDSMANNEN HAR GJORT FORVALTNINGEN OPPMERKSOM PÅ MANGLER VED LOVER, FORSKRIFTER ELLER PRAKSIS</b> .....	45
<b>V. REFERAT AV SAKER AV ALMINNELIG INTERESSE</b> .....	50
<b>Innledning</b>	
Lang saksbehandlingstid i Nav – ressursmangel i forvaltningen .....	50
Tredjepersonkonflikters betydning for ombudsmannens saksbehandling .....	50
<b>Ombudsmannens arbeidsområde</b>	
1. Finnmarkseiendommens omgjøring av tildeling av lakseplass .....	52
<b>Alminnelig forvaltningsrett</b>	
2. Spørsmål om merknad til kjøretøyforskriften er forskrift .....	60
3. Manglende svar fra Helse Sør-Øst RHF på henvendelser fra et pasientombud .....	62
4. Avtaler om leige av båt plassar – enkeltvedtaksomgrepet .....	64
5. Avslag på søknad om permisjon fra driftsavtale om fysioterapivirksomhet .....	66
6. Tilbakekall av godkjenning som lotteriverdig organisasjon – saksbehandlingen, politianmeldelse og uttalelser til media .....	67
7. Avslag på krav om tildeling av salgsplass – spørsmål om klagerett .....	76
8. Skattekontorets behandlingstid ved forberedelse av klagesak for skatteklagenemnda .....	79
9. Sak om utestenging fra svømmehall .....	82
10. Lånkassens endring av praksis for tildeling av bostipend – forskjellsbehandling .....	84
11. Tap av førerrett – beregningen av tapsperioden når førerkortet ikke er innlevert .....	87



## **Offentlighet, innsyn og taushetsplikt**

12.	Partsinnsyn i barnevernssak .....	90
13.	Spørsmål om partsinnsyn i underlagsmateriale til rapport .....	91
14.	Innsynsrett for den saken gjelder – internt notat .....	93
15.	Utlendingsdirektoratets behandling av anmodninger om oversendelse av saksdokumenter – partsinnsyn .....	95
16.	Dokumentinnsyn – taushetsplikt og kravet til konkretisering av en innsynsbegjæring .....	100
17.	Innsyn i dokumenter om klimavoteprosjekter – forhåndstilsagn om konfidensialitet .....	102
18.	Innsyn i allmenngjøringsbegjæring – person- og næringsopplysninger .....	108
19.	Dokumentinnsyn hos Oslo Børs – taushetsplikt og saksbehandlingstid .....	112
20.	Innsyn i interne dokumenter – lovteknisk gjennomgang av lovutkast .....	115
21.	Avslag på dokumentinnsyn - interne dokumenter .....	120
22.	Dokumentinnsyn – e-post sendt fra kommunen til en privat forhandlingsmotpart .....	124
23.	Avslag på innsyn – oversendelse av dokumenter til kontrollorgan .....	126
24.	Innsyn i søkerliste for stilling som personalsjef .....	129
25.	Mangelfull saksbehandling av krav om innsyn i fullstendige søkerlister .....	132
26.	Saksbehandlingstiden i innsynssaker .....	135
27.	Spørsmål om taushetsplikt – opplysninger om klage til Likestillings- og diskrimineringsombudet .....	137
28.	Møteoffentlighet og protokollering – kommunelovens møtebegrep .....	139
29.	Sak om møteoffentlighet – tilsetting av rådmann .....	142

## **Offentlige tilsetningsforhold**

30.	Utlysning av stillinger i forbindelse med omorganisering .....	144
31.	Manglende utlysning av rådmannsstilling .....	145
32.	Tilsetting av saksbehandler ved flyktningkontoret .....	147
33.	Tilsetting ved kommunalt flyktningkontor – fortrinnsrett .....	149
34.	Tilsetting av kultursjef .....	151
35.	Tilsetting av regnskapskontrollør .....	154
36.	Sak om tilsetting av jurist – kvalifikasjonsprinsippet .....	156
37.	Tilsetting i parkeringsselskap organisert som aksjeselskap – forbigåelse og innsyn i utvidet søkerliste .....	158
38.	Sak om ordensstraff .....	161
39.	Sak om tjenestepåtale til kommunalt ansatt .....	165
40.	Behandlingen av personalsak i Forsvarsdepartementet .....	167

## **Journalføring**

41.	Journalføring av tekstmeldinger (SMS-er) .....	177
-----	------------------------------------------------	-----

## **Driftstilskudd, konsesjoner og boplikt**

42.	Klage over avslag på søknad om tildeling av radiofrekvens .....	180
43.	Tildeling av avtalehjemmel for legespesialist – seniorpolitikk .....	187
44.	Avslag på søknad om konsesjon til å inneha og drive sjøflyplass .....	190
45.	Avslag på søknad om konsesjon for å overta landbrukseiendom – tvil om avslagets begrunnelse lå innenfor konsesjonslovens rammer .....	193
46.	Konsesjon til gruvedrift – sakens opplysning .....	198
47.	Vilkår om boplikt – søknad om lemping .....	200

## **Utdanning og studiefinansiering**

48.	Skoleskyss – vurderingen av hva som er akseptabel tidsbruk for grunnskoleelev .....	203
49.	Skoleskyssgodtgjørelse – forskjellsbehandling av grunnskoleelever og elever i videregående skole .....	208
50.	Fylkeskommunens anvendelse av dispensasjon fra plikten til å sørge for gratis skoleskyss ...	215
51.	Behandlingen av klage over standpunktkarakter i videregående skole .....	216
52.	Skolen informerte medelever om en elevs utøving av vold mot en lærer og senere utvisning – spørsmål om brudd på taushetspliktbestemmelser .....	221
53.	Bostipend – særskilt linje med lange skoledager på videregående skole .....	223

## Trygd og barnebidrag (Nav)

54. Synshemmedes rettigheter i møte med Nav .....	226
55. Manglende svar fra Nav lokalt i sak om etterbetaling av barnetillegg .....	229
56. Saksbehandlingen ved Nav lokalt i en sak om forsinket utbetaling av uførepensjon .....	230
57. Veilednings- og begrunnelsesplikten i sak om barnebidrag med utenlandsk part .....	232
58. Forvaltningens undersøkelsesplikt når bidragsmottakerens inntektsevne skal fastsettes .....	235

## Fengselsforhold

59. Oppfølging av besøk i Tromsø fengsel .....	238
60. Behandlingen av søknad om permisjon fra fengsel i forbindelse med begravelse .....	243
61. Det offentliges ansvar for mattilbudet til frihetsberøvede ved fremstilling til rettsmøter .....	246

## Utlendingssaker

62. Bortfall av bosettingstillatelse på grunn av langvarig fravær fra riket – forholdet mellom lov og forskrift m.v. ....	249
63. Ombudsmannens undersøkelse av personvernmessige forhold etter besøk til Lier statlige ventemottak .....	255
64. Prøveløslatelse av utenlandske innsatte med forbehold om effektivering av utvisningsvedtak .....	259
65. Krav til dokumentasjon av identitet i familiegjenforeningssak .....	263
66. Politiets saksbehandling i forbindelse med utlevering av mindreårig norsk borger til Sverige .....	266

## Skatt, ligning, toll og avgifter

67. Tilbakegående avgiftsoppgjør ved overgangen til strengere innvilgelsespraksis i mai 2006 ..	273
68. Etterberegnet avgift på båtmotorer – avgiftsgrunnlaget .....	278
69. Oppdatering på internett av skattelister publisert av pressen .....	282
70. Import av varer – spørsmål om markedsføringsutgifter skal medtas i «tollverdien» .....	285
71. Eiendomsskatt i Kragerø kommune – ulike takseringsmetoder for fritidseiendom og boligeiendom .....	291
72. Vedtak om egedomsskatt – manglende grunngivning .....	295
73. Egedomsskattesatsar – første gongs utskrivning .....	298
74. Utskriving av eiendomsskatt i Vågsøy kommune .....	299
75. Eiendomsskatt – saksbehandlingen i Tranøy kommune .....	300
76. Forsinkelsesgebyr ved for sent innlevert årsregnskap .....	304

## Plan og bygg

77. Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen .....	308
78. Behandling av søknad om byggetillatelse – «Småhusplanen» i Oslo kommune .....	313
79. Vurderingen av anførsel om usaklig forskjellsbehandling i sak om dispensasjon etter plan- og bygningsloven .....	318
80. Beregning av avstand til nabogrense .....	322
81. Dispensasjon fra reglene om minste avstand til nabogrense .....	325
82. Dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 70 nr. 2 .....	328
83. Mangelfull vurdering ved dispensasjon fra avstandsregelen i plan- og bygningsloven § 70 nr. 2 .....	330
84. Riving og gjenoppføring av tilbygg i Grimstad kommune – private rettsforholds betydning for bygningsmyndighetens saksbehandling .....	332
85. Atkomst ved oppføring av garasje – privatrettslige forhold .....	336
86. Gebyrberegning ved behandling av privat reguleringsforslag var i samsvar med selvkostprinsippet .....	338
87. Bygningsmyndighetenes adgang til å unnlate bruk av sanksjoner mot ulovlig byggetiltak ....	344



**Fiske, oppdrettsanlegg**

88. Reindriftssamers rett til laksefiske i sjøen – betaling til Finnmarkseiendommen .....	350
89. Avkorting i strukturkvotetildeling .....	354
90. Forståelse av fiskekvoteregler og adgang til skjønnsmessig inndragning av fangstverdi .....	356
91. Inndragning av fangstverdi og toinstansbehandling av spørsmål om utgiftskompensasjon .....	359
92. Overtredelsesgebyr etter akvakulturloven .....	362

**Sakskostnader og erstatning**

93. Avslag på krav om sakskostnader etter frafallelse av vilkår om løsning fra tidligere statsborgerskap .....	369
94. Spørsmål om hva som kunne anses som «nødvendige» sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 .....	373
95. Statens erstatningsansvar for ugyldige vedtak – midlertidig bruk av utenlandsregistrert motorvogn .....	375
96. Erstatning i bidragssak for tapt motregningsadgang som følge av saksbehandlingsfeil .....	377
97. Deltakelse i veterinærvaktordning – erstatning som følge av lang saksbehandlingstid .....	379
98. Beregning av rovviltskadeerstatning .....	382

**Vann- og avløp, vei og renovasjon**

99. Kommunens vedlikeholdsplikt for kommunale veier .....	388
100. Tilknytningsavgift som følge av påbygg – spørsmål om det forelå tilstrekkelig hjemmel .....	391
101. Hytter renovasjon – krav om fritak fra tvungen renovasjon .....	393
102. Manglende hjemmel ved fastsetting av abonnementsgebyr .....	395

**Annet**

103. Tilbakekall av ordensvaktgodkjenning – skikkethetsvurderingen .....	396
104. Kautokeino kommunes dispensasjonspraksis i saker om motorferdsel i utmark .....	401

**REGISTRE**

Emne- og stikkordregister .....	405
Lovregister .....	407

**VEDLEGG**

1. Ombudsmannens kontor – personaloversikt.....	410
2. Oversikt over avdelingsinndeling og saksområder.....	411
3. Ombudsmannens foredrag, møter, besøk og reiser i 2009 .....	412
4. Kongeriget Norges Grundlov § 75 bokstav l.....	414
5. Lov om Stortingets ombudsman for forvaltningen.....	415
6. Instruks for Stortingets ombudsman for forvaltningen.....	417
7. Orientering om Sivilombudsmannens oppgaver og virksomhet – brosjyrettekster på bokmål, nynorsk og samisk .....	419

## I. Om virksomheten i 2009

### 1. Hva gjør ombudsmannen?

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

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

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

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

Ved mitt kontor arbeider det 33 jurister og et administrativt støtteapparat på 11 personer. Kontoret er inndelt i fem avdelinger med ansvar for hver sine fagområder. Inndelingen i fagavdelinger gir meg og de ulike kontorsjefene en kontinuerlig oversikt over saksporteføljen og bedre forutsetninger for å prioritere og effektivisere saksbehandlingen.

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



*Sivilombudsmann Arne Fliflet*



Figur 1.1 Oversikt over avdelingsinndelingen og saksområdene.



## 2. Klager i 2009, fremgangsmåten ved behandlingen av klager og utfallet av klagebehandlingen

I 2009 kom det inn 2695 klager. Det er en økning på 226 klager i forhold til i 2008, og på 569 klager i forhold til i 2007.

Av de innkomne klagene ble 1319 avvist på formelt grunnlag. Dette gjelder blant annet klager rettet mot organer, institusjoner og andre selvstendige rettssubjekter som ikke er en del av den offentlige forvaltningen og som faller utenfor ombudsmannsordningen. Også dersom en anke- eller klagemulighet i forvaltningen ikke er benyttet, eller klagen for øvrig ikke tidligere er tatt opp med forvaltningen, blir en klage vanligvis avvist. Årsaken er at ombudsmannens kontroll som hovedregel skal være etterfølgende. Det vil si at forvaltningen først selv må få anledning til å behandle og avgjøre det spørsmålet klagen gjelder. Klager vil også som hovedregel bli avvist dersom de innkommer etter tidsfristen for å klage til ombudsmannen. De må være fremsatt senest innen ett år etter at tjenestehandlingen eller forholdet det klages over, ble utført eller opphørte.

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

klagen gjelder, med oppfordring om å merke seg det klageren har sagt, og en anbefaling om hvordan forvaltningen bør innrette seg i fremtiden.

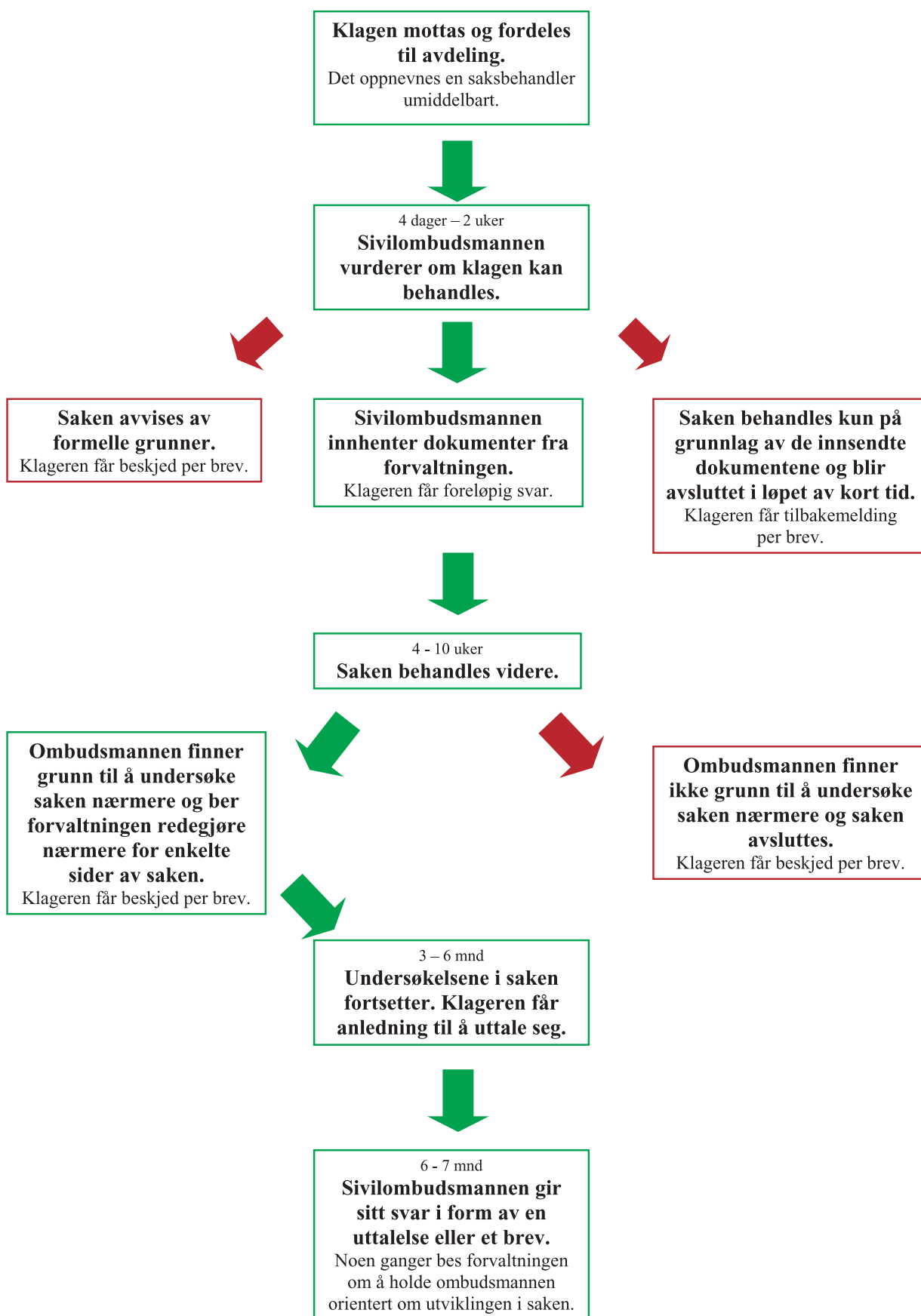
Av de sakene som ble tatt opp til nærmere undersøkelse i 2009, ble 1057 avsluttet etter en gjennomgang av klagen og saksdokumentene som forvaltningen hadde sendt inn, men uten at saken ellers ble lagt frem for eller tatt opp med forvaltningen. I 710 av disse sakene viste det seg, etter en gjennomgang av klagen og saksdokumentene, at klagen opplagt ikke kunne føre frem. I de andre 347 sakene var en telefon til forvaltningen nok til å ordne opp i saken. Disse sakene gjaldt i hovedsak lang saksbehandlingstid eller manglende svar fra forvaltningen.

Av de innkomne klagene endte 212 med en eller annen form for kritikk eller oppfordring til forvaltningen. Det følger av ombudsmannsloven § 10 første ledd at ombudsmannen «kan uttale sin mening om saken». Ombudsmannen kan altså påpeke at det er gjort feil i saksbehandlingen eller rettsanvendelsen, samt gi uttrykk for at en avgjørelse må regnes som ugyldig, klart urimelig eller i strid med god forvaltningsskikk. Dessuten kan ombudsmannen gi uttrykk for at det bør ytes erstatning dersom forvaltningen har gjort feil som tilsier det. Viktig er det og at ombudsmannen kan påpeke at det knytter seg rimelig tvil til avgjørelser som det er klaget på. Slik tvil kan gjelde både faktiske og rettslige forhold.

Når jeg mener at det er handlet feil eller gjort urett, ber jeg normalt forvaltningen om å vurdere eller behandle den aktuelle saken på nytt. Erfaring viser at forvaltningen følger slike oppfordringer. Vanligvis legger forvaltningen også til grunn de oppfatningene jeg gir uttrykk for. Hovedinntrykket er at forvaltningen retter seg lojalt etter det ombudsmannen ber om. Når forvaltningen ikke retter seg etter dette, kan ombudsmannen råde borgeren til å reise sak for domstolene. Konsekvensen av dette er at borgeren har krav på fri sakførsel, jf. rettshjelplova 13. juni 1980 nr. 35 § 16 første ledd nr. 3. I 2009 har ingen saker gitt grunnlag for å tilrå søksmål.

Kapittel V inneholder referater av mine viktigste uttalelser i meldingsåret 2009.

Figur 2.1 Oversikt over saksgangen og veiledende saksbehandlingstid hos ombudsmannen.





### 3. Saksbehandlingstid

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

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

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

- Saker som er avvist på formelt grunnlag 11 dager
- Saker avsluttet uten å ha vært tatt opp med forvaltningen 6 uker
- Saker avsluttet etter å ha vært tatt opp med forvaltningen 7-8 mnd.

Beregningene er basert på 80–100 tilfeldig utvalgte saker innenfor hver av de tre ulike sakskategoriene. Resultatet av beregningene er i hovedsak i samsvar med de måltallene som tidligere har vært oppstilt for saksbehandlingstiden. Kontoret vil i 2010 trolig få et elektronisk verktøy som kan gi en mer nøyaktig oversikt over saksbehandlingstiden.

I figur 2.1 ovenfor er det gitt en grafisk fremstilling over saksbehandlingstiden på de ulike stadiene i klagebehandlingen. I kapittel II om statistikk er det inntatt figurer som viser et mer fullstendig bilde av saksbehandlingstiden ved kontoret innenfor de ovennevnte kategoriene.

### 4. Saker som er tatt opp av eget tiltak

I tillegg til å behandle klager fra borgerne, kan ombudsmannen ta opp saker av eget tiltak. Alle saker som tas opp uten bakgrunn i en klage, regnes som en slik sak. Bakgrunnen for at saker tas opp av eget tiltak, er vanligvis at jeg i forbindelse med behandlingen av en klagesak har fått kjennskap til forhold i forvaltningen som det kan være grunn til å ta opp særskilt. Dersom det kommer inn flere klager som gjel-

der samme type forhold, kan det også være mer praktisk å ta saken opp på generelt grunnlag og av eget tiltak, enn å forfølge de konkrete enkeltsakene. Det kan også være at opplysninger fra publikum, eller forhold som omtales i media, gir grunn til å ta opp en sak av eget tiltak uten at noen har fremmet en konkret klage. Besøk og inspeksjoner er blant sakene som tas opp av eget tiltak. I meldingsåret 2009 er det åpnet 25 saker av eget tiltak. To av sakene førte etter nærmere vurdering ikke til noe initiativ herfra, og det reelle tallet er derfor 23 saker, som i 2008. Det ble i år avsluttet 21 slike saker. Følgende eget tiltak-saker som ble avsluttet i år er referert i årsmeldingens kapittel V:

- Sak nr. 31: Manglende utlysning av rådmannsstilling
- Sak nr. 59: Oppfølging av besøk i Tromsø fengsel
- Sak nr. 63: Ombudsmannens undersøkelse av personvernmessige forhold etter besøk til Lier statlige ventemottak
- Sak nr. 69: Oppdatering på internett av skattelister publisert av pressen
- Sak nr. 74: Utskriving av eiendomsskatt i Vågsøy kommune

### 5. Særskilt melding til Stortinget

En særskilt melding kan gis når ombudsmannen får kjennskap til «forsømmelse eller feil av større betydning eller rekkevidde», jf. ombudsmannsloven § 12 andre ledd. Jeg har i 2009 gitt én slik melding til Stortinget.

Meldingen gjaldt ombudsmannens rett til å få saksdokumenter oversendt til seg i forbindelse med behandlingen av en klage.

Bakgrunnen for den særskilte meldingen var at jeg i forbindelse med behandlingen av en konkret klagesak ble nektet innsyn i et saksdokument hos Olje- og energidepartementet. Ettersom jeg ble nektet innsyn i dokumentet, kunne jeg heller ikke behandle klagesaken som gjaldt avslag på innsyn i det omstridte dokumentet. På bakgrunn av departementets avgjørelse ble derfor jeg hindret i å utføre mitt verv.

Den underliggende saken gjaldt en klage fra en journalist. Journalisten hadde fremmet krav om innsyn i et notat fra regjeringsadvokaten til Olje- og energidepartementet. Departementet avsto innsynskravet og viste til offentleglova § 15 annet ledd, som åpner for å unnta et dokument fra offentligheten dersom dokumentet er innhentet utenfra for den interne saksforberedelsen. Det ble videre avslått å gi innsyn etter en meroffentlighetsvurdering.

For at jeg skulle kunne behandle klagen og ta stilling til om departementet hadde gjort en korrekt rettslig vurdering av offentlighetsspørsmålet, ble det, i tråd med vanlig rutine, bedt om utlån av saksdokumentene fra Olje- og energidepartementet, jf. om-

budsmannsloven § 7. Olje- og energidepartementet av slo kravet om dokumentutlån og viste til ombudsmannsloven § 7 annet ledd, jf. tvisteloven § 22-5 som hjemmel for ikke å oversende dokumentet.

Jeg påpekte i den særskilte meldingen at utlån av saksdokumenter til ombudsmannen innebærer at dokumentene blir brukt i ombudsmannens undersøkelse av saken og at dokumentene normalt vil bli returnert til forvaltningen etter avslutningen av saken. Dokumentene er ikke en del av ombudsmannens saksdokumenter som er gjenstand for innsyn etter ombudsmannsloven og ombudsmannen ville ikke under noen omstendighet utlevere dokumentet til klageren. Videre viste jeg til at hensynet bak ombudsmannsloven § 7 var å sikre at ombudsmannen hadde adgang til de dokumentene som er relevante for å kunne behandle en sak. For å kunne kontrollere rettsanvendelsen etter offentleglova i en konkret sak, er det nødvendig å ha tilgang til dokumentet. Jeg uttalte at det var beklagelig at Olje- og energidepartementet nektet å oversende dokumentet, da dette hindret meg i å utføre mitt verv.

Kontroll- og konstitusjonskomiteen avga 15. desember 2009 sin innstilling til Stortinget, se Innst. 121 S (2009-2010). I innstillingen ga en enstemmig komité uttrykk for at den ikke anså tvisteloven § 22-5 som et hinder for ombudsmannens innsyn i dokumenter utarbeidet for forvaltningens utredning eller forberedelse av saker. Komiteen understreket at det er avgjørende at ombudsmannen får tilgang til de dokumenter ombudsmannen finner nødvendig for å ivareta sin funksjon. I den konkrete saken anså komiteen at det ikke var fremført tilstrekkelig tungtveiende begrunnelser for å gjøre unntak fra denne hovedregelen.

Dokumentet ble oversendt til ombudsmannen 18. desember 2009. Stortinget behandlet innstillingen i møte 14. januar 2010.

## 6. Høringsuttalelser

---

Ombudsmannen har i 2009 fått inn 109 høringsbrev fra forvaltningen med forslag til nytt eller endret regelverk. Utgangspunktet for ombudsmannens undersøkelser er gjeldende lovgivning og det faller utenfor ombudsmannens mandat å overprøve de vurderingene lovgiver har gjort. Med unntak av saker som direkte vedgår ombudsmannsinstitusjonen eller forhold som tidligere har vært behandlet her, har ombudsmannen av prinsipielle grunner derfor vært tilbakeholden og forsiktig med å gi høringsuttalelser til lovforslag. Som i 2008, ga jeg i 2009 bare to høringsuttalelser.

Den ene høringsuttalelsen gjaldt forslag til endringer i forvaltningsloven og straffegjennomførings-

loven. Justisdepartementet foreslo i høringsnotatet en lovhjemmel for kriminalomsorgens behandling av personopplysninger. Dessuten inneholdt høringsnotatet lovforslag om taushetsplikten for kriminalomsorgens tilsatte, presisering av reglene om opplysningsplikt og innhenting av taushetsbelagte opplysninger, og regler om innsyn som ivaretar større åpenhet i benådningssaker. Til forslaget om lovhjemmel for kriminalomsorgens behandling av personopplysninger, viste jeg til at det i et brev 5. juni 2009 herfra til departementet var stilt flere spørsmål om det såkalte INFOFLYT-systemet for utveksling av personopplysninger mellom kriminalomsorgen og politiet. Spørsmålene berørte flere av de forholdene som var tatt opp i høringsnotatet. Når det gjaldt spørsmål om innsyn i benådningssaker, påpekte jeg at den foreslåtte bestemmelsen i forvaltningsloven syntes å være en kodifisering av gjeldende rett og som derfor neppe ville bidra til mer åpenhet om benådningssaker enn i dag, slik Stortinget hadde etterspurt regler om. Jeg kunne heller ikke se at forslaget tok sikte på eller ville bidra til å løse de problemstillingene og vanskelige avveiningene som oppstår ved at innsyn i straffesaken og innsyn i benådningssaken følger ulike regelverk. Utover dette hadde jeg ingen merknader til lovforslagene.

Den andre høringsuttalelsen ble gitt i forbindelse med rapporten «Etterkontroll av reglene om straffrettslig utilregnelighet, strafferettslige særreaksjoner og forvaring». Justisdepartementet hadde i et høringsbrev bedt om innspill om eventuelle behov for klargjøring eller endring av regelverket om godtgjørelse til juridisk bistand for forvaringsdømte ved begjæringer om prøveløslatelse. Ombudsmannen hadde behandlet en sak om fritt rettsråd for en forvaringsdømt, der jeg fant at det var uklarheter knyttet til praksisen for fritt rettsråd i slike saker, og hvor jeg ba Statens sivilrettsforvaltning vurdere å ta dette opp med Justisdepartementet. Selv om jeg allerede hadde bedt Statens sivilrettsforvaltning følge opp saken overfor departementet, ble det for ordens skyld oversendt til departementet en anonymisert kopi av det avsluttende brevet i saken, for å illustrere problemstillinger om temaet.

## 7. Arbeid med internasjonale spørsmål og menneskerettigheter

---

Sivilombudsmannen har i 2009 fortsatt arbeidet med menneskerettigheter og internasjonale spørsmål. På kontoret har det i 2009 vært en egen ressursgruppe som skal holde seg spesielt orientert om internasjonale spørsmål, og som har representert ombudsmannen i ulike internasjonale fora og nettverk.

### Forvaltningens oppfølging av internasjonale pålegg og avgjørelser

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

I 2009 har det vært avsagt tre dommer og to avvinningsavgjørelser i saker mot Norge i EMD. I saken A mot Norge ble det konstatert krenkelse av artikkel 8 om retten til respekt for privatliv. Saken har ikke foranlediget oppfølging fra ombudsmannens side.

### Ombudsmannens menneskerettighetsseminar

I november arrangerte Sivilombudsmannen menneskerettighetsseminar. I år var tredje gang Sivilombudsmannens menneskerettighetsseminar ble arrangert. Med tittelen «Overgrep fra privatpersoner – myndighetenes ansvar?», rettet seminaret søkelyset mot statens menneskerettslige ansvar for vern mot fysiske og psykiske overgrep fra andre privatpersoner, blant annet på skolen og på asylmottak. Njål Høstmælingen, forsker ved Norsk senter for menneskerettigheter, innledet seminaret med et foredrag om statens menneskerettslige ansvar for vern mot fysiske og psykiske overgrep fra andre privatpersoner. Advokat Mette Yvonne Larsen snakket om sikkerheten for beboere på asylmottak – menneskerettslig vern mot overgrep fra privatpersoner. Videre holdt barne-

ombud Reidar Hjermand et innlegg om barnets menneskerettslige vern mot krenkelser i skolen. Førsteamanuensis og medlem av FNs torturkomité Nora Sveaas talte om myndighetenes ansvar for forebygging og forhindring av tortur og overgrep, også fra private, og delte erfaringer og refleksjoner med utgangspunkt i FNs torturkonvensjon. Seminaret ble avsluttet med innlegg fra førstestatsadvokat i Økokrim Morten Eriksen og advokat hos regjeringsadvokaten Marius Emberland om hvor langt statens ansvar strekker seg, og en påfølgende paneldebatt.

Seminaret hadde rundt 100 deltakere fra offentlig forvaltning, academia og interesseorganisasjoner.

### National Preventive Mechanisms (NPM)

FNs generalforsamling vedtok i 2002 en tilleggsprotokoll (OPCAT) til FNs torturkonvensjon fra 1984 (The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment). Protokollen trådte i kraft 22. juni 2006, etter at den var ratifisert av 20 land.

Norge undertegnet protokollen 24. september 2003, men har fortsatt ikke ratifisert den. En ratifikasjon har vært varslet flere ganger av norske myndigheter, senest i forbindelse med den periodiske gjennomgangen av menneskerettighetssituasjonen i Norge i regi av Menneskerettighetsrådet (The Human Rights Council) i november 2009. I Norges rapport 8. september 2009 heter det blant annet at Norge «plans to complete ratification of the Optional Protocol to the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT) within the very near future».



*Temaet for paneldebatten under årets menneskerettighetsseminar var blant annet hvor langt statens ansvar strekker seg i vernet av privatpersoner. F. v.; Marius Emberland, Njål Høstmælingen, Morten Eriksen, Nora Sveaas og Arne Fliflet*



Hensikten med OPCAT er å effektivisere FNs torturkonvensjon gjennom å etablere et system med regelmessige besøk til alle steder der personer er frihetsberøvet. Det følger av OPCAT at det skal etableres særskilte kontrollmekanismer både på internasjonalt og nasjonalt nivå. På internasjonalt nivå innebærer OPCAT etableringen av en ny FN-komité (The UN Subcommittee on Prevention of Torture - SPT). Komiteen, som startet sitt arbeid i februar 2007, skal blant annet gjennomføre besøk til landene som har ratifisert protokollen. I landene som har ratifisert OPCAT skal det i tillegg etableres en nasjonal kontrollmekanisme (National Preventive Mechanism - NPM).

OPCAT åpner for at NPM-funksjonen i det enkelte land kan organiseres på flere forskjellige måter. En mulighet er å legge funksjonen som NPM til et eksisterende organ, for eksempel en ombudsmannsordning. Denne løsningen har blant annet vært svært aktuell i de nordiske landene. Folketingets ombudsmand i Danmark ble opprinnelig oppnevnt som NPM og i Sverige ble Riksdagens ombudsmän (JO) oppnevnt som NPM sammen med Justitiekanslern (JK).

Ombudsmannen er kjent med at det i Norge foregår avklaringer på departementalt nivå blant annet med hensyn til hvordan NPM-funksjonen skal utformes når OPCAT blir ratifisert. Spørsmålet synes ellers å ha fått forholdsvis liten oppmerksomhet. Ombudsmannen har ikke mottatt noen offisielle henvendelser med hensyn til organiseringen av NPM-funksjonen, og det er uklart om det kan bli aktuelt å skulle legge denne funksjonen til ombudsmannen. Det gjennomføres allerede flere årlige besøk av ombudsmannen til steder der personer er frihetsberøvet. Dersom ombudsmannen tillegges NPM-funksjonen, vil imidlertid institusjonen måtte styrkes vesentlig for å kunne oppfylle de krav OPCAT stiller.

### **Arbeidet med å styrke menneskerettighetene i Kina**

Ombudsmannen har i 2009 fortsatt samarbeidet med Utenriksdepartementet om styrking av menneskerettighetene i Kina, og har stilt en juridisk medarbeider med særlig kjennskap til kinesisk språk og de kinesiske forhold til rådighet for Utenriksdepartementet i forbindelse med den norske innsatsen for å styrke menneskerettigheter og rettsstatsoppbygging i Kina. Ved siden å være kontaktperson mellom kinesiske og norske myndigheter, har vedkommende jurist som spesialoppgave å arbeide for fangers rettigheter.

I tilknytning til dette har ombudsmannens kontor mottatt besøk av flere delegasjoner fra kinesiske myndigheter og kinesiske jurister. En delegasjon fra The Supreme People's Procuratorate (SPP) besøkte kontoret i august. Temaet for besøket var påtalemyndighetens rolle i strafferettspleien, og forholdet mel-

lom ombudsmannen og riksadvokaten. Kontoret mottok også fire andre delegasjoner bestående av kinesiske jurister og forskere i januar, mai, september og oktober. Temaene for besøkene var bl.a. ombudsmannens rolle for styrking av borgeres rettigheter; ombudsmannen som nyttig verktøy for å styrke menneskerettigheter og «The Ombudsman – a Possibility to Improve Oversight Mechanism on Administrative Power in China?» Det er tydelig at interessen for den norske ombudsmannens oppgaver, funksjoner og virke er stor i Kina. Etter besøkene mottok ombudsmannen en forespørsel om samarbeid, for å kartlegge muligheten for å etablere en ombudsmannsordning i Kina lik den norske.

I tilknytning til feiringen av den svenske ombudsmannsinstitusjonens 200-årsjubileum, deltok ombudsmannen og noen av hans medarbeidere i juni i «The IXth International Ombudsman Institute (IOI) World Conference» i Stockholm. Kofi Annan, tidligere generalsekretær i FN, og Navanethem Pillay, FNs høykommissær for menneskerettigheter holdt taler om henholdsvis «The State and the Individual» samt «Current Challenges to the Protection and Promotion of Human Rights». Sir Brian Elwood, tidligere President i IOI og tidligere ombudsmann for New Zealand, påpekte i sin tale viktigheten av å få Kina med i IOI, forutsatt at landet oppfylte vilkårene for medlemskap. Per i dag er ca 120 nasjoner og regioner medlem i IOI.

I desember arrangerte ombudsmannen, i samarbeid med the Supreme People's Procuratorate (SPP), et seminar om beskyttelsen av unge kriminelles rettigheter, herunder menneskerettigheter, i strafferettspleien i Kina. Bakgrunnen for seminaret var Kinas pågående revisjon av landets straffelov og straffeprosesslov. På grunn av økende kriminalitet blant unge i Kina har landet funnet det nødvendig å revidere straffereaksjoner og finne alternative sanksjoner. Den norske lovgivning og praksis om påtaleunntatelse, megling i konfliktråd, overføring til barnevern samt alternative straffereaksjoner, herunder samfunnsstraff, ble grundig utdypet under seminaret. Under henvisning til FNs barnekonvensjon som både Norge og Kina har ratifisert, ble bruk av fengsling som «siste utvei» og «for kortest mulig tidsrom» overfor unge kriminelle nærmere drøftet i forhold til praksisen i begge land. Hvordan man best kan forebygge/redusere ungdomskriminalitet og tilbakefall, samt internasjonale standarder om behandling av unge kriminelle i fengsel, ble også viet stor oppmerksomhet. Etter anmodning fra SPP ble relevante norske lover oversatt til kinesisk og oversendt før seminaret. 120 deltakere bestående av statsadvokater, påtale- og politijurister, representanter fra fengselsmyndigheter i flere provinser i Kina, samt representanter fra the Ministry of Justice, deltok på seminaret. En delegasjon med fire

norske foredragsholdere bestående av en assisterende regiondirektør, en forsvarsadvokat, en representant fra barnevernet, samt ombudsmannens medarbeider, belyste temaet fra ulike ståsteder.

Videre deltok ombudsmannens kontor også i år i den norsk-kinesiske menneskerettighetsdialogen i regi av Utenriksdepartementet. «Tilbake til samfunnet – overgangen fra fengsel til frihet» var temaet i årets arbeidsgruppe for fangers rettigheter, som ombudsmannens medarbeider deltok i. Under dialogen ble det understreket viktigheten av at innsatte kan leve et mest mulig «normalt» liv i fengsel som gjen-speiler livet og rettighetene man har utenfor fengsel. Dette er viktig for å forberede den domfelte på et kriminalitetsfritt liv etter løslatelse. Det ble også fremhevet at en domfelt ved innsettelse i fengsel ikke mister sine menneskerettigheter, annet enn de nødvendige konsekvenser av selve frihetsberøvelsen. Ytringsfrihet for innsatte ble spesifikt nevnt som et eksempel på rettighet i behold. En innsatt som hadde deltatt i en stortingsvalgdebatt om kriminalpolitikk sendt på NRK i september deltok i arbeidsgruppens møte og svarte på mange spørsmål fra kinesiske deltakere. Den innsattes deltakelse gjorde dypt inntrykk på kinesiske deltakere.

## 8. Møter, besøk og foredrag

I løpet av meldingsåret 2009 har mine medarbeidere og jeg hatt møter med mange ulike organisasjoner og offentlige etater. Slike møter er viktige. De åpner for menings- og informasjonsutveksling og gir nyttig innsikt i forvaltningens virksomhet og et bedre grunnlag for å behandle klagesakene som kommer inn.

Det har blant annet vært avholdt møte med Fylkesmannen i Buskerud. Tilsvarende besøk hos de andre fylkesmennene arrangeres med jevne mellomrom. Tema på disse møtene er, foruten gjensidig orientering om virksomhetene, blant annet om alminnelige forvaltningsrettslige spørsmål og spørsmål om behandlingen av saker etter sosialtjenesteloven, barnevernsloven og plan- og bygningsloven. Videre har jeg vært på besøk i Alvdal kommune, og møtt representanter fra flere kommuner i Hedmark. I mai holdt jeg også et innlegg på ordfører- og rådmannsamlingen i Buskerud. Tilsvarende har jeg hatt møte med ordførere og rådmenn i Østfold.

Besøk i lukkede institusjoner er en viktig del av virksomheten. I år har jeg besøkt Oslo kretsfengsel, Ringerike fengsel, Kongsvinger fengsel, Vik fengsel og politiarrestene på Hamar og Lillestrøm. I tillegg har jeg besøkt Sanderud sykehus på Hamar.

Mine medarbeidere og jeg har i løpet av året deltatt på flere seminarer og kurs, og holdt en rekke foredrag og forelesninger både for forvaltningen og for

borgerne. Blant annet har jeg holdt foredrag for Studentersamfunnet i Bergen, på Universitetet i Oslo under Justivalen, på Juristenes fagdager i Sandefjord, og på kurs i praktisk forvaltningsrett i Oslo. Foredragsvirksomheten har stor betydning for å spre informasjon og bevisstgjøre borgerne og jurister om ombudsmannsordningen. Den gir meg også anledning til interessante møter og samtaler med folk jeg treffer ved disse anledningene.

Delegasjoner fra mange land har vært på besøk. Det er stor internasjonal interesse for å få informasjon om den norske ombudsmannsordningens oppgaver, funksjoner og virkeområde. Kontakten med utenlandske institusjoner gir også informasjon som er verdifull for ombudsmannens virksomhet. I oktober mottok jeg en delegasjon bestående av ledere for anti-korrupsjonsorganer, påtalejurister og andre rettshåndhevere fra Kosovo, Montenegro, Makedonia og Tyrkia. Besøket var initiert av FNs utviklingsprogram (UNDP) som hadde ansvaret for organiseringen av et internasjonalt seminar om «National Anti-Corruption Strategies» i Oslo. I november fikk jeg besøk av en delegasjon fra Kasakhstan bestående av en rekke representanter fra landets myndigheter, samt menneskerettighetsarbeidere. Også dette besøket var initiert av UNDP, med prosjektittel «Transparency and Access to Information and Justice in Kazakhstan». I tillegg fikk jeg i april besøk fra en delegasjon fra Maria-Curie-Sklodowska University, Law Faculty, Polen, og i juni besøk fra den thailandske ombudsmannen.

Jeg har i 2009 fortsatt hatt tett kontakt med de andre nordiske ombudsmennene. Dette er nyttig for å kunne diskutere konkrete saker og utveksle erfaringer.

Også i år har jeg deltatt og vært representert på en rekke internasjonale konferanser og seminarer. Blant annet var jeg i april på det sjuende seminaret for nasjonale ombudsmenn i EU/EØS, som ble avholdt i Paphos på Kypros. Seminaret var arrangert av EU-ombudsmannen og den kypriotiske ombudsmannen. Hovedtemaet var migrasjon og dens betydning for ombudsmennenes arbeid. Seminaret belyste flere spørsmål av betydning for ombudsmannens behandling av saker på utlendingsområdet. I juni deltok jeg og fire medarbeidere på «The IXth International Ombudsman Institute World Conference» i Stockholm. Jeg holdt selv et innlegg med tittelen «Protecting the Particularly Vulnerable» der jeg redegjorde for ombudsmannens kontroll med fengsler.

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

I løpet av året har mine medarbeidere og jeg også hatt en rekke møter med borgere som har klagesaker til behandling og andre som ønsker å legge frem sin

sak og få veiledning og informasjon om hvorvidt saken kan behandles av ombudsmannen. Jeg ser positivt på forespørsler om personlig møte, og forsøker å imøtekomme slike så langt det lar seg gjøre. I 2009 ble det avholdt 19 slike møter der jeg var til stede personlig.

## 9. ICIC 2009 – The 6. International Conference of Information Commissioners

Sivilombudsmannen arrangerte i september 2009 «The 6. International Conference of Information Commissioners» (ICIC). Konferansen er viktig for å styrke det internasjonale samarbeidet om håndhevingen av lovgivning om innsyn og åpenhet i offentlig forvaltning. ICIC har vært arrangert fem ganger tidligere og har utviklet seg til å bli en begivenhet for institusjonene og organisasjonene som arbeider med spørsmål om innsyn og åpenhet.

Konferansen hadde rundt 80 deltakere fra hele verden, blant disse var nasjonale ombudsmenn, såkalte «Information Commissioners» og representanter fra lignende institusjoner som arbeider med innsyn og åpenhet, samt internasjonale NGOer (Ikke-statlige organisasjoner).

Årets konferanse konsentrerte seg om tre hovedtemaer, fordelt på tre dager. Dag én dreide seg om den teknologiske utviklingen og dens betydning for åpenhet og innsyn. Den andre dagen ble det lagt frem

og diskutert ulike virkemidler som kan bidra til større åpenhet i forvaltningen. På den siste dagen stilte man blant annet spørsmål om mer åpenhet og økt innsyn kan bidra til å forhindre at finansielle kriser lik den verden opplevde i 2009 oppstår i fremtiden.

Mer informasjon om konferansen er tilgjengelig på [www.icic2009.no](http://www.icic2009.no).

## 10. Elektronisk kommunikasjon med borgerne

Ombudsmannen mottar stadig flere henvendelser på e-post. Det antas at det stigende antallet e-posthenvendelser blant annet har sammenheng med nye hjemmesider, som åpnet 1. oktober 2008, og at økningen skjer i takt med samfunnsutviklingen ellers. Terskelen for å skrive e-post antas å være lavere enn for å sende inn brev per post. For mange vil e-post også være enklere enn telefon, og mange spørsmål som før ble stilt over telefon, blir nå tatt opp i en e-post. Per i dag tas det i mot klager på e-post, men klagerne blir henvist til å sende inn en skriftlig og undertegnet klage per post.

Klagerne bruker nå i større grad enn før e-post under oppfølgingen av pågående klagesaker. Slike henvendelser behandles som annen innkommende post. Det benyttes imidlertid i liten grad e-post i tilbakemeldingen til klagerne om fremgangen i saken, og e-posthenvendelser blir som regel besvart per



*Btrand de la Chapelle i diskusjon med Andrea Neill under ICIC-konferansens første dag. Med tittelen "Challenges and Opportunities in the Face of New Information Technology" ledet professor Jon Bing (i bakgrunnen) debatten.*

post. Tilbakeholdenheten med å benytte e-post i korrespondanse med klagerne, er begrunnet i hensynet til sikker behandling av taushetsbelagte opplysninger, og sikkerhet knyttet til at den som henvender seg hit er rette vedkommende. Det er en antatt større risiko for at opplysninger kan komme på avveie ved elektronisk oversendelse av dokumenter enn ved postforsendelse.

Klagerens adgang til å følge opp saken per e-post kan sies å styrke kommunikasjonen, og fører til at undersøkelsene herfra kan bli bedre. Ordningen innebærer imidlertid at det også kan være usikkert når klageren er ferdig med å kommentere forhold, og det kan være uklart når kommentarene, og om alle kommentarer, skal forelegges forvaltningen til uttalelse.

Siktemålet må være å godta denne utviklingen, uten at dette går ut over sikkerheten ved saksbehandlingen. Domstoladministrasjonen har opplyst at domstolene per i dag har retningslinjer om ikke å sende sensitiv informasjon per e-post. Praksisen for å ta i mot informasjon per e-post, er visstnok noe ulik i de forskjellige domstolene. Skannede dokumenter som ligger vedlagt e-poster, godtas til en viss grad på lik linje med bruk av telefaks. Domstoladministrasjonen er i gang med en prosess for å etablere en portalbasert fellesløsning for alle landets domstoler, der forhånds-autoriserte aktører kan levere og behandle prosessdokumenter, og som vil erstatte e-post som informasjons- og kommunikasjonskanal mellom domstolene og berørte parter.

Forvaltningen må forholde seg til forskrift om elektronisk kommunikasjon med og i forvaltningen (eForvaltningsforskriften). Klager over enkeltvedtak kan fremsettes elektronisk dersom det forvaltingsorganet som skal motta klagen har lagt til rette for det, noe som innebærer at dette blir et policyspørsmål. Det antas imidlertid at forvaltningen er tilbakeholden med å ta i mot klager via e-post, med mindre klagen vedlegges e-posten som skannet dokument. Direktoratet for forvaltning og IKT er for tiden i en prosess for å etablere en felles infrastruktur for elektronisk identifikasjon i offentlig sektor (MinID og eID). Jeg vil følge med på utviklingen både i domstolene og i forvaltningen, og se på muligheten for at ombudsmannen kan benytte seg av slik infrastruktur når den blir tilgjengelig.

## 11. Ombudsmannen og media

### Ombudsmannssakene i media

Ombudsmannens behandling av saker vekker jevnlig interesse både i riks- og lokalmedia, først og fremst i avisene. Det store flertallet av saker som får medieomtale er knyttet til lokale forhold. Lokalmedia har derfor stor betydning som kilde til kunnskap om om-

budsmannens virksomhet. Det er også som regel i lokalmedia at ombudsmannens behandling av saker omtales.

Som regel er det når saken avsluttes her at pressen interesserer seg for ombudsmannens behandling, enten saken ender i en uttalelse med kritikk av eller henstillinger til forvaltningen, eller ombudsmannen ikke ser på saken av formelle grunner. Ombudsmannen blir også ofte nevnt i forbindelse med at forvaltningen har avsluttet en sak, når den som mener seg uriktig behandlet varsler om at saken vil bli klaget inn for ombudsmannen. Det at ombudsmannen skal se på saken anses å ha nyhetsverdi, og mediene avventer ikke til resultatet av behandlingen her foreligger, før saken omtales. Dette kan kanskje tyde på at ombudsmannen, med rette, oppfattes som et ekstraordinært kontrollorgan, og ikke et ordinært administrativt klageorgan i forvaltningen.

### Alle typer saker omtales

Ombudsmannens arbeidsområde er hele den offentlige forvaltning, og bredden i klagesakene er stor. Medias dekning av ombudsmannssaker er som nyhetsbildet generelt, og i stor grad preget av de sakstypene som «fanger» flest mulig lesere. I riksmidia er det særlig to områder som utpeker seg: innsynssaker og forhold omkring straff. Innsynssakene som har skapt overskrifter i riksmidia i år, har dreid seg om innsyn på et høyt nivå i forvaltningen (departementsnivå). En åpenbar grunn til at dokumenter som unntas offentlighet skaper overskrifter, er at forvaltningen opptrer på vegne av fellesskapet og at folk vil vite hvordan felles ressurser forvaltes. «Hemmelighold» i forvaltningen, enten det er på sentralt eller lokalt nivå, synes å være en sakstype som vekker interesse hos lesere.

Hvem avslagene på innsyn som regel retter seg mot, antas også å ha betydning for mediedekningen av slike saker; det er som regel journalister som har bedt om innsyn og som opplever å få avslagene.

Lokalmedias dekning av saker ombudsmannen har vært inne i, knytter seg særlig til kommunale forhold. Selv om mediedekningen varierer fra år til år, kan plan- og byggesaker, saker om tilsetning, skole og helse, og saker om møteoffentlighet, kanskje trekkes frem som sakstyper som i særlig grad fanger lokalpressens oppmerksomhet.

Jeg vil understreke viktigheten av en oppvakt og oppsøkende lokalpresse, som benytter seg av retten til innsyn og «kikker forvaltningen i kortene», og viktigheten av det arbeidet som legges ned i nyhetsredaksjonene rundt i landet.

### Har omtalen betydning for klagetallet?

Klagetallet har også i år økt, sammenlignet med fjoråret. Ombudsmannen har ikke verktøy som kan spore



tendenser til økning i klagetallet i etterkant av store medieoppslag, sammenlignet med normaltallene. Det er mitt inntrykk at publisitet om saker ombudsmannen behandler fører til kortere oppsving i klagetallet. Særlig gjelder dette der det i tilknytning til nyhetsoppslag gis generell informasjon om ombudsmannsordningen, herunder arbeidsområdene, om hvordan ordningen fungerer og at behandlingen er gratis. Det antas videre at oppmerksomhet i media om ombudsmannsordningen bidrar til det stadig jevnt økende klagetallet.

### **Hvordan forholder ombudsmannen seg til media?**

Gjennom media får ombudsmannen informasjon om mulige saker som bør tas opp herfra av eget tiltak, og det abonneres på nyhetstjenester som daglig leverer lister over nyheter inndelt etter fagområdene på kontoret. Å få tips gjennom riks- og lokalmedia er viktig for ombudsmannens kontroll med forvaltningen. Det er også nyttig, som en virkelighetsskildring, å lese om hvordan ombudsmannens behandling av saker og ombudsmannsinstitusjonen oppfattes i befolkningen, noe han igjen kan lære av. Dette kan også bidra til å utvikle institusjonen.

Jeg får ofte spørsmål om ombudsmannen er synlig nok i media. Ombudsmannens synlighet i media skal være faglig begrunnet. Ombudsmannen skal være politisk og faglig uavhengig både av forvaltningen, klageren og Stortinget. Han har rett til å si sin mening, men mandatet er begrenset til å gjelde rettslige spørsmål (urett). Det er også forutsatt at ombudsmannen først og fremst skal behandle enkeltsaker. Sånn sett skal ombudsmannen ikke forsvare enkelte grupper, eller ha en pådriverrolle for bestemte interesser. På denne måten skiller ombudsmannen seg vesentlig fra interesse- og forvaltningsombudene.

Det fremgår av både ombudsmannsloven og -instruksen at formålet med ombudsmannsordningen er å «hindre urett». I den grad jeg skulle vært mer synlig i nyhetsbildet, måtte det være for å hindre fremtidig urett. Dette kan i så fall ses i sammenheng med adgangen jeg har til å uttale meg om forhold som vil bidra til å gjøre forvaltningen bedre.

Dette er imidlertid en vanskelig balansegang. Ombudsmannsordningen baserer seg til dels på forvaltningens tillit. Engasjement fra ombudsmannens side i enkeltsaker på et tidlig stadium, vil av forvaltningen lett kunne oppfattes som utidig innblanding i forvaltningens virksomhet. Også det forhold at ombudsmannens kontroll med forvaltningen skal være etterfølgende, gjør at enkeltsaker ofte har mistet aktualitet på det tidspunktet ombudsmannen kommer inn i saken. Synlighet i media vil derfor ofte ikke

være forenlig med det som skal være ombudsman- nens oppgave.

### **Kommentarer til media**

Når ombudsmannen blir spurt om å kommentere enkeltsaker, kommer det an på sakens karakter om det skal og kan gis utfyllende kommentarer. Det er klart at jeg i enkeltsaker må kunne uttale meg om forhold som ikke har vært berørt ved avslutningen av saken.

Jeg foretar imidlertid en konkret vurdering av om jeg selv skal kommentere saken, eller om det er mest hensiktsmessig at ansvaret overlates til den ansvarlige kontorsjefen. På bakgrunn av det personlige elementet som ligger i ombudsmannsvervet, vil det som regel være riktig å svare på disse forespørslene selv.

Selv om det av og til hadde vært ønskelig at ombudsmannen hadde informasjons- og kommunikasjonsfaglig personell, mener jeg det er viktig å fremheve det personlige elementet i ordningen, og derfor selv stå for kommunikasjonen utad.

### **Behandling av saker med stor mediedekning**

Noen ganger får ombudsmannssaker en sentral plass i nyhetsbildet. I november 2008 var det en slik sak: spørsmålet om innsyn i et notat i forbindelse med Regjeringens kontakt med en bank under «finanskrisen». Det er naturlig å stille spørsmål om ekstrem mediedekning får betydning for hvordan ombudsmannen behandler saker, og om slike saker prioriteres her.

Utgangspunktet er at alle klager til ombudsmannen skal behandles likt når det kommer til saksbehandlingstid, og at ingen saker skal prioriteres. I saker om innsyn, der innsyn ikke er blitt gitt før det klages til ombudsmannen, er derimot saksbehandlingstiden normalt noe kortere enn ellers.

Ombudsmannsordningen er avhengig av tillit både blant befolkningen og hos forvaltningen. Der ombudsmannens behandling av en sak får stor mediedekning, kommer denne balansegangen tydelig til uttrykk. Ombudsmannens behandling av en sak må på den ene siden ikke oppleves som ubetydelig av borgerne, og disse må ha tillit til at ombudsmannen er slagkraftig i de saker han velger å gå inn i. På den annen side er det avgjørende at ombudsmannens saksbehandling er grundig og forsvarlig, herunder at det aktuelle organet blir gitt anledning til kontradiksjon og at saken er tilstrekkelig opplyst før ombudsmannen uttaler seg, noe som tar tid å gjennomføre. Ombudsmannen skal være et ekstraordinært kontrollorgan, og må ikke opptre som et ordinært administrativt overordnet forvaltningsorgan med instruksjonsmyndighet.

## 12. Ombudsmannen som et supplement og alternativ til domstolene

Forvaltningskomiteen uttalte i sin innstilling fra 1958 at «[e]t saksanlegg er kostbart, og det er ikke alltid så lett for den alminnelige mann å gå denne vei». Ombudsmannen er i Norge et supplement og et alternativ til domstolsprøving, og fyller til dels det tomrommet som fraværet av forvaltningsdomstoler representerer.

Om en sak bør klages inn for ombudsmannen eller reises for domstolene, kan det ikke gis et entydig svar på. Jeg vil her peke på noen sentrale forskjeller mellom ombudsmanns- og domstolskontrollen, særlig knyttet til adgangen til å få saken prøvet, de økonomiske konsekvensene, prosessen, virkemidlene som er til rådighet, grensene for prøvingen og utfallet av behandlingen. Valget vil også delvis avhenge av hva en ønsker å oppnå.

Alle har i utgangspunktet rett til å anlegge en sak og å få denne prøvet for domstolene, dersom vilkårene for dette (prosessforutsetningene) er oppfylt. På samme måte har den enkelte et rettskrav på å få en sak behandlet av forvaltningen, i to instanser. En klage til ombudsmannen er derimot i realiteten en anmodning om å sette i verk undersøkelser, og må anses som et ekstraordinært rettsmiddel. Den enkelte har ikke en alminnelig rett til å kreve at ombudsmannen skal behandle saken. Ombudsmannen avgjør selv om en klage gir tilstrekkelig grunn til behandling, jf. ombudsmannsloven § 6 fjerde ledd. Denne vurderingen har en viss parallell til vurderingen av «rettslig interesse» i domstolene. En avgjørelse etter § 6 fjerde ledd kan bero på flere forhold, blant annet at spørsmålet ikke har en slik aktualitet at det er tilstrekkelig grunn til å foreta undersøkelser.

Selv om ombudsmannen av forskjellige grunner ikke finner grunn til å behandle den konkrete klagen, kan saken reise prinsipielle spørsmål av betydning. Ombudsmannen kan da, i motsetning til å behandle henvendelsen som en formell klage, vurdere om det skal opprettes en sak av eget tiltak for å foreta mer generelle undersøkelser. På dette punktet skiller ombudsmannen seg fra domstolene.

De økonomiske konsekvensene ved ombudsmanns- og domstolsbehandling er vesentlig forskjellige. I domstolene må det betales rettsgebyrer, det er som regel alltid behov for å engasjere advokat, og man risikerer å få saksomkostningsansvaret. Det er gratis å klage til ombudsmannen, og klageren risikerer ikke omkostningsansvar selv om klagen ikke skulle føre frem.

En del velger å benytte advokat for å klage til ombudsmannen. Dette er ikke nødvendig, og har ikke betydning for ombudsmannens behandling av saken.

Proessen i domstolene er regulert gjennom prosesslovgivningen, herunder bl.a. tvisteloven, straffe-

prosessloven, tvangsloven og domstolloven. Ombudsmannens kontroll er regulert gjennom reglene i ombudsmannsloven og -instruksen. For å realisere formålet med ombudsmannsinstitusjonen, må undersøkelsen i en sak ikke gjøres for omstendelig, men være hurtig, enkel og mindre formell. Saksbehandlingen skal selvsagt likevel være så trygg og forsvarlig som mulig. Både klageren og forvaltningen må få mulighet til å uttale seg og legge frem relevant materiale. Behandlingen hos ombudsmannen kan ligne en granskingsprosess, mer enn en domstolsprosess, på den måten at det er ombudsmannen som har ansvaret for å opplyse saken.

Ombudsmannsbehandlingen er skriftlig, er begrenset til en gjennomgang av tilgjengelige dokumenter, og det gjennomføres bare unntaksvis befaringer. Ombudsmannens kontroll egner seg derfor ikke særlig for avklaring av faktiske forhold. Den muntlige domstolsprosessen, med saksforberedelse, hovedforhandling og bevis- og vitneførsel, er derimot bedre tilrettelagt for avklaring av bevismessige forhold. Ombudsmannen har imidlertid i ombudsmannsloven § 7 tredje ledd anledning til å kreve bevisopptak for domstolene. Denne adgangen blir i praksis ikke brukt.

På samme måte som domstolene, kan ombudsmannen prøve rettsanvendelsen fullt ut, altså om loven er tolket riktig, om saken har vært tilstrekkelig opplyst, og om saksbehandlingen ellers har vært korrekt. Ombudsmannen har, på tilsvarende måte som domstolene, adgang til også å undersøke grunnlaget for skjønnet, herunder om alle relevante hensyn er vurdert og om det er tatt utenforliggende hensyn. Domstolenes adgang til å prøve forvaltningens skjønn er begrenset gjennom regler skapt gjennom rettspraksis, og domstolene er, avhengig av saksområdet, tilbakeholden med å overprøve forvaltningens skjønn. Som domstolene, er ombudsmannen tilbakeholden med å prøve skjønnet der forvaltningen har faglig innsikt og lokalkunnskap. Ombudsmannen tar også hensyn til at forvaltningen har best oversikt over bredden i sakene og praksis på området.

I sin prøving av skjønnet, er domstolene forsiktige med å konkludere med at skjønnet har ført til et urimelig resultat. Her kan ombudsmannen gå lenger enn domstolene, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd om at ombudsmannen kan kritisere skjønnsutøvelsen i de tilfeller ombudsmannen mener utfallet er «klart urimelig».

Utfallet av behandlingen hos ombudsmannen og i domstolene er ulikt. Domstolen treffer bindende avgjørelser om ugyldighet, erstatning, oppreisning, straff, tilbakebetaling m.m., som i ytterste konsekvens kan gjennomføres med tvang. Ombudsmannen kan ikke treffe bindende avgjørelser om ugyldighet m.v., men må be om at henstillingen blir fulgt.

Behandlingen i domstolene er videre særlig konsentrert om hvilke rettsvirkninger som skal inntre. Hos ombudsmannen er søkelyset først og fremst rettet mot om klageren har lidd urett. Ombudsmannen kan i sin avslutning av saken kritisere forvaltningen, velge ikke å kritisere, eller uttrykke begrunnet tvil om sentrale forhold i saken. Hvilke rettsvirkninger som skal inntre, er derimot ikke like sentralt som i domstolenes behandling. Forvaltningen må selv avgjøre hvilke følger de påpekte feilene skal få. Dette henger sammen med at ombudsmannens uttalelser bare er rådgivende og veiledende, ikke bindende.

Visse saker er av en slik karakter at de egner seg bedre for domstolsbehandling, og kanskje også bare kan få sin avklaring der, gjennom en bindende avgjørelse. Der dette er tilfellet, vil ombudsmannen gi uttrykk for det. Dette gjelder f.eks. i de saker der det ikke vil være mulig å avklare faktum på en måte som partene vil akseptere, eller der det er sterk uenighet mellom forvaltning og borger og bare en rettslig bindende avgjørelse vil bli akseptert, særlig i saker der klageren har fremsatt krav om erstatning fra det aktuelle forvaltningsorganet. Ombudsmannen har også muligheten til å anbefale en part å reise sak for domstolene, noe som utløser rett til fri sakførsel.

Hva som lønner seg, beror på en vurdering av flere forhold. Der det er gjort saksbehandlingsfeil eller feil ved rettsanvendelsen, vil ombudsmannen kunne være et godt alternativ til domstolsbehandling. Avklaring av slike spørsmål ligger i kjernen av ombudsmannens kontroll, og ombudsmannen kan som nevnt gå lenger enn domstolene i prøvingen av forvaltningens skjønnsutøvelse. Spørsmål om erstatning er derimot ombudsmannen tilbakeholden med å gå inn i. Når de anførte feilene knytter seg til avklaring av faktiske forhold, vil ombudsmannens adgang til å si sin mening være begrenset.

### 13. Organisasjon og personale

Per 31. desember 2009 hadde ombudsmannens kontor 44 årsverk, inklusive ombudsmannen, seks kontorsjefer og en administrasjonssjef. Kontoret hadde 26 årsverk for juridiske saksbehandlere og 10 årsverk knyttet til administrasjonen. IT-støtte leies inn på timebasis. I tillegg kommer en stilling som er finansiert av Utenriksdepartementet med ombudsmannen som arbeidsgiver. Vedkommende jurist arbeider med menneskerettighetsspørsmål i Kina og har som spesialoppgave å arbeide for fangers rettigheter ved siden av å være kontaktperson mellom kinesiske og norske myndigheter.

Kontoret er delt inn i fem avdelinger. På årsbasis er det tilstrebet at avdelingene skal ha et så likt saks-tilfang og en så lik arbeidsbelastning som mulig. I

2009 har fordelingen av saker på avdelingene vært tilnærmet likt fordelt. Arbeidsbelastningen for den enkelte har med 226 flere saker vært tyngre i 2009. Den enkelte fagavdelings arbeidsområde fremgår av organisasjonskartet i dette kapitlet og i vedlegg 2 til meldingen.

Hver avdeling ledes av en kontorsjef. Kontorsjefene har siden februar 2002 hatt fullmakt til å avslutte klagesaker som åpenbart ikke kan føre frem. Dette er nærmere omtalt i årsmeldingene for 2001, 2002 og 2003. Delegeringen har vist seg å være hensiktsmessig og har bidratt til å effektivisere saksbehandlingen. Det er etablert rutiner som gjør det mulig for meg å følge med på disse sakene, slik at det personlige elementet som skal ligge i ombudsmannsordningen, anses å være tilstrekkelig ivarettatt. Kontorsjefene må forøvrig sies å være gitt en særskilt legitimitet ved den parlamentariske kontrollen av forvaltningen, ved at de er tilsatt av Stortingets presidentskap.

Delegeringen innebærer et større faglig ansvar for kontorsjefene. Et utvidet og tydeligere lederansvar fikk de forøvrig ved omorganiseringen høsten 2002, da kontoret ble inndelt i fagavdelinger. Hver avdeling ledes av en kontorsjef. Dette medførte flere lederoppgaver, både faglig og administrativt. Jeg har faste ukentlige ledermøter med kontorsjefene og administrasjonssjefen. På denne måten deltar kontorsjefene også i alle sentrale saker og spørsmål som angår virksomheten. Det kan spørres om kontorsjefittelen i dag er dekkende for den kompetanse og de oppgaver kontorsjefene har.

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

### 14. Likestilling og arbeid mot diskriminering

#### Beskrivelse av faktisk tilstand

Forholdstallet mellom kvinner og menn ved ombudsmannens kontor per 31. desember 2009, ut fra et samlet antall på 48 personer (44 årsverk), var som følger:

Kvinner: 30 - 63 %  
Menn: 18 - 37 %

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

Kvinner: 3 - 43 %  
Menn: 4 - 57 %

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

Av de 26 juridiske saksbehandlere (inklusive nestledere) er det:

Kvinner: 13 - 50 %  
Menn: 13 - 50 %

I administrasjonen er det 13 kvinner, 100 %.

### Lønn

Ombudsmannens kontor har en stillingsstruktur og lønnspolitikk som gir like muligheter for alle i forhold til lønnsopptrykk og avansement. Av de juridiske saksbehandlerne er det 8 seniorrådgivere (2 menn og 6 kvinner), 10 rådgivere (5 menn og 5 kvinner) og 8 førstekonsulenter (6 menn og 2 kvinner).

Administrasjonen fordeler seg med 1 seniorrådgiver, 1 rådgiver, 1 arkivleder, 4 førstekonsulenter, 5 seniorkonsulenter og 1 konsulent.

### Arbeidstid

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

	Heltid	Redusert arbeidstid
Juridiske saksbehandlere:		
Kvinner:	9	4
Menn:	12	1
Administrasjonen:		
Kvinner:	10	3

	Antall overtidstimer
Totalt	378
Juridiske saksbehandlere:	
Kvinner:	116
Menn:	236
Administrasjonen:	26

### Iverksatte tiltak

Ombudsmannen har en enhetlig lønnspolitikk og stillingsstruktur. Ved rekruttering søkes en jevn kjønns sammensetning. Alle tilsatte har like muligheter til kompetanseheving. Arbeidstidsbestemmelsene og praktiseringen av disse er lagt til rette for fleksibel bruk både for kvinner og menn, det samme gjelder muligheter for permisjoner i forhold til omsorg og til karriereutvikling.

### Etnisitet og funksjonsevne

I 2009 er det ikke lyst ut noen stillinger. Ved tilsetningen av de fem årlige juridiske sommervikarene ble det tilsatt én med annen etnisitet enn norsk. Ombudsmannen har ansatte med behov for tilrettelagt arbeid av ulikt slag knyttet til synsfunksjonen.

### Planlagte tiltak

Ombudsmannen vil i sin rekrutterings- og personalpolitikk ta hensyn til kjønns sammensetning, samt legge til rette for arbeidstakere med ulik bakgrunn og funksjonsevne.



## II. Statistikk

### 1. Innledning

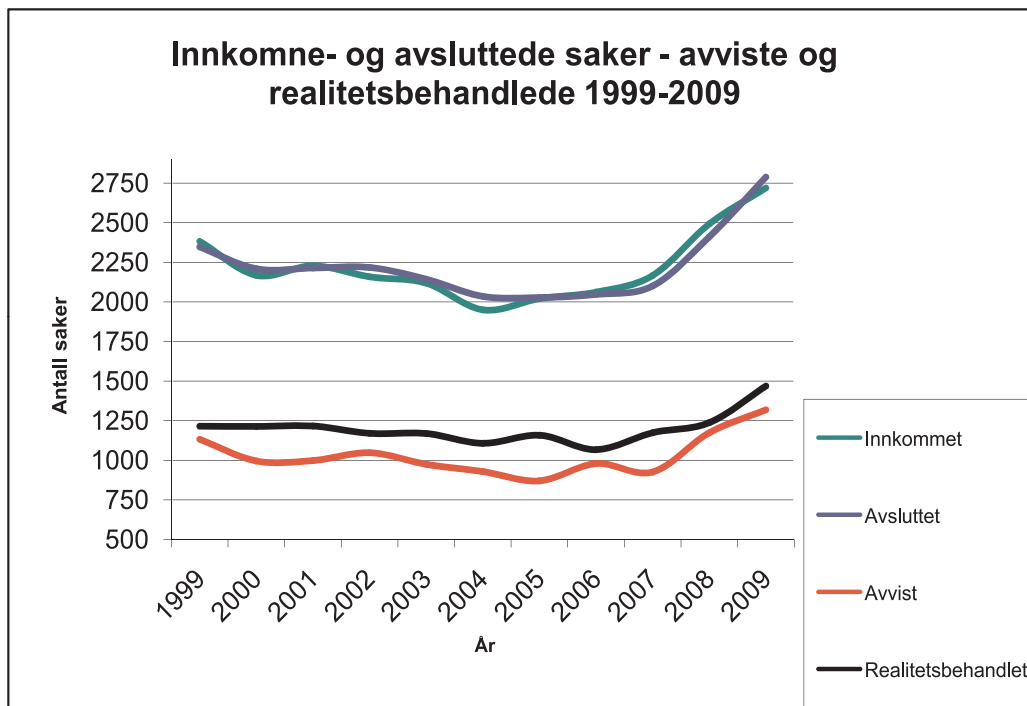
I dette kapitlet presenteres opplysninger om de sakene ombudsmannens kontor har behandlet i meldingsåret. Kapitlet gir en oversikt over tilgangen på saker i løpet av året, avsluttede saker, uavsluttede saker ved årets slutt, sakenes utfall, samt fordeling av saker geografisk, på forvaltningsorganer og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

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

I tillegg til det tallmaterialet som fremkommer i dette kapitlet, ble det i meldingsåret registrert 21165 dokumenter.

Av disse er 9041 innkomne dokumenter og 12124 er utgående. I tillegg kom det ca. 1772 generelle forespørsler over telefon. Det ble også avholdt 52 konferanser med privatpersoner som ønsket informasjon om klagemulighetene hos ombudsmannen. Videre kom det totalt inn 1201 innsynsbegjæringer. Av disse fikk 719 fullt innsyn, 150 delvis innsyn og 332 avslag.

Figur 1.1 Innkomne og avsluttede saker – avviste og realitetsbehandlede 1999–2009



### 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 2009 ble ca. 8 % av sakene gjenåpnet fordi klageren kom tilbake med en ny henvendelse etter at saken var avsluttet her.

Tabell 2.1 Sakstilfang

	2008	2009
Klagesaker og forespørslar .....	2469	2695
Saker tatt opp av eget tiltak .....	23	25
I alt .....	2492	2720

Tabell 2.2 Avsluttede og uavsluttede saker

	2008	2009
Avsluttede saker i løpet av året .....	2411	2788
Uavsluttede saker ved utgangen av året .....	499	430

### 3. Sakenes utfall

Utfallet av sakene som behandles hos ombudsmannen kan deles i to hovedkategorier; avviste og realitetsbehandlede saker. I meldingsåret ble 47 % av henvendelsene til ombudsmannen avvist og 53 % realitetsbehandlet.

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

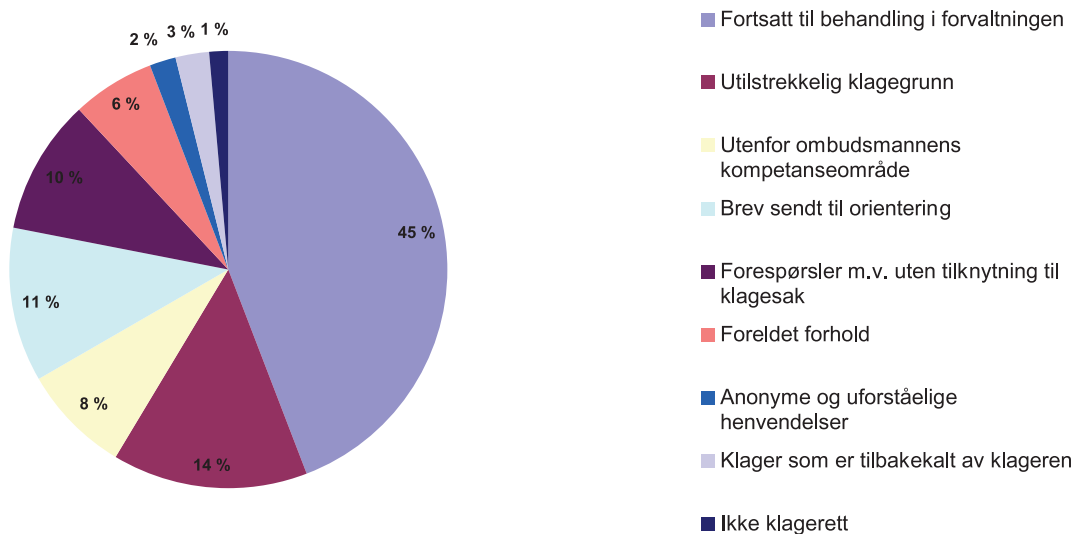
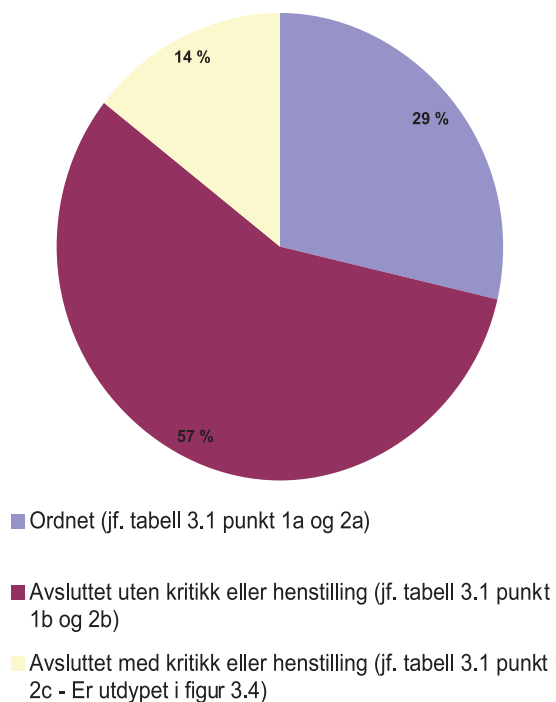
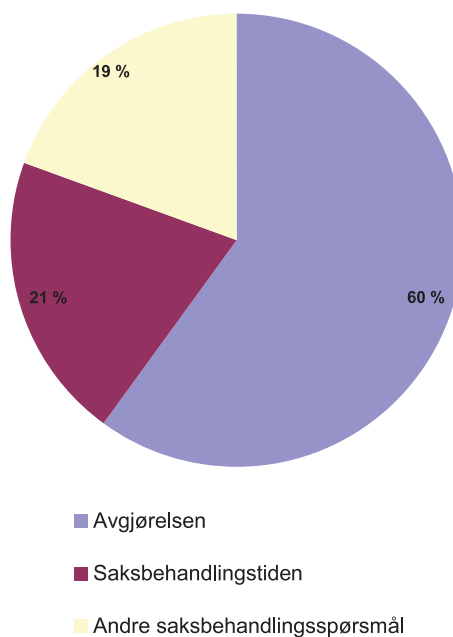
handling. Mange klager over at offentlige organer ikke svarer på henvendelser eller at behandlingen tar for lang tid. Behandlingen av disse sakene kan ofte begrenses til en telefon til vedkommende forvaltningsorgan.

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

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 min kritikk eller henstilling har rettet seg mot.

Tabell 3.1 fordelingen mellom avviste og realitetsbehandlede saker

	2008	2009
<b>Avviste saker</b> .....	<b>1174</b>	<b>1319</b>
<b>Realitetsbehandlede saker</b> .....	<b>1237</b>	<b>1469</b>
1. Unødvendig å innhente skriftlig uttalelse fra forvaltningen		
a) Saken kunne ordnes ved en telefonhenvendelse .....	270	347
b) Klagebrevet, eventuelt supplert med saksdokumentene, viste at klagen ikke kunne føre frem .....	598	710
2. Innhentet skriftlig uttalelse fra forvaltningen		
a) Saken ordnet uten at det var nødvendig med avsluttende uttalelse fra ombudsmannen .....	50	74
b) Saken avsluttet uten kritikk eller henstilling, dvs. klagen førte ikke frem .....	110	126
c) Saken avsluttet med kritikk eller henstilling om å se på saken på nytt, eventuelt avbøte skadevirkninger .....	209	212

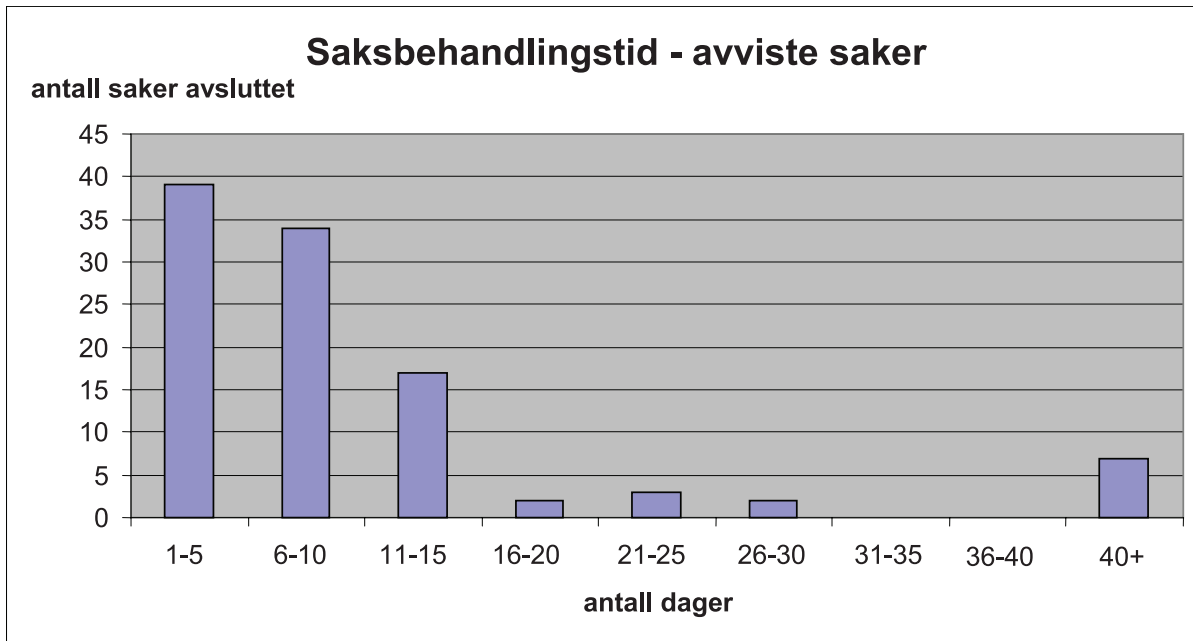
**Figur 3.2 Avviste saker (47 %)****Figur 3.3 Realitetsbehandlede saker (53 %)****Figur 3.4 Nærmere om hva sakene som ble avsluttet med kritikk eller henstilling rettet seg mot (14 %)**

#### 4. Saksbehandlingstid

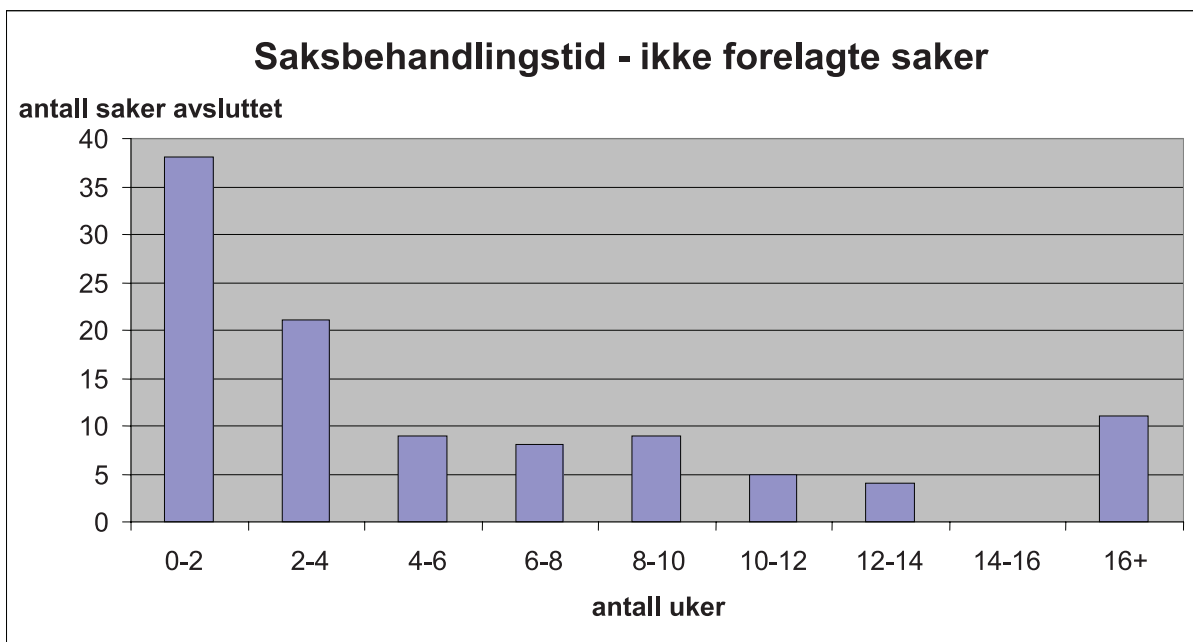
På bakgrunn av beregninger som er foretatt basert på 80-100 tilfeldig utvalgte saker innenfor tre ulike sakskategorier (avviste, ikke forelagte og forelagte) er den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for de ulike sakstypene henholdsvis 11 dager, 6 uker og 7-8 måneder.

Under følger et mer fullstendig bilde av saksbehandlingstiden ved kontoret. Tabellene angir saksbehandlingstiden i intervaller på henholdsvis dager, uker og måneder. Som det fremgår, blir de fleste avviste saker avgjort innen ti dager, jf. figur 4.1. Saker som tas opp med forvaltningen, blir som regel avgjort innen seks måneder, jf. figur 4.3.

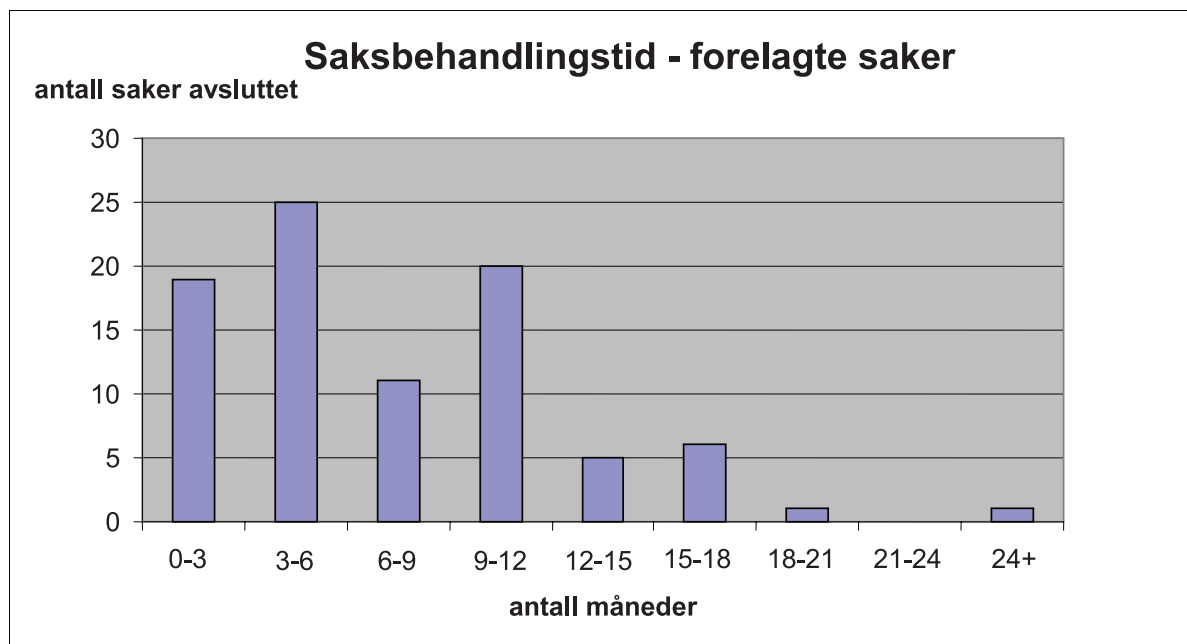
Figur 4.1 Avviste saker



Figur 4.2 Ikke forelagte saker



Figur 4.3 Forelagte saker



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

Tabell 5.1 viser den geografiske fordelingen av sakene. Noen klager kommer fra borgere bosatt i utlandet eller på institusjon, f.eks. fengsler og psykiatriske institusjoner, andre klager er anonyme eller kommer inn kun med e-post adresse. Disse fremgår av over-

sikten under «andre». Tabellene 5.2 og 5.3 viser avsluttede saker i meldingsåret fordelt på henholdsvis forvaltningsorganer og saksområder. Som det fremgår av tabellene, er klagesakene fordelt på hele den offentlige forvaltning, dvs. både statlig, fylkeskommunal og kommunal forvaltning. Klagen er også fordelt på mange og ulike saksområder og sakstyper.

Tabell 5.1 geografisk fordeling av klagesakene

Fylke	Antall Klager	Klager i prosent	Folkemengde i prosent 01.01.2009
Østfold .....	120	5,2	6,0
Akershus .....	274	11,9	11,0
Oslo .....	483	21	12
Hedmark .....	62	2,7	3,9
Oppland .....	38	1,7	3,8
Buskerud .....	94	4,1	5,3
Vestfold .....	131	5,7	4,7
Telemark .....	55	2,4	3,5
Aust-Agder .....	49	2,1	2,2
Vest-Agder .....	98	4,3	3,5
Rogaland .....	120	5,2	8,7
Hordaland .....	232	10,1	9,8
Sogn og Fjordane .....	38	1,7	2,2
Møre og Romsdal .....	61	2,7	5,1
Sør-Trøndelag .....	143	6,2	6



Fylke	Antall Klager	Klager i prosent	Folkemengde i prosent 01.01.2009
Nord-Trøndelag .....	45	2	2,7
Nordland .....	105	4,6	4,9
Troms .....	99	4,3	3,2
Finnmark .....	52	2,3	1,5
Svalbard .....	1	0	0
	2300	100	100
Andre .....	395		
I alt .....	2695		

Tabell 5.2 fordeling på forvaltningsorganer

	I alt	Avvist	Realitet
<i>Statsministerens kontor</i> .....	4	2	2
<i>Arbeids- og inkluderingsdepartementet</i> .....	17	11	6
Arbeids- og velferdsetaten (Nav) .....	447	194	253
Arbeidstilsynet .....	5	3	2
Integrerings- og mangfoldsdirektoratet .....	1	1	-
Trygderetten .....	33	10	23
Utlendingsdirektoratet .....	87	28	59
Utlendingsnemnda .....	74	24	50
Petroleumstilsynet .....	4	1	3
<i>Barne- og likestillingsdepartementet</i> .....	4	2	2
Barne-, ungdoms- og familieetaten .....	9	3	6
Fylkesnemndene for sosiale saker .....	2	2	-
Forbrukerrådet .....	2	2	-
Forbrukertvistutvalget .....	1	1	-
Markedsrådet .....	1	-	1
Likestillings- og diskrimineringsombudet / nemnda .....	1	1	-
<i>Finansdepartementet</i> .....	21	10	11
Kredittilsynet .....	5	1	4
Skatteetaten (folkeregistrene) .....	152	54	98
Toll- og avgiftsetaten .....	30	8	22
Statens innkrevingsentral .....	5	5	-
Børsklagenemnden .....	1	-	1
<i>Fiskeri- og kystdepartementet</i> .....	2	-	2
Fiskeridirektoratet .....	11	5	6
Kystverket .....	3	2	1
<i>Fornyings- og administrasjonsdepartementet</i> .....	5	2	3
Konkurransetilsynet .....	4	3	1
Statsbygg .....	1	1	-

	I alt	Avvist	Realitet
Statens pensjonskasse .....	6	3	3
<i>Forsvarsdepartementet</i> .....	9	5	4
Forsvaret .....	6	3	3
<i>Helse- og omsorgsdepartementet</i> .....	8	5	3
Fylkesleger .....	2	2	-
Kontrollkommisjoner .....	6	3	3
Norsk pasientskadeerstatning / Pasientskadenemnda .....	13	4	9
Helsedirektoratet .....	17	4	13
Statens helsetilsyn .....	57	17	40
Sykehus- og helseinstitusjoner .....	21	14	7
Regionale helseforetak .....	7	2	5
Klagenemnda for behandling i utlandet .....	2	-	2
Statens helsepersonellnemnd .....	4	-	4
HELFO Helseøkonomiforvaltningen .....	7	4	3
<i>Justis- og politidepartementet</i> .....	17	9	8
Politidirektoratet .....	18	3	15
Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap .....	2	2	-
Erstatningsnemnda for voldsofre .....	3	2	1
Kriminalomsorgen .....	108	64	44
Politi- og påtalemyndigheter .....	107	56	51
Namsmenn .....	8	6	2
Domstolene .....	32	32	-
Rettferdsvederlagsutvalget .....	3	3	-
Statens sivilrettsforvaltning .....	19	7	12
Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker .....	4	3	1
Tilsynsrådet for advokatvirksomhet .....	2	2	-
<i>Kommunal- og regionaldepartementet</i> .....	7	4	3
Klagenemnda for sentral godkjenning av foretak for ansvarsrett .....	1	-	1
Husbanken .....	6	3	3
<i>Kultur- og kirkedepartementet</i> .....	7	4	3
Norsk rikskringkasting .....	2	2	-
Den norske kirke .....	4	2	2
Lotteri- og stiftelsestilsynet .....	7	2	5
Riksarkivet .....	1	1	-
<i>Kunnskapsdepartementet</i> .....	5	2	3
Norges forskningsråd .....	1	1	-
Statens lånekasse for utdanning .....	38	18	20
Universiteter og høyskoler .....	35	19	16
Utdanningsdirektoratet .....	3	3	-

	I alt	Avvist	Realitet
<i>Landbruks- og matdepartementet</i> .....	10	5	5
Fylkeslandbruksstyrene .....	18	10	8
Statens landbruksforvaltning .....	7	3	4
Mattilsynet / Dyrevernemnda .....	20	8	12
Reindriftsforvaltningen .....	2	1	1
Statskog SF .....	3	2	1
Statens naturskadefond .....	1	-	1
Klagenemnda for kvoteordning for melk .....	2	1	1
<i>Miljøverndepartementet</i> .....	9	3	6
Direktoratet for naturforvaltning .....	3	1	2
Statens forurensningstilsyn .....	2	1	1
Statens kartverk .....	4	2	2
Riksantikvaren .....	3	2	1
Rovviltnemnder .....	2	1	1
<i>Nærings- og handelsdepartementet</i> .....	5	2	3
Innovasjon Norge .....	2	-	2
Sjøfartsdirektoratet .....	2	2	-
Brønnøysundregistrene .....	1	1	-
<i>Olje- og energidepartementet</i> .....	4	2	2
Norges vassdrags- og energidirektorat .....	1	-	1
Statkraft .....	1	1	-
<i>Samferdselsdepartementet</i> .....	13	6	7
Statens vegvesen .....	27	18	9
<i>Utenriksdepartementet</i> .....	6	2	4
<i>Fylkesmenn</i> .....	426	153	273
<i>Fylkeskommunal forvaltning</i> .....	45	23	22
Kommunal forvaltning .....	530	284	246
<i>Andre</i> .....	102	93	9
<b><i>I alt</i></b> .....	<b>2788</b>	<b>1319</b>	<b>1469</b>

Tabell 5.3 Fordeling på saksområder

	I alt	Avvist	Realitet
<b>Arbeidsliv, utdanning, forskning, kultur, lotteri, åndsrett, målbruk i offentlig tjeneste</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	28	11	17
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	39	21	18
Saksomkostninger, erstatning .....	2	2	-
Saksbehandlingen, annet .....	36	20	16
Tilsetting .....	162	59	103
Arbeids- og tjenesteforhold .....	62	34	28
Arbeidsmiljø, vernebestemmelser .....	20	12	8
Annet om arbeidsliv .....	11	9	2
Grunnskoler .....	43	25	18
Videregående opplæring i skole .....	30	16	14
Videregående opplæring i bedrift .....	3	2	1
Høgskoler og universiteter .....	21	10	11
Offentlig godkjenning av yrkesutøvere .....	5	3	2
Studiefinansiering .....	39	18	21
Annet om utdanning .....	1	-	1
Forskning .....	1	1	-
Kultur .....	2	-	2
Lotteri .....	3	1	2
Målbruk i offentlig tjeneste .....	1	1	-
Annet om arbeidsliv m.v. ....	7	3	4
<b>Helse- og sosialvesen, trygd, familie- og personsaker</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	209	45	164
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	36	20	16
Saksomkostninger, erstatning .....	13	3	10
Saksbehandlingen, annet .....	70	41	29
Ombudsmannen (klage på) .....	1	1	-
Godkjenning av tilbud .....	10	4	6
Behandling, tvang, klage på personell, pasientskade .....	107	52	55
Journalspørsmål m.v. ....	20	9	11
Betaling for opphold, refusjon, pasientmidler .....	16	5	11
Økonomisk stønad .....	38	22	16
Sosiale tjenester utenfor institusjon .....	37	19	18
Annet om helse- og sosialvesen .....	30	21	9

	I alt	Avvist	Realitet
Medlemskap i folketrygden .....	5	1	4
Ytelser ved fødsel, adopsjon, forsørgelse av barn .....	13	5	8
Ytelser ved arbeidsløshet .....	30	20	10
Ytelser ved sykdom .....	269	92	177
Alderspensjon, etterlattepensjon .....	34	13	21
Krigspensjon .....	2	-	2
Annet om trygd .....	27	15	12
Barnebidrag, ektefellebidrag .....	82	46	36
Adopsjon .....	7	4	3
Barnevern, omsorg for barn .....	66	48	18
Barnehager .....	8	7	1
Vergemål, hjelpeverge .....	9	7	2
Ekteskap, separasjon, skilsmisse .....	3	2	1
Navnesaker .....	3	2	1
Annet om familie- og personsaker .....	12	10	2
Annet .....	10	7	3
<b>Ressurs- og miljøforvaltning, plan og bygg, ekspropriasjon, friluftsliv</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	82	27	55
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	7	5	2
Saksomkostninger, erstatning .....	10	5	5
Saksbehandlingen, annet .....	41	27	14
Energi .....	6	3	3
Miljøvern .....	38	19	19
Renovasjonsordning, feiing .....	16	6	10
Vannforsyning og avløp .....	17	5	12
Annet om ressurs- og miljøforvaltning .....	1	-	1
Kart- og delingssaker .....	11	7	4
Plansaker .....	84	37	47
Dispensasjon fra plan, strandsone .....	87	23	64
Andre byggesaker .....	190	77	113
Behandlingsgebyr .....	10	5	5
Annet om plan og bygg .....	15	11	4
Ekspropriasjon .....	10	7	3
Friluftsliv .....	2	1	1
Annet .....	6	3	3
<b>Næring, kommunikasjon, distriktsutbyggingsfond, Husbanken, konkurranseforhold, pris</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	36	16	20



	I alt	Avvist	Realitet
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	21	6	15
Saksomkostninger, erstatning .....	5	1	4
Saksbehandlingen, annet .....	14	13	1
Fiske, fangst, jakt .....	19	8	11
Landbruk, skogbruk, reindrift .....	68	38	30
Industri, håndverk, handel .....	4	-	4
Sjøfart, luftfart .....	5	3	2
Reiseliv, hoteller og restauranter, skjenkebevilling .....	6	2	4
Transportløyver, motorferdsel i utmark .....	11	3	8
Annet om næring .....	12	6	6
Samferdsel (veier, jernbane, havn, flyplass) .....	46	31	15
Postvesen .....	1	1	-
Telefon, kringkasting .....	10	8	2
Vegtrafikk (førerkort, parkeringstillatelse m.v.) .....	39	23	16
Kollektivtransport .....	1	1	-
Distriktsutbygging .....	4	1	3
Husbanken m.m. ....	8	3	5
Konkurransforhold, pris .....	5	2	3
Annet .....	6	4	2
<b>Skatter, avgifter</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	30	4	26
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	7	5	2
Saksomkostninger, erstatning .....	2	-	2
Saksbehandlingen, annet .....	21	8	13
Utligning av skattepliktig inntekt .....	87	23	64
Ettergivelse, lemping .....	9	4	5
Andre skattesaker .....	83	41	42
Toll .....	16	3	13
Merverdiavgift, investeringsavgift .....	23	4	19
Særaggifter .....	19	6	13
<b>Justis, stiftelser, utlendingssaker</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	115	33	82
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	16	4	12
Saksomkostninger, erstatning .....	7	-	7
Saksbehandlingen, annet .....	23	15	8

	I alt	Avvist	Realitet
Ombudsmannen (klage på) .....	1	1	-
Domstoler .....	24	24	-
Påtalemyndighet og politi .....	104	59	45
Kriminalomsorg .....	110	67	43
Retts hjelp .....	22	11	11
Tvangsfullbyrdelse, gjeldsordning .....	13	10	3
Tinglysing .....	5	5	-
Offentlige erstatningsordninger .....	23	14	9
Annet om justis .....	12	9	3
Stiftelser .....	3	1	2
Asylsaker .....	42	17	25
Visum .....	9	1	8
Oppholds- og arbeidstillatelse .....	83	29	54
Utvisning, bortvisning .....	8	4	4
Statsborgerskap .....	13	5	8
Annet om utlendingssaker .....	23	9	14
<b>Offentlige registre, offentlige anskaffelser, offentlige eiendommer, forsvar, utenriksforvaltning</b>			
<i>Isolerte saksbehandlingsspørsmål:</i>			
Saksbehandlingstid, manglende svar .....	5	1	4
Offentlighet, taushetsplikt, dokumentinnsyn .....	18	5	13
Saksbehandling, annet .....	4	3	1
Offentlige registre .....	28	12	16
Offentlige anskaffelser .....	3	1	2
Offentlige eiendommer .....	19	7	12
Forsvar .....	7	6	1
Utenriksforvaltning .....	3	2	1
Annet .....	10	2	8

### III. Forvaltningens oppfølging av ombudsmannens tidligere uttalelser

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

Dette kapittelet tar for seg hvordan mine tidligere uttalelser er fulgt opp av forvaltningen. For så vidt gjelder de sakene som ble avsluttet i 2009 og som refereres i kapittel V, vil det fremgå av referatet der hva som eventuelt ble følgen av min uttalelse.

#### Saker fra meldingen for 2006

##### Tildeling av avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis

(Jf. tillegg til samme sak inntatt i årsmeldingene for 2007 og 2008)

*A klaget til ombudsmannen over en kommunes tildeling av flere ledige avtalehjemler for fysioterapeuter i privat praksis. Klagen rettet seg bl.a. mot flere sider av saksbehandlingen.*

*Ombudsmannen kritiserte flere sider av saksbehandlingen både i forbindelse med tildelingen av avtalehjemlene og i den påfølgende klagerunden og konkluderte med at det knyttet seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken. (Sak 2004/3371 nr. 33 s. 139-147.)*

A anket lagmannsrettens dom inn for Høyesterett, som avsa dom i ankesaken 22. oktober 2009. Høyesteretts flertall konkluderte med at kommunen hadde begått saksbehandlingsfeil, blant annet fordi saken ikke var godt nok utredet og fordi medlemmene av innstillingsorganet var inhabile. Førstvoterende uttalte blant annet følgende:

«Samlet sett finner jeg at behandlingen av As søknad ikke er i samsvar med forvaltningsloven og med god forvaltningsskikk. Kommunen burde ha involvert seg sterkere i saksbehandlingen og innkalt A til intervju og derved fått rede på hans preferanser. Sett i lys av at instituttet hadde innstilt den søkeren som var medeier i instituttet, anser jeg dette for å være en alvorlig feil. Den ble heller ikke rettet opp i klageomgangen.»

Høyesterett kom til at det var tilstrekkelig sannsynliggjort at A ville blitt tildelt den aktuelle avtalehjemmelen dersom kommunen ikke hadde begått feil. Kravet til årsakssammenheng var dermed oppfylt, og kommunen ble etter dette dømt til å betale kr 250 000 i erstatning til A. Kommunen ble også dømt til å betale As sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett med i alt kr 558 419.

#### Saker fra meldingen for 2007

##### Endring av navn når det pågår sak om foreldreansvaret

(Jf. tillegg til samme sak inntatt i årsmeldingen for 2008)

*Ombudsmannen la til grunn at det var rettslig adgang til å stille en sak om navneendring på barn i bero, men ba departementet avklare enkelte spørsmål for veiledning til folkeregistrene og fylkesmennene. Departementet ba deretter Barnelovutvalget om synspunkter på aktuelle spørsmål i ombudsmannens uttalelse. (Sak 2006/1698 nr. 55 s. 184-185.)*

Justisdepartementet orienterte senere om at departementet i brev 13. februar 2008 (feilskrift for 2009) til fylkesmennene og Skattedirektoratet har gitt retningslinjer om endring av navn på barn når det pågår sak om foreldreansvaret m.m.. Utgangspunktet er at navnemyndighetene skal stille en slik sak i bero, men at det kan gjøres unntak dersom det foreligger «særlige grunner». Varsling om navneendringssøknaden til foreldre som ikke har del i foreldreansvaret, er også omtalt i retningslinjene.

##### Tjenstlig tilrettevisning – innsyn i det faktiske grunnlaget for avgjørelsen

*Etter at professoren hadde fått innsyn og kommet med sine merknader, vurderte universitetet saken på nytt og kom til at tilrettevisningen ikke skulle trekkes tilbake. (Sak 2006/1240 nr. 30 s. 104-107.)*

Professoren fikk etter noe tid innsyn i, og muligheten til å imøtegå, konkrete opplysninger som danner grunnlag for tilrettevisningen. Universitetet gjorde etter dette en ny vurdering av den tjenstlige tilrettevisningen, men fant ikke grunnlag for å trekke den tilbake.

### Saksbehandlingen i klageomgangen i sak om dokumentinnsyn

*Klageinstansen ga A delvis medhold i klage over avslag på dokumentinnsyn, ved at han fikk innsyn i faktiske opplysninger i to dokumenter. Gjennomføringen av dokumentinnsynet ble overlatt til førsteinstansen, som pga. en kombinasjon av feil verken fulgte opp klageinstansens vedtak eller underrettet parten om vedtaket. Ombudsmannen uttalte at klageinstansen må kontrollere oppfølgingen av saken når den overlater til førsteinstansen å gjennomføre et vedtak om dokumentinnsyn samt ber førsteinstansen underrette parten om vedtaket. (Sak 2007/952 nr. 2 s. 34-36.)*

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) informerte senere i brev til regionene om at dagens ordning, der fengslene mottar vedtaket og deretter underretter innsatte, etter KSFs mening i det vesentlige fungerer tilfredsstillende. En alternativ ordning der den domfelte blir underrettet direkte, kunne etter KSFs mening by på vanskeligheter fordi det i en rekke tilfeller er nødvendig at fengslene først vurderer og eventuelt iverksetter sikkerhetsforanstaltninger. Videre ville en alternativ ordning med innsendelse av kvittering til sentralt eller regionalt nivå om at vedtaket var forkynt, medføre et betydelig merarbeid både for fengslene og overordnet nivå.

KSF fant likevel grunn til å pålegge regionene å sikre at alle fengslene påfører vedtakene dato og klokkeslett for når den innsatte er blitt underrettet om vedtaket, samt å føre dette i Kompis. Regionene ble også bedt om å sikre at fengslene vedvarende fokuserer på viktigheten av gode rutiner for å underrette domfelte om vedtak. KSF opplyste også at dersom det skulle vise seg å være mulig å etablere et varslingssystem ved etableringen av nye IT-løsninger, ville KSF komme tilbake med nye retningslinjer for hvordan underretning av domfelte kan registreres.

### Offentlighet i budsjettsaker – innsyn i interdepartementalt notat

*Ombudsmannen uttalte at Statsministerens kontor i den forestående gjennomgangen av retningslinjer for offentlighet i budsjettsaker må søke å sikre at adgangen til å unnta budsjett dokumenter fra offentlighet ikke nyttes i større grad enn det som har vært lovgiverens intensjon. (Sak 2007/368 nr. 11 s. 54-56.)*

Etter ombudsmannens uttalelse orienterte Statsministerens kontor om at det var gått ut en orientering til departementene om at kapittel 14 i heftet «om Statsråd» var foreldet, og at retningslinjene om offentlighet i budsjettsaker i pkt. 14.5 derfor ikke lenger gjaldt. Statsministerens kontor fant det imidlertid

ikke hensiktsmessig å fastsette nye retningslinjer som erstatning for de foreldede retningslinjene.

Ombudsmannen fant etter dette å kunne la saken bero.

### Familiegjenforening. Kravet om å bo sammen – dokumentasjon av identitet

*En søknad om arbeidstillatelse i familiegjenforeningsøyemed ble avslått fordi det ikke var sannsynliggjort at ektefellene bodde sammen. Søkeren hadde dessuten ikke fremlagt pass eller annet identitetsdokument som bekreftet hans identitet.*

*Ombudsmannen konkluderte med at det heftet usikkerhet ved nemndas vurdering av «bo sammen»-kravet i utlendingsforskriften. Saken var ikke tilstrekkelig opplyst av utlendingsmyndighetene på dette punktet. Videre var det uheldig at søkeren ikke syntes å ha blitt bedt skriftlig om å fremskaffe dokumentasjon på sin identitet før avslaget ble fattet. (Sak 2006/1130 nr. 66 s. 219-224.)*

Politiet foretok en ny bostedskontroll på klagerens adresse. På denne bakgrunn mente Utlendingsnemnda v/nemndleder at det var tilstrekkelig sannsynliggjort at klageren og hans ektefelle «bor sammen». Klageren falt dermed «inn under den personkrets som har rett til arbeidstillatelse i familiegjenforeningsøyemed etter utlendingsloven § 9, jf. utlendingsforskriften § 22 jf. § 23 første ledd bokstav a».

Det forelå imidlertid etter nemndas syn «omstendigheter som kan gi grunn til å nekte klageren adgang til riket, jf. utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3». Klageren hadde ikke dokumentert sin identitet i asylsaken, men han hadde fremlagt et pass under behandlingen av saken om familiegjenforening. Passet var utstedt mens klageren oppholdt seg i Norge og hadde etter nemndas oppfatning «begrenset notoritet». Klageren hadde derfor ikke rett til familiegjenforening etter utlendingsloven § 9 og utlendingsforskriften. Det var heller ikke grunnlag for slik tillatelse etter forskriftens § 24 annet ledd.

Etter en konkret helhetsvurdering fant nemnda i vedtaket 9. februar 2009 å «kunne innvilge klageren en begrenset tillatelse med hjemmel i utlendingsloven § 8 annet ledd, jf. utlendingsforskriften § 21 femte ledd». Tillatelsen ble gitt for seks måneder «med det formål å gi klageren mulighet til å rette på de mangler som hefter ved hans hjemlands reisedokument og eventuelt få utstedt nytt pass etter vanlig prosedyre og ved personlig oppmøte hos utstedet myndighet enten i hjemlandet eller ved en av hjemlandets utenriksstasjoner som har adgang til å utstede pass».

Ombudsmannen fant etter dette å kunne avslutte sin behandling av saken.

## Saker fra meldingen for 2008

### Antakelse av fast forsvarer

*Saken gjaldt klage over vedtak om å anta to faste forsvarere ved en tingrett og en lagmannsrett. I lys av de uklare saksbehandlingsreglene ved antakelse av faste forsvarere, og sett hen til at hjemmelssituasjonen for dokumentinnsyn for søkerne ikke er opplagt, anbefalte ombudsmannen at Domstoladministrasjonen tok opp med Justisdepartementet om det kan være grunn til å formalisere reglene for behandlingsmåten av denne type saker. (Sak 2008/602 nr. 105 s. 404 – 407.)*

Etter ombudsmannens uttalelse opplyste Domstoladministrasjonen at det var igangsatt et arbeid med å utrede saksbehandlingen i saker om antakelse av faste forsvarere. Arbeidet utgjorde en del av et generelt arbeid som blant annet omfattet en mulig bistandsadvokatorordning opprettet i medhold av straffeprosessloven § 107g. Domstoladministrasjonen ville holde ombudsmannen fortsatt orientert om utviklingen i regelverksarbeidet knyttet til denne sakstypen.

### Tilsetting i undervisningsstilling – saksbehandling og betydningen av lovbestemte kvalifikasjonskrav

*Når minst én av søkerne, A, tilfredsstilte de lovbestemte kvalifikasjonskravene, var det ikke anledning til å tilsette en søker som ikke tilfredsstilte kravene. Vurderingen av As personlige egnethet syntes videre å bygge på et mangelfullt opplyst faktum, og A hadde heller ikke fått mulighet til å kommentere opplysninger fra samtaler med referansepersoner. Ombudsmannen kom også til at det knyttet seg begrunnet tvil til om det på en usaklig måte var tatt hensyn til en privat aktør som skolen hadde et samarbeid med. (Sak 2007/1675 nr. 25 s. 101-104.)*

I etterkant av uttalelsen skrev fylkeskommunen et brev til A og opplyste at det ved eventuelle fremtidige jobbsøknader til stillinger i fylkeskommunen ville bli foretatt en ny og selvstendig vurdering av As faglige og personlige kvalifikasjoner. Det ble også avholdt flere møter mellom fylkeskommunen og A, og A fikk etter hvert også tilbud om en stilling ved X videregående skole. Fylkeskommunen besluttet dessuten å sette et særlig fokus på rettsregler knyttet til tilsetting i forbindelse med intern opplæring i fylkeskommunen høsten 2009.

Jeg fant etter dette å kunne la saken bero.

### Dispensasjon for oppføring av leilighetsbygg

*Ombudsmannen kom til at det forelå begrunnet tvil knyttet til fylkesmannens vurdering vedrørende dis-*

*pensasjon fra tillatt tomteutnyttelse og at det som følge av manglende dispensasjonsvurdering, kunne stilles spørsmål om gyldigheten av vedtaket om byggetillatelse. Videre ba han fylkesmannen undersøke en fremsatt anførsel om inhabilitet nærmere. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt. (Sak 2007/124 nr. 85 s. 337- 342.)*

Etter en fornyet vurdering omgjorde Fylkesmannen i Hordaland med hjemmel i forvaltningsloven § 35 bokstav c sitt tidligere vedtak i saken. Omgjøringen innebar at det ikke ble gitt dispensasjon fra kommunedelplanen for Fjellsiden sør, og søknaden om rammetillatelse ble avslått.

### Manglende behandling av byggesøknad i påvente av vedtak om midlertidig dele- og byggeforbud

*Saken gjaldt manglende behandling av søknad om utbygging av en eiendom i påvente av et midlertidig dele- og byggeforbud etter plan- og bygningsloven (plbl.) § 33. Den aktuelle søknaden var, til tross for at den ble innsendt for mer enn to år siden, ikke avgjort. Det tok i første omgang ni måneder før søknaden ble fordelt til saksbehandler. Fra slutten av april 2007 ble søknaden liggende ubehandlet i påvente av et forbud som fortsatt ikke var nedlagt. Kommunen kunne heller ikke med sikkerhet si om eller når forbud ville bli nedlagt.*

Ombudsmannen uttalte at plbl. § 33 ikke gir kommunen rett til å utsette behandlingen av søknaden i så lang tid, og ba kommunen om å vurdere hvordan den uretten som var begått mot klageren kunne rettes opp. (Sak 2007/2067 nr. 75 s. 290-294.)

Kommunen opplyste senere at plan- og bygningsetaten ville realitetsbehandle klagerens søknad.

### Gjennomføring av urinprøvekontroll i fengsel

*Ombudsmannen uttalte at en fremgangsmåte der den innsatte i forbindelse med urinprøvetaking må oppholde seg naken i et lite rom over tid uten mulighet til å dekke seg til, er uakseptabel og raskt vil måtte karakteriseres som nedverdiggende. (Sak 2006/2026 nr. 64 s. 212-216.)*

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) opplyste i brev 4. juni 2009 til ombudsmannen og samtlige av kriminalomsorgens regioner at det var foretatt flere endringer i retningslinjene til straffegjennomføringsloven m.v. Det var blant annet inntatt et avsnitt om at kroppsvitasjon og avgivelse av urinprøver må foregå på en hensynsfull og verdig måte. Bakgrunnen var uttalelsen i ovennevnte sak. KSF opplyste at det også var tatt inn en presisering om at den innsatte skal ha en viss frist før man anser manglende avgivelse av urinprøve som ordrenekt.



### **Glassvegg som kontrolltiltak ved besøk i fengsel fra utenlandske statsborgere**

*Ombudsmannen uttalte at en forskjellsbehandling av norske og utenlandske besøkende til innsatte på grunn av manglende kontroll av de besøkendes vandrel, vil kunne være diskriminerende dersom det viser seg at slik kontroll er mulig. (Sak 2007/447 nr. 55 s. 206-210.)*

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) opplyste i brev 4. juni 2009 til ombudsmannen og samtlige av kriminalomsorgens regioner at det var foretatt flere endringer i retningslinjene til straffegjennomføringsloven m.v. I punktet om besøk til innsatte var det inntatt en nærmere beskrivelse av den vurderingen som må foretas for å sjekke vandelen til besøkende fra utlandet. KSF hadde også inntatt retningslinjer for den skjønnsutøvelsen som må foretas når det ikke er mulig å skaffe vandelsattest. Bakgrunnen for endringene var uttalelsen i ovennevnte sak.

### **Krav om erstatning fra trygden etter refusjon i etterbetalt trygdeytelse**

*En trygdemottaker hadde krevd erstatning fra trygden etter at etterbetalt trygdeytelse ikke ble utbetalt ham, men i stedet refundert sosialtjenesten. Ombudsmannen uttalte bl.a. at saken måtte vurderes ut fra trygdelovens og sosialtjenestelovens bestemmelser. Det var derfor for enkelt når Arbeids- og velferdsdirektoratet hadde vist til prinsippet om å unngå dobbelt betaling som eneste begrunnelse for å nekte utbetaling. Direktoratet ble derfor bedt om å behandle saken på nytt. (Sak 2007/555 nr. 95 s. 370-374.)*

Etter ombudsmannens uttalelse behandlet Nav Klage og anke Øst erstatningskravet på nytt og traff vedtak om å utbetale A tilsvarende beløp som var refundert til Spydeberg kommune.

### **Reindrift – overføring av driftsenhet fra avdød reineier**

*En niese av en reindriftseier ønsket å overta driftsenhet etter at onkelen døde, men reindriftsmyndighetene avslo fordi enheten i flere år hadde vært uten dyr.*

*Ombudsmannen kom til at Landbruks- og matdepartementets standpunkt om at driftsenheten måtte anses som «bortfalt», ikke var tilstrekkelig begrunnet og ba derfor departementet se på saken på nytt. (Sak 2007/2231 nr. 36 s. 140-144.)*

Etter ombudsmannens uttalelse behandlet Landbruks- og matdepartementet saken på nytt. Departementet opprettholdt sitt tidligere standpunkt om at driftsenheten ikke kunne anses overført den avdødes niese. Det ble vist til at det gikk ca. 11 år fra reindriftsutøveren døde til Reindriftsforvaltningen mottok melding om overtakelse. Myndighetene sendte

dessuten i perioden 1992-94 flere brev som måtte forstås slik at en unnlattelse av å gi melding om hvem av arvingene som skulle overta driftsenheten, ville innebære at enheten måtte slettes. Departementet påpekte også at det var først i 2001 at dødsboet selv begynte å utvise aktivitet gjennom søknad om rovvilterstatning og melding om driftsenhet, og at dødsboet derfor gjennom passivitet/konkludent atferd før dette tidspunktet måtte sies å ha sagt fra seg driftsenheten.

### **Kommunal Landspensjonskasse – tilbakekreving av feilutbetalt avtalefestet pensjon**

*Kommunal Landspensjonskasse (KLP) hadde lagt feil inntektsopplysninger til grunn ved beregning av avtalefestet pensjon for A, slik at A mottok for mye pensjon. KLP fremmet krav om tilbakebetaling basert på den ulovfestede læren om *condictio indebiti* med skylddeling for en mindre del av det totale kravet. Det ble lagt avgjørende vekt på at A – etter KLPs syn – ikke hadde vært i god tro med hensyn til størrelsen på de feilaktige utbetalingene hun hadde mottatt.*

*Ombudsmannen la til grunn at tilbakebetalingskravet måtte løses etter den ulovfestede læren om *condictio indebiti*, og kom til at de fleste momentene som typisk vektlegges i en slik vurdering trakk i retning av ikke å kreve tilbakebetaling fra A, med unntak av spørsmålet om god tro. Etter en nærmere vurdering av de ulike momentene kom ombudsmannen til at det var grunnlag for tilbakesøking, men anbefalte at KLP begrenset tilbakesøkingen til halve beløpet av det som var feilutbetalt. (Sak 2007/905 nr. 101 s. 392-396.)*

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse ble saken behandlet på nytt. KLP fremsatte nye anførsler om ombudsmannens arbeidsområde i relasjon til denne type saker og viste dessuten til Trygderettens praksis i saker om etteroppgjør. Etter en fornyet vurdering av læren om *condictio indebiti* la imidlertid KLP til grunn at det ikke forelå hjemmel for tilbakekreving av feil utbetalt pensjon i denne saken.

### **Tilbakegående avgiftsoppgjør – omgjøring av ugyldig avslag**

*Saken gjaldt et krav om tilbakegående avgiftsoppgjør for mange år tilbake i tid. Selskapet fikk først avslag på søknad om frivillig registrering, men etter en dom i Høyesterett fremmet selskapet søknad på ny. Ombudsmannen kom til at det første avslaget – etter den rettsavklaringen som hadde funnet sted – måtte anses ugyldig pga. materiell innholdsmangel og anså det etter en helhetsvurdering for mest rimelig å anbefale at det ble innvilget refusjon tilbake i tid, dvs. at det*

*opprinnelige første søknadstidspunktet ble lagt til grunn. (Sak 2007/1312 nr. 66 s. 251-261.)*

Med noen presiserende merknader etterkom Finansdepartementet ombudsmannens anbefaling og innvilget refusjon.

### **Undersøkelse av forholdene i Vadsø fengsel**

*I etterkant av ombudsmannens besøk i Vadsø fengsel, ble Kriminalomsorgen region nord bedt om å besvare en rekke spørsmål. Disse var knyttet til fengselets bruk av dobbeltceller generelt sett og særlig bruk av en dobbeltcelle uten toalett, bruken av åpne telefonbokser, mulighetene for fysisk aktivitet ved de lukkede avdelingene og bemanningssituasjonen. Ombudsmannen var også kritisk til de materielle forholdene i fengselet. Ombudsmannen uttalte bl.a. at verken tilsynsordningen eller interne rapporteringsrutiner innen kriminalomsorgen hadde vært gode nok og oppfordret Kriminalomsorgens sentrale forvaltning til å se nærmere på eventuelle tiltak på disse områdene. (Sak 2007/1089 nr. 57 s. 212-217)*

Kriminalomsorgen region nord opplyste i brev 8. oktober 2008 at «de utette skilleveggene rundt toalettene på to av dobbeltcellene er utbedret, slik at veggene nå er tette mot tak og gulv. Når det gjelder dobbeltcellen uten toalett, er denne etter tilsagn fra KSF omgjort til enkeltcelle, slik at kapasiteten ved fengslet er redusert med en soningsplass». Fengselet hadde også tilrettelagt for privatliv ved bruk av telefonbokser, dels ved omgjøring av bøttekott til telefonavlukker og dels ved oppføring av lettvegg rundt telefonen på en avdeling. Videre het det i brevet:

«Etter en dialog med Vadsø fengsel er det nå innført trening i trimrom også på søndager. Vi har presisert overfor fengslet at unge innsatte skal prioriteres når det gjelder utvidelsen av trenings-tiden.

For ordens skyld opplyses det at den defekte ergometersykkelen som det henvises til i ombudsmannens uttalelse, nå er satt i stand. Bordtennisbordene opplyses å være i jevnlig bruk.»

Regionen redegjorde også for bemanningssituasjonen og opplyste blant annet at en andel av aspirantene ved Tromsø fengsel skal hospitere i perioder ved Vadsø fengsel. Ombudsmannens spørsmål rundt opplæring av vikarer «har ledet til at vi har igangsatt en temainspeksjon på området». Regionen opplyste at anstaltene opplæringsopplegg ville bli kartlagt «med sikte på å utarbeide en felles mal for regionen». Et tema ved fremtidige inspeksjoner «vil være en undersøkelse av hvorvidt ufaglærte som ikke har gjennomgått det fastsatte opplæringsprogrammet likevel er i tjenesteoppsettet».

Videre uttalte regionen:

«Vi finner ... grunn til å påpeke at vi den 15.10.07 innledet en inspeksjon ved Vadsø fengsel. ... Bakgrunnen for at vi tok dette initiativet var blant annet erfaringer regionkontorets ansatte hadde gjort ved besøk i fengslet. Planen for inspeksjonen var i første omgang å gjennomgå fengslets rutiner på 5 utvalgte områder: Renhold, tildeling av soningsplasser, økonomi, aktivisering av innsatte, og låsing av dører, porter og bom. Videre var planen en gradvis utvidelse av tema, til instruksverket ved anstalten var gjennomgått. Vi har således i løpet av 2008 tatt opp blant annet fengslets rutiner når det gjelder brannøvelser, innsattes fremtidsplaner, øvelser for tjenestemenn, besøksordningen ved fengslet, og forholdet til samarbeidspartnere i forbindelse med en utvidelse av aktivitetstilbudet til innsatte. ... I perioden 18. – 20. november 2008 vil regionkontoret gjennomføre en bredere anlagt inspeksjon ved fengslet, der tre av regionkontorets tilsatte vil besøke fengslet. Blant annet vil vi da kontrollere de tiltak som er iverksatt på bakgrunn av Sivilombudsmannens uttalelse.

Når det gjelder tilsynsrådets virksomhet, opplever vi at vi har en god dialog med rådets medlemmer, og vi har et godt inntrykk av deres kompetanse og engasjement. Vi har årlig deltatt på tilsynsrådets samlinger, og da bidratt med foredrag om regelverk osv.»

Regionen takket til sist for samarbeidet og opplyste at ombudsmannens merknader «er videreformidlet til øvrige anstalter i regionen».

I brev til regionkontoret uttalte ombudsmannen blant annet:

«Jeg er tilfreds med redegjørelsen og de tiltak som er iverksatt. Det er positivt at representanter for regionkontoret vil besøke fengselet for «en bredere anlagt inspeksjon» i november 2008. ... Videre er det positivt at regionen nå kartlegger hvilke opplæringsopplegg de enkelte anstalter tilbyr «med sikte på å utarbeide en felles mal for regionen», og at aktiv bruk av ufaglærte uten opplæring vil være et fremtidig tema ved inspeksjoner».

Saken ga ikke grunn til ytterligere oppfølging.

### **Reduksjon av krav om saksomkostninger etter forvaltningsloven – nødvendighetskriteriet**

*Saken gjaldt reduksjon av saksomkostningskrav etter forvaltningsloven § 36. Klageren viste til at kravet bare var blitt dekket «i det samme forholdstall» som den godkjente delen av tiltaket utgjorde av det totale omsøkte arealet. Ombudsmannen uttalte bl.a. at bevisst unnlatelse av å gå inn på en nærmere vurdering etter nødvendighetskriteriet, som skulle begrunne kravreduksjonen, var i strid med forvaltningslovens krav om begrunnelse. Fremgangsmåten utthuler borgerens rett til å argumentere mot et vedtak og innebærer et klart brudd på god forvaltningsskikk. (Sak 2007/1360 nr. 92 s. 364-366.)*

Saken ble deretter behandlet på nytt av Miljøverndepartementet, som opprettholdt sitt tidligere vedtak om delvis dekning av saksomkostningene. Departementet fant at «de pådratte kostnadene som kreves dekket ikke står i noe rimelig forhold til betydningen, omfanget og vanskelighetsgraden av den delen av saken hvor parten har vunnet frem». Kravet ble på denne bakgrunn redusert til en tredjedel, etter en skjønnsmessig vurdering med «avgjørende vekt på rimelighetshensyn, at endringen til gunst for partene skyldes endret skjønnsutøvelse fra fylkesmannens side, og at de øvrige klageanførsler ikke har ført frem».

Ombudsmannen tok departementets fornyede vurdering til etterretning og fant etter dette å kunne la saken bero.

### **Avslag på søknad om fritak for dokumentavgift – tinglysingslovens regler om ekstinksjon**

*Saken gjaldt spørsmål om det er adgang til å dispensere og bør dispenseres fra dokumentavgiften etter dokumentavgiftsloven § 3 der det foreligger dobbeltsalg (dobbelt-suksjon) av fast eiendom, og den som har tinglyst kjøpet av fast eiendom og betalt dokumentavgift ikke vinner rett til eiendommen på grunn av manglende god tro i forhold til første erverver, jf. tinglysingsloven §§ 20 og 21. (Sak 2007/1061 nr. 71 s. 271-275.)*

Etter ombudsmannens uttalelse foretok Finansdepartementet en ny totalvurdering av saken, og fant at det skulle gis dispensasjon fra plikten til å betale dokumentavgift etter dokumentavgiftsloven § 3. Departementet uttalte at det i vurderingen var lagt vekt på ombudsmannens konklusjon om at det etter ombudsmannsloven § 10 annet ledd ville være klart urimelig ikke å dispensere.

### **Tilbakekall av kjøreseddel for drosje – kravet til bevisets styrke og undersøkelses- og begrunnelsesplikt**

*En drosjesjåfør ble fratatt kjøreseddelen. Politidirektoratet la til grunn at det var kommet inn en rekke klager på sjåføren over en periode på seks år, og at dette var tilstrekkelig grunn til å kalle tillatelsen tilbake. Ombudsmannen kom til at tilbakekallet var mangelfullt begrunnet, og at direktoratet dessuten syntes å ha satt for beskjedne krav til bevisets styrke. (Sak 2007/2434 nr. 32 s. 123-128.)*

Etter at uttalelsen fra ombudsmannen forelå, sendte A inn ny søknad til Oslo politidistrikt om tilbakelevering av hans kjøreseddel. I brev 21. januar 2009 ble As kjøreseddel tilbakelevert til klageren fra politidistriktet.

### **Beskatning av utenlandstillegg – ligningslovens endringsfrister når ombudsmannen har anbefalt at skattyters ligning bør behandles på nytt**

*A som fra 2001 til 2004 var utenrikskorrespondent i [...] ble beskattet for utetilleggene han mottok fra sin arbeidsgiver, selv om utetilleggene var fastsatt i henhold til satsene i Utenriksdepartementets særavtale.*

*Da ombudsmannen tok saken opp med Skatt øst, ble det erkjent at skattleggingen av As utenlandstillegg bygget på uriktig lovanvendelse, men samtidig anført at treårsfristen for å ta ligningen av A opp til ny endring nå var oversittet. Etter ligningsloven § 9-6 nr 5) gjelder ikke lovens endringsfrister når ombudsmannen, slik som i denne saken, uttaler at skattyters ligning bør tas opp til endring. (Sak 2007/642 nr 69 s. 266 – 268.)*

Etter ombudsmannens uttalelse fant Riksskatte-nemnda grunn til å overprøve vedtakene fra overlig-ningsnemnda, og fastslo at de aktuelle utetilleggene måtte anses å være skattefrie. Skattedirektoratet underrettet så ombudsmannen om at gjennomføringen av Riksskattenemndas vedtak ville bli fulgt opp av Skatt øst.

### **Behandlingen av krav om sletting av opplysninger i pasientjournal**

*Ombudsmannen kritiserte flere sider både ved sykehusets og Helsetilsynets behandling av kravet om sletting av opplysninger i en pasientjournal. Sykehusets beslutning om å nekte sletting ga ikke inntrykk av at kravet var vurdert opp mot helsepersonellovens vilkår for sletting av journalopplysninger. Videre skulle kravet ha vært vurdert av den journalansvarlige ved sykehuset. (Sak 2006/928 nr. 47 s. 178-183.)*

I et senere brev opplyste Helsetilsynet i fylket at saken var avsluttet fordi Helsetilsynet ikke hadde fått noen tilbakemelding om at klageren ønsket å få en fornyet behandling av saken. Helsetilsynet la ikke ved noen korrespondanse som belyste avklaringen av dette.

Det ble funnet grunn til å be om en redegjørelse for hvordan saken var fulgt opp av Helsetilsynet etter ombudsmannens uttalelse. Klagerens advokat kom for øvrig også tilbake til saken og opplyste at klageren fastholdt sitt krav om sletting.

Etter dette opplyste Helsetilsynet i fylket at saken ville bli behandlet på nytt, og den ble i første omgang oversendt til sykehuset for ny vurdering. Sykehuset besluttet å slette to konkrete opplysninger, og på bakgrunn av denne slettingen anså Helsetilsynet klagerens krav som innfridd og saken ble på nytt avsluttet. Ombudsmannen har senere mottatt kopi av brev fra klageren til Helsetilsynet, der han blant annet opprettholder sitt krav om sletting av journalen i sin helhet.

### Utlendingsnemndas behandling av begjæringer om utsatt iverksetting

*I forbindelse med en klagesak om avslag på arbeidstillatelse og utvisning, fremsatte utlendingen og hans advokat flere begjæringer om utsatt iverksetting. Begjæringene ble ikke besvart før klagesaken ble avgjort. Ombudsmannen kom til at Utlendingsnemnda hadde behandlet flere begjæringer om utsatt iverksetting i strid med forvaltningslovens regler og alminnelige krav til god forvaltningsskikk. Nemnda ble bedt om å endre sin praksis (Sak 2006/2320 nr. 64 s. 241-244.)*

I senere brev minnet ombudsmannen Utlendingsnemnda om anmodningen om å få oversendt nemndas interne retningslinjer for klagesaksbehandlingen. Nemnda opplyste at de nye retningslinjene ikke var utarbeidet, men at disse var ventet høsten 2009 i tilknytning til implementeringen av ny utlendingslov. Det ble oversendt en «standardmal» som var tatt i bruk for tilfeller der anmodning om utsatt iverksetting avslås.

Nemnda opplyste i desember 2009 at retningslinjene ville bli ferdigstilt på nyåret i 2010, etter ikrafttredelsen av nytt utlendingsregelverk. Det ble redegjort for det planlagte innholdet i avsnittet knyttet til «behandling av anmodning om utsatt iverksetting».

### Saksbehandling i sak om tildeling av driftstilskudd for fysioterapi – mangelfull underretning og vurdering av klage

*Saken gjaldt klage over tildeling av driftstilskudd for fysioterapi i en kommune, herunder saksbehandlingen i forbindelse med tildelingen. Ombudsmannen kom til at kommunens saksbehandling fremstod som lite tillitvekkende, og kommunen ble kritisert for ikke å ha fulgt forvaltningslovens regler om enkeltvedtak. (Sak 2007/1204 nr. 29 s.114-117.)*

I senere brev ble kommunen minnet om den tidligere anmodningen om å bli holdt orientert om den videre oppfølgingen overfor klageren. Kommunen ble bedt om å gi en orientering om hva som var gjort i saken etter ombudsmannens uttalelse.

Kommunen opplyste at ombudsmannens merknader og oppsummering av saken var gjennomgått, og at ombudsmannens påpekninger av saksbehandlingsfeil ville bli lagt til grunn ved behandlingen av lignende saker i fremtiden.

Ettersom kommunen ikke hadde gitt noen tilbakemelding om hva som var gjort konkret overfor klageren, som ombudsmannen hadde bedt om tidligere, ble kommunen på nytt bedt om å redegjøre for dette. Ombudsmannen ga samtidig uttrykk for at klageren i det minste burde få en beklagelse i saken.

Kommunen sendte deretter et brev til klageren der håndteringen av saken overfor ham ble beklaget.

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

*Nav hadde avvist klager fra flere pasienter over et pålegg til deres lege om å utlevere journalopplysninger om dem. Spørsmålet saken reiste var om Nav kunne avvise klagen, eller om utleveringspålegget måtte anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 som kunne påklages av pasientene. Pålegget fremsto som et selvstendig tiltak overfor pasientene, og ble av ombudsmannen ansett som et enkeltvedtak. (Sak 2007/1682 nr. 18 s. 85-89.)*

Arbeids- og velferdsdirektoratet kom tilbake til saken, og skrev blant annet følgende i brev til ombudsmannen:

«Som hovedregel forholder Arbeids- og velferdsstaten seg til den opplysningen gjelder (den registrerte) når det gjelder innhenting av opplysninger. Et pålegg til bruker om å utlevere opplysninger vil i slike tilfeller være enkeltvedtak hvor vedkommende vil ha klageadgang. Lovgiver har imidlertid i folketrygdloven §§ 21-4 jf. 21-4c annet ledd vedtatt et unntak fra hovedregelen, og gitt Arbeids- og velferdsetaten en hjemmel til, i særskilte tilfeller, å innhente pasientopplysninger direkte fra behandler. Dersom man også i dette tilfellet skulle komme til at det var nødvendig å fatte enkeltvedtak mot pasienten med påfølgende klageadgang ville det innebære at den adgangen lovgiver har vedtatt i folketrygdloven § 21-4 sammenholdt med § 21-4 c annet ledd ville bli satt ut av spill. Arbeids- og velferdsdirektoratet er av den oppfatning at en slik praksis ville bryte klart med den forutsetning lovgiver hadde ved vedtakelsen av lovendringene i folketrygdloven §§ 21-4, 21-4a, 21-4b, 21-4c.»

Direktoratet erkjente at en slik praksis medfører utfordringer, men viste til at behovet for kontroll med fellesskapets midler og behovet for den enkeltes vern av opplysninger var tilstrekkelig balansert gjennom bestemmelser om varslings- og informasjonsplikt m.v.

Ombudsmannen uttalte deretter følgende i brev til Arbeids- og velferdsdirektoratet:

«Jeg er kjent med og har merket meg de endringene i folketrygdloven kapittel 21 som Arbeids- og velferdsdirektoratet viser til. Endringene i folketrygdloven § 21-4 og den nye bestemmelsen i § 21-4c har gitt et mer presist regelverk når det gjelder innhenting av pasientopplysninger ved kontroll. Videre har jeg merket meg at direktoratet nå gir uttrykk for at det «langt på vei» er enig i mine «vurderinger av hva som av hensyn til den enkeltes rettssikkerhet bør anses for å være enkeltvedtak», og at det ikke var riktig at pålegget rettet mot den aktuelle legen utgjorde en prosessledende avgjørelse overfor pasientene.

Jeg kan imidlertid ikke se at de endringene i folketrygdloven som direktoratet har vist til har noen direkte eller indirekte betydning for spørsmålet jeg har tatt stilling til i min uttalelse – at et pålegg til pasientenes lege om utlevering av jour-

nalopplysninger om dem er et enkeltvedtak. Slik jeg forstår bestemmelsen i folketrygdloven § 21-4c annet ledd, regulerer den bare i hvilke tilfeller det kan kreves utlevert 'fullstendig og uredigert pasientjournal', i motsetning til hjemmelen etter første ledd, der det bare kan kreves 'spesifiserte eller redigerte utdrag av journalen når dette anses nødvendig'. Om bestemmelsen i § 21-4c heter det i Ot.prp. nr. 76 (2007 – 2008) på side 82:

'Føresegna er ny og gir dels reglar som avgrensar/presiserer det materielle innhaldet av § 21-4 om heimelen til å hente opplysningar (første og andre leddet), dels reglar om framgangsmåten mv. ved hentinga av opplysningar etter § 21-4 og § 21-4 a første leddet (tredje til sjette leddet).

---

Fullstendige og uredigerte journalar kan etter *andre leddet* berre hentast ved mistanke om trygdemisbruk der ein behandlar er involvert, og kan berre hentast av direktoratet eller særskilt utpeikte einingar i etaten. Det vil i slike tilfelle være tilhøve ved praksisen til behandlaren som gjer at den skiljer seg klart frå det normale, eventuelt òg klare døme på feil takstbruk el.' (departementets utheving)

På side 37 i proposisjonen heter det:

'Dersom det er tilhøve ved praksisen til ein behandlar som gir grunnlag for å rekne med at det har skjedd urettmessige utbetalningar frå trygda, eventuelt ved eit samarbeid mellom stønadstakar og behandlar, vert det foreslått at ein skal kunne krevje fullstendige og uredigerte journalar.'

Ut fra det Arbeids- og velferdsdirektoratet skriver, antar jeg at det er kontrollhensynet det siktes til når det uttales i brevet hit at adgangen til innhenting av opplysninger etter folketrygdloven § 21-4 sammenholdt med § 21-4c annet ledd 'ville bli satt ut av spill' dersom pålegg til helsepersonell om utlevering av pasientopplysninger anses som enkeltvedtak som kan påklages av pasientene. Jeg kan imidlertid vanskelig se at folketrygdlovens ordlyd slik den nå lyder eller forarbeidene til de omtalte lovendringene tilsier at de hensynene jeg har vektlagt i min uttalelse når det gjelder spørsmålet om pålegget til legen må anses som et enkeltvedtak, ikke gjør seg gjeldende med samme tyngde. Spørsmål knyttet til hjemmelgrunnlaget for eller de nærmere vilkårene knyttet til innhenting av opplysninger etter folketrygdloven § 21-4, har ikke vært tema for de undersøkelser jeg har foretatt i saken.

Folketrygdloven § 21-4c fjerde ledd slår fast at '[p]ersonopplysningslovens regler om informasjonsplikt og om behandling av opplysninger' gjelder for opplysninger som innhentes i medhold av loven. Jeg har i den forbindelse registrert at Datatilsynet 2. oktober 2009 fattet vedtak rettet mot Arbeids- og velferdsdirektoratet vedrørende rutiner knyttet til informasjonsplikt etter personopplysningsloven § 20 ved innhenting av pasientopplysninger når etaten fører kontroll med en behandler. Datatilsynet gir blant annet uttrykk for at unntaksbestemmelsen i personopplysningsloven § 20 annet ledd bokstav a, som direktoratet har vist til i sin korrespondanse med tilsynet, ikke gir anvisning på en proporsjonalitetsvurdering av kontrollhensynet opp mot hensynet til personver-

net. Datatilsynet er derfor av den oppfatning at unntaket ikke kommer til anvendelse ved innhenting av opplysninger i medhold av folketrygdloven § 21-4c annet ledd. Videre viser Datatilsynet til at personopplysningsloven § 23 første ledd bokstav b gir et svært snevert unntak fra bl.a. informasjonsplikten der det er påkrevd av hensynet til etterforskning m.v. av straffbare handlinger.

Som jeg har påpekt i min uttalelse, har jeg forståelse for at personvernens hensyn må avveies mot hensynet til en effektiv kontroll med folketrygdens ytelser. Dette kan imidlertid ikke gå på bekostning av pasientenes rettsstilling i saker vedrørende innhenting av pasientopplysninger fra helsepersonell. Pasientene har en betydelig interesse i å få prøvet av overordnet organ gjennom klage om inngrepet i deres rett til vern mot spredning av opplysninger om dem holder seg innenfor den påberopte hjemmelen. Slik jeg ser det, må dette særlig gjelde når det innhentes opplysninger i medhold av folketrygdloven § 21-4c annet ledd, siden bestemmelsen gir adgang til innhenting av 'fullstendig og uredigert pasientjournal' fra helsepersonell. Samme hensyn gjør seg imidlertid langt på vei gjeldende ved innhenting av opplysninger etter § 21-4c første ledd.

Jeg legger ut fra det Arbeids- og velferdsdirektoratet skriver i sitt brev til grunn at direktoratet ikke har vurdert klagen fra de aktuelle pasientene på nytt, og at direktoratet ikke har innrettet praksis på området etter det syn jeg har gitt uttrykk for i min uttalelse.

Direktoratets vurdering nå, på bakgrunn av lovendringene i folketrygdloven, har ikke endret mitt syn på saken. Jeg er fortsatt av den oppfatning at pålegg om utlevering av journalopplysninger foretatt i forbindelse med kontroll av helsepersonells virksomhet er enkeltvedtak i forhold til de pasientenes opplysningene omhandler. I lys av det jeg her har fremholdt, anmoder jeg igjen Arbeids- og velferdsdirektoratet om å sørge for at klagen fra de aktuelle pasientene blir vurdert på nytt og at direktoratet sørger for at praksis på området innrettes etter det syn jeg har gitt uttrykk for i min uttalelse.»

Arbeidsdepartementet ble orientert om direktoratets oppfølging og mine merknader i eget brev samme dag.

#### Vilkår ved fradeling av eiendom

*I en tillatelse til fradeling etter plan- og bygningsloven satte en kommune som vilkår at tiltakshaveren ervervet bruksrett til felles lekeareal i området. Lekearealet var i reguleringskartet avsatt til fellesareal, men planen inneholdt ingen nærmere opplysninger om hvilke eiendommer som skulle tilknyttes arealet. Saken reiste først og fremst spørsmål om vilkåret har tilstrekkelig hjemmel i plan- og bygningsloven § 67a. (Sak 2006/1631 nr. 83 side 327-333)*

Etter ombudsmannens uttalelse behandlet fylkesmannen saken på ny. Fylkesmannen traff et omgjøringsvedtak som opphevet både delingstillatelsen og det omstridte vilkåret, og sendte saken tilbake til



kommunen for ny behandling. I vedtaket ble det gitt uttrykk for at kommunen før den nye behandlingen kunne nedlegge bygge- og deleforbud og endre reguleringsplanen slik at denne ga tilstrekkelig hjemmel for vilkåret.

Ombudsmannen ba deretter fylkesmannen redegjøre nærmere for det rettslige grunnlaget for å oppheve hele delingstillatelsen samt sitt syn på om en eventuell etterfølgende reguleringsendring ville kunne legges til grunn ved en fornyet behandling i kommunen. Etter å ha mottatt redegjørelsen, ga ombudsmannen i brev til fylkesmannen uttrykk for sitt syn på vedtaket om å oppheve delingstillatelsen. I brevet het det blant annet:

«Jeg vil i det følgende gjøre rede for mitt syn på de spørsmålene fylkesmannens omgjøringsvedtak reiser.

*Adgangen til å oppheve hele vedtaket som følge av at vilkåret manglet hjemmel*

Når det er knyttet et ugyldig vilkår til et begunstigende vedtak, slik som en delingstillatelse, er hovedregelen at tillatelsen opprettholdes, mens det ugyldige vilkåret bortfaller. Fylkesmannen har påpekt at i tilfeller der vilkåret er gitt for å begrense skadevirkninger av tillatelsen, vil hele vedtaket kunne oppheves slik at forvaltningen får anledning til å vurdere saken på ny. I denne forbindelse har fylkesmannen vist til at selv om vilkåret om erverv av bruksrett til fellesarealet ikke synes å være satt for direkte å ivareta interessene til eieren av fellesarealet, vil vilkåret kunne ha betydning for hans mulighet for å få kompensasjon for arealets verdi. Ifølge fylkesmannen bidrar dermed vilkåret til å ivareta felles nabointeresser og spesielt interessene til de nåværende eierne av arealet.

Plan- og bygningsloven § 67a gir adgang til å stille vilkår om deltakelse i fellesareal for en delingstillatelse, forutsatt at reguleringsplan eller bebyggelsesplan har fastsatt slikt fellesareal for den aktuelle eiendommen. Det hensynet som i første rekke kan begrunne et slikt vilkår, er eiendommens behov for lekeareal eller annet fellesareal. Hensynet til økonomisk kompensasjon for eieren av fellesarealet, kan neppe tillegges vekt ved vurderingen av om vilkår skal stilles. Det er dermed vanskelig å se at vilkår om deltakelse i fellesareal har som formål å begrense noen skadevirkninger som delingstillatelsen ellers ville hatt for eieren av fellesarealet (eller for nabointeressene for øvrig). At vilkåret kunne hatt en gunstig økonomisk bivirkning for eieren av arealet eller øvrige naboer, betyr ikke at delingstillatelsen i seg selv har noen skadevirkninger for dem. Fylkesmannen har i sin behandling av saken lagt til grunn at arealet, på grunn av avstand og atkomstforhold, er lite egnet som lekeareal for den aktuelle eiendommen. Offentlige arealdisponeringshensyn synes dermed heller ikke å bli nevneverdig skadelidende ved at tillatelsen blir stående uten det uhjemlede vilkåret. Jeg kan etter dette ikke se at delingstillatelsen, uten vilkåret,

vil ha slike negative virkninger at det er adgang til å oppheve hele vedtaket.

Under enhver omstendighet bør en forutsetning for opphevelse av vedtaket være at forvaltningen ville hatt rettslig adgang til å treffe et vedtak med et annet innhold, slik at tillatelsen ikke nødvendigvis ville ha blitt gitt uten vilkåret. I denne saken var søknaden om delingstillatelse i samsvar med loven og den gjeldende reguleringsplanen. Etter plan- og bygningsloven har søkeren da krav på å få søknaden innvilget. Kommunen har ikke adgang til å avslå søknaden selv om et vilkår den finner ønskelig ikke kan stilles. Fylkesmannen har vist til at kommunen kan nedlegge bygge- og deleforbud etter lovens § 33 dersom den er av den oppfatning at en innvilgelse av søknaden vil være uheldig. Vurderingen av om det er adgang til å oppheve den tillatelsen som er gitt, må imidlertid baseres på det rettsgrunnlaget som forelå da søknaden ble avgjort. At kommunen kunne ha nedlagt bygge- og deleforbud dersom den var klar over at det ikke var adgang til å stille vilkåret, kan ikke være avgjørende. Hensynet til forutberegnelighet for borgerne tilsier at kommunen i slike tilfeller selv må bære risikoen for sin feilaktige lovforståelse. Da søknaden ble avgjort hadde søkeren et rettskrav på å få den innvilget, uten vilkår. Det er også av denne grunn vanskelig å se at det er adgang til å oppheve tillatelsen som følge av at vilkåret er ugyldig.

*Spørsmålet om omgjøringen er til skade for søkeren*

Etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a kan et forvaltningsorgan omgjøre sitt eget vedtak dersom 'endringen ikke er til skade for noen som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser'. Fylkesmannen la i sitt omgjøringsvedtak til grunn at opphevelsen ikke var til skade for A. Begrunnelsen var at dersom kommunen endrer reguleringsplanen og stiller det samme vilkåret på ny ved sin fornyede behandling av saken, vil ikke tiltakshaveren stilles i en dårligere materiell posisjon enn hun hadde i henhold til det påklagede vedtaket. (Fylkesmannen knyttet sin drøftelse opp mot forvaltningsloven § 34 tredje ledd om klageinstansens kompetanse, ikke § 35 om omgjøring av eget vedtak, uten at dette synes å ha noen betydning for vurderingene.)

Fylkesmannen har gitt uttrykk for at hva som må regnes som en 'endring til skade' for parten må vurderes på bakgrunn av det opprinnelige vedtakets innhold. På spørsmål herfra har fylkesmannen gitt uttrykk for at det vil være uten betydning for vurderingen om vilkåret om deltakelse i fellesareal isolert sett må betraktes som en nullitet.

Fylkesmannen synes å legge til grunn at det avgjørende for vurderingen er en sammenligning av det opprinnelige vedtaket og fylkesmannens antagelser om utfallet av kommunens fornyede behandling. Etter lovens ordlyd er imidlertid det avgjørende spørsmålet om fylkesmannens omgjøringsvedtak var en endring til skade for A. Omgjøringsvedtaket opphevet tillatelsen og vilkåret.

Vurderingen av om dette er en endring til skade for parten, må ta utgangspunkt i det opprin-

nelige vedtakets rettsvirkninger. Når det er knyttet et uhjemlet, tyngende vilkår til en tillatelse, er hovedregelen at vilkåret er uten rettsvirkninger og at den private part kan se bort fra dette. Etter det opprinnelige vedtaket var således As rettsstilling at hun hadde en tillatelse, som hun hadde innrettet seg etter ved at delingen var gjennomført og eiendommen var bebygd. Til denne tillatelsen var det knyttet et ugyldig vilkår som A ikke behøvde å respektere. Når fylkesmannen opphever denne tillatelsen, er dette en endring til skade for A som ikke kan foretas med hjemmel i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a.

*Adgangen til å legge en etterfølgende planendring til grunn ved fornyet behandling av søknaden*

Ettersom fylkesmannen ikke hadde adgang til å oppheve delingstillatelsen, har dette spørsmålet ikke avgjørende betydning. Fylkesmannens begrunnelse gir imidlertid grunn til noen merknader også om dette.

Forvaltningen skal som utgangspunkt legge rettsstilstanden på vedtakstidspunktet til grunn for sin avgjørelse. Byggningsmyndighetene kan dermed ikke gjøre bruk av etterfølgende reguleringsendringer for å reparere hjemmelsmangler ved det vedtaket som er truffet. Dette ble lagt til grunn av ombudsmannen i en uttalelse inntatt i årsmeldingen for 1987 side 162 (Somb-1987-71). Saken gjaldt en byggesøknad som ble godkjent på vilkår av at et omsøkt takoppbygg måtte utgå. Fylkesmannen har gitt uttrykk for at det er vesensforskjeller mellom As sak og 1987-saken, ettersom vilkåret i sistnevnte sak neppe kunne sies 'å ivareta slike hensyn som det aktuelle vilkår i foreliggende sak'. Etter fylkesmannens syn kan disse forskjellene tilsi en annen konklusjon med hensyn til spørsmålet om en etterfølgende planendring kan legges til grunn for ny behandling av saken. Videre har fylkesmannen vist til at kommunen i den foreliggende saken trodde at reguleringsplanen ga tilstrekkelig hjemmel for vilkåret, og at det derfor ikke var naturlig å vurdere behovet for en planendring forut for behandlingen av søknaden.

Jeg kan ikke se at det er noen vesensforskjeller mellom As sak og 1987-saken som tilsier at spørsmålet om adgangen til å gjøre gjeldende etterfølgende reguleringsendringer løses forskjellig. I begge saker trodde kommunen feilaktig at reguleringsplanen ga hjemmel for å stille det aktuelle vilkåret. Jeg kan heller ikke se at de hensynene som vilkåret i As sak ble stilt for å ivareta tilsier en annen konklusjon. Som tidligere nevnt, er de økonomiske interessene til eieren av fellesarealet et lite relevant hensyn, og As eiendom ville i liten grad hatt nytte av bruksrett til fellesarealet. Det synes dermed ikke som noen tungtveiende hensyn blir skadelidende som følge av at kommunen ikke har anledning til å reparere hjemmelsmangelen i ettertidd.

I en sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1989 side 148 (Somb-1989-57) kom ombudsmannen, etter en henvendelse fra Miljøverndepartementet, til den generelle konklusjonen at 'verken ny regulering eller byggeforbud kan gis

virkning i forhold til en rettskraftig byggetillatelse'. I Miljøverndepartementets avsluttende brev hit i saken, het det at departementet ville 'legge ombudsmannens rettsoppfatning til grunn i sin forvaltningspraksis ... [og] ... snarest orientere kommunene, fylkesmennene og fylkeskommunene om dette'. I dommen i Rt. 2002 s. 683 ga Høyesterett enstemmig sin tilslutning til ombudsmannens syn og la 'avgjørende vekt på den praksis som har dannet seg på grunnlag av Sivilombudsmannens uttalelse og at Sivilombudsmannens standpunkt gir den reelt sett beste løsning'.

I denne saken ville for øvrig plan- og bygningsloven § 33 neppe gitt adgang til å nedlegge dele- og byggeforbud med virkning for As tillatelse – slik fylkesmannen i sitt omgjøringsvedtak skisserte at kommunen kunne gjøre. Bestemmelsen gir hjemmel for å nedlegge forbud mot at tiltak 'settes i gang'. Da fylkesmannens omgjøringsvedtak ble truffet, var delingen allerede gjennomført og eiendommen bebygd.

Det fremstår etter dette som klart at As delingstillatelse er beskyttet mot senere reguleringsendringer og dele- og byggeforbud. Jeg kan i dette tilfellet ikke se at det har noen betydning at fylkesmannen har truffet et vedtak om opphevelse av tillatelsen. Hvordan spørsmålet ville ha stilt seg dersom delingstillatelsen var ugyldig, gir denne saken ikke grunn til å vurdere.

*Avslutning*

I min uttalelse 24. januar 2008 kom jeg til at vilkåret om deltakelse i fellesareal var ugyldig. Som det fremgår ovenfor, hadde fylkesmannen ikke adgang til å oppheve delingstillatelsen. På denne bakgrunn ber jeg fylkesmannen ta opp sitt omgjøringsvedtak 31. oktober 2008 til ny behandling og holde meg orientert om utfallet av den fornyede behandlingen.»

Fylkesmannen traff deretter nytt vedtak der delingstillatelsen ble opprettholdt, uten det omstridte vilkåret.

**Unnlatt bruk av sanksjon mot ulovlig tiltak**

*Byggningsmyndighetene hadde unnlatt å ilegge sanksjoner mot brygge og kran som var oppført uten søknad og melding. Ombudsmannen kom til at det var tvilsomt om fylkesmannens vedtak var forankret i et holdbart rettsgrunnlag. (Sak 2007/985 nr. 89 s. 355-357.)*

Etter ombudsmannens uttalelse behandlet Fylkesmannen i Telemark saken på nytt. Fylkesmannen kom til at det forelå «særlige grunner» etter plan- og bygningsloven § 7 for å gi dispensasjon for flytting av kрана, og det ble ut fra en skjønsmessig vurdering funnet grunnlag for å unnlate å forfølge bryggen/plattingen med pålegg om riving. Klagerne påklaget fylkesmannens fornyede vurdering. Saken er foreløpig avsluttet herfra under påvente av fylkesmannens vurdering av klagerens innvendinger.

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

Gjennom arbeidet med klagesaker og saker tatt opp av eget tiltak hender det at jeg blir oppmerksom på mangler ved lover, forskrifter eller administrativ praksis. Det fremgår av ombudsmannsloven § 11 at jeg kan underrette forvaltningen om slike forhold. Disse tilfellene skal nevnes i den årlige meldingen til Stortinget, jf. ombudsmannsinstruksen § 12 annet ledd. Adgangen til å melde fra om slike mangler er et av eksemplene på at ombudsmannen, i tillegg til å behandle enkeltsaker, også kan være *systemkontrollør* i forhold til forvaltningen.

Med systemkontroll mener jeg kontroll for å avdekke generelle trekk ved forvaltningen som bryter med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper og som medfører at forvaltningen gjentatte ganger svikter, eller kan komme til å svikte, i sin omgang med borgerne. Foruten å melde fra om mangler etter § 11, utøves ombudsmannens systemkontroll gjennom en kombinasjon av adgangen til å ta opp saker av eget tiltak, foreta systematiske undersøkelser samt melde fra til Stortinget om hvilke problemer som ofte går igjen i forvaltningen.

Den systematiske og generelle kontrollen med forvaltningen er det først og fremst forvaltningens egne kontrollorganer som står for: kommunenes kontrollutvalg, fylkesmennenes tilsyn med kommunene på flere områder, fylkes- og kommunerevisjonene samt de sentraliserte fagtilsynene som retter seg mot offentlige organers virksomhet. Videre foretar Riksrevisjonen forvaltningsrevisjoner, med systematiske gjennomganger av forhold i forvaltningen. Forvaltningen er også underlagt Stortingets parlamentariske kontroll.

At også ombudsmannen er tiltenkt en rolle som systemkontrollør, følger direkte av Grunnloven § 75 bokstav l om at ombudsmannen skal «søge at sikre at der ikke øves Uret» mot den enkelte borger. Ordlyden tilsier at ombudsmannen har en rolle for å forhindre at det i fremtiden kan bli utøvd urett mot den enkelte. Dette kommer også frem i Innst. O. nr. 15 (1979-1980):

«Komiteen vil presisere at ombudsmannen har en spesiell funksjon i tillitsvervet som Stortingets Ombudsmann for forvaltningen. Dette tilsier at hans oppgave, å være et vern for borgerne i forvaltningssaker, ikke bare betyr å ta opp klagesaker over urett som eventuelt er begått, men også at han bør søke å rette på forhold der urett kan

komme til å bli begått. Dette vil etter komiteens mening gi Stortinget bedre muligheter for kontroll med forvaltningens virksomhet.»

I løpet av 2009 har jeg i 27 saker bedt et forvaltningsorgan vurdere endringer eller tilføyelser til lover og forskrifter, eller omlegging av administrativ praksis. Av disse er 18 referert i årsmeldingens kapittel V. Et sammendrag av samtlige av sakene i 2009 hvor jeg har påpekt mangler ved lover, forskrifter eller praksis, følger under.

### Mangler ved lov

#### Prøveløslatelse av utenlandske innsatte med forbehold om effektivering av utvisningsvedtak

(Sak 2007/1063)

Kriminalomsorgen fattet vedtak om prøveløslatelse av en utenlandsk innsatt med vilkår om samtidig iverksetting av et tidligere fattet utvisningsvedtak. På bakgrunn av en klage fra den innsattes advokat fant ombudsmannen grunn til å ta opp flere spørsmål på generelt grunnlag med Justis- og politidepartementet, herunder forholdet mellom straffegjennomføringslovens løslatelsesregler og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 5, som regulerer når personer lovlig kan frihetsberøves. Departementet erkjente i svaret til ombudsmannen at frihetsberøvelse ut over 2/3 tid, som bare er begrunnet i manglende effektivering av utvisningsvedtak, står i et tvilsomt forhold til kravene om årsakssammenheng m.v. som følger av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a. Det ble videre gitt uttrykk for at straffegjennomføringslovens regler om gjeninnsettelse på grunnlag av manglende effektivering av utvisningsvedtak vanskelig lar seg forene med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f. Ombudsmannen sa seg enig i disse konklusjonene og fant det positivt at departementet ville ta initiativ til nødvendige endringer av regelverket for å bringe dette i samsvar med EMK artikkel 5 og klargjøre forholdet mellom straffegjennomføringslovens løslatelsesregler og utlendingslovens fengslingsbestemmelser. Ombudsmannen forutsatte at departementet ville vurdere nødvendigheten av å iverksette midlertidige tiltak i påvente av endringer i regelverket (se hele uttalelsen som sak nr. 64 i meldingens kapittel V).

### **Krav til dokumentasjon av identitet i familiegjenforeningssak**

(Sak 2008/198)

Utlendingsmyndighetene praktiserer et krav om notoritet (krav til kvalitet) for utlendingers identitetspapirer. Dette kravet er ikke synliggjort i utlendingsloven eller utlendingsforskriften, noe som er uheldig. Den rettslige reguleringen er uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig og gir liten forutsigbarhet for en økende gruppe av søkere. Utlendingsdirektoratets generelle informasjon om kravet til dokumentert identitet er også mangelfull.

### **Forsinkelsesgebyr ved for sent innlevert årsregnskap**

(Sak 2008/1730)

Klage over forsinkelsesgebyr på grunn av for sent innlevert årsregnskap. Ombudsmannen uttalte at det ikke er hjemmel i regnskapsloven eller tilhørende forskrift til å ilegge forsinkelsesgebyr når den eneste feilen ved innsendingen er mangler ved oversendelsesbrevet. Dersom Finansdepartementet mener at det er behov for en bestemmelse om forsinkelsesgebyr på grunn av mangler ved for eksempel oversendelsesbrev, må regelverket endres (se hele uttalelsen som sak nr. 76 i meldingens kapittel V).

### **Oppdatering på internett av skattelister publisert av pressen**

(Sak 2009/531)

Ut fra de formålsbetraktninger som ligger til grunn for offentliggjøringen av skattelister, anså ombudsmannen det som en mulig mangel ved ligningsloven § 8-8 nr. 3 at bestemmelsen ikke også hjemler rett og plikt for skattemyndighetene til å pålegge pressen å respektere at brukstiden/publikasjonstiden for opplysningene i bestilt og mottatt skattemåte («utleggslister») er utløpt straks det foreligger ny(ere) versjon av samme skattemåte. Dette fordi opplysningene i en offentliggjort skattemåte ikke bør brukes av pressen eller andre medier etter at det foreligger ny(ere) oppdatert versjon av samme skattemåte (se hele uttalelsen som sak nr. 69 i meldingens kapittel V).

## **Mangler ved forskrift**

### **Tap av førerett – behandlingen av tapsperioden når førerkortet ikke er innlevert**

(Sak 2008/2694)

Klageren var ved dom fratatt retten til å føre motorvogn. Han mente tapsperioden begynte å løpe fra det tidspunktet dommen var rettskraftig. Politidirektoratet mente perioden begynte å løpe fra tidspunktet for

innlevering av melding til politiet om tapt førerkort (i denne saken om lag to og en halv måned senere). Den aktuelle situasjonen var ikke regulert i forskrift om tap av rett til å føre motorvogn § 1-4, noe ombudsmannen mente den burde være, og ombudsmannen ba direktoratet ta spørsmålet opp med Justisdepartementet (se hele uttalelsen som sak nr. 11 i meldingens kapittel V).

### **Bortfall av bosettingstillatelse på grunn av langvarig fravær fra riket – forholdet mellom lov og forskrift m.v.**

(Sak 2007/1605)

Utlendingsmyndighetene fattet vedtak om bortfall av bosettingstillatelse under henvisning til at utlendingen hadde hatt et samlet fravær fra riket på mer enn to år i løpet av en fireårsperiode. Grunnlaget for bortfallet var en bestemmelse i utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 49 annet ledd annet punktum. Ombudsmannen kom til at det fremsto som tvilsomt om bestemmelsen hadde tilstrekkelig grunnlag i hjemmelsbestemmelsen i utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 12 fjerde ledd. Det var positivt at Arbeids- og inkluderingsdepartementet på bakgrunn av ombudsmannssaken hadde tatt initiativ til å endre forskriftsbestemmelsen. Derimot var det en klar svakhet at hjemmelsspørsmålet ikke var drøftet nærmere i forbindelse med forslaget om å gjeninnføre den bestemmelsen som gjaldt tidligere. Ombudsmannen merket seg at det var foreslått å innta en presiserende bestemmelse i utlendingsloven 15. mai 2008 nr. 35 § 62 femte ledd annet punktum (se hele uttalelsen som sak nr. 62 i meldingens kapittel V).

### **Spørsmål om gyldigheten av reguleringsbestemmelse**

(Sak 2008/615)

Søgne kommune hadde vedtatt en reguleringsplan som var i strid med dagjeldende teknisk forskrift. Ombudsmannen uttalte at dette var uheldig og kritikkverdig, men ut fra omstendighetene kom han likevel til at fravikelsen ikke innebar en slik materiell innholdsmangel at det kunne føre til at planbestemmelsen måtte settes til side som ugyldig.

### **Beregning av avstand til nabogrense**

(Sak 2008/1325)

Saken gjaldt beregning av avstanden til nabogrensen ved oppføring av en terrasse. Fylkesmannen la i et omgjøringsvedtak til grunn at terrassen var å anse som et «fremspring», jf. forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK) § 4-3. Ombudsmannen kom til at det forelå begrunnet tvil om

fylkesmannen hadde rettslig grunnlag for vedtaket og ba fylkesmannen om å foreta en fornyet vurdering. Kommunal- og regionaldepartementet ble samtidig orientert om saken. I brev 19. november 2009 fra fylkesmannen ble det opplyst at departementet hadde merket seg problemstillingen og ville vurdere å presisere de påpekte forhold i forskriften og i veilederen (se hele uttalelsen som sak nr. 80 i meldingens kapittel V).

### **Avkorting i strukturkvotetildeling**

(Sak 2008/2232)

I en sak om avkorting i strukturkvote, jf. strukturkvoteforskriften § 12, var det spørsmål om «fartøyet» i bestemmelsens første ledd siste setning skulle forstås som det konkrete fartøyet som ble tatt ut av fiske, eller det fartøyet som deltageradgangen knyttet seg til. Ombudsmannen kom til at saken kunne bero med den forklaring Fiskeri- og kystdepartementet ga, men ba samtidig departementet å vurdere om det var grunn til å foreta en presisering av ordlyden i strukturkvoteforskriften § 12 første ledd, og eventuelt av andre bestemmelser i forskriften. Departementet skrev i brev 3. september 2008 til ombudsmannen at en slik vurdering ville foretas så snart det ble aktuelt å gjøre andre endringer i strukturkvoteforskriften (se hele uttalelsen som sak nr. 89 i meldingens kapittel V).

### **Skoleskyssgodtgjørelse – forskjellsbehandling av grunnskoleelever og elever i videregående skole**

(Sak 2008/2750)

Fylkeskommunen hadde utbetalt skyssgodtgjørelse til en elev for bruk av privat bil etter regelen i forskriften til opplæringslova § 10-2. Bestemmelsen viste til forskrift 19. desember 2003 nr. 1756 om dekning av utgifter ved reise for undersøkelse eller behandling som oppstilte en sats på kr 1,80 per km. Ved behandlingen av saken her kom det frem at forskriften fra 2003 var opphevet og erstattet med forskrift 4. juli 2008 nr. 788 (syketransportforskriften) som fastsetter en sats på kr 1,90 per km for bruk av bil. Kunnskapsdepartementet ble gjort oppmerksom på dette og meldte tilbake at feilen skulle rettes. Ombudsmannen antok at syketransportforskriftens sats på kr 1,90 per km bare er ment å dekke de variable utgiftene ved bruk av egen bil, og ikke en forholdsmessig del av de faste utgiftene ved bilhold. Under henvisning til dette ble Kunnskapsdepartementet bedt vurdere om forskriften til opplæringslova § 10-2, med henvisning til syketransportforskriftens satser, ble ansett tilfredsstillende i forhold til ordlyden i opplæringslova § 7-2 om «full skyssgodtgjørelse» (se hele uttalelsen som sak nr. 49 i meldingens kapittel V).

### **Mattilsynets behandling av sak om kattehold – vedtak om opphør av drift**

(Sak 2008/2825)

Ombudsmannen ga i brev til Landbruks- og matdepartementet uttrykk for at det var uheldig at dyrepensjonatforskriftens forhold til hjemmelsgrunnlaget i dyrevernloven § 16 var uklar når det ikke klart fremgikk om bestemmelsen omfattet ideell omplasseringsvirksomhet. Landbruks- og matdepartementet orienterte senere om at Mattilsynet var bedt om å starte arbeidet med revisjon av dyrepensjonatforskriften.

### **Sak om omgjøring av stipend til lån grunnet formue**

(Sak 2009/1343)

Etter at det herfra ble stilt spørsmål til hvordan en søker skal dokumentere at formue tilhører søkerens barn, endret Lånekassen merknaden til tildelingsforskriften § 29-5 slik at det er tilstrekkelig at det dokumenteres at bankinnskudd og lignende står på en konto i barnets navn.

### **Mangler ved praksis**

#### **Skoleskyss – vurderingen av hva som er akseptabel tidsbruk for grunnskoleelever**

(Sak 2008/2292)

Saken gjaldt Fylkesmannen i Hordalands tolkning av opplæringslova § 7-1 om retten til gratis skyss i grunnskolen og spørsmålet om det ved vurderingen av hva som er akseptabel tidsbruk for en grunnskoleelevs skoleskyss skal tas utgangspunkt i elevens eller skolens sluttid. Det var praksis for å ta utgangspunkt i skolens sluttid, noe som også var tatt inn i en skysshåndbok utarbeidet av fylkeskommunen. Ombudsmannen kom til at det i vurderingen skulle tas utgangspunkt i den enkelte elevs sluttid (se hele uttalelsen som sak nr. 48 i meldingens kapittel V).

#### **Dokumentinnsyn – taushetsplikt og kravet til konkretisering av en innsynsbejæring**

(Sak 2007/2268)

Arbeids- og inkluderingsdepartementet mente at en innsynsbejæring ikke kunne anses som saksdokument som det kunne bes om innsyn i etter offentlighetsloven. Departementet varslet også at det ville innføre en praksis om at innsyn bare kunne kreves i konkret angitte dokumenter i departementets journal. Ombudsmannen uttalte at dokumenter i en sak om innsyn, herunder innsynsbejæringen og forvaltningens oversendelse av dokumenter, måtte anses som saksdokumenter. Departementets varslede omleg-

ging av praksis ble også omtalt som problematisk, i og med at det ikke er adgang til å operere med et strengere krav til konkretisering enn det som følger av lovverket (se hele uttalelsen som sak nr. 16 i meldingens kapittel V).

### **Ombudsmannens undersøkelse av personvernmessige forhold etter besøk til Lier statlige ventemottak**

(Sak 2008/87)

Under et besøk til Lier statlige ventemottak oppdaget ombudsmannen at personvernet til beboere og besøkende ikke var tilstrekkelig ivaretatt hva gjaldt merking av overvåkningskameraer innendørs, oppbevaring av billedmateriale fra kameraene og mottakets praksis med rutinemessig å oversende besøkslister med identitetspapirer til politiet. Ombudsmannen påtalte forholdene, som deretter ble rettet opp gjennom Utlendingsdirektoratets instruksjer til mottaket (se hele uttalelsen som sak nr. 63 i meldingens kapittel V).

### **Kautokeino kommunes dispensasjonspraksis i saker om motorferdsel i utmark**

(Sak 2008/163)

Saken gjaldt Kautokeino kommunes praktisering av dispensasjonsadgangen i saker om motorferdsel i utmark. Ombudsmannen uttalte at kommunen har en dispensasjonspraksis som antagelig er i strid med Miljøverndepartementets rundskriv og gjeldende regelverk. Kommunen ble kritisert for ikke å ta hensyn til klare retningslinjer gitt av Fylkesmannen i Finnmark som overordnet organ og klageinstans i denne typen saker. Fylkesmannen hadde flere ganger påpekt overfor kommunen at deres praksis ikke var i tråd med regelverket, uten at det medførte endring av kommunens praksis. Kommunen hadde også sviktende journalføringsrutiner i dispensasjonssaker (se hele uttalelsen som sak nr. 104 i meldingens kapittel V).

### **Det offentliges ansvar for mattilbudet til frihetsberøvede ved fremstilling til rettsmøter**

(Sak 2008/309)

Det var ikke etablert tilfredsstillende rutiner for å sørge og bekoste frihetsberøvedes behov for nødvendig mat i forbindelse med fremstilling til rettsmøter. Ombudsmannen uttalte at ansvaret for fremstiltes velferd, herunder tilgang til nødvendig mat under rettsmøter, ligger hos det offentlige og ikke hos den enkeltes advokat. Det ble pekt på at opplevelse av sult under rettsmøter kan utgjøre et rettsikkerhetsproblem. Justis- og politidepartementet ble bedt om

så snart som mulig å sørge for å få på plass forsvarlige rutiner som sikrer at det offentlige tilbyr alle frihetsberøvede mat i rettslokalet med sedvanemessige mellomrom (se hele uttalelsen som sak nr. 61 i meldingens kapittel V).

### **Møteoffentlighet og protokollering – kommunelovens møtebegrep**

(Sak 2008/1667)

Sandefjord kommune hadde ikke som praksis å treffe formelt vedtak om lukking av dørene når formannskapet behandlet saker som var unntatt offentlighet. Ombudsmannen mente at riktig fremgangsmåte etter saksbehandlingsreglene i kommuneloven er at formannskapet må ta uttrykkelig stilling til om dørene skal lukkes ved behandlingen av en sak, og at denne beslutningen må protokolleres (se hele uttalelsen som sak nr. 28 i meldingens kapittel V).

### **Saksbehandlingstiden i innsynssaker**

(Sak 2008/2356)

Kautokeino kommune kunne ikke kreve at den som ba om innsyn i saksdokumenter i saker om motorferdsel i utmark skulle komme til kommunen for å få innsyn. Ombudsmannen påpekte at en person som ber om dokumentinnsyn har rett til å få tilsendt kopi av det aktuelle dokumentet. Saksbehandlingstiden for behandling av innsynsbegjæringer var i flere tilfeller lengre enn lovens krav til saksbehandlingstid. På bakgrunn av mangelfulle svar fra kommunen la ombudsmannen til grunn at rutineene for å behandle innsynsbegjæringer ikke var tilfredsstillende (se hele uttalelsen som sak nr. 26 i meldingens kapittel V).

### **Journalføring av tekstmeldinger**

(Sak 2008/2591)

Statsministerens kontor hadde som praksis å behandle tekstmeldinger (SMS-er) på lik linje med telefonsamtaler. Inn- og utgående SMS-er ble dermed ikke betraktet som saksdokumenter som måtte journalføres. Ombudsmannen mente at Statsministerens kontors generelle rutiner for journalføring av SMS-korrespondanse, var i strid med gjeldende regelverk (se hele uttalelsen som sak nr. 41 i meldingens kapittel V).

### **Partsinnsyn i barnevernssak**

(Sak 2008/2663)

I et brev fra det tidligere Barne- og familiedepartementet i 1999 til samtlige fylkesmenn, fylkeskommuner, kommuner og fylkesnemnder ble det frem-



holdt at barnevernloven ikke ga rett til innsyn i egen barnevernssak etter fylte 15 år, dersom saken ble avsluttet før barnet fylte 15 år. Ombudsmannen tok saken opp med Barne- og likestillingsdepartementet som igjen forela spørsmålet for Justisdepartementets lovavdeling. Lovavdelingen mente at retten til partsinnsyn i saker etter barnevernloven også gjelder for personer som er fylt 15 år etter at saken ble avsluttet. Barne- og likestillingsdepartementet opplyste etter dette at alle aktuelle forvaltningsorganer ville bli orientert om lovavdelingens uttalelse og hva dette innebærer for retten til partsinnsyn i barnevernssaker. Ombudsmannen fant da å kunne la saken bero (se hele uttalelsen som sak nr. 12 i meldingens kapittel V).

### **Kommunens vedlikeholdsplikt for kommunale veier**

(Sak 2009/57)

Lyngdal kommune hadde i en årrekke utført minimalt vedlikehold av kommunale veier uten fast bosetting og hadde bl.a. belaget seg på brukerbidrag for det vedlikeholdet som ble gjort. Ombudsmannen uttalte at kommunens praksis med hensyn til å kreve praktiske bidrag til vedlikehold fra brukerne av kommunale veier, ikke var i tråd med kommunens vedlikeholdsplikt etter veglova (se hele uttalelsen som sak nr. 99 i meldingens kapittel V).

### **Klage over forbigåelse i tilsettingssak**

(Sak 2009/778)

Sak om tilsetting i en lederstilling i Rakkestad kommune. Det ble påvist mangler ved saksbehandlingen fordi det bl.a. ikke forelå noen skriftlige vurderinger fra tilsettingsprosessen og det var begrunnet tvil knyttet til sakens opplysning da tilsettingsvedtaket ble truffet. Kommunen erkjente manglene, og viste til at en prosess var i gang for å forbedre rutinene.

### **Klage på tilsettingsvedtak**

(Sak 2009/901)

En sak om tilsetting av forsker var nær sagt helt udookumentert. Ut fra saksdokumentene var det for eksempel ikke mulig å se hvilke momenter som var tillagt vekt i kvalifikasjonsvurderingen eller hvilke søkere som var innkalt til intervju. Begrunnelsen for innstillingen var svært knapp og det var heller ikke nærmere redegjort for hvorfor det bare var innstilt én søker, i strid med utgangspunktet om å innstille tre. Den manglende skriftligheten syntes å være uttrykk for en generell praksis og ombudsmannen ba om at

rutinene ble gjennomgått med sikte på å bedre dokumentasjonen i tilsettingsaker.

### **Klage over politiets behandling i sak om kjøp av aksjer – påtaleunntatelse erstattet med forelegg i sak om innsidehandel**

(Sak 2009/996)

I brevmalen for påtaleunntatelser heter det at politiet anser saken for avgjort og at det «ikke [vil] bli truffet ytterligere forføyninger i saken». Klageren oppfattet påtaleunntatelsen som en avslutning av saken, men opplevde at påtaleunntatelsen ble omgjort til et forelegg etter klage fra anmelderen. På spørsmål fra ombudsmannen uttalte Riksadvokaten at teksten er uheldig og kan misforstås, og at mye kan tale for at det gis informasjon om omgjøringsadgangen etter straffeprosessloven. Riksadvokaten tok deretter initiativ overfor Politidirektoratet ved Rådet for elektronisk straffesaksbehandling i politiet og Den høyere påtalemyndighet (RESP) for å få endret brevmalen som ligger i politiets og påtalemyndighetens felles saksbehandlingssystem BL. Klagesaken er avsluttet, men ombudsmannen blir holdt orientert om det videre arbeidet.

### **Skattekontors saksbehandlingstid ved forberedelse av klagesak for skatteklagenemnda**

(Sak 2009/1091)

Mye tydet på at Skatt østs angivelse av forventet behandlingstid i klagesaker i større grad reflekterte en ønsket målsetting fra skattekontorets side, enn en realistisk konkret vurdering av forventet behandlingstid for den aktuelle klagesaken. Ombudsmannen ba derfor Skatt øst foreta en gjennomgang av sine rutiner og retningslinjer, både for fordelingen av større saker og for angivelse av forventet saksbehandlingstid i foreløpige svar og annen type kontakt med skattyterne (se hele uttalelsen som sak nr. 8 i meldingens kapittel V).

### **Manglende svar – Skatt øst**

(Sak 2009/2528)

Etter omorganiseringen per 1. januar 2008 har skatteetaten fordelt ligningsarbeidet blant skattekontorene til dels uavhengig av hvor skattyter er bosatt skattemessig. Ombudsmannen uttalte at det vil være i strid med god forvaltningsskikk, og derfor kritikkverdige, om en slik omfordeling av oppgaver fører til at skattyters henvendelser til sitt lokale skattekontor ikke blir fulgt opp på en tilfredsstillende måte.

## V. Referat av saker av alminnelig interesse

### Innledning

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

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

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

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

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

### Lang saksbehandlingstid i Nav – ressursmangel i forvaltningen

Mange av klagenes hit gjelder sen saksbehandling i forvaltningen. Det er mitt inntrykk at borgerne de siste årene har blitt seg mer bevisst og stiller høyere krav til behandlingen av deres forvaltningssaker. I 2009 har særlig Nav vært adressert for denne typen klager. Ikke sjelden opplever jeg at saksbehandlingstiden i Nav går langt ut over de ytre rammer som eta-

ten selv har fastsatt i sine måltall. Dersom Nav etter henvendelse herfra opplyser at forsinkelsen skyldes en stor saksmengde og manglende kapasitet, kan slike klager gi ombudsmannen et vanskelig dilemma.

Hovedregelen i forvaltningsloven § 11a er at i saker som gjelder enkeltvedtak, skal det gis et foreløpig svar dersom en henvendelse ikke kan besvares i løpet av en måned etter at den er mottatt. I svaret skal det redegjøres for grunnen til at henvendelsen ikke kan behandles tidligere, og så vidt mulig angis når et svar kan ventes. Dessverre er det en kjensgjerning at denne plikten ikke alltid overholdes av Nav. Jeg tror mange klager kunne vært unngått dersom det rutinemessig i alle saker ble sendt foreløpig svar samt en orientering hvis det oppstår forsinkelser under sakens gang. Det som særlig foranlediger frustrasjon, er hvor borgerne ikke hører annet enn taushet etter kanskje å ha gjort seg stor flid med utformingen av et krav eller en søknad.

I saker hvor jeg ser at saksbehandlingstiden ikke er innenfor de krav til svartider som er fastsatt av Arbeids- og velferdsdirektoratet – og hvor bruker således i det minste burde vært orientert – vil mitt kontor normalt ta kontakt med det innklagede Nav-organet for å få en orientering om status i saken og bakgrunnen for forsinkelsen. Slik henvendelse kan skje skriftlig per brev eller mer praktisk ved å ta en telefon til saksbehandler i saken. En sjelden gang viser det seg at saken ved en feil er blitt forlagt eller lignende, og i så fall bidrar henvendelsen fra ombudsmannen til å få fortgang i saken. Langt oftere opplever jeg imidlertid at bakgrunnen for forsinkelsen er arbeidssituasjonen ved kontoret og ressursmangel mer generelt. Det skal ikke være slik at en henvendelse herfra fører til at saken behandles «utenom tur». Andre saker hvor det *ikke* er klaget til ombudsmannen, kan ha ligget enda lenger uten å bli behandlet. Slike saker kan være problematiske å håndtere. På den ene siden er det uholdbart med en situasjon der bruker står uten økonomiske ytelser i månedsvis fordi Nav bruker lang tid på å behandle kravet. På den annen side er det vanskelig for ombudsmannen å påskynde saksbehandlingen så lenge forsinkelsen skyldes arbeidssituasjonen og saksavviklingen skjer ut fra en forsvarlig prioritering. Dersom ombudsmannen unnlater å gripe inn i den enkelte sak med en oppfordring til Nav om å prioritere den, kan han dessuten beskyldes for unnskyldighet og at han tar parti med forvaltningen.

Også Riksrevisjonen har nylig uttrykt bekymring med hensyn til den negative utviklingen i saksbehandlingstiden ved Nav for enkelte sentrale ytelser, se Riksrevisjonens rapport 22. oktober 2009 om revisjonen av Arbeids- og velferdsetaten for budsjettåret 2008 – tillegg 2 til Dokument 1 (2009-2010). Riksrevisjonen analyserer blant annet utviklingen i saksbehandlingstid og restanser for ulike ytelser.

Ombudsmannens mandat slik det er definert i lov og instruks er å gripe inn overfor feil og urett som måtte begås av den offentlige forvaltning. I den utstrekning den lange saksbehandlingstiden springer ut av underliggende og mer grunnleggende forhold som ressurs- og kapasitetsmangel, er det egentlig lite ombudsmannen kan utrette. Det er opp til andre institusjoner – først og fremst departement og storting – å utrede tiltak som kan få bukt med de store restansene. For ombudsmannen er det imidlertid uheldig at han må forholde seg passiv i en slik situasjon siden borgerne, forståelig nok, kan få inntrykk av at ombudsmannen viker tilbake for å kritisere Nav.

### **Tredjepersonkonflikters betydning for ombudsmannens saksbehandling**

I en klagesak for ombudsmannen vil det normalt kun være to parter: borgeren som har klaget og det forvaltningsorganet (evt. overordnet forvaltningsorgan) hvis handlemåte eller avgjørelse klagen retter seg mot. Dersom ombudsmannen finner grunn til å undersøke de forhold klagen gjelder nærmere, tas saken opp med forvaltningen. Videre vil eventuell kritikk eller anmodning om å vurdere en sak på nytt også rette seg mot forvaltningen. Klageren vil i kraft av å være part få anledning til å komme med sitt syn på saken, samt kommentere forvaltningens redegjørelser.

Likevel er det en del type klagesaker som også kan få betydning for øvrige borgere, såkalt «tredjepersoner». Dette kan være personer som er tilgode sett gjennom det forvaltningsvedtaket det er klaget over, eller på annen måte er berørt av vedtaket. Eksempler på slike tredjepersoner er den som har fått byggetillatelsen naboen klager over og en av foreldrene i en barnebidrags sak der klagen gjelder fastsettelsen av bidraget. Videre vil den som er blitt tilsatt i en stilling der klageren mener å være forbigått i ombudsmannssaken regnes som en tredjeperson. Som det fremgår av eksemplene, vil klageren og en tredjeperson normalt ha motstridende interesser i saken.

Mulige tredjepersonkonflikter påvirker i liten grad behandlingen av sakene ved mitt kontor. Fordi tredjepersoner ikke regnes som part i ombudsmannssaken blir de ikke varslet om at ombudsmannen har en sak til behandling. Det innebærer at en tredjeperson som for eksempel har fått en byggetillatelse, kan være uvitende om at spørsmålet om vedtakets gyldig-

het er til behandling her. Dersom en tredjeperson på et tidspunkt blir klar over at ombudsmannen har en sak som berører vedkommende, til behandling og tar kontakt, vil tredjepersonen bli orientert om at vedkommende ikke regnes som part i ombudsmannssaken og at dette innebærer at hun/han ikke vil bli ytterligere informert om saken.

Fordi ombudsmannens uttalelser er rådgivende, jf. ombudsmannsloven § 10, vil ikke min uttalelse i seg selv frata en tredjeperson rettigheter. Dersom jeg i en tilsetnings sak kommer til at det knytter seg tvil til om tredjepersonen, som faktisk ble tilsatt, var bedre kvalifisert enn klageren for den aktuelle stillingen, vil ikke dette i seg selv få betydning for tilsetningsvedtaket. Se for eksempel sak nr. 36 (2009/378) i dette kapitlet. I slike saker vil tilsetningsvedtaket normalt være gyldig overfor den som er tilsatt, selv om mine undersøkelser skulle avdekke at vedtaket var feil i forhold til klageren. I lys av dette er det sjelden grunn til å ta særlige hensyn til tredjepersoner i behandlingen av tilsetnings saker.

Derimot kan sterke tredjepersoninteresser i enkelte saker innebære at terskelen for å ta saken til behandling heves. I særlige tilfeller kan det også være aktuelt å avvise slike saker dersom det gjør at de er uegnet for behandling her, jf. ombudsmannsloven § 6 fjerde ledd. Men fordi saksbehandlingen her i all hovedsak er upåvirket av eventuelle tredjepersonkonflikter, behandler jeg årlig en rekke saker som også berører tredjepersoninteresser. Dessuten ville det resultert i en vesentlig innskrenkning av ombudsmannens virkeområde dersom slike saker aldri ble tatt opp. Sak nr. 58 (2009/1620) i dette kapitlet er et eksempel på en sak som i stor grad gjaldt en tredjeperson. I saken sto spørsmålet om hvilken inntekt som skal legges til grunn i en bidrags sak sentralt. Den bidragspliktige hadde klaget over fastsettelsen av bidraget bl.a. fordi han mente bidragsberettigede hadde inntekter fra «svart arbeid» som ikke var tatt inn i beregningen.

Til tross for den beskjedne betydningen tredjepersonkonflikter oftest får for saksbehandlingen her, vil imidlertid en interessekonflikt kunne påvirke min konklusjon. Jeg vil ofte være mer tilbakeholden med å fastslå ugyldighet dersom det rammer tredjepersoner. Når forvaltningen bes om å behandle en sak på nytt, må forvaltningen vurdere eventuell endring av det opprinnelige vedtaket etter reglene om omgjøring i forvaltningsloven § 35. I og med at forvaltningen ikke alltid er seg dette bevisst, minner jeg om dette ved avslutningen av enkelte saker der tredjepersoner vil bli berørt. I sak nr. 87 (2008/1561) i dette kapitlet påpekte jeg for eksempel at dersom fylkesmannen kommer til at vedtakene saken gjaldt er ugyldige, må det foretas en helhetsvurdering av om vedtakene bør omgjøres, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bok-

stav c). Videre understreker jeg som regel overfor forvaltningen at tredjepersoner må gis anledning til å uttale seg ved den fornyede behandlingen.

## Ombudsmannens arbeidsområde

### 1.

#### Finnmarkseiendommens omgjøring av tildeling av lakseplass

(Sak 2007/2041)

*Etter først å ha tildelt en lakseplass til en søker, omgjorde Finnmarkseiendommen tildelingen, slik at plassen gikk til en annen søker. Saken reiste spørsmål om Finnmarkseiendommens virksomhet ligger innenfor ombudsmannens arbeidsområde og om det omgjøringsvedtaket som ble truffet, var gyldig.*

*Ombudsmannen uttalte at Finnmarkseiendommen må regnes som en del av den offentlige forvaltningen, og dermed i utgangspunktet er omfattet av ombudsmannsloven § 4. Videre mente ombudsmannen at Finnmarkseiendommens omgjøringsvedtak led av slike mangler at det syntes å være ugyldig.*

Finnmarkseiendommen er et eget rettssubjekt opprettet ved lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven). Etter lovens § 6 skal Finnmarkseiendommen «forvalte grunn og naturressurser m.v. som den eier i samsvar med lovens formål og reglene i loven her for øvrig». Ved opprettelsen ble eiendomsretten til statens grunn i Finnmark overført til Finnmarkseiendommen. Finnmarkseiendommen ledes ifølge lovens § 6 av et styre på seks personer. Forvaltningen av Finnmarkseiendommen hører etter lovens § 9 under styret, som også sørger for organiseringen av virksomheten.

I lovens kapittel 3 er forskjellige grupper personer gitt rettigheter til utnyttelse av naturressursene på Finnmarkseiendommens grunn, herunder fiskeplasser. Nærmere regler for tildeling av lakseplasser på Finnmarkseiendommens grunn ble vedtatt av styret i Finnmarkseiendommen i desember 2006.

A søkte 28. november 2006 Finnmarkseiendommen om tildeling av fire lakseplasser i henhold til bestemmelsene i finnmarksloven kapittel 3. Blant de fire plassene han søkte om, var plass X i Alta kommune. Tre av plassene, deriblant plass X, ble i vedtak 15. mars 2007 tildelt A. I vedtaket, som var truffet av Finnmarkseiendommens administrasjon ved direktøren, het det:

«Med hjemmel i Lov av 17. juni 2005 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser

i Finnmark fylke og regler for tildeling av lakseplasser på Finnmarkseiendommen (FeFo) gitt av styret i FeFo 11. – 12. desember 2006, er følgende vedtak fattet:

Søknad om lakseplassnr. Y, X og Z innvilges.»

Styret i Finnmarkseiendommen traff deretter nytt vedtak 26. april 2007, og tildelte i stedet plass X til en konkurrerende søker – B. Bakgrunnen for det siste vedtaket var klage fra B over den opprinnelige tildelingen. A ble ikke varslet skriftlig om klagen fra B eller at det var aktuelt å treffe nytt vedtak der plassen ble tildelt en annen søker. Klagen ble avgjort av styret i Finnmarkseiendommen, på grunnlag av innstilling fra direktøren. Direktøren anbefalte i sin innstilling at klagen ikke ble tatt til følge. Innstillingen redegjorde blant annet for søkerens alder, inntekt og tidligere bruk av plassen. Styret tok imidlertid klagen til følge. I vedtaket het det at «[h]ver av søkerne tildeles to plasser hver». Utover dette ga styret ingen begrunnelse.

Etter forgiveves å ha anmodet Finnmarkseiendommen om å omgjøre sitt siste vedtak og opprettholde den opprinnelige tildelingen, brakte A saken inn for ombudsmannen. I henvendelsen hit ble det blant annet anført at styrets vedtak i klagesaken var i strid med forvaltningsrettslige omgjøringsregler, at manglende varsling av A og manglende kontradiksjon i forbindelse med klagebehandlingen innebar en saksbehandlingsfeil og at vedtaket i klagesaken var i strid med Finnmarkseiendommens regler for tildeling av lakseplasser. Det ble dessuten anført at omgjøringsvedtaket var ugyldig på grunn av manglende begrunnelse.

I forbindelse med As anmodning om omgjøring av vedtaket i klagesaken, hadde Finnmarkseiendommen gitt uttrykk for at tildelingen av lakseplasser hører inn under styrets privatrettslige råderett som grunneier og at Finnmarkseiendommen benytter sin private autonomi når det fordeles tillatelser til å utnytte en begrenset ressurs. I telefonsamtale med ombudsmannens saksbehandler ga Finnmarkseiendommen uttrykk for tilsvarende synspunkter og stilte spørsmål om Finnmarkseiendommens tildeling av lakseplasser omfattes av ombudsmannens arbeidsområde – «den offentlige forvaltning», jf. ombudsmannsloven § 4.

Spørsmålene om tildeling av lakseplasser innebærer utøvelse av offentlig myndighet og om Finnmarkseiendommen må anses som et forvaltningsorgan, har betydning både for hvilke rettsregler som kommer til anvendelse ved tildelingen og for om avgjørelsen omfattes av ombudsmannens arbeidsområde. Det ble derfor funnet formålstjenlig å ta opp disse spørsmålene med Justisdepartementet.

I henvendelsen til departementet ble det påpekt at det avgjørende for vurderingen av den aktuelle klagesaken ikke er om Finnmarkseiendommen generelt kan regnes som et forvaltningsorgan, men om beslutningen om tildelingen av lakseplass er å anse som utøvelse av offentlig myndighet. Departementet ble bedt om å redegjøre for sitt syn på dette. Samtidig ble det gitt uttrykk for at dersom departementet hadde noen betraktninger omkring Finnmarkseiendommens generelle rettslige status, herunder hvorvidt Finnmarkseiendommen kan regnes som et forvaltningsorgan, ville dette også være av interesse for ombudsmannen. Det ble videre vist til en del særtrekk ved Finnmarkseiendommens stilling etter finnmarksloven, blant annet regler om organisering og forholdet til offentlige myndigheter, regler om borgernes rettigheter til naturressursene og Finnmarkseiendommens rådighet over grunnen. Departementet ble bedt om kort å kommentere i hvilken grad disse momentene kan ha betydning for vurderingen av om Finnmarkseiendommen utøver offentlig myndighet.

I svarbrevet ga Justisdepartementets lovavdeling først uttrykk for sitt syn på Finnmarkseiendommens generelle rettslige status og plassering, og uttalte blant annet:

«Ved den nærmere utformingen av finnmarksloven stod lovgiver meget fritt med hensyn til hvordan Finnmarkseiendommen skulle reguleres. Forskjellige hensyn ble søkt ivaretatt på forskjellig måte. Hovedtrekkene i reguleringen har et privatrettslig preg og i stor utstrekning privatrettslige forbilder. Som Sivilombudsmannen påpeker, er imidlertid offentligrettslig lovgivning trukket inn på flere punkter. Resultatet er at Finnmarkseiendommen er et selvstendig rettssubjekt av sitt eget slag. Finnmarkseiendommen passer ikke inn i noen generelle kategorier som kommune, fylkeskommune, stiftelse, forening, samvirkeforetak eller selskap. Skulle man presse Finnmarkseiendommen inn i en generell kategori, synes kanskje stiftelsene å ligge nærmest siden Finnmarkseiendommen verken har eiere eller medlemmer.»

Departementet presiserte at spørsmålet om lovgivning som gjelder for forvaltningsorganer kan anvendes på Finnmarkseiendommen, må avgjøres ut fra den enkelte lov som det kan være aktuelt å anvende. Spørsmålet om forvaltningslovens og offentlighetslovens anvendelse måtte imidlertid ifølge departementet anses løst i finnmarksloven. Lovens § 18 gir offentlighetsloven og deler av forvaltningsloven anvendelse på Finnmarkseiendommens virksomhet. I enkelte av lovens øvrige bestemmelser er forvaltningsloven gitt ytterligere anvendelse. Departementet mente at det må følge motsetningsvis av finnmarkslovens spesifikke henvisninger til deler av forvaltningsloven, at forvaltningsloven bare kommer til

anvendelse i den utstrekning finnmarksloven selv fastsetter dette. Departementet fant støtte for dette synet i Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) side 132, der det heter at «[u]tgangspunktet er at Finnmarkseiendommen ikke er et organ for stat eller kommune, og at offentlighetsloven og forvaltningsloven derfor ikke kommer til anvendelse med mindre annet er fastsatt i Finnmarksloven».

Departementet slo fast at hvorvidt Finnmarkseiendommens virksomhet faller innenfor ombudsmannens arbeidsområde, beror på en tolkning av «den offentlige forvaltning» i ombudsmannsloven § 4, og kommenterte deretter i hvilken grad de forskjellige momentene som var nevnt i henvendelsen herfra, kan ha betydning for spørsmålet. Det ble gitt en grundig gjennomgang av de enkelte momentene, uten at departementet trakk noen konklusjon om hvorvidt Finnmarkseiendommens virksomhet generelt eller tildeling av lakseplasser spesielt faller inn under ombudsmannens arbeidsområde.

Departementets brev ble kommentert av A, som fremholdt at ombudsmannen burde ha adgang til å vurdere Finnmarkseiendommens avgjørelser.

Den konkrete klagesaken vedrørende tildeling av lakseplass X ble deretter tatt opp med Finnmarkseiendommen. I brev herfra ble Finnmarkseiendommen bedt om å redegjøre nærmere for enkelte sider av omgjøringen av vedtaket om å tildele lakseplassen til A, blant annet saksbehandlingen og det rettslige grunnlaget for omgjøringen. Finnmarkseiendommen ble også gitt anledning til å kommentere korrespondansen mellom Justisdepartementet og ombudsmannen i saken.

Finnmarkseiendommen ga uttrykk for tvil om Finnmarkseiendommens beslutninger og vedtak omfattes av ombudsmannens arbeidsområde, men fant det likevel riktig å besvare henvendelsen herfra. Finnmarkseiendommen beklaget at omgjøringsvedtaket manglet begrunnelse og erkjente at dette var en svakhet ved vedtaket, men mente likevel at saksbehandlingen hadde vært forsvarlig og at omgjøringen hadde tilstrekkelig grunnlag i privat eierrådighet og reglene for tildeling av lakseplasser.

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

«Saken har for det første reist spørsmål om Finnmarkseiendommen er en del av den offentlige forvaltningen, og for det andre om tildelingen av lakseplasser er offentlig myndighetsutøvelse. Spørsmålene har ikke bare betydning for ombudsmannskontrollen, men også for hvilke rettsregler som gjelder for Finnmarkseiendommens avgjørelser om tildeling av lakseplassene.

1. *Spørsmålet om Finnmarkseiendommen organisatorisk må regnes som del av den offentlige forvaltningen*

I ombudsmannsloven § 4 heter det at «Ombudsmannens arbeidsområde omfatter den offentlige forvaltning». Som Justisdepartementet har påpekt, må spørsmålet om et rettssubjekt kommer inn under den lovgivningen som gjelder for forvaltningsorganer, vurderes ut fra den enkelte loven som det kan være aktuelt å anvende. Vurderingene vil likevel ofte bli nokså sammenfallende for flere av de sentrale lovene som gjelder for forvaltningens virksomhet.

Selv om finnmarksloven må forstås slik at forvaltningsloven ikke gjelder for Finnmarkseiendommen i større utstrekning enn finnmarksloven selv bestemmer, vil reglene om forvaltningslovens virkeområde kunne ha betydning både for spørsmålet om Finnmarkseiendommens generelle rettslige plassering og for det konkrete spørsmålet i denne saken om hvorvidt tildelingen av lakseplass ligger innenfor ombudsmannens arbeidsområde.

Forvaltningsloven angir i § 1 sitt virkeområde til «virksomhet som drives av forvaltningsorganer», med mindre annet er bestemt i eller i medhold av lov. I bestemmelsen er «forvaltningsorgan» definert som «et hvert organ for stat eller kommune». Videre er det bestemt at et privat rettssubjekt regnes som forvaltningsorgan «i saker hvor det treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift». Selv om ombudsmannens arbeidsområde – «den offentlige forvaltning» – må fastlegges selvstendig og uavhengig av forvaltningslovens definisjon av «forvaltningsorgan», er de to uttrykkene nært beslektet. Praksis og teori omkring forvaltningslovens virkeområde vil derfor ofte være relevant ved fastleggelsen av ombudsmannens arbeidsområde. Virkeområdene til de to lovene overlapper hverandre i stor grad. I enkelte tilfeller vil imidlertid den ene loven kunne favne videre enn den andre. For eksempel vil rent privatrettslige forhold der et forvaltningsorgan er part, normalt ikke være gjenstand for ombudsmannens kontroll. På den annen side kan det i enkelte tilfeller foreligge omstendigheter, for eksempel behovet for ombudsmannskontroll, som tilsier at ombudsmannsloven gis en videre anvendelse enn forvaltningsloven.

Etter finnmarksloven er Finnmarkseiendommen et eget rettssubjekt med eget styre og administrasjon. Finnmarksloven legger opp til at forvaltningen av grunn og naturressursene i Finnmark skal skje på en selvstendig og av statlige organer for øvrig uavhengig måte. Spørsmålet om Finnmarkseiendommen er å anse som en del av den offentlige forvaltningen, beror imidlertid på en helhetsvurdering av ulike momenter, blant annet virksomhetens formål, finansiering, organisering og selvstendighet. Dette er lagt til grunn i en rekke tidligere saker her. Hvis en slik hel-

hetsvurdering tilsier at virksomheten er en del av den offentlige forvaltningen, har det ikke avgjørende betydning at finnmarkslovens forarbeider har forutsatt at «[u]tgangspunktet er at Finnmarkseiendommen ikke er et organ for stat eller kommune».

Selv om Finnmarkseiendommen er et eget rettssubjekt med eiendomsrett til den tidligere statsgrunnen, står ikke Finnmarkseiendommen fritt til å disponere grunnen etter eget ønske, slik en vanlig grunneier gjør. Det følger av finnmarksloven §§ 6 og 21 at Finnmarkseiendommen skal forvalte grunnen og naturressursene i samsvar med lovens formål, dvs. «på en balansert og økologisk bærekraftig måte til beste for innbyggerne i fylket og særlig som grunnlag for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv» (lovens § 1).

En rekke disposisjoner over utmark må ifølge lovens § 10 skje i samsvar med retningslinjer som er utarbeidet av Sametinget og godkjent av departementet. Under visse omstendigheter forutsetter disposisjonen Kongens godkjennelse. Av Justisdepartementets svarbrev hit i denne saken fremgikk det at reglene i § 10 gjelder spørsmålet om hvilket standpunkt Finnmarkseiendommen skal innta i saker om endret bruk av utmark, og at Finnmarkseiendommens holdning i enkelte slike saker avgjøres av Sametinget eller Kongen. Departementet opplyste at «[b]akgrunnen for de spesielle reglene i § 10 er å styrke de samiske interessenes posisjon i Finnmarkseiendommen utover den posisjonen som følger av styresammensetningen, på en måte som er i samsvar med Sametingets oppfatning av hva samiske hensyn tilsier».

I lovens § 3 er det bestemt at «[I]oven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter og bestemmelser i overenskomst med fremmede stater om fiske i grensevassdragene». I lovens forarbeider (Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) side 121) heter det i denne forbindelse om folkerettens regler om urfolk og minoriteter:

«Disse reglene vil være sentrale ved tolking og utfylling av loven. Det følger også av § 3 at organer som loven tillegger myndighet, skal utøve denne myndigheten i samsvar med disse reglene.

Der loven etter sin ordlyd i utgangspunktet stiller organet fritt, vil derfor henvisningen til folkeretten i en del tilfeller legge begrensninger på hvordan myndigheten kan utøves.»

Ifølge Justisdepartementets svarbrev vil folkerettslige overveielser antakelig ofte være relevante i tilfeller der Kongen etter lovens § 10 avgjør hvilken holdning Finnmarkseiendommen som grunneier skal innta i spørsmål om endret bruk av utmark. Departementet ga uttrykk for at folkerettens regler om urfolk og minoriteter utgjør en skranke for det skjønnset Kongen utøver i slike tilfeller. Jeg forstår dette slik at grunneieren i enkelte tilfeller ikke vil kunne dispo-

re over sin grunn på en måte som er i konflikt med den norske stats folkerettslige forpliktelser.

Det fremgår av de reglene det er redegjort for ovenfor at Finnmarkseiendommens rådighet over grunnen på flere måter avviker vesentlig fra den rådigheten som tilkommer grunneiere flest. Reglene viser at Finnmarkseiendommens primære formål er å ivareta offentlige samfunnsinteresser, ikke private eierinteresser. Dette gir virksomheten et klart preg av å være en del av den offentlige forvaltningen. På spørsmål herfra om Finnmarkseiendommen har næringsinteresser eller selvstendige eierinteresser som strekker seg utover å fremme lovens formål, svarte Justisdepartementet at loven, etter departementets mening, ikke er til hinder for at Finnmarkseiendommen engasjerer seg i ervervsvirksomhet, men at lovens §§ 14 til 16 setter klare grenser for hvordan slik virksomhet kan finansieres. Departementet kjente ikke til om Finnmarkseiendommen har engasjert seg i slik virksomhet. Departementets svar endrer dermed ikke inntrykket av at Finnmarkseiendommens formål i hovedsak er å forvalte offentlige samfunnsinteresser.

I lovens kapittel 3 er forskjellige grupper personer gitt rettigheter til utnyttelse av fornybare naturressurser på Finnmarkseiendommens grunn. Kapitlet tillegger Finnmarkseiendommen ansvaret for å forvalte ressursene i samsvar med lovens formål. Finnmarkseiendommens vedtak om tildeling av lakseplasser treffes på grunnlag av reglene i dette kapitlet. Det følger av kapitlet at Finnmarkseiendommen kan gi bestemmelser som innskrenker adgangen til å utnytte ressursene. Beslutning om slike innskrenkninger kan i enkelte tilfeller påklages til departementet. Finnmarkseiendommen kan bestemme at utnyttelse krever tillatelse og dessuten sette vilkår i slik tillatelse. Ifølge merknadene til lovens § 27 (forslagets § 25) i Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) er det imidlertid ikke adgang til «å stille vilkår i strid med lov, eller vilkår som ikke har noen saklig sammenheng med tillatelsen og lovens formål». Justisdepartementet har i svaret hit opplyst at et av formålene med finnmarksloven var å bringe klarhet i skillet mellom hva som er myndighetsutøvelse og hva som er utøvelse av eierrådighet, og at Finnmarkseiendommens regulering av utnyttelsen av fornybare ressurser på egen grunn skulle anses som utslag av eierrådigheten. Bestemmelsene i kapittel 3 innebærer imidlertid at Finnmarkseiendommen i langt større grad enn alminnelige grunneiere er tillagt en rolle som forvalter av rettigheter hjemlet i lov.

Finnmarkseiendommen fikk ved opprettelsen overført sitt vesentlige aktivum – den tidligere stats-eide grunnen i Finnmark, som utgjør ca. 95 % av grunnen i fylket. I lys av finnmarkslovens regler for Finnmarkseiendommens forvaltning av grunnen, fremstår ikke dette som en gaveoverføring, men som

etablering av en ny ordning for å forvalte naturressursene i Finnmark på en måte som Stortinget anser som samfunnsnyttig og egnet til å fremme samiske interesser.

Dette inntrykket styrkes av måten Finnmarkseiendommen er organisert på. Ifølge finnmarksloven § 7 ledes Finnmarkseiendommen av et styre på seks personer, som velges av Sametinget og Finnmark fylkesting, og hvor minst ett av styremedlemmene må være representant for reindriften. Styret er etter lovens § 16 underlagt tilsyn av en kontrollkomite på tre personer, som oppnevnes av Sametinget, Finnmark fylkesting og Kongen, og hvor medlemmet oppnevnt av staten er leder. Komiteen skal blant annet kontrollere at virksomheten i Finnmarkseiendommen drives i samsvar med loven samt godkjenne låneoptak, garantistillelser og utdeling av overskudd. Overskudd kan ifølge § 15 bare utbetales til Finnmark fylkeskommune, Sametinget eller allmennnyttige formål som kommer fylkets innbyggere til gode.

Disse reglene gir offentlige myndigheter betydelig innflytelse og kontroll over Finnmarkseiendommens virksomhet, og er dermed egnet til å sikre at forvaltningen av naturressursene i Finnmark skjer på den måten offentlige myndigheter finner ønskelig.

I lovens § 20 er det bestemt at Finnmarkseiendommen ikke har ekspropriasjonsrettslig vern mot at dens rettsstilling eller rettigheter endres, innskrenkes eller oppheves ved lov. Finnmarkseiendommen har dermed en vesentlig svakere rettsbeskyttelse mot offentlige inngrep enn alminnelige grunneiere har. Bestemmelsen innebærer at Stortinget i utgangspunktet fritt vil kunne råde over Finnmarkseiendommens grunn, uten hinder av Grunnloven § 105. Staten kan således ta tilbake eiendomsretten til grunnen, uten at Finnmarkseiendommen vil ha krav på noen kompensasjon. I Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) side 107 heter det at det kan være aktuelt å benytte bestemmelsen dersom «det viser seg at den nye forvaltningsordningen ikke fungerer i samsvar med forutsetningene». Justisdepartementet ga i sitt svarbrev hit uttrykk for at proposisjonen i denne sammenhengen benytter uttrykket «forvaltning» i betydningen å forvalte verdier, ikke i betydningen øvrighet eller offentlig myndighetsutøvelse. Dette synes å være en naturlig forståelse av uttalelsen i proposisjonen. Uttalelsen viser at den ordningen som er etablert, herunder Finnmarkseiendommens posisjon som grunneier, er betinget av at naturressursene forvaltes i tråd med Stortingets forutsetninger. Dette begrenser Finnmarkseiendommens selvstendighet og bidrar til inntrykket av at Finnmarkseiendommen er etablert for å fremme de samfunnsinteressene Stortinget har funnet ønskelig.

Inntrykket forsterkes ytterligere når bestemmelsen i § 20 om manglende ekspropriasjonsrettslig vern ses i sammenheng med § 14 som bestemmer at Finn-



markseiendommens faste eiendommer som hovedregel ikke kan pantsettes eller være gjenstand for kreditorbeslag. Av samme bestemmelse følger det at det ikke kan åpnes konkurs eller gjeldsforhandling hos Finnmarkseiendommen. Bestemmelsen skal hindre at grunnen kommer på fremmede hender som følge av kreditorpågang, og bidrar dermed til å sikre at grunnen vil være intakt dersom det skulle bli aktuelt å tilbakeføre eiendomsretten til staten eller foreta andre endringer i dagens forvaltningsordning. Det samme gjør bestemmelsen i § 10 om at avhendelse av utmark bare kan skje i samsvar med statlige myndigheters retningslinjer, og i enkelte tilfeller bare med Kongens godkjennelse.

De reglene det er redegjort for her, innebærer at loven holder muligheten åpen for å reversere etableringen av den nye forvaltningsordningen dersom Finnmarkseiendommens forvaltning av ressursene ikke skjer i samsvar med lovgivernes forutsetninger. Dette innebærer en begrensning av Finnmarkseiendommens reelle eierrådighet og svekker betydningen av den formelle eierposisjonen.

Samlet sett legger finnmarkslovens regler opp til en betydelig statlig kontroll over utnyttelsen av Finnmarkseiendommens grunn og øvrige ressurser. Det formelle eierforholdet kan derfor ikke alene være avgjørende for den rettslige plasseringen av Finnmarkseiendommen. Finnmarkseiendommen fremstår i all hovedsak som «en ny måte å organisere statens grunneierrett i Finnmark på», jf. Jon Gauslaas kommentarer til loven i Norsk Lovkommentar, note 25.

I svarbrevet hit viste Justisdepartementet til Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) side 107, der det heter:

«På bakgrunn av folkerettsanalysen er det også klart at folkeretten, og da særlig ILO-konvensjonen artikkel 14 nr. 1, tilsier en løsning der det nye organet får selvstendig eierrådighet i forhold til staten».

Det har begrenset betydning om folkeretten skulle tilsi en slik løsning, dersom finnmarksloven ikke faktisk etablerer en reelt selvstendig eierrådighet for Finnmarkseiendommen i forhold til staten. Ved tvil om hvordan loven skal forstås, kan imidlertid folkeretten her utgjøre et tolkningsmoment. Det fremstår imidlertid som tvilsomt om ILO-konvensjonen artikkel 14 nr. 1 tilsier at Finnmarkseiendommen må ha en selvstendig eierrådighet i forhold til staten. Denne bestemmelsen i konvensjonen gjelder plikt til å anerkjenne samiske eier- og bruksrettigheter:

«Vedkommende folks rettigheter til eierskap og besittelse av de landområder der de tradisjonelt lever, skal anerkjennes. ...»

Bestemmelsen omhandler anerkjennelse av privatrettslige rettigheter, og subjektet for disse rettig-

hetene er individer eller grupper av individer, ikke det samiske folk som sådan. Hvorvidt det er staten eller Finnmarkseiendommen som har eierrådigheten over (den tidligere) statsgrunnen i Finnmark, kan neppe ha noen betydning for oppfyllelsen av konvensjonen på dette punktet. Det er reglene i finnmarksloven kapittel 5 om etableringen av Finnmarkskommissjonen og utmarksdomstolen for Finnmark som er virkemidlene for å oppfylle denne konvensjonspliktelser. At overføringen fra staten til Finnmarkseiendommen av eiendomsrett til grunnen ikke er tilstrekkelig eller nødvendig for oppfyllelse av artikkel 14, fremgår av en uttalelse fra ILOs ekspertkomite fra 2004 (ilolex: 062004NOR169), der det blant annet ble uttalt:

«The proposal would transfer state ownership of 95 per cent of the land in the county to the Estate [Finnmarkseiendommen]. It appears that this would include areas that Sami claim as their land by right of long occupation, and to which the Government acknowledges in principle that the Sami do have rights, though the extent of these lands and the content of the rights have not yet been identified as required in Article 14 of the Convention. It would give the Sami a significant role in the management and use of a larger area than that to which they now have rights, and the Government indicates that they would have more benefits from the management of the larger area than under the present situation. *However, the proposal would replace the rights of ownership and possession recognized by the Convention with a right to a large share in administration of the region.*» [ombudsmannens utheving]

Komiteen ga derimot uttrykk for at Finnmarkseiendommen kunne være et virkemiddel for oppfyllelse av konvensjonens artikkel 15 om urfolkets «rett til å delta i bruk, styring og bevaring av disse ressursene» for det tilfellet at staten beholder eiendomsretten til naturressursene:

«On the other hand, the proposals for the Estate would appear to be closer to compliance with Article 15, which recognizes that the right to natural resources on indigenous lands is often retained by the State, and that if this is so indigenous and tribal peoples on whose lands these resources lie must be able 'to participate in the use, management and conservation of these resources' (Article 15(1) of the Convention).»

Konvensjonens artikkel 15 taler for at Finnmarkseiendommen skal ha en selvstendig stilling i forhold til offentlige myndigheter, uavhengig av hvem som har eierrådigheten over grunnen. Dette synes også å være standpunktet i Jon Gauslaas merknader i Norsk Lovkommentar, der det i note 22 gis uttrykk for at:

«Finnmarkseiendommen ... ikke kan anses som noe virkemiddel for å oppfylle konvensjonens art. 14. Derimot kan konstruksjonen, bl.a. gjennom reglene om styrets sammensetning, være et bidrag til å oppfylle forpliktelsene etter art. 15 om samisk deltagelse i forvaltningen av grunn og ressurser i tradisjonelle samiske områder.»

Jeg ser det slik at ILO-konvensjonen har vært retningsgivende for organiseringen av Finnmarkseiendommen, men at konvensjonen ikke gir nevneverdig veiledning ved vurderingen av om virksomheten er å anse som en del av den norske offentlige forvaltning.

Jeg har på bakgrunn av denne gjennomgangen kommet til at Finnmarkseiendommen er en del av den offentlige forvaltningen, og dermed i utgangspunktet omfattet av ombudsmannsloven § 4.

## 2. Spørsmålet om tildeling av lakseplass er offentlig myndighetsutøvelse

Uavhengig av om Finnmarkseiendommen generelt er å anse som et forvaltningsorgan, er det et spørsmål om tildeling av lakseplasser innebærer utøvelse av offentlig myndighet overfor private personer. I den grad tildelingen innebærer slik myndighetsutøvelse, vil avgjørelsen kunne være gjenstand for ombudsmannens kontroll, jf. formålsbestemmelsen i ombudsmannsloven § 3, der det heter at ombudsmannen «skal søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger». Ombudsmannsloven antas på dette punktet å være i overensstemmelse med bestemmelsene i forvaltningsloven §§ 1 og 2 om at loven gjelder for private rettssubjekter i saker som gjelder «avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer».

Spørsmålet i denne saken er om tildelingen av lakseplass er en rent privatrettslig disposisjon med grunnlag i privat eierrådighet, eller om tildelingen har et innslag av offentlig myndighetsutøvelse som gjør at Finnmarkseiendommen i denne sammenhengen uansett må regnes som «den offentlige forvaltning».

Avgjørelsen om tildeling av lakseplass er direkte bestemmende for søkerens rettigheter. Finnmarkseiendommens formål er som nevnt i stor grad å ivareta offentlige samfunnsinteresser, og ved tildelingen av lakseplasser er Finnmarkseiendommen gitt i oppgave å forvalte naturressursene i samsvar med lovens forutsetninger. Avgjørelsen har dermed et slikt preg av offentlig myndighetsutøvelse at den faller inn under ombudsmannens arbeidsområde. I sitt svar på henvendelsen herfra i saken, ga Finnmarkseiendommen uttrykk for at forholdet mellom kontrollkomiteens og ombudsmannens kontrollfunksjon bør avklares. Ifølge Justisdepartementets redegjørelse i saken er kon-

trollkomiteen et av Finnmarkseiendommens egne organer. Det synes dermed ikke å foreligge noen motsetning mellom komiteens og ombudsmannens funksjoner.

## 3. Avgjørelsen om tildeling av lakseplass X

A har fremsatt flere innsigelser mot avgjørelsen som omgjorde tildelingen til ham av lakseplass X. Han har anført at Finnmarkseiendommen manglet hjemmel for omgjøringen, at klagen fra den konkurrerende søkeren innkam etter klagefristen og derfor skulle ha vært avvist, at behandlingen av klagen led av saksbehandlingsfeil og at tildelingen etter omgjøringsvedtaket ikke var i samsvar med Finnmarkseiendommens regler for tildeling av lakseplasser.

Det rettslige grunnlaget for tildelingen av lakseplassen er finnmarksloven kapittel 3 og Finnmarkseiendommens regler for tildeling av lakseplasser. I finnmarksloven § 18 er en del av forvaltningslovens regler gitt anvendelse på Finnmarkseiendommens avgjørelser. Bestemmelsen må forstås slik at forvaltningsloven for øvrig ikke kommer direkte til anvendelse. Ettersom avgjørelsen om tildeling av lakseplass innebærer utøvelse av offentlig myndighet, er den imidlertid underlagt alminnelige forvaltningsrettslige krav til forsvarlig saksbehandling, saklighet etc. At Finnmarkseiendommens saksbehandling skal være forsvarlig, er også forutsatt i Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) side 132.

### 3.1. Hjemmel for omgjøringen

I brev til A 19. juli 2007 vedrørende omgjøringen ga Finnmarkseiendommen uttrykk for at den opprinnelige tildelingen av plass X til A bare var foreløpig, og at endelig tildeling ikke skjer før innkomne merknader er behandlet og avtale som skal returneres i underskrevet stand, sendes ut. Den prosedyren som er beskrevet her, fremgår ikke av reglene for tildeling av lakseplasser. Ifølge reglenes punkt 9 kan imidlertid vedtak om tildeling av lakseplass fremmes til fornyet behandling av part med reell og direkte interesse i saken. I sitt svar på henvendelsen herfra i saken, har Finnmarkseiendommen vist til at tildelingsreglene åpner for at tildeling av plasser kan omgjøres av styret når søkere fremmer krav om dette. Jeg forstår dette som en henvisning til reglenes punkt 9.

I det opprinnelige vedtaket som tildelte plass X til A het det at med hjemmel i loven og tildelingsreglene var «følgende vedtak fattet: ... Søknad om lakseplassnr. Y, X og Z innvilges». Den naturlige forståelsen av dette er at det er truffet et vedtak som etablerer en rettighet for A. På bakgrunn av tildelingsreglenes punkt 9 og Finnmarkseiendommens svarbrev hit, forstår jeg det derfor slik at det først ble truffet et bindende vedtak om tildeling av plassen til A, men at dette vedtaket senere ble omgjort etter klage fra en

konkurrerende søker. Denne forståelsen synes å være i samsvar med merknadene Finnmarkseiendommens administrasjon avga ved utarbeidelsen av tildelingsreglene, der krav om fornyet behandling etter reglene punkt 9 er omtalt som klage på vedtak.

Det følger således av tildelingsreglene at disse gir adgang til omgjøring av tildelingsvedtak etter klage. Jeg kan dermed ikke se at det er grunnlag for As anførsel om at omgjøringen var uhjemlet. Det kan likevel ha betydning at det opprinnelige vedtaket må regnes som bindende, ettersom dette vil være bestemmende for As rettigheter, med mindre det er truffet et gyldig omgjøringsvedtak.

### 3.2. Klagefristen

I det opprinnelige vedtaket het det at dette kunne fremmes for fornyet behandling innen 30. mars 2007. Slik jeg forstår opplysningene i saken, ble klagen på dette vedtaket mottatt av Finnmarkseiendommen 12. april 2007.

I svaret hit har Finnmarkseiendommen opplyst at det ble gitt utvidet frist til alle sjølaksfiskere som ba om dette, og at klagen innkom innenfor den utvidede fristen. Det var ikke opplyst hvor lang fristutvidelse som var gitt. I brev til A 31. mai 2007 opplyste imidlertid Finnmarkseiendommen at ingen søkere fikk utvidet klagefristen lenger enn til 10. april 2007.

Det fremstår som uklart både om klagefristen er oversittet og hvilke følger dette eventuelt har. Finnmarkseiendommens tildelingsregler har ingen bestemmelse om verken klagefrist eller oppreisning for fristoversittelse, og forvaltningslovens regler om klage gjelder ikke for avgjørelsene. Jeg forstår Finnmarkseiendommens svarbrev slik at det ble gitt fristutsettelse til alle som henvendte seg til Finnmarkseiendommen, men at fristutvidelsen ikke ble formidlet til samtlige søkere. Denne fremgangsmåten fremstår som uryddig, da den lett kan ha skapt uklarheter og var egnet til å skuffe berettigede forventninger som var skapt gjennom de tildelingsvedtakene som var truffet. Sakens opplysninger gir imidlertid ikke grunnlag for å konstatere at Finnmarkseiendommen ikke hadde adgang til å ta klagen i denne saken til behandling.

### 3.3. Forhåndsvarsel til A før omgjøringsvedtaket ble truffet

Ifølge finnmarksloven § 18 skal Finnmarkseiendommen «gi rettighetshaverne i et område forhåndsvarsel og adgang til å uttale seg etter reglene i forvaltningsloven § 16 før Finnmarkseiendommen treffer vedtak som kan ha rettslige eller faktiske konsekvenser for dem». A har anført at han ikke mottok skriftlig forhåndsvarsel før omgjøringen og at dette innebærer en saksbehandlingsfeil.

I svarbrevet hit har Finnmarkseiendommen anført at saken ikke gjelder en bestemt rettighetshaver, men en gruppe rettighetshavere som har mulighet til å søke om tildeling av lakseplasser. Videre har Finnmarkseiendommen gitt uttrykk for at A ble kontaktet flere ganger i forbindelse med tildelingsarbeidet og at det er et uomtvistelig faktum at han var klar over at styret skulle behandle en eventuell omgjøring. Jeg forstår svaret og opplysningene ellers i saken slik at A ikke fikk skriftlig varsel om det mulige omgjøringsvedtaket.

Som berettiget til lakseplassen etter det opprinnelige vedtaket, er det klart at A hadde krav på varsel etter forvaltningsloven § 16 før omgjøringsvedtaket ble truffet. Etter denne bestemmelsen skal forhåndsvarselet være skriftlig, med mindre dette er «særlig byrdefullt». Finnmarkseiendommen har ikke gitt opplysninger som tilsier at det var særlig byrdefullt å sende skriftlig varsel. Det foreligger dermed et brudd på forvaltningsloven § 16 jf. finnmarksloven § 18.

A har anført at det manglende varselet medførte at opplysninger av betydning ikke ble fremlagt for styret under klagebehandlingen. Manglende varsel etter forvaltningsloven § 16 medfører som hovedregel at det vedtaket som blir truffet er ugyldig. Det foreligger ikke opplysninger som tilsier et annet resultat i denne saken.

### 3.4. Omgjøringsvedtakets innhold – forholdet til reglene om konkurranse om plassene

Tildelingsreglenes punkt 4 inneholder regler om de momentene som skal vektlegges ved konkurranse om plassene. Bestemmelsen lyder slik:

«4. Vektlegging av momenter i prioritert rekkefølge ved konkurranse om plassene:

Nedenfor følger i prioritert rekkefølge de momenter som vektlegges ved konkurranse om lakseplassene:

- a. Lang tids sammenhengende ansiennitet / tidligere bruk av plassen(e) av søker/husstand. Pensjonister må regne med å bli prioritert bak aktive yrkesutøvere, dog slik at en lakseplass beholdes.
- b. Søkers familieinntekt, forsørgelsesbyrde og laksefiskets betydning for det totale næringsgrunnlaget.
- c. Søkers tilknytning til sjølaksefisket og primærnæringene.
- d. Betydning for bosettingen i området.
- e. Søkers bosted – nærhet til lakseplassen.
- f. Søkers alder – betydning for rekruttering til primærnæringene og sjølaksefisket.»

Av saksdokumentene i saken fremgår det at reglene for tildeling i store trekk er en videreføring av de reglene som gjaldt tidligere da Statskog sto for forvaltningen av ressursene. Det følger av bestemmelsen i punkt 4 at tidligere bruk av plassen (bokstav a) skal tillegges størst vekt ved konkurranse om plas-

sen. A hadde etter det opplyste brukt plass X i 16 år før omgjøringsvedtaket ble truffet. I merknadene til tildelingsreglene heter det:

«Det er lang forvaltningspraksis for at den som tidligere har brukt plassen får plassen fornyet ved ny søknad dersom de øvrige forutsetninger er uendret. Unntaket kan være en utøver som er blitt pensjonist og hvor en yngre aktiv næringsutøver søker på en eller flere av plassene.»

Bestemmelsen tilsier dermed at A normalt skulle få plassen fornyet, med mindre han var blitt pensjonist og fikk konkurranse av en yngre søker. Av saksdokumentene fremgår det at A var 45 år på behandlingstidspunktet, mens søkeren som fikk plassen var 71 år. Regelen i punkt 4 bokstav a og den praksis som er beskrevet i administrasjonens merknader, tilsa at A burde vært prioritert foran den konkurrerende søkeren. Det samme gjør regelen i bokstav f om at søkerens alder er eget moment ved konkurranse om plassene. Det er ikke gitt opplysninger, verken i Finnmarkseiendommens svarbrev hit eller i Finnmarkseiendommens saksdokumenter, om at noen av de momentene som skal vektlegges etter punkt 4, talte i favør av As konkurrent. Omgjøringsvedtaket synes dermed ikke å være i samsvar med bestemmelsen i tildelingsreglenes punkt 4.

Finnmarkseiendommen har i svaret hit gitt uttrykk for at reglene ikke sier noe om vektlegging og prioritering ved tildeling av mange plasser til samme søker, og at A ble prioritert ved at han ble tildelt to plasser. Ved vurderingen av den tredje plassen (X) valgte styret en fordeling som ga to plasser til hver av de konkurrerende søkerne.

Det er vanskelig å se at Finnmarkseiendommens begrunnelse på dette punktet er i samsvar med tildelingsreglene. Det følger av tildelingsreglenes punkt 5 at hver søker maksimalt kan tildeles tre plasser. I merknadene til denne bestemmelsen heter det at «[b]egrunnelsen for dette har vært at flere fiskere slipper til og en unngår at enkeltpersoner kan sperre ute andre med å holde plassene opptatt». Hensynet til å fordele plassene på flere fiskere og hindre at enkelte fiskere legger beslag på mange plasser, må anses ivarettatt av denne bestemmelsen.

På bakgrunn av bestemmelsen i punkt 5 må prioriteringsreglene i punkt 4 forstås slik at disse gjelder konkurranse som måtte oppstå om den enkelte plassen – innenfor rammen av maksimalt tre plasser. Dette synes også å være forutsatt i administrasjonens merknader til punkt 4 bokstav a om at den som tidligere har brukt plassen normalt vil få denne fornyet.

Finnmarkseiendommen opplyste i svaret hit at begrunnelsen for omgjøringsvedtaket var «å sørge for en jevnere fordeling av lakseplassene mellom kvalifiserte søkere». I brev 19. juli 2007 til As advokat ga Finnmarkseiendommen uttrykk for at omgjøringsvedtaket «kan sies å bygge på en rettferdighetstankegang ved at hver fisker fikk to plasser hver». Et slikt fordelingsprinsipp avviker markant fra de detaljerte prioriteringsreglene i tildelingsreglenes punkt 4 og uthuler den forutsigbarheten tildelingsreglene gir. Selv om tildelingsreglene gir et visst rom for skjønnsutøvelse ved avgjørelsen, må skjønnet være basert på hensyn som er saklige og relevante i henhold til regelverket. Hva som er saklige og relevante hensyn må avgjøres på bakgrunn av prioriteringsreglene, som blant annet er begrunnet i hensynet til kontinuitet for den enkelte fisker, hensynet til rekruttering til yrket og bosettingshensyn. Hensynet til at søkerne skal få like mange plasser hver, fremstår som lite relevant – særlig i lys av reglenes punkt 5 – og kan ikke tillegges avgjørende vekt når prioriteringsreglene tilsier et annet resultat. Vedtaket synes dermed ikke å være basert på de saklige hensynene som gjorde seg gjeldende i saken. Normalt er dette et forhold som fører til ugyldighet.

### 3.5. Manglende begrunnelse av omgjøringsvedtaket

Ved behandlingen av klagesaken gikk styret i Finnmarkseiendommen imot administrasjonens innstilling om å opprettholde tildelingen til A og traff omgjøringsvedtak, uten at det ble gitt noen nærmere begrunnelse for dette.

I forbindelse med undersøkelsen av klagen har Finnmarkseiendommen gitt uttrykk for at vedtaket burde vært begrunnet, selv om forvaltningsloven §§ 24 og 25 ikke gjelder for virksomheten, og beklaget at dette ikke ble gjort. Jeg er enig i at det var en mangel at vedtaket ikke var begrunnet, uten at jeg finner grunn til å gå nærmere inn på betydningen av dette.

## 4. Avslutning

I gjennomgangen ovenfor har jeg påpekt mangler ved omgjøringsvedtaket 26. april 2007 som innebærer at dette synes å være ugyldig. I henhold til det opprinnelige vedtaket 15. mars 2007 skulle dermed A ha hatt plass X i 2007. Jeg har ikke vurdert spørsmålet om dette kan ha noen erstatningsrettslige konsekvenser. Jeg ber Finnmarkseiendommen foreta en ny gjennomgang av saken og vurdere erstatningsspørsmålet. Samtidig ber jeg om å bli holdt orientert om den fornyede behandlingen.»

## Alminnelig forvaltningsrett

---

### 2.

#### Spørsmål om merknad til kjøretøyforskriften er forskrift

(Sak 2008/1226)

*Flere lastebileiere hadde fått bruksforbud på kjøretøy på grunn av mangler ved underkjøringshinderet. Norges Lastebileier-Forbund mente at Vegdirektoratets endring av en merknad til en bestemmelse i kjøretøyforskriften måtte anses som en egen forskrift etter forvaltningsloven, og at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel VII derfor skulle ha vært fulgt ved endringen.*

*Ombudsmannen kom til at endringen ikke var å anse som en egen forskrift. Det måtte legges til grunn at endringen bare var av oppklarende karakter. Merknaden kunne derfor ikke sies å være «bestemmende» for rettigheter eller plikter til private personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a.*

Kjøretøyforskriften 4. oktober 1994 nr. 918 § 33-2 (tidligere § 33-1) punkt 1.3 inneholder regler om krav til underkjøringshinder på kjøretøy. Reglens formål er å forebygge alvorlig personskade i tilfeller hvor en bil kjører på en lastebil bakfra. Merknaden til forskriften ble endret 1. januar 2006.

Etter endringen opplyste Norges Lastebileier-Forbund (NLF) i brev til ombudsmannen at flere av medlemmene hadde fått bruksforbud på kjøretøy på grunn av manglende eller feilplassert underkjøringshinder. NLF mente at vedtakene om bruksforbud skyldtes endringen i merknaden, og at endringen måtte likestilles med en forskrift siden den inneholdt bestemmelser av vesentlig betydning for privates rettigheter og plikter.

NLF ble henvist til å ta saken opp med Vegdirektoratet, som konkluderte med at det ikke var grunnlag for at merknaden hadde medført en endring i den langvarige praksisen som var lagt til grunn ved behandling av kravet til underkjøringshinder. NLF tok deretter saken opp med Samferdselsdepartementet, som ikke ønsket å foreta en konkret vurdering av saken.

Saken ble på nytt brakt inn for ombudsmannen. Det ble vist til at det i den endrede merknaden ble lagt til grunn en ny definisjon av hvor underkjøringshinderet skulle monteres, da definisjonen av kjøretøyets bakre begrensning var vesentlig endret. NLF mente at direktoratets praksis frem til endringen 1. januar 2006 hadde vært i tråd med den gamle merknaden. Det ble hevdet at merknaden oppfylte vilkårene for å anses som forskrift, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 bokstav a og c.

Da det var ønskelig å få saken noe bedre belyst, anmodet ombudsmannen Samferdselsdepartementet om å kommentere merknadsendringen. Departementet ønsket imidlertid ikke å kommentere denne nærmere.

Ombudsmannen ba Vegdirektoratet om en generell redegjørelse for merknadene til kjøretøyforskriften og for hvilken status disse hadde i vegvesenets saksbehandling. Det ble bedt redegjort for eventuelle instruksjoner til saksbehandlerne om anvendelsen av merknadene. Videre ble det stilt spørsmål om den aktuelle merknaden var omfattet av definisjonen «forskrift» i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og c, og om merknaden måtte anses som en forskrift dersom den tilfredsstilte kravene i § 2 bokstav a og c.

Vegdirektoratet ble også bedt om å redegjøre nærmere for endringen av merknaden til kjøretøyforskriften § 33-2 punkt 1.3. Det ble vist til at direktoratet syntes å ha ansett det som avgjørende at merknaden ble endret for å være i overensstemmelse med langvarig praksis, og stilt spørsmål ved om denne praksisen måtte anses for å ha vært i strid med forvaltningsloven § 40 (forutsatt at merknaden var en forskrift). Det ble også stilt spørsmål om det var relevant å vektlegge hvorvidt praksis var endret ved vurderingen av om saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel VII skulle anvendes. Direktoratet ble videre bedt om å vurdere hva som ville være følgen av at disse saksbehandlingsreglene ikke var fulgt dersom merknaden måtte anses som en forskrift.

Direktoratet svarte at den generelle oppfatningen er at merknadene ikke har forskrifts rang, men at dette tidligere ikke var problematisert. Det ble vist til at merknadene ofte er av spesifikk karakter, med konkret henvisning til aktuell paragraf og med nærmere angivelse av hvordan reglene skal tolkes og anvendes. Hensikten med merknadene er å få ensartet praksis i vegvesenet, og det er forventet at underliggende instanser følger dem. Direktoratet uttalte at merknadene anses som interne retningslinjer og instruksjoner til underliggende instanser. Det ble vist til at merknaden ikke er bestemmende for rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 bokstav a, siden endringen ikke har medført noen endring av praksis.

Det ble opplyst at det ikke foreligger instruksjoner til saksbehandlerne om anvendelsen av merknadene generelt, men at det av direktoratets brev 31. januar 2006 «Retningslinjer for tillempling av bestemmelsene om underkjøringshinder» fremgikk at praktiseringen av bestemmelsen om underkjøringshinder med tidligere merknadsordlyd uheldigvis hadde vært noe sprikende. Begrunnelsen for merknadsendringen var derfor utelukkende av oppklarende karakter.

Direktoratet redegjorde i brevet også nærmere for kravet til underkjøringshinder og endringen av merknaden. Av trafiksikkerhetshensyn, og for øvrig

i henhold til EØS-direktiv, er forskriftens utgangspunkt at en lastebil skal ha underkjøringshinder og at det skal plasseres så langt bak som mulig. Den langvarige forvaltningspraksisen vedrørende dette kravet var knyttet til forskriftsteksten og ikke til merknadene. Endringene gjaldt et avsnitt i merknadene, knyttet til om det kan gis fritak fra kravet til underkjøringshinder på visse kjøretøy. Det ble uttalt at direktoratets praksis, med ett unntak, hadde vært ensartet med hensyn til kravet til underkjøringshinder og vurderingen av eventuelle fritak.

Spørsmålet herfra om hva som ville være følgen av at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel VII ikke var fulgt dersom merknaden måtte anses som en forskrift, ble også kommentert. Direktoratet viste til at hovedkravet om underkjøringshinder fortsatt ville gjelde, og at praksis var i samsvar med kjøretøyforskriften § 33-3, der det fremgår at en lastebil skal ha underkjøringshinder bak. Det ble videre vist til at dersom merknaden skulle ha vært behandlet som forskrift, så kunne man i dette tilfellet ha unnlatt forhåndsvarsel og høring, jf. forvaltningsloven § 37 fjerde ledd bokstav c.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det fremgår av kjøretøyforskriften 4. oktober 1994 nr. 918 § 33-3 at lastebil skal ha underkjøringshinder bak. Nærmere bestemmelser om blant annet utførelse og plassering av underkjøringshinder finnes i forskriftens § 33-2 punkt 1 (tidligere § 33-1). Punkt 1.3 lyder slik:

«Underkjøringshinder skal være slik utført at avstanden fra bakerste del av underkjøringshinderet til kjøretøyets bakre begrensning ikke overstiger 400 mm, verken før eller etter at underkjøringshinderet har blitt utsatt for de krefter som er angitt i nr. 2.»

Vegdirektoratet har utgitt merknader til flere av bestemmelsene. Merknadene til § 33-2 punkt 1.3 ble endret 1. januar 2006. Før endringen lød merknaden slik:

«Med kjøretøyets bakre begrensning (jfr. § 33-1 nr. 1.3) menes begrensningen som utgjøres av kjøretøyets fast monterte deler/utstyr/påbygg. Last eller lasteredskap o.l. montert på hurtigkoblingsutstyr inngår ikke i det som er benevnt som kjøretøyets bakre begrensning i § 33-1 nr. 1.3.»

Etter endringen lød merknaden slik:

«Lasteredskap, veksselflak, container o.l. som monteres ved hjelp av hurtigkoblingsutstyr vil i forbindelse med montering av underkjøringshinder bli å anse som kjøretøyets bakre begrensning (jfr. § 33-1 nr. 1.3).»

Merknaden kan ikke sies å være i strid med bestemmelser i kjøretøyforskriften. Det er heller ikke andre holdepunkter for at det ikke skulle være adgang til å gi en slik merknad. Spørsmålet i saken har imidlertid ikke vært om det var adgang til å gi merknaden, men om den må anses som en forskrift, og om saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel VII derfor skulle ha vært fulgt.

Det følger av forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c at en forskrift er et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets personer. Et vedtak er «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)», jf. § 2 bokstav a. Avgjørende for spørsmålet om merknaden til kjøretøyforskriften må anses som en forskrift, er om den faller innunder definisjonen i forvaltningsloven § 2 bokstav c, jf. bokstav a. I denne saken er det særlig spørsmålet om den aktuelle merknaden er «bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer» det har vært tvil om.

Hvorvidt merknaden er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer, må avgjøres etter en konkret vurdering. I kjøretøyforskriften § 33-2 punkt 1.3 er avstanden til «kjøretøyets bakre begrensning» avgjørende for om underkjøringshinder anses for å være korrekt montert. Det er ikke uttalt noe mer i forskriften om hvordan dette uttrykket skal tolkes. For å unngå ulik tolkning av forskriften hos underliggende organer, kan det derfor være formålstjenlig å utarbeide merknader eller retningslinjer, slik som det er gjort her.

Vegdirektoratet har i brev 17. oktober 2008 vist til at formålet med merknadene er å sikre en ensartet praksis i vegvesenet, og det er forventet at underliggende instanser følger dem. Merknadene er dessuten av spesifikk karakter, med konkret henvisning til aktuell paragraf og med nærmere angivelse av hvordan reglene skal tolkes og anvendes. Den aktuelle merknaden kan dermed indirekte få betydning for private personer, da spørsmålet om hva som er kjøretøyets bakre begrensning, kan være avgjørende for om underkjøringshinderet er korrekt montert og om kjøretøyet følger de krav som stilles i kjøretøyforskriften. Dette kan tale for at merknaden må anses som en forskrift.

Merknadene retter seg imidlertid ikke hovedsakelig mot private personer, men mot saksbehandlere i Vegdirektoratets underliggende instanser. Vegdirektoratet har i brevet 17. oktober 2008 også vist til at direktoratets langvarige praksis i slike saker, med ett unntak, er i samsvar med merknaden slik den lyder etter endringen, og at denne praksisen er knyttet til forskriftsteksten og ikke til merknaden. Endringen av

merkningen 1. januar 2006 skal bare ha vært av oppklarende karakter. Dette fremgår også av Vegdirektoratets «Retningslinjer for tillempling av bestemmelsene om underkjøringshinder» 31. januar 2006.

Etter gjennomgangen av saken har jeg kommet til at den aktuelle merkningen ikke er å anse som en forskrift. Jeg har ved denne vurderingen lagt særlig vekt på at Vegdirektoratets praksis for såvidt gjelder forståelsen av uttrykket «kjøretøyets bakre begrensnings» er knyttet til kjøretøyforskriften og ikke til merkningen. Forskriften har, ifølge Vegdirektoratet, ikke blitt praktisert i samsvar med merkningen slik den lød før. Merkningen kan på denne bakgrunn ikke sies å være «bestemmende» for rettigheter eller plikter til private personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a. Jeg er enig med Vegdirektoratet i at enkelte kontrollørers praksis i strid med direktoratets faste og entydige praksis, ikke kan være av avgjørende betydning for saken.

Norges Lastebileier-Forbund har i brev 30. mai 2008 hit vist til at Vegdirektoratets praksis frem til merkningens endring 1. januar 2006 var i tråd med merkningen slik den lød før endringen. Ut fra de foreliggende saksdokumentene har jeg ikke holdepunkter for å gå nærmere inn på denne anførselen, og jeg viser også til at uenigheter om faktiske forhold er lite egnet for avklaring herfra.

Jeg gjør oppmerksom på at jeg ved behandlingen av denne saken ikke har tatt stilling til om andre deler av Vegdirektoratets merknader til kjøretøyforskriften må anses som forskrifter.»

### 3.

#### **Manglende svar fra Helse Sør-Øst RHF på henvendelser fra et pasientombud**

(Sak 2008/2412)

*Saken gjaldt Helse Sør-Øst RHF's behandling av en skriftlig henvendelse fra Pasientombudet i Østfold. Til tross for gjentatte purringer tok det i overkant av 15 måneder før pasientombudet fikk svar.*

*Ombudsmannen uttalte at det var klart kritikkverdig at saken hadde ligget ubehandlet i så lang tid. Videre var det klart kritikkverdig ikke å sende foreløpig svar i henhold til forvaltningsloven § 11a. Ombudsmannen poengterte også at dersom pasientombudet skal få utført sine lovpålagte oppgaver, må helseforetakene i rimelig grad prioritere henvendelser fra ombudet og besvare slike henvendelser så snart det er praktisk mulig.*

Pasientombudet i Østfold rettet på vegne av en pasient 22. august 2007 en skriftlig henvendelse til Helse Sør-Øst RHF v/direktøren angående en søknad om dekning av utgifter til medisinsk behandling i Sverige. I brev 26. september 2007 purret pasientombudet

på svar og skrev blant annet at «dersom det vil ta uforholdsmessig lang tid å besvare henvendelsen, ber jeg om å få opplyst om når svar kan forventes».

Da svar fortsatt uteble, sendte pasientombudet 13. desember 2007 en ny purring til Helse Sør-Øst RHF v/direktøren der det ble vist til de to foregående brevene. Ombudet opplyste at hun ikke hadde fått «noen form for informasjon om når svar kan forventes». Hun viste også til telefoniske purringer 30. oktober og 14. november 2007 til en navngitt tilsatt.

Pasientombudet tok på ny telefonisk kontakt med en saksbehandler hos helseforetaket 15. januar 2008 og uttrykte fortvilelse over manglende svar. Samme dag la hun igjen en beskjed på telefonsvareren til direktøren. Da svar fortsatt uteble, tilskrev hun Helse Sør-Øst RHF på ny 21. februar 2008. Brevet var denne gang stilet til helseforetakets styreleder med administrerende direktør oppgitt som gjenpartsadressat. I dette purrebrevet viste hun til tidligere skriftlige henvendelser samt telefonsamtalen 15. januar 2008. Pasientombudet uttrykte også håp om at helseforetakets styreleder kunne bidra til at den opprinnelige henvendelsen ble besvart.

Heller ikke denne henvendelsen førte til noen respons. Pasientombudet tilskrev derfor Helse- og omsorgsdepartementet 23. april 2008 med anmodning om bistand. Da dette heller ikke førte frem, henvendte ombudet seg direkte til Helse- og omsorgsministeren i brev 28. august 2008. Hun skrev blant annet at «for å kunne utøve mine lovpålagte oppgaver er jeg, som Pasientombud, helt avhengig av at helseforvaltningen besvarer mine henvendelser innen rimelig tid». Videre viste hun til pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 8-5, som fastslår offentlige myndigheters plikt til å gi pasientombudet opplysninger som trengs for å utføre ombudets oppgaver.

I brev 8. september 2008 henvendte Helse- og omsorgsdepartementet seg til Helse Sør-Øst RHF med anmodning om å kontakte pasientombudet «for å avklare saken».

En måned senere klaget pasientombudet til ombudsmannen over manglende svar fra Helse Sør-Øst RHF, og viste til at «i skrivende stund har jeg ikke mottatt svar eller blitt kontaktet av helseforetaket».

Ombudsmannen besluttet å undersøke saken og ba Helse Sør-Øst RHF om å gi en grundig redegjørelse for hvorfor pasientombudet ikke hadde mottatt svar på sine mange henvendelser. Det ble også bedt opplyst når pasientombudet kunne forvente et svar. Videre ble helseforetaket bedt om å redegjøre for foretakets interne rutiner knyttet til oppfølging av skriftlig henvendelser (restanselister, kontrollmekanismer m.v.). Ombudsmannen ønsket også å få tilgang til eventuelle skriftlige rutiner.

I svarbrevet til ombudsmannen beklaget Helse Sør-Øst RHF sterkt at pasientombudets henvendelse



ikke var besvart tidligere. Helseforetaket viste til vedlagte brev til pasientombudet datert 12. november 2008, som besvarte pasientombudets opprinnelige henvendelse. Foretaket uttalte «at dette er en saks-gang som ikke skal skje» og viste til sine interne ru-tiner knyttet til oppfølging av skriftlige henvendel-ser:

«Vi har siden etableringen av Helse Sør-Øst hatt et sterkt søkelys på å etablere gode rutiner for saksbehandling og unngå denne type restanser...

Våre rutiner for oppfølging av restanser er at det påhviler den enkelte enhetsleder et særskilt ansvar for oppfølging av restanser. Restanselister blir hver mnd distribuert både til den enkelte saksbehandler og enhetslederne. I tillegg er oppfølging av restanser fast post på programmet i ledergruppen og i utvidet ledergruppe med enhetslederne en gang i måneden.»

Om årsaken til at pasientombudet ikke hadde mottatt svar på sine henvendelser, uttalte foretaket:

«Helse Sør-Øst RHF har brukt noe tid på å finne ut hva som har forårsaket dette avviket. Når den saken ikke er fanget opp, er det flere grunner til dette som til sammen har forårsaket denne hendelsen. Årsaken er dels teknisk, dels av menneskelig karakter. Helse Sør-Øst har hatt to omlegginger av sak – arkivsystem og det kan se ut som saken dessverre ble avskrevet for overføring til nytt system, uten at den ble åpnet igjen for oppfølging.

En annen grunn er at enheten som hadde saken til behandling i en lang periode har vært underbemannet og delvis rammet av sykdom. Det har vært gjort iherdige forsøk på rekruttering til enheten og dette har nå lyktes.

Saken har vært en alvorlig påminner for oss om hvor viktig det er å fortsatt ha fokus på god saksbehandling og nitid restansekontroll. Saken har vært drøftet i utvidet ledergruppe som ledd i lærende forbedringsarbeid.»

Avslutningsvis uttalte Helse Sør-Øst RHF følgende:

«Vi kan igjen bare beklage og forsikre om at vi gjør det som er mulig for å unngå liknende tilfeller».

Redegjørelsen ble oversendt pasientombudet, som uttalte at «det er å håpe at denne saken vil føre til at helseforetaket i fremtiden vil besvare mine henvendelser innen rimelig tid, herunder at bestemmelsen i forvaltningsloven § 11 a vitaliseres». Hun påpekte også at brevet til ombudet datert 12. november 2008 først ble mottatt 2. desember 2008.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Helseforetakenes virksomhet reguleres av helseforetaksloven 15. juni 2001 nr. 93, jf. § 2 første ledd.

Etter lovens § 5 første ledd første punktum gjelder forvaltningsloven for helseforetakene.

I henhold til forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11a første ledd, og for øvrig også alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling, skal saker forberedes og avgjøres «uten ugrunnet opphold». I dette tilfellet tok det i overkant av 15 måneder før pasientombudet mottok svar på sin henvendelse. Jeg forstår det slik at tidsbruken skyldes at henvendelsen ble liggende ubehandlet, ikke at den var krevende å behandle eller at den foranlediget særlige saksbehandlingsskritt eller lignende. Dette er i seg selv klart kritikkverdige. At det heller ikke ble sendt et foreløpig svar, i strid med forvaltningsloven § 11a annet ledd, er likeledes klart kritikkverdige.

Helseforetaket har i svarbrevet forklart at årsaken til forsinkelsen var dels av teknisk og dels av menneskelig karakter. Den tekniske årsaksforklaringen er knyttet til «to omlegginger av sak – arkivsystem», og at saken «ble avskrevet for overføring til nytt system» uten gjenåpning. Dette er ingen tilfredsstillende forklaring. Et offentlig organ må selvsagt ha rutiner som i størst mulig grad sikrer at slike feil ikke oppstår og at eventuelle feil blir oppdaget og rettet opp. I perioder med omlegginger av elektroniske arkiv- og saksbehandlingssystemer vil organer kunne være ekstra sårbare for svikt. Det er da særlig viktig med gode interne arkiv- og saksbehandlingsrutiner og ekstra årvåkenhet. Pasientombudet har en rekke ganger så vel muntlig som skriftlig purret på svar på henvendelsen 22. august 2007. Det er opplyst at hun tok kontakt med helseforetaket hver måned i perioden august 2007 – februar 2008 uten å få noe svar. Helseforetaket har på denne måten fått gjentatte oppfordringer om å undersøke saken og kan derved ikke unnskyldes med teknisk svikt.

Helseforetaket erkjenner at årsaken til det sene svaret også er av menneskelig karakter. Enheten som hadde saken til behandling «har vært svært underbemannet og delvis rammet av sykdom». Et offentlig organs bemanningssituasjon kan imidlertid ikke forklare vesentlige tilsidesettelser av grunnleggende forvaltningsrettslige regler og prinsipper. Dersom bemanningssituasjonen i perioder ikke er tilfredsstillende, må foretaket i det minste sende et forsinkelsesbrev i henhold til forvaltningsloven § 11a. Svikten synes dessuten å ligge på flere plan, idet pasientombudet skal ha tatt kontakt med personer på ulike nivåer i foretaket.

Jeg har også merket meg at helseforetaket ikke tilskrev pasientombudet før Helse- og omsorgsdepartementet anmodet foretaket om å kontakte ombudet for en avklaring. Selv etter denne anmodningen tok det nesten tre måneder før pasientombudet mottok noe svar.

Pasientombudet skal være pasientenes talerør og ivareta deres behov, interesser og rettssikkerhet overfor helsetjenesten, jf. pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63 § 8-1. For at pasientombudet skal få utført sine lovpålagte oppgaver, er offentlige myndigheter pålagt opplysningsplikt overfor ombudet, jf. lovens § 8-5 første punktum. Helseforetakene må derfor i rimelig grad prioritere henvendelser fra pasientombud og besvare henvendelsene så snart det er praktisk mulig. Uforholdsmessig lang saksbehandlingstid vil vanskeliggjøre pasientombudenes arbeid og vil igjen kunne svekke ombudenes legitimitet og borgernes tillit til disse organene. Det er derfor særlig uheldig at henvendelser fra pasientombud ikke besvares innen rimelig tid.

Jeg har merket meg at helseforetaket på det sterkeste beklager at henvendelsen fra pasientombudet ikke er besvart tidligere. Beklagelsen er på sin plass. Videre har jeg merket meg at denne konkrete saken har vært drøftet i den utvidete ledergruppen som ledd i «lærende forbedringsarbeid», noe som synes å være påkrevd.

2. Helseforetaket har redegjort kort for de interne rutinene for oppfølging av restanser mv. Jeg har også fått oversendt utdrag av skriftlige rutiner for dokumenthåndtering, herunder sakshåndtering og føring av restanselister mv. Rutinene gir ikke grunn til merknader fra min side. Jeg vil imidlertid understreke betydningen av at slike rutiner og retningslinjer følges. Dette er et klart ledelsesansvar.

Jeg har funnet grunn til å informere Helse- og omsorgsdepartementet om mitt syn. Ut over dette lar jeg saken bero med den redegjørelsen som er gitt.»

#### 4.

##### **Avtaler om leige av båtplassar – enkeltvedtaksomgrepet**

(Sak 2008/339)

*A og B leigde båtplassar ved ein kommunal molo. Kommunen vedtok å bringe leigeforholda til opphør. I følgje kommunen var dei opphavlege avgjerslene om å tildele båtplassar enkeltvedtak, som kunne endrast gjennom nye enkeltvedtak.*

*Ombodsmannen kom til at kommunen sine avgjerder om tildeling og oppseiing av båtplassane ikkje var enkeltvedtak. Dersom kommunen ville seie opp leigeavtalene, måtte dette i tilfelle skje med heimel i avtale- eller kontraktsrettslege reglar.*

Fjell kommune inngjekk i 1988 ei avtale som gav kommunen råderett over deler av ei molo på ein privat eigedom. Bakgrunnen for dette var at kommunen ønskte å gi tilbod om båtplassar ved moloen for dei fastbuande på øya Geitanger.

I 2006 fastsette Fjell kommune nye retningslinjer for tildeling av båtplassar ved moloen. Fleire av dei opphavlege hovudbruka på Geitanger var på dette tidspunktet fråflytta, og tente no som fritidseigedomar, beiteplassar m.m. Samstundes var det klart at fleire av eigarane av andre eigedomar på Geitanger ønskte båtplassar ved moloen. I følgje dei nye retningslinjene skulle fastbuande grunneigarar ha første rett til båtplassar. Desse grunneigarane skulle ikkje betale vederlag for plassane. Eventuelle restplassar skulle tildelast tidlegare fastbuande som hadde «ei vesentleg næringsverksemd eller liknande på dei opprinnelige hovudbruka». For slike plassar skulle det betalast «ei godtgjersle på f.t. 4000 kr/år». Av saksdokumenta til kommunen gjekk det fram at dette var meint å svare til marknadsleige.

Etter at dei nye retningslinjene var vedtekne, fekk A og B tildelt kvar sin båtplass ved moloen. A og B eigde kvar sitt av dei opphavlege hovudbruka på Geitanger, men ingen av dei var fast busette. Dei vart derfor tildelte båtplassar etter kriteriet om «vesentleg næringsverksemd eller liknande», og dei måtte følgjelig også betale leige for plassane. I samband med tildelingane skreiv dei begge under på leigeavtaler. I avtalene, som også vart underskrivne av eigedomssjefen i kommunen, sto m.a. kriteria for tildeling av båtplassar og føresegnene om vederlag. Av avtaledokumenta gjekk det også fram at «[m]islighald av avtala vil kunne medføre bortvisning frå anlegget».

I 2007 endra Fjell kommune retningslinjene for tildeling av båtplassar på nytt. I følgje dei nye retningslinjene var det bare personar som var registrerte som fast busette på Geitanger som skulle få slike båtplassar. Kort tid etter dette fekk A og B beskjed om at rådmannen hadde bestemt å seie opp båtplassane deira. Det vart vist til at dei ikkje oppfylte kriteria for tildeling av båtplassar etter dei nye retningslinjene. I følgje rådmannen var avgjerslene om å tildele båtplassar enkeltvedtak, som kommunen kunne endre gjennom å gjere nye enkeltvedtak.

A og B klagde avgjerslene til rådmannen inn for kommunens komité for finans og forvaltning. I klagen gjorde dei m.a. gjeldande at det låg føre rettsleg bindande leigeavtaler, og at kommunen ikkje hadde høve til å bringe desse til opphør gjennom enkeltvedtak. Komiteen for finans og forvaltning valde likevel å oppretthalde avgjersla frå rådmannen. A og B bringe etter dette saken inn for ombodsmannen.

Som følgje av klaga frå A og B vart dokumenta i sakene henta inn frå Fjell kommune. Etter ei gjennomgåing av saksdokumenta vart det bestemt å be om ei nærmare forklaring frå kommunen. I eit brev herfrå vart kommunen m.a. bedt om å gjere nærmare greie for kvifor avgjerslene om tildeling og oppseiing av båtplassane til A og B måtte reknast som enkeltvedtak. Kommunen vart i denne samanhengen spesi-

elt bedt om å uttale seg om kva konsekvens det hadde at det ved tildelinga av båtplassar vart gjort skriftlege leigeavtaler, og at A og B i følgje desse avtalene skulle betale marknadsleige for plassane. Det vart også spurt om det fantes andre båtplassar i kommunen som kunne vere aktuelle for A og B.

I svaret sitt heldt kommunen fast ved at avgjerslene om å tildele og seie opp båtplassane til A og B var enkeltvedtak, fordi det dreidde seg om utøving av offentlig mynde. Det vart vist til at føremålet med forvaltninga av anlegget ved moloen var å gi båtplassar til grunneigarar på Geitanger, og at dette måtte reknast som eit typisk offentlig føremål. Vidare viste kommunen til at leiga for båtplassane truleg låg under det som var vanleg marknadsleige i området og at kommunen dessutan aldri kravd inn leige frå A og B. På spørsmålet om alternative båtplassar svarte kommunen at det ikkje fans andre kommunale plassar i området. Derimot fans det fleire private hamneanlegg der det burde vere mogleg for A og B å få leige båtplass.

#### Ved avslutninga av saka uttalte eg m.a.:

«Klaga hit gjeld oppseiing av to båtplassar ved ein molo som Fjell kommune har råderett over. Kommunen har lagt til grunn at dei opphavlege avgjerslene om å tildele A og B båtplassar er «enkeltvedtak» etter forvaltningsloven 10. februar 1967, og at kommunen hadde høve til å seie opp plassane gjennom nye enkeltvedtak.

Omgrepet «enkeltvedtak» er legaldefinert i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a. Om ein samanstillar føresegnene i bokstav a og b, blir definisjonen som følgjer:

«en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til...en eller flere bestemte [private] personer»

Eg finn det ikkje tvilsamt at tildelingane av båtplassar i 2007 var avgjersler som etter sitt innhald gav A og B rettar og pliktar, nemleg retten til å disponere båtplass mot å svare leige. Det avgjerdande for om tildelingane var enkeltvedtak er derfor om desse avgjerslene var «utøving av offentlig myndighet». Dette vilkåret kom inn i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a ved ei lovendring i 1977 og erstatta det tidlegare vilkåret om at det måtte dreie seg om ei avgjersle på «det offentligrettslige området». Av forarbeida til endringslova går det fram at endringa ikkje var meint å vere ei reell rettsendring i høve til den tidlegare ordlyden, og at føremålet berre var å gjere det tydelegare at det må skiljast «mellom de avgjørelser som representerer offentligrettslig myndighetsutøving og de tilfeller hvor det offentliges hand-

lingsgrunnlag i prinsippet er det samme som for private institusjoner», jf. Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 54.

Fjell kommune sin råderett over den ytre delen av Knappskog molo har grunnlag i ei avtale med eigaren av egedomen der moloen er oppført. Det er med andre ord tale om ein privatrettsleg råderett som er tufta på grunneigaren sin eigedomsrett. Grunnlaget for råderetten over moloen er såleis av privatrettsleg karakter, og ikkje prinsipielt forskjellig frå råderetten ein privatperson kunne hatt over denne eller ein annan molo. Avgjersler som er tufta på slike privatrettsleg råderettar, fell i utgangspunktet utanfor forvaltningslova sine føresegner om enkeltvedtak. Eg viser også til Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (4. utg. 2006) s. 77, Echhoff/Smith, Forvaltningsrett (8. utg. 2006) s. 241, Graver, Alminnelig forvaltningsrett (3. utg. 2007) s. 407 og fråsegna i årsmeldinga til ombodsmannen for 2003 på s. 116 (Somb-2003-27).

At utøving av privatrettsleg råderett ikkje er enkeltvedtak, er likevel berre eit utgangspunkt. Etter gjeldande rett er det klart at også avgjersler gjort i medhald av ein slik råderett vil kunne vere av ein så klar offentligrettsleg karakter at dei må reknast som enkeltvedtak. For tildeling av offentlig støtte i form av pengar må nok dette i dag reknast som hovudregelen snarare enn unntaket, jf. m.a. Woxholth, *op.cit.*, s. 76 og Echhoff/Smith, *op.cit.*, s. 242. Avgjersler gjort med heimel i privat råderett er ikkje utøving av offentlig mynde når det gjeld spørsmål om å gi eller nekte offentlege tenester. Det krev særlege omstende for at slike avgjerder skal vera enkeltvedtak. Sentrale moment i denne vurderinga vil m.a. vere kva slags livsområde ein er på, kva formål og behov det offentlege freistar å dekkje gjennom bruken av råderetten, om det dreier seg om tildeling av gode som det er skort på, og kva slags motyting den private parten må svare. Reint kommersielle avtaler som ikkje omfattar utøving av offentlig mynde i meir tradisjonell forstand vil falle utanfor enkeltvedtaksomgrepet, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 54.

Dei tenestelaga som i dei seinare åra har vore sett på som enkeltvedtak, har typisk vore tenester innanfor utdannings-, helse- og omsorgssektorane. Dette er sektorar som må reknast å ligge i kjernen til oppgåvene til forvaltninga, og som skal sørgje for å støtte heilt grunnleggjande behov for borgarane. Lovgjevaren har på desse sektorane lovfesta ei rekkje meir eller mindre spesifiserte rettar for borgarane, samstundes som forvaltninga årleg vert tilført betydelege ressursar for å løyse desse oppgåvene. Å sørgje for småbåtplassar til innbyggjarar og andre er ei anna type oppgåve. Dette er meir sørvisyting som det er opp til den enkelte kommune å tilby. Sjølv om Fjell kommune sin råderett over Knappskog molo er motivert i velferdsomsyn, samstundes som plassane

ved moloen nok vert oppfatta som eit gode som det er skort på for grunneigarane på Geitanger, dreier det seg derfor om tenester som har klart mindre preg av offentleg myndeutøving enn det ein finn innan m.a. utdannings-, omsorgs- og helsesektorane.

I tillegg til dei forholda som eg har peikt på ovanfor, finn eg også grunn til å leggje ei viss vekt på at både A og B i følgje leigeavtalene med kommunen skal betale eit årleg vederlag på 4 000 kroner for plassane. Kommunen har rett nok gjort gjeldande at dette beløpet nok ligg under alminneleg marknadsleige i området, og at kommunen dessutan aldri reint faktisk har kravd inn denne leiga. Slik saka er opplyst, er det ikkje mogleg for meg å vurdere kva som er vanleg marknadsleige. Av saksdokumenta går det likevel fram at den nemnte leiga opphavleg vart fastsett ut frå kva kommunen meinte var vanleg marknadsleige. Beløpet er i alle tilfelle såpass høgt at det vanskeleg kan sjåast på som reint symbolsk. Eg må derfor leggje til grunn at leigeforholda iallfall til ein viss grad ber preg av å vere gjensidige utvekslingar av ytingar, noko som talar mot at det dreier seg om enkeltvedtak. At kommunen reint faktisk ikkje har nytta seg av retten til å krevje inn leiga etter at avtalene vart inngåtte, kan det ikkje leggjast noka vekt på i denne samanhengen.

Eg finn det derfor klart at tildelingane av båtplassar til A og B ikkje var enkeltvedtak, og at det heller ikkje var høve til å bringe avtalene til opphør gjennom nye enkeltvedtak. Avgjerda om å avslutte dei to leigeforholda skulle derfor ha tatt utgangspunkt i dei reglane som gjeld for opphør av avtaler. Av saksdokumenta går det fram at kommunen har vore inne på desse spørsmåla under saksførebuinga. Eg kan likevel ikkje sjå at desse spørsmåla er vurderte på ein tilstrekkeleg sjølvstendig måte, dvs. uavhengig av kommunen sitt syn om at det dreier seg om eit enkeltvedtak.

Dersom Fjell kommune framleis ønskjer å seie opp leigeavtalene med A og B, må kommunen vurdere om det finst heimel for dette i avtale- eller kontraktsrettslege reglar om t.d. heving, oppseiing eller når ei avtale kan reknast som ugyldig. Kommunen vil også då fylgje alminnelege forvaltingsrettslege prinsipp om m.a. saklegheit, likebehandling og forvarleg saksbehandling. Dersom kommunen meiner at leigeavtalene kan gjerast slutt på med heimel i avtale- eller kontraktsrettslege reglar, må denne heimelen derfor berre nyttast dersom dette er i tråd med desse alminnelege, forvaltingsrettslege prinsippa. Eg ber om å bli orientert om den vidare utviklinga.»

## 5.

### Avslag på søknad om permisjon fra driftsavtale om fysioterapivirksomhet

(Sak 2008/1498)

*As søknad om tre års permisjon fra driftsavtale om fysioterapivirksomhet ble avslått av kommunen. Bakgrunnen for permisjonssøknaden var klagerens omsorg for et alvorlig sykt barn. A klaget på avslaget, men klagen ble avvist av kommunen med den begrunnelse at det ikke gjaldt et enkeltvedtak.*

*Ombudsmannen fant ikke rettslig grunnlag for å kritisere kommunens oppfatning om at avslaget på søknaden om permisjon ikke er å anse som enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2.*

As søknad om tre års permisjon fra driftsavtalen om fysioterapivirksomhet i privat praksis på grunn av ansvar for et alvorlig sykt barn ble avslått av kommunen. As klage ble deretter avvist med henvisning til at avslaget ikke var å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2.

I klagen til ombudsmannen anførte Private fysioterapeuters forbund (PFF) på vegne av A at saken måtte behandles etter forvaltningslovens regler om klageadgang fordi tildeling og oppsigelse av avtalehjemler for privatpraktiserende fysioterapeuter er enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2. Videre ble det fremholdt at kommunens avslag på søknaden om permisjon i praksis var å anse som en oppsigelse av avtalen ettersom A på grunn av omsorgen for sitt barn for tiden ikke hadde mulighet til å fortsette driftsavtalen.

I brev herfra ble kommunen bedt om å redegjøre for sitt generelle standpunkt om at avgjørelser vedrørende permisjon fra en driftsavtale mellom kommunen og en fysioterapeut ikke er å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Bakgrunnen var særlig kommunens uttrykkelige henvisning til regelen for offentlige tjenestemenn i forvaltningsloven § 2 annet ledd i et brev til As representant i anledning saken.

KS (kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon) redegjorde for saken på vegne av kommunen, og PFF hadde flere innspill til redegjørelsen.

#### Ved avslutning av saken uttalte jeg blant annet:

«Forvaltningslovens regler om klage får kun anvendelse i «saker som gjelder enkeltvedtak» jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 3 første ledd. Det sentrale spørsmålet i saken er derfor om kommunens avgjørelse er å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd. En avgjørelse er som kjent et enkeltvedtak dersom den er truffet «under utøving av offentlig myndighet» og er «bestemmende for ret-

tigheter eller plikter» for en eller flere bestemte personer jf. § 2 første ledd bokstav a og b.

Kommunens inngåelse og oppsigelse av driftsavtaler med fysioterapeuter er enkeltvedtak. Dette er nå slått fast av Høyesterett i dom inntatt i Rt. 2007 på side 193 (HR-2007-295-A). Spørsmålet i denne saken er om også avgjørelser om *permisjon* fra driftsavtaler er bestemmende for fysioterapeutens «rettigheter eller plikter» og om slike avgjørelser må anses som «utøving av offentlig myndighet».

I redegjørelsen 13. oktober 2008 hevdet KS blant annet at det i dette tilfellet ikke var tale om «utøvelse av offentlig myndighet». Det ble vist til at avgjørelsen «fullt ut beror på kommunens skjønnsmessige vurdering» og at den «ikke adskiller seg fra den vurdering som kommunen må ta ved søknad om permisjon i et ansettelsesforhold eller for den saks skyld i andre løpende kontraktsforhold». Til sammenligning viste KS til at avgjørelser om permisjon i tjenestemannssaker ikke regnes som enkeltvedtak. PFF på sin side var uenig og mente at kommunen ved håndteringen av driftsavtaler opptrer som utøver av offentlig myndighet, ikke som kontraktspart i forhold til en vanlig næringsdrivende.

Begrepet «utøvelse av offentlig myndighet» må avgrenses mot privatrettslig regulert forretningsdrift. Grensen mellom offentlig myndighetsutøvelse og privatrettslig forretningsdrift kan være vanskelig å trekke. Viktige momenter vil etter praksis være hvor inngripende avgjørelsen er for den enkelte, hva slags rettigheter eller plikter som eventuelt skapes og om avgjørelsen fremtrer som et resultat av at det offentlige bruker sin «høyhetsrett» overfor borgerne.

Et avslag på en søknad om permisjon vil innebære at søkeren enten må fortsette i virksomheten eller si opp driftsavtalen. Å ser seg foreløpig ikke i stand til å fortsette i virksomheten, og følgene av kommunens avgjørelse vil for henne være inngripende. En avgjørelse om å innvilge eller avslå en permisjons-søknad kan imidlertid etter sin art ikke sies å være spesielt inngripende. Et avslag kan sees som en stadfestelse av den plikten som allerede følger av driftsavtalen, som er gjensidig bebyrdende og knyttet til rammeavtalen. Det er mindre naturlig i en slik situasjon å se avslaget som et resultat av at kommunen bruker sin «høyhetsrett» overfor fysioterapeuten.

Begrepet «rettigheter» i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b er ment anvendt i en forholdsviss betydning, jf. blant annet Woxholth, Forvaltningsloven (2006) side 62. Det må likevel oppstilles en nedre grense for rettighetsbegrepet. Det innebærer at mindre vesentlige fordeler og ulemper faller utenfor enkeltvedtaksbegrepet. Et avslag på søknaden om permisjon hevdes som nevnt å få store konsekvenser for A. Om kommunens avgjørelse i

permisjonssaker er å anse som enkeltvedtak, må imidlertid vurderes på generelt grunnlag.

I rammeavtalen ASA 4313 (2006-2008) er det fastsatt at kommunen ikke kan nekte fravær som følge av blant annet sykdom dersom fraværet ikke har en varighet ut over ett år (pkt. 7.8). For permisjons-søknader for lengre tidsrom enn ett år er det opp til den enkelte kommune å avgjøre om den ønsker å innvilge søknaden. Hvorvidt et rettsgode *skal* gis, eller bare *kan* gis etter forvaltningens skjønn, kan imidlertid ikke være avgjørende for om avgjørelsen kan sies å gjelde vedkommendes «rettigheter», slik KS synes å hevde i sitt brev 7. mai 2009. Jeg viser her til mine generelle betraktninger om enkeltvedtaksbegrepet i ombudsmannens årsmelding for 1999 på side 14.

Jeg er imidlertid enig med KS i at det er grunn til å sammenligne med hvordan søknader om permisjoner er vurdert på andre rettsområder. Det er nærliggende å sammenligne med søknader fra tilsatte i kommunen. Avslag på søknad om permisjon fra offentlig stilling regnes ikke som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 annet ledd, se bl.a. Woxholth, Forvaltningsloven (2006) side 68 og 106 flg. med referanser. KS har fremholdt at når verken lovbestemmelsen eller rammeavtalen nevner permisjonsbehandling som et enkeltvedtak, vil det gi dårlig sammenheng i regelverket dersom søknad om permisjon fra driftsavtale skal regnes som et slikt vedtak. Dette ville gi en privatpraktiserende fysioterapeut større prosessuelle rettigheter enn for eksempel en tilsatt fysioterapeut i samme kommune.

Et annet område der spørsmålet har oppstått, er barnehagesektoren. Tildeling av og avslag på søknad om plass regnes som enkeltvedtak. Men avgjørelse om å innvilge eller avslå søknad om permisjon fra barnehageplass regnes ikke som et enkeltvedtak, se ombudsmannens årsmelding for 2003 på side 116 flg. Denne ulovfestede ordningen faller utenfor rettighetsbegrepet i forvaltningsloven.

Etter en samlet vurdering har jeg ikke funnet holdpunkter for avgjørende rettslige innvendinger mot kommunens oppfatning om at avgjørelsen om å avslå As søknad om permisjon fra driftsavtalen ikke er et enkeltvedtak.»

## 6.

### **Tilbakekall av godkjenning som lotteriverdig organisasjon – saksbehandlingen, politianmeldelse og uttalelser til media**

(Sak 2009/535)

*Saken gjaldt lotterimyndighetenes tilbakekall av en klubbs godkjenning som lotteriverdig organisasjon, Lotteritilsynets politianmeldelse før saken var klagebehandlet av Lotterinemnda og tilsynets uttalelser til*

*media om politianmeldelse av sentrale personer i klubben.*

*Ombudsmannen kom til at tilbakekallet var gyldig, men hadde kritiske merknader til tidspunktet for tilsynets inngivelse av politianmeldelse, formuleringene i anmeldelsen og tilsynets uttalelser i media. I utgangspunktet bør et tilsynsorgan avvente å anmelde forhold til politiet til saken er ferdigbehandlet i klageinstansen. Unntak fra dette kan blant annet være aktuelt der det foreligger en konkret fare for bevisforspillelse. Formuleringene i anmeldelsen og uttalelsene i media må være avpasset forvaltingsorganets ivaretagelse av sine oppgaver. Det kan være gode grunner for å vise tilbakeholdenhet med konklusjoner om straffbarhet. Noen av tilsynets uttalelser til media ble funnet å være unødvendig belastende og ikke nødvendig for tilsynets utføring av sine oppgaver.*

Klubben A fikk i 2003 innvilget en søknad om godkjenning som lotteriverdig organisasjon, og fikk tillatelse til å stille opp én utbetalingsautomat. Det fremgikk av tillatelsen at endringer i opplysninger som fremgikk av søknaden, herunder at A hadde 26 medlemmer under 18 år på søknadstidspunktet, måtte meldes fra til Lotteritilsynet (heretter tilsynet) innen 14 dager.

Etter forutgående forhåndsvarsel ble godkjenningen tilbakekalt i 2007. Tilsynet uttalte at ett av vilkårene for lotterigodkjenningen var at A hadde 26 medlemmer under 18 år, og tilsynet hadde mottatt dokumentasjon fra klubben om at dette vilkåret ikke lenger var oppfylt. Oppstillingstillatelsen til automaten ble også tilbakekalt.

Til klagen over tilbakekallet la A ved en kopi av en medlemsliste på 32 navn som var sendt til forbundet, og det ble antatt at klubben da oppfylte det formelle kravet til medlemmer under 18 år. Det ble vist til at klubben hadde hatt en langvarig konflikt med en naboklubb, og at klubben, av hensyn til dens unge spillere, ikke hadde oppgitt disses tilhørighet til A.

På bakgrunn av den innsendte medlemslisten ble tilbakekallet opphevet av tilsynet i juli 2007. Tilbakekallet av oppstillingstillatelsen ble opprettholdt, da det ble antatt at klubben ikke hadde hatt tilstrekkelig antall medlemmer under 18 år i perioden 2003 til juni 2007.

I mars 2008 ble det på nytt sendt ut forhåndsvarsel om tilbakekall, på bakgrunn av tips og henvendelser om at A hadde inngitt uriktige opplysninger om medlemsmassen i forbindelse med omgjøringen i juli 2007. Tilsynet la til grunn at det fra 2005 og fremover ikke var drevet særlig virksomhet for barn og unge under 18 år, og at klubben derfor over lengre tid hadde mottatt lotteriinntekter i strid med forutsetningen i godkjenningen fra 2003. Den innsendte medlemslis-

ten ble antatt å være fiktiv, da det for tilsynet var blitt fremlagt dokumentasjon på at mange av personene på listen verken var, hadde vært, eller ønsket å være medlem i klubben. Tilsynet var av den oppfatning at forholdene representerte et alvorlig brudd på vilkårene for godkjenningen, og det ble vurdert om det med bakgrunn i sakens alvorlighetsgrad skulle inngis politianmeldelse.

I tilsvaret redegjorde A for forholdene rundt den innsendte listen. Ifølge klubben hadde den blitt invi-tert av X skole til å ha undervisning på skolen, og det var avtalt at klubben skulle forestå innmelding i forbundet av de elevene som ønsket det. Listene som ble utferdiget etter besøket på skolen, ble sendt inn til tilsynet for å vise at klubben drev med virksomhet rettet mot barn. A innså at listene kunne misbrukes som dokumentasjon på antall medlemmer, blant annet fordi det sto forhåndstrykket på listene at medlemskontingent var betalt, noe som ikke var tilfellet.

Det ble vist til at det var sendt inn lister for registrering til forbundet (åtte personer under 18 år), og at klubben hadde opprettet en egen barne- og ungdoms-avdeling registrert hos forbundet. Videre ble det redegjort for konflikten mellom B (styremedlem og kasserer i A) og D (sentral i en klubb fra samme landsdel), og at D etter klubbens syn brukte alle midler for å skade A.

Godkjenningen som lotteriverdig organisasjon ble tilbakekalt i oktober 2008, jf. lotteriloven § 14. Det ble lagt vekt på tips fra D, og korrespondanse mellom D og foreldrene til noen av barna som var satt på listen som ble sendt til forbundet, og som var ukjente med at barnet deres var medlem i klubben. Tilsynet delte ikke klagerens oppfatning om at D hadde hatt sjikanehensikt ved sin innsending av tips om mulige straffbare forhold hos A.

Det ble konkludert med at klubben hadde operert med fiktive medlemslister, noe som ble ansett å utgjøre et «alvorlig brudd» etter lotteriloven § 14. Åtte barne- og ungdomsmedlemmer ble i tillegg ansett å være for lite til å tilgodese en forening med lotterigodkjenning på grunnlag av aktivitet for barn og unge. Tilsynet varslet også igjen om en mulig politianmeldelse.

I underkant av tre uker etter tilbakekallsvedtaket (før klagefristens utløp), innga tilsynet politianmeldelse mot B og C (daglig leder). C var også oppført som lotteriansvarlig i tilsynets register. Anmeldelsen ble inngitt på bakgrunn av angivelige brudd på lotteriloven og straffelovens bestemmelser om dokumentforfalskning, bedrageri og eventuelt underslag. Grunnlaget for anmeldelsen var at tilsynet mente klubben hadde «operert med fiktive medlemstall og mottatt og brukt lotterimidler på et urettmessig grunnlag». Det het i anmeldelsen blant annet at den innsendte medlemslisten «helt eller delvis [var] fa-

brikkert utelukkende for å motbevise grunnlaget for tilbakekallet», at klubben bevisst hadde oppgitt uriktige opplysninger og «fingert medlemslister for å kunne motta lotteriinntekter», og at klubben dermed bevisst hadde «ført Lotteritilsynet bak lyset».

To dager etter politianmeldelsen, før B og Cs advokat hadde fått kjennskap til anmeldelsen, påklaget advokaten tilbakekallet. Klagen ble begrunnet med at det var lagt feil faktum til grunn, samt at det forelå saksbehandlingsfeil som hadde virket inn på vedtaket. På vegne av klubben ble det medgitt at det burde vært opplyst direkte til tilsynet at medlemslistene var foreløpige og at endelige formelle lister kunne ettersendes ved bekreftet kontingentinnbetaling. Advokaten benektet imidlertid at hensikten hadde vært å operere med «fiktive» medlemslister. Videre fremhevet advokaten at åtte medlemmer ikke var et ubetydelig antall tatt i betraktning byens størrelse og konkurrerende tilbud. Det ble uttalt at det aldri hadde vært noe krav om at klubben skulle ha et bestemt antall barne- og ungdomsmedlemmer, og at det eneste som fremstod som forpliktende i godkjenningsvedtaket fra 2003, var at lotteriinntektene skulle gå til den delen av driften som rettet seg mot barn og unge.

Noen dager senere kom advokaten med kommentarer til politianmeldelsen, som det ble bedt om at ble stilt i bero i påvente av at klagebehandlingen var ferdig. Advokaten uttalte blant annet følgende:

«Jeg finner det klart i strid med god forvaltnings-skikk at politianmeldelse ble inngitt før klagefrist og klagebehandling. Det synes som om tilsynet har hatt et hastverk som ikke er saklig begrunnet. Det er svært vanskelig å se et eneste saklig hensyn som tilsier en forskuttert anmeldelse, ikke minst når det dreier seg om en meget kort tid før utløpet av klagefrist samt hensett til sakens karakter. En klagebehandling kan i prinsippet være av stor betydning for spørsmålet om anmeldelse.»

Tilsynet svarte at «[k]lagebehandling på bakgrunn av brudd på lotteriloven og anmeldelse for straffbare forhold primært etter straffeloven [prinsipielt ikke] henger sammen», og at det derfor var anledning til å politianmelde før klagebehandlingen var ferdig.

Advokaten kom med kommentarer til tilsynets brev. Han hadde innvendinger mot tilsynets saksbehandling, herunder nektelse av innsyn i kombinasjon med korte svarfrister, og det ble uttalt at «[t]ilsynet synes å ha et svært lettvent forhold til forvaltningsrettslige regler og elementær rettssikkerhet».

Tilsynet innrømmet at det hadde benyttet feil hjemmelsgrunnlag ved spørsmål om innsyn i tipsene, og det ble gitt innsyn etter at D hadde samtykket til det. Det ble videre erkjent at fristene for kommentarer hadde vært for korte, og det ble beklaget at det ved

en anledning hadde vært altfor lang saksbehandlings-tid på en innsynsbegjæring.

I tilleggsmærknader til klagen uttalte advokaten følgende om manglende hjemmel for tilsynets tilbakekall av godkjenningen:

«Det er verken i godkjenningsvedtaket fra tilsynet (11.3.2003) eller i senere vedtak fra tilsynet satt noen krav eller forutsetninger om organisasjonens medlemsmasse. Det er heller ikke noen generelle krav om dette i lov og forskrift, verken nå eller etter tidligere lovgivning. Det er heller ingen klar praksis fra tilsynets side om medlems-tall som er kjent i rundskriv eller kommunisert på annen måte. Det hviler dermed ingen forpliktelse på organisasjonen verken å ha et bestemt medlemsantall eller opprettholde et minimum av medlemmer.

---

Slik godkjenningsvedtaket var utformet i 2003, var eventuelt interne og etterfølgende vurderinger om medlemstall hos tilsynet totalt uforutsigelig for A.

---

Det er et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp at forvaltningen må ha klar hjemmel til å gripe inn og vilkår må være klart uttrykt enten ved regelverk eller i vedtak. I dette tilfelle er det verken klar hjemmel eller klart fastsatt vilkår, og vedtaket må derfor anses ugyldig.»

Advokaten pekte også på at det var avgjørende å kjenne til den spente situasjonen mellom klubbene i landsdelen for å forstå saken. Han stilte seg videre kritisk til at det var de lotteriansvarlige personlig som ble anmeldt, og ikke A som klubb.

I januar 2009 fremla advokaten oversikt over medlemstall i andre klubber, og fremholdt at det på bakgrunn av tallene, ville innebære usaklig forskjellsbehandling om det bare var A som mistet godkjenningen.

I tilsynets oversendelse av saken til Lotterinemnda (heretter nemnda), uttalte tilsynet:

«Det er riktig som klager anfører at det ikke fremgår eksplisitt av godkjenningsvedtaket at organisasjonen må ha et bestemt antall medlemmer under 18 år for å opprettholde lotterigodkjenning. Når det gjelder innvilgende vedtak stilles det imidlertid etter ulovfestet forvaltningsrett ikke de samme krav til begrunnelse for vedtakene, og dette momentet har derfor ikke vært fremhevet i disse sakene. I saker hvor søknaden avslås kommer krav til medlemsmassen derimot eksplisitt fram.»

Tilsynet uttalte også at det fant det klart at A «fingerte medlemslister for å opprettholde godkjenningen», og det ble talt om «falske» medlemslister. Til spørsmålet om politianmeldelsen uttalte tilsynet at klagebehandling etter lotteriloven og anmeldelse for straffbare forhold primært etter straffeloven, ikke henger prinsipielt sammen. I et eget brev til nemnda



uttalte tilsynet at advokatens anførsler om medlems-situasjonen i andre klubber foranlediget nærmere undersøkelser.

Nemnda stadfestet tilsynets tilbakekall, under henvisning til at As manglende tilbakemelding til tilsynet om en betydelig reduksjon i klubbens medlemstall (under 18 år), herunder at klubben i en periode ikke hadde noen slike medlemmer, ble ansett å være et alvorlig brudd på vilkårene oppstilt i godkjenningsvedtaket. Etter nemndas syn falt det utenfor deres mandat å vurdere beslutningen om politianmeldelse. Nemnda kommenterte medlemskravet slik:

«Lotterinemnda viser til at det ut fra de foreliggende retningslinjer og praksis normalt kreves at organisasjoner tilsvarende A har minst 10 medlemmer under 18 år for å få godkjenning for å avholde lotteri som krever tillatelse (Lotterinemnda bemerker at det kreves minst 25 medlemmer under 18 år for godkjennelse for oppstilling av automater da slik ble gitt).»

Advokaten brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble blant annet klaget over at politianmeldelsen ble inngitt før saken var forvaltningsrettslig endelig og vist til at utfallet av nemndas behandling av saken hadde direkte betydning for en eventuell strafferettslig påtale. Dette gjaldt nemndas tolkning av medlemskravet, som ville ha direkte betydning for om det forelå et alvorlig brudd på lotteriloven, og nemndas syn på sakens faktum. Videre viste advokaten til at selv om et tilsynsorgan i prinsippet har adgang til å anmelde forhold på et tidlig stadium, var det ingenting i denne saken som tilsa et behov for snarlig etterforskning.

Det ble også rettet innvendinger mot selve innholdet i politianmeldelsen, herunder påstandene som ble fremmet, og at det var de lotteriansvarlige, og ikke styret eller dets medlemmer, anmeldelsen ble rettet mot.

Videre klaget advokaten over tilsynets uttalelser i media, og det ble hevdet at det var i strid med god forvaltningsskikk å komme med slike uttalelser før saken var forvaltningsrettslig endelig. Det ble også antydning at tilsynet hadde medvirket til at anmeldelsen hadde kommet ut i mediene så raskt.

Innvendingene mot tilsynets saksbehandling rettet seg hovedsakelig mot nektelsen av innsyn i sakens dokumenter, i kombinasjon med lang saksbehandlingstid og korte frister for kommentarer.

Advokaten mente at nemndas vedtak hadde en prinsipielt annen, og mildere, begrunnelse enn tilsynet, noe som underbygget synet om at det var i strid med god forvaltningsskikk å politianmelde før saken var endelig avgjort. Det ble også anført at nemndas vedtak var mangelfullt, da nemnda ikke hadde tatt tilstrekkelig stilling til hjemmelsspørsmålet, om medlemskravet var godt nok kommunisert og spørsmålet

om usaklig forskjellsbehandling. Advokaten var også uenig i konklusjonen om at det dreide seg om et alvorlig brudd på lotteriloven.

Tilsynet og nemnda ble tilskrevet herfra. Fra tilsynet ble det blant annet bedt om en redegjørelse for de vurderingene som lå til grunn for å anmelde forholdet før saken var behandlet i klageinstansen, og forholdet til forvaltningsloven § 34 om at klageinstansen fullt ut kan prøve faktum og § 17 om best mulig opplysning av saken. Det ble også bedt om en redegjørelse for betydningen av innholdet i nemndas vedtak for det som ble lagt til grunn i anmeldelsen. Det ble videre stilt spørsmål om hvorfor anmeldelsen ble inngitt også før klagefristens utløp, og hvorfor tilsynet hadde rettet anmeldelsen mot de lotteriansvarlige og ikke mot styret.

Tilsynet ble videre bedt om en redegjørelse for hva ansatte i tilsynet hadde uttalt i pressen, hvordan anmeldelsen kom ut i media, og om eventuelle pressemeldinger. Videre ble tilsynet bedt om å vurdere sine uttalelser i media opp mot artikkel 6 nr. 2 «uskyldspresumsjonen» i Den europeiske menneskerettskonvensjonen, og å kommentere advokatens anførsel om at det er i strid med god forvaltningsskikk å «helle bensin på bålet».

Nemnda ble bedt om å vurdere om det burde kommet klarere frem hvilke vilkår/betingelser som ble satt for lotterigodkjenningen, og hvilken betydning eventuell utilstrekkelig kommunikasjon om tilsynets praksis har for adgangen til å kalle tilbake godkjenningen.

Det ble videre bedt om nemndas kommentarer til advokatens anførsler om usaklig forskjellsbehandling sammenlignet med andre klubber, og nemndas syn på om den i større grad burde ha gjort rede for sin vurdering av faktum omkring medlemslistene.

I sitt svar uttalte tilsynet at vurderingen om inngivelse av anmeldelse før saken var klagebehandlet (eventuelt også før klagefristens utløp) var foretatt på grunnlag av sakens opplysning, graden av sannsynlighetsovervekt for at det var begått straffbare handlinger, alvorligheten av de antatt straffbare forholdene og en vurdering av konsekvensene av at anmeldelse ble inngitt/ikke ble inngitt på det aktuelle tidspunkt. Tilsynet mente at saken, på tidspunktet for anmeldelse, var tilstrekkelig opplyst for å inngi anmeldelse, herunder at hensynet til kontradiksjon var blitt ivaretatt. Det ble sett alvorlig på forhold som, etter deres mening, ble rammet av straffeloven, og tilsynet mente det var «klar sannsynlighetsovervekt» for at det var begått straffbare forhold. Tilsynet uttalte også at det alltid vil være en fare for at bevis forspilles eller at vitner påvirkes dersom man varsler anmeldelse og denne utsettes i flere måneder.

Grunnlaget for anmeldelsen ville ifølge tilsynet ikke blitt påvirket av nemndas behandling av saken,

da nemnda bare tar stilling til de forvaltningsmessige sidene av vedtaket og ikke tar stilling til om det er begått straffbare forhold.

Avgjørelsen om å anmelde de lotteriansvarlige ble begrunnet blant annet med henvisning til Rt. 1986 s. 603, der to medlemmer i en forening ble straffet for uriktige innrapporteringer om støtteberettigede tiltak selv om de selv ikke hadde direkte personlig vinning av handlingen. Tilsynet var av den oppfatning at straffbarhetsvilkårene var oppfylt, og at det ikke så ut til at søknaden om lotterigodkjenning hadde vært styrebehandlet. Det var derfor riktig å anmelde de som hadde en aktiv rolle i søknadsprosessen.

Om uttalelsene i media ble det uttalt at situasjonen i denne saken hadde vært spesiell og at det hadde vært en uvanlig hyppig pågang fra lokale medier. Da mange detaljer i saken raskt ble kjent i media, grunnet innsynsbegjæringer, fant ikke tilsynet det hensiktsmessig å nekte for de faktiske forhold i saken, herunder at det var inngitt en politianmeldelse. Det ble lagt vekt på at det var stor forskjell på det å gå aktivt ut med opplysninger, og det å bekrefte forhold som allerede var kjent for allmennheten. Tilsynet var av den oppfatning at det ikke var i strid med god forvaltningsskikk å gi uttalelser til media før saken var ferdigbehandlet, så lenge det bare dreide seg om å gi en slik bekreftelse. Bruk av begrepet «falsk» om medlemslistene var etter tilsynets mening bare å bruke presis informasjon om fakta som allerede var offentlig kjent.

Også spørsmålet om forholdet til menneskerettskonvensjonen artikkel 6 nr. 2 måtte vurderes på bakgrunn av at det var tale om bekreftelser på forhold som allerede var offentlig kjent.

Nemnda svarte til spørsmålet om det burde ha kommet klarere frem hvilke vilkår/betingelser som ble satt for lotterigodkjenningen, og hvilken betydning eventuell utilstrekkelig kommunikasjon om tilsynets praksis hadde for adgangen til å kalle tilbake godkjenningen, følgende:

«Lotterinemnda har i sin vurdering av vedtaket vektlagt at klager ikke har meldt tilbake til tilsynet at klubben over en periode har vært helt uten eller har hatt få medlemmer under 18 år, noe som tilsier at klubben gjennom flere år uberettiget har blitt tilgodesett med lotteriinntekter. Klubben vil da nødvendigvis ikke kunne oppfylt forutsetningen gitt i godkjenningsvedtaket om at lotteriinntekten skal gå til driften som retter seg mot barn og unge.

Lotterinemnda vil i en konkret vurdering av om det foreligger alvorlig eller gjentatt brudd, se hen til gjeldende praksis om at det kreves 10 medlemmer for godkjenning. En reduksjon av medlemsmassen slik at den blir under 10, uten at reduksjonen blir meldt til Lotteri- og stiftelsestilsynet, kan imidlertid ikke automatisk anses som et alvorlig eller gjentatt brudd. Forholdet vil inngå i en helhetsvurdering.

Lotterinemnda har registrert at Lotteri- og stiftelsestilsynet ikke opplyser om «grensen» på 10 medlemmer i sine godkjenningsvedtak. Generelt bør det kommuniseres hvilke vilkår som gjelder. Lotterinemnda er av den oppfatning at kravet til et visst antall medlemmer under 18 år med fordel kan opplyses i tilsynets godkjenningsvedtak, all den tid kravet ikke fremkommer av lov eller forskrift. Manglende kommunikasjonen fra tilsynet vil i mange tilfeller medføre at det ikke foreligger gjentatt/alvorlig brudd.

Nemnda har ikke funnet grunn til å legge vekt på manglende kommunikasjon i denne konkrete saken, fordi det her er tale om manglende tilbakemelding om en betydelig reduksjon av antall medlemmer over tid. Når det nettopp er disse som skal tilgodeses med lotteriinntekter, vil manglende tilbakemelding danne grunnlag for tilbakekall av godkjenningen.»

Til klagerens anførsel om forskjellsbehandling bemerket nemnda at «den har tatt til etterretning at Lotteri- og stiftelsestilsynet vil undersøke saken om disse klubbene. Dette anser Lotterinemnda å være tilstrekkelig så lenge nemnda ikke har kjennskap til at tilsynet i etterkant av undersøkelsene velger ikke å trekke godkjenningen i liknende tilfeller».

Til spørsmålet om nemnda i større grad burde ha gjort rede for de faktiske forholdene i saken, ble det uttalt at nemnda bare er «pålagt å ta stilling til om godkjenningen skal falle bort eller ikke, og må da stå fritt til å velge hvilket grunnlag nemnda ønsker å bygge dette på, og unnlate å kommentere øvrige grunnlag».

Advokaten kommenterte tilsynets og nemndas brev. Han mente det var rimelig tvil om både de objektive og subjektive straffevilkårene var oppfylt i saken, og at dette måtte ha betydning for rettmessigheten av tidspunktet for inngivelsen av anmeldelsen. Straffbarhetsvilkårene ble gjennomgått for å underbygge rimelig tvil om forhold av betydning for anmeldelsen. Det ble særlig argumentert for at tilsynet ikke hadde hjemmel for tilbakekallsvedtaket.

Videre hadde advokaten kommentarer til tilsynets inngivelse av anmeldelse før klagebehandlingen var sluttført (og før klagefristens utløp). Til tilsynets uttalelse om at hensynet til kontradiksjon var ivarettatt, ble det uttalt at det som regel først er i klagerunden at advokater blir engasjert og at det da kan komme inn nye momenter i saken. I tillegg var det først etter at det var engasjert advokat at det var blitt gitt innsyn i sentrale dokumenter. Tilsynets konsekvensvurderinger ble også tilbakevist.

Til tilsynets uttalelse om at grunnlaget for anmeldelsen ikke ville bli påvirket av nemndas behandling, uttalte advokaten:

«Det har selvsagt betydning for anmeldelsesgrunnlaget hva som måtte konstateres av overtredelser og handlinger i forhold til lotteriloven og

hva som er dokumentert i saken, og et klageorgan kan ha et annet syn på både faktum og juss. ...

I tillegg er det i denne saken påberopt feil rettsanvendelse og manglende eller uklart hjemmelsgrunnlag for inngrep, og dette ligger i høyeste grad innenfor klageorganets avgjørelsesmyndighet. Det kan selvsagt være en sammenheng mellom dette og eventuell straffbarhet av handlinger som er knyttet opp mot klubbens vilkår for sin virksomhet. I det minste kan det ha betydning for både påtalespørsmålet (og f. eks. i forhold til henleggelse) og reaksjonsspørsmålet.»

Advokaten mente at skaden ved en anmeldelse langt på vei allerede var skjedd selv om politiets etterforskning skulle konkludere med at det ikke forelå straffbare forhold, noe som i seg selv måtte være relevant i vurderingen av brudd på menneskerettskonvensjonen artikkel 6 nr. 2.

Om tilsynets uttalelser i media ble det uttalt:

«Tilsynet hevder det aldri går «aktivt ut» og informerer om saker som blir politianmeldt. Tilsynet hadde her selvsagt et valg om å holde en lav profil selv om enkelte medier - og enkeltpersoner som hadde engasjert seg i saken - gjorde sitt til å skape offentlighet. Når tilsynet unntar en sak fra offentlighet er det ikke riktig å selv gå ut på den måten som det ble gjort. Tilsynet begrunner unntaket fra offentlighet med hensyn til etterforskningen. Tilsynet har åpenbart ikke sett at hensynet til de enkeltpersoner det gjelder må veie vel så tungt.

I klagen til Sivilombudsmannen er poenget i og for seg ikke at saken ble kommentert, når den nå en gang hadde kommet ut til mediene. Men det var fullstendig unødvendig og i strid med god forvaltningsskikk å kommentere saken på den konkrete måten det ble gjort, og spesielt på det tidspunktet det ble gjort.»

Til nemndas uttalelser om medlemsvilkåret ble det særlig satt spørsmålsteget ved hva som ligger i medlemsbegrepet. Advokaten mente også at nemnda ikke kunne ha rett i sine uttalelser om sitt mandat.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Vedtaket om tilbakekall av godkjenning som lotteriverdig organisasjon

Lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier m.v. (lotteriloven) § 14 første ledd lyder slik:

«Godkjenning, autorisasjon og lotteritillatelse kan kalles tilbake dersom det skjer gjentatte eller alvorlige brudd på bestemmelser i loven her eller bestemmelser eller vilkår i medhold av denne loven.»

Adgangen til å fastsette vilkår for lotteri følger direkte av lovens § 13 første ledd. Vilkårene for lotterigodkjenningen i denne saken ble satt i tilsynets vedtak 11. mars 2003, hvor det het:

«Det forutsettes at inntektene fra lotterivirksomheten går til den del av driften som retter seg mot barn og unge under 18 år.

Ved endringer i opplysninger som fremgår av søknaden skal det gis melding til godkjenningmyndigheten om dette senest innen 14 dager etter at endringen har funnet sted.»

Godkjenningsvedtaket, sett i sammenheng med klubbens søknad, kunne sies å oppstille to vilkår; klubben måtte drive virksomhet rettet mot barn og unge under 18 år, og det måtte gis melding til tilsynet om alle endringer i opplysningene som fulgte av søknaden, herunder færre medlemmer, endringer i formålet osv.

Tilsynets tilbakekall 6. oktober 2008 av godkjenningen ble begrunnet med at klubben hadde «operert med fiktive medlemslister for å få lotterigodkjenning». Dette ble ansett å være et alvorlig brudd på lotteriloven, jf. lovens § 14. Nemnda hadde i vedtaket 5. februar 2009 en annen begrunnelse for tilbakekallet:

«Manglende tilbakemelding om at klubben ikke lenger har medlemmer under 18 år eller har betydelig reduksjon av medlemmer fra denne aldersgruppen, og dermed ikke oppfyller vilkårene for godkjenning som lotteriverdig organisasjon, er etter Lotterinemndas vurdering å anse som et alvorlig brudd på vilkårene gitt i godkjenningsvedtaket. Lotterinemnda legger i tillegg stor vekt på at klubben gjennom flere år har vært uten eller hatt få medlemmer under 18 år, noe som tilsier at klubben gjennom flere år uberettiget har blitt tilgodesett med lotteriinntekter.»

Nemndas begrunnelse for tilbakekallet er etter min mening en prinsipiell annen enn tilsynets. Mens tilsynet uttalte at det å levere inn «fiktive» lister var i strid med lotteriloven, konkluderte nemnda med at det ikke å melde fra til tilsynet om vesentlige endringer i medlemstallet, fra 26 medlemmer under 18 år i 2003 til åtte i 2008, måtte anses som et alvorlig brudd på vilkårene i godkjenningsvedtaket. Nemnda uttalte heller ikke noe annet sted i vedtaket at medlemslisten som ble levert inn i 2007, var «fiktiv» osv., ut over at det ble nevnt at medlemstallet som kom frem av listen, «ikke var reelt». Den omstridte listen synes heller ikke på andre måter å ha blitt tillagt vekt i nemndas avgjørelse.

Jeg er enig med nemnda i at klubbens manglende tilbakemelding om en slik vesentlig nedgang i antall medlemmer måtte anses som et alvorlig brudd på meldeplikten. Det kan likevel stilles spørsmål om valg av reaksjon, da det følger av lotteriloven § 13 tredje ledd, jf. annet ledd, at dersom lotteri avholdes i strid med vilkår gitt i medhold av loven, kan lotterimyndigheten fastsette vilkår for fortsatt drift. Selv om bruddet på meldeplikten isolert sett må anses som et alvorlig brudd, kan det stilles spørsmål om en nedgang fra ti medlemmer (som er oppgitt å være gren-

sen for å bli godkjent som lotteriverdig organisasjon) til åtte medlemmer, bør kvalifisere til tilbakekall. Jeg lar dette spørsmålet ligge, blant annet fordi det går frem av dokumentasjonen i saken at klubben over en lengre periode ikke hadde noen medlemmer under 18 år, og jeg har ikke rettslige innvendinger mot nemndas vedtak.

Et av de sentrale spørsmålene i saken har vært om kravet til antall medlemmer for å bli ansett lotteriverdig (ti medlemmer) ikke ble kommunisert tilstrekkelig til klubben på tidspunktet da godkjenningen ble gitt. Nemnda uttalte følgende om dette i svaret på foreleggelsen herfra:

«Lotterinemnda har registrert at Lotteri- og stiftelsestilsynet ikke opplyser om 'grensen' på 10 medlemmer i sine godkjenningsvedtak. Generelt bør det kommuniseres hvilke vilkår som gjelder. Lotterinemnda er av den oppfatning at kravet til et visst antall medlemmer under 18 år med fordel kan opplyses i tilsynets godkjenningsvedtak, all den tid kravet ikke fremkommer av lov eller forskrift. Manglende kommunikasjon fra tilsynet vil i mange tilfeller medføre at det ikke foreligger gjentatt/alvorlig brudd.

Nemnda har ikke funnet grunn til å legge vekt på manglende kommunikasjon i denne konkrete saken, fordi det her er tale om manglende tilbakemelding om en betydelig reduksjon av antall medlemmer over tid. Når det nettopp er disse som skal tilgodeses med lotteriinntekter, vil manglende tilbakemelding danne grunnlag for tilbakekall av godkjenningen.»

Selv om jeg er enig med nemnda i at medlemskravet med fordel kunne ha blitt kommunisert ved godkjenningsvedtaket, er det, etter det jeg har kommet til ovenfor, ikke nødvendig for min vurdering av tilbakekallsvedtaket å ta stilling til spørsmålet om betydningen av manglende kommunikasjon av medlemskravet på godkjenningstidspunktet.

Spørsmålet om forskjellsbehandling i forhold til andre klubber er ikke ferdigbehandlet i forvaltningen, og jeg kan derfor ikke kommentere dette. Det forutsettes at det følges opp av lotterimyndighetene.

## 2. Tidspunktet for å politianmelde

Advokaten har hevdet at det var i strid med god forvaltningsskikk at det ble inngitt politianmeldelse før saken var ferdigbehandlet i nemnda.

Et tilsynsorgan har anledning til å politianmelde forhold det får rede på under sitt tilsyn, som antas å være straffbare. Dette gjelder både forhold som direkte relaterer seg til det området organet er satt til å føre tilsyn over, og andre straffbare forhold tilsynet får rede på. Dette følger av den alminnelige adgangen til å melde forhold til politiet, og også indirekte av forvaltningsloven § 13b første ledd nr. 6, jf. § 13 om forvaltningsorganers taushetsplikt (at et forvaltnings-

organ kan anmelde eller gi opplysninger til påtalemyndigheten «når det finnes ønskelig av allmenne hensyn eller forfølgning av lovbruddet har naturlig sammenheng med avgiverorganets oppgaver»).

Ved behandlingen av saken her har det ikke vært stilt spørsmål ved tilsynets avgjørelse om å anmelde. En slik avgjørelse er preget av skjønn, som jeg i liten grad kan overprøve når det fremgår at de relevante momentene har vært vurdert. Spørsmålet i saken har vært tilsynets valg av tidspunkt for å politianmelde.

Spørsmålet om tidspunktet for å inngi politianmeldelse var temaet i en sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1998 på s. 304, om anmeldelse for manglende byggemelding. Det ble uttalt følgende om inngivelse av anmeldelse før saken var forvaltningsmessig endelig:

«Det kan ... reises innvendinger mot at anmeldelse ble inngitt før det var tilstrekkelig avklart at forholdet faktisk var ulovlig og straffbart. Slik jeg forstår kommunen, inngis det rutinemessig anmeldelser på samme måten i lignende saker. En politianmeldelse er imidlertid alvorlig og vil for mange oppleves som dramatisk. Før kommunen går til det skritt å anmelde forholdet, må kommunens saksbehandling være så vidt grundig at det rettslige og faktiske grunnlaget for anmeldelsen er rimelig avklart og bygger på en saklig og forsvarlig motivering. Uriktige anmeldelser må selvsagt unngås. Kommunen kan i større grad sikre seg mot uriktige anmeldelser av forhold som dette ved at det forvaltningsmessig er avklart at det aktuelle tiltaket faktisk er melde- eller søknadspliktig. I alle fall i grensetilfeller bør byggherrer etter mitt syn få anledning til å prøve spørsmålet for klageinstansen før kommunen politianmelder forholdet.»

I ombudsmannens årsmelding for 1999 på s. 45 kom ombudsmannen med tilleggsmerknader til uttalen, etter at kommunen hadde fulgt opp denne:

«Hensikten med anmeldelsen må være at bygningsmyndighetene har funnet at det anmeldte forhold er så alvorlig at det må reageres med strafferettslige reaksjoner. De bygnings- og forvaltningsmessige sider må være forsvarlig klarlagt fra kommunens side før eventuell anmeldelse.

Jeg minner igjen om at en politianmeldelse er et alvorlig skritt som for mange vil kunne oppleves som dramatisk, særlig når det skjer fra en offentlig etat eller myndighet. Når det som i den foreliggende saken særskilt gjelder spørsmål om overtredelse av plan- og bygningsloven § 110 nr. 2, og det ikke er endelig avklart forvaltningsmessig om det aktuelle tiltaket det er tale om å anmelde faktisk er melde- og søknadspliktig, må derfor kommunen være varsom slik at anmeldelse ikke inngis på et foregrepet tidspunkt. Som fremholdt i mitt brev til kommunen 8. september 1998, bør byggherrer i alle fall i grensetilfellene få anledning til å prøve spørsmålet for klageinstansen før kommunen politianmelder forholdet.»

Utgangspunktet ved mulige straffbare forhold innenfor tilsynsområdet, bør etter dette være at tilsynsorganet avventer å anmelde forhold til politiet til saken er ferdigbehandlet i klageinstansen. Dette må sees i sammenheng med den adgangen klageinstansen har etter forvaltningsloven § 34 til å prøve alle sider av saken, herunder hvilket faktum som skal legges til grunn. Eventuelle unntak fra dette utgangspunktet må etter min mening begrunnes. I saken har det vært snakk om to slike grunnlag. For det første kan det tenkes at klageinstansen i sin behandling av klagen antas ikke å berøre de faktiske forholdene som er anmeldt til politiet, enten dersom disse ikke er relevante for klagesaken eller dersom forholdene faller utenfor klageinstansens mandat å ta stilling til. For det annet kan faren for bevisforspillelse tenkes å være et slikt grunnlag.

Anmeldelsen rettet seg hovedsakelig mot at klubben skulle ha operert med fiktive medlemslister. (At klubben skulle ha brukt lotterimidler på et urettmessig grunnlag, som også ble hevdet i anmeldelsen, har ikke vært omfattet av behandlingen her.) Innsending av fiktive lister ble av tilsynet ansett for å være straffbart etter straffelovens bestemmelser om dokumentforfalskning og bedrageri og som overtredelse av lotteriloven.

Det må klart falle innenfor tilsynets arbeidsområde å gripe inn overfor, herunder å politianmelde, slike forhold. Når de antatt straffbare forholdene er knyttet opp mot en verserende forvaltningssak i tilsynet, vil denne tilknytningen imidlertid også få betydning for når anmeldelse bør skje. Dersom det er en mulighet for at klageinstansen som ledd i sin klagebehandling, vil ta stilling til hele eller deler av det faktumet som de antatt straffbare forholdene bygger på, bør førstinstansen etter min mening avvende anmeldelse til klageinstansen har ferdigbehandlet saken.

Her viste klagebehandlingen at nemnda ikke direkte bygget på et annet faktum enn tilsynet, og kom til samme resultat som tilsynet, men med en noe annen begrunnelse. Det må likevel kunne sies at det var en mulighet for at nemnda kunne ha uttalt seg annerledes enn tilsynet om faktum av betydning for anmeldelsen. Jeg er enig med tilsynet i at nemnda «ikke endelig [kan] fastslå om det er begått straffbare forhold». Det må likevel antas at politiet vil legge vekt på lotterimyndighetenes oppfatning av sakens faktum i vurderingen av om det skal iverksettes etterforskning.

Tilsynet har også vist til konsekvensvurderinger, herunder faren for bevisforspillelse, som begrunnelse for valg av tidspunktet for å inngi anmeldelse. Jeg er enig i at hensynet til faren for forspillelse av bevis kan gjøre at det i visse tilfeller må være adgang til å inngi anmeldelse på et tidligere stadium av saken, herunder at det er nødvendig med påtalemyndighe-

tens bistand for å sikre bevis i en mulig senere straffesak. Det må da i så fall foreligge en reell bevisforspillelsesfare, og denne må begrunnes ved å peke på de konkrete farene; det kan ikke være tilstrekkelig å vise til den generelle muligheten for bevisforspillelse, uten at den konkretiseres nærmere.

Det fremgår ikke at tilsynet forut for eller i anmeldelsen 28. oktober 2008 foretok en slik vurdering. At det «alltid [vil] være en fare for at bevis forspilles eller at vitner påvirkes dersom man varsler anmeldelse og denne utsettes i flere måneder», som tilsynet skrev i brevet 27. mai 2009 hit, kan vanskelig anses som en tilstrekkelig begrunnelse, da det ikke ble pekt på konkrete forhold. For øvrig nevnes at det allerede 31. mars 2008 ble varslet om mulig politianmeldelse. Da det ble inngitt anmeldelse i slutten av oktober samme år, hadde det allerede gått ca. 7 måneder, der bevis kunne ha blitt forspilt. Det burde derfor ikke ha stor betydning om det ble avventet med å anmelde forholdet til klagebehandlingen var avsluttet noen måneder senere, da det ikke var påpekt spesielle forhold som skulle tilsi fare for forspillelse av bevis.

Tilsynet har videre pekt på graden av sannsynlighetsovervekt som et relevant moment i vurderingen av om anmeldelse kan inngis før klagebehandlingen. Sannsynlighetsbetraktninger vil naturligvis være sentrale i vurderingen om man skal bringe en sak inn for påtalemyndigheten. Jeg mener imidlertid at slike betraktninger alene ikke vil ha betydning i en vurdering av om anmeldelse kan inngis før klagebehandlingen er fullført. Det er først dersom det er en begrunnet fare for bevisforspillelse at sannsynlighetsbetraktninger vil komme inn som et relevant moment i denne vurderingen.

Anmeldelsen ble inngitt 28. oktober 2008, to dager før den antatte klagefristen gikk ut. Tilsynet viste i redegjørelsen 27. mai 2009 til at hensynet til kontradiksjon var tilstrekkelig ivaretatt under prosessen, og at det derfor måtte være anledning til å inngi anmeldelse også før klagefristen var utløpt. Som nevnt, varslet tilsynet om en mulig politianmeldelse allerede i forhåndsvarselet 31. mars 2008. Det har ikke kommet frem forhold (bevisforspillelsesfare) som tilsa at tilsynet ikke kunne vente et par dager til, til fristen var gått ut. Klageren hadde da fått muligheten til å bestride lovligheten av tilbakekallet, noe som kunne vært tatt med i anmeldelsen.

Tidspunktet for anmeldelse kan også ha betydning for hvordan forvaltningsorganet ordlegger seg i anmeldelsen. Mye kan tale for at jo tidligere man anmelder, jo mer forsiktig bør man uttale seg. De straffebestemmelsene i straffeloven det ble inngitt anmeldelse for mulig overtredelse av, er undergitt offentlig påtale, jf. straffeloven § 77. Det må antas å være tilstrekkelig at forvaltningsorganet på en nøytral måte gjør påtalemyndigheten oppmerksom på mulige slike

forhold. I en sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2000 på s. 88 hadde jeg følgende generelle uttalelse om dette:

«Når det gjelder det generelle spørsmålet om 'ansvarsfordelingen' mellom forvaltning og påtalemyndighet, er det selvsagt klart at det hører under påtalemyndigheten å ta stilling til det rettslige grunnlaget for anmeldelsen, herunder om straffbarhetsvilkårene er oppfylt. Kommunen vil likevel etter min mening ha et selvstendig ansvar for å sørge for å avklare både det faktiske og det rettslige grunnlaget for en eventuell anmeldelse.»

Det sentrale må være å gjøre påtalemyndigheten oppmerksom på mistanke om straffbare forhold, slik at en nærmere stillingtagen til straffbarheten av de aktuelle forholdene, f.eks. slutninger om hensikten, ikke bør være nødvendig. Unntak fra dette utgangspunktet vil imidlertid kunne tenkes der en straffebeleggelse i særlovgivningen er overtrådt.

I denne saken ble politianmeldelsen unntatt offentlig. Det kan likevel være gode grunner for å vise tilbakeholdenhet med å komme med konklusjoner om skyld og straffbare hensikter, herunder benytte seg av begreper som blant andre «fabrikkerer», «fiktiv», «fingert» og «bevisst føre bak lyset». Dette kan også ha betydning for hvilke uttalelser som gis til media, noe jeg omtaler under punkt 3.

Det har i saken også blitt stilt spørsmål om tilsynet primært anmeldte de lotteriansvarlige personlig og ikke klubben, etter reglene om foretaksstraff. På samme måte som innholdet i anmeldelsen må vurderes, må det foretas en konkret vurdering av hvem anmeldelsen skal rettes mot. Det er ingen formelle hinder for at tilsynet kan anmelde enkeltpersoner. I og med at dette vil være en større belastning for de personene det gjelder, bør det imidlertid foreligge en spesiell grunn til at dette blir gjort. Jeg tar ikke stilling til om en slik grunn forelå i denne saken.

### 3. Tilsynets uttalelser i media

I foreleggelsen herfra var det særlig tilsynets uttalelse til lokalavisen 8. november 2008 det ble stilt spørsmål om. Det var blant annet uttalt følgende til avisen:

«Vi mener det foreligger dokumentfalsk og bedrageri av svært alvorlig art. Det dreier seg om pluss/minus to millioner kroner, noe som gjør dette til en av de største sakene vi har hatt av denne typen på landsbasis.»

I en sak fra 2002 (ombudsmannens årsmelding for 2002 på s. 79) hadde Datatilsynets direktør uttalt seg i media om en anmeldelse tilsynet hadde inngitt. Ombudsmannen innledet behandlingen av spørsmålet om uttalelsen slik:

«Utgangspunktet er at offentlige myndigheter og offentlige tjenestemenn har ytringsfrihet. ... Den

tjenestemann som uttaler seg offentlig på embets vegne, må som utgangspunkt ha rett til fritt å velge ord, uttrykk og karakteristikk som finnes passende for den situasjonen og de formålene uttalelsen er ment for.»

Det kan likevel ikke være fritt frem for å uttale seg som offentlig tjenestemann i slike saker, og det er mange hensyn som må veies opp mot hverandre. På den ene siden står blant annet hensynet til offentlighet og allmennprevensjon. På den annen side taler personvern hensyn for at forvaltningen skal innta en mest mulig nøytral innstilling til anmeldelsen. Det siteres videre fra den ovennevnte uttalelsen fra 2002:

«Tjenestemannen skal imidlertid også handle på en måte som er egnet til å fremme de oppgaver som hører under vedkommende myndighet. I forhold til borgerne skal forvaltningen og tjenestemennene opptre saklig, høflig og hensynsfullt. Det gjelder både i forbindelse med behandlingen av konkrete vedtakssaker og ved utførelsen av faktisk forvaltningsvirksomhet. Forvaltningen handler i samsvar med god forvaltningspraksis når den i sin virksomhet utfører de oppgaver og avveier de ulike hensyn det offentlige skal ivareta på en formålstjenlig og skjønnsom måte. Denne saken gjelder spørsmålet om en offentlig uttalelse fra Datatilsynets direktør var i samsvar med god forvaltningsskikk.

Når en offentlig tjenestemann uttaler seg om en anmeldt, siktet eller tiltalt person eller et anmeldt og påstått straffbart forhold, er det viktig å passe på at prinsipper og hensyn som vår rettergangsordning bygger på, blir tilfredsstillende ivaretatt. Når forvaltningen har anmeldt noen for et straffbart forhold, bør den innta en objektiv og upartisk stilling. De som uttaler seg på det offentlige vegne, bør da også søke å gi sine uttalelser form og innhold som gjenspeiler den objektive og upartiske holdningen offentlige myndigheter skal innta i forbindelse med straffeforfølgning.

Den anmeldelsen Datatilsynet hadde inngitt, var rettet mot lederen av X personlig. I en slik situasjon bør det unngås å bruke negativt ladete og belastende uttrykk og karakteristikk fordi det lett kan gi inntrykk av at den offentlige myndighet foregriper utfallet av straffeforfølgningen.

Når kravene til god forvaltningspraksis i denne sak skal formuleres, kan det derfor være av interesse å se hen til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 2, som bestemmer at 'enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven'.

Bestemmelsen understreker betydningen av at offentlige tjenestemenn avholder seg fra å uttale seg på en måte som gir inntrykk av at noen er strafferettslig ansvarlig før dette er formelt og rettsgyldig fastslått.

---

Forbudet mot å omtale en person på en måte som vil kunne oppfattes som en konstatering av at vedkommende er skyldig før straffesaken er endelig avgjort av domstolene, legger føringer på hvordan en offentlig tjenestemann på embets vegne bør uttale seg til offentligheten.»

Gjennom menneskerettsloven er Den europeiske menneskerettskonvensjonen gitt status som norsk lov. Det følger av artikkel 6 nr. 2 («uskyldspresumpsjonen») at «[e]nhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Bestemmelsen er gjennom Den europeiske menneskerettsdomstolens praksis forstått slik at ingen representant for staten må uttale offentlig at noen er skyldig i en straffbar handling før slik skyld er fastslått av en domstol.

Tilsynets uttalelse til lokalavisen konstaterte etter sin ordlyd ikke skyld hos de anmeldte, men ble presisert til å være et uttrykk for tilsynets mening. I lys av den konteksten uttalelsen ble gitt i, blant annet at det i samme intervju ble uttalt at det er påtalemyndigheten «som skal vurdere bevisene og bestemme om de vil ta saken videre», kunne uttalelsene neppe sies å innebære brudd på EMK art. 6 nr. 2.

Ved uttalelser til media må det imidlertid legges til grunn et forholdsmessighetsprinsipp; uttalelsen må være nødvendig for det aktuelle forvaltningsorganets ivaretagelse av sine oppgaver, og det nærmere innholdet må være avpasset til ivaretagelsen av disse.

I denne saken legger jeg til grunn at selve anmeldelsen var unntatt offentlighet og ikke kjent for pressen, men at den omstendighet at forholdet var anmeldt, var kjent. Formuleringene i anmeldelsen kan likevel ha hatt betydning for den som har uttalt seg på forvaltningsorganets vegne, og illustrerer det jeg har omtalt under punkt 2, om å utvise forsiktighet med ordbruken i anmeldelsen. Videre har det fremkommet at det var en spent situasjon blant klubbene i distriktet og at personkonflikter sto sentralt i dette, noe som var omtalt i media og kommentert av tilsynet før politianmeldelsen. Disse forholdene tilsa også forsiktighet ved uttalelser fra forvaltningsorganet. Den omstendighet at forvaltningen har funnet grunn til å gå til politianmeldelse, viser i seg selv at det sees alvorlig på saken. Uttalelser til media må formuleres slik at disse ikke blir en tilleggsbelastning.

I uttalelser til media før anmeldelsen ble det blant annet brukt uttrykk som «tøv» om noe klubbmedlemmer hadde uttalt, noe som må sies å være formuleringer som er unødvendig belastende og ikke kan anses å ha vært nødvendig for tilsynets utføring av sine oppgaver.

Problemstillinger man står overfor ved kontakt med media i slike saker har vært oppe i flere saker her, blant annet sakene inntatt i ombudsmannens årsmeldinger for 1990 på s. 85 og 1994 på s. 35. Det siteres fra sistnevnte sak:

«Avslutningsvis finner jeg grunn til å tilføye at selv om det kan være behov for å gi opplysninger til massemedia i forbindelse med aktuelle anmeldelser f.eks. på grunn av stor offentlig interesse, er det viktig å ta hensyn til den anmeldtes behov

for rettssikkerhet, beskyttelse og fair behandling. Et viktig forhold i slike saker er at det er tale om opplysninger i en fase av sakens behandling da utfallet er uvisst og erfaringsmessig vil det kunne ta lang tid fram til en avgjørelse foreligger. Dette understreker også betydningen av at forvaltningen viser stor varsomhet når det gjelder meddelelser som gis til offentligheten om anmeldelser. Faren for 'forhåndsdom' og store skadevirkninger for den som rammes, er i høy grad til stede.»

---

## 5. Oppsummering

Jeg har kritiske merknader til tidspunktet for inngivelsen av politianmeldelsen og til uttrykkene som ble brukt i den og i uttalelser til media.

Imidlertid har jeg ikke rettslige innvendinger mot lotterimyndighetenes tilbakekallsvedtak, men ber om at spørsmålet om forskjellsbehandling blir fulgt opp.»

## 7.

### Avslag på krav om tildeling av salgs plass – spørsmål om klagerett

(Sak 2008/1649)

*A søkte om å få leie plass til en salgsbod på torget i Bergen, men fikk avslag på søknaden av kommunen, som var grunneier. A klaget på avslaget, men klagen ble avvist under henvisning til at det ikke var klagerett. I klagen til ombudsmannen ble det anført at avgjørelsen om ikke å inngå avtale med A var et enkeltvedtak, og at klagen skulle vært behandlet.*

*Ombudsmannen uttalte at avgjørelser om å inngå eller ikke inngå leieavtale med torghandlere ikke kunne anses som enkeltvedtak. Det var derfor ikke grunnlag for rettslig kritikk mot kommunens avvisning av As klage.*

Klageren var tidligere torghandler med egen salgsbod på torget i Bergen. Torget ble da forvaltet av Torget i Bergen AS (TiB). Som følge av nye vilkår i utleieavtalen, ønsket ikke A å undertegne avtalen, noe som medførte at leieavtalen opphørte. A gikk da til sak mot kommunen med krav om at han hadde rett til å leie salgs plass på torget, men fikk ikke medhold av retten. Han sendte deretter ny søknad om fast torgplass, noe som ble avslått. Etter at kommunen overtok driften av torget, søkte han på nytt i 2008 om fast salgs plass. Kommunen avslo søknaden og viste til at det ikke ville bli tildelt nye faste salgsplasser i løpet av det året, og at alle søknader ble behandlet likt. A klaget på avslaget, men kommunen avviste klagen fordi det etter kommunens oppfatning ikke var klagerett. Kommunen uttalte at forvaltningen av torget skjedde på grunnlag av privat autonomi.



Klagen til ombudsmannen gjaldt både spørsmålet om salgsplass skulle vært tildelt og om det var klagerett på kommunens avgjørelse om ikke å inngå leieavtale med A.

Ombudsmannen ba blant annet kommunen redegjøre for forvaltningen av torget, herunder hvilke kriterier eller retningslinjer som gjaldt for tildeling av torgplass. Det ble også bedt om en utdyping av kommunens oppfatning om at forvaltningslovens regler om klage m.v. ikke kom til anvendelse i forbindelse med tildeling av salgsplass.

Kommunen opplyste at torget de siste årene hadde vært drevet av TiB, men at selskapet, der kommunen hadde 51 % av aksjene, gikk konkurs i november 2007. Etter konkursen fikk Bergen Kommunale Bygg i oppdrag å sikre videre drift av torget. All handel fra torget foregikk på grunnlag av leieavtaler mellom Bergen Kommunale Bygg og den enkelte torghandler, og det hadde etter kommunens syn ikke funnet sted noen «tildeling av salgsplasser». Kommunen opplyste at hver enkelt torghandler var selvstendig næringsdrivende, som selv hadde ansvaret for nødvendige tillatelser fra offentlige myndigheter. Det ble også orientert om at det nå mest sannsynlig ville bli opprettet et nytt driftsselskap utenfor kommunens administrasjon.

Når det gjaldt spørsmålet om forvaltningslovens anvendelse i saken, viste kommunen til Gulating lagmannsretts dom fra 2005, der det ble fastslått at A ikke hadde rettskrav på leieavtale med TiB. Videre at lagmannsretten la til grunn at kommunen disponerte torget i kraft av sin private autonomi som grunneier, men at TiB likevel ikke sto like fritt som private grunneiere, noe kommunen var enig i. Det ble vist til at alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling og saklighet gjelder for kommunens handlinger. Kommunen viste til at et avslag på en søknad om leieavtale kunne innebære bruk av offentlig myndighet, men at dette normalt ikke var tilfelle «fordi det vanligvis ikke foreligger noe fordelingsaspekt ved avgjørelser om å inngå leieavtaler».

Kommunen mente at det ved vurderingen av om det var tale om myndighetsutøvelse, måtte ses hen til om tildelingskriteriene etter en helhetsvurdering fremstår som begrunnet i forretningsmessige eller i offentligrettslige hensyn, jf. tidligere uttalelser fra ombudsmannen og Justisdepartementets lovavdeling om tildeling av kommunale leiligheter/trygdeboliger. I tvilstilfeller måtte det etter kommunens syn legges vekt på om det gjorde seg gjeldende særlige rettssikkerhetshensyn.

For leieavtalene om salgsplass på torget understreket kommunen at det var tale om «avtaler om gjensidig bebyrdende ytelser», og viste til hvilke rettigheter og plikter som gjelder for torghandlerne. Etter kommunens vurdering kunne ikke leieavtalene

sies å fremstå som en offentlig støtteordning, idet avtalene inngås etter fastsatte retningslinjer, uten å inneholde et fordelingsaspekt. Kommunen opplyste at utgiftene til driften av torget var høyere enn leieinntektene, og at det på denne bakgrunn kunne stilles spørsmål om leiekontraktene i noen grad var subsidiert. Kommunens utgifter knyttet seg imidlertid hovedsakelig til driften av plassen som offentlig område, og ønsket om å drive torget på en måte som bygget opp stedet som turistattraksjon.

Oppsummeringsvis uttalte kommunen at en avgjørelse om ikke å inngå leieavtale med klageren ikke var en avgjørelse som innebar bruk av offentlig myndighet, og at det derfor heller ikke var tale om et enkeltvedtak. Kommunen kunne ikke se at det gjorde seg gjeldende rettsikkerhetshensyn som tilsa klageadgang ved denne type avgjørelser.

Kommunen viste også til forarbeidene til en lov som opphevet tidligere lov om handelsvirksomhet. Etter kommunens syn ga forarbeidene argumenter for at det var privat autonomi som var hjemmelsgrunnlaget for å regulere handel utenom faste utsalgssteder, herunder torgplasser.

A fastholdt at tildeling av salgsplasser og styringen av torget var utøvelse av offentlig myndighet, og at tildeling av salgsplasser var enkeltvedtak. Gjennom forvaltning av torgplassen hadde kommunen «lokalt monopol på utleie av torgareal i Bergen sentrum». Det ble vist til at arealet var et knapphetsgode, og at leieinntektene ikke dekket kommunens driftskostnader og derfor heller ikke ga avkastning på egenkapitalen.

#### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Spørsmålet for ombudsmannen er om Bergen kommunes avgjørelse om ikke å inngå leieavtale med A var et enkeltvedtak med tilhørende klageadgang.

Definisjonen av enkeltvedtak følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd:

«I denne lov menes med:

- a) vedtak, en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til privatpersoner (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter);
  - b) enkeltvedtak, et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer;
- »

Dersom en avgjørelse defineres som et enkeltvedtak, foreligger det adgang til å klage på vedtaket, jf. forvaltningsloven § 28 som fastslår at «[e]nkeltvedtak kan påklages».

Det kan uten videre legges til grunn at avgjørelse om utleie av salgsplasser på torget vil være «bestemmende for rettigheter og plikter til en eller flere be-

stemte personer». Det avgjørende spørsmålet er om avgjørelser om utleie av salgsplasser også anses som «utøving av offentlig myndighet».

I lovens forarbeider er det presisert at uttrykket «utøving av offentlig myndighet» er ment å skulle avgrense mot avgjørelser hvor det offentliges handlingsgrunnlag i prinsippet er det samme som for private institusjoner, som ved forretningsdrift og serviceytelser, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) side 54. Formålet med avgrensingen er at avgjørelser tatt som del av forvaltningsorganers forretningsmessige virksomhet ikke skal regnes som enkeltvedtak, og følgelig ikke omfattes av særreglene i forvaltningsloven kap. IV–VI.

Hans Petter Graver formulerer det slik at det offentlige i kraft av eierrådigheten og avtalekompetansen kan bestemme over bruken av offentlig eiendom og disponere over denne ved avtale (Alminnelig Forvaltningsrett, 3. utg. 2007, på side 222). Videre at det ikke er myndighetsutøvelse når forvaltningen utøver myndighet i kraft av privat handleevne (side 407). I Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (8. utg 2006), s. 241 blir det også fremhevet at kriteriet om «utøving av offentlig myndighet» avgrenser mot «disposisjoner av privatrettslig karakter, f.eks. avtaler om kjøp, salg, leie eller lån».

I en sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1993 (SOMB-1993-49) var det spørsmål om en avgjørelse om hvem som skulle få tillatelse til å drive «handlingvirksomhet» på en flyplass var enkeltvedtak eller ikke. Der uttalte jeg at det juridiske grunnlaget for reguleringen av «handlingvirksomheten» var eiendomsretten til flyplassområdet, ikke bruk av «statens høyhetsrett». Valget av «handlingoperatør» måtte i utgangspunktet anses som utøvelse av privat eierrådighet. Det ble avgjørende at kontraktene hadde et forretningsmessig preg, og at avgjørelsen ble truffet som en «naturlig del av den forretningsmessige drift av flyplassene». Om den generelle grensdragningen uttalte jeg:

«Selv om forarbeidene gir en viss veiledning, er grensen mellom offentlig myndighetsutøvelse og offentlig forretningsdrift langt fra skarp. I det enkelte tilfelle kan det derfor by på atskillig tvil om en avgjørelse er truffet under offentlig myndighetsutøvelse eller ikke. Karakteristisk for den type offentlig virksomhet som saken gjelder, er at den har innslag av så vel offentlige som forretningsmessige eller privatrettslige elementer. Den nærmere grensdragnings må derfor skje på grunnlag av en konkret vurdering. Viktige momenter vil være hvor inngripende avgjørelsen er for den enkelte, hva slags rettigheter eller plikter som eventuelt skapes og om avgjørelsen fremtrer som et resultat av at det offentlige bruker sin 'høyhetsrett' overfor borgerne. Andre momenter vil være om det offentlige er i en monopolsituasjon og kanskje fremtrer som den langt sterkeste

part, eller om avgjørelsen er et resultat av forhandlinger mellom mer jevnbyrdige parter.»

Det klare utgangspunktet er at forvaltning av kommunal eiendom, herunder kjøp og salg, ikke er utøvelse av offentlig myndighet. Det samme må gjelde kommersiell utleie. Selv om torget, med sin sentrale beliggenhet i Bergen sentrum og store tilstrømming av lokalbefolkning og turister, har en fremtredende plass i bybildet og derfor er attraktivt for potensielle leietakere, er dette ikke nok til å gjøre tildeling av salgsplasser til offentlig myndighetsutøvelse. De individuelle avtalene som inngås med torghandlerne er i utgangspunktet et utslag av kommunens eierrådighet. Det faktum at torghandleren betaler leie, og således presterer en motytelse, taler mot at utleie av torgplasser skal anses som «utøving av offentlig myndighet».

I «Rettsikkerhet ved offentlig tjenesteyting» (1984) på side 60 skriver Eivind Smith at det i rene «ytelse mot ytelse»-tilfeller er klart at det foreligger forretningsvirksomhet som faller utenfor enkeltvedtaksdefinisjonen. Et viktig moment er imidlertid om «formålet med virksomheten er fordeling av økonomiske goder eller utveksling av dem etter prinsippet om 'ytelse mot ytelse'». Størrelsen på en eventuell diskrepans mellom det offentliges ytelse og motytelsen vil derfor være sentral i vurderingen av om det er tale om bruk av eierrådighet eller utøving av offentlig myndighet.

Kommunen har i denne saken opplyst at utgiftene til driften av torget samlet sett overstiger leieinntektene, og at det på dette grunnlaget kan stilles spørsmål om leiekontraktene i noen grad er subsidiert. Det er imidlertid vist til at utgiftene i det vesentlige knytter seg til driften av torget som offentlig byrom og at bruken av midlene er begrunnet i kommunens ønske om å drive torget på en måte som bygger opp om stedet som turistattraksjon.

Den mulige «subsidieringen» av leieavtalene som det er tale om i dette tilfellet er et moment som i noen grad kan tale for at tildelingen er utøving av offentlig myndighet. Jeg er imidlertid enig med kommunen i at begrunnelsen for at kommunen bruker offentlige midler som i noen grad kommer leietakerne til gode, har betydning for vurderingen. At utvikling av et sentralt byrom, som torget i Bergen må anses å være, hører til blant kommunens oppgaver, er ikke tvilsomt. Det må her legges til grunn at formålet med bruken av de offentlige midlene ikke er å tilgodese leietakerne på bekostning av dem som ikke har leieavtale. Av denne grunn anser jeg at dette forholdet ikke i seg selv er et avgjørende argument for å anse inngåelse av leieavtalene som offentlig myndighetsutøvelse.

Det er videre på det rene at tildelingen av den typen leieavtaler det her er tale om, ikke skjer på bak-

grunn av en lovpålagt tjeneste. Å tildele leiekontrakter for offentlig eide arealer, til bruk som salgsplass for næringsdrivende, ligger klart utenfor de oppgavene det offentlige plikter å utføre. Saken er derfor ikke sammenlignbar med for eksempel utleie av trykdeboliger i kommunale leiegårder, se sak inntatt i ombudsmannens årsmelding for 1997 (Somb-1997-9).

At alminnelige forvaltningsrettslige krav til saklighet og likebehandling likevel gjelder når det offentlige tildeler denne typen leiekontrakter, er ikke omtvistet i saken.

Min konklusjon er at Bergen kommunes avgjørelse om ikke å tilby A salgsplass på torget er et utslag av kommunens private autonomi som grunneier. En inngåelse, eller en nektelse, av å inngå leiekontrakt kan ikke regnes som enkeltvedtak med klageadgang etter forvaltningslovens regler i kap. VI. Det er etter dette ikke funnet grunn til rettslig kritikk mot kommunens avvisning av As klage.»

## 8.

### Skattekontorets behandlingstid ved forberedelse av klagesak for skatteklagenemnda

(Sak 2009/1091)

*Da advokat A henvendte seg til ombudsmannen på vegne av selskapene Y og Z var forventet behandlingstid på ca. seks måneder, angitt i foreløpig svar fra Skatt øst, overskredet med ca. seks måneder.*

*Forvaltningens informasjonsansvar omfatter også å gi borgerne så presise og korrekte opplysninger som mulig om forventet behandlingstid i konkrete saker. Etter ombudsmannens vurdering var det mye som tydet på at den opprinnelig angitte forventede saksbehandlingstiden på seks måneder i større grad reflekterte en ønsket målsetting fra skattekontorets side, enn en realistisk konkret vurdering av forventet behandlingstid for den aktuelle klagesaken.*

*Skatt øst underrettet så ombudsmannen om at seksjon store foretak ville foreta en gjennomgang knyttet til planleggingen av regionens arbeid fremover.*

Saken gjelder saksbehandlingstiden ved Skatt øst i klagesakene til selskapene Y og Z etter Skatt østs endringsvedtak i februar 2008 for inntektsåret 2005. Ved endringsvedtakene ble Y og Z lignet for gevinst ved overdragelse av aksjer. Gevinstene som ble skjønnsmessig fastsatt, ble anslått til meget betydelige beløp. Selskapene ble også ilagt tilleggsatt.

Selskapene klaget over endringsvedtakene i brev til Skatt øst i mai 2008.

I brev til ombudsmannen 6. mai 2009 klaget advokatfirma B v/advokat A på vegne av Y og Z over at Skatt øst fortsatt ikke hadde ferdigbehandlet disse to klagesakene. Skattekontorets angivelig kritikkver-

dige sene fremdrift i de to klagesakene ble her i hovedsak fremstilt slik:

«Skatt øst opplyste skriftlig at klagen skulle være ferdigbehandlet innen 6 måneder. Selskapene mottok deretter et brev datert 30. oktober 2008, der saksbehandlingstiden for klagen ble forlenget med 3 måneder. Undertegnede har i løpet av vinteren og våren vært i telefonisk kontakt med skattekontoret flere ganger, der det opplyses at arbeidet med klagen nå er under «kvalitetssikring» uten at nærmere tidsangivelse er gitt for ferdigstillelse av innstilling til vedtak.

Skatt øst har som begrunnelse for den sene saksbehandlingstiden anført stort arbeidspress ved kontoret. Dette arbeidspresset er imidlertid skapt av skattekontoret selv. Saksbehandleren for klagesaken har vært tilordnet nye bokettersyn i perioden etter at vedkommende fikk klagen i våre saker. Skattekontoret har således valgt å åpne flere bokettersyn enn kontoret er i stand til å følge opp når vedtak er truffet (i klagerunden). Skattekontoret har prioritert andre saker, der vedtak ikke er truffet, foran denne saken der vedtak er truffet i første instans. Det er ikke holdbart av skattekontoret å vise til slikt arbeidspress som begrunnelse for den lange saksbehandlingstiden. ...

Skattyternes rettssikkerhet har som følge av den lange saksbehandlingstiden blitt vesentlig til-sidesatt. Skattyter må innbetale det omstridte skattebeløpet selv om saken er påklaget, og finansieringen av dette blir kostbar når klagebehandling trekker ut i tid. ...»

Skatt øst ble bedt om å kommentere advokat As anførsler i brevet hit. Det ble spesielt fremhevet at det særlig gjaldt anførselen om at det ikke var en holdbar grunn for den sene saksbehandlingen at saksbehandleren var blitt tilordnet nye bokettersyn ved siden av forberedelsen av klagesakene til Y og Z.

I skattekontorets svarbrev het det blant annet:

«Fullstendig klage innkam [imidertid] 23.05.2008. Alle opplysninger for å realitetsbehandle klagen forelå således først 23.05.2008.

---

De omtalte sakene ble fordelt til saksbehandler etter kontorets vanlige rutiner. Etter ønske fra skattyter ble det avholdt et møte med skattekontoret allerede 28.05.2008. Det ble da gjort oppmerksom på at skattekontoret ikke hadde anledning til å starte klagebehandling med det første fordi saksbehandler allerede var belagt med et større bokettersyn.

Skattekontoret vil bemerke at det på grunn av stor saksmengde for tiden er lang saksbehandlingstid for behandling av klager. Dette gjelder særlig komplekse saker. De klagesakene som advokat A har tatt opp med Sivilombudsmannen er dessverre intet unntak i denne sammenheng. Det er følgelig ikke riktig at sakene er 'lagt bort' og nedprioritert slik advokaten hevder. Skattyter er for øvrig blitt orientert om sakenes behandling i brev av 30.10.2008 samt ved flere telefonsamtaler.

... Det skal ellers gjøres oppmerksom på at Skatt øst bestreber seg på å holde en forsvarlig

saksbehandling samtidig som saksbehandlingstiden ikke skal bli for lang. På grunn av saksmengden ved kontoret er behandlingstiden i mange tilfeller dessverre blitt betydelig lenger enn det som er målet.»

Advokat A kommenterte redegjørelsen og anførselene fra skattekontoret i hovedsak slik:

«Den saksmengden det er tale om her er bokettersyn og arbeid med å utforme vedtak basert på bokettersynsrapportene. Dette er nye saker der det skal treffes nye vedtak, som i sin tur kan bli gjenstand for klagebehandling. Vi mener at dette er en fullstendig uholdbar unnskyldning. Beslutningen om å åpne nye bokettersyn tas av Skatt øst selv på fritt grunnlag. Antallet nye bokettersyn er ikke pålagt ved lov eller forskrift.

---

... Vi merker oss at Skatt øst ikke nevner Si-  
vilombudsmannens oppfordring til å kommentere vår anførsel om at det er antallet nye bokettersyn tilordnet saksbehandleren som er årsaken til utsettelsene i vår sak.

...Vi er også tidligere blitt lovet innstillingen innen 'kort tid', uten at de involverte har kunnet tidfeste dette. ...»

Da skattekontoret kom tilbake til saken ble det opplyst at saksbehandleren ikke var blitt pålagt nye bokettersyn i etterkant av møtet 28. mai 2008, men at hun da «nettopp [hadde] påbegynt et bokettersyn i et større selskap som også måtte følges opp».

Videre ble det påpekt at de to aktuelle sakene var omfattende både med hensyn til faktum, dokumentasjon og rettslige spørsmål. Skattekontoret hadde blant annet måtte vurdere norsk rett opp mot sveitsisk rett. Av brevet fremgikk også at utkast til vedtak var blitt sendt skattyter i brev 10. juli 2009, at bemerkninger til utkastet ble mottatt 31. august 2009 og at begge sakene ville bli oversendt skatteklagenemnda i løpet av uke 38.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. I brevet hit 29. mai 2009 skrev Skatt øst blant annet at «[f]orventet saksbehandlingstid for slike klager er 6 måneder». Videre het det så:

«... Klagesaker krever betydelige ressurser samtidig som andre oppgaver som for eksempel kontroll og bokettersyn skal gjennomføres og behandles. Ressursene fordeles etter kontorets virksomhetsplan.»

Helt generelt må jeg kunne gå ut fra at samtlige av de forhold som her er nevnt blir tatt hensyn til, når forventet saksbehandlingstid blir anslått til seks måneder i Skatt østs foreløpige svar til klagerne i saker som de foreliggende klagesakene. Siden 1. januar 2008 har ombudsmannen mottatt til sammen nitten klager på saksbehandlingstiden ved Skatt øst. Det kan derfor synes som om saksmengden ved Skatt øst

kontinuerlig har vært i største laget i forhold til kontorets ressurser helt siden dette skattekontoret ble opprettet som en del av omorganiseringen av skatteetaten per 1. januar 2008.

Som påpekt av advokat A i brevene hit, er skattyteren i henhold til skattebetalingsloven pålagt å betale etterberegnet skatt når endringsvedtak er truffet, uavhengig av om vedtaket påklages. Enhver endrings- eller klagesak vil av skattyteren i større eller mindre grad kunne oppleves som en ulempe og en belastning, ikke bare økonomisk men også på annen måte. Uten tvil vil disse belastningene lett oppfattes stadig tyngre desto lenger tid som går før skatteetatens endelige avgjørelse i endrings- eller klagesaken foreligger. Særlig vil det kunne gjelde hvis det oppstår gjentatte forsinkelser eller utsettelse som gjør at samlet saksbehandlingstid går vesentlig ut over den saksbehandlingstid som opprinnelig ble forespeilet skattyteren i foreløpig svar eller annen kontakt med skattyteren.

Blant annet av denne grunn ligger det implisitt i kravene til god forvaltningsskikk at skatteetaten må stille spesielt strenge krav til egne prioriteringer og ressursbruk i tider med kapasitetsproblemer. Det må gjelde uavhengig av om problemene kan føres tilbake til unormalt stor saksmengde, andre mer eller mindre ekstraordinære forhold, eller uheldig sammentreff av flere slike omstendigheter som til sammen fort vil kunne påvirke saksbehandlingstiden i negativ retning.

Selv om skatteetaten som en del av sin totale virksomhet også må utføre løpende kontroller, kan det på generelt grunnlag stilles spørsmål om skatteetaten prioriterer forsvarlig hvis den i tider med en presset ressursituasjon likevel av eget tiltak åpner nye saker som åpenbart vil måtte føre til (ytterligere) forlenget saksbehandlingstid i allerede løpende endrings- eller klagesaker.

I herværende sak har Skatt øst i brevet hit 9. september 2009 opplyst at saksbehandler ikke ble pålagt nye bokettersyn etter at hun ble tilordnet klagesakene til Y og Z. Denne informasjonen ble uttrykkelig og særskilt etterspurt alt i brevet herfra 8. mai 2009. Det fremstår derfor noe påfallende at denne helt sentrale informasjonen for undersøkelsene herfra ikke alt ble gitt i skattekontorets svarbrev til ombudsmannen 29. mai 2009.

2. Etter det som er opplyst i forbindelse med undersøkelsene av saken herfra, legger jeg til grunn at saksbehandlingstiden for de to klagesakene som denne saken gjelder må regnes fra 23. mai 2008. Saksbehandlingstiden frem til skattekontrets oversendelse til advokat A 10. juli 2009 av utkast til vedtak i skatteklagenemnda ble således tretten og en halv måned. Etter at advokat A 31. august 2009 kom med sine merknader til dette utkastet, skal klagesaken ha blitt

oversendt skatteklagenemnda i løpet av uke 38. Den angitte saksbehandlingstid fra advokat A innga sine merknader til utkastet og frem til at skattekontoret skal ha oversendt saken til skatteklagenemnda, gir således isolert sett ingen grunn til kritiske merknader fra min side.

Innledningsvis i Skatteetatens serviceerklæring heter det at erklæringen «gjelder de vanligste sakene». Det er for disse sakene at serviceerklæringen angir saksbehandlingstiden i en klagesak til tre måneder, og da under forbehold om at det er skattekontoret som er klageinstans. Klagesakene til Y og Z kan vanskelig antas å være blant de «vanligste» sakene. I disse sakene var det heller ikke skattekontoret, men skatteklagenemnda som var klageinstans. Advokat As anførsel om at Skatt øst i vesentlig grad har brutt serviceerklæringens angitte behandlingstid på tre måneder for klagesaker, kan derfor vanskelig tillegges nevneverdig vekt i denne saken.

3. Det sentrale spørsmålet blir derfor om det gikk urimelig lang tid fra skattekontoret hadde fått inn fullstendige klager fra Y og Z til deres advokat fikk oversendt skattekontorets utkast til vedtak i skatteklagenemnda. Hvorvidt en bestemt klagesak skal anses å være forberedt (og avgjort) «uten ugrunnet opphold» – noe god ligningsforvaltningsskikk krever – vil nødvendigvis bero på en rekke forhold som må vurderes helt konkret i forhold til den enkelte sak.

Det er ingen grunn til å betvile at Skatt øst, seksjon for store foretak, over lengre tid har vært belastet med stor saksmengde. Jeg har også forståelse for at stor saksmengde lett vil kunne forlenge saksbehandlingstiden for den enkelte sak. I denne saken har skattekontoret i tillegg forklart tidsbruken, på vel 13 måneder ved forberedelsen av klagesakene til Y og Z, med at disse sakene var omfattende og komplekse både med hensyn til faktum og jus. Herunder at også sveitsisk rett var inne i bildet, og at saksbehandleren måtte følge opp et større bokettersyn som nettopp var påbegynt da de aktuelle klagesakene ble tilordnet. Skattekontoret har også forklart at denne tilordningen var i tråd med «kontorets vanlige rutiner».

Skatt øst hadde selv avsagt endringsvedtakene 28. februar 2008 som førte til klagen fra Y og Z. Derfor går jeg ut fra at skattekontoret umiddelbart, da klagen kom inn, ble klar over at forberedelsen av disse sakene kunne komme til å bli så tidkrevende som forklart og grunnlagt overfor ombudsmannen. Det gir grunn til å reise spørsmål om det da var forsvarlig av skattekontoret å fordele disse to klagen i henhold til kontorets «vanlige rutiner». Jeg viser til skattekontorets redegjørelse i brevet hit 9. september 2009 om at da klagen fra Y og Z kom inn ble de tilordnet en saksbehandler som da «nettopp [hadde] påbegynt et bokettersyn i et større selskap som også måtte følges opp». Bare hvis seksjonens øvrige saks-

behandlere var tilsvarende tungt belastet som saksbehandleren som nettopp hadde påbegynt det aktuelle bokettersynet, synes en fordeling etter kontorets vanlige rutiner fullt ut forsvarlig i dette tilfellet.

4. Generelt bør det kunne stilles krav om at den angitte forventede saksbehandlingstid i foreløpige svar til skattyterne skal bygge på en konkret vurdering blant annet av den aktuelle sakens karakter, omfang og vanskelighetsgrad, samt saksmengden og ressursituasjonen på kontoret m.v. Etter undersøkelsene som er gjort herfra, er jeg i tvil om tidsangivelsen i de foreløpige svarene til Y og Z i tilstrekkelig grad bygget på en slik konkret vurdering. Svarbrevne fra Skatt øst 29. mai og 9. september 2009 sammenholdt med klagen hit 6. mai 2009 fra Y og Z kan tyde på at den angitte forventede saksbehandlingstiden på seks måneder i større grad reflekterte en ønsket målsetting fra kontorets side, enn en realistisk konkret vurdering av forventet behandlingstid. Er det riktig, er det vanskelig å se at skattekontorets informasjon om behandlingstiden i de foreløpige svarene til Y og Z var i samsvar med skatteetatens informasjonsansvar overfor disse skattyterne.

Informasjonsansvaret skal som kjent sikre at alle opplysninger borgerne får fra forvaltningen er så presise og korrekte som mulig. Det må også gjelde opplysninger om forventet behandlingstid i en skattesak, uavhengig av om disse opplysningene gis muntlig eller skriftlig.

Det fremgår så vel av klagen hit som av Skatt østs brev 29. mai 2009 at det flere ganger var muntlig kontakt mellom advokat A og skattekontoret om kontorets fremdrift i forberedelsen av klagesakene til Y og Z. Slik skattekontorets muntlige informasjon til advokat A om behandlingstid og fremdrift er fremstilt i brevet hit 29. mai 2009, synes det som om også denne informasjonen til en viss grad var mer preget av en ideell målsetting om relativt rask saksbehandling, enn av en realistisk vurdering av forventet behandlingstid for forberedelsen av disse to klagesakene.

Eksempelvis heter det i brevet 29. mai 2009 at det i møtet med skattyter 28. mai 2008 ble «gjort oppmerksom på at skattekontoret ikke hadde anledning til å starte klagebehandlingen *med det første* fordi saksbehandler allerede *var belagt med et større bokettersyn*» [mine uthevinger]. I brevet hit 9. september 2009 har så skattekontoret mer presist opplyst at saksbehandleren i forkant av møtet 28. mai 2008 «*nettopp [hadde] påbegynt et bokettersyn i et større selskap*» [min utheving].

I brevet hit 29. mai 2009 skriver Skatt øst også:

«Advokat A ble i telefonsamtale 30.04.2009 informert om at utkast til vedtak på det nærmeste var ferdig. Det ble da gitt uttrykk for at utkastet ville foreligge om kort tid. Vi kan opplyse om at

dette arbeidet sluttføres i disse dager. Det er således blitt arbeidet med saken i en lang periode. Skattyter vil om ikke lenge motta utkast til vedtak for et av selskapene.»

I brevet hit 9. september 2009 opplyser så Skatt øst at utkast til vedtak ble oversendt skattyter 10. juli 2009. Det synes da nærliggende å stille spørsmål om hvor godt informasjonen til advokat A 30. april 2009 om at vedtaksutkastet da «på det nærmeste var ferdig» og «ville foreligge om kort tid» stemte med de faktiske forhold på det tidspunkt. Hvis den var helt i samsvar med arbeidssituasjonen til saksbehandler og seksjonen for øvrig 30. april 2009, så savner jeg en nærmere forklaring på hvorfor det gikk nærmere to og en halv måned før vedtaksutkastet faktisk ble oversendt skattyter.

Skatteetatens informasjonsansvar går bl.a. ut på å gi skattyterne så presise og korrekte opplysninger som mulig om forventet behandlingstid i konkrete saker. Det må særlig gjelde når saken er av så stor betydning for skattyteren som åpenbart er tilfelle i her-værende sak. Etter undersøkelsene i denne saken er jeg i tvil om Skatt øst ga Y og Z så presis og korrekt informasjon om saksbehandlingstiden som disse skattyterne burde kunne forventet.

5. En praksis med mangelfull eller urealistisk angivelse av forventet saksbehandlingstid vil også kunne ha andre uheldige konsekvenser, i tillegg til at den vil kunne bryte med forvaltningens informasjonsansvar overfor skattyter i den enkelte sak. Således vil en urealistisk oppfatning av hvilken behandlingstid den enkelte sak krever fort kunne reflekteres i en for ambisiøs virksomhetsplan sett i forhold til de ressurser skattekontoret disponerer. En virksomhetsplan er i utgangspunktet et strengt internt anliggende for skattekontoret. Likevel bør det være lett å innse at en virksomhetsplan som ikke er i harmoni med de ressursene skattekontoret disponerer over, fort vil kunne påvirke behandlingen av enkeltsakene i negativ retning, ikke minst ved (ytterligere) sendrektig fremdrift i forberedelsen av endrings- og klagesaker. Hvor uheldig det kan bli, synes herværende sak å være et godt eksempel på.

Jeg vil derfor be Skatt øst, seksjon store foretak, i lys av mine synspunkter ovenfor, vurdere å foreta en gjennomgang av sine rutiner og retningslinjer, både for fordelingen av større saker og for angivelse av forventet saksbehandlingstid i foreløpige svar og annen type kontakt med skattyterne. Jeg ber om å bli orientert om hvorledes skattekontoret vil følge opp denne anmodningen.»

I et foreløpig svar til ombudsmannen skrev så Skatt øst dette:

«Skatt øst ved seksjon store foretak ser at det kan være behov for å foreta en gjennomgang av sine rutiner og retningslinjer, både hva gjelder forde-

lingen av større saker, og for angivelse av forventet saksbehandlingstid i foreløpige svar og annen type kontakt med skattyterne.

Skatt øst og seksjon store foretak vil foreta en slik gjennomgang knyttet til planlegging av regionens arbeid fremover. Sivilombudsmannen vil bli underrettet om utfallet av denne gjennomgangen.»

## 9.

### Sak om utestenging fra svømmehall

(Sak 2009/216)

*En mann ble utestengt fra en kommunal svømmehall for en periode på 3 år, bl.a. fordi det ble lagt til grunn at han ved ett tilfelle hadde gått til fysisk angrep på andre badegjester.*

*Sett hen til at beslutningen om utestenging var streng og inngripende, burde saken ha vært bedre utredet og opplyst før beslutningen ble truffet. Det var også en mangel ved beslutningen at reaksjonens innhold ikke var nærmere grunngett.*

X kommune traff vedtak om utestenging av A fra X svømmehall for en periode på 3 år. Grunnlaget var at A skulle ha gått til fysisk angrep på andre badegjester i svømmehallen. Det ble dessuten vist til at A i 1993 ble bortvist fra svømmehallen i tre måneder, og opplyst at forholdet var anmeldt til politiet. Kommunens vedtak ble opplyst å være et enkeltvedtak som kunne påklages innen tre uker. Etter klage fra A opprettholdt X kommunes klagenemnd vedtaket om utestenging.

A brakte saken inn for ombudsmannen. Han mente at vedtaket var ugyldig, først og fremst fordi saken ikke var tilstrekkelig opplyst før vedtaket ble truffet. Han viste til at det fantes en lang rekke vitnemål i hans favør som ikke ble undersøkt nærmere fra kommunens side. Heller ikke As egen versjon av episoden hadde blitt presentert for kommunen før vedtaket ble truffet. Han mente at reaksjonens inngripende karakter og de alvorlige beskyldningene kommunen hadde kommet med, gjorde det ekstra viktig at han fikk anledning til å forsvare seg.

Saken ble herfra tatt opp med X kommune. Kommunen ble først spurt om den var enig i at det syntes mest nærliggende å se på utestengingen som utøvelse av privatrettslig eierrådighet, og ikke som et enkeltvedtak. Videre ble kommunen bedt om å utdype sin oppfatning av hva som skjedde i svømmehallen den aktuelle dagen. Det ble spurt om hvilke undersøkelser som var gjort for å bringe faktum på det rene, og om kommunen hadde vært i kontakt med andre badegjester som var vitne til episoden. Kommunen ble også spurt om saken kunne anses tilstrekkelig utredet. Det ble også bedt om at kommunen utdypet henvisningen til tidligere episoder der A skulle ha vært

innblandet, og spurt om det forelå noen dokumentasjon på dette.

X kommune opplyste at den sluttet seg til vurderingen om at utestengingen ikke var enkeltvedtak, men utøving av privatrettslig eierrådighet. Det ble videre opplyst at det var flere vitner til episoden i svømmehallen, og at fornærmede hadde anmeldt saken til politiet. Vitnene var avhørt av politiet, og Y politidistrikt hadde utferdiget et forelegg på kr 10 000. Dette var opplysninger kommunen nå hadde innhentet fra politidistriktet. Vedlagt brevet fra kommunen var en kopi av redegjørelsen fra badevakten i X svømmehall og virksomhetsleder i svømmehallen, som ble tilkalt etter episoden. Det var ikke vitner til stede som bestred det faktum som var lagt til grunn for utestengingen, og kommunen anså saken som tilstrekkelig utredet.

Kommunen opplyste at det i tillegg til episoden som førte til utestenging i 1993, hadde vært flere episoder med A som hadde vært vanskelig å håndtere for de ansatte. Kopi av dokumentasjon fulgte som vedlegg til kommunens brev. Kommunen mente at utestengingen således var en følge av tidligere utestenging samt As oppførsel i svømmehallen.

A kom med merknader til kommunens redegjørelse. Han ønsket ikke å forklare seg om de faktiske hendelsene, men bestred kommunens påstand om at det ikke fantes vitner med en annen versjon enn den kommunen hadde lagt til grunn. A påpekte også at utestengingen fra 1993 lå så langt tilbake i tid at den måtte anses som foreldet. Videre opplyste han at X tingrett i straffesaken den gang ikke fant noe å bebreide ham for det som var påstått å skulle ha skjedd i svømmehallen. Han fremholdt dessuten at eventuelle andre episoder i svømmehallen aldri var blitt tatt opp med ham, verken skriftlig eller muntlig.

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

«Jeg legger til grunn at beslutningen om utestenging fra X svømmehall, som er eid av X kommune, ble truffet i medhold av den privatrettslige eierrådigheten. Utestengingen var dermed ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a. Selv om X kommune har lagt til grunn at beslutningen var enkeltvedtak, og således gitt reglene om behandlingen av saker om enkeltvedtak og reglene om klage i forvaltningsloven anvendelse, må kommunens håndtering av denne saken vurderes opp mot de alminnelige forvaltningsrettslige prinsippene som gjelder ved utøvingen av eierrådighet.

Det er et grunnleggende krav at all saksbehandling i offentlig forvaltning skal være forsvarlig. For det første har forvaltningen plikt til å sørge for at en sak er tilstrekkelig opplyst før en beslutning treffes. For det andre, og i forlengelsen av det første, skal den som berøres av forvaltningens saksbehandling eller

beslutning få anledning til å fremlegge sin sak. Viktigheten av å overholde dette kontradiksjonsprinsippet vil kunne variere fra sak til sak. For eksempel vil det ulovfestede kontradiksjonsprinsippet gjøre seg sterkere gjeldende jo mer inngripende beslutningen er. Motsatt kan hensynet til å treffe en øyeblikkelig beslutning tale for at hensynet til at den som er berørt får anledning til å fremlegge sin sak må vike, i alle fall i første omgang. Et tredje, viktig element i forsvarlighetskravet er det ulovfestede kravet til saklighet. Inn under dette kravet kan man også henføre forbudet mot usaklig forskjellsbehandling og prinsippet om forholdsmessighet.

X kommune traff beslutning om å utestenge A fra X svømmehall for en periode på 3 år. I seg selv må dette anses som en streng reaksjon. Svømmehallen er et offentlig bad, og utestengingen må anses som inngripende. Det skjerper kravet til forsvarlighet i saksbehandlingen. I beslutningen fra X kommunes klagenemnd legges det til grunn at A «gikk til fysisk angrep på andre badegjester i svømmehallen», og at han «gjentatte ganger har oppført seg truende overfor andre badende og neglisjert irettesettelser fra betjeningen». Dette er alvorlige anklager, og krever en forsvarlig utredning for å kunne legges til grunn som tilstrekkelig bevist. Slike forhold kan også føre til at beviskravet skjerpes, se for eksempel ombudsmannens uttalelse gjengitt i årsmeldingen for 2008 side 123 (Somb-2008-32) med videre henvisninger.

Plikten til å undersøke en sak påhviler i første rekke vedkommende forvaltningsorgan. Det forvaltningsorganet plikter å undersøke, er først og fremst de omstendigheter som er rettslig relevante for det som beslutningen skal bygge på. Et skjerpet beviskrav vil også kunne føre til at forvaltningen må foreta mer omfattende utredninger enn det som ellers kreves. I dette tilfellet skulle det undersøkes hvorvidt retningslinjene for bruk av svømmehallen var brutt på en slik måte at det var grunnlag for 3 års utestenging, og/eller om det forelå andre omstendigheter som berettiget en slik beslutning. Det sentrale spørsmålet er om de rettslig relevante omstendighetene var tilstrekkelig opplyst før beslutningen om utestenging ble truffet.

I kommunens redegjørelse til ombudsmannen for hvilke undersøkelser som ble gjort for å bringe på det rene hva som skjedde [...], er det vist til at det var «flere vitner til denne episoden». Det er videre opplyst at kommunen har mottatt opplysninger fra Y politidistrikt om at vitner har vært avhørt og at det ble utferdiget et forelegg. Utover dette er det sparsomt med informasjon om hvilke undersøkelser kommunen foretok før beslutningen om utestenging ble truffet. De omtalte opplysningene fra politiet ble mottatt etter at beslutningen om utestenging ble truffet og kan således vanskelig ha vært lagt til grunn for ute-

stengingen. Under enhver omstendighet må forvaltningen på selvstendig grunnlag sørge for å foreta de undersøkelser saken gir grunn til, og på fritt grunnlag vurdere verdien og vekten av de ulike opplysningene som mottas.

Ut fra den dokumentasjonen som er oversendt hit, synes det kun å foreligge én skriftlig redegjørelse for hva som skjedde, utarbeidet av badevakten som var på arbeid den aktuelle dagen i svømmehallen. Det fremgår imidlertid av denne redegjørelsen at vedkommende badevakt ikke selv var vitne til hendelsen. Beskrivelsen er dessuten udatert, og det er ikke opplyst om denne skriftlige redegjørelsen ble innhentet eller mottatt som ledd i utredningen av saken før beslutningen ble truffet. Slik saken er opplyst og redegjort for fra kommunens side, legger jeg til grunn at X kommune forut for beslutningen ikke foretok andre selvstendige undersøkelser om hva som skjedde i svømmehallen [...].

A ble ikke varslet om at det ville kunne bli tatt en beslutning om utestenging for en periode på 3 år, og gitt mulighet til å fremlegge sitt syn. At A i klageomgangen hadde anledning til å redegjøre for saken, endrer ikke dette. A ble heller ikke gjort kjent med innholdet i redegjørelsen fra badevakten og gitt anledning til å imøtegå den.

Beslutningen om utestenging fra svømmehallen var også begrunnet i et tidligere vedtak om utestenging, og andre episoder som skal ha skjedd i svømmehallen. Kommunen har oversendt udaterte beskrivelser av episoder fra to ansatte ved svømmehallen. Heller ikke disse episodene synes å ha vært tatt opp med A, og han synes heller ikke å ha blitt gjort kjent med innholdet i beskrivelsene. Det er vanskelig å se at de tidligere episodene det er henvist til i beslutningen kan sies å ha vært utredet på en forsvarlig måte uten at A selv har fått innsyn i, og adgang til å uttale seg om dem. Åpenhet om disse faktiske forholdene ville dessuten ha kunnet bidra til en forsvarlig opplysning av saken, og gitt kommunen et bedre grunnlag å treffe beslutningen på. Slik de nevnte faktiske forholdene synes å ha vært opplyst, er det tvilsomt om de kunne legges til grunn som tilstrekkelig bevist for beslutningen om utestenging.

For at det skal kunne treffes en beslutning om utestenging, må det være forholdsmessighet mellom den eller de handlinger som ble begått og reaksjonens innhold. Utestengingens lengde er ikke nærmere begrunnet i beslutningen fra X kommunes klagenemnd. Den manglende begrunnelsen av reaksjonens innhold kan tyde på at det ikke er foretatt en vurdering av om reaksjonen var adekvat, noe som i tilfelle må anses som en mangel ved beslutningen.

Jeg er etter dette kommet til at saken ikke var tilstrekkelig utredet og opplyst før beslutningen ble truffet. Det er også en mangel at reaksjonens innhold

ikke er nærmere grunnlagt. På denne bakgrunn ber jeg X kommune behandle saken på nytt, og holde meg orientert om utfallet. Jeg presiserer at jeg med dette ikke har tatt stilling til om utestengingen var berettiget.»

## 10.

### Lånekassens endring av praksis for tildeling av bostipend – forskjellsbehandling

(Sak 2009/1349)

*Lånekassen hadde forskjellsbehandlet to elever på samme videregående skole, på forskjellige årstrinn, bosatt samme sted, som hadde søkt om bostipend for samme skoleår. Før skoleåret 2008/2009 hadde Lånekassen endret praksisen for beregning av reiseavstand mellom skolen og foreldrehjemmet. Eleven (B), som skulle begynne i 2. klasse, fikk innvilget bostipend på nytt, fordi det var innvilget forrige skoleår. Den andre eleven (A) fikk, på grunn av praksisendringen, ikke innvilget bostipend, da det var hans første skoleår på den skolen. Hensynet til forutberegnlighet gjorde seg etter Lånekassens syn ikke gjeldende i As sak, noe som forsvarte forskjellsbehandling av elevene.*

*Ombudsmannen var enig med Lånekassen i at A ikke hadde en rimelig forventning om også selv å få stipend. Det ble sett hen til at forvaltningen har anledning til å endre praksis med virkning fremover i tid og at endringen ble gjort i god tid før skoleåret var påbegynt. Forskjellsbehandlingen ble etter en konkret vurdering likevel funnet urimelig, på grunn av elevenes geografiske nærhet. I et lite lokalsamfunn, som det saken gjaldt, vil det normalt være tette bånd mellom innbyggerne, særlig blant elever som går på samme skole og derfor omgås hverandre til daglig. Forskjellsbehandling vil i slike tilfeller kunne oppleves urettferdig og urimelig. Lånekassen ble bedt om å behandle saken på nytt. Den nye behandlingen medførte at A ble tildelt bostipend for skoleåret 2008/2009.*

A søkte høsten 2008 om bostipend grunnet avstanden og reisetiden til videregående skole, som gjorde at han ikke lenger bodde i foreldrehjemmet. Reiseveien ble oppgitt å være 40 km til skolen, og 45 km fra skolen og hjem. Lånekassen avsto søknaden under henvisning til at det ikke var dokumentert at avstanden mellom foreldrehjemmet og skolen var mer enn 40 km, eller at reisetiden var mer enn tre timer samlet per dag. Klageren ble orientert om at Lånekassen la korteste veistrekning til grunn ved avstandsvurderingen, og det ble vist til forskrift 25. februar 2008 nr. 190 om tildeling av utdanningsstøtte § 17-2.

Avslaget ble påklaget. Det ble vist til at strekningen mellom hjemmet og skolen i utgangspunktet var



32 km, men at bussen til skolen kjørte 8 km ekstra for å hente andre elever på veien til, og at bussen fra skolen kjørte ytterligere 5 km ekstra. Den tilbakelagte veistrekningen var altså 40 og 45 km totalt, henholdsvis til og fra skolen.

Lånekassen ga en nærmere orientering om vurderingen av avstand, og det ble vist til forskriftene med tilhørende merknader. Det ble uttalt følgende om beregningen av avstanden:

«Ved beregning av avstand blir korteste strekning mellom foreldrehjem og lærestedet lagt til grunn, jf. merknadene til første ledd av § 17-2. At bussruten eventuelt er over 40 km mellom skolen og foreldrehjemmet fører med andre ord ikke til at du har rett til bostipendet.»

Lånekassen uttalte senere at det ikke ble knyttet tvil til opplysningene om at bussruten var mer enn 40 km, men viste til at det ikke var dokumentert at korteste vei mellom lærestedet og skolen var mer enn 40 km.

Klagen ble opprettholdt. Lånekassens klagenemnd stadfestet Lånekassens avslag, med samme begrunnelse som tidligere, om at korteste veistrekning mellom klagerens foreldrehjem og lærested var 32 km. Det ble ikke funnet dokumentert noen andre særlige forhold som gjorde at klageren ble hindret i å gjennomføre opplæringen ved å bo i foreldrehjemmet.

Klageren ba om en ny vurdering. Han viste til at han manglet 10 minutter i reisetid to dager i uken for å få innvilget stipend og mente det var urimelig at timeplanen skulle få så stor betydning. Videre sammenlignet klageren sin sak med en annen elev fra samme sted, som fikk innvilget bostipend i 2007, på samme vilkår som klageren søkte på i 2008. Om reiseavstanden uttalte klageren:

«Det er grunn til å understreke at noen kortere reiseavstand enn 44 km eksisterer ikke, det finnes ikke noen alternativ bussrute. Det blir derfor både urimelig og uforståelig for oss at ikke den faktiske og eneste reiseavstanden (44 km) skal legges til grunn.»

I sitt svarbrev viste Lånekassen til at klagenemndas vedtak var endelig, og det ble gitt følgende kommentar:

«Forskriften om tildeling § 17-2 har to alternative vilkår for bostipend. Enten må avstanden mellom foreldrehjemmet og lærestedet være mer enn 40 kilometer, eller så må reisetiden samlet være over tre timer per dag. Vilkåret om reisetid fanger altså opp de tilfeller der den korteste avstanden mellom foreldrehjemmet og lærestedet er under 40 kilometer, men rutene som offentlige kommunikasjonsmidler følger gjør at reisetiden allikevel blir over 3 timer. I denne saken er verken vilkåret

om avstand eller reisestipend oppfylt, og dette er grunnlaget for at søknaden ble avslått.»

Klageren brakte saken inn for ombudsmannen. Han hadde vanskelig for å forstå at Lånekassen bare målte direkte vei i en dal med barn som skal kjøres inn sideveier. Det ble vist til at eleven (B) fra samme sted (X) fikk innvilget bostipend i 2007 og 2008 på det samme faktiske grunnlaget som han selv, noe han syntes var urettferdig.

Lånekassen ble bedt om å oversende dokumentene i saken til B og ble deretter bedt om redegjøre for hvorfor A og B ble behandlet ulikt, idet bussruten ble funnet avgjørende i Bs tilfelle og ikke i As. Det ble også bedt om Lånekassens redegjørelse for rettmessigheten av en slik forskjellsbehandling.

Lånekassen svarte slik:

«Fra og med 2008-2009 endret Lånekassen sin praktisering av § 17-2 første ledd. Lånekassens praktisering av § 17-2 i 2007-2008 kom fram i merknadene til bestemmelsen, der det i en merknad stod at: «Reisetid og avstand blir regnet på grunnlag av opplysningene i de aktuelle rutetabellene.» Denne merknaden ble tatt ut og erstattet med følgende merknad til § 17-2 fra undervisningsåret 2008-2009: «Ved beregning av avstand blir korteste strekning mellom foreldrehjem og lærestedet lagt til grunn. Reisetid blir regnet på grunnlag av opplysningene i de aktuelle rutetabellene.»

Fra og med 2008-2009 ble det presisert i merknaden at forskriften gjelder avstanden mellom foreldrehjem og lærested, og det ble nedfelt i merknaden at det er korteste avstand som skal legges til grunn. Fra det undervisningsåret begynte Lånekassen med elektronisk beregning av avstanden, hvilket førte til et behov for en bedre definisjon av hvilken avstand som skulle legges til grunn. Fra 2008-2009 skulle dermed rutetabeller bare brukes når det er snakk om reisetid, og ikke også ved avstandsberging, som for tidligere år.

Når det gjelder B, søkte hun om bostipend for 2007-2008. Hun fikk i første omgang avslag da lærestedet ikke hadde bekreftet at vilkårene til avstand/reisevei var oppfylt. B klaget over dette, og opplyste at veiavstand foreldrehjem-skole var mindre enn 40 km, men at busstrassé foreldrehjem-skole og skole-foreldrehjem var henholdsvis 40 km og 45 km. Etter vurdering av klagen kom Lånekassen til at B hadde rett til bostipend 2007-2008.

Lånekassen fant at i og med at forskriften § 17-2 ikke var endret, kunne elever som fikk bostipend i 2007-2008, med god grunn ha regnet med at bostipend også ville bli tildelt i 2008-2009 dersom forholdene var nøyaktig de samme som i tidligere år. For at det skulle være en viss forutsigbarhet i ordningen, kom Lånekassen derfor fram til at ved vurdering av klager fra elever som var i ovennevnte situasjon, skulle Lånekassen kunne tildele bostipend i 2008-2009. Ved tildeling av bostipendet skulle disse søkerne informeres om at kravet til avstand ikke var oppfylt, men at Lånekassen hadde funnet å kunne gjøre unntak

fordi bostipend tidligere var tildelt på samme grunnlag. I tillegg skulle de informeres om at de ikke kunne påregne bostipend etter 2008-2009 hvis forholdene var de samme. Det var denne vurderingen som lå til grunn for at B likevel fikk bostipend i 2008-2009, og ikke selve innholdet i klagen hennes av 28.08.2008.

Slik vi ser det, er det forskjell på As og Bs situasjon 2008-2009. A søkte ikke om bostipend for undervisningsåret 2007-2008. A var dermed ikke i den situasjonen at han kunne forvente fortsatt bostipend i 2008-2009 ut fra uendret forskrift og egen situasjon. Etter Lånekassens oppfatning var det saklig grunn til forskjellen i behandlingen av As og Bs søknader om bostipend.»

I sin kommentar pekte klageren på at dersom en tilsvarende klar presisering hadde kommet på et tidligere tidspunkt, ville han hatt bedre anledning til å forutse hva man kunne forvente av støtte fra Lånekassen. Klageren mente det var urimelig at Lånekassen la til grunn at han ikke hadde forventet å få bostipend for skoleåret 2008-2009. Avslutningsvis uttalte han:

«Jeg er klar over at man som bostipendsøker ikke har anledning til å klage på forskriftene. Jeg vil heller ikke bestride det rent formaljuridiske. Men jeg vil peke på det jeg mener er det åpenbart urimelige ved avslaget og bestride at jeg ikke kunne forvente å bli tilgodesett. Slik jeg opplever det, har jeg vært maksimalt uheldig i omgang med knappe marginer og uheldige omstendigheter (manglet 10 min reisetid på å få det kriteriet oppfylt pga for «ryddig» timeplan) - i tillegg til at jeg ble et tilfeldig og uforskyldt uvitende offer for en ny måte å beregne reiseavstand (det andre kriteriet) på. Det kan tilføyes at andre fra X i tilsvarende situasjon som meg (...), har blitt tilgodesett på grunnlag av reisetid - dvs at de har vært «heldige med timeplanen». Det hjelper sannsynligvis ikke meg, men summen av «det urimelige» blir ikke mindre av den grunn.»

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Spørsmålet i saken har vært om Lånekassen hadde saklig grunn for forskjellsbehandlingen av A og B ved behandlingen av deres søknader om bostipend etter forskrift 25. februar 2008 nr. 190 § 17-2, og om forskjellsbehandlingen var rimelig. Det har ikke vært tvil om, og Lånekassen har ikke bestridt, at elevene ble behandlet forskjellig.

Utgangspunktet er at like tilfeller skal behandles likt, men det er likevel ikke forbudt med enhver form for forskjellsbehandling. Det følger av rettspraksis og juridisk teori at forhold anført som begrunnelse for forskjellsbehandling, må være saklige for at ikke forskjellsbehandlingen skal bli karakterisert som myndighetsmisbruk. Usaklig forskjellsbehandling vil som hovedregel innebære at ugyldighetsvirkninger inntreffer.

Lånekassens begrunnelse for forskjellsbehandlingen fremgikk av brevet 14. august 2009 hit:

«Slik vi ser det, er det forskjell på As og Bs situasjon 2008-2009. A søkte ikke om bostipend for undervisningsåret 2007-2008. A var dermed ikke i den situasjonen at han kunne forvente fortsatt bostipend i 2008-2009 ut fra uendret forskrift og egen situasjon.»

Som det fremgår av begrunnelsen, ble det konkludert med at hensynet til forutberegnlighet gjorde seg så vidt gjeldende i Bs sak at det begrunnet unntak fra forskriften. Hensynet til forutberegnlighet gjorde seg etter Lånekassens syn ikke gjeldende i As sak, og dette begrunnet forskjellsbehandling av A sammenlignet med B.

Jeg oppfatter det slik at Lånekassen legger til grunn at A som førstegangssøker, ikke kunne ha forventninger om å få bostipend. Det er imidlertid ikke drøftet om andre forhold enn det at han var førstegangssøker, tilsa at han hadde en slik forventning. Hvis A som førstegangssøkende hadde innrettet seg etter en forventning om å få bostipend, kan det ikke være opplagt at denne forventningen er mindre beskyttelsesverdig enn det å få innvilget en ytelse som man fikk forrige skoleår.

Under Lånekassens behandling kan det ikke ses at A påberopte seg en slik forventning, og anførselen om forskjellsbehandling ble først fremsatt etter at saken var behandlet av klagenemnda. Disse forholdene er besvart av Lånekassen etter at saken ble tatt opp herfra.

Selv om A skulle ha vært kjent med at B, eller andre i X, fikk innvilget bostipend skoleåret 2007-2008, var det ikke gitt at han hadde en forventning om også selv å få stipend. Forvaltningen har anledning til å endre praksis med virkning fremover i tid. Endringene i merknadene til forskriften må antas å være gjort i februar/mars 2008 i forbindelse med kunngjøringen av den nye forskriften. Det kan sies at det var nærliggende for søkerne å undersøke om det var gjort endringer for skoleåret 2008-2009. Samlet sett kan det derfor vanskelig konkluderes med at A kunne ha en forventning om bostipend for skoleåret 2008-2009. I utgangspunktet fremstår forskjellsbehandlingen således som saklig begrunnet.

En grunn som anses saklig, må imidlertid veies opp mot hensynet til konkret rimelighet før forskjellsbehandlingen kan rettfærdiggjøres.

Det går ikke frem av saken om A på søknadstidspunktet visste om andre som hadde fått stipend, og det går ikke frem hva slags forhold elevene på denne skolen har hatt på fritiden, eksempelvis naboskap, vennskap m.v. I et lite lokalsamfunn vil det normalt være tette bånd mellom innbyggerne, særlig blant elever som går på samme skole og derfor omgås hverandre til daglig. I slike tilfeller vil forskjellsbe-

handling kunne slå uheldig ut og oppleves urettferdig og urimelig.

Forvaltningen generelt, og særlig Lånekassen, blir ofte kritisert for å håndheve regelverket for strengt. Dersom man setter for strenge krav til når en forskjellsbehandling er saklig og rimelig, vil man kunne risikere at forvaltningen, ved anvendelse av strenge regelverk, på sikt hever terskelen for når det utøves skjønn etter konkret rimelighet, noe ingen vil være tjent med. Det er derfor ønskelig at forvaltningen åpner for å kunne «strekke seg litt» i visse saker.

Det må antas at B hadde en forventning om å få innvilget bostipend også for sitt andre skoleår, og det er ikke grunn til å gå inn på en vurdering av graden av hennes forventning. Når Lånekassen først har åpnet for unntak fra forskriftens § 17-2, har jeg kommet til at hensynet til konkret rimelighet, i denne saken elevenes geografiske nærhet, tilsier at elevene ikke burde ha blitt behandlet forskjellig.

I vurderingen er det også sett hen til at A var nær å oppfylle vilkåret om reisetid, jf. det ovenfor siterte fra hans brev 27. august 2009. A har også vist til at andre elever på skolen har fått innvilget bostipend med grunnlag i en annen og tilfeldigvis bedre planlagt timeplan. Dersom dette er riktig, vil dette kunne vært momenter i en ren rimelighetsvurdering av Lånekassens avslag på As søknad, uavhengig av Bs sak og spørsmålet om forskjellsbehandling.

Jeg ber Lånekassen vurdere saken på nytt, og bes om å bli holdt orientert om utfallet av den nye behandlingen ved oversendelse av kopi av Lånekassens brev til A.»

Lånekassen behandlet saken på nytt. Vedtaket ble omgjort, og A ble tildelt bostipend med kr 18 000 per semester for skoleåret 2008/2009.

## 11.

### Tap av førerrett – beregningen av tapsperioden når førerkortet ikke er innlevert

(Sak 2008/2694)

*A ble dømt for å ha kjørt bil i påvirket tilstand. I tillegg til fengsel og bot, ble han fradømt føreretten til motorvogn i 18 måneder. Politidistriktet og Politidirektoratet mente at tapsperioden begynte å løpe da A leverte inn melding om tapt førerkort i overkant av to måneder etter at dommen var rettskraftig. Under henvisning til tapsforskriften mente A at tapsperioden begynte å løpe da dommen var rettskraftig.*

*Etter en konkret vurdering av vedtakets forhold til det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, fant ombudsmannen ikke grunnlag for å kritisere direktoratets avgjørelse. Det ble lagt avgjørende vekt på de samfunnsmessige hensynene (hensynet til trafikksik-*

*kerhet, kontroll og håndheving). Den aktuelle situasjonen var ikke regulert i tapsforskriften, noe ombudsmannen mente burde gjøres og ba Politidirektoratet ta dette opp med Justisdepartementet.*

A ble dømt for overtredelse av vegtrafikkloven § 31 første til tredje ledd, jf. § 22 første ledd til fengsel i 40 dager, og idømt en bot på kr 25 000, for å ha ført motorvogn da han var påvirket av alkohol. Han ble i tillegg fradømt føreretten til motorvogn i en periode på 18 måneder, med 3 måneder fradrag for utholdt beslagsperiode før dommen.

Dommen ble rettskraftig 16. juli 2007. Klageren leverte 28. september 2007 inn tapsmelding for førerkortet. Da klageren i juli 2008 tok kontakt med politidistriktet i forbindelse med gjenerverv av føreretten, ble han underrettet om at tapsperioden på 15 måneder først hadde begynt å løpe fra tidspunktet for innleveringen av tapsmeldingen, og at perioden utløp 28. desember 2008. Dette innebar en forlengelse av tapsperioden på 2 måneder og 12 dager. Som begrunnelse for tolkningen, viste politidistriktet til at de samme hensyn gjorde seg gjeldende i denne saken som i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2005 s. 947.

I brev til politidistriktet hevdet klageren, under henvisning til forskrift 19. desember 2003 nr. 1660 om tap av retten til å føre motorvogn m.v. § 1-4 første ledd om at fristen regnes «fra den dagen dommen eller forelegget er rettskraftig», at politidistriktet ikke hadde lagt til grunn riktig utgangspunkt for fristberegningen. Da Høyesteretts avgjørelse ikke direkte gjaldt håndhevelsen av en fastsatt tapsperiode, men spørsmålet om beregning av tid som skulle komme til fradrag ved fastsettelsen av tapsperioden ved midlertidig førerkortbeslag forut for dommen, mente klageren at dommen ikke kunne tas til inntekt for politiets standpunkt.

Politidirektoratet opprettholdt politidistriktets vedtak. Direktoratet uttalte at kontrollhensynene som lå til grunn for dommen gjorde seg gjeldende i like stor grad i klagerens sak. Av hensyn til en effektiv gjennomføring av den fastsatte tapsperioden mente direktoratet at tapsforskriften § 1-4 første ledd annet punktum måtte forstås med det forbehold at plikten til å innlevere førerkortet til politiet etter vegtrafikkloven § 33 nr. 5 ble oppfylt som forutsatt.

Klagerens advokat brakte saken inn for ombudsmannen og viste til at fratakelse av førerrett var et alvorlig inngrep som krevde klar hjemmel i lov, jf. det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, og at politiets vedtak var fattet uten rettslig grunnlag.

Ombudsmannen ba direktoratet redegjøre for sitt syn på vedtakets forhold til legalitetsprinsippet. Videre ble det bedt om en redegjørelse for hvilke kontrollhensyn direktoratet siktet til og om disse hensyn

nene i like stor grad gjør seg gjeldende i perioden før rettskraftig dom, som i perioden etter rettskraftig dom.

Direktoratet viste til det grunnleggende skillet mellom førerrett (rett) og førerkort (legitimasjon). Det ble pekt på at felles for sakene var at bilførerne ikke innehadde førerrett, men samtidig var i besittelse av det fysiske førerkortet. Dette var etter direktoratets mening en betydelig utfordring for politiet ved rutinemessige kontroller på landeveien, da det normalt ikke vil være grunn til, eller praktisk mulighet for, å stille spørsmål om en person som innehar førerkortet også har den underliggende førerretten. På bakgrunn av dette mente direktoratet at kontrollhensynene er de samme i perioden før rettskraftig dom, som i perioden etter rettskraftig dom og til førerkortet innleveres.

Advokaten mente at en slik tolkning førte til at man fikk to tapsperioder; perioden fastsatt i dom, og perioden fra rettskraftig dom og til førerkortet innleveres, der kun den første var hjemlet. Etter hans mening erstattet ikke politiets vurdering av hensiktsmessigheten av å sanksjonere manglende innlevering med en tilleggsinndragning, legalitetsprinsippets krav til hjemmel. Kontrollhensynene var uansett ikke av ny dato, og man måtte derfor forutsette at lovgiver/forvaltningen var kjent med disse ved utformingen av forskriften.

Direktoratet viste i sitt svar til at deres forståelse av forskriften ikke kunne anses mer inngripende enn Høyesteretts forståelse i dommen. Endelig pekte direktoratet på hensynet til allmennprevensjon som et moment i vedtaket om forlengelse av tapsperioden, og at den straffesanksjonerte plikt etter vegtrafikkloven til å innlevere førerkortet straks avgjørelse om tap av førerrett er rettskraftig, ikke synes å ha den ønskede allmennpreventive effekt på personer som velger ikke å etterkomme pålegget om innlevering av førerkortet.

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

«Saken gjelder tolkning av § 1-4 første ledd i forskrift 19. desember 2003 nr. 1660 om tap av retten til å føre motorvogn m.v. (tapsforskriften). Bestemmelsen lyder slik:

«Ved fastsettelse av tap av førerrett i dom eller forelegg må det gis opplysning om for hvor lang tid tapet av førerretten gjelder, jf. førerkortforskriften § 38 og § 44 nr. 13. Fristen regnes fra den dagen dommen eller forelegget er rettskraftig. Har førerkortet vært beslaglagt eller det er innlevert tapsmelding før dommen er rettskraftig, skal denne perioden gå i fradrag.»

I § 1-4 fjerde ledd heter det:

«Det skal opplyses at førerkortet skal innleveres straks dommen eller forelegget er rettskraftig, jf. vegtrafikkloven § 33 nr. 5, og at kjøring i tapsperioden kan føre til forlenget tapsperiode etter § 7-1.»

Spørsmålet i saken har vært om bestemmelsen i første ledd om at fristen regnes fra den dagen dommen er rettskraftig, forutsetter at førerkortet (eller melding om tapt førerkort) er innlevert, og at tapsperioden ikke begynner å løpe før dette tidspunktet. Direktoratet har i saken praktisert bestemmelsen med en slik forutsetning.

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet innebærer at inngrep i borgernes rettssfære må ha hjemmel i lov, eller forskrift gitt i medhold av loven. Klageren ble i dommen 21. juni 2007 fratatt retten til å føre motorvogn i 15 måneder. Dommen ble rettskraftig 16. juli 2007. Etter en naturlig fortolkning av forskriften § 1-4 første ledd annet punktum, skulle klageren 16. oktober 2008 fått muligheten til å gjennerverve førerretten. Direktoratets tolkning innebærer, som advokaten har fremholdt, at tapsperioden for førerretten i realiteten forlenges; det oppstår et tidsintervall på 2 måneder og 12 dager der klageren er fratatt muligheten til å gjennerverve førerretten uten at dette fremgår direkte av forskriften. Dette er et inngrep i klagerens rettssfære, og man befinner seg derfor på legalitetsprinsippet område.

Legalitetsprinsippet er i forvaltningsrettslig teori og rettspraksis ansett for å være relativt. I dette ligger at kravet til tydeligheten av en hjemmel avhenger av hvilken grad av inngripen forvaltningens beslutning innebærer. Denne relativiteten har blant annet kommet til uttrykk i Rt. 1995 s. 530, hvor Høyesterett uttalte:

«Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.»

Ordlyden i § 1-4 første ledd er rimelig klar når den sier at fristen skal regnes fra den dagen dommen er rettskraftig. Direktoratet har vist til at første ledd må ses i sammenheng med fjerde ledd, hvor det vises til vegtrafikkloven § 33 nr. 5 om at førerkortet skal innleveres straks etter at dommen er rettskraftig. Jeg kan imidlertid vanskelig se at dette gir tilstrekkelig hjemmel for direktoratets tolkning i forhold til beregningen av tapsperioden.

Som i andre rettslige vurderinger, må det også på legalitetsprinsippet område foretas en sammensatt vurdering som bygger på vanlige tolkningsprinsip-

per, likevel slik at adgangen til å supplere med andre rettskildedefaktorer avhenger av hvor sterkt inngrep beslutningen innebærer.

Direktoratet la i sitt vedtak avgjørende vekt på innholdet i høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 947. Dommen gjaldt fastsettelsen av tapsperioden for førerrett, herunder beregningen av varigheten av forutgående beslagsperiode. Beslagsperioden skal etter tapsforskriften § 1-4 første ledd tredje punktum komme til fradrag ved fastsettelsen av tapsperioden. Domfelte mente at beslagsperioden startet da han samtykket i beslaget og ikke da førerkortet ble innlevert fysisk. Etter tolkning av tapsforskriften kom Høyesterett til at førerkortet måtte være levert inn. Tolkningen ble særlig begrunnet i kontrollhensyn.

Direktoratet uttalte i brev 7. april 2009 at den forståelsen som var lagt til grunn i vedtaket, vanskelig kunne «anses mer inngripende enn Høyesteretts forståelse i avgjørelsen inntatt i Rt 2005 side 947». Det ble fremholdt at i begge tilfeller manglet førerkortnehaveren retten til å føre motorvogn, og i begge tilfeller var den praktiske konsekvensen av manglende innlevering at førerkortnehaveren ikke fikk godskrevet tid som utholdt tapsperiode. I tillegg var den ikke godskrevne tiden vesentlig lengre i saken som høyesterettsdommen gjaldt.

Disse faktiske forholdene ved sakene kan tilsi at resultatet av tolkningene anses like inngripende. Det er likevel en forskjell når det gjelder typen tolkning av forskriften. I dommen kan Høyesterett sies å ha foretatt en presiserende tolkning innenfor ordlyden. Der gjaldt det tolkning av § 1-4 første ledd tredje punktum, som gjelder beslag før rettskraftig dom. Situasjonen i den foreliggende saken, manglende innlevering av førerkort etter rettskraftig dom, er ikke regulert i forskriften. Rent rettskildemessig kan dette fremstå som en viktig forskjell.

Det kan her være grunn til å vise til den omleggingen som har funnet sted for behandlingen av slike førerkortsaker. Saker om tap av førerrett ble overført fra forvaltningen til domstolene ved lov 4. juli 2003 nr. 77. Som det fremgår av Rt. 2005 s. 947 avsnitt 11, var beregningen av inndragningstiden tidligere regulert i førerkortforskriften 23. februar 1979 nr. 4 § 38 annet ledd, som lød slik:

«Inndragningstiden regnes fra datoen for det midlertidige beslag, eller dersom førerkortet ikke er beslaglagt, fra den dag det leveres til politiet.»

I høyesterettsdommen avsnitt 15 het det:

«Tapsforskriften ble gitt i forbindelse med at kompetansen i saker om tap av førerkort ble overført fra forvaltningen til domstolene ved lov 4. juli 2003 nr. 77. Det er ingen holdepunkter i lovforarbeidene for at det var meningen å gjøre noen endringer i denne type spørsmål i forbindelse med lovendringen.»

Tidligere traff politiet vedtak om førerkortinn-dragning, med klageadgang til Politidirektoratet. Den forrige forskriften fastslo at inndragningstiden ble regnet fra da førerkortet ble innlevert til politiet. Det er vanskelig å se hvilke hensyn som skulle tilsi en annen løsning selv om endelig avgjørelse om tap av førerrett er truffet av domstolen. Mye taler for at det som ble uttalt i høyesterettsdommen om «denne type spørsmål», også kan omfatte det spørsmålet som er aktuelt i denne saken.

Jeg er enig med direktoratet i at noen av de samme hensynene gjør seg gjeldende i begge situasjonene – manglende innlevering av førerkortet etter samtykke til beslag og manglende innlevering etter rettskraftig dom. Direktoratet har under henvisning til dommen i Rt. 2005 s. 947 definert de samfunnsmessige hensynene i saken til å være av kontroll- og håndhevingsmessig art. Viktigheten av å frata personer førerkortet når førerretten er inndratt, har særlig vært knyttet til rutinekontroller på veien, der politiet verken har et ønske om eller mulighet til å kontrollere alle førere av motorvogn opp mot politiets registre. I tillegg har direktoratet uttalt at den straffesanksjonerte plikt til å levere inn førerkortet i veitrafikkloven § 33 nr. 5 «ikke synes å ha den ønskede allmennpreventive effekt».

Spørsmålet er om disse hensynene må anses tilstrekkelig tungtveiende til at de legitimerer den tolkingen direktoratet har lagt til grunn. I denne konkrete vurderingen må det blant annet foretas en avveining mellom de ovennevnte samfunnsmessige hensyn og hvor sterkt inngrep det gjelder. Det er antatt at visse samfunnsmessige hensyn etter en slik konkret vurdering kan veie tyngre enn hensynet til enkeltindividet, og således gi forvaltningen tilstrekkelig hjemmel til inngrep.

I klagen hit har advokaten vist til at tap av førerretten må sies å ha en klart pønalt karakter med til dels omfattende konsekvenser, noe som bør føre til at det må stilles tilnærmet samme krav til klar hjemmel som ved ordinære straffebestemmelser.

Inngrepet må etter min mening ses på bakgrunn av hvilken berettiget forventning vedkommende må sies å ha hatt, situasjonen tatt i betraktning. Det var snakk om en forlengelse av en allerede fastsatt tapsperiode, og ikke en ny fratakelse. Jeg forutsetter at klageren visste at han hadde plikt etter loven og forskriften til å levere inn førerkortet, og at det var straffbart ikke å etterkomme denne.

Da det var snakk om en kort tidsperiode, at inngrepet ikke kan sies å ha vært overraskende, og at det i det vesentligste bare berører hans økonomiske sfære og ikke hans fysiske integritet, kan jeg ikke si meg enig i at vi befinner oss i kjerneområdet av legalitetsprinsippet, slik advokaten antyder.

Jeg har etter dette kommet til at de samfunnsmessige hensynene som det ble lagt vekt på av Høyesterett i Rt. 2005 s. 947, kontroll- og håndhevingshensyn, som igjen må sies å være av det overordnede hensyn til trafikksikkerheten, også må få avgjørende betydning i den situasjonen denne saken gjelder. Jeg finner det derfor vanskelig å kritisere direktoratets vedtak, men jeg mener at også den aktuelle situasjonen bør forskriftsreguleres og ber Politidirektoratet ta dette opp med Justisdepartementet.»

## Offentlighet, innsyn og taushetsplikt

### 12.

#### Partsinnsyn i barnevernssak

(Sak 2008/2663)

*Etter klage tok ombudsmannen opp med Barne- og likestillingsdepartementet det generelle spørsmålet om retten til innsyn i egen barnevernssak etter at vedkommende er fylt 15 år, dersom barnevernssaken ble avsluttet før barnet fylte 15 år. Det tidligere Barne- og familiedepartementet hadde i et brev fra 1999 til samtlige fylkesmenn, fylkeskommuner, kommuner og fylkesnemnder fremholdt at barnevernloven § 6-3 annet ledd ikke ga rett til slikt innsyn, og departementets tolkning syntes å ha vært fulgt i praksis.*

*På bakgrunn av ombudsmannens henvendelse, ba Barne- og likestillingsdepartementet om en uttalelse fra Justis- og politidepartementets lovavdeling om retten til innsyn etter barnevernloven § 6-3 annet ledd sammenholdt med retten til partsinnsyn etter forvaltningsloven §§ 18 flg. Lovavdelingen mente bl.a. at retten til partsinnsyn i saker etter barnevernloven også gjelder for personer som er fylt 15 år etter at saken ble avsluttet. Departementet opplyste etter dette at alle aktuelle forvaltningsorganer ville bli orientert om lovavdelingens uttalelse og hva dette innebærer for retten til partsinnsyn i barnevernssaker. Ombudsmannen fant da å kunne la saken bero.*

Ombudsmannen mottok en klage fra Offentlighetsutvalget i Norsk Presseforbund i en sak om partsinnsyn i en barnevernssak. Den konkrete klagen gjaldt en innsynsbegjæring fra Sandefjords Blad i dokumentene i en barnevernssak. Barnet (A), som på tidspunktet for innsynsbegjæringen var fylt 15 år, hadde samtykket til dokumentinnsyn. Begjæringen om innsyn ble imidlertid avslått under henvisning til at A ikke var fylt 15 år da den aktuelle barnevernssaken ble avsluttet. Det ble vist til at barn under 15 år ikke er parter etter barnevernloven 17. juli 1992 nr. 100 § 6-3 annet ledd, og at vedkommende da heller ikke har rett til innsyn etter fylte 15 år dersom saken før dette tids-

punktet er avsluttet, hvilket var tilfelle i denne konkrete saken. Som kilde for en slik tolkning ble det bl.a. vist til et brev 31. august 1999 fra daværende Barne- og familiedepartementet til Fylkesmannen i Vest-Agder, med kopi til samtlige fylkesmenn, fylkeskommuner, kommuner og fylkesnemnder. I brevet fremholdt departementet at barnevernloven § 6-3 annet ledd må forstås slik at barn ikke har rett til partsinnsyn i egen barnevernssak selv etter at vedkommende er fylt 15 år og forstår hva saken gjelder, dersom barnevernssaken ble avsluttet før vedkommende fylte 15 år.

Begge foreldrene til A samtykket etter hvert til å frigi de omstridte dokumentene, og ombudsmannen fant derfor ikke grunn til å undersøke den konkrete innsynssaken nærmere. Det ble imidlertid funnet grunn til å ta spørsmålet om forholdet mellom barnevernloven § 6-3 annet ledd og retten til partsinnsyn etter forvaltningsloven §§ 18 flg. opp på generelt grunnlag med Barne- og likestillingsdepartementet.

I brev herfra ble det spurt om departementet fortsatt mener bestemmelsen i barnevernloven § 6-3 annet ledd må tolkes slik departementet ga uttrykk for i brevet 31. august 1999. Det ble i tilfelle bedt om en nærmere redegjørelse for denne tolkningen, herunder for hvilke rettskilder som taler for en slik tolkning. I tillegg ble departementet bedt om å besvare flere konkrete spørsmål, bl.a. hvilke hensyn som taler for å begrense innsynsretten for barn som etter forvaltningsloven er part i en barnevernssak.

På bakgrunn av ombudsmannens henvendelse fant departementet grunn til å be lovavdelingen om en uttalelse om de rettsspørsmål ombudsmannen hadde tatt opp. Lovavdelingen uttalte at det klare utgangspunktet er at en part kan gjøre partsrettigheter gjeldende på ulike stadier i en sak. Retten til dokumentinnsyn er presisert å gjelde også etter at det er truffet vedtak i saken, jf. forvaltningsloven § 18 første ledd tredje punktum. Lovavdelingen kunne ikke se at ordlyden i barnevernloven § 6-3 annet ledd eller andre rettskilder knyttet til barnevernloven skulle kunne avskjære en person som har fylt 15 år i å utøve partsrettigheter selv om saken var avsluttet før vedkommende fylte 15 år. Heller ikke bestemmelsene om partsinnsyn i forvaltningsloven §§ 18 flg. gir grunnlag for å avskjære retten til dokumentinnsyn i slike tilfeller. Lovavdelingen konkluderte med at «forvaltningslovens regler om partsinnsyn i saker etter barnevernloven gjelder også for personer som har fylt 15 år etter at saken ble avsluttet». På spørsmål fra Barne- og likestillingsdepartementet, mente lovavdelingen at praksis kan og må endres, og at dette kunne skje innenfor gjeldende lovgivning. Lovavdelingens redegjørelse er i sin helhet tilgjengelig på Justis- og politidepartementets nettsider, og gjengis derfor ikke her.

Etter dette opplyste Barne- og likestillingsdepartementet i brev til ombudsmannen at samtlige kommuner og fylkesmenn, Bufdir, regionene i Bufetat og fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker ville bli orientert om Justis- og politidepartementets lovavdelings uttalelse, og for hva dette innebærer for retten til innsyn i barnevernssaker.

Ombudsmannen fant deretter grunn til å la saken bero.

### 13.

#### Spørsmål om partsinnsyn i underlagsmateriale til rapport

(Sak 2009/1310)

*Etter klage avslo fylkesmannen å gi A innsyn i referater fra intervjuer med As kolleger. Intervjuene var utført i forbindelse med utarbeidelse av en rapport om arbeidsmiljøet ved en kommunal virksomhet der A arbeidet. Avslaget ble begrunnet med at intervjureferatene var «interne dokumenter» og at A hadde fått innsyn i selve rapporten. Rapporten hadde vært en del av saksdokumentene i den senere saken om omplassering av A.*

*A kunne ikke kreve innsyn i intervjureferatene med hjemmel i forvaltningsloven § 18. Referatene var ikke saksdokumenter i saken om omplassering. Videre var det lite treffende å betrakte dokumentene som «interne dokumenter», all den tid kommunen ikke hadde hatt tilgang til intervjureferatene da omplasseringssaken ble behandlet. Det heftet derfor feil ved fylkesmannens lovanvendelse. Det var heller ikke forsvarlig av fylkesmannen å behandle innsynssaken uten å ha sett eller gjennomgått de dokumentene det var bedt om innsyn i.*

På bakgrunn av en arbeidskonflikt i en kommunal virksomhet, ble kommunen pålagt av Arbeidstilsynet å skaffe sakkyndig bistand for å håndtere situasjonen. En psykolog fra Hjelp24s bedriftshelsetjeneste utførte, med hjelp fra kommunens personalavdeling, intervjuer med alle As fast ansatt kolleger. På bakgrunn av intervjuene utarbeidet psykologen en rapport, som i hovedsak konkluderte med at det var en konflikt mellom A og lederen som påvirket arbeidsmiljøet. Da innholdet i rapporten ble forelagt A i et møte, skal han ha bestridt flere av de faktiske opplysningene som fremkom. Psykolograpporten utgjorde etter det opplyste en del av grunnlaget for den senere avgjørelsen om omplassering av A.

A ba om innsyn i intervjureferatene som utgjorde underlagsmateriale for arbeidsmiljørapporten fra Hjelp24. Dette ble avslått av kommunen med henvisning til at intervjunotatene var «interne dokumenter» jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18 annet ledd, slik bestemmelsen lød på daværende tidspunkt.

Avslaget ble påklaget, men fylkesmannen tok ikke klagen til følge.

Saken ble klaget inn for ombudsmannen, og etter å ha innhentet saksdokumentene ble saken tatt opp skriftlig med fylkesmannen. På bakgrunn av opplysninger i et brev fra kommunen til fylkesmannen, om at psykologen som utførte arbeidsmiljøundersøkelsen hadde makulert alt underlagsmateriale fra utarbeidelsen av rapporten kort tid etter at denne var ferdigstilt, ble det stilt spørsmål om intervjunotatene eksisterte da fylkesmannen behandlet saken, og om fylkesmannen hadde hatt tilgang til intervjuene under behandlingen av innsynssaken. Det ble også stilt spørsmål til om kommunen hadde hatt dokumentene i hende ved sin behandling av innsynssaken. Dersom fylkesmannen ikke hadde hatt dokumentene, ble det bedt om merknader til hvorvidt vurderingen av innsynsspørsmålet var gjort på forsvarlig grunnlag. Det ble videre bedt om en redegjørelse for avtalen mellom kommunen og Hjelp24, herunder om det var regulert hvilke dokumenter eller produkt kommunen skulle motta når undersøkelsen var ferdig. Fylkesmannen ble også bedt om å redegjøre for om intervjureferatene ble ansett å være en del av «sakens dokumenter» i saken om omplassering, og om dokumentene kunne unntas offentlighet som «interne» dersom kommunen ikke hadde hatt dokumentene eller brukt disse i forbindelse med saksforberedelsen.

Fylkesmannen redegjorde for saken og viste blant annet til kommunens uttalelse som fylkesmannen hadde innhentet. Det ble opplyst at intervjureferatene eksisterte da kommunen behandlet innsynsspørsmålet, og at kommunen hadde innhentet noen av disse til gjennomsyn ved behandlingen av innsynskravet. Dokumentene ble deretter tilbakelevert. Psykologen skal ha makulert notatene en gang «over sommeren 2008», og det var derfor usikkert hvorvidt dokumentene fremdeles eksisterte da fylkesmannen behandlet innsynssaken høsten 2008. Fylkesmannen understreket at man var klar over at det i utgangspunktet er problematisk å behandle innsynskrav uten å ha sett dokumentene det er bedt om innsyn i, og at det ikke er vanlig praksis å nekte innsyn i dokumenter fylkesmannen ikke selv har sett og vurdert. I denne saken hadde imidlertid fylkesmannen vurdert det som forsvarlig å behandle innsynssaken uten å innhente dokumentene, og dette ble nærmere begrunnet.

Fylkesmannen opplyste deretter at det ikke var særskilt regulert hvilket «produkt» Hjelp24 skulle utferdige på bakgrunn av arbeidsmiljøundersøkelsen, og særskilt avtale ble ikke utformet. Det fremgår imidlertid av rapporten at oppgaven var å kartlegge arbeidsmiljøet i den kommunale virksomheten og presentere eventuelle løsningsalternativer. Kommunen har videre opplyst at det var rapporten, og ikke intervjunotatene, som dannet grunnlaget for vurde-

ringen om omplassering av A. Fylkesmannen opplyste også at forvaltningsloven § 18 andre og fjerde ledd, slik bestemmelsen lød på vedtakstidspunktet, var til hinder for innsyn i intervjureferatene, og at det var blitt lagt avgjørende vekt på at A hadde fått innsyn i selve rapporten. Meroffentlighet var etter fylkesmannens oppfatning ikke å anbefale i saken, bl.a. på grunn av hensynet til arbeidsmiljøet og kollegene som var intervjuet.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

*«1. Spørsmål om partsinnsyn i intervjureferatene etter fvl. §18*

Det synes å være enighet om at avgjørelsen om å omplassere A var et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 bokstav b), og at de særlige saksbehandlingsreglene som følger av forvaltningsloven kapittel IV til VI derfor kommer til anvendelse. Som part i saken har A i utgangspunktet rett til innsyn i sakens dokumenter, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 18 første ledd. Forvaltningslovens bestemmelser om partsinnsyn ble noe endret i forbindelse med innføringen av ny offentlighetslov, dvs. med virkning fra 1. januar 2009. I og med at fylkesmannens vedtak i denne saken ble truffet høsten 2008, er det imidlertid forvaltningsloven slik den lød før endringen som kommer til anvendelse.

Forvaltningsloven § 18 første ledd første punktum lød:

«En part har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, for så vidt ikke annet følger av reglene etter denne paragraf eller § 19.»

Utgangspunktet for vurderingen av om A som part har krav på innsyn i intervjureferatene med hjemmel i forvaltningsloven § 18, er derfor om referatene kan sies å være en del av «sakens dokumenter» knyttet til vedtaket om omplassering. X kommune har opplyst at det var rapporten, som ble utarbeidet på bakgrunn av intervjuene fra arbeidsmiljøundersøkelsen, som inngikk i grunnlaget for omplasseringsvedtaket. Etter det opplyste hadde kommunen ikke intervjureferatene i sin besittelse da vedtaket om omplassering ble truffet.

Ordlyden i forvaltningsloven § 18 gir ikke særlig veiledning med hensyn til hvilke dokumenter som kan karakteriseres som «sakens dokumenter», og som en part kan kreve innsyn i. I offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 § 4 annet ledd og i den tidligere offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 3 er «saksdokument» som utgangspunkt definert som dokument som enten er utferdiget av organet selv, kommet inn til eller lagt frem for organet. Denne definisjonen gir i utgangspunktet en viss veiledning også for vurderingen av uttrykket i forvaltningsloven, selv om det

ikke gis veiledning med hensyn til hva som er en «sak».

I saken om omplassering av A er det imidlertid på det rene at kommunen ikke brukte intervjureferatene. Referatene ble nedtegnet av en ekstern rådgiver for kommunen, og beholdt hos vedkommende. I forbindelse med forberedelsen av vedtaket om omplassering hadde kommunen overhodet ikke dokumentene tilgjengelig hos seg, og i et slikt tilfelle kan jeg vanskelig se at intervjureferatene var en del av omplasseringssakens dokumenter. Slik jeg vurderer saken, kunne A derfor ikke kreve innsyn i intervjureferatene med hjemmel i forvaltningsloven § 18, og det er videre lite naturlig å definere intervjureferatene som «interne dokumenter» i omplasseringssaken. Det hefter derfor feil ved fylkesmannens lovanvendelse på dette punktet.

Jeg har med dette ikke tatt stilling til om det kunne foreligge et annet grunnlag for å gi A innsyn i dokumentene. Tatt i betraktning at de omstridte dokumentene ikke eksisterer lenger, er det imidlertid ingen grunn til å be fylkesmannen behandle innsynskravet på nytt.

### 2. Saksbehandlingen hos fylkesmannen

Fylkesmannen er etter forvaltningsloven § 21 annet ledd klageinstans for avslag på partsinnsyn, og klagebehandlingen skal følge reglene i lovens kapittel VI. Det følger av forvaltningslovens § 34 annet ledd at fylkesmannen kan «prøve alle sider av saken» dersom en klage tas til behandling.

Fylkesmannen la ved sin behandling av saken til grunn at intervjureferatene var en del av «sakens dokumenter» etter forvaltningsloven § 18 og at A derfor som utgangspunkt kunne begjære innsyn i referatene etter denne bestemmelsen. Etter en nærmere vurdering fant fylkesmannen at dokumentene kunne unntas partsoffentlighet som «interne dokumenter» utarbeidet av «særlig rådgiver», jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd bokstav b. Videre ble det lagt til grunn at A hadde fått innsyn i de faktiske opplysningene i saken gjennom innsyn i psykolograpporten, jf. § 18 fjerde ledd slik denne lød før lovendringen. Som det følger av mine konklusjoner under pkt. 1, var det ikke grunnlag for å klassifisere intervjureferatene som saksdokumenter i omplasseringssaken, og grunnvilkåret for retten til partsinnsyn etter forvaltningsloven § 18 var derfor ikke oppfylt.

Spørsmålet her er imidlertid om fylkesmannens avgjørelse ble truffet på et forsvarlig grunnlag, all den tid fylkesmannen ikke hadde sett eller vurdert de dokumentene innsynsbegjæringen gjaldt. Fylkesmannen har vist til at saksbehandlingen var forsvarlig i dette konkrete tilfellet, og har understreket at As rett til kontradiksjon ble ivaretatt ved at han hadde fått anledning til å gjøre seg kjent med innholdet i rappor-



tene og hatt anledning til å imøtegå informasjonen. Videre har fylkesmannen vist til at samme person utarbeidet både underlagsmaterialet og rapporten, og at vedkommende var sakkyndig. Fylkesmannen mente også at fylkesmannen ikke var egnet til å vurdere en psykologs bearbeidelse av eget underlagsmateriale.

Jeg er ikke enig i fylkesmannens betraktninger med hensyn til saksbehandlingen. I innsynssaker har klageorganet full prøvingsadgang, og vurderingen av innsynsspørsmålet må gjøres konkret for de dokumentene det er begjært innsyn i. For å kunne foreta en reell vurdering av et krav om dokumentinnsyn, er det etter mitt syn helt nødvendig å ha de aktuelle dokumentene for hånden, noe denne saken tydelig viser. Hvis klageorganet unnlater å foreta en konkret vurdering, kan dette bety at klageretten blir illusorisk.

Jeg viser også til at det er lite treffende å anføre at As rett til kontradiksjon ble ivaretatt ved at han fikk innsyn i selve rapporten, og at dette var en av grunnene til at han ble nektet innsyn i intervjureferatene. Når fylkesmannen ikke hadde gjennomgått de aktuelle referatene, kunne fylkesmannen vanskelig ta stilling til om det var korrekt at de faktiske opplysningene i referatene var blitt gjengitt i den endelige rapporten. Det er også grunn til å bemerke at innsyn kun kan gis i dokumenter som faktisk eksisterer på tidspunktet for innsynsbegjæringen. I denne saken er det usikkert om intervjureferatene eksisterte da fylkesmannen realitetsbehandlet As krav om partsinnsyn, uten at dette ble undersøkt fra fylkesmannen. Dette gir et uheldig bilde av saksbehandlingen.

### 3. Oppsummering

Intervjurapportene, som utgjorde underlagsmaterialet for rapporten om arbeidsmiljøet fra den aktuelle arbeidsplassen, var ikke en del av «sakens dokumenter» knyttet til vedtaket om omplassering av A, og forvaltningsloven § 18 kom derfor ikke direkte til anvendelse. Det er videre lite treffende å betegne dokumentene som «interne dokumenter», og jeg er kommet til at det knytter seg feil til fylkesmannens rettsanvendelse.

Videre var det ikke forsvarlig av fylkesmannen å realitetsbehandle innsynssaken uten å ha de dokumentene det var begjært innsyn i for hånden.

Tatt i betraktning at de omstridte dokumentene ikke lenger eksisterer, er det liten grunn til å be fylkesmannen behandle innsynskravet på nytt. Jeg ber imidlertid fylkesmannen merke seg mine synspunkter.»

## 14.

### Innsynsrett for den saken gjelder – internt notat

(Sak 2008/1159)

*Spørsmål om Datatilsynets direktør skulle få innsyn i et notat der han ble kritisert for måten han oppførte seg på under et åpent møte i Stortinget. Notatet var oversendt fra Justis- og politidepartementet til Fornyings- og administrasjonsdepartementet for at sistnevnte skulle ta saken opp med direktøren.*

*Ombudsmannen mente at verken dagjeldende offentlighetslov eller forvaltningsloven ga ubetinget hjemmel for innsyn. Saken var imidlertid av en slik karakter at direktøren hadde et aktuelt behov for kontradiksjon. Ulovfestede krav til at all saksbehandling i det offentlige skal skje på en forsvarlig måte, kunne etter ombudsmannens syn begrunne en rett til innsyn i notatet. Etter en konkret vurdering av de hensynene som gjorde seg gjeldende, mente ombudsmannen det var begrunnet tvil om den vurderingen Justis- og politidepartementet hadde foretatt.*

*Etter dette ble direktøren gitt innsyn i dokumentet.*

På et åpent møte i Stortingets lokaler om det såkalte «datalagringsdirektivet», holdt bl.a. lovrådgiver A i Justis- og politidepartementet (heretter Justisdepartementet) et innlegg om arbeidet med direktivet. Direktøren i Datatilsynet, B, orienterte om Datatilsynets syn på saken, og kommenterte i den forbindelse lovrådgiverens innlegg.

I etterkant av møtet skrev A et notat, der det fremgikk at hun følte seg sterkt krenket av Bs innlegg. Departementsråden i Justisdepartementet skrev et brev om saken, som sammen med lovrådgiverens notat ble oversendt departementsråden i Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD). I brevet fremholdt departementsråden at direktørens kommentarer hadde hatt preg av «sjikane og personangrep», og at B gikk «langt over streken for det man kan forvente av en offentlig tjenestemann». Justisdepartementet mente at forholdet burde tas opp med B, men overlot til FAD å vurdere hvordan dette mest hensiktsmessig burde skje.

FAD orienterte først B muntlig om brevet og notatet, og saken ble deretter tatt opp med ham i leder-samtale. B ba derfor om innsyn i dokumentene hos Justisdepartementet. Innsynsbegjæringen ble avslått, med den begrunnelse at dokumentene kunne unntas offentlighet i medhold av dagjeldende offentlighetslov § 5 annet ledd bokstav c om dokumenter for et organs interne saksforberedelse som er utarbeidet av ett departement til bruk i et annet.

I sin klage til ombudsmannen stilte B spørsmål ved avslaget, og forholdet til god forvaltningsskikk.

Justisdepartementet ble bedt om å redegjøre nærmere for hjemmelen for avslaget, herunder ble depar-

tementet spurt om en rett til innsyn kunne forankres i alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

Departementet fremholdt at notatet var utarbeidet dels for å orientere Justisdepartementets ledelse om hendelsen, «dels med sikte på en egnet oppfølging overfor FAD», og det kunne følgelig unntas offentlighet etter dagjeldende offentlighetslov § 5 første ledd, og § 5 annet ledd bokstav c. Brevet var et «oversendelsesnotat om de samme forhold som det vedlagte notatet omhandlet», og kunne etter departementets syn også unntas etter § 5 annet ledd bokstav c. Meroffentlighet hadde vært vurdert, men Justisdepartementet fant å kunne legge avgjørende vekt på at innsyn i notatet ville være en stor belastning for lovrådsgiveren. I den forbindelse pekte departementet på at notatet var skrevet i en personlig og fortrolig tone, og ikke med det for øyet at B skulle lese det. B hadde for øvrig vært gjort kjent med hovedinnholdet i notatet muntlig, i møtet med FAD 11. april 2008.

Det hadde aldri vært tale om å innlede noen saksbehandling som kunne munne ut i et enkeltvedtak. Hensikten med oversendelsen til FAD hadde utelukkende vært å gjøre departementsråden der oppmerksom på at en av Justisdepartementets ansatte hadde hatt en ubehagelig opplevelse med direktøren for et organ som administrativt hører under FAD. Opplysningene i notatet var av orienterende karakter. Det kunne følgelig ikke være tale om noen innsynsrett for B etter forvaltningsloven.

Etter Justisdepartementets syn kunne B heller ikke bygge noen rett til innsyn på alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Uansett måtte hensynet til lovrådsgiveren slå gjennom, i det en «underordnet ansatt må ha mulighet i fortrolighet å kunne redegjøre for sine overordnede om (ubehagelige) forhold som vedkommende har vært utsatt for i tjenesten». Justisdepartementet mente for øvrig at B heller ikke hadde behov for innsyn, i det han var kjent med hvilke forhold notatet dreide seg om. Han hadde selv vært til stede på seminaret, og «må vite hva han selv har sagt og på hvilken måte han har opptrådt».

B fremholdt på sin side at det ikke medførte riktighet at han muntlig var gjort kjent med innholdet i notatet. I møtet 11. april 2008 hadde departementsråden i FAD gitt ham en «*generell karakteristikk* av notatets kritiske innhold». Han mente således å ha et aktuelt behov for innsyn.

Han mente videre at Justisdepartementets oversendelse hadde hatt til hensikt å intimidere ham. Hvorvidt det var tale om et enkeltvedtak eller ikke, burde etter Bs syn ikke ha avgjørende betydning for hans rett til kontradiksjon.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Før saken ble tatt opp til avslutning her, fant Justisdepartementet å kunne gi B innsyn i departementsrå-

dens brev. Jeg har følgelig ikke lenger foranledning til å kommentere innsynsspørsmålet i forhold til dette dokumentet. Spørsmålet i det følgende er om B burde ha vært gitt innsyn i lovrådsgiverens notat.

Jeg er enig i at offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav c gir hjemmel for å unnta dokumentet fra offentlighet. Departementet kan heller ikke kritiseres for den meroffentlighetsvurdering som er foretatt, og jeg har således ingen innvendinger mot at notatet unntas fra offentlighetens innsyn *i sin alminnelighet*.

Slik saken er opplyst her, kan notatet heller ikke karakteriseres som en sak om enkeltvedtak. Det har neppe på noe tidspunkt, verken i Justisdepartementet eller i FAD, vært tale om at saken kunne munne ut i et enkeltvedtak. Forvaltningslovens regler om partsinnsyn kommer derfor ikke direkte til anvendelse. Den kritikk Justisdepartementet gjennom FAD har rettet mot B er imidlertid av en slik karakter at saken må anses å være av betydning for B og hans stilling som direktør i Datatilsynet. Det er tale om skarp kritikk som eksplisitt dreier seg om hvordan direktøren skjøttet sitt arbeid som offentlig tjenestemann. Anklagene mot direktøren ble behandlet på svært høyt nivå – de ble målbåret av departementsråden i Justisdepartementet og oversendt departementsråden i det departement Datatilsynet administrativt er underlagt. Til dette kommer at Justisdepartementet i oversendelsen eksplisitt skrev til FAD at det mente «forholdet bør tas opp med» B.

Dette tilsier at det må stilles krav til saksbehandlingen selv om det ikke formelt sett er tale om forbedelse til et enkeltvedtak. Det grunnleggende, ulovfestede krav om at all saksbehandling i offentlig forvaltning skal skje på en forsvarlig måte, kommer til anvendelse. B hadde klart nok et behov for å kunne imøtegå kritikken. I hvilken grad forsvarlighetskravet gir B krav på innsyn i det aktuelle notatet, må bero på en konkret vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende.

Justisdepartementet har fremholdt at B ikke hadde behov for innsyn, i det han selv hadde vært til stede på møtet, og var kjent med hovedinnholdet i notatet. Jeg er ikke enig i dette. Rett nok visste B hva som var *temaet* for kritikken, men det ga etter mitt syn ikke et uttømmende grunnlag for å imøtegå den. B er fortsatt ukjent med konkret hva han skal ha sagt og gjort under møtet. At han selv var til stede på møtet er til liten hjelp – det er *lovrådsgiverens oppfatning* av hans opptreden han må imøtegå. En viktig del av Bs behov for kontradiksjon er dessuten muligheten for å kunne korrigere eventuelle unøyaktigheter i lovrådsgiverens faktiske fremstilling. Det har han ingen mulighet for dersom han ikke får kunnskap om *hva* det er han beskyldes for å ha sagt eller gjort.

Hensynet til lovrådsgiveren kunne være et relevant mothensyn. Jeg vil ikke utelukke at en ansatts

behov for diskresjon etter omstendighetene kan begrunne en begrensning i kontradiksjonsretten. I dette konkrete tilfellet har jeg imidlertid vanskelig for å se at diskresjonshensynet kan være relevant. Direktør B er informert om *hvem* som har skrevet notatet, han er kjent med *hva* det gjelder og han er også innforstått med at lovrådgiveren føler seg «sterkt krenket» av ham. Det eneste han *ikke* vet, er konkret hva han etter lovrådgiverens mening skal ha sagt og gjort på møtet som førte til kritikk. Lovrådgiverens behov for diskresjon dreier seg følgelig utelukkende om behovet for å verne det konkrete innholdet i notatet – ikke om at det er ubehagelig for henne at B får vite at hun er kritisk til hans fremferd. Det vet han allerede. Den merbelastning innsyn vil medføre for henne, kan slik jeg ser det ikke veie tyngre enn Bs behov for innsyn.

At notatet etter Justisdepartementets syn er skrevet i en personlig og fortrolig tone finner jeg ikke å kunne tillegge særlig vekt. Justisdepartementet fant notatet egnet for oversendelse til departementsråden i FAD. Selv om interdepartemental korrespondanse på dette nivået nok kan være noe mer uformell enn korrespondanse utad, er det da vanskelig å se at *formen* i seg selv da skal kunne være til hinder for innsyn for den det gjelder.

Det er etter dette begrunnet tvil knyttet til den vurdering Justisdepartementet har foretatt av direktør Bs innsynsbegjæring, og jeg ber departementet vurdere spørsmålet på nytt. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede vurderingen.

Under saksforberedelsen har det for øvrig også vært stilt spørsmål ved om brevet og notatet ble journalført. Justisdepartementet opplyste i brev 27. juni 2008 at begge dokumenter ble journalført der da de ble oversendt FAD. Selv om det muligens kan stilles spørsmål ved om også returen av dokumentene burde ha vært journalført, finner jeg i lys av dette ikke grunn til å kommentere journalføringen nærmere.»

Kort tid etter opplyste Justisdepartementet at B hadde fått innsyn i notatet.

## 15.

### **Utlendingsdirektoratets behandling av anmodninger om oversendelse av saksdokumenter – partsinnsyn**

(Sak 2008/460 og 2008/526)

*Ombudsmannssaken gjaldt Utlendingsdirektoratets behandling av to anmodninger om oversendelse av saksdokumenter fra de respektive utlendingenes advokat. I de to sakene tok det henholdsvis ett år og fire måneder og sju måneder før de etterspurte dokumentene ble oversendt.*

*Ombudsmannen påpekte at anmodninger om dokumentinnsyn, herunder også partsinnsyn, må priori-*

*teres og avgjøres uten ugrunnet opphold. Behandlingstiden i disse to sakene var uakseptabelt lang og direktoratets beklagelser var utvilsomt på sin plass. Videre ble det kritisert at advokaten ikke hadde fått foreløpig svar eller tilfredsstillende orienteringer under behandlingen av innsynsanmodningene. Direktoratet ble bedt om å vurdere om det kan være grunn til å foreta endringer i de interne retningslinjene på området, herunder rutinene for kommunikasjon mellom de ulike enhetene i utlendingsforvaltningen.*

I forbindelse med bistand til to klienter i deres respektive utlendingssaker, ba advokat A om å få oversendt saksdokumentene i begge saker fra Utlendingsdirektoratet. I den første saken, som gjaldt bortfall av bosettingstillatelse m.v., ble det fremsatt innsynsanmodning til direktoratet 29. mars 2007. Advokaten purret på svar i juli 2007 og januar 2008. Innsynsanmodningen i den andre saken, som gjaldt utvisning, ble fremsatt 24. august 2007 etter at A hadde overtatt som utlendingens advokat samme høst. I denne saken ble det sendt purring i november 2007.

Advokaten klaget hit i februar 2008 og opplyste at han fortsatt ikke hadde fått oversendt dokumentene eller fått noen form for skriftlig tilbakemelding fra direktoratet. I brevene ble det anført at det burde være en kurant sak å få oversendt saksdokumentene og saksbehandlingstiden ble på denne bakgrunn hevdet å være sterkt kritikkverdig.

Det ble i første omgang tatt muntlig kontakt med direktoratet, som i telefonsamtaler i mars 2008 bekreftet at anmodningene om oversendelse av saksdokumenter var registrert på de to sakene, men at oversendelse ennå ikke hadde funnet sted. Direktoratet lovet at dokumentene ville bli oversendt i løpet av kort tid. Advokaten ble orientert om dette i brev herfra, og det ble samtidig gjort oppmerksom på at det til tross for direktoratets løfter om snarlig svar ville bli vurdert å iverksette nærmere undersøkelser. I brev 6. mai 2008 kom advokaten tilbake til saken om bosettingstillatelse m.v. og opplyste at dokumentene fortsatt ikke var mottatt.

Utlendingsdirektoratet ble i mai 2008 bedt om å redegjøre nærmere for behandlingen av de fremsatte innsynsanmodningene og opplyse hvorfor dokumentene ikke var oversendt tidligere. Det ble også bedt om å få redegjort for hvorfor advokatens purringer ikke så ut til å ha blitt besvart. I denne forbindelse ble det bedt om å få redegjort for eventuell kontakt med advokaten. Under henvisning til at forespørsler om partsinnsyn skal prioriteres og besvares raskt, ble det bedt om direktoratets merknader til saksbehandlingstiden og om den ble ansett å være akseptabel. Direktoratet ble bedt om å opplyse om alle de etterspurte dokumentene var oversendt, og eventuelt redegjøre for hvorfor dette fortsatt ikke var gjort. I alle tilfelle

ble det bedt om å få opplyst hvorfor dokumentene i den ene saken ikke så ut til å ha blitt oversendt slik det muntlig var gitt lovnader om.

I lys av de to enkeltsakene ble direktoratet også bedt om å redegjøre for sine rutiner for registrering og behandling av anmodninger fra parter om oversendelse av saksdokumenter, både i de tilfellene der dokumentene befinner seg i direktoratet og der de er hos andre organer. Direktoratet ble bedt om å gi en oversikt over gjennomsnittlig saksbehandlingstid for slike anmodninger.

I sitt svar ga direktoratet en generell oversikt over behandlingen av anmodninger om dokumentutlån, der det blant annet het følgende:

«Ved begjæring om dokumentutlån registreres anmodningen som mottatt i direktoratet og oversendes respektiv saksbehandlingsenhet for behandling av anmodningen. Det hender også at saksbehandlingsenhetene mottar begjæringer direkte pr telefaks.

Kontortjenesten i Utvisningsenhetene registrerer en slik anmodning i DUF og gir den til ansvarlig saksbehandler dersom saken står registrert med saksansvar på en saksbehandler i direktoratet. Dersom saken ikke står registrert med saksansvar hos en saksbehandler, gis teamkoordinator saken for å godkjenne dokumentutlånet, og utlånet gjennomføres av kontortjenesten.

Dersom DUF viser at saken er hos politiet eller Utlendingsnemnda, videresendes anmodningen til disse. Dersom direktoratet har noen av dokumentene, og politidistriktet har andre, ber direktoratet politiet oversende dokumentene for samordning slik at dokumentutlånet gjennomføres av direktoratet. Det motsatte kan etter en konkret vurdering også gjøres, det vil si at direktoratet oversender noen saker/dokumenter direkte til den som begjærer utlån, og ber politiet oversende det øvrige sakskomplekset. I vurderingen av hvilken fremgangsmåte som velges, er det et sentralt vurderingstema hvorvidt saksdokumentene skal til Utlendingsdirektoratet for behandling senere.

Utvisningsenhetene registrerer ikke gjennomsnittlig saksbehandlingstid for begjæringer om dokumentutlån. Begjæringene blir imidlertid behandlet fortløpende, slik at dokumentene under normale omstendigheter oversendes prosessfullmektig innen rimelig tid, og før det er gått en måned.»

Direktoratet viste til at det kan oppstå særskilte problemer dersom saksdokumentene ikke befinner seg samlet på ett sted.

I svaret ble det også gitt en inngående redegjørelse for behandlingen av innsynsandsmodningene i de to sakene. Direktoratet erkjente for begge sakenes vedkommende at det hadde vært en klar svikt i kommunikasjonen med advokaten, som burde ha blitt bedre orientert om behandlingen av anmodningene. Det ble beklaget at dette ikke var gjort. Direktoratet hadde følgende merknader til saksbehandlingstiden:

«Utlendingsdirektoratet anser ikke saksbehandlingstiden i de ovennevnte sakene som akseptabel, men viser imidlertid til forklaringene gitt under...»

Direktoratet beklager den lange saksbehandlingstiden i begge sakene, og vil for fremtiden etterstrebe å gi prosessfullmektig melding dersom et dokumentutlån ikke kan gis innen rimelig tid.

Direktoratet viser generelt til forvaltningsloven § 11a og er inneforstått med at det i saker som gjelder enkeltvedtak skal gis foreløpig svar etter bestemmelsens annet ledd dersom en henvendelse ikke kan besvares i løpet av en måned etter at den er mottatt.

Direktoratet har merket seg ombudsmannens uttalelse i sak 2004/1281, hvor ombudsmannen uttalte at god forvaltningsskikk tilsier at parten orienteres dersom de opplysninger om forventet saksbehandlingstid som er angitt i det foreløpige svaret ikke kan overholdes, og hvor ombudsmannen påpekte at mangler i DUF må søkes avbøtet ved at andre muligheter for å varsle om forsinkelser i saksbehandlingen tas i bruk. Direktoratet har videre merket seg ombudsmannens uttalelse i sak 2007/236, hvor ombudsmannen bemerket at lang saksbehandlingstid uten at det sendes foreløpig svar er i strid med forvaltningslovens regler om foreløpig svar. Ombudsmannen ba i denne uttalelsen om å holdes orientert om arbeidet med å etablere slike rutiner. Direktoratet kan nå opplyse om at etablering av slike rutiner er satt i gang, og at ombudsmannen vil bli orientert om dette arbeidet i særskilt brev.»

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

#### *«1. Generelt om behandling av innsynsanmodninger*

Utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 32 slår fast at forvaltningsloven 10. februar 1967 gjelder for behandlingen av utlendingssaker med mindre noe annet er særskilt fastsatt. Det følger av forvaltningsloven § 18 at parten som hovedregel har rett til å gjøre seg kjent med dokumentene i en sak. Retten til innsyn må sees i sammenheng med bestemmelsene om forsvarlig saksopplysning og grunnleggende kontradiktoriske prinsipper. Innsynsretten er av avgjørende betydning for at parten skal kunne ivareta sine interesser i saken på en tryggende måte. Det er derfor viktig at anmodninger om innsyn behandles raskt.

Utlendingsdirektoratet har gitt nærmere bestemmelser om partsinnsyn m.v. i rundskriv RS 2006-014. Saksbehandlingsrutinene i innsynssaker er omtalt i punkt 5 og det presiseres at den saksbehandleren som mottar begjæring om innsyn skal gjennomgå saksdokumentene for å se om det er dokumenter som bør eller skal unntas. For øvrig følger det av hovedregelen som gjengis i punkt 2 at innsyn skal gis. Det står ikke noe i rundskrivet om at innsynsanmodninger skal prioriteres, men det er likevel på det rene at slike anmodninger må gis prioritet. I forbindelse med behandlingen av en annen sak om partsinnsyn har jeg i årsmeldingen for 2005 side 103-104 (SOMB 2005-14) blant annet uttalt følgende:

«Generelt skal alle saker forberedes og avgjøres 'uten ugrunnet opphold', jf. forvaltningsloven § 11 a første ledd. Forarbeidene til forvaltningsloven inneholder lite om kravene til saksbehandlingstiden i innsynssaker, men det foreligger flere uttalelser knyttet til tilsvarende bestemmelse om saksbehandlingstid for innsynsbegjæringer etter offentlighetsloven.»

Det gjengis deretter følgende fra en tidligere uttalelse om innsyn etter offentlighetsloven:

«Innsynsbegjæringer 'skal avgjøres uten ugrunnet opphold', jf. offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 9 første ledd. Hva som er 'ugrunnet opphold' beror på en konkret helhetsvurdering. Fra Ot.prp. nr. 4 (1981–1982) s. 42 siteres:

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

Innsynsbegjæringer skal etter dette besvares raskt, fortrinnsvis umiddelbart. Jeg har i dokument nr. 4:1 (1997–1998) s. 11, jf. også dokument nr. 4:1 (2000–2001) uttalt at de fleste begjæringer bør 'kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1–3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter'. Regjeringen og Justiskomiteen har sluttet seg til dette, jf. St.meld. nr. 32 (1997–1998) s. 97 og 100 og Innst. S. nr. 21 (1998–1999) s. 18.»

I uttalelsen fra 2005 trekkes det deretter følgende konklusjon:

«Ut fra sammenhengen mellom offentlighetsloven, forvaltningsloven og pasientrettighetsloven må det legges til grunn at en part som begjærer innsyn etter forvaltningsloven eller pasientrettighetsloven, ikke bør stilles dårligere enn den som ikke er part og henvist til å begjære innsyn etter offentlighetsloven. Innsyn er ofte en nødvendig forutsetning for å kunne gjøre andre rettigheter gjeldende, og må derfor gis høy prioritet.»

Det ble konkludert med at en saksbehandlingstid på tre måneder ikke kunne aksepteres.

Jeg vil understreke viktigheten av at Utlendingsdirektoratet prioriterer anmodninger om partsinnsyn. Slike spørsmål må behandles og effektueres raskt. Direktoratet bør vurdere om det kan være behov for å presisere nærmere i de interne retningslinjene at behandlingen av slike anmodninger må gis høy prioritet.

For så vidt gjelder orienteringer under sakens gang, har jeg merket meg direktoratets uttalelse i svaret hit om at det i fremtiden vil være mer oppmerksom på å underrette prosessfullmektig når det ikke er mulig å overholde tidsfristen. Dette synes å være på

sin plass. Saksbehandlingstiden i innsynssaker skal i alminnelighet være så vidt kort at foreløpig svar normalt ikke vil være nødvendig. Dersom saksbehandlingstiden likevel trekker ut, må det gis orientering om dette til den som har bedt om innsyn og opplyses hva som er årsaken til forsinkelsen. Ved ytterligere forsinkelser må det gis ny orientering.

### 2.1. Behandlingen av anmodningen om dokumentinnsyn i saken om bosettingstillatelse m.v.

Det fremgår av direktoratets svar hit at det ble opprettet utvisningssak av Oslo politidistrikt 18. november 2006, og at saken ble oversendt Utlendingsdirektoratet 16. januar 2007. Advokat A anmodet 29. mars 2007 om innsyn i hans klients saker om bosettingstillatelse og utlendingspass. Brevet ble mottatt 4. april 2007 og oversendt utvisningsenheten i direktoratet. Advokaten ble i telefaks fra utvisningsenheten 9. mai 2007 orientert om at de etterspurte saksdokumentene befant seg hos Asker og Bærum politidistrikt. A henvendte seg uten resultat til politidistriktet 10. mai og 25. juli 2007. I e-brev 1. august 2007 orienterte politidistriktet om at alle saksdokumentene, herunder de berostilte sakene, var hos direktoratet og at innsynsbegjæringen ville bli videresendt dit.

Begjæringen ble mottatt av utvisningsenheten 16. august 2007 og lagt på utvisningssaken i påvente av at saksdokumentene vedrørende saken om reisedokument skulle komme til rette. Ifølge direktoratet skjedde dette i desember 2007. I januar 2008 mottok direktoratet nok en anmodning der A ba om å få oversendt alle saksdokumentene i de ulike verserende sakene. Utvisningssaken ble tildelt saksbehandler i januar 2008, og han fikk anmodningen 20. januar. Etter telefonkontakt med mitt kontor 10. mars 2008 ble dokumentene forsøkt rekvirert fra sentralarkivet i direktoratet uten positivt svar. Saksbehandler ringte også Oslo politidistrikt, men dokumentene var ikke å finne der. Anmodningen ble derfor liggende hos saksbehandler frem til direktoratet mottok brevet herfra 19. mai 2008.

I svaret hit fremgår det at med unntak av de tre siste sakene som var registrert på vedkommende, hadde det ikke lyktes direktoratet å oppspore saksdokumentene i de øvrige sakene, herunder saken om bosettingstillatelse. Sakene var av direktoratet forsøkt rekonstruert på grunnlag av elektroniske dokumenter registrert i DUF, og dokumenter i andre familiemedlemmers saker. De rekonstruerte dokumentene ble oversendt advokaten 5. juni 2008. Direktoratet har oppsummert saksbehandlingen på følgende måte:

«Behandlingen av denne begjæringen om dokumentutlån fremstår ikke som typisk, men som et enkeltstående tilfelle der kommunikasjonen har sviktet og manglende saksdokumenter har ført til en lang prosess.»

Direktoratet har senere i brev 18. august 2008 opplyst at de manglende saksdokumentene har kommet til rette og er oversendt advokaten.

Anmodning om dokumentinnsyn ble sendt 29. mars 2007. De rekonstruerte dokumentene ble imidlertid først oversendt til advokaten 5. juni 2008 og de komplette originaldokumentene skal han først ha fått i august 2008, dvs. mer enn ett år og fire måneder etter at anmodningen ble fremsatt. I løpet av denne tiden har A fått to tilbakemeldinger. Den ene fra direktoratet, der det ble opplyst at dokumentene var hos Asker og Bærum politidistrikt, og en påfølgende orientering fra politidistriktet om at dokumentene var hos direktoratet.

Etter den første henvendelsen til direktoratet ble advokat A etter det opplyste henvist til selv å ta kontakt med Asker og Bærum politidistrikt. Telefaksen fra direktoratet 9. mai 2007 synes her å bryte med de rutiner direktoratet har redegjort for i svaret hit. Det følger av disse at direktoratet anmoder vedkommende organ om å oversende dokumentene dersom direktoratet ikke selv har disse. I tillegg til at advokaten her ble henvist til selv å kontakte politidistriktet, synes heller ikke informasjonen om at dokumentene var der å ha vært korrekt. Jeg har for øvrig merket meg at det tok nesten tre måneder før advokaten fikk beskjed om dette fra politiet, hvilket vanskelig kan aksepteres. Det er uheldig at borgerne blir sendt mellom ulike forvaltningsorganer på denne måten. De ulike opplysningene tyder for øvrig på at det ikke har vært tilstrekkelig god oversikt over hvor dokumentene har vært lokalisert. Det synes videre å ha vært manglende kommunikasjon mellom enhetene i utlendingsforvaltningen.

Direktoratet har opplyst at anmodningen fra advokaten ble liggende hos utvisningsenheten fra midten av august 2007 til desember samme år i påvente av at de etterspurte dokumentene skulle komme til rette. Anmodningen skal ha fortsatt å bli liggende på saken etter at saken om utlendingspass ble mottatt av utvisningsenheten i desember 2007. Anmodningen om dokumentinnsyn var fortsatt ubesvart da det herfra ble tatt muntlig kontakt med direktoratet 10. mars 2008. Det er her en periode på sju måneder hvor det ut fra direktoratets redegjørelse er vanskelig å se at det har blitt gjort noe vesentlig med anmodningen. Dette er kritikkverdig. Ut fra redegjørelsen synes utvisningssaken først å ha blitt tildelt en saksbehandler i januar 2008, dvs. et år etter at den ble mottatt av direktoratet. Det antas at dette kan ha hatt betydning også for behandlingen av anmodningen om dokumentinnsyn, selv om direktoratet i redegjørelsen hit har opplyst at anmodninger gis til teamkoordinator dersom det ikke finnes en saksansvarlig. Jeg har ved flere anledninger pekt på svakheten ved at saker blir liggende lenge uten en aktiv og ansvarlig saksbe-

handler. Direktoratet bes merke seg dette og treffe de nødvendige tiltak slik at henvendelser om dokumentinnsyn ikke blir skadelidende.

Direktoratet har ikke redegjort nærmere for hvilken innsats som ble lagt ned for å få tak i de bortkomne dokumentene ut over at det i mars 2008 ble sendt en rekvisisjon til sentralarkivet i direktoratet uten positiv respons og tatt telefonkontakt med Oslo politidistrikt. Det gikk drøyt fem måneder fra disse hendelsene til samtlige dokumenter ble oversendt A. På bakgrunn av de opplysninger som ble videreformidlet herfra etter telefonsamtalen 10. mars 2008 er det uheldig at direktoratet ikke gjorde advokaten oppmerksom på den nye forsinkelsen og årsaken til den.

Behandlingen av innsynsanmodningen har tatt altfor lang tid og oppfølgingen fra direktoratets side har ikke vært tilfredsstillende. Direktoratet har beklaget den lange saksbehandlingstiden. Beklagelsen er på sin plass.

Direktoratet har gitt uttrykk for at det i denne saken har vært svikt i kommunikasjonen mellom advokat og direktoratet, og beklaget dette. Dette er jeg enig i. Direktoratet burde ha opplyst advokaten om at saksdokumentene var under innhenting og informert underveis om at dokumentene fortsatt ikke var å finne.

## 2.2. *Behandlingen av anmodningene om dokumentinnsyn i utvisningssaken*

Vedtaket om utvisning ble fattet av direktoratet 12. april 2007, og senere påklaget. Advokat A overtok saken høsten 2007, og anmodet i brev 24. august 2007 om å få oversendt saksdokumentene. Brevet ble mottatt av direktoratet 27. august 2007, og av utvisningsenheten 12. september samme år. Ifølge direktoratet skal det 19. september 2007 ha blitt sendt en telefaks til Oslo politidistrikt «til orientering og for videre ekspedering av sak», men denne telefaksen er ikke å oppdrive i vedkommendes saksmappe. Det ble sendt ny telefaks til politidistriktet 5. november 2007 med anmodning om oversendelse av saksdokumentene. Det ble sendt nok en telefaks fra direktoratet 5. mars 2008 til politidistriktet, og minnet om oversendelsen av dokumentene. Ifølge opplysninger i DUF skal politidistriktet samme dag ha tatt kontakt med Politiets utlendingsenhet (PU) og opplyst om rekviseringen. PU oversendte dokumentene til direktoratet påfølgende dag, og de ble videresendt advokat A 14. mars samme år. Forklaringen på at direktoratet ikke sendte anmodningen direkte til PU, som sommeren 2007 overtok ansvaret for den aktuelle kategorien utvisningssaker, skal ha vært at saken i DUF fortsatt sto registrert på Oslo politidistrikt.

Det tok i denne saken nesten sju måneder fra advokaten ba om å få oversendt saksdokumentene til de faktisk ble oversendt. En så lang saksbehandlingstid

kan ikke aksepteres. Ettersom direktoratet ikke selv hadde dokumentene i sin besittelse, var det i utgangspunktet en naturlig fremgangsmåte å be organet som hadde dokumentene om å oversende disse til direktoratet eller direkte til advokaten. Her ble imidlertid anmodningene sendt til Oslo politidistrikt mens dokumentene faktisk skal ha befunnet seg hos PU. At dette ble gjort etter den første henvendelsen i august 2007 kan kanskje være forståelig ut fra registreringen i DUF. Jeg forutsetter imidlertid at direktoratet som sentral aktør på utlendingsfeltet var kjent med at PU hadde overtatt ansvaret for den aktuelle sakstypen, og forut for de senere henvendelser burde det ha vært foretatt nærmere undersøkelser med hensyn til hvor dokumentene faktisk befant seg. Jeg har for øvrig merket meg at det mellom den andre og tredje telefaksen gikk fire måneder uten at det er redegjort for noen oppfølging fra direktoratets side. Dette kan vanskelig forsvares.

Oslo politidistrikts befatning med saken har ikke vært gjenstand for nærmere undersøkelser fra min side. Det gir imidlertid grunn til undring at politidistriktet først etter den tredje telefaksen tok kontakt med PU. Slik saken er opplyst, synes det klart at politidistriktet på et tidligere tidspunkt burde ha tatt slik kontakt eller eventuelt gitt tilbakemelding til direktoratet om at distriktet ikke hadde saksdokumentene hos seg.

Hovedårsaken til at behandlingen av innsynsandsmodningen tok lang tid i dette tilfellet synes å ha vært at saken feilaktig sto registrert på Oslo politidistrikt i DUF. I tilfeller der det innføres nye enheter i saksbehandlingsskjeden eller ansvaret for eksisterende enheter endres, er det svært viktig med gode registreringsrutiner. Jeg ber derfor direktoratet vurdere om det her kan være grunn til endringer i rutinen eller praktiseringen av disse. Det synes i alle tilfelle å være rom for å innskjerpe rutinen for kommunikasjon mellom direktoratet og politidistriktene/PU, slik at tilsvarende misforståelser kan unngås i fremtiden.

### *3. Avsluttende merknader*

Jeg har merket meg direktoratets erkjennelse av at behandlingstiden i begge sakene ikke er akseptabel, og at dette beklages. En beklagelse er helt klart på sin plass her. Ett år og fire måneder og sju måneder er uakseptabelt lang behandlingstid for anmodninger om innsyn som ikke reiser kompliserte rettslige spørsmål. I tillegg til å svekke borgernes rettsikkerhet kan også en slik behandlingstid gjøre den reelle

saksbehandlingstiden i utlendingssakene lengre enn den allerede er.

Direktoratet skriver at det er oppmerksom på forvaltningslovens regler i § 11a om plikten til å sende foreløpig svar, og ombudsmannens uttalelser om plikten til å sende orienteringsbrev og avbøte manglene i DUF.

Direktoratet har så vidt jeg kan se bare sendt en tilbakemelding til A, og det skjedde i saken om bopsettingstillatelse m.v. to måneder etter at han hadde sendt førstegangs begjæring om innsyn og ett år før direktoratet oversendte deler av saksdokumentene. Det foreligger ingen orienteringsbrev. Jeg har merket meg direktoratets orientering 22. september 2008 i ombudsmannssak 2007/236 om at direktoratet nå skal prioritere å få på plass en teknisk løsning i DUF slik at det sendes ut en automatisk generert melding når ny sak er opprettet i systemet. Videre vil det også bli laget rutiner for utsendelse av forsinkelsesmeldinger. Jeg vil understreke at behovet for foreløpige svar og forsinkelsesmeldinger også gjør seg gjeldende når saken ikke er nyopprettet i DUF, men eksempelvis når direktoratet mottar begjæring om innsyn. Det er viktig at også dette innlemmes i de nye rutinen slik at risikoen for tilfeller som de foreliggende reduseres.

I denne saken er det påvist mangler ved registreringen i DUF. Jeg vil nok en gang understreke viktigheten av å rette opp slike mangler og iverksette effektive tiltak for å avbøte disse inntil retting har skjedd. Dette er spesielt viktig siden utlendingssaker ofte er innom ulike interne og eksterne enheter i utlendingsforvaltningen.

Direktoratet bør videre vurdere behovet for en innskjerping av rutinen for kommunikasjon mellom de ulike enhetene i utlendingsforvaltningen når det gjelder oppbevaring og oversendelse av saksdokumenter. Det er av stor betydning at det i saker hvor dokumentene er vanskelige å oppdrive finnes gode rutiner for å sikre at partene blir holdt underrettet og at det iverksettes aktive tiltak for å oppspore dokumentene. Jeg har forståelse for at dette i blant kan være vanskelig å forene med den store arbeidsmengden saksbehandlerne i direktoratet har, men jeg vil i den forbindelse presisere at det er like viktig for direktoratet selv som for parten å vite hvor saksdokumentene til enhver tid befinner seg.

Jeg forutsetter at Utlendingsdirektoratet videreformidler mine merknader og synspunkter til øvrige enheter i utlendingsforvaltningen, og da spesielt Oslo politidistrikt, Asker og Bærum politidistrikt og Politiets utlendingsenhet.»

## 16.

**Dokumentinnsyn – taushetsplikt og kravet til konkretisering av en innsynsbegjæring**

(Sak 2007/2268)

*Interesseorganisasjonen A hadde bedt Arbeids- og inkluderingsdepartementet om kopier av dokumenter som var blitt utlevert TV-kanalen B i forbindelse med et dokumentarprogram om A. Bakgrunnen var at A mente departementet kunne ha gitt B innsyn i opplysninger som var underlagt taushetsplikt. As innsynsbegjæring ble avvist under henvisning til at den ikke anga hvilke konkrete dokumenter A ønsket innsyn i. Departementet mente også at selve innsynsbegjæringen fra B ikke var et saksdokument som det kunne kreves innsyn i. Etter at ombudsmannen tok saken opp med departementet, besluttet departementet likevel å imøtekomme As innsynsbegjæring, fordi departementet allerede hadde imøtekommet en tilsvarende begjæring fra en annen person. Departementet ga dessuten uttrykk for at bankkontonummene til enkelte av As medlemmer var underlagt taushetsplikt, og at B derfor ikke burde vært gitt innsyn i disse. For øvrig opplyste departementet at det planla å endre sine rutiner for behandling av innsynssaker. Endringene ville innebære at det bare kunne begjæres innsyn i konkret angitte dokumenter, og at disse måtte identifiseres med departementets journalnummer.*

*Ombudsmannen kritiserte departementets opprinnelige avvisning av innsynsbegjæringen fra A. Departementets oversendelse av dokumenter til B måtte anses som et saksdokument etter offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69, og As henvisning til denne oversendelsen måtte derfor anses som en tilstrekkelig konkret innsynsbegjæring. Departementet hadde ikke adgang til å operere med et strengere krav til konkretisering enn det som fulgte av lovverket, og departementets varslede rutineendring fremsto derfor problematisk. Slik saken var opplyst, hadde ikke ombudsmannen grunnlag for å anta at departementet hadde brutt sin taushetsplikt overfor A og As medlemmer. Opplysninger om private bankkontonumre kunne ikke i seg selv anses underlagt taushetsplikt.*

I forbindelse med et dokumentarprogram om interesseorganisasjonen A ble TV-kanalen B gitt innsyn i en rekke dokumenter som omhandlet A hos Arbeids- og inkluderingsdepartementet. A mente at B kunne ha fått innsyn i opplysninger som var underlagt taushetsplikt av hensyn til enkelte av As medlemmer, og ba derfor departementet om å oversende kopier av samtlige dokumenter B hadde fått innsyn i. Departementet avviste denne begjæringen under henvisning til at innsynsbegjæringen ikke anga hvilke konkrete dokumenter A ønsket å se. Det ble samtidig opplyst at departementet tidligere hadde innvilget en tilsvarende innsynsbegjæring fra en person som A hadde

hatt en viss kontakt med, og at A eventuelt kunne ta kontakt med denne personen.

Som følge av en klage fra A ble det besluttet å undersøke saken nærmere herfra. Under henvisning til opplysningene om at Arbeids- og inkluderingsdepartementet allerede hadde innvilget en innsynsbegjæring som tilsvarte As, ble departementet spurt om det anså avslaget overfor A forenlig med det alminnelige forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Departementet ble også bedt om å opplyse hvilket merarbeid det ville ha medført å imøtekomme As innsynsbegjæring.

I sitt svar hit fremholdt Arbeids- og inkluderingsdepartementet at det isolert sett hadde vært adgang til å avvise As innsynsbegjæring. Selve innsynsbegjæringen fra B kunne etter departementets syn ikke anses som et saksdokument som det kunne kreves innsyn i etter offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69. Departementets praksis var at slike innsynsbegjæringer ble registrert på hvert enkelt av de dokumentene begjæringen gjaldt, i tillegg til at en fysisk kopi av selve begjæringen ble skrevet ut og satt inn i en ringperm. Bs innsynsbegjæring inneholdt ikke noen opplisting over hvilke dokumenter B hadde bedt om innsyn i. For å finne ut hvilke dokumenter og opplysninger B faktisk var gitt innsyn i, ville det derfor være nødvendig å undersøke hvert enkelt dokument som begjæringen var blitt ansett å omfatte. Dette ville medføre et betydelig merarbeid for departementet, og det var derfor ikke praksis å imøtekomme slike begjæringer som A hadde fremsatt. Det ble imidlertid bekreftet at departementet tidligere hadde innvilget en innsynsbegjæring som var identisk med den senere begjæringen fra A. Departementet hadde oppfattet det slik at personen som fremsatte den første begjæringen sto i nær kontakt med A, og departementet hadde derfor antatt at A kunne få tilgang til de etterspurte dokumentene med å kontakte vedkommende person. Etter at saken var blitt tatt opp med departementet herfra, hadde departementet imidlertid kommet til at avslaget overfor A sto i et problematisk forhold til det alminnelige forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, og det hadde derfor besluttet å etterkomme As innsynsbegjæring. De aktuelle dokumentene var også blitt gjennomgått på nytt for å vurdere om B var gitt tilgang til opplysninger som skulle vært unntatt offentlighet. Departementets vurdering var at B ikke burde fått innsyn i opplysninger om bankkontonummene til to av As medlemmer, men at det ellers ikke var utlevert informasjon som var underlagt taushetsplikt.

For øvrig opplyste departementet om at det ville legge om sin praksis for håndtering av innsynsbegjæringer. Denne omleggingen ville innebære at det bare kunne begjæres innsyn i konkret angitte dokumenter i departementets journal, og at disse måtte identifiseres



res med journalnummer. Dermed ville det ikke være mulig å begjære innsyn i innsynsbejæringer, etter som slike bejæringer ikke ble journalført hos departementet.

Departementets brev ble forelagt A, som i et nytt brev hit gjorde gjeldende at departementet også hadde utlevert annen taushetspliktig informasjon til B. Som følge av dette ble A gitt en tidsfrist til å konkretisere hvilke opplysninger i de utleverte dokumentene A siktet til. Denne henvendelsen til A ble ikke besvart.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg bl.a.:

#### «1. Innsynsspørsmålet

Utgangspunktet i norsk rett er at enhver kan kreve innsyn i forvaltningens saksdokumenter, jf. offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 annet ledd, jf. første ledd. Slik saken er opplyst, synes det klart at Arbeids- og inkluderingsdepartementet har ansett dokumentene som B, og senere også A, fikk innsyn i å være omfattet av denne innsynsretten. Departementet har imidlertid fremholdt at selve innsynsbejæringen fra B ikke var et dokument som det kunne kreves innsyn i, og som heller ikke behøvde å journalføres. Innsynsbejæringer og andre inn- og utgående dokumenter i innsynssaker omfattes av definisjonen av «forvaltningens saksdokumenter» i offentlighetsloven § 3. Slike dokumenter må derfor normalt journalføres, jf. forskrift om offentlege arkiv 11. desember 1998 nr. 1193 (arkivforskriften) § 2-6, og de omfattes også av offentlighetslovens bestemmelser om innsyn. Jeg viser i denne sammenheng til Fønnes, Arkivhåndboken for offentlig forvaltning (2000) s. 231 og min uttalelse i sak om Arbeids- og inkluderingsdepartementets rutiner for journalføring og arkivering i innsynssaker [sak inntatt i årsmeldingen for 2008 på s. 73 (Somb-2008-14)].

Etter offentlighetsloven § 2 annet ledd må en innsynsbejæring gjelde dokumentene i «en bestemt sak». Jeg forstår departementet slik at det mener at As bejæring om kopier av dokumentene B hadde fått utlevert ikke i tilstrekkelig grad identifiserte hvilke konkrete dokumenter det dreide seg om, og at bejæringen følgelig kunne avvises. Den tidligere oversendelsen av dokumentene til B må anses som et utgående dokument i denne innsynssaken og oversendelsesbrevet med vedlegg måtte derfor anses å være et selvstendig saksdokument. Etter offentlighetsloven § 2 annet ledd må det kunne kreves innsyn i et slikt dokument. Når A ba om innsyn i de samme dokumentene som B fikk innsyn i ved nevnte oversendelse, måtte dette derfor anses som en tilstrekkelig konkretisering av hvilke dokumenter A ønsket innsyn i.

Departementet har i korrespondansen hit vist til at det ville medføre et betydelig merarbeid å finne ut

av hvilke dokumenter B hadde fått innsyn i. Bakgrunnen for dette synes å være at departementet ikke har hatt som praksis å registrere slik informasjon på den enkelte innsynssak. Det er departementets plikt å sørge for at innsynsbejæringer blir behandlet i tråd med gjeldende rett og alminnelige prinsipper for god forvaltningsskikk. Dersom departementets rutiner gjør det vanskelig eller arbeidskrevende å etterleve slike regler og prinsipper, må departementet i tilfelle endre rutinene sine.

#### 2. Spørsmålet om brudd på taushetsplikt

A har i korrespondansen hit anført at Arbeids- og inkluderingsdepartementet har gitt B tilgang til dokumenter som inneholdt taushetspliktige opplysninger om enkelte av As medlemmer. Departementet har i denne forbindelse opplyst at det i dokumentene som ble utlevert fantes opplysninger om kontonumrene til to av As medlemmer, og at disse kontonumrene burde vært sladdet. Jeg finner det for egen del tvilsomt om private bankkontonumre i seg selv omfattes av taushetsplikten etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 1, som gjelder opplysninger om «noens personlige forhold». Av Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 13 flg. fremgår det at bestemmelsen bare er ment å ramme personopplysninger av mer sensitiv karakter, og at det må foretas en avgrensning mot mer nøytrale opplysninger. Bestemmelsen i § 13 første ledd nr. 1 må også sees i sammenheng med § 13 annet ledd første punktum, hvor det gis en ikke-uttømmende opplisting av personopplysninger som i utgangspunktet ikke er omfattet av taushetsplikten. Det er vanskelig å se at opplysninger om et privat bankkontonummer skal være vesentlig mer sensitive enn den typen opplysninger som er uttrykkelig nevnt i § 13 annet ledd første punktum. Jeg antar derfor at et privat bankkontonummer bare vil være underlagt taushetsplikt dersom det vil kunne bidra til å avsløre andre opplysninger om «noens personlige forhold», jf. også forvaltningsloven § 13 annet ledd første punktum. Jeg er kjent med at Justis- og politidepartementet i sin uttalelse 5. desember 1995 (JDLOV-1995-8482) synes å ha lagt det motsatte standpunkt til grunn, men kan ikke se at standpunktet har tilstrekkelig støtte i øvrige rettskildefaktorer.

Utover det ovennevnte har ikke A opplyst hvilke opplysninger i det utleverte materialet som skulle vært unntatt offentlighet av hensyn til As medlemmer. Jeg har heller ikke funnet grunn til å undersøke dette spørsmålet av eget tiltak.

#### 3. Departementets varslede omlegging av praksis i innsynssaker

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har i sitt brev 25. mars 2008 varslet at det vil legge om sin praksis for håndtering av innsynssaker. Bl.a. er det opplyst at

departementet vil kreve at det i innsynsbegjæringer må angis journalnumre for dokumentene det ønskes innsyn i.

Et forvaltningsorgan plikter å behandle enhver innsynsbegjæring som angir hvilken «bestemt sak» det dreier seg om, jf. offentlighetsloven § 2 annet ledd. Dette vilkåret vil være oppfylt dersom opplysningene i innsynsbegjæringen gjør det mulig å identifisere saken. Når offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 [§ 28 annet ledd] trer i kraft, vil kravet til identifikasjon bli oppmyket ytterligere. Jeg viser i denne sammenheng til Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 99, hvor det uttales:

«Departementet meiner i likskap med utvalet at det framleis bør vere høve til å krevje innsyn munnleg, og at det heller ikkje bør stillast opp andre fornkraft for kravet om innsyn.

Departementet er òg einig med utvalet i at identifikasjonskravet ved innsynskrav bør mjukast opp slik at det ikkje rimeleg utstrekning skal vere høve til å krevje innsyn fleire saker av eit bestemt slag. Med dei moglegheitene eksisterande søkjeteknologi gir, vil det i mange tilfelle ikkje vere særleg arbeidskrevjande eller vanskeleg for forvaltningsorganet å etterkomme slike innsynskrav. I tilfelle der det vil vere urimeleg arbeidskrevjande å etterkomme eit slik krav, vil det framleis vere høve til å avvise slike generelle innsynskrav.»

Verken offentlighetsloven eller offentleglova gir det enkelte forvaltningsorgan hjemmel til å oppstille strengere identifikasjonskrav enn det som følger av loven. Jeg kan således ikke se at departementet har rettslig anledning til å innføre et krav om angivelse av journalnumre i innsynsbegjæringer.»

## 17.

### **Innsyn i dokumenter om klimakvoteprosjekter – forhåndstilsagn om konfidensialitet**

(Sak 2008/571)

*Finansdepartementet nektet avisen A innsyn i dokumenter fra en anbudskonkurranse for prosjekter som kunne generere klimakvoter under Kyotoprotokollen. A fikk heller ikke innsyn i korrespondansen mellom departementet og en ekstern aktør som hadde opptrådt som rådgiver overfor departementet. Etter departementets syn var hemmelighold påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av statens økonomiforvaltning, og fordi dokumentene inneholdt opplysninger som var underlagt taushetsplikt av hensyn til tilbyderne. I anbudsvilkårene hadde departementet lovet tilbyderne konfidensialitet også etter at anbudsrunden var gjennomført.*

*Ombudsmannen kom til at spørsmålet om det forelå taushetsplikt av hensyn til tilbyderne var for dårlig opplyst. For opplysninger som ikke var under-*

*lagt slik taushetsplikt, var det uklart om det var adgang til å nekte innsyn. Ombudsmannen kritiserte også at departementet hadde inntatt et løfte om konfidensialitet i anbudsvilkårene. Dette løftet kunne verken ha betydning for adgangen til å nekte innsyn, eller for departementets meroffentlighetsvurdering.*

*Som følge av ombudsmannens uttalelse besluttet Finansdepartementet å vurdere As innsynsbegjæring på nytt. Resultatet av den nye behandlingen var at A fikk innsyn i mesteparten av de etterspurte dokumentene. Ombudsmannen fant etter dette å kunne la innsynsspørsmålet bero, men kritiserte departementet for å ha brukt over 4 måneder på den fornyede behandlingen av saken.*

Etter den såkalte Kyotoprotokollen til FNs rammekonvensjon om klimaendring har Norge forpliktet seg til å begrense sine utslipp av klimagasser i henhold til en tildelt utslippkvote. Protokollen åpner for en viss fleksibilitet, gjennom bruk av de såkalte Kyotomekanismene. En av disse mekanismene, den såkalte «Clean Development Mechanism» (CDM), innebærer at land med utslippkvoter etter Kyotoprotokollen investerer i prosjekter som bidrar til reduserte klimagassutslipp og bærekraftig utvikling i utviklingsland uten slike kvoteforpliktelse. Når et slikt prosjekt er godkjent under protokollen, blir det utstedt såkalte CER-kvoter (også kalt CDM-kvoter) til de investerende partene.

Som et ledd i oppfyllelsen av Norges kvoteforpliktelse etter Kyotoprotokollen, har Norge blant annet gjennomført en anbudsrunde der aktører med CDM-prosjekter kunne sende inn tilbud. Anbudskonkurransen ble administrert av Finansdepartementet.

Avisen A begjærte innsyn hos Finansdepartementet i korrespondanse mellom departementet og selskapet B, som var departementets rådgiver i forbindelse med valg av CDM-prosjekt. Videre ble det bedt om innsyn i en rekke av anbudsdokumentene, herunder i tilbudene som var inngitt.

Begjæringen om innsyn i korrespondansen mellom departementet og B ble avslått under henvisning til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 første ledd, jf. annet ledd bokstav b. Videre ble innsyn i anbudsdokumentene delvis avslått under henvisning til dagjeldende forskrift 14. februar 1986 nr. 351 punkt V nr. 12 og offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 2 bokstav a. I avslaget ble det vist til at hemmelighold var nødvendig av hensyn til statens økonomiforvaltning, og at det i anbudsvilkårene var blitt opplyst at innholdet i anbudsdokumenter ville bli behandlet konfidensielt også etter at anbudsrunden var avsluttet.

A brakte saken inn for ombudsmannen. I klagen anførte A at det ikke var adgang til å nekte innsyn i

de etterspurte anbudsdokumentene, og at det skulle vært utvist meroffentlighet for korrespondansen mellom departementet og B. A mente dessuten at innsynsbejæringen også skulle ha vært vurdert opp mot miljøinformasjonsloven 9. mai 2003 nr. 31.

Det ble besluttet å innhente en redegjørelse fra Finansdepartementet, som i sitt svar fastholdt at avslaget på As innsynsbejæring var korrekt. Etter departementets syn var hemmelighold påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av statens økonomiforvaltning. Det ble vist til at muligheten for offentliggjøring kunne føre til at private aktører avsto fra å delta i anbudskonkurransen, blant annet for å unngå at konkurrenter kunne bruke opplysninger som fremgikk av vedkommende aktørs tilbud. Departementet hadde derfor inntatt et løfte om konfidensialitet i anbudsvilkårene. Brudd på dette løftet ville kunne medføre erstatningssøksmål mot staten, og det ville under alle omstendigheter skade departementets troverdighet. Dette var etter departementets syn også et tungt hensyn mot å utvise meroffentlighet. Departementet fant det heller ikke riktig å forsøke å innhente samtykke til offentliggjøring fra de private aktørene som var lovet konfidensialitet.

Med hensyn til korrespondansen mellom departementet og B, fremholdt departementet at denne i stor grad inneholdt opplysninger om innholdet i tilbudene fra de private aktører. Etter departementets syn var mange av disse opplysningene underlagt lovbestemt taushetsplikt av konkurransemessige hensyn, jf. offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 2. De delene av dokumentene som ikke inneholdt slike opplysninger ville alene gi et åpenbart misvisende bilde av innholdet, og det var derfor ikke aktuelt å utvise meroffentlighet.

Departementet var for øvrig enig i at de etterspurte dokumentene inneholdt opplysninger som var omfattet av miljøinformasjonen. Lovens § 11 første ledd måtte imidlertid anses å gi hjemmel for å nekte innsyn i disse opplysningene.

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

#### *«1. Innledning*

Åpenhet om miljøinformasjon er et viktig virkemiddel i miljøvernpolitikken. Så vel internasjonalt som nasjonalt er det vedtatt regler som søker å sikre borgernes muligheter til å delta i miljøverndebatten, og derigjennom effektivisere målsettingen om å bevare miljøkvaliteten. Både Grunnloven § 110 b, miljøinformasjonsloven og produktkontrollloven 11. juni 1976 nr. 79 knesetter en omfattende innsynsrett for allmennheten i miljø saker.

Lovens bestemmelser om innsyn og offentlighet på miljøområdet er av lovgiver ansett for å være

svært viktig for å sikre naturkvaliteten. Ett av formålene med innsynsreglene på miljøområdet, i tillegg til å bidra til vern av miljøet, er å gi allmennheten grunnlag for å påvirke offentlige og private beslutningstakere i miljøspørsmål.

Denne saken gjelder retten til innsyn i dokumenter som belyser hvordan norske myndigheter håndterer det som det er bred enighet om er den mest alvorlige miljøutfordringen verden har stått overfor. Det kan ikke være tvilsomt at offentligheten har sterke interesser i dette, og at behovet for offentlig kontroll av, og informasjon om, hvordan Kyotoprotokollen oppfylles, er legitimt og ønskelig. Den betydelige vekt Stortinget har lagt på miljøinformasjon, både gjennom lovgivning og ellers, viser at det søkes å legge til rette for en bred offentlig debatt om miljøspørsmål.

Ovennevnte hensyn har ikke bare betydning for hvordan vurderingen av unntakshjemlene i offentlighetsloven skal forstås, eller for meroffentlighetsvurderingen, men også for hvilken informasjon som skal anses taushetsbelagt.

#### *2. Taushetspliktsspørsmålet*

Det første spørsmålet er om det er opplysninger i de aktuelle dokumentene som er underlagt taushetsplikt. Eventuelle taushetsbelagte opplysninger skal ikke gis ut til utenforstående, og det skal ikke foretas noen meroffentlighetsvurdering for disse opplysningene. Brudd på taushetsplikten er straffbart.

Forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 lyder:

«Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om (...) tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.»

For at en opplysning skal være taushetsbelagt, er det et krav om at det er tale om en hemmelighet. Dersom en prosjektbeskrivelse er alminnelig tilgjengelig andre steder kan den fritt gis ut, jf. forvaltningsloven § 13a nr. 3.

På hjemmesiden til klimakonvensjonen ([www.unfccc.int](http://www.unfccc.int)) legges informasjon om prosjekter som er godkjent, avslått, under behandling, eller sendt inn for godkjenning men enda ikke behandlet, ut for allmennheten.

Informasjon om prosjekter som har vært sendt inn for godkjenning av FN-systemet, og som følgelig er alminnelig tilgjengelig andre steder, er derfor ikke taushetsbelagt.

Finansdepartementet har fremholdt at det kan være en forretningshemmelighet i seg selv at disse prosjektene er lagt ut for salg. Det kan ikke være rik-

tig. Som A har påpekt, må opplysninger om at et prosjekt er sendt inn for godkjenning sies å være en klar indikator på at det også vil bli eller er lagt ut for salg. At prosjektet er tilbudt akkurat Norge, kan heller ikke sies å være en opplysning det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Finansdepartementet må derfor gi A innsyn i samtlige av de anbudsdocumentene som gjelder opplysninger som er offentliggjort under klimakonvensjonen, eller på annen måte er tilgjengelig andre steder.

Spørsmålet i det følgende er derfor om de øvrige opplysningene – altså de som ikke er offentliggjort andre steder – er taushetsbelagt etter forvaltningsloven § 13. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) side 16, at det normalt ikke er tilstrekkelig for taushetsplikt at en offentliggjøring kan virke uheldig overfor vedkommende bedrift, så lenge opplysningen «ikke har karakter av produksjonshemmeligheter o.l. som konkurrenter kan utnytte for egen drift». Uttalelsene knytter seg til den ordlyden bestemmelsen hadde før lovendringen i 1982, men det er antatt at dette også vil gi en viss veiledning slik bestemmelsen lyder i dag.

Det er i denne sammenheng grunn til å peke på at formålet med reglene om taushetsplikt ikke har vært å beskytte næringsvirksomhet mot enhver form for konkurranse eller mot offentliggjøring av enhver ubehagelig opplysning for vedkommende bedrift. Mindre sensitive næringsopplysninger vil derfor ikke være underlagt taushetsplikt og vil kunne offentliggjøres i medhold av offentlighetsloven. Så vel offentlighetsprinsippet og hensynet til andre beskyttelsesverdige interesser, herunder allmennhetens behov for innsyn, tilsier at taushetspliktbestemmelsen i forvaltningslovens § 13 nr. 2 ikke må tolkes for vidt.

I denne saken må allmennhetens behov for innsyn tillegges betydelig vekt når det nærmere innhold av taushetspliktsbestemmelsen skal fastlegges. I tillegg til at saken gjelder innsyn i miljøinformasjon, er det tale om bruk av offentlige midler. Innsyn og åpenhet er særlig viktig i slike saker, og offentligheten bør prinsipielt ha innsyn i avtaler som forvaltningen inngår med private om utføring av tjenester for det offentlige, se bl.a. ombudsmannens årsmelding for 2005 side 79 (Somb-2005-7) og 2007 side 36 (Somb-2007-3).

I denne sammenheng er det grunn til å trekke frem Justis- og politidepartementets uttalelse om åpenhet i forarbeidene til den nye offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 (som ikke var trådt i kraft på det tidspunkt innsynsbejæringen ble avgjort). Det fremgår i Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) kapittel 9 punkt 9.4 at:

«Departementet meiner at det er behov for auka innsyn i dokument i saker om offentlege innkjøp. Ein høg grad av innsyn i innkjøpsprosessen vil

kunne føre til at det ikkje blir teke utanforliggjande omsyn når midlane til det offentlege blir disponert, og dermed motverke korrupsjon og andre uheldige tilhøve.

---

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

Stortinget stilte seg bak ønsket om større åpenhet i prosessen rundt offentlige anskaffelser. Selv om offentleglova ikke var trådt i kraft på vedtakstidspunktet, må uttalelsene i forarbeidene, særlig i lys av at loven nå er trådt i kraft, tillegges en viss vekt i taushetspliktsspørsmålet.

Det er også grunn til å trekke frem formålet som er angitt i § 1-1 i forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402. Det fremgår at forskriften skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. I tillegg skal forskriften bidra til at det offentlige opptre med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

En forutsetning for taushetsplikt etter loven er derfor at det påvises tungtveiende, nærliggende, konkrete og kontrollerbare forhold, som tilsier at åpenhet i etterkant av anbudsprosessen vil være skadelig for konkurranseforholdene. Jeg viser her også til min uttalelse i årsmeldingen for 2005 side 79 (Somb-2005-7).

Den begrunnelsen Finansdepartementet har gitt, tilfredsstillende etter mitt skjønn ikke disse vilkårene. Begrunnelsen er gitt på et abstrakt og generelt nivå, og er ikke knyttet til konkrete opplysninger eller til de konkrete prosjektene dokumentene gjelder. Tilbyderne er skåret over én kam, og individuelle forskjeller synes ikke å være hensyntatt. Departementet har ikke kunnet peke på hvilke konkrete skadevirkninger offentliggjøring vil få for tilbyderne, utover en påstått fare for at konkurrenter vil kunne «snappe» prosjekter. Når det gjelder dette siste, har departementet ikke kunnet peke på *hvilke prosjekter* dette er en aktuell problemstilling for. Tilbyderne er heller ikke kontaktet om taushetspliktspørsmålet, eller blitt spurt om å grunngi et eventuelt krav om hemmelighold.

Spørsmålet om taushetsplikt synes etter dette å være utilstrekkelig opplyst i Finansdepartementet, og det er også begrunnet tvil om departementet har hatt riktig rettslig utgangspunkt for den vurdering som er foretatt. Departementet må følgelig foreta en konkret og fornyet vurdering at taushetspliktspørsmålet.

### 3. Innsyn etter offentlighetslovgivningen

For de opplysninger som *ikke* er taushetsbelagt, er spørsmålet om Finansdepartementet har rettslig adgang til å unnta dokumentene fra offentlighet. I tillegg til at det må foreligge en unntakshjemmel i offentlighetslovgivningen, skal det foretas en såkalt meroffentlighetsvurdering, der hensynene for og mot offentliggjøring veies mot hverandre.

#### 3.1. Taushetsløftets betydning

Finansdepartementet ga i forbindelse med anbudsinnbydelsen et uforbeholdent og ikke tidsbegrenset løfte om at tilbudene ville bli behandlet konfidensielt.

Utgangspunktet både i offentlighetsloven § 2 og den nye offentleglova § 3 er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov. Unntak må være forankret i loven. Forvaltningen kan ikke på egen hånd ved avtale gjøre unntak fra denne regelen.

Det taushetsløftet Finansdepartementet har avgitt kan således ikke få betydning for vurderingen av spørsmålet om offentlighet – heller ikke spørsmålet om meroffentlighet. Spørsmålet om offentlighet må bedømmes etter bestemmelsene i offentlighetsloven. Dersom det i strid med offentlighetsloven er avgitt et taushetsløfte, vil dokumentet eller opplysningen likevel måtte offentliggjøres, selv om det er i strid med partenes avtale. At staten i den forbindelse vil kunne bli saksøkt, eller at offentliggjøring vil kunne være uheldig for Finansdepartementets ry som avtalepart, er i denne sammenheng uten betydning.

Jeg finner grunn til å påpeke at Finansdepartementet sjelden vil ha rettslig adgang til å påta seg en så vidtgående forpliktelse til hemmelighold som det har gjort i denne saken. Måten taushetsløftet er formulert på, gir ikke noe dekkende bilde av den vurderingen (herunder meroffentlighetsvurderingen) som skal foretas i forbindelse med en innsynsbegjæring.

Jeg ber Finansdepartementet merke seg dette, og besørge at fremtidige avtaler om hemmelighold utformes på en måte som er i samsvar med regelverket.

#### 3.2. Forskriftshjemmelen for enkelte anbuds-dokumenter

Forskrift til offentlighetsloven punkt V nr. 12 ga hjemmel for å unnta blant annet tilbud og protokoller i anbudssaker. Etter denne forskriftens ordlyd hadde Finansdepartementet derfor isolert sett hjemmel for å

unnta de av anbudsdokumentene som er tilbud og protokoller.

Det har imidlertid vært stilt spørsmål både om bestemmelsen har hatt tilstrekkelig hjemmel i offentlighetsloven § 11 annet ledd, og om det er behov for et så vidtgående unntak. Jeg viser i denne sammenheng til Frihagen, Offentlighetsloven bind II (3. utg 1994) side 123 og 336. Det har også vært hevdet at et helt generelt unntak er problematisk i forhold til EØS-avtalen, se for eksempel Jakhelln og Myhre, Lov og Rett 2003 side 67 og NOU 2003: 3 side 191.

Det er derfor ikke gitt at forskriften uten videre kunne legges til grunn etter sin ordlyd. I alle fall ville innvendingene måtte få konsekvenser for den meroffentlighetsvurderingen som skulle foretas. Hvorvidt forskriften i dette tilfelle kunne vært lagt til grunn etter ordlyden, har imidlertid kun historisk interesse. Unntakshjemmelen er nå opphevet i og med ikrafttreddelsen av den nye offentleglova. Denne typen tilbud og protokoller kan etter den nye loven § 23 tredje ledd unntas bare frem til leverandør er valgt.

A, og alle andre, står altså nå fritt til å be om innsyn i anbudsdokumentene etter den nye loven. Finansdepartementet vil da ikke kunne anvende det generelle unntaket, som tidligere gjaldt til å unnta tilbud og protokoller i anbudssaker, ettersom leverandør i den aktuelle anbudskonkurransen nå er valgt.

I lys av dette er det liten grunn til å ta stilling til om unntaket i forskriften kunne legges til grunn etter sin ordlyd. Som jeg kommer tilbake til, er det etter mitt syn uansett mest naturlig at Finansdepartementet vurderer innsynsbegjæringen på nytt etter den nye loven.

#### 3.3. Offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 2 bokstav a og offentleglova § 23 første ledd

Finansdepartementet har videre fremholdt at dokumentene kunne unntas med hjemmel i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 2 bokstav a. Denne unntaksbestemmelsen er i hovedsak videreført i den nye offentleglova § 23 første ledd, dog slik at det etter den nye loven bare er *opplysninger* (og ikke dokumenter) som kan unntas.

Grunnvilkåret er at hemmelighold må være påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av organets økonomiforvaltning. Bestemmelsen tar i første rekke sikte på å verne det offentliges privatøkonomiske interesser og forhandlingsposisjon mot tap eller redusert gevinst, altså det konkurransemessige aspektet.

Ordlyden og formålet med bestemmelsen indikerer at terskelen for anvendelse må legges forholdsvis høyt. Tidligere har jeg lagt til grunn at det er tale om «strengt vilkår», jf. uttalelse inntatt i årsmeldingen for 2002 side 104 (Somb-2002-12). Hensynene for offentlighet må vurderes opp mot de mulige skade-

virksomheter en offentliggjøring kan medføre. I denne helhetsvurderingen må det tas i betraktning at lovens hovedregel er offentlighet, og at innsynsinteressen i den foreliggende sak er særlig sterk, jf. det som er sagt om dette ovenfor.

Det er et vilkår etter ordlyden at hemmelighold er «påkrevd» av hensyn til en «forsvarlig gjennomføring» av statens økonomiforvaltning, og det må etter mitt skjønn være klare holdepunkter for at offentliggjøring vil føre til en ikke ubetydelig skade på statens økonomiske interesser, for at hjemmelen skal komme til anvendelse.

Departementet mener det taushetsløftet som er gitt var nødvendig for å få flest mulig tilbud, og at det slik sett var påkrevd for å sikre at formålet med anbudskonkurransen ble oppfylt. Dette resonnementet baserte seg på en antakelse om at svært mange tilbydere ikke ønsker tilbudene offentliggjort, og at de vil unnlate å inngi tilbud dersom ikke-taushetsbelagte opplysninger offentliggjøres.

Staten har en åpenbar interesse i at flest mulige utviklere inngir tilbud i en slik anbudskonkurranse, og jeg kan se at et dramatisk frafall av tilbydere etter omstendighetene vil kunne representere en ikke ubetydelig skade på statens økonomiske interesser. Dette forutsetter imidlertid at offentliggjøring rent faktisk vil medføre et dramatisk frafall av tilbydere. Jeg kan ikke se at Finansdepartementet har kunnet godtgjøre at så er tilfellet. Så vidt meg bekjent har det ikke vært forsøkt gjennomført en anbudskonkurranse uten at et slikt taushetsløfte er avgitt, og tilbyderne har heller ingen åpenbar beskyttelsesverdig interesse i hemmelighold, så lenge det ikke er tale om å gi ut taushetsbelagte opplysninger. At enkeltstående aktører har varslet at de ikke vil inngi tilbud, kan etter mitt skjønn ikke være avgjørende. Det må som nevnt foreligge klare holdepunkter for en ikke ubetydelig skade.

I lys av det som er sagt ovenfor, samt offentlighetens tungtveiende behov for innsyn, mener jeg det er begrunnet tvil om vilkårene for unntaket er oppfylt. Jeg ber derfor Finansdepartementet om å foreta en fornyet vurdering av innsynsbegjæringen fra A. Det synes hensiktsmessig at den fornyede vurdering gjøres etter den nye loven.

### 3.4. Særlig om korrespondansen med B

Korrespondansen mellom Finansdepartementet og B er unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav b om dokumenter for et organs interne saksforberedelse som er utarbeidet av «særlige rådgivere eller sakkyndige». Slik Finansdepartementets forklaring hit er formulert, synes det imidlertid ikke å være korrespondansens interne karakter som begrunner hemmeligholdet. Tvert i mot har departementet sagt at denne korrespondansen

hemmeligholdes av samme grunn som de øvrige anbudsdokumentene. Korrespondansen med B skulle da ikke vært unntatt etter offentlighetsloven § 5, men eventuelt etter offentlighetsloven § 6 eller § 5a.

Ettersom begrunnelsen for å unnta denne korrespondansen er lik begrunnelsen for å unnta de øvrige dokumentene, viser jeg til det som er sagt om anbudsdokumentene for øvrig.

## 4. Innsyn etter miljøinformasjonsloven

Miljøinformasjonsloven bygger på Miljøinformasjonsutvalgets innstilling NOU 2001: 2, og bidrar til å gjennomføre Norges forpliktelser etter den såkalte Århuskonvensjonen. Videre søker loven å konkretisere retten til miljøinformasjon etter Grunnloven § 110b. Etter miljøinformasjonsloven § 10 første ledd har allmennheten krav på miljøinformasjon fra offentlige myndigheter.

### 4.1. Miljøinformasjonsloven § 11

Krav om innsyn i dokumenter som inneholder miljøinformasjon kan avslås hvis «det er et reelt og saklig behov for det i det enkelte tilfelle og informasjonen eller dokumentet informasjonen finnes i, kan unntas fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven» (nå offentliglova), jf. § 11 første ledd.

Vilkårene i § 11 vil være oppfylt for taushetsbelagte opplysninger. I så fall foreligger det et reelt og saklig behov for hemmelighold. For dokumenter som ikke er taushetsbelagt, er den aktuelle unntakshjemmelen offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 2 (eller offentliglova § 23 første ledd).

Dersom dokumenter kan unntas etter disse bestemmelsene, ligger det i dette at hemmelighold er «påkrevd». Det må da kreves spesielle grunner for at informasjonen allikevel skal måtte utleveres etter miljøinformasjonsloven, se for eksempel Bugge, Lov og Rett 2005 side 502. Jeg kan ikke se at det foreligger slike spesielle grunner i denne saken.

### 4.2. Miljøinformasjonsloven § 12

Miljøinformasjonsloven § 12 gir rett til innsyn i enkelte typer miljøinformasjon hos forvaltningen uten hinder av taushetsplikten. Dette gjelder blant annet informasjon om forholdsregler for å hindre eller redusere skade som kan forårsake alvorlig skade på miljøet, jf. bokstav b.

Bestemmelsen er generelt formulert, og «forholdsregler for å hindre eller redusere alvorlig skade på miljøet» synes etter ordlyden å kunne omfatte tiltak under Kyotoprotokollen. Forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 116 (2001-2002), forutsetter imidlertid at bestemmelsen skal fortolkes restriktivt. På side 162 heter det:

«I de alt overveiende antall tilfeller vil det være mulig å formidle den informasjon § 12 regner opp på en god måte uten å røpe forretningshemmeligheter eller andre taushetspliktbelagte forhold, og det gjøres også i dag. I forhold til å tilsi desette taushetsplikt må den derfor fortolkes restriktivt og forstås slik at denne åpningen i bestemmelsen er ment å reserveres for spesielle tilfeller. Det kan være situasjoner hvor befolkningen må få informasjonen for å kunne beskytte seg selv mot skade. I forhold til miljøet kan det oppstå tilfelle der man ikke fullgodt kan gi allmennheten informasjon om tilstanden i miljøet og alvorlige skadevirkninger uten å måtte gå inn på taushetspliktbelagte opplysninger. Situasjonen må generelt være slik at man ut fra en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak mener at allmennhetens informasjonsbehov er så tungtveiende at det ikke finnes å være noen forsvarbar grunn å holde informasjonen tilbake, slik at man må anses å være i et kjerneområde for retten til miljøinformasjon ut fra de hensyn som begrunner denne retten.»

Det kan likevel ikke være tvilsomt at de globale klimaendringer CO<sub>2</sub>-utslipp kan føre til tilfredsstillende lovens krav til «alvorlig skade på miljøet». Avgjørende for om bestemmelsen får anvendelse på dokumentene i den foreliggende innsynssaken, er følgelig om de gjelder «forholdsregler for å hindre» denne type skade.

I forarbeidene heter det følgende om dette alternativet:

«Bokstav b fastslår at også forholdsregler for å hindre eller redusere skaden omfattes. Den omfatter alle typer preventive forholdsregler som er tatt i bruk eller vedtatt hos den som har forårsaket skaden, eller forholdsregler som anbefales til befolkningen. Med ordet forholdsregler siktes til konkret iverksatte, gjerne fysiske tiltak, og ikke til planlagte politiske tiltak eller andre mer generelle vurderinger om miljøproblemer. Forholdsregler kan for eksempel være råd om å rense drikkevann, eller hva man bør gjøre ved episoder med høy luftforurensning i byer. Der hvor informasjonen er nødvendig for at allmennheten skal være i stand til å hindre eller begrense skade på seg selv, eller på miljøet, er det spesielt viktig at man får tilgang til den informasjon man trenger for dette formål.»

Miljøverndepartementet hadde altså mer umiddelbare forholdsregler enn de forholdsregler kvotekjøp utgjør, i tankene. Kjerneområdet for bestemmelsen synes å være informasjon som er nødvendig for at den enkelte skal kunne innrette seg, og kunne foreta konkrete valg i hverdagen. Det er klart nok ikke tilfellet for de dokumenter det er tale om i den foreliggende sak. Det er likevel et faktum at protokollen, og rammekonvensjonen, har som uttalt formål å begrense drivhuseffekten og hindre de skader denne vil ha på naturlige økosystemer og menneskeheten, jf. rammekonvensjonens fortale. Kvotekjøp under Kyoto-

protokollen har følgelig som sitt viktigste formål å «hindre eller redusere alvorlig skade på miljøet». Slike kjøp kan heller ikke karakteriseres som «planlagte politiske tiltak eller andre mer generelle vurderinger om miljøproblemer», men er nettopp konkret iverksatte, fysiske tiltak.

Jeg er derfor av den oppfatning at Finansdepartementet, uten hensyn til en eventuell taushetsplikt, må offentliggjøre informasjon om de CDM-prosjekter Norge kjøper under Kyotoprotokollen. Dette synes for øvrig i en viss utstrekning å være gjort allerede, blant annet på Finansdepartementets nettside [www.carbonneutralnorway.no](http://www.carbonneutralnorway.no).

De prosjekter som *ikke* blir kjøpt, eller som ennå ikke er besluttet kjøpt, derimot, kan jeg vanskelig se at kan karakteriseres som «forholdsregler» i lovens forstand. Disse prosjektene er ikke iverksatt, og bestemmelsen kan vanskelig sies å komme til anvendelse. I den grad Finansdepartementet etter en fornyet vurdering kommer til at det er informasjon knyttet til disse prosjektene som er taushetsbelagt, antar jeg at denne informasjonen *ikke* skal offentliggjøres eller gis ut.

### 5. Konklusjon

Jeg har kommet til at det er begrunnet tvil knyttet til den taushetsplikt-vurderingen Finansdepartementet har foretatt, herunder mener jeg at spørsmålet har vært for dårlig opplyst og at det er tvil om departementet har hatt riktig rettslig utgangspunkt. Det bør derfor foretas en fornyet vurdering av samtlige dokumenter innsynsbejæringen gjelder. Det er en forutsetning for taushetsplikt at det påvises tungtveiende, nærliggende, konkrete og kontrollerbare forhold som tilsier at åpenhet i ettertid vil være skadelig for konkurranseforholdene.

For de opplysningene som ikke er taushetsbelagt, er det noe tvilsomt om forskriften til offentlighetsloven kunne gi hjemmel for unntak. Ettersom dette unntaket ikke lenger er i kraft, og departementet ikke har kunnet godgjøre at unntaket i offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 2 kommer til anvendelse, synes det hensiktsmessig at departementet vurderer hele innsynsbejæringen på nytt etter den nye offentleglova.

Det taushetsløftet Finansdepartementet har avgitt kan ikke tillegges vekt, verken i taushetspliktsvurderingen eller i forhold til spørsmålet om unntak etter offentleglova.»

Etter å ha mottatt uttalelsen foretok Finansdepartementet en ny vurdering av innsynsbejæringen fra A. Det ble i denne vurderingen også lagt til grunn en uttalelse fra Justis- og politidepartementets lovavdeling avgitt etter at ombudsmannens uttalelse forelå. Ca. 1 måned senere besluttet Finansdepartementet å gi A innsyn i de fleste av dokumentene som gjaldt an-

budsrunnen. I et brev til A opplyste departementet at også spørsmålet om innsyn i korrespondansen mellom departementet og B ville bli vurdert på nytt.

Etter dette gikk det over 2 måneder uten noen ytterligere tilbakemelding fra departementet. I et brev herfra ble departementet derfor minnet om saken og bedt om å gi en skriftlig redegjørelse for utviklingen i saken i etterkant av ombudsmannens uttalelse. Finansdepartementet besvarte denne henvendelsen ca. 4 uker senere. I svaret ble det vist til at korrespondansen mellom departementet og B omfattet en betydelig mengde dokumenter. Nå var imidlertid saken ferdigbehandlet, med det resultat at A hadde fått innsyn i mesteparten av de etterspurte dokumentene. Det var på dette tidspunktet gått mer enn 4 måneder siden departementet opprinnelig ble bedt om å vurdere saken på nytt.

I et avsluttende brev til Finansdepartementet uttalte jeg bl.a.:

«I min uttalelse ... konkluderte jeg med at det knyttet seg begrunnet tvil til departementets taushetspliktsvurdering, og jeg ba derfor om at departementet vurderte innsynsbegjæringen fra A på nytt. Ut fra den senere korrespondansen legger jeg til grunn at denne nye gjennomgangen først ble avsluttet ... mer enn 4 måneder etter at departementet skal ha mottatt min uttalelse.

Jeg finner grunn til å minne om at en begjæring om innsyn skal avgjøres «uten ugrunna opphold», jf. offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 § 29 første ledd. Selv om jeg er innforstått med at innsynsbegjæringen fra A omfattet et betydelig antall dokumenter, må et samlet tidsforløp på over 4 måneder anses å ligge utenfor de tidsrammer som med rimelighet kan anses å utgjøre et begrunnet opphold.

Departementets fornyede behandling av innsyns-saken er nå avsluttet, med det resultat at det nå er gitt innsyn i de fleste av dokumentene innsynsbegjæringen fra A gjaldt. Jeg finner etter dette å kunne la saken bero, men ber om at departementets merker seg mine synspunkter vedrørende saksbehandlingstiden knyttet til den fornyede behandlingen av saken.»

## 18.

### Innsyn i allmenngjøringsbegjæring – person- og næringsopplysninger

(Sak 2008/1154)

*Arbeids- og inkluderingsdepartementet avslo innsyn i dokumenter knyttet til en begjæring om allmenngjøring av en tariffavtale. Avslaget ble begrunnet med at dokumentene inneholdt person- og næringsopplysninger som var underlagt taushetsplikt. Departementet mente det ikke var grunnlag for å gi innsyn ved å*

*utelate individualiserende kjennetegn, fordi dette vil gi misvisende bilder av dokumentenes innhold.*

*Ombudsmannen kom til at departementets vurderinger var ufullstendige på flere punkter, og at det forelå begrunnet tvil til om de omstridte dokumentene inneholdt næringsopplysninger underlagt taushetsplikt. Det knyttet seg også begrunnet tvil til departementets beslutning om ikke å gi innsyn ved å utelate individualiserende kjennetegn. Departementet ble bedt om å gjennomgå saken på nytt.*

*Departementet vurderte deretter saken på nytt, men fant ikke grunnlag for å gi ytterligere innsyn.*

Arbeidstakerorganisasjonen B sendte i 2007 en begjæring til Tariffnemnda om allmenngjøring av tariffavtale for skips- og verftsindustrien. Vedlagt begjæringen var en rekke dokumenter om utenlandske arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår. Disse opplysningene var innhentet gjennom lokalavdelingene til ett av Bs medlemsforbund. Som følge av denne begjæringen tilskrev Tariffnemnda de virksomheter som var nevnt i Bs begjæring.

Arbeidsgiverorganisasjonen A fremsatte etter dette krav om innsyn i Bs begjæring med vedlegg og den dokumentasjon Tariffnemnda hadde mottatt fra virksomhetene. Innsynskravet ble innvilget for selve begjæringen fra B. Derimot ble A nektet innsyn i de fleste av vedleggene til begjæringen, og også svarbrevne og dokumentasjonen nemnda hadde mottatt fra virksomhetene.

Tariffnemndas avlag ble påklaget til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, som opprettholdt avslaget. Departementet begrunnet sin beslutning med at de etterspurte dokumentene inneholdt opplysninger som var underlagt taushetsplikt, jf. offentlighetsloven 19. juni 1970 § 69, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 1 og 2.

Saken ble etter dette brakt inn for ombudsmannen. I klagen fremholdt A at taushetsplikten etter § 13 første ledd nr. 1 ikke var til hinder for utlevering av dokumenter dersom individualiserende kjennetegn ble utelatt. Videre ble det stilt spørsmål ved om opplysninger i dokumentene om priser og forretningsforhold fortsatt kunne anses underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Det ble vist til at det her dreide seg om opplysninger som skrev seg tilbake i tid, og at det på grunn av den omfattende utviklingen i næringen var tvilsomt om det fortsatt var behov for hemmelighold. Opplysninger knyttet til arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår kunne under enhver omstendighet ikke anses omfattet av § 13 første ledd nr. 2. A fremholdt dessuten at departementet burde ha forsøkt å innhente samtykke til offentliggjøring fra de som eventuelt hadde krav på taushet. A stilte endelig spørsmål ved om Arbeids- og inkluderingsdepartementet var riktig klageinstans i



innsynssaken, ettersom funksjonen som sekretariat for Tariffnemnda var lagt til dette departementet. Etter As syn ble det da ikke noen realitet i klageretten.

Det ble herfra bedt om en redegjørelse fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet, som på sin side fremholdt at sladding av dokumentene ikke ville gi et dekkende bilde av dokumentenes innhold, og at dokumentene i sin helhet derfor kunne unntas fra offentlighet. Departementet viste også til at de aktuelle virksomheters navn og adresser fremgikk av Tariffnemndas postjournal, og at det på denne bakgrunn kunne være mulig å identifisere den enkelte arbeidstaker, særlig i små virksomheter. Videre fremholdt departementet at opplysninger om så vel lønns- og arbeidsvilkår som priser og forretningsforhold var underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Departementet hadde ikke forsøkt å innhente samtykke til offentliggjøring fra den enkelte arbeidstaker og virksomhet, noe som ble begrunnet i det betydelige merarbeidet dette ville medføre.

Til spørsmålet om departementet hadde vært riktig klageorgan, ble det vist til at Tariffnemnda var underlagt Arbeids- og inkluderingsdepartementet administrativt sett, men at nemnda likevel var ment å være et frittstående og uavhengig organ. Det måtte likevel antas at departementet, som overordnet organ, kunne instruere nemnda vedrørende saksbehandlingen i saker etter offentlighetsloven. Departementet mente derfor at det var riktig klageorgan for nemndas avgjørelser i innsynssaker.

For øvrig opplyste departementet at Tariffnemnda, på tidspunktet for As innsynsbejæring, fortsatt var på et svært tidlig stadium av et mulig forskriftsarbeid. A og andre parter i arbeidslivet ville bli gitt anledning til å uttale seg om et forslag til forskrift. Det måtte derfor legges til grunn at saken ville bli tilstrekkelig opplyst før et eventuelt forskriftsvedtak ble fattet.

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

#### *«1. Innledning*

Etter allmenngjøringsloven 4. juni 1993 nr. 58 § 6 gjelder forvaltningsloven for Tariffnemndas behandling av saker etter loven. Loven inneholder ingen tilsvarende henvisning til offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69, som gjaldt på tidspunktet for As innsynsbejæring. Jeg kan heller ikke se at forholdet til offentlighetsloven er omtalt i forarbeidene. Nemnda selv og Arbeids- og inkluderingsdepartementet har imidlertid i denne saken gitt reglene i offentlighetsloven anvendelse på Tariffnemndas dokumenter. Også jeg legger denne rettsoppfatningen til grunn i det følgende.

Hovedregelen i offentlighetsloven er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige. Unntak kan

enten følge av offentlighetsloven selv, eller av eller i medhold av annen lovbestemmelse. De omstridte dokumentene i denne saken er unntatt etter offentlighetsloven § 5a, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 og 2. Det er oppgitt at noen av dokumentene inneholder opplysninger som bare er taushetsbelagte etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Andre inneholder opplysninger som kun er taushetsbelagte etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Atter andre omfatter opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter begge bestemmelsene.

#### *2. Noens personlige forhold*

Forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 gir taushetsplikt for opplysninger om «noens personlige forhold». Bestemmelsen inneholder ingen definisjon av begrepet «personlig forhold», men i § 13 annet ledd er det regnet opp en del forhold som ikke skal regnes som personlige, herunder personnummer, yrke, bopel og arbeidssted. Ellers er det i forarbeidene og i juridisk teori lagt til grunn at bestemmelsen omfatter forhold det er vanlig å ønske å holde for seg selv. Noe mer enn et utgangspunkt kan imidlertid dette ikke være. Spørsmålet om en opplysning er underlagt taushetsplikt, beror på en konkret helhetsvurdering der en rekke momenter kan være relevante, bl.a. hvem opplysningen gjelder, hvilken sammenheng opplysningen fremkommer i, om opplysningen er egnet til å avsløre et annet taushetsbelagt forhold osv. I tillegg må det ses hen til de begrensninger i taushetsplikten som følger av bestemmelsene i forvaltningsloven §§ 13a flg.

Departementet synes å ha lagt til grunn at opplysninger om lønn og andre arbeidsvilkår er underlagt taushetsplikt etter § 13 første ledd nr. 1. For ansatte i det private, som opplysningene i denne saken gjelder, er jeg enig i dette som et generelt utgangspunkt. Man må imidlertid her, som ellers, gå konkret til verks og vurdere spørsmålet ut fra de opplysningene saken gjelder. Jeg kan ikke se at departementet, eller Tariffnemnda, har foretatt en slik konkret vurdering. Departementets drøftelse knyttet til forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 er knapp og synes i liten grad å være knyttet opp til de ulike dokumentene. Avslaget på dette punkt synes basert på at departementet generelt går ut fra at lønn og arbeidsvilkår faller inn under begrepet «noens personlige forhold» og at det derfor ikke er foretatt noen nærmere vurdering. Dette er en rettslig mangel ved vedtaket som må avhjelpes ved at departementet ser på spørsmålet på ny og gir en mer utførlig begrunnelse for det standpunkt som blir inn tatt.

#### *3. Næringsopplysninger*

Bestemmelsen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 stiller krav både til opplysningens art og karak-

ter og til den mulige virkningen av at opplysningen gis ut. Det må for det første være tale om såkalte næringsopplysninger, det vil si det som i bestemmelsen er angitt som «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- og forretningsforhold». Dette begrepet må forstås relativt vidt, og må anses å omfatte slike forhold som en virksomhets avtaler, virksomhetens økonomiske situasjon, produksjonsmetoder, kundeportefølje osv. Den sentrale begrensingen i taushetsplikten ligger i at det må være av «konkurransmessig betydning» for virksomheten å hemmeligholde slike næringsopplysninger. Det vil bare foreligge taushetsplikt i den utstrekning offentliggjøring av opplysningene vil kunne medføre økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten, enten direkte eller ved at konkurrenter kan utnytte opplysningene. I denne sammenheng er det ikke avgjørende om eller hvordan mottakeren faktisk vil bruke opplysningene, men om opplysningene etter sin art vil kunne ha slike skadevirkninger.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har lagt til grunn at opplysninger om arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår er opplysninger som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Det er særlig lagt vekt på at prisen på arbeidskraft vil være en sentral innsatsfaktor i skips- og verftsindustrien, og dermed av betydning for virksomhetens konkurransevne. Departementet har dessuten vist til høringsuttalelser fremkommet i forbindelse med arbeidet med en ny forskrift til allmenngjøringsloven om påseplikt og innsynsrett, der det bl.a. skal ha kommet innspill på at reglene ikke bør gå for langt i å gi aktører innsyn i hverandres lønns- og arbeidsvilkår.

De virksomhetene det er tale om i denne saken, driver utleie av arbeidskraft til skipsbyggings- og verftsindustrien i Norge. Jeg antar at de skadevirkningene som er aktuelle for disse virksomhetene er knyttet dels til forhandlingene om pris med de aktørene som leier arbeidskraft, dels til konkurrerende utleieaktører i markedet som eventuelt kan nyttiggjøre seg opplysningene. På generelt grunnlag må det antas at slike opplysninger i en slik bransje vil kunne være egnet til å påføre virksomheten tap eller redusert gevinst.

Dokumentasjonen som fulgte allmenngjøringsbegjæringen er innhentet av lokalavdelingene til et av Bs medlemsforbund, og består av arbeidsavtaler, avtaler mellom virksomheter om innleie av arbeidskraft og notater basert på og referater fra samtaler med både arbeidstakere og representanter for ulike virksomheter. Det er ikke tale om offisiell og fullstendig informasjon gitt av virksomhetene, men spredte opplysninger som tar sikte på å avdekke og dokumentere såkalt sosial dumping. Riktignok vil opplysningene kunne si noe om lønnsnivået eller arbeidsvilkårene i

vedkommende virksomhet. Etter min mening står likevel denne informasjonen i en noe annen stilling i relasjon til spørsmålet om taushetsplikt enn mer fullstendig informasjon gitt av virksomheten til Tariffnemnda etter oppfordring. Jeg antar med andre ord at arten av disse opplysningene og måten de er fremkommet på, gjør at de etter forholdene vil være mindre egnet til å kunne utnyttes av konkurrerende virksomheter eller av fremtidige avtalepartnere, og derigjennom i mindre grad vil kunne føre til tap eller redusert gevinst. I alle fall er dette et spørsmål som må vurderes uttrykkelig.

Vedleggene til allmenngjøringsbegjæringen og de redegjørelsene som er gitt av virksomhetene til Tariffnemnda, inneholder opplysninger om forhold som er, eller vil kunne være i stadig endring. De arbeidsavtalene som er vedlagt begjæringen fra B og svarene fra virksomhetene ligger til dels flere år tilbake i tid, og flere av arbeidsforholdene er etter det departementet opplyser avsluttet. Dette svekker faren for at opplysningene vil kunne utnyttes på en måte som er til skade for de som har gitt dem. Jeg antar dessuten at det generelle lønnsnivået og de generelle arbeidsvilkårene i bransjen er godt kjent.

Ombudsmannen har gjentatte ganger uttalt at der det er tvil om en opplysning er underlagt taushetsplikt, må det ses hen til de beskyttelsesverdige interesser som taler for innsyn. I denne saken synes A, som tariffmotpart, å ha en opplagt og beskyttelsesverdige interesse i å få tilgang til den dokumentasjonen som dannet bakgrunnen for Bs begjæring om allmenngjøring, som ville kunne få konsekvenser for As medlemmer. Jeg har merket meg at et eventuelt utkast til forskrift ville bli sendt på bred høring, og jeg har ingen grunn til å betvile forsvarligheten av Tariffnemndas saksbehandling på generelt grunnlag. Likevel må behovet for allerede på et tidlig stadium av prosessen å bli gjort kjent med hva som ligger til grunn for en allmenngjøringsbegjæring, tillegges atskillig vekt. Til dette kommer at saken på denne måten også ville kunne ha blitt bedre opplyst for Tariffnemnda.

Tariffnemnda har i vurderingen av innsynsspørsmålet lagt stor vekt på nemndas behov for opplysninger fra de aktuelle virksomhetene. Det er fremholdt at virksomhetene vil vegre seg mot å gi tilstrekkelige opplysninger med mindre Tariffnemnda kan garantere konfidensiell behandling. Departementet har i det vesentligste sluttet seg til nemndas syn om dette.

Jeg er enig i at dette er et moment av betydelig vekt. Et viktig hensyn bak reglene om taushetsplikt for næringsopplysninger er nettopp ønsket om å sikre og verne om tillitsforholdet mellom det offentlige og virksomheten. Dersom forvaltningen ikke hadde vært bundet av regler om taushetsplikt for næringsopplysninger, ville dette kunne hindre samarbeid

med privat virksomhet i alminnelighet og gitt liten sikkerhet for at virksomheten gir riktige og fullstendige opplysninger til forvaltningen. På den annen side er dette et hensyn som gjør seg gjeldende for mange forvaltningsorganer, og det kan spørres om sakene for Tariffnemnda skiller seg ut i så måte.

I Tariffnemndas og departementets avgjørelser er det lite spor av konkrete vurderinger av de ulike opplysningene, og jeg savner en bredere vurdering av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende. Jeg har forståelse for at innsynbegjæringen omfattet en rekke dokumenter. Ikke desto mindre var det tale om opplysninger i en viktig sak for A, og som det forelå et saklig og reelt behov for å be om innsyn i. Sakens karakter ga nemnda og departementet en særlig oppfordring til å behandle innsynsanmodningen forsvarlig, og sørge for at alle sider av saken ble belyst. Det er i denne sammenheng lite tillitvekkende at ingen av de omtalte virksomheter er kontaktet. Heller ikke Bs syn på det vedlagte dokumentgrunnlaget for allmenngjøringsbegjæringen kan jeg se har vært søkt innhentet. Uavhengig av om det formelt forelå en plikt til å innhente samtykke etter offentlighetsloven § 10, ville det utvilsomt vært en fordel for sakens opplysning om nemnda eller departementet hadde innhentet virksomhetenes og Bs syn på taushetspliktspørsmålet.

Jeg må etter dette konkludere med at det foreligger «begrunnet tvil» knyttet til departementets beslutning om at opplysningene i de omstridte dokumentene var underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

#### 4. *Delvis innsyn - utelatelse av individualiserende kjennetegn*

Et særlig spørsmål er om behovet for beskyttelse vil kunne anses varetatt gjennom å utelate individualiserende kjennetegn og gi A innsyn i de resterende opplysningene, jf. forvaltningsloven § 13a nr. 2.

Departementet har fremholdt at opplysningene om lønn og arbeidsvilkår er underlagt taushetsplikt både etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 om noens personlige forhold og nr. 2 om drifts- og forretningsforhold det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Det vil da ifølge departementet ikke være tilstrekkelig å utelate individualiserende kjennetegn som personnavn, personnummer og lignende. Også øvrige opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår måtte sladdes, slik departementet ser det. Sladding av virksomhetenes navn m.v. ville heller ikke gi virksomhetene tilstrekkelig beskyttelse, i og med at disse navnene allerede var blitt gjort kjent på offentlig journal da virksomhetene ble tilskrevet. Etter dette ville de resterende opplysningene ikke gi et dekkende bilde av innholdet i dokumentene, slik at

det etter departementets oppfatning var grunnlag for å unnta alle dokumentene fra innsyn i sin helhet.

Etter å ha gjennomgått de aktuelle dokumentene, er det vanskelig å se annet enn at de omtalte arbeidstakernes behov for beskyttelse ville kunne bli varetatt gjennom å utelate individualiserende kjennetegn. Det er ikke like opplagt at det samme ville gjelde for navnene på virksomhetene, i og med at disse var kjent fra tidligere. Som nevnt ovenfor, er det imidlertid tvilsomt om – og i hvilken grad – opplysningene i dokumentene var underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Det er da også heftet begrunnet tvil ved beslutningen om ikke å gi innsyn i dokumentene ved å utelate individualiserende kjennetegn, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 2.

#### 5. *Klageinstans*

A har fremholdt at Arbeids- og inkluderingsdepartementet ikke skulle ha behandlet klagen over Tariffnemndas avslag.

Etter offentlighetsloven § 9 tredje ledd kan et avslag på en innsynsbegjæring påklages til det organ som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket. Denne formuleringen er tilsvarende angivelsen av klageinstans i forvaltningsloven § 28 første ledd. Dersom et organ ikke har noe overordnet organ, synes den alminnelige oppfatningen å være at det heller ikke foreligger klagerett, se Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (3. utg. 2007) s. 519 og Eckhoff/Smith *Forvaltningsrett* (8. utg. 2006) s. 277.

Tariffnemnda er opprettet ved allmenngjøringsloven § 2 under den klare forutsetning at nemnda skal virke uavhengig. Slik saken er opplyst, synes derfor nemnda ikke å ha noe overordnet organ i relasjon til klagereglene i forvaltningsloven § 28. Det kan derfor også spørres om Arbeids- og inkluderingsdepartementet, eller et annet departement for den saks skyld, skulle kunne anses overordnet i relasjon til reglene om innsyn i offentlighetsloven. Slik saken nå står, har jeg ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet. Departementet opprettholdt Tariffnemndas avgjørelse, og sluttet seg i det vesentlige til nemndas begrunnelse. Departementets behandling som klageinstans hadde dermed ingen avgjørende betydning for innsynsretten til A.

Spørsmålet om klageadgang over avslag på innsyn gitt av uavhengige forvaltningsorganer er dessuten nå regulert i offentlegforskrifta 17. oktober 2008 nr. 1119, som trådte i kraft 1. januar 2009. Etter forskriftens § 11 første ledd skal det organ som et uavhengig forvaltningsorgan administrativt hører under, være klageinstans når det uavhengige organet har avslått et krav om innsyn.

### 6. Oppsummering og konklusjon

Jeg har kommet til at det er mangler ved de vurderinger departementet foretok ved at flere sentrale forhold ikke er vurdert eller burde vært vurdert mer utførlig. Samlet sett foreligger det derfor begrunnet tvil knyttet til departementets delvise avslag på As krav om innsyn. Departementet bes gjennomgå saken på nytt i lys av mine merknader, og vurdere om det er grunn til å gi A, dersom det fortsatt er ønskelig, ytterligere innsyn. Jeg ber om bli holdt orientert om den videre utviklingen i saken.»

Departementet behandlet saken på nytt. I brev til ombudsmannen ble det opplyst følgende om den fornyede vurderingen:

«Departementet har etter en ny gjennomgang av saken, ikke funnet grunnlag for å gi A ytterligere innsyn i allmenngjøringsbegjæringens vedlegg eller de svar Tariffnemnda har mottatt fra virksomheter det er bedt om tilleggsopplysninger fra.

For øvrig vises til departementets tidligere argumentasjon for ikke å gi innsyn.»

Sett hen til at departementet i all hovedsak hadde vist til den tidligere argumentasjonen for å nekte innsyn, mente jeg at det fortsatt var begrunnet tvil knyttet til forhold av betydning i saken. Klageren hadde anlagt søksmål og fått tilgang til saksdokumentene i denne forbindelse. Jeg fant derfor etter en samlet vurdering å kunne la saken bero.

## 19.

### Dokumentinnsyn hos Oslo Børs – taushetsplikt og saksbehandlingstid

(Sak 2008/1570)

*Avisen A ble nektet innsyn i saksdokumenter knyttet til et vedtak om overtredelsesgebyr ved Oslo Børs. Avslaget ble begrunnet med at dokumentene inneholdt opplysninger om forretningsforhold, og at de derfor var underlagt lovbestemt taushetsplikt etter børsloven § 14. Etter Børsklagenemndens syn kunne A også nektes innsyn etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5, fordi dokumentene gjaldt en lovovertrødelse. Børsklagenemndens endelige avgjørelse i innsynssaken ble fattet mer enn 1 ½ måned etter at A hadde brakt saken inn for nemnda som klageinstans.*

*Ombudsmannen kom til at det var begrunnet tvil om Børsklagenemnden hadde lagt riktig rettslig utgangspunkt til grunn for sin vurdering, og han ba derfor om at nemnden vurderte saken på nytt. Selv om taushetsplikten etter børsloven § 14 gikk lenger enn taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, kunne bestemmelsen bare anses å omfatte opplysninger som det av konkurransemessige årsaker var viktig å hemmeligholde. Mindre sensitive*

*næringsopplysninger var ikke underlagt taushetsplikt. Heller ikke offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5 ga hjemmel for å nekte innsyn i alle de omstridte dokumentene. For dokumenter som eventuelt falt innenfor bestemmelsens virkeområde, måtte det uansett vurderes meroffentlighet. Om saksbehandlingstiden uttalte ombudsmannen at det måtte være tilstrekkelig at Børsklagenemnden behandlet en klage over nektet innsyn på det første møtet etter at klagen var kommet inn.*

Børsstyret ved Oslo Børs ASA hadde ilagt selskapet B et overtredelsesgebyr for brudd på børsens regler om utsatt offentliggjøring, jf. børsloven 29. juni 2007 nr. 74 § 31, jf. børsforskriften 29. juni 2007 nr. 875 § 31. Avisen A begjærte innsyn i vedtaket. Begjæringen ble innvilget for selve vedtaksdokumentet, mens det ble nektet innsyn i en del vedlegg. Begrunnelsen for dette var at vedleggene inneholdt opplysninger om forretningsmessige forhold, og at de derfor var underlagt taushetsplikt etter børsloven § 14. Avgjørelsen ble påklaget til Børsklagenemnden, men nemnden tok ikke klagen til følge.

A brakte deretter saken inn for ombudsmannen. I klagen ble det bl.a. gjort gjeldende at Børsklagenemnda hadde tolket taushetspliktsbestemmelsen i børsloven § 14 for vidt. Det ble i denne sammenheng vist til at B ikke lenger var et børsnotert selskap, og at behovet for hemmelighold derfor ikke var like påtrengende. A mente dessuten det var en saksbehandlingsfeil at Børsklagenemnden hadde brukt mer enn 1 ½ måned på å behandle klagen over Børsstyrets avslag.

Det ble besluttet å be Børsklagenemnden om en nærmere redegjørelse for sin generelle forståelse av taushetspliktsbestemmelsen i børsloven § 14. Videre ble det bedt redegjort for den konkrete vurdering som var gjort med hensyn til en del av dokumentene som det var nektet innsyn i. Dette var for det første dokumenter som inneholdt de anførsler B hadde gjort gjeldende overfor Børsstyret før det endelige vedtaket om overtredelsesgebyr ble fattet. For det annet var det såkalte «innsidelister», det vil si lister over navn og dato for når personer utenfor foretaket mottok innsideinformasjon, samt årsaken til at vedkommende hadde fått denne informasjonen. De børsnoterte selskapene plikter å oversende slike lister til Oslo Børs. Børsstyret ble spurt hvilke negative konsekvenser offentliggjøring av disse dokumentene ville kunne få for B og eventuelle andre berørte aktører, og også om det var forsøkt å innhente samtykke til offentliggjøring fra B. I tillegg ble det bedt redegjort for saksbehandlingstiden knyttet til As klage over Børsstyrets avgjørelse i innsynssaken.

I sitt svar til ombudsmannen fremholdt Børsklagenemnden at taushetsplikten for forretningsforhold

etter børsloven § 14 gikk lenger enn etter taushetspliktsbestemmelsen i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 2. Dokumentene med Bs anførsler til Børsstyret inneholdt opplysninger om utviklingen i forhandlinger mellom B og Bs kontraktspotpart i den transaksjon overtredelsesgebyret knyttet seg til, og de måtte derfor anses underlagt taushetsplikt etter børsloven § 14. Det samme gjaldt innsidelistene, fordi disse inneholdt opplysninger som kunne avsløre sider ved et selskaps forretningsmessige strategier og mål, også etter at den aktuelle transaksjonen var gjennomført. Det ble videre vist til at innsidelistene utarbeides av selskapene selv. En offentliggjøring kunne skade tillitsforholdet mellom selskapene og forvaltningen, slik at selskapene ville bli mer tilbakeholdne i sin rapportering. Etter Børsklagenemndens syn var det heller ikke særlig sterke grunner som talte for å gi allmennheten innsyn i listene, som utelukkende var utarbeidet for å lette tilsynsmyndighetenes kontroll med de private aktørene i børssystemet.

Børsklagenemnden pekte videre på at vurderingen av hva slags informasjon som var underlagt taushetsplikt etter børsloven § 14 var vanskelig, og at brudd på taushetsplikten ville kunne medføre straffansvar for de ansvarlige. Oslo Børs hadde vært i kontakt med B, som imidlertid ikke hadde samtykket til offentliggjøring. Børsklagenemnden gjorde dessuten gjeldende at det under enhver omstendighet kunne vært nektet innsyn i de omstridte dokumentene etter offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 6 første ledd nr. 5 om «anmeldelse, rapport og annet dokument om lovovertrødelse».

Når det gjaldt spørsmålet om saksbehandlingstid, viste Børsklagenemnden til børsforskriften § 37. Ifølge denne bestemmelsen skulle børsen forelegge en klage for den annen part med to ukers frist, og deretter innen fire uker oversende saken til Børsklagenemnden. Nemnda hadde så fire uker på seg til å avgjøre saken. Disse saksbehandlingsreglene måtte etter nemndas syn også gjelde for innsynssaker.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen bl.a.:**

##### *«1. Taushetspliktsspørsmålet*

Børsloven § 14 første ledd lyder:

«Tillitsvalgte, ansatte og revisor ved regulert marked plikter å hindre at noen får adgang eller kjennskap til det som de i sitt arbeid får vite om andres forretningsmessige eller personlige forhold med mindre annet følger av denne eller annen lov. Vedkommende må heller ikke gjøre bruk av slike opplysninger ved ervervsvirksomhet eller ved kjøp og salg av finansielle instrumenter. Bestemmelsene i forvaltningsloven §§ 13a til 13e får tilsvarende anvendelse.»

Bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av taushetspliktsbestemmelsen etter børsloven av 1988. I forarbeidene til sistnevnte lov, Ot.prp. nr. 83 (1986-87) side 97 flg., heter det følgende om bestemmelsen:

«Personer som er tilknyttet børsen enten som tillitsvalgte eller ansatte vil i varierende utstrekning få kjennskap til fortrolige opplysninger både når det gjelder selskaper med verdipapirer notert på børsen og om børsmedlemmer. De verdipapirutstedende selskapers interesser så vel som børsmedlemmenes og børsrepresentantenes og de samfunnsmessige interesser tilsier at det pålegges taushetsplikt. Etter omstendighetene kan børsens tillitsvalgte og ansatte også ha tilgang til personlige opplysninger som også omfattes av taushetsplikten.

Den foreslåtte bestemmelse går lenger enn forvaltningsloven, idet taushetsplikten etter forvaltningsloven når det gjelder forretningsmessige forhold bare omfatter opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter, samt drifts- og forretningsmessige forhold det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til dem opplysningen angår.»

Så vel bestemmelsens ordlyd som forarbeidene tilsier altså at børslovens taushetspliktsbestemmelse favner noe videre enn den alminnelige taushetspliktsbestemmelsen i forvaltningsloven. Bakgrunnen er antakelig, slik Børsklagenemnden har fremholdt, at man i lys av børslovens virkeområde ikke bare må hensynta virksomhetenes konkurranseposisjon i snever forstand, men også behovet for en velfungerende markedsplass.

Det er imidlertid grunn til å være tilbakeholden med å tolke taushetspliktsbestemmelsen for vidt. Der hensynet til børsmarkedet *ikke* gjør seg gjeldende, er det etter mitt syn vanskelig å se at det er noe som tilsier en utvidet taushetsplikt for børsen og Børsklagenemnden. Når det gjelder informasjon om virksomheter som ikke lenger er notert på børsen, er det derfor i alminnelighet neppe grunn til å tolke taushetspliktsbestemmelsen i børsloven annerledes enn det som gjelder for forvaltningsorganer for øvrig, jf. forvaltningsloven § 13. Dersom det ikke foreligger særskilte omstendigheter i forhold til B, som ikke er kommet frem under saksforberedelsen her, antar jeg derfor at opplysninger om selskapet ikke vil være taushetsbelagt med mindre de er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

Uansett kan Børsklagenemnden neppe høres med at all informasjon knyttet til et børsnotert selskap er taushetsbelagt. Det må i alle tilfelle kunne påvises en eller annen *berettiget interesse* i hemmelighold for at en opplysning skal anses å være underlagt taushetsplikt. Dette følger direkte av forvaltningsloven § 13a første ledd nr. 3, som er gitt tilsvarende anvendelse for taushetsplikt etter børsloven, og ville uansett måtte innfortolkes. Selv der virksomheten fortsatt er no-

tert på markedsplassen, må det altså være en viss fare for uheldige virkninger av offentliggjøring, enten for virksomheten eller markedsplassen, for at det skal være tale om taushetsplikt. Om man kaller dette et «skadekrav» eller ikke, er for så vidt en smakssak.

Det er i denne sammenheng grunn til å peke på at formålet med reglene om taushetsplikt heller ikke etter børsloven har vært å beskytte børsnoterte virksomheter mot enhver form for konkurranse eller mot offentliggjøring av enhver ubehagelig opplysning for vedkommende bedrift. Mindre sensitive næringsopplysninger vil derfor ikke være underlagt taushetsplikt og vil kunne offentliggjøres i medhold av offentlighetsloven. Så vel offentlighetsprinsippet og hensynet til andre beskyttelsesverdige interesser, herunder allmennhetens behov for innsyn, må hensyntas i tolkningen av børsloven § 14.

Det er derfor grunn til å knytte noen kommentarer til offentlighetens interesse i den foreliggende sak. Børsklagenemnden har fremholdt at offentligheten ikke har noen berettiget interesse i den foreliggende sak. Nemnda synes å mene at den selv og Oslo Børs ivaretar behovet for offentlig kontroll. Det er jeg uenig i.

Børsen utøver offentlig myndighet når den ilegger overtredelsesgebyr etter børslovgivningen. Overtredelsesgebyret kan beløpe seg til opptil 2,5 millioner kroner per overtredelse, og gis som følge av brudd på bestemmelser i børsloven eller børsforskriften eller ved vesentlige brudd på børsens øvrige regler. Gebyret har et sanksjonspreg, og gis i alle fall delvis i kraft av statens høyhetsrett. Det kan ikke være tvilsomt at offentligheten har behov for å føre tilsyn med hvordan denne myndigheten utøves.

Til dette kommer at overtredelsesgebyret er gitt som ledd i børsens tilsynsvirksomhet. Så vel børsen som nemnda er gitt viktige tilsynsoppgaver på vegne av fellesskapet, som blant annet skal sikre tilliten til et marked der det handles for betydelige verdier. Også denne siden av saken har en reell offentlig interesse; allmennhetens kontroll med hvordan tilsynsoppgavene utføres er viktig for ansvarliggjøringen av aktørene på børsen.

En forutsetning for at den offentlige kontrollen med børsen og Børsklagenemnden skal ha en realitet, er at det gis tilgang til de dokumentene som ligger til grunn for tilsynsmyndighetenes enkeltvedtak. Jeg er derfor enig med A i at offentligheten har en ikke ubetydelig interesse i innsyn i de dokumentene denne saken gjelder. Dette må det tas hensyn til i vurderingen av hva slags informasjon som er underlagt taushetsplikt.

En forutsetning for taushetsplikt i dette tilfellet er at det påvises nærliggende, konkrete og kontrollerbare forhold som tilsier at åpenhet – etter at den aktuelle transaksjonen er avsluttet og etter at B er tatt av

børs – vil være skadelig for konkurranseforholdene, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Børsklagenemnden synes å ha lagt terskelen betydelig lavere.

Det er grunn til å understreke at det i forbindelse med innsynsbegjæringen må foretas en konkret vurdering av hver enkelt opplysning i de dokumentene det er bedt om innsyn i. Det vil derfor ikke være rettslig grunnlag for å unnta en kategori dokumenter – for eksempel innsidelister – fra innsyn på generelt grunnlag.

Den begrunnelsen Børsklagenemnden har gitt, tilfredsstillende etter mitt skjønn ikke disse kravene. Begrunnelsen er gitt på et abstrakt og generelt nivå, og er ikke knyttet til de konkrete opplysninger eller til den konkrete transaksjonen dokumentene gjelder.

Nemnda har slik jeg ser det ikke kunnet peke på hvilke konkrete skadevirkninger offentliggjøring av *akkurat disse opplysningene* vil kunne få for B eller finansmarkedet som sådan.

Enkelte av de eksemplene på konsekvenser av offentliggjøring som nemnda har trukket frem ... kan nok begrunne taushetsplikt i enkelttilfeller – særlig der en transaksjon fortsatt er aktuell. Andre er neppe relevante. Dette gjelder faren for at rekrutteringsbyråer eller konkurrenter systematisk skal be om innsyn i innsidelistene for å rekruttere personell. Dette er ikke den type konkurranse taushetspliktsreglene er ment å verne om. Heller ikke at opplysningene kan røpe et klientforhold vil i seg selv være taushetsbelagt. For det første gjelder det ikke noe absolutt og generelt forbud for advokater eller rådgivere mot å røpe klientforhold. For det andre er dette en taushetsplikt som eventuelt påligger advokaten eller rådgiveren. En slik taushetsplikt binder som utgangspunkt ikke forvaltningen. Hvorvidt opplysninger om klientforholdet er taushetsbelagt hos Oslo Børs beror derfor på en tolkning av børsloven § 14.

Det er etter dette begrunnet tvil om nemnda har hatt riktig rettslig utgangspunkt for den vurdering som er foretatt, og vurderingen er heller ikke tilstrekkelig konkret.

Børsklagenemnden bes gjennomgå saken på nytt i lys av mine merknader, og vurdere om det er grunn til gi A ytterligere innsyn. Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre utviklingen i saken.

---

## 2. Unntak etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 5

Under saksforberedelsen har Børsklagenemnden også fremholdt at dokumentene kan unntas med hjemmel i dagjeldende offentlighetslov § 6 første ledd nr. 5, fordi dokumentene er å anse som «anmeldelse, rapport eller annet dokument om lovovertrelse».

Bestemmelsen ga bare adgang til å unnta et dokument som primært angår lovovertrædelsen. At det er gitt opplysninger i et dokument om slike overtredelser, er ikke nok til at dette unntaket skal komme til anvendelse – dokumentet må gjelde dette forhold. Justisdepartementets lovavdeling har i en tolkningsuttalelse fra 2001 (JDLOV-2001-3181) uttalt at bestemmelsen bare omfatter «dokumenter som direkte omhandler og er skrevet som en direkte følge av en konkret lovovertrædelse, for eksempel for å klarlegge, stoppe eller sanksjonere den». Videre heter det at:

«Det er antatt at bestemmelsen ikke bare omfatter dokumenter om fullbyrdede lovovertrædelser, men også dokumenter i saker hvor det er uklart om det foreligger en lovovertrædelse. Muligheten for at det er begått en lovovertrædelse må likevel ikke være for fjern eller usikker.»

Det vil si at innsidelister – som er et ledd i det *generelle* systemet for kontroll av børsnoterte selskaper, og som føres uavhengig av om det er konkret mistanke om en lovovertrædelse eller ikke – neppe vil være omfattet av unntaket. Dette gjelder selv om det i ettertid viser seg at de har bevisverdi i en sak om lovbrudd.

Når det gjelder Bs anførsler, kan muligens bestemmelsen gi hjemmel for unntak. I tilfelle må det imidlertid foretas en meroffentlighetsvurdering i forhold til dette dokumentet (i den grad det ikke anses å være taushetsbelagt), og det er de hensyn som begrunner denne unntakshjemmelen som først og fremst vil være relevante å tillegge vekt her.

Ovennevnte har imidlertid først og fremst historisk betydning. Når Børsklagenemnden nå skal foreta en fornyet vurdering av innsynsspørsmålet, antar jeg at det er naturlig at denne vurderingen skjer på grunnlag av den någjeldende offentliglov 19. mai 2006 nr. 16. A kan uansett når som helst be om innsyn etter denne loven, og det vil være unødig formalisme å basere seg på unntakshjemler som ikke lenger er i kraft.

Anvendelsesområdet for det aktuelle unntaket er nå betydelig innskrenket, jf. offentliglova § 24 annet ledd, og unntak kan bare gjøres «inntil saka er avgjort». Ettersom forholdet til denne bestemmelsen ikke har vært oppe under saksforberedelsen her, finner jeg imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på den vurderingen som skal gjøres.

### 3. Saksbehandlingstiden

A har fremholdt at det tok urimelig lang tid å avgjøre innsynssaken. Fra innsynsbegjæringen første gang ble inngitt til saken var endelig avgjort av Børsklagenemnden, tok det i underkant av to måneder.

I offentlighetsloven § 9 første ledd heter det at innsynssaker skal avgjøres «uten ugrunnet opphold». Ombudsmannen har tidligere slått fast at de fleste

innsynsbegjæringene bør «kunne avgjøres samme dag eller i alle fall i løpet av 1-3 virkedager, dersom det ikke skulle foreligge spesielle praktiske vanskeligheter». Regjeringen og Justiskomiteen har sluttet seg til dette, jf. St.meld. nr. 32 (1997-1998) side 97 og 100 og Innst. S. nr. 21 (1998-1999) side 18. Hva gjelder saksbehandlingstiden for innsynssaker i *klageomgangen*, har ombudsmannen uttalt at:

«Hensynene bak kravene til saksbehandlingstid gjør seg også gjeldende ved klagebehandling av avslag på innsyn. Det er først ved klagevedtaket at det foreligger en endelig avgjørelse av innsynsspørsmålet. Klagesaker etter offentlighetsloven må følgelig avgjøres raskt, se også Justisdepartementets «Veileder i offentlighetsloven» side 103.»

Hurtighet i saksbehandlingen er av stor betydning i innsynssaker, og Børsklagenemnden kan ikke i innsynssaker ukritisk forholde seg til de tidsfrister som er oppstilt i børsforskriften. Det kan imidlertid vanskelig kreves at Børsklagenemnden skal samles utelukkende for å ta stilling til en innsynsbegjæring eller en innsynsklage. Det må være tilstrekkelig at saken avgjøres på første ordinære møte etter at klagen eller begjæringen er blitt inngitt.»

## 20.

### Innsyn i interne dokumenter – lovteknisk gjennomgang av lovutkast

(Sak 2009/434)

*Justisdepartementet av slo en begjæring om innsyn i flere dokumenter knyttet til departementets gjennomgang av to lovforslag sendt fra Finansdepartementet.*

*For et brev fra Justisdepartementet til Finansdepartementet med merknader til lovutkastene kom ombudsmannen til at unntaksadgangen ikke var vurdert tilstrekkelig konkret. Det var dessuten mangler ved meroffentlighetsvurderingen for et notat fra lovavdelingen til den politiske ledelsen i Justisdepartementet, for utkastet til odelstingsproposisjon og for de lovtekniske merknadene inntatt i utkastet. Ombudsmannen ba departementet behandle saken på nytt for så vidt gjaldt disse forholdene.*

*Etter en fornyet vurdering opprettholdt departementet avslaget på innsynskravet.*

I februar 2009 ba A Justis- og politidepartementet om innsyn i samtlige dokumenter knyttet til den lovtekniske gjennomgangen av et utkast til lov om Statens finansfond og Statens obligasjonsfond. Innsynskravet omfattet alle dokumenter sendt til og fra Justisdepartementets lovavdeling i anledning saken. Departementet ga innsyn i et e-brev fra Finansdepartementet til ulike organer, herunder lovavdelingen, der det ble bedt om merknader til lovforslaget. For de øvrige do-

kumentene ble innsynskravet avslått fullt ut. Etter at avslaget var gitt, fikk A en nærmere begrunnelse fra departementet etter offentleglova § 31 annet ledd. Det fremgikk at dokumentene var unntatt dels etter offentleglova § 14 om organinterne dokumenter, dels etter § 15 første ledd annet punktum om dokument innhentet av et departement fra et annet departement samt § 15 tredje ledd om dokument om innhenting av slikt dokument. A brakte deretter saken inn for ombudsmannen.

Etter å ha innhentet og gjennomgått de relevante saksdokumentene fra departementet, ble det besluttet å iverksette ytterligere undersøkelser. På den bakgrunn ble departementet bedt om å redegjøre nærmere for enkelte forhold, herunder om det var foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering av om offentleglova § 15 første ledd ga adgang til å gjøre unntak, om det var nødvendig å nekte innsyn for å sikre forsvarlige interne avgjørelsesprosesser og om hvilken betydning det hadde for vurderingen at regjeringens arbeid med lovutkastet var avsluttet. Det ble også bedt om en utdyping av den meroffentlighetsvurderingen som var foretatt, og departementet ble i denne forbindelse spurt hvilken betydning det hadde at de omstridte dokumentene gjaldt regelverksutvikling angående en økonomisk krisepakke og at lovforslaget ikke hadde vært ute på alminnelig høring.

Justisdepartementets lovavdeling redegjorde i brev 29. april 2009 utførlig for adgangen til å unnta dokumenter etter offentleglova § 15 første ledd annet punktum og tredje ledd. Den generelle gjennomgang av rekkevidden av unntakene gjengis ikke. Departementet påpekte imidlertid at det ikke er noe vilkår etter § 15 første ledd at det kan påvises fare for at de interne avgjørelsesprosessene i den konkrete saken kan bli skadelidende. Det vil tvert i mot ofte være «slik at offentlighet omkring dokumenter som innhentes utenfra eller dokumenter om innhenting av slike dokumenter ikke vil ha skadevirkninger i den konkrete saken dokumentene gjelder», og slike skadevirkninger vil vanskelig kunne inntre etter at saken er ferdigbehandlet. Nødvendighetsvurderingen etter § 15 første ledd må derfor først og fremst knyttes til fare for skade på fremtidige avgjørelsesprosesser. Lovavdelingen mente at vilkåret «gjennomgående vil være oppfylt for visse typer dokumenter, f.eks. utkast til det som skal være et organs endelige beslutning eller standpunkt og forslag og konkrete vurderinger og råd med hensyn til utforming og innhold i slike». Det ville derfor være tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret å konstatere at det dreier seg om et dokument av en slik art.

Lovavdelingen pekte videre på at tiden som har gått vil være et relevant moment i vurderingen av om nødvendighetsvilkåret i § 15 første ledd er oppfylt, også for dokumenter som utveksles mellom departe-

menter i saker som skal fremmes for Stortinget. Det ble imidlertid anført at § 15 første ledd «fortsatt kan brukes på dokumenter fra andre departementer som består i konkrete vurderinger, råd eller forslag med hensyn til utformingen av eller innholdet i dokumenter som skal fremmes for Stortinget også etter at saken er ferdigbehandlet». I disse tilfellene vil det være den samlede regjeringen som står bak dokumentene, og slike dokumenter vil etter lovavdelingens syn ligge i «den innerste kjernen av det unntaket i § 15 første ledd omfatter». Nødvendighetsvilkåret ville for slike dokumenter være oppfylt «også etter at det er fremmet for Stortinget dersom det er avvik mellom utkastet og det endelige dokumentet av noen betydning». Lovavdelingen mente dermed at for de tre dokumentene som var unntatt etter offentleglova § 15 første ledd annet punktum og tredje ledd ville det ikke få noen avgjørende betydning at regjeringens arbeid med proposisjonen var avsluttet.

Videre ble det fremholdt at det forhold at dokumentene ligger i kjernesonen for unntakene i § 15 første ledd annet punktum og tredje ledd innebærer at det gjør seg gjeldende et tungtveiende saklig og reelt unntaksbehov. Dette var «et vesentlig moment i retning av at det ikke bør utøves meroffentlighet». Utkastet til proposisjon ville stå i samme stilling uavhengig av om det var forelagt et departement for realitetsmerknader eller lovavdelingen for lovteknisk gjennomgang. Uansett ville det være et departements utkast til det som skal bli regjeringens forslag til Stortinget, og det ville ikke være mulig å gi innsyn i lovtekniske merknader uten også å gi innsyn i departementets lovutkast. Justisdepartementets brev 3. februar inneholdt både lovtekniske kommentarer og realitetsmerknader, slik at brevet måtte stå i samme stilling som andre brev som inneholder konkrete vurderinger, råd eller forslag med hensyn til utformingen av eller innholdet i dokumenter som skal fremmes for Stortinget. For denne typen dokumenter mente lovavdelingen at «hensynet til offentlig innsyn nokså gjennomgående må stå tilbake ved vurderingen av meroffentlighet». I tilfeller der et dokument kun inneholder utpregete lovtekniske merknader og disse ikke er påført lovutkastet, mente lovavdelingen at det etter omstendighetene kunne tenkes at meroffentlighet burde utøves.

Det ble opplyst at det ved meroffentlighetsvurderingen for det enkelte dokument var tatt hensyn til at det dreide seg om et lovforslag i tilknytning til en økonomisk krisepakke i anledning en svært alvorlig situasjon for verdensøkonomien, og at forslaget ikke hadde vært på alminnelig høring. Det var imidlertid ikke funnet at disse hensynene hadde en slik vekt at det burde utøves meroffentlighet for noen av dokumentene.



A kom med merknader til lovavdelingens redegjørelse. Han mente det var lagt for liten vekt på at rettsutviklingen og den generelle hovedtendensen i offentleglova er utvidelse av området for dokumentoffentlighet. For dokumenter som utveksles mellom departementene påpekte A at unntaksadgangen var vesentlig innsnevret sammenlignet med tidligere. A fremholdt dessuten at offentliggjøring av interne drøftelser mellom departementene etter at Stortinget har vedtatt den aktuelle loven som forslaget bygger på, vil kunne bidra til å tydeliggjøre standpunktet regjeringen inntok i proposisjonen, og at det var vanskelig å se hvilke samfunnsinteresser som kunne bli skadelidende ved slik tydeliggjøring.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Dokumentene det er nektet innsyn i gjelder arbeidet med en odelstingsproposisjon med forslag til lov om Statens finansfond og lov om Statens obligasjonsfond. Lovforslagene ble fremmet for Stortinget ved Ot.prp. nr. 35 (2008-2009), og skulle ta sikte på å styrke finansiell stabilitet og for å legge til rette for tilførsel av kreditt til foretak og husholdninger. Opprettelsen av de to fondene var ment å skulle supplere de tiltakene som Regjeringen og Stortinget har foreslått og iverksatt. For å kunne fremlegge lovforslagene raskt, og for å kunne unnta forslagene fra offentlighet inntil de ble fremlagt for Stortinget, ble det ikke gjennomført alminnelig høring i tråd med retningslinjene i utredningsinstruksen. De to lovene ble vedtatt av Stortinget 2. mars 2009 og sanksjonert 6. mars 2009 med ikrafttredelse samme dag.

De fire dokumentene saken gjelder er:

- brev 3. februar 2009 fra lovavdelingen i Justis- og politidepartementet til Finansdepartementet
- vedlegg til brev 3. februar 2009 med en lovteknisk gjennomgang av de to lovforslagene
- utkast til odelstingsproposisjon fra Finansdepartementet sendt til Justis- og politidepartementet
- notat 5. februar 2009 fra Justisdepartementets lovavdeling til politisk ledelse.

Brevet 3. februar 2009 og vedlegget til dette er unntatt fra innsyn etter offentleglova § 15 første ledd annet punktum. Utkastet til odelstingsproposisjonen er unntatt etter § 15 tredje ledd første alternativ, mens notatet 5. februar 2009 er unntatt etter bestemmelsen om såkalte organinterne dokumenter i § 14 første ledd.

#### 1. Adgangen til å unnta brevet 3. februar 2009

I offentleglova § 15 første ledd annet punktum er det gitt adgang til å unnta dokumenter som et departement har innhentet fra et annet departement til bruk for den interne saksforberedelsen. Vilkåret i § 15 første ledd første punktum gjelder på samme måte, slik at det bare er adgang til å unnta slike dokumenter når det er «nødvendig for å sikre forsvarlege interne avgjøringsprosesser». Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen ikke utelukkende tar sikte på å verne om en pågående intern avgjørelsesprosess. Faren for at innsyn kan skade fremtidige interne avgjørelsesprosesser kan også være relevant å legge vekt på, ved at «organ ein samarbeider tett med kan bli meir tilbakeholdne med å komme med frimodige råd og vurderingar», jf. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side 134. Det vil etter § 15 første ledd første punktum bare kunne gjøres unntak dersom det er fare for at innsyn vil kunne skade avgjørelsesprosessen hos mottakerorganet, det vil si det organet som står for saksforberedelsen. Nødvendighetsvilkåret i § 15 første ledd første punktum må i utgangspunktet tolkes på samme måte etter § 15 første ledd annet punktum, men forarbeidene antyder at nødvendighetsvilkåret oftere vil kunne være oppfylt for korrespondanse mellom departementene på grunn av det svært tette samarbeidet mellom disse i mange saker, jf. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side 135.

Lovavdelingen har i redegjørelsen til ombudsmannen lagt til grunn at dokumenter som «inneholder merknader fra et departement til et dokument et annet departement skal fremme for Stortinget» er et eksempel på en type dokumenter der nødvendighetsvilkåret i offentleglova § 15 første ledd vil være oppfylt. Etter lovavdelingens syn ligger dessuten slike dokumenter «i den innerste kjernen av det unntaket i § 15 første ledd omfatter», særlig dersom innspillet fra det andre departementet består i konkrete råd, vurderinger eller forslag med hensyn til utformingen av eller innholdet i det dokumentet det andre departementet skal fremme for Stortinget. Så vidt jeg forstår, mener lovavdelingen at Justisdepartementets brev 3. februar er et slikt dokument som ligger i kjernen for unntaket i § 15 første ledd annet punktum.

Karakteren av og innholdet i de dokumenter som utveksles mellom departementene ved forberedelsen av en sak som skal fremmes for Stortinget, vil kunne variere meget, fra de rene orienteringsbrev til utpregete politiske overlegninger. Det er ikke lovens ordning at samtlige dokumenter i en slik beslutningsprosess skal kunne unntas fra offentlighet. Det er kun de dokumentene det vil være «nødvendig» å unnta av hensyn til den interne beslutningsprosessen som kan unntas. Dessuten skal det i tilfelle vurderes om hele eller deler av dokumentet likevel skal gjøres kjent, jf.

offentleglova § 11. Det ligger i dette både en betydelig innskrenkning i forhold til den tidligere offentlighetsloven og en klar oppfordring fra lovgiver om bare å gjøre unntak der det er nødvendig.

Spørsmålet om nødvendighetsvilkåret i § 15 første ledd er oppfylt må vurderes konkret. Testen, eller det som skal vurderes, er om innsyn i disse opplysningene i dette dokumentet fra et departement til et annet, vil føre til at avsenderorganet vil vegre seg for å gi samme type opplysninger til mottakerorganet i en senere beslutningsprosess av samme karakter. Hva slags type dokument det er tale om og i hvilken sammenheng dokumentet er opprettet og avgitt, vil kunne ha betydning. Større betydning vil det nok ha hva slags opplysninger dokumentet inneholder og hvilken rolle avsenderorganet har i beslutningsprosessen. Nødvendighetsvilkåret vil lettere kunne anses oppfylt dersom dokumentet inneholder politiske vurderinger og råd i en sak som en samlet regjering skal fremme for Stortinget, enn dersom dokumentet inneholder rene faglige utlegninger, for eksempel en redegjørelse for hva avsenderorganet mener er gjeldende rett. Gir organet derimot råd og vurderinger som bærer preg av frimodighet, eller som berører ømtålige politiske spørsmål, og som neppe ville ha blitt gitt dersom det ble gitt innsyn i dem, vil det kunne tale for at den interne avgjørelsesprosessen i mottakerorganet vil kunne bli skadelidende, fordi det da kanskje ikke vil motta slike opplysninger i fremtiden, se Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side 134. Dersom avsenderorganet gir innspill det er forpliktet til å gi, vil det på den annen side minske sannsynligheten for skade på fremtidige beslutningsprosesser.

Den tid som har gått vil også kunne ha betydning. Det vil for eksempel være mindre risiko for skade på den interne avgjørelsesprosessen jo lengre tid som er gått siden saken ble avsluttet.

I vurderingen av risikoen for skade på fremtidige beslutningsprosesser må det ses hen til at offentliglova § 15 første ledd annet punktum gir adgang til å unnta korrespondanse mellom departementene dersom nødvendighetsvilkåret er oppfylt. Det betyr at det neppe vil være relevant å legge vekt på fremtidig tilbakeholdenhet hos avsenderorganet med hensyn til å gi opplysninger av for eksempel rent faglig karakter eller faktiske opplysninger. For denne typen opplysninger vil det sjelden være «nødvendig» å gjøre unntak fra offentlighet av hensyn til den interne beslutningsprosessen.

Forarbeidene nevner ulike eksempler på situasjoner der vilkåret vil kunne være oppfylt, bl.a. der et underordnet organ direkte gir råd og vurderinger om hvilken avgjørelse det overordnede organet skal fatte, og der det underordnede organet deltar i saksforberedelsen til et departement i saker som skal fremmes for Stortinget, se Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side

134. I likhet med lovavdelingen mener jeg at disse betraktningene også må gjøre seg gjeldende for korrespondansen mellom departementene som kan unntas etter § 15 første ledd annet punktum. Men de situasjoner som er nevnt i forarbeidene er bare eksempler på tilfeller der vilkåret vil kunne være oppfylt, og eksemplene gir en viss veiledning om hvilke momenter som vil kunne være relevante å legge vekt på. Hvorvidt det enkelte dokument kan unntas etter bestemmelsen må imidlertid her, som ellers, bero på en tolkning av den aktuelle unntaksbestemmelsen og en konkret vurdering av de relevante hensyn/momenter som gjør seg gjeldende.

Justisdepartementets brev 3. februar 2009 er utarbeidet av lovavdelingen som et svar på en henvendelse fra Finansdepartementet om å inngi merknader til utkast til en odelstingsproposisjon. Det fremgår at den normale fremgangsmåten ved lovforberedelse som utredningsinstruksen gir anvisning på, ikke var fulgt. Brevet inneholder dels noen merknader til lovforslagene generelt, og dels enkelte merknader til de ulike bestemmelsene i utkastet. Justisdepartementets generelle merknader er av rettslig og teknisk karakter. Riktignok inneholder brevet både vurderinger og visse råd, men disse er knyttet først og fremst til oppsettet av lovforslaget og til den tekniske utformingen av en av bestemmelsene i utkastet. Brevet inneholder, så vidt jeg kan bedømme, ikke råd om og vurderinger knyttet til innholdet i lovforslaget eller merknader av politisk eller rettspolitisk karakter. Dokumentet fremstår endelig og gjennomarbeidet, og merknadene er gitt på bakgrunn av lovavdelingens særlige kunnskap om lovarbeid, og i tråd med de oppgaver utredningsinstruksen tillegger lovavdelingen. Jeg finner det vanskelig å se at lovavdelingen, med sin rolle i lovsaker, sterke kompetanse og faglige integritet på området, som en konsekvens av innsyn i dette dokumentet, skulle avholde seg fra å bidra med lignende rettslige opplysninger ved behandlingen av senere lovsaker i Finansdepartementet.

Departementets begrunnelse for å unnta brevet 3. februar 2009 fra innsyn er etter min oppfatning av generell karakter. Få eller ingen av de momentene jeg har angitt ovenfor er nevnt verken i departementets avgjørelse, den nærmere begrunnelsen eller lovavdelingens redegjørelse hit. Tvert om synes lovavdelingen å mene at det er tilstrekkelig til å gjøre unntak etter § 15 første ledd annet punktum at dokumentet «inneholder merknader fra et departement til et dokument et annet departement skal fremme for Stortinget», uten konkret å vurdere hvilke langsiktige skadevirkninger en offentliggjøring vil kunne ha. En slik måte å anvende offentliglova § 15 første ledd annet punktum på kan jeg ikke se har støtte verken i lovens ordlyd eller forarbeidene.

På denne bakgrunn ber jeg departementet behandle spørsmålet om adgangen til å unnta brevet fra innsyn på nytt. Jeg presiserer at jeg med dette ikke har tatt stilling til om det var adgang til å unnta brevet. Med det resultat jeg har kommet til, finner jeg det heller ikke riktig å uttale meg om departementets vurdering av meroffentlighet for dette dokumentet.

### 2. Adgangen til å unnta notatet

Notatet fra lovavdelingen til politisk ledelse i Justisdepartementet kan klart nok unntas etter offentliglova § 14. Departementets vurdering av meroffentlighet for dette dokumentet synes å være begrenset til en henvisning til at notatet ligger i kjernesonen for unntaket i § 14 første ledd, og at både denne bestemmelsen og § 15 første ledd annet punktum og tredje ledd skal støtte opp under at det er den samlede regjering som står bak proposisjoner og andre dokumenter til Stortinget.

Offentleglova § 14 inneholder ikke noe nødvendighetsvilkår slik som § 15 første ledd. Mange av de hensynene og momentene som er relevante i vurderingen av om nødvendighetsvilkåret er oppfylt vil imidlertid også være relevante i vurderingen av om et organinternt dokument likevel bør gjøres kjent. Dersom det ikke eksisterer et reelt og saklig behov for å unnta dokumentet, bør dokumentet gjøres kjent etter § 11. Likeledes bør dokumentet gjøres kjent dersom det foreligger et reelt og saklig behov for innsyn, men hensynene for offentlighet veier tyngre.

Jeg kan ikke se at departementet har foretatt en konkret vurdering av om det foreligger et reelt og saklig behov for å unnta notatet, eller om de offentlige interessene eventuelt veier tyngre, og jeg må derfor be om at departementet vurderer spørsmålet om innsyn for dette dokumentet på nytt.

### 3. Adgangen til å unnta utkastet til proposisjon og de lovtekniske merknadene skrevet inn i utkastet

Finansdepartementets utkast til proposisjon og Justisdepartementets lovtekniske merknader skrevet inn i utkastet, er unntatt etter henholdsvis offentliglova § 15 tredje ledd og første ledd annet punktum. Lovavdelingen har lagt til grunn at det vil være nødvendig å unnta slike utkast, særlig dersom det er avvik av noen betydning mellom utkastet og den endelige proposisjonen som fremmes for Stortinget. Det vil heller ikke være mulig å gi innsyn i de lovtekniske merknadene som er skrevet inn i proposisjonsutkastet uten samtidig å gi innsyn i det opprinnelige utkastet.

Jeg har ingen rettslige innvendinger mot departementets syn på adgangen til å unnta disse to dokumentene. Det er da lagt vekt på at det er tale om ennå ikke ferdigstilte utgaver av den endelige proposisjonen. Heller ikke for disse dokumentene synes det imidlertid å være foretatt en konkret avveining av

hensynene for å unnta akkurat disse dokumentene fra offentlighet og hensynene for å gjøre dem kjent, og jeg ber derfor departementet foreta en slik meroffentlighetsvurdering.

### 4. Meroffentlighet

Lovavdelingen har redegjort generelt for meroffentlighetsvurderingen for dokumenter som ligger i kjernen av § 15 første ledd, og jeg har funnet grunn til å komme med enkelte merknader til den generelle redegjørelse som er gitt om dette.

Når det gjelder den interesseavveiningen som skal foretas etter offentliglova § 11, har lovavdelingen bl.a. pekt på at unntakene i § 15 første ledd annet punktum og tredje ledd

«er utformet blant annet med sikte på å legge til rette for at regjeringen skal kunne utarbeide dokumenter som skal fremlegges for Stortinget uten at offentligheten får innsyn i overlegningene i regjeringen og mellom departementene om utformingen av og innholdet i det som skal bli den samlede regjeringens forslag.»

Den offentlige interessen, som normalt vil være betydelig for saker som fremmes av regjeringen for Stortinget, må etter lovavdelingens syn «tilfredsstilles gjennom innsyn i det endelige dokument regjeringen fremlegger».

Lovavdelingen har videre fremholdt om meroffentlighetsvurderingen:

«For dokumenter som ligger i kjernen av unntaket i § 15 første ledd, som f.eks. utkast til dokumenter som skal legges frem for Stortinget og andre departementers innspill til slike dokumenter, mener vi at hensynet til offentlig innsyn nokså gjennomgående må stå tilbake ved vurderingen av meroffentlighet.»

Jeg er usikker på hvor langt lovavdelingens generelle syn på utfallet av meroffentlighetsvurderingen kan gjelde. Hensynet til forvaltningens egen beslutningsprosess er blant de interesser som har svakt vern i de alminnelige reglene om innsyn, og som har fått et svakere vern med den nye offentliglova. Dette er ikke bare kommet til uttrykk gjennom innstramningen av unntaksadgangen i offentliglova § 15, men ble også trukket frem ved Stortingets behandling av forslag til nytt femte ledd i Grunnloven § 100. Flertallet i Kontroll- og konstitusjonskomiteen uttalte bl.a.:

«Etter flertallets oppfatning bør det imidlertid kreves svært sterke grunner for å unnta et dokument fra offentlighet av andre grunner enn personvernensyn. Flertallet forutsetter derfor at Regjeringen i proposisjonen om ny offentlighetslov vil foreslå innstramminger av adgangen til å unnta dokumenter fra offentlighetsprinsippet.» (Innst. S. nr. 270 (2003-2004) side 60)

Under enhver omstendighet er det ikke grunnlag i offentliglova for generelle slutninger om utfallet av meroffentlighetsvurderingen for en bestemt type dokumenter. Tvert imot påhviler det forvaltningen en plikt til å vurdere meroffentlighet, og det fremgår klart av § 11 at det skal foretas en konkret avveining av hensynene for og mot offentlighet. Innføringen av nødvendighetsvilkåret i § 15 første ledd vil nok rent faktisk kunne få betydning for meroffentlighetsvurderingen. Men det er grunn til å understreke at dette i tilfelle bare gjelder det ene hensynet i den interesseavveiningen som skal foretas etter offentliglova § 11. Selv om behovet for å unnta en type dokumenter inneholdende en viss type opplysninger sendt mellom departementer vil kunne være noenlunde konstant, betyr ikke det at interesseavveiningen etter § 11 nødvendigvis vil falle likt ut. Hensynene for åpenhet vil naturligvis variere, og forvaltningen bør gi innsyn dersom sistnevnte hensyn veier tyngre enn forvaltningens behov for å verne om sine egne beslutningsprosesser.»

Justis- og politidepartementet foretok senere en ny vurdering både av unntaksadgangen og spørsmålet om meroffentlighet, slik ombudsmannen ba om. Avslaget på As innsynskrav ble opprettholdt.

## 21.

### Avslag på dokumentinnsyn - interne dokumenter

(Sak 2009/272)

*Klagen gjaldt Justis- og politidepartementets avslag på begjæring om innsyn i 12 dokumenter tilknyttet møter mellom politisk ledelse i departementet og representanter for innvander- og minoritetsorganisasjoner. Innsyn ble først avslått med hjemmel i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 første ledd, men ble senere endret til offentliglova 19. mai 2006 nr. 16 § 15 tredje ledd jf. annet ledd for tre av dokumentene. Departementet ga delvis innsyn i disse tre dokumentene, og begrunnet avslaget på fullt innsyn med offentliglova § 24 tredje ledd.*

*For tre av dokumentene kom ombudsmannen til at verken den tidligere offentlighetsloven § 5 første ledd eller offentliglova § 15 tredje ledd jf. annet ledd ga rettslig grunnlag for å unnta dokumentene fra offentlighet. Ombudsmannen kom også til at avgjørelsen om å nekte innsyn med hjemmel i offentliglova § 24 tredje ledd ikke var tilstrekkelig konkret begrunnet, og departementet ble bedt om å vurdere innsynsspørsmålet på nytt. For et annet dokument knyttet det seg begrunnet tvil til departementets meroffentlighetsvurdering, og ombudsmannen ba departementet vurdere spørsmålet på nytt.*

*Justis- og politidepartementet behandlet spørsmålet om meroffentlighet på nytt, og kom til at det kunne gis innsyn i dokumentet.*

Organisasjonen Stopp islamiseringen av Norge (SIAN) ba Justis- og politidepartementet om innsyn i dokumenter med tilknytning til møter mellom politisk ledelse i departementet og innvander- og minoritetsorganisasjoner. Departementet avsto innsyn i 12 dokumenter i saken, samtidig som det ble gitt innsyn i de øvrige saksdokumentene som forelå på dette tidspunktet. Etter klage fra SIAN opprettholdt departementet avgjørelsen, og saken ble brakt inn for ombudsmannen.

Etter å ha gjennomgått dokumentene i saken ble det for enkelte av dokumentene stilt spørsmål til avslaget. Departementet ble bedt om å redegjøre nærmere for hvordan og på hvilken måte unntaksbestemmelsen i offentlighetsloven § 5 første ledd, om adgangen til å nekte innsyn i dokumenter som et forvaltningsorgan har utarbeidet for sin egen interne saksforberedelse, kom til anvendelse på dokument nummer 3, 4 og 7, som var henholdsvis møtereferater og oversendelsesbrev. Da det ikke fremgikk hvem som var adressater for dokument nummer 7, som var et e-brev som oversendte en oppsummering fra et møte mellom departementet og representanter fra innvander- og minoritetsorganisasjoner, ble departementet bedt om å opplyse dette. Det ble spurt om departementet anså disse dokumentene som organinterne også etter at de var blitt distribuert utenfor Justis- og politidepartementet.

Videre ble departementet bedt om en nærmere redegjørelse for den meroffentlighetsvurderingen som departementet hadde foretatt for dokument nummer 6 og dokument nummer 15. Når det gjaldt dokument nummer 6, ble departementet bedt om å opplyse om innlegget som var nedtegnet i notatet, var blitt holdt av statssekretæren. Det ble også spurt om de hensynene som klageren hadde tatt opp i klagen til departementet var vektlagt i meroffentlighetsvurderingen for disse to dokumentene.

I svaret til ombudsmannen skrev departementet bl.a. at:

«Dokument nr. 3, 4 og 7 ble unntatt med hjemmel i offentlighetsloven § 5 første ledd. I ettertid ser vi at henvisningen er upresis. I dette tilfellet er det snakk om råd og vurderinger innhentet utenfra og dokumenter som i ettertid er sendt ut av departementet. Dette fører oss over i offentlighetsloven 1970 § 5 annet ledd eller nåværende offentliglov § 15 tredje ledd jf. annet ledd, dvs. referat fra møte mellom departementet og 'nokon som gir råd eller vurderingar som er nemnde i andre ledd'.

Departementet er imidlertid kommet til at unntak i dette tilfellet ikke vil være 'påkravd' et-

ter § 15 annet ledd. Dokument 3, 4 og 7 vil derfor bli gitt ut, men med unntak av adresselisten i vedlegg til dokument fire og med overstrykinger av enkelte personnavn i de to referatene. Hjemmen for det siste finnes i offentleglova § 24, tredje ledd, der unntak fra innsyn kan gjøres når dette er påkrevd fordi innsyn ville lette straffbare handlinger og/eller utsette enkeltpersoner for fare. Bakgrunnen for dette standpunktet er den erfaring vi har i forholdet mellom høyreekstreme- og innvandrervennlige miljøer i samfunnet. Ved å gi innsyn i adresselister og enkeltnavn i denne sammenheng, mener Justisdepartementet at det kan lette utførelsen av eventuelle straffbare handlinger.»

Departementet opplyste at det ikke var mulig å rekonstruere adressatene for dokument nummer 7, da både avsender og kopist hadde sluttet i departementet. Departementet mente likevel at man burde kunne legge til grunn at denne e-posten var sendt til de aktuelle innvandrers-/minoritetsorganisasjoner som var på møtet, dvs. samme adresseliste som for dokument nummer 4.

Når det gjaldt meroffentlighetsvurderingen for dokument nummer 6 og nummer 15, viste departementet til at selv om størst mulig åpenhet i forvaltningen er et viktig hensyn, er det også viktig for et forvaltningsorgan å ha gode og åpne interne prosesser som danner grunnlag for vedtak eller er grunnlag for den løpende politikktutforming. Det ble vist til at innsyn i interne dokumenter av denne typen ville kunne vanskeliggjøre dialogen og innholdet i slike møter, noe som igjen ville kunne gjøre vedtaksgrunnlaget mangelfullt og dermed også skade etterfølgende politiske prosesser. For eksempel kunne offentliggjøring av interne vurderinger forut for endelig vedtak eller politiske prosesser virke negativt inn. Departementet viste også til at hensynet til gode interne prosesser i dette tilfellet måtte veie tyngre enn hensynet til størst mulig åpenhet i forvaltningen.

Brevet fra departementet ble oversendt klageren, som bl.a. viste til at det er i samfunnets interesse at det opplyses hva som fremføres av forslag, synspunkter og standpunkter når departementet innkaller innvandrersorganisasjoner til møter av denne karakter, og at det blir galt med hemmelighold når møtene berører sentrale samfunnsspørsmål.

Klageren mente videre at det i dagens situasjon var ren konspirasjonsteori når departementet mente at en navngitt muslim ville bli utsatt for fare dersom det ble offentliggjort hvilke forslag vedkommende hadde fremsatt på vegne av sin organisasjon. Videre ble det imøtegått at de aktuelle møtereferatene kunne klassifiseres som interne dokumenter. Klageren stilte seg uforstående til departementets syn på hvilke virkninger det kunne ha å offentliggjøre interne vurderinger forut for et vedtak. Han påpekte også det problematiske i at departementet, ved å stenge allmennhe-

ten ute, utelukket SIAN fra å komme med motforstillinger på et tidspunkt da det var reell mulighet for påvirkning.

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

#### *«1. Innledning*

Både etter offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2 første ledd og offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 § 3 første ledd, er utgangspunktet at forvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i eller i medhold av lov.

Et slikt unntak er gjort for organinterne dokumenter i henholdsvis tidligere offentlighetslov § 5 første ledd og någjeldende offentleglov § 14. Organinterne dokumenter er for eksempel forslag, utkast, notater og andre typer arbeidsdokumenter. Unntaket er gitt for å verne om den interne beslutningsprosessen innad i et forvaltningsorgan. Vilkåret for å anvende unntaket for organinterne dokumenter er at dokumentet er opprettet for den interne saksforberedelsen. Som hovedregel vil et dokument miste sin karakter av å være organinternt dersom det sendes ut av organet, og unntaksbestemmelsen vil da som hovedregel ikke kunne anvendes.

Videre er det adgang til å gjøre unntak for interne dokumenter/deler av dokumenter som er innhentet utenfra for den interne saksforberedelsen, jf. offentleglova § 15 og den tidligere offentlighetsloven § 5 annet ledd.

#### *2. Anvendelsen av unntaksbestemmelsene på dokumentene i denne saken.*

Alle de 12 dokumentene som denne saken gjelder ble av departementet først unntatt fra innsyn med hjemmel i offentlighetsloven § 5 første ledd om organinterne dokumenter. Når det gjelder dokument 2, 6, 11, 12, 13, 15, 17, 18 og 19, er det ikke tvilsomt at det er tale om organinterne dokumenter som er opprettet og ment for den interne saksforberedelsen i Justisdepartementet. I utgangspunktet har jeg derfor ingen rettslige innvendinger mot departementets syn om at unntaksbestemmelsen kunne anvendes. Når det gjelder meroffentlighetsvurderingen, kommer jeg tilbake til dette under punkt 3 nedenfor.

Når det gjelder dokument 3, 4 og 7, er jeg imidlertid uenig i departementets rettsanvendelse.

Dokument nummer 3 er et notat som oppsummerer hovedpunktene i et møte 9. februar 2006 mellom Justisdepartementet og representanter fra innvandrers- og minoritetsorganisasjoner. Det fremgår av notatets adressefelt at notatet er stilet til adressatene på en vedlagt adresseliste. Dokument nummer 4 er oversendelsesbrevet for dokument nummer 3, og adresselisten er vedheftet dette dokumentet. Adresselisten synes å inneholde navn og adresse til alle mø-

tedeltakerne. Dokument nummer 7 er et e-brev som oversender et tilsvarende notat som oppsummerer hovedpunktene i et møte 20. oktober 2006. På bakgrunn av departementets svar hit 5. juni 2009 legges det til grunn at dette notatet er distribuert til de samme adressatene som dokument nummer 4.

Et notat som oppsummerer hovedpunktene i et møte kan i utgangspunktet anses som et internt dokument. I dette tilfellet er imidlertid dokumentet sendt ut av departementet, til en rekke adressater, herunder mange interesseorganisasjoner, hvis representanter hadde deltatt på møtet. Det er etter mitt syn ikke tvilsomt at notatene (dokument 3 og vedlegget til dokument 7) mistet sin karakter av å være «interne dokumenter» da de ble sendt ut av departementet. Offentlighetsloven § 5 første ledd kan derfor ikke benyttes som unntakshjemmel for disse dokumentene. Dette har departementet selv erkjent i svarbrevet hit 5. juni 2009. Dokument 4, som er selve oversendelsesbrevet, kunne etter mitt syn uansett ikke unntas som internt dokument, idet det er et brev fra departementet, ment for utenforstående adressater.

Etter foreleggelsen herfra endret departementet unntakshjemmel for dokument nummer 3, 4 og 7. I brevet hit 5. juni 2009 anførte departementet at de tre dokumentene kan unntas fra offentlighet fordi det er tale om referat fra et møte der departementet har innhentet råd og vurderinger utenfra jf. offentlighetsloven 1970 § 5 annet ledd eller nåværende offentleglov § 15 tredje ledd jf. annet ledd. Departementet har imidlertid kommet til at unntak ikke er «påkravd» etter § 15 annet ledd, og har gitt SIAN delvis innsyn i dokumentene. Adresselisten er imidlertid fremdeles unntatt fra offentlighet med hjemmel i offentleglova § 24 tredje ledd. Departementet har vist til at innsyn i navn- og adresselisten vil kunne «lette gjennomføringen av straffbare handlinger».

Jeg vurderer først om offentleglova § 15 tredje ledd jf. annet ledd kan gi hjemmel for å unnta dokument nummer 3, 4 og 7 fra offentlighet, slik Justisdepartementet har lagt til grunn i sin fornyede vurdering.

Offentleglova § 15 gir hjemmel for å unnta enkelte dokumenter som er innhentet utenfra for den interne saksforberedelsen fra offentlighet. I bestemmelsens annet og tredje ledd heter det:

«Det kan vidare gjerast unntak for delar av dokument som inneheld råd om og vurderingar av korleis eit organ bør stille seg i ei sak, og som organet har innhenta til bruk for den interne saksførebuinga si, når det er påkravd av omsyn til ei forvarleg ivaretaking av det offentlege sine interesser i saka.

Unntaka i paragrafen her gjeld tilsvarende for dokument om innhenting av dokument som er nemnde i første og andre ledd, og innkallingar til og referat frå møte mellom overordna og underordna organ, mellom departement og mellom eit

organ og nokon som gir råd og vurderingar som er nemnde i andre ledd.»

Departementet har lagt til grunn at det er adgang til å unnta notatene fordi de inneholder referat fra møter mellom departementet og «nokon som gir råd og vurderingar» til departementet.

I svarbrevet hit har departementet skrevet følgende om bakgrunnen for møtene:

«Saken det gjelder er knyttet til dokumenter utarbeidet i forbindelse med kontaktmøter som er avholdt mellom Justisdepartementet og organisasjoner med ulik tilnærming, som arbeider med innvandrers-/minoritetsspørsmål. Hensikten med disse møtene har vært å ha en åpen dialog med organisasjoner som jobber opp mot problemstillinger relatert til disse gruppenes situasjon i Norge, med særlig oppmerksomhet på temaer/saker som er aktuelle for justissektoren.»

Slik jeg forstår de to møterefelatene, har deltakerne i møtene utvekslet synspunkter og erfaringer knyttet til den dagsaktuelle situasjonen for innvandrere og personer med minoritetsbakgrunn. Referatene bærer preg av at det, slik Justisdepartementet også har uttalt, har vært tale om «kontaktmøter».

I lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side 135 heter det i merknadene til § 15 annet ledd at

«[u]nntakshøvet gjeld råd og vurderingar av korleis eit organ bør stille seg i ei sak. Dette femner om råd og vurderingar av kva handlingsalternativ organet bør velje i ein gitt situasjon, kva avgjerd det bør treffe o.l., medrekna vurderingar av kva konsekvensar som vil materialisere seg ved ulike handlingsalternativ...»

Jeg kan vanskelig se at møterefelatene viser at møtene har vært avholdt for å innhente «råd og vurderingar» om hvordan departementet «skal stille seg i ei sak», og der rådene er ment for departementets «interne saksførebuing», jf. offentleglova § 15 tredje ledd, jf. annet ledd. Kontaktmøtene mellom departementet og innvandrers- og minoritetsorganisasjoner synes å være motivert av departementets ønske om å få informasjon om generelle problemstillinger som disse organisasjonene er opptatt av. Selv om det i forarbeidene er lagt til grunn at saksbegrepet skal tolkes vidt, er det etter mitt syn ikke grunnlag for å anse at det i dette tilfellet er tale om forberedelse av noen «sak». Det er her tale om generell erfaringsutveksling med deltakelse fra en rekke utenforstående organisasjoner, og referatet fra møtet er senere blitt distribuert til møtedeltakerne. Jeg kan vanskelig se at bestemmelsen som gir adgang til å unnta dokumenter som er innhentet utenfra til bruk for den interne saksforberedelsen kan benyttes som unntakshjemmel i et slikt tilfelle. Jeg finner derfor at offentleglova § 15 annet ledd, jf. tredje ledd ikke kan gi departementet

hjemmel for å nekte SIAN innsyn i dokument nummer 3, 4 og 7.

Som nevnt har Justisdepartementet i brevet hit 5. juni 2009 opplyst at disse tre dokumentene likevel ville bli utlevert til SIAN, idet departementet ikke fant det «påkravd» å unnta dokumentene etter § 15 tredje ledd, jf. annet ledd. Jeg ber likevel om at departementet for fremtidige saker merker seg mine generelle synspunkter knyttet til denne unntaksbestemmelsen i offentleglova § 15.

Departementet opplyste videre at det ville unnta fra dokumentinnsyn adresselisten i vedlegget til dokument 4, og enkelte personnavn i de to referatene. Som hjemmel for unntaket har departementet vist til offentleglova § 24, tredje ledd, der det heter:

«Det kan gjerast unntak frå innsyn for opplysningar når unntak er påkravd fordi innsyn ville lette gjennomføringa av straffbare handlingar. Det same gjeld opplysningar der unntak er påkravd fordi innsyn ville utsetje enkeltpersonar for fare, eller lette gjennomføringa av handlingar som kan skade delar av miljøet som er særleg utsette, eller som er trua av utrydding».

Som begrunnelse har departementet vist til «den erfaring vi har i forholdet mellom høyreekstremer og innvandrervennlige miljøer i samfunnet», og at innsyn i adresselister og enkeltnavn vil kunne «lette utførelsen av eventuelle straffbare handlinger».

I forarbeidene til den nye offentleglova, NOU 2003: 30 side 282, er det lagt til grunn at kravet om at unntaket må være «påkravd», er et strengt vilkår. Vilåret innebærer ifølge forarbeidene «at det må foreligge en noenlunde håndfast risiko for at enkeltpersoner vil bli utsatt for fare eller represalier dersom opplysninger offentliggjøres». Departementet har i korrespondansen med ombudsmannen ikke vist til noe konkret som skulle tilsi at det foreligger en slik risiko dersom innsyn blir gitt i navn- og adresselister.

Generelt er det grunn til å uttrykke skepsis til den typen generaliseringer som departementet her synes å gi uttrykk for. Generelle slutninger av denne typen kan etter mitt syn ikke gi grunnlag for å unnta et dokument fra offentlighet etter offentleglova § 24 tredje ledd. Det må kreves at det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Jeg kan ikke se av departementets brev hit 5. juni 2009 at det er foretatt en slik konkret vurdering. På bakgrunn av dette ber jeg om at departementet vurderer på nytt om det er grunnlag for å nekte innsyn i adresselistene og personnavn.

### 3. Meroffentlighetsvurderingen

Selv om et dokument kan unntas fra offentlighet etter en av unntaksbestemmelsene i loven, skal forvaltningen vurdere om et dokument likevel «bør kunne gjøres kjent helt eller delvis», jf. offentlighetsloven § 2 tredje ledd. Denne plikten innebærer at det må vurde-

res konkret om hensynene som begrunner unntaksbestemmelsen gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende i forhold til de hensyn som taler for offentliggjøring. I den nye offentleglova er det i § 11 uttrykkelig fastsatt at det skal foretas en slik interesseavveining. For de interne dokumentene er det spesielt hensynet til fri og fortrolig meningsutveksling innad i forvaltningen under forberedelsen av saken som begrunner unntaksadgangen. Interne dokumenter kan også ofte ha en form eller oppbygging som ikke egner seg for presentasjon utad.

Når det gjelder sakens dokument nummer 2, 11, 12, 13, 15, 17, 18 og 19, er både formen og innholdet i disse dokumentene av en slik art som nettopp begrunner adgangen til å unnta organinterne dokumenter fra offentlighet etter offentlighetsloven § 5 første ledd. I NOU 2003: 30 side 261 nevnes da også organinterne dokumenter som eksempel på en unntakstype som står i en særstilling. Dette fordi interesseavveiningen må foretas med det utgangspunkt at unntaket for slike dokumenter gjennomgående er godt begrunnet, slik at det vanskelig kan tenkes tilfeller der interesseavveiningen vil føre til at det likevel må gis innsyn. Jeg har derfor ingen rettslige innvendinger til den meroffentlighetsvurderingen som departementet foretok for disse dokumentene.

For dokument nummer 6 er derimot situasjonen etter min oppfatning en annen. Dette dokumentet inneholder utkast til statssekretærens innlegg på ovennevnte møte mellom departementet og innvandrers- og minoritetsorganisasjonene. Departementet har vist til viktigheten av at kommunikasjon og saksbehandling innad i departementet skjer med nødvendig åpenhet, og at det er sentralt at vurderinger og fremstillinger kan skje uten at det påvirkes eller tilsløres av utenforliggende hensyn som for eksempel muligheten for at interne vurderinger offentliggjøres.

I brevet hit 5. juni 2009 har departementet opplyst at det med stor sikkerhet kan bekreftes at innlegget som er nedtegnet i dokument 6 ble holdt av den tidligere statssekretæren under møtet. Det interne notatet inneholder derfor i realiteten en utskrift av et innlegg som ble holdt for en rekke utenforstående personer. I et slikt tilfelle er det vanskelig å se at de hensynene som begrunner unntaksbestemmelsen for interne dokumenter gjør seg gjeldende. Videre kommer det forholdet at det i alminnelighet vil være offentlig interesse knyttet til det synet en statssekretær i Justisdepartementet har på innvandringspolitiske spørsmål. Gjennom innlegget er innholdet gjort kjent for en stor gruppe personer, og det er da vanskelig å se sterke argumenter som taler mot at innlegget skal kunne offentliggjøres. Formen på dokument nummer 6 i denne saken er etter mitt syn heller ikke et moment som tilsier unntak fra innsyn. I et tilfelle som det foreliggende vil allmennhetens behov for innsyn

lett kunne veie tyngre enn hensynene som begrunner unntak.

Jeg er kommet til at det knytter seg begrunnet tvil til departementets meroffentlighetsvurdering for dokument nummer 6, og ber om at det foretas en ny vurdering av om dokumentet nummer 6 likevel kan offentliggjøres.

...

### 5. Oppsummering

Verken offentlighetsloven § 5 første ledd eller offentleglova § 15 tredje ledd, jf. annet ledd, ga departementet hjemmel for å unnta sakens dokument nummer 3, 4 og 7 fra offentlighet. Departementet har opplyst at det i hovedsak vil bli gitt delvis innsyn i disse tre dokumentene. Jeg har ikke kjennskap til at innsyn foreløpig er gitt, men forutsetter at det vil skje.

Videre ber jeg om at departementet på nytt behandler spørsmålet om å unnta adresselisten fra offentlighet, jf. offentleglova § 24 tredje ledd.

For dokument nummer 6 knytter det seg begrunnet tvil til departementets meroffentlighetsvurdering, og jeg ber departementet foreta en ny vurdering av spørsmålet om innsyn i dette dokumentet.

Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre behandlingen av saken.»

Etter ombudsmannens uttalelse behandlet Justis- og politidepartementet på nytt spørsmålet om meroffentlighet for det dokumentet som ombudsmannen mente at det knyttet seg begrunnet tvil til. Departementet kom til at det kunne gis innsyn i dokumentet i tråd med ombudsmannens argumentasjon. Det ble bemerket at forutsetningen var at statssekretæren faktisk hadde holdt foredraget og benyttet dokumentet fullt ut.

## 22.

### Dokumentinnsyn – e-post sendt fra kommunen til en privat forhandlingsmotpart

(2008/704)

*Etter offentliggjøring av en avtale mellom Sandefjord kommune, en privat part og Staten ba pressen om innsyn i en e-post som var sendt fra rådmannen til bl.a. den private forhandlingsmotparten. Kommunen avsto innsynsbegjæringen med henvisning til at det var tale om et organinternt dokument etter offentlighetsloven § 5 første ledd og fylkesmannen opprettholdt avslaget.*

*Ombudsmannen kom til at e-posten med vedlegg etter utsendelsen til den private forhandlingsmotparten ikke lenger var eksklusivt forbeholdt den interne forvaltningsmessige behandlingen av saken. Det var da vanskelig å se at de legislative hensynene bak offentlighetsloven § 5 første ledd gjorde seg gjeldende,*

*og det var ikke adgang til å unnta dokumentet som organinternt.*

*Fylkesmannen foretok deretter en ny vurdering av innsynsspørsmålet, og traff vedtak om å gi avisen innsyn i e-posten med tilhørende bilag.*

Sommeren 2007 offentliggjorde Sandefjord kommune en avtale inngått mellom kommunen, en privat part (A) og Staten v/ Miljøverndepartementet. Avtalen innebar bl.a. at deler av As eiendom ble overdratt til Staten. Kjøpesummen skulle i sin helhet gis til kommunen, mot at pengene ble brukt til friluftsfornøyn. Forhandlingene mellom partene hadde pågått ett års tid.

Etter offentliggjøringen av avtalen, ba en avis om innsyn i en e-post med vedlegg som var sendt fra rådmannen i Sandefjord kommune til ordføreren, assisterende fylkesmann og A. E-posten inneholdt forslag til videre fremdrift i forhandlingene frem til en endelig avtale som skulle legges frem for formannskapet til behandling.

Kommunen avsto innsynsbegjæringen under henvisning til at det var tale om et organinternt dokument etter offentlighetsloven § 5 første ledd. Det var også vist til at opplysningene i dokumentene var underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 nr. 1 og 2, jf. offentlighetsloven § 5a. Avisen påklaget avslaget til fylkesmannen. Etter at Fylkesmannen i Vestfold hadde erklært seg inhabil til å behandle klagen, oppnevnte Fornyings- og administrasjonsdepartementet Fylkesmannen i Østfold som settefylkesmann, og fylkesmannen opprettholdt kommunens avslag.

Fylkesmannen la til grunn at avsenderen og motakerne av e-posten måtte anses som en arbeidsgruppe som hadde i oppdrag å fremforhandle en avtale som skulle legges frem for formannskapet. Arbeidsgruppen måtte anses som en del av kommunen, slik at skriftlig kommunikasjon innad i gruppen og mellom gruppen og kommunen kunne unntas offentlighet som interne dokumenter etter offentlighetsloven § 5 første ledd. Fylkesmannen mente, i motsetning til kommunen, at dokumentene ikke inneholdt taushetsbelagte opplysninger.

På vegne av avisen brakte Norsk Presseforbund saken inn for ombudsmannen. Det ble bl.a. fremholdt at offentlighetsloven § 5 første ledd ikke ga hjemmel til å unnta dokumentet, fordi e-posten ble sendt til berørte parter utenfor kommunen. Av samme grunn mente Presseforbundet at hensynet til en fri og åpen dialog internt i kommunen, ikke kunne ha vært tillagt avgjørende vekt i fylkesmannens meroffentlighetsvurdering.

Spørsmålet om dokumentinnsyn ble tatt opp med Fylkesmannen i Østfold. Det ble bedt om en redegjørelse for i hvilken grad og på hvilken måte den aktu-



elle e-posten med vedlegg var et internt dokument etter offentlighetsloven § 5 første ledd. Fylkesmannen ble også bedt om å utdype standpunktet om at adressatene for e-posten måtte anses som en arbeidsgruppe i kommunen i relasjon til offentlighetsloven § 5 første ledd. Det ble også bedt om fylkesmannens syn på hvilken betydning det hadde for innsynsspørsmålet at e-posten også var sendt til A.

Fylkesmannen opplyste at den aktuelle e-posten var utarbeidet av rådmannen på vegne av en gruppe personer bestående av rådmannen selv, kommunens ordfører, assisterende fylkesmann i Vestfold samt en representant fra Miljøverndepartementet. Fylkesmannen la til grunn at gruppa var nedsatt som et ledd i arbeidet med å forhandle frem et forslag til avtale som i neste omgang skulle legges frem for formannskapet. Det var fylkesmannens syn at denne gruppen ikke kunne anses som et eget forvaltningsorgan i offentlighetslovens forstand, men at «gruppen hadde likhetstrekk med det som i Justisdepartementets veileder er omtalt som *arbeidsgruppe oppnevnt av et organ for å utrede en særskilt sak*». Fylkesmannen fremholdt at gruppas arbeid var en del av kommunens interne prosess for å komme frem til et avtaleutkast, og at den omstridte e-posten dermed var å anse som intern etter offentlighetsloven § 5 første ledd. Det var i denne sammenheng uten betydning at e-posten også ble sendt til A, idet han ble betraktet å være «en nødvendig samarbeidspartner for gruppa».

Det ble videre fremholdt at tidsforløpet kunne tilsi at e-posten med vedlegg ble offentliggjort ved fylkesmannens klagebehandling, siden avtaleutkastet og den endelige avtalen for lengst var blitt kjent. Fylkesmannen mente imidlertid at de virkningene en offentliggjøring generelt sett kunne ha på kommunens interne saksforberedelser måtte veie tyngre. Det ble i denne sammenheng også lagt vekt på at behovet for innsyn var mindre etter det som var blitt kjent om forhandlingene, avtaleutkastet og kommunens håndtering av den.

#### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«Unntaket for organinterne dokumenter i offentlighetsloven § 5 første ledd er gitt for å verne om den interne beslutningsprosessen innad i et forvaltningsorgan. Dels skal bestemmelsen sikre en fri, åpen og fortlølig dialog i saksforberedelsen, dels skal unntaket verne om tilliten til de endelige avgjørelser forvaltningen treffer. Vilåret for å anvende unntaket for organinterne dokumenter er derfor som hovedregel at det aktuelle dokumentet er opprettet og beholdt innen vedkommende forvaltningsorgan. Formålet bak opprettelsen er her sentralt. Dokumentet må være *ment* for den interne saksforberedelsen. Dersom dokumentet er opprettet uten dette formålet, eller dersom do-

kumentet mister dette formålet senere ved at det for eksempel sendes ut av organet, kan bestemmelsen som hovedregel ikke anvendes. Unntak kan imidlertid tenkes i situasjoner der dokumentet blir innhentet av andre organer, for eksempel som ledd i klagebehandling eller granskning. Formålet bak opprettelsen av dokumentet vil her være i behold selv om det blir sendt ut av organet.

Den omstridte e-posten ble sendt fra rådmannen i Sandefjord kommune. Mottakerne var ordføreren i kommunen, assisterende fylkesmann i Vestfold og A. Det fremstår noe uklart om fylkesmannen har lagt til grunn at samtlige mottakere av e-posten dannet en arbeidsgruppe sammen med avsenderen av e-posten, og at denne gruppen i relasjon til offentlighetsloven § 5 første ledd måtte anses som samme organ som kommunen.

For egen del finner jeg det vanskelig å se at forhandlingsmotparten, A, skulle kunne anses som en del av en arbeidsgruppe oppnevnt eller nedsatt av Sandefjord kommune for å fremforhandle en avtale med ham, med den virkning at all skriftlig korrespondanse partene imellom skulle kunne unntas som organintern. Til dette kommer at det i denne saken ikke forelå noen uttrykkelig oppnevning av en arbeidsgruppe fra kommunens side. Hvorvidt de øvrige adressatene for e-posten kunne sies å være del av en oppnevnt arbeidsgruppe, er det i denne sammenheng ikke nødvendig å ta stilling til.

Spørsmålet er imidlertid om e-posten beholdt sin interne karakter også etter at den ble oversendt A. Jeg anser det på det rene at ingen av bestemmelsene i offentlighetsloven § 5 annet ledd kan få anvendelse. Det avgjørende er da om formålet bak opprettelsen av dokumentet var i behold, slik at dokumentet fortsatt kunne anses utarbeidet for organets interne saksforberedelse.

Unntaket i offentlighetsloven § 5 første ledd skal beskytte forvaltningsorganets interne saksforberedelse. De hensyn som ligger bak bestemmelsen tar sikte på å sikre forvaltningen den nødvendige ro og takhøyde i beslutningsprosessen. Men bestemmelsen verner bare om disse hensynene; hensynet til for eksempel private aktører er ikke vernet av offentlighetsloven § 5 første ledd.

E-posten med vedlegg var etter utsendelsen til A ikke lenger eksklusivt forbeholdt den interne forvaltningsmessige behandlingen av saken, men var gjort kjent for den private forhandlingsmotparten. Jeg kan da vanskelig se at de legislative hensyn bak offentlighetsloven § 5 første ledd gjør seg gjeldende, og det var derfor neppe adgang til å unnta den omstridte e-posten med vedlegg som organintern etter offentlighetsloven § 5 første ledd. Det er da ikke grunn for meg til å ta stilling til den meroffentlighetsvurdering som fylkesmannen foretok.

Fylkesmannen bes foreta en ny behandling av saken, og i den forbindelse ta hensyn til mine synspunkter ovenfor. For ordens skyld presiseres at jeg med dette kun har tatt stilling til det rettslige grunnlaget kommunen og fylkesmannen har anført, dvs. om e-posten med vedlegg kan anses som organintern. Om unntak kan tenkes på et annet grunnlag, har ikke vært tema for undersøkelsen.»

Fylkesmannen foretok deretter en ny vurdering av innsynsspørsmålet, og traff vedtak om å gi avisen innsyn i e-posten med tilhørende bilag.

### 23.

#### Avslag på innsyn – oversendelse av dokumenter til kontrollorgan

(Sak 2009/21)

*Kredittilsynet av slo delvis en begjæring om innsyn i dokumenter som var overlevert til tilsynet fra henholdsvis Statsministerens kontor, Norges Bank og Finansdepartementet i forbindelse med Kredittilsynets undersøkelser i den såkalte «DnB Nor-saken». Etter klage ble avgjørelsen opprettholdt av Finansdepartementet. Ombudsmannens undersøkelse av saken knyttet seg til tre dokumenter.*

*Ombudsmannen uttalte at notatet fra Finansdepartementet ikke kunne anses å være organinternt fordi det ikke var utarbeidet for departementets interne saksforberedelse. Unntaket i offentlighetsloven § 5 første ledd kom derfor ikke til anvendelse for dette dokumentet, og Finansdepartementet ble bedt om å vurdere offentlighetsspørsmålet på nytt. De to øvrige dokumentene ble ansett å være interne saksdokumenter, og utleveringen av dokumentene til Kredittilsynet endret ikke dokumentenes karakter av å være ment for den interne saksforberedelsen. Det ble ikke funnet grunn til å rette innvendinger mot den meroffentlighetsvurderingen departementet hadde gjort for disse to dokumentene.*

*Finansdepartementet fant etter en ny vurdering å kunne gi innsyn i notatet utarbeidet av departementet.*

En avis hadde begjært innsyn hos Kredittilsynet i en rekke dokumenter knyttet til den såkalte «DnB Nor-saken», som bl.a. gjaldt spørsmålet om mulig innsiddehandel i tiden rett før regjeringen la frem tiltakspakken for finansnæringen høsten 2008. Begjæringen ble avslått for et flertall av dokumentene, og avisen påklaget vedtaket. Finansdepartementet stadfestet avslaget. Innsyn ble i all hovedsak nektet på bakgrunn av at det var tale om interne dokumenter.

Avisen klaget til ombudsmannen og ba om en vurdering av Finansdepartementets anvendelse av

unntaket i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5 første ledd. Klagen omfattet dokument 11, 13 og 16 i sak 08/12345. Avisen la til grunn at dokumentene var interne hos avsender, men fremholdt at dokumentene ikke lenger kunne unntas offentlighet som organinterne etter at de var sendt til Kredittilsynet.

Dokument 11 inneholdt nedtegnelse av bl.a. e-brev og sms-tekster til og fra Statsministerens kontor (SMK), samt en spesifisering av tidspunkt for telefonsamtaler. SMK har senere opplyst at nedtegnelsen av innholdet ble gjort av SMK etter en hensiktsmessighetsvurdering. Det var tidligere gitt delvis innsyn i dette dokumentet. I saksbehandlingen for ombudsmannen ble det opplyst at dokument 13 var et oppsummeringsnotat, utarbeidet av Norges bank med referat fra møter med enkelte finansinstitusjoner, og at det var blitt unntatt offentlighet i sin helhet. Dokument 16, som var et notat av 21. oktober 2008 utarbeidet av Finansdepartementet, var også blitt unntatt offentlighet i sin helhet. Dette dokumentet var en nedtegning av hovedpunktene i en samtale 17. oktober 2008 mellom departementet og Kredittilsynet, og inneholdt en redegjørelse for prosessen knyttet til tiltakspakken.

Ombudsmannen besluttet å undersøke saken nærmere og Finansdepartementet ble bedt om å redegjøre for saken, herunder kommentere klagerens anførsler og presisere hvordan unntakshjemmelen i offentlighetsloven § 5 første ledd kom til anvendelse på dokumentene. Videre ble departementet bedt om å redegjøre for bakgrunnen for oversendelsen av dokumentene til Kredittilsynet, samt utdype meroffentlighetsvurderingen som var gjort. Senere ble departementet bedt om å gi en nærmere redegjørelse for opprettelsen av dokument 11 og 13 og på hvilken måte og hvilken dato Kredittilsynet ba om å få dokumentene utlevert.

Finansdepartementet opplyste først at de tre dokumentene var utarbeidet for de respektive organenes interne saksforberedelse, og at utleveringen av dokumentene til Kredittilsynet skjedde høsten 2008 i forbindelse med at tilsynet undersøkte om regler i verdipapirhandelloven var overtrådt. Utleveringen skjedde med bakgrunn i Kredittilsynets rolle som kontrollorgan, jf. verdipapirhandelloven 29. juni 2007 nr. 75 § 15-1 annet ledd, jf. § 15-3 første ledd. Finansdepartementet anførte at dokumentene også etter oversendelsen til tilsynet måtte anses som interne dokumenter som kunne unntas offentlighet. Det ble vist til hensynene bak unntaksregelen for interne dokumenter i offentlighetsloven § 5 første ledd, og bemerket at forståelsen av bestemmelsen var i tråd med forståelsen av tilsvarende bestemmelse i den nye offentleglova § 14.

I redegjørelsen for meroffentlighetsvurderingen for dokument 11 ble det vist til at den offentlige in-

teressen i hovedsak gjaldt innholdet av sms'ene og hvem som var avsender/mottaker. Dette var det gitt innsyn i. Telefonnumrene var blitt fordi de ikke var offentlig tilgjengelige og fordi offentliggjøring ville innebære fare for misbruk og kunne vanskeliggjøre kommunikasjon til og fra SMK.

Når det gjaldt dokument 13 la Finansdepartementet til grunn at det knyttet seg stor offentlig interesse til innholdet i notatet, men at offentlige og private interesser ville kunne bli skadelidende dersom notatet ble offentliggjort. Selv om skadepotensialet var størst før tiltakspakken ble offentlig kjent, ville det også foreligge et skadepotensiale på nåværende tidspunkt. Det ble vist til det generelle behovet for fortrolighet i slike sammenhenger. Videre ble det vist til myndighetenes behov for å motta informasjon fra markedsaktører for å sikre informasjonsgrunnlaget for beslutninger.

Behovet for å kunne motta informasjon fra markedsaktører for å sikre et godt grunnlag for beslutningsprosessen var i hovedsak også begrunnelsen for at det ikke kunne utvises meroffentlighet for dokument 16.

I avisens merknader ble det bl.a. anført at rettledningen til den nye offentleglova ikke kunne gjøres gjeldende ved tolkning av den tidligere offentlighetsloven. Videre ble det fremholdt at det var knyttet stor offentlig interesse til den aktuelle saken, og at begrunnelsene som eventuelt ble gitt for å unnta dokumenter fra offentlighet måtte være tilstrekkelig konkrete og reelle. Avisen fremholdt også at dokument 16 ikke var et dokument utarbeidet for den interne saksforberedelsen, idet Finansdepartementet ved opprettelsen av dokumentet var klar over at dokumentet skulle oversendes Kredittilsynet.

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

#### *«1. Unntaket for organinterne dokumenter*

Utgangspunktet er at forvaltningens dokumenter er offentlige med mindre det er gjort unntak i lov eller i medhold av lov, jf. den tidligere offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 2, som kommer til anvendelse i saken. Lovens § 5 åpner for at såkalte organinterne dokumenter kan unntas offentlighet. Både hovedregelen og unntaket for organinterne dokumenter er for øvrig videreført i offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 § 3 jf. § 14.

Offentlighetsloven § 5 første ledd lød slik:

«Dokument som et forvaltningsorgan har utarbeidet for sin interne saksforberedelse kan unntas fra offentlighet.»

Unntaket for organinterne dokumenter i offentlighetsloven § 5 første ledd er gitt for å verne om den interne beslutningsprosessen innad i et forvaltningsorgan. Dels skal bestemmelsen sikre en fri, åpen og

fortrolig dialog i saksforberedelsen, dels skal den verne om tilliten til de avgjørelser forvaltningen treffer. Vilkårene for å anvende unntaket for organinterne dokumenter er at det aktuelle dokumentet er opprettet og utarbeidet av organet selv og at det er ment for den interne saksforberedelsen. Dersom dokumentet ikke er ment for den interne saksforberedelsen, eller dersom dokumentet senere mister karakteren av å være et internt dokument, kan bestemmelsen som hovedregel ikke anvendes.

#### *1.1 Utarbeidet av organet selv for organets interne saksforberedelse*

De tre omstridte dokumentene, opprettet av henholdsvis SMK, Norges Bank og Finansdepartementet, ble etter det opplyste overlevert Kredittilsynet av de respektive organene. På bakgrunn av Finansdepartementets redegjørelse for opprettelsen av dokument 11 og 13, samt hvordan dokumentene ble innhentet av Kredittilsynet, finner jeg ikke grunn til å problematisere dette vilkåret for dokument 11 og 13 sin del.

Når det gjelder dokument 16, er det imidlertid opplyst at dokumentet ble opprettet av Finansdepartementet 21. oktober 2008, etter en samtale med Kredittilsynet 17. oktober 2008. Notatet skal etter det opplyste være en nedtegnelse av opplysninger som var blitt gitt muntlig av departementet i det tidligere møtet med Kredittilsynet, og dokumentet skal ha blitt opprettet på «oppfordring» fra tilsynet. I lys av opplysningene om at dokumentet ble opprettet av Finansdepartementet med det formål å gi Kredittilsynet en redegjørelse i tilsynssaken, er det vanskelig å se at formålet med opprettelsen var departementets interne saksforberedelse. Etter mitt syn faller derfor dokument 16 utenfor unntaket i offentlighetsloven § 5 første ledd, og departementet bes om å vurdere offentlighetsspørsmålet på nytt for dette dokumentet. Jeg har med dette ikke tatt stilling til om dokumentet eventuelt kan unntas offentlighet etter andre bestemmelser i loven.

#### *1.2 Om dokumentet har mistet karakteren av å være organinternt*

For dokument 11 og 13 er spørsmålet om disse dokumentene kan regnes som organinterne også etter oversendelsen til Kredittilsynet. Spørsmålet beror på en tolkning av om dokumentene er «utarbeidet for [forvaltningsorganets] interne saksforberedelse», jf. offentlighetsloven § 5 første ledd.

I praksis er det av denne bestemmelsen utledet en regel som innebærer at et dokument som er opprettet og utarbeidet for den interne saksforberedelsen, som hovedregel ikke lenger kan anses som organinternt dersom dokumentet er sendt ut av vedkommende forvaltningsorgan. Fra hovedregelen er det imidlertid utledet et unntak som innebærer at saksdokumenter i

visse tilfeller beholder sin interne karakter også ved oversendelse til utenforstående organer.

I Justisdepartementets veileder til offentlighetsloven § 5 første ledd, pkt. 5.2.4 het det om dette:

«Ved oversending av interne arbeidsdokumenter til klageinstansen etter forvaltningsloven, til andre klageorganer (typisk Sivilombudsmannen eller andre ombud) eller til andre særskilte kontrollorganer, kan dokumentene fortsatt unntas fra offentlighet etter § 5 første ledd».

I Justisdepartementets rettleiding til den nye offentleglova, pkt. 7.2.3. er listen over eksempler utvidet noe. Her heter det:

«Oversending av eit internt dokument til ein klageinstans i samband med handsaming av ei klagesak medfører ikkje at dokumentet ikkje lenger kan bli unnateke frå offentlegheit i kraft av å vere internt. Det same gjeld oversending til andre klageinstansar, som Sivilombudsmannen eller offentlig oppnemnde klagemnder, og til kontroll- og tilsynsorgan som Riksrevisjonen eller statlege ombod og tilsyn, som til dømes Likestillings- og diskrimineringsombodet, Kredittilsynet eller Konkurransetilsynet i samband med desse organa si handsaming av kontroll og tilsynssaker.»

I juridisk teori har det vært stilt spørsmål ved den forståelsen av offentleglova § 14 som er kommet til uttrykk i den nye veilederen, jf. bl.a. Bernt/Hove Offentleglova med kommentarer, Fagbokforlaget 2009, s. 141. Det heter her bl.a. at

«[d]et blir svært problematisk å finne et rettskildemessig grunnlag for en særregel om at et internt dokument ikke mister sin interne karakter hvis et forvaltningsorgan utleverer det til et av disse tilsynene i forbindelse med en sak der det organet som utleverer dokumentet verken er underordnet tilsynet eller det er tale om kontroll av dette organet».

Jeg deler ikke den oppfatningen Bernt her gir uttrykk for. Etter mitt syn må det avgjørende for tolkningen av offentlighetsloven § 5 første ledd (og offentleglova § 14 første ledd), sett i lys av formålet med unntaket, være om dokumentet fortsatt har karakter av å være organinternt etter at det er sendt ut av organet. Om dette er tilfellet beror på en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak.

I denne saken ble de to interne dokumentene utlevert til Kredittilsynet av henholdsvis SMK og Norges Bank. Bakgrunnen for utleveringen var Kredittilsynets undersøkelser av handler med norske statsobligasjoner foretatt av DnB Nor Markets i perioden rett før regjeringens «tiltaksplan» ble offentliggjort. Kredittilsynet ba om utlevering av bl.a. de to dokumentene for å oppfylle sin plikt til å føre tilsyn med at bestemmelsene i verdipapirhandelloven 29. juni

2007 nr. 75 overholdes, jf. lovens § 15-1 annet ledd. Med hjemmel i verdipapirhandelloven § 15-3 første ledd kan Kredittilsynet pålegge «enhver» å overlevere informasjon/dokumenter dersom det foreligger mistanke om brudd på for eksempel lovens kapittel 3 om innsidehandel. Det var med andre ord tale om en lovhemlet rett for Kredittilsynet til å få dokumentene utlevert, mens de respektive organene hadde en lovhemlet plikt til å levere dem ut. I et slikt tilfelle er det ikke naturlig å betrakte utlevering av dokumentene som en alminnelig oversendelse av organinterne dokumenter til et utenforstående organ.

Utleveringen av dokument 11 og 13 til Kredittilsynet kan vanskelig ses å endre disse dokumentenes karakter av å være ment eksklusivt for den interne saksforberedelsen ved henholdsvis Statsministerens kontor og Norges Bank. Jeg har derfor kommet til at det er tale om organinterne dokumenter også etter at de var utlevert til Kredittilsynet.

## 2. Meroffentlighetsvurderingen

Dersom det etter offentlighetsloven § 5 første ledd er adgang til å unnta et dokument helt eller delvis fra offentlighet, skal forvaltningen i henhold til offentlighetsloven § 2 tredje ledd vurdere om innholdet i dokumentet likevel «bør kunne gjøres helt eller delvis» kjent. Denne plikten innebærer at det må vurderes konkret om hensynene som begrunner unntaksbestemmelsen gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende sett i forhold til de hensynene som taler for offentliggjøring.

For de interne dokumentene er det spesielt hensynet til en fri og fortrolig meningsutveksling innad i forvaltningen under forberedelse av saken som begrunner unntaksadgangen. Interne dokumenter har ofte en form eller oppbygging som ikke egner seg for presentasjon utad. I denne saken inneholder de delene av dokument 11 som er unntatt offentlighet bl.a. informasjon om telefonnumre som er brukt i kommunikasjon til og fra SMK. Departementet har foretatt en konkret og reell vurdering i forhold til de opplysningene som er unntatt. Det er bl.a. vist til at siden den offentlige interessen i hovedsak er knyttet til innholdet i kommunikasjonen og mellom hvilke personer dette ble gjort, veier hensynet til muligheten for kommunikasjon til og fra SMK, herunder faren for misbruk ved offentliggjøring, tyngre enn den offentlige interessen i forhold til hvilke numre som ble benyttet.

Dokument nummer 13 inneholder referater fra Norges Banks møter med enkelte finansinstitusjoner i forbindelse med vurderingen av en mulig tiltaksplan for finansnæringen. Departementet har vist til at det knytter seg stor offentlig interesse til slik informasjon, men har lagt til grunn at muligheten for skadevirkninger som følge av offentliggjøring, selv etter

tiltaks pakken er blitt offentlig kjent, kan begrunne at dokumentene fortsatt unntas offentlighet. Det er særlig lagt vekt på at hensynet til at offentliggjøring av slik informasjon vil kunne svekke departementets tilgang på informasjon, og således få negativ innvirkning på beslutningsgrunnlaget og prosessen innad i forvaltningen. Dette må etter departementets syn veie tyngre enn det offentliges behov for innsyn. Avis X har fremholdt at denne begrunnelsen er lite konkret og således ikke gir grunnlag for å unnta opplysningene.

De meroffentlighetsvurderingene som er gjort for dokument 11 og 13 er skjønnsmessige avgjørelser som jeg bare i begrenset grad kan overprøve, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Det vil normalt være en forutsetning for kritikk at det hefter feil ved skjønnet, for eksempel at relevante eller viktige hensyn ikke har vært vurdert eller at resultatet anses å være «klart urimelig». Jeg har ikke funnet grunnlag for å benytte slike karakteristikk i denne saken. Jeg legger til grunn at departementet har lagt avgjørende vekt på hensynet til fortrolighet i den interne beslutningsprosessen. Dette er et hensyn som er i tråd med begrunnelsen for unntaksreglen for interne dokumenter. Jeg nevner også at det kan være spørsmål om faktiske vurderinger som ligger til grunn for avgjørelsen om ikke å gi innsyn, for eksempel vil det være tilfellet når det gjelder antatte skadevirkninger av en offentliggjøring. Slike faktiske vurderinger må ombudsmannen utvise varsomhet med å overprøve.

### 3. Konklusjon

Dokument nummer 11 og 13 må etter mitt syn anses å være interne dokumenter også etter oversendelsen til Kredittilsynet. Videre har jeg ikke funnet grunn til å kritisere departementets meroffentlighetsvurdering. Dokument 16 kan derimot vanskelig ses å falle inn under unntaket for interne dokumenter, og departementet bes om å behandle spørsmålet om dokumentinnsyn på nytt for dette dokumentet. Jeg ber om å bli holdt orientert om departementets videre behandling av saken.»

Etter en ny vurdering ga Finansdepartementet også innsyn i notatet 21. oktober 2008 (dok. 16) som departementet hadde utarbeidet. Det ble bl.a. vist til at tiden som var gått siden dokumentet ble opprettet gjorde at det ikke lenger var tilstrekkelig tungtveidende grunner til å unnta dokumentet fra offentlighet.

## 24.

### Innsyn i søkerliste for stilling som personalsjef

(Sak 2008/2664)

*12 av i alt 23 søkernavn til stillingen som personalsjef i en kommune ble unntatt fra søkerlisten.*

*Ombudsmannen var enig i at stillingen som personalsjef ikke er en stilling av særlig offentlig interesse. Fylkesmannen bygde imidlertid på en feil lovførståelse da det ikke ble funnet nødvendig å foreta en konkret vurdering av spørsmålet om offentliggjøring av navnene på de søkerne som hadde trukket seg eller varslet at de ville trekke søknadene.*

Sandefjord kommune lyste i 2008 ut en stilling som personalsjef i kommunen. Sandefjords Blad begjærte innsyn i søkerlisten. I denne forbindelse henvendte kommunen seg til samtlige søkere for å få deres syn på spørsmålet om offentliggjøring. Av de til sammen 23 søkerne svarte fire at de ikke hadde innvendinger mot offentliggjøring, tolv personer erklærte at de ikke ønsket offentliggjøring, to personer erklærte at de trakk søknaden sin, mens fem personer ikke svarte på henvendelsen. Av de tolv personene som ikke ønsket offentliggjøring erklærte tre at de ville trekke søknadene sine dersom ønsket om å bli unntatt fra søkerlisten ikke ble etterkommet. Kommunen besluttet etter dette å offentliggjøre navnene på de fire personene som uttrykkelig hadde godtatt offentliggjøring. Beslutningen om å hemmeligholde de øvrige navnene ble påklaget til Fylkesmannen i Vestfold, som opprettholdt kommunens beslutning.

Norsk Presseforbund brakte deretter saken inn for ombudsmannen på vegne av Sandefjords Blad. Etter å ha undersøkt saken konkluderte jeg i uttalelse 17. juni 2008 (ombudsmannssak 2008/260) med at fylkesmannen ikke hadde foretatt en konkret vurdering av spørsmålet om offentliggjøring for hver enkelt av søkerne, og at det derfor heftet feil ved fylkesmannens avgjørelse. Jeg ba på denne bakgrunn om at fylkesmannen behandlet saken på nytt. Den nevnte uttalelsen er gjengitt i årsmeldingen for 2008 på s. 61 (Somb-2008-8).

Fylkesmannen i Vestfold besluttet etter dette å oppheve sin tidligere avgjørelse og sende saken tilbake til Sandefjord kommune for ny vurdering. Den nye behandlingen hos kommunen medførte at ytterligere syv navn ble offentliggjort i tillegg til de fire som allerede var gjort kjent tidligere. Blant de syv nye navnene var de fem søkerne som ikke hadde svart på kommunens henvendelse om offentliggjøring. I tillegg offentliggjorde kommunen navnene på én av søkerne som hadde erklært at han trakk søknaden sin, samt én søker som ikke hadde gitt noen konkret begrunnelse for hvorfor hun ikke ønsket offentliggjøring. For de øvrige søkerne vedkommende fastholdt kommunen at det ikke skulle utvises meroffentlighet.

Kommunen sendte deretter saken til fylkesmannen, som opprettholdt kommunens nye beslutning. I avgjørelsen la fylkesmannen til grunn at det ikke var nødvendig å vurdere meroffentlighet for de tre søkerne som hadde erklært at de ville trekke søknadene sine dersom navnene deres ville bli offentliggjort. Begrunnelsen for dette var at det var «anledning til å trekke sin søknad på ethvert stadium av saken». Fylkesmannen mente dessuten at stillingen som personalsjef ikke var en stilling av stor offentlig interesse, og fylkesmannen sluttet seg til kommunens vurdering av de enkelte søkerens begrunnelser om hemmelighet.

Norsk Presseforbund brakte fylkesmannens vedtak inn for ombudsmannen. Presseforbundet var uenig i at stillingen som personalsjef ikke var av stor offentlig interesse, og mente at det ikke var adgang til å trekke en søknad med virkning for søkerlisten etter at en tilsetning var gjennomført. Det ble dessuten fremholdt at søkerens eget ønske om å bli unntatt fra offentlighet ikke kunne være avgjørende ved vurderingen av offentlighetsspørsmålet. Selv om stillingen ikke skulle være av stor offentlig interesse, måtte det kreves en bedre begrunnelse enn at oppføring på søkerlisten kunne medføre ubehag eller bidra til å svekke tilliten til vedkommende.

I sine merknader til Presseforbundets klage, sto fylkesmannen fast på at stillingen ikke var av stor offentlig interesse. Det ble særlig vist til at personalsjefen ikke har en ledende stilling innenfor kommunalforvaltningen slik som for eksempel en rådmann eller kommunaldirektør har. Videre utfører personalsjefen interne arbeidsoppgaver på vegne av rådmannen. Fylkesmannen mente dessuten at siden tre av søkerne hadde uttalt at de ville trekke søknadene sine, ville det ikke være aktuelt å vurdere offentliggjøring av disse søkerens navn. Etter fylkesmannens vurdering må søkerne kunne trekke søknaden når de blir gjort oppmerksomme på at navnene kan bli offentliggjort. De aktuelle søkerne hadde ikke fått slik informasjon under prosessen. Tvert imot hadde kommunen akseptert anmodningene om hemmelighet. Det ville derfor være urimelig dersom de i ettertid, etter at det var sådd tvil om kommunens avgjørelse, skulle være avskåret fra å trekke seg fra søkerlisten. Dersom retten til å trekke seg i prosessen skulle fratras søkerne, måtte dette på en eller annen måte ha fremgått. Slik loven er utformet, mente fylkesmannen at søkerne må kunne legge til grunn at det er adgang for kommunen å unnta opplysninger om en søker fra søkerlisten dersom søkeren selv ber om dette. Det ble ellers fremholdt at de øvrige søkerens begrunnelser var tilstrekkelige til å gjøre unntak fra søkerlisten, og at kommunen hadde foretatt en forsvarlig vurdering.

I brev herfra ble det bedt om en avklaring av visse faktiske forhold fra fylkesmannens side. Det ble bl.a. vist til at spørsmålet om offentlighet ikke syntes å ha

vært vurdert for en av søkerne som hadde erklært at han ville trekke søknaden dersom offentlighet ble aktuelt. Vedkommende søker var heller ikke nevnt i fylkesmannens vedtak. Det ble bedt om fylkesmannens kommentarer til dette. Det ble også spurt om det medførte riktighet at det var gitt innsyn i totalt 11 søkernavn.

Fylkesmannen opplyste at ombudsmannens anmodning var blitt forelagt for Sandefjord kommune, som kunne opplyse at den aktuelle søkeren trakk sin søknad 5. oktober 2007, og at spørsmålet om offentlighet derfor ikke var aktuelt for denne søkerens vedkommende. Søknadsfristen til stillingen var 26. august 2007. Kommunen bekreftet også at det var totalt 11 søkernavn som var offentliggjort. To av navnene ble gjort offentlig da Sandefjords Blad ba om innsyn første gang. Kommunen opplyste dessuten at den personen som ble tilsatt i stillingen hadde avsluttet sitt arbeidsforhold til kommunen, og at det nå er ansatt en annen person i stillingen som personalsjef.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### *«1. Vurderingen av søkerens anmodning om hemmelighet*

Klagen fra Norsk Presseforbund gjelder en innsynsbejæring som ble fremsatt og avgjort i 2008. Min vurdering av forholdet må derfor ta utgangspunkt i bestemmelsene i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69, som var i kraft frem til 1. januar 2009.

Etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4, jf. § 2 første ledd følger det at søkerlistene til stillinger i forvaltningen er offentlige. Bestemmelsen åpner likevel for at søker som selv anmoder om det «kan» unntas fra den offentlige søkerlisten. Forvaltningen har imidlertid ingen plikt til å etterkomme et slikt ønske om konfidensialitet. Av offentlighetsloven § 2 tredje ledd følger det dessuten at forvaltningen, dersom den mottar en bejæring om innsyn, plikter å vurdere om et slikt navn likevel kan gjøres kjent for offentligheten. Ved utøvelsen av dette skjønnet må det i relasjon til den enkelte søker foretas en konkret avveining mellom offentlighetens interesse i innsyn på den ene siden og behovet for konfidensialitet på den andre siden. Sentrale momenter i denne vurderingen vil være hvilke konsekvenser offentliggjøring vil ha for søkeren og hvor stor offentlig interesse det er knyttet til stillingen som skal besettes. Jo større offentlig interesse det er knyttet til den aktuelle stillingen, jo strengere krav må det stilles til de mothensyn som begrunner konfidensialitet. I offentleglova 19. mai 2006 nr. 19 fremkommer dette nå til dels uttrykkelig i lovens § 25 annet ledd tredje punktum flg., hvor det heter:

«Det kan likevel gjerast unntak frå innsyn for opplysningar om ein søkjar dersom vedkommande sjølv ber om det. Ved vurderinga av om ei slik

oppmodning skal takast til følgje, skal det leggjast vekt på om det knyter seg særleg offentleg interesse til stillinga.»

Det gjengitte utdraget fra offentleglova § 25 utgjør en kodifisering av rettstilstanden før offentleglovas ikrafttredelse, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 14 flg. Om hvilke stillinger det må anses å være knyttet «særleg offentleg interesse» til, heter det videre på s. 148:

«Blant dei stillingane det knyter seg stor offentlig interesse til, og der terskelen for å få gjennomslag for ei oppmodning om ikkje å bli ført opp på søkjarlista vil vere høg, kan ein til dømes nemne stilling som departementsråd, direktør eller leiar for statlege direktorat eller uavhengige organ, fylkesmann eller rådmann i kommunane.»

Stillingene som er opplistet i utdraget ovenfor, er gjennomgående stillinger som øverste leder for kommuner eller statlige forvaltningsorganer. Stillingen som personalsjef i Sandefjord kommune befinner seg klart nok på et lavere nivå enn disse stillingene, og jeg er enig med fylkesmannen i at det ikke knytter seg særlig offentlig interesse til personalsjefstillingen i Sandefjord kommune. Dette innebærer imidlertid ikke at en personalsjefstilling i en kommune aldri kan anses som en stilling som det knytter seg stor offentlig interesse til. Det innebærer heller ikke at forvaltningen kan unnlate å foreta en konkret vurdering av hver enkelt søkers anmodning om å bli unntatt fra søkerlisten.

I den fornyede behandlingen av saken har Sandefjord kommune og fylkesmannen vurdert søkerens begrunnelser for hemmelighold. Hvorvidt den enkelte søkers ønske om hemmelighold skal etterkommes, vil bero på en konkret avveining av hensynet til den enkelte søkers behov for ikke å stå på søkerlisten og de hensyn som taler for at søkernavnet blir gjort kjent. Den nærmere vurderingen av om de ulike søkernavnene skulle gjøres kjent, er av skjønnsmessig karakter. Ombudsmannen kan bare kritisere slike skjønnsmessige avgjørelser dersom det hefter feil ved skjønnen, for eksempel ved at det er lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn, eller avgjørelsen fremstår som klart urimelig. Etter gjennomgangen av saken har jeg ikke funnet holdepunkter for at vurderingen av om søker nr. 5, 6, 7, 8, 11, 13, 18 og 22 skulle stå på søkerlisten rammes av slike karakteristikk. Det vises særlig til at de momentene kommunen og fylkesmannen har lagt vekt på i avveiningen fremstår som saklige, og at både hensynene for og mot offentliggjøring av navnene er vurdert. Utfallet av denne avveiningen kan ombudsmannen ikke overprøve.

## 2. Adgangen til å trekke søknaden med virkning for søkerlisten

Søker nr. 2, 4 og 15 gjorde, etter at søknadsfristen var utløpt, gjeldende at de ville trekke søknadene sine dersom deres ønsker om konfidensialitet ikke ble tatt til følge. Fylkesmannen har lagt til grunn at det er anledning til å trekke en søknad på ethvert stadium i saken, og at det derfor ikke var aktuelt å vurdere om navnene på de tre søkerne skulle offentliggjøres. Av sakens dokumenter fremgår det videre at to søkere, etter at søknadsfristen utløp, erklærte at de trakk søknadene sine. Den ene av disse to søkerne (nr. 21) er overhodet ikke nevnt i fylkesmannens avgjørelse, mens det er besluttet å offentliggjøre navnet på den andre søkeren (nr. 9).

Etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4 tredje punktum skal søkerliste «settes opp snarest etter søknadsfristens utløp». En «søkerliste» er med andre ord et dokument som inneholder opplysninger om alle personer som har meldt seg som søkere til den aktuelle stillingen på det tidspunkt da søkerlisten skal opprettes. Selv om spørsmålet om hvilke deler av søkerlisten som skal være offentlig vil måtte avgjøres ut fra forholdene på tidspunktet for avgjørelsen av innsynskravet, vil derfor selve innholdet i søkerlisten være det samme fra og med tidspunktet for opprettelsen. Et unntak fra dette må likevel gjøres for søkere som melder seg etter søknadstidspunktet, og som forvaltningen beslutter å realitetsvurdere for stillingen. I slike tilfeller må den opprinnelige søkerlisten suppleres med opplysninger om de senere innkomne søknadene.

Dersom en person trekker sin søknad før søknadsfristen, vil vedkommende ikke høre til de personer som skal tas med i søkerlisten etter offentlighetsloven § 6 første ledd nr. 4 tredje punktum. Øvrige søkere vil i utgangspunktet inngå i listen, men har etter § 6 første ledd nr. 4 fjerde punktum adgang til å anmode om at opplysningene om vedkommende skjermes ved offentliggjøring av søkerlisten. Hvorvidt en slik anmodning skal etterkommes eller ikke, må tilsettingsmyndigheten som den klare hovedregel ta stilling til før søkerlisten settes opp. Dersom tilsettingsorganet mener det ikke er grunnlag for å ta ønsket om hemmelighold til følge, bør den varsle vedkommende søker slik at hun får mulighet til å trekke sin søknad før søkerlisten settes opp.

Men selv om tilsettingsmyndigheten før søkerlisten er opprettet har etterkommet vedkommende søkers ønske om konfidensialitet, har vedkommende ingen garanti mot at enten tilsettingsorganet selv eller klageinstansen kommer til at navnet likevel skal gjøres kjent dersom det på et senere tidspunkt bes om innsyn i søkerlisten. For klageinstansens vurdering av innsynsspørsmålet kan det neppe være avgjørende at en slik avgjørelse skulle bryte med både søkers

eget ønske og de forutsetninger som er gitt fra tilsettingsorganet. Dette ville i realiteten kunne innebære en type binding av forvaltningsmyndighet som det ikke er rettslig grunnlag for. Særlige forhold knyttet til tilsettingsmyndighetens håndtering av anmodningen om hemmelighold kan imidlertid tenkes å få betydning i den konkrete vurderingen av om navnet skal offentliggjøres. Dersom forvaltningen ikke har varslet søkeren før søknadsfristens utløp om at navnet kan bli gjort kjent selv om det er bedt om hemmelighold, kan det for eksempel være grunn til å la søkeren trekke sin søknad med virkning ikke bare for tilsettingssaken, men også for søkerlisten. Etter at tilsettingen er gjennomført vil det derimot neppe være grunnlag for legge vekt på vedkommende søkers ønske om å «trekke søknaden». Jeg viser i denne forbindelse til det jeg har uttalt om dette i en tidligere sak:

«Med mindre søkeren fortsatt står i posisjon til å få stillingen dersom den tilsatte takker nei eller av andre grunner ikke kan tiltre, vil tilsettingsvedtaket danne et skjæringspunkt der det ikke lenger vil være mulig å trekke søknaden med virkning for tilsettingsmyndighetens valg. Jeg kan da vanskelig se at søkerne skulle ha en adgang til å «trekke søknaden» med virkning for søkerlisten.» (Somb-2008-9)

Det følger av dette at en søker til en offentlig stilling ikke har adgang til å trekke sin søknad med virkning for søkerlisten «på ethvert trinn av saken», slik Sandefjord kommune og fylkesmannen synes å ha lagt til grunn. Etter at søkerlisten er utarbeidet, men før tilsetting er gjennomført, skal det foretas en konkret vurdering av om søkerens anmodning om hemmelighold skal etterkommes. Når tilsettingen er gjennomført, vil det ikke være adgang til å trekke søknaden med virkning for søkerlisten.

Fylkesmannen bygger derfor på en feil lovforståelse når det er lagt til grunn at det ikke er nødvendig å foreta en konkret vurdering av spørsmålet om offentliggjøring av navnene på søkerne som hadde trukket seg eller varslet at de ville trekke søknadene.

### 3. Konklusjon

Fylkesmannen bygde på en feil lovforståelse da det ikke ble foretatt en konkret vurdering av om søker nr. 2, 4, 15 og 21 skulle unntas fra søkerlisten. Sett hen til den tiden som er gått siden tilsetting i den aktuelle stillingen som personalsjef i Sandefjord kommune ble gjennomført, og tatt i betraktning at det etter det opplyste er tilsatt ny personalsjef, har jeg ikke funnet grunn til å be fylkesmannen behandle spørsmålet om innsyn i søkerlisten på nytt. Jeg ber imidlertid fylkesmannen merke seg mine synspunkter for fremtidige saker. Fylkesmannen bes også om å gjøre Sandefjord kommune kjent med min uttalelse.»

## 25.

### Mangelfull saksbehandling av krav om innsyn i fullstendige søkerlister

(Sak 2008/2721)

*Fylkesmannen i Finnmark opprettholdt Porsanger kommunes avslag på krav om innsyn i fullstendige søkerlister til stillingene som nærings sjef, administrasjonsleder og oppvekst- og kultursjef. Til sammen ble seks navn unntatt fra de offentlige søkerlistene.*

*Ombudsmannen kom til at fylkesmannen ikke hadde foretatt en tilstrekkelig konkret og individuell vurdering av hver søker slik som loven krever. Det knyttet seg derfor begrunnet tvil til om sakene var tilstrekkelig opplyst.*

Sáгат - Samisk avis AS (Sáгат) fremmet i løpet av en periode på åtte måneder krav om innsyn i de komplette søkerlistene til tre stillinger i Porsanger kommune. Dette gjaldt stillingene som nærings sjef, administrasjonsleder og oppvekst- og kultursjef. I alle sakene hadde navnet på enkelte søkere blitt unntatt fra den offentlige søkerlisten. Kommunen av slo innsynsbegjæringene med hjemmel i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 6 første ledd nr. 4. Sáгат påklaget vedtakene til Fylkesmannen i Finnmark som i alle sakene opprettholdt kommunens vedtak.

Sáгат brakte fylkesmannens tre vedtak inn for ombudsmannen. Avisen anførte at fylkesmannens vedtak var «summeriske» og at det ikke var blitt foretatt en tilstrekkelig individuell og konkret vurdering av den enkelte søkers forhold og begrunnelser for å få navnet unntatt fra offentlig søkerliste. Sáгат fremholdt videre at alle stillingene var av stor offentlig interesse og at det skulle sterkere grunner til for å unnta en søkers navn fra den offentlige søkerlisten enn fylkesmannen hadde lagt til grunn.

Fylkesmannen ble bedt om å gi en vurdering av den enkelte søkers begrunnelse for å bli unntatt fra den offentlige søkerlisten opp mot offentlighetens interesse i innsyn. Det ble også spurt om hvilke dokumenter fylkesmannen hadde hatt for hånden under behandlingen av saken og på hvilken måte fylkesmannen hadde gjort seg kjent med søkerens anmodninger om å få navnet unntatt fra offentlig søkerliste. Endelig ble fylkesmannen bedt om å utdype sitt standpunkt om den offentlige interessen knyttet til de tre stillingene.

I svarbrevet opplyste fylkesmannen at det hadde vært telefonkontakt mellom saksbehandleren hos fylkesmannen og kommunen under behandlingen av alle sakene. Innholdet i disse samtaler var ikke nedtegnet skriftlig, noe fylkesmannen erkjente var en svakhet ved saksbehandlingen.

For alle stillingene ble det vist til at de dokumentene som hadde vært tilgjengelige for fylkesmannen



ved behandlingen av klagesaken, var de samme som de dokumentene som var oversendt ombudsmannen. I hovedsak dreide det seg om utlysingsstekst, kommunens vedtak og klagen fra Ságat. De utvidede søkerlistene hadde ikke vært tilgjengelige for fylkesmannen.

For saken om tilsetting av næringssjef, viste fylkesmannen til at kommunen ved sin behandling av saken hadde spurt de aktuelle søkerne om begrunnelsen for å bli unntatt fra den offentlige søkerlisten. Søkerne hadde vist til hensynet til nåværende arbeidsforhold, og denne begrunnelsen ble formidlet muntlig til fylkesmannen i en telefonsamtale. Begrunnelsene ble lagt til grunn for fylkesmannens behandling. Fylkesmannen opprettholdt synet om at stillingen som næringssjef i «en liten kommune som Porsanger» heller ikke hadde stor offentlig interesse.

Når det gjaldt stillingen som administrasjonsleder, viste fylkesmannen til vedtaket, særlig avsnittet om rekrutteringsproblemer for en utkantkommune og at det ikke var grunn til å skille mellom offentlige og private arbeidsgivere. Fylkesmannen fremholdt at det var foretatt en konkret vurdering i saken, men at det burde fremgått av sakens dokumenter hvordan opplysningene om den aktuelle søkeren hadde tilflytt fylkesmannen. Etter fylkesmannens syn hadde denne stillingen noe større offentlig interesse enn stillingen som næringssjef, men likevel annerledes enn en rådmannsstilling.

For stillingen som oppvekst- og kultursjef var det også kommunens beskrivelse av saken samt telefonsamtalen med kommunen som dannet grunnlaget for fylkesmannens avgjørelse. Stillingen hadde offentlig interesse, men heller ikke her var den tilstrekkelig tungtveiende til å gå foran søkerens ønske om å bli unntatt fra den offentlige søkerlisten.

Avslutningsvis uttalte fylkesmannen at det var

«vanskelig å legge veldig stor vekt på hvilken konkret begrunnelse en søker anfører for hvorfor han vil unnta sitt navn fra den offentlige søkerlisten, forutsatt at søkeren sier at det vil skape problemer i forhold til nåværende arbeidsgiver/arbeidsforhold... I totalvurderingen som gjøres i en liten kommune som Porsanger, i saker hvor søkergrunnlaget ofte er svært begrenset og hvor man står i reell fare for at søkere trekker seg, skal det likevel kanskje noe mindre til før man imøtekommer ønsket fra søkeren.»

Fylkesmannens brev ble oversendt Ságat, som anførte at det ikke var tilfredsstillende at fylkesmannens klagebehandling stort sett var basert på telefonisk kontakt mellom fylkesmannen og kommunen. Det ble også vist til at fylkesmannen kun hadde hatt førsteinstansens redegjørelser som grunnlag for avgjørelsen.

Videre var Ságat uenig i at det bare var rådmannsstillinger som hadde stor offentlig interesse.

Avisen trakk frem at Porsanger var fylkets femte største kommune og den største kommunen i det samiske forvaltningsområdet, og at de aktuelle stillingene derfor hadde stor offentlig interesse. Felles for alle sakene var at avisen mente fylkesmannen hadde unnlatt å foreta selvstendige undersøkelser og vurderinger for å bringe faktiske forhold på det rene før vedtakene ble truffet.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Saken gjelder innsyn i offentlige søkerlister, der fylkesmannens vedtak ble truffet i 2008. Min vurdering av saken må derfor ta utgangspunkt i bestemmelsen i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69.

#### 1. Saksbehandlingen

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

Videre har forvaltningen, herunder også klageorganet, en selvstendig plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 §§ 17 og 33 første ledd. I min uttalelse inntatt i årsmeldingen for 2005 på side 86 (somb-2005-9) fremhevet jeg at:

«Fylkesmannen må selv i første omgang vurdere om de opplysningene som foreligger om søkerens begrunnelse for å be seg unntatt offentlighet, ivaretar kravene til forvaltningens plikt om å påse at saken er så godt opplyst som mulig før avgjørelse treffes.»

Videre kan klageorganet prøve alle sider av saken og er ikke bundet av de argumentene og synspunktene som underinstansen har vektlagt, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd første punktum.

Om kravene til klageinstansens saksbehandling i denne typen saker har jeg tidligere uttalt bl.a. følgende i sak inntatt i årsmeldingen for side 2008 på side 65 (somb-2008 10):

«Det er ikke tilstrekkelig – slik departementet har gjort i denne saken – at klageorganet nøyer seg med å konstatere at det foreligger et begrunnet ønske fra søkerne om å bli unntatt fra offentlighet, og så veie dette opp mot offentlighetens interesse i innsyn. Det er en konkret vurdering som skal foretas, og en helt sentral del av denne vurderingen er søkerens begrunnelse for hemmelighold.»

Det er, ut fra de oversendte saksdokumentene og fylkesmannens redegjørelse hit, vanskelig å se at fylkesmannen hadde et tilstrekkelig grunnlag for å treffe avgjørelse i denne saken. Fylkesmannen hadde ikke tilgang til søkerlistene for de tre stillingene og hadde heller ikke tilgang til søkeres CV-er. Basert på de saksdokumentene som er oversendt hit, og som etter det opplyste er de samme som de dokumentene fylkesmannen hadde tilgjengelig, fremstår det også som uklart for flere av søkerne hva deres nåværende arbeidssituasjon egentlig var.

Den enkelte søkerens begrunnelse for å be om unntak fra offentlighet har kommet til uttrykk ved at både kommunen og fylkesmannen i sine avgjørelser av innsynssaken kort har vist til hensynet til søkeres arbeidssituasjon. Porsanger kommune skal ha innhentet begrunnelsene muntlig, men det er ikke spor i sakens dokumenter av at den enkelte søkeren ga noen nærmere og mer konkret begrunnelse for hvorfor hensynet til vedkommendes arbeidssituasjonen talte for å unnta søkerens navn. Etter det opplyste har fylkesmannen muntlig, i telefonsamtaler, fått opplysninger fra kommunen om søkeres begrunnelse. Fylkesmannens redegjørelse til ombudsmannen inneholder imidlertid heller ikke noe om den mer konkrete begrunnelsen fra hver enkelt søker, knyttet opp til vedkommendes arbeidssituasjon. Det er derfor ikke mulig å ha noen begrunnet oppfatning om hvorvidt vedkommendes situasjon tilsier at det er grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen om offentlighet eller ikke.

Jeg må etter dette konkludere med at det foreligger begrunnet tvil til hvorvidt sakene var tilstrekkelig opplyst da fylkesmannen besluttet å opprettholde Porsanger kommunes vedtak om å unnta navnene fra de offentlige søkerlistene.

Fylkesmannen har erkjent at opplysningene fra kommunen skulle vært nedtegnet, jf. forvaltningsloven § 11 d annet ledd første punktum. Den manglende skriftligheten er en svakhet ved saksbehandlingen, og har medført at det har vært vanskelig for meg å undersøke om det var grunnlag for å unnta de aktuelle søkeres navn fra offentliggjøring. Jeg tar fylkesmannens beklagelse på dette punktet til etterretning.

## 2. Innsynsspørsmålet

Slik denne saken ligger an, finner jeg grunn til å knytte enkelte kommentarer til noen av de vurderingene fylkesmannens vedtak gir uttrykk for.

I alle sakene har fylkesmannen lagt særlig vekt på hensynet til søkeres arbeidsforhold som begrunnelse for at søkeres navn kunne unntas fra offentlig søkerliste. I Justisdepartementets «Veileder i offentlighetsloven» (2003) punkt 7.8.2 blir forholdet til nåværende arbeidsgiver kommentert. Det hitsettes:

«Samtidig skal det legges betydelig vekt på den enkeltes søkers behov for at det ikke gjøres kjent at han eller hun har søkt en stilling, især om det kan skade søkerens nåværende arbeidssituasjon om det blir kjent at hun eller han har søkt en annen stilling. I denne vurderingen vil det ofte være større grunn til å unnta opplysninger om søkere som arbeider i det private næringsliv, enn søkere som arbeider i det offentlige. At det kan oppleves som ubehagelig for den enkelte om det blir kjent at man har søkt en ny stilling, vil ha liten betydning når det gjelder stillinger av stor offentlig interesse.»

Det er på det rene at enkelte av søkerne som fikk sine navn unntatt offentlighet i denne saken, var offentlig ansatte. Fylkesmannen har vist til at det ved offentlighetsvurderingen ikke er grunn til å gjøre stor forskjell på søkere fra privat og offentlig virksomhet. Jeg har tidligere uttalt meg om dette spørsmålet, jf. bl.a. uttalelse i sak 2005/1238, som også fylkesmannen har vist til. Jeg finner igjen grunn til å fremheve at det normalt skal sterkere grunner til for at navnet på en offentlig ansatt skal kunne unntas fra offentlighet enn når det gjelder en søker fra privat næringsliv. I en sak inntatt i årsmelding for 2006 på side 74 (somb-2006-10) uttalte jeg blant annet at hensynet til nåværende arbeidsgiver «i større grad [vil] være aktuelt for søkere fra privat virksomhet». Dersom det er tale om en person som innehar en lederstilling i det offentlige, vil saken kunne stille seg annerledes, men det skal likevel godtgjøres at forholdet til arbeidsgiveren eventuelt vil bli skadelidende, jf. det jeg har uttalt under punkt 1 ovenfor.

Et annet moment som er trukket frem av fylkesmannen, er spørsmålet om hvor stor offentlig interesse som er knyttet til stillingene som henholdsvis næringssjef, administrasjonsleder og oppvekst- og kultursjef. Fylkesmannen synes å være av den oppfatning at den offentlige interessen knyttet til disse stillingene ikke er stor nok til å konkludere med at det skal utvises meroffentlighet for søkerlisten, i strid med søkeres ønsker om å bli unntatt fra offentlighet.

Fylkesmannen har rett i at terskelen for å unnta navn fra søkerlisten vil variere, avhengig av hvilken offentlig stilling det er tale om. Imidlertid er de aktuelle stillingene i denne saken alle av relativt stor offentlig interesse. Det er ikke slik at det bare er rådmannsstillingen som har tilstrekkelig stor grad av offentlig interesse til at offentlighetshensynet i gitte tilfeller går foran en søkers ønske om unntatt offentlighet. Idet jeg ikke har tilstrekkelig kunnskap om den enkeltes begrunnelse for å be om unntak, finner jeg imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på den konkrete vurderingen som må foretas i denne saken.

## 3. Konklusjon

Det er grunn til å rette kritikk mot flere deler av fylkesmannens saksbehandling i denne saken. Viktige

opplysninger er ikke blitt nedtegnet, og saken synes for øvrig å ha vært for dårlig opplyst da fylkesmannen tok stilling til offentlighetsspørsmålet. Det knytter seg derfor «begrunnet tvil» til forhold av betydning for saken i alle de tre klagesakene, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Sett hen til sakens karakter, og at de aktuelle tilsetningene ligger forholdsvis langt tilbake i tid, finner jeg ikke grunn til å be fylkesmannen foreta en ny vurdering av saken. Jeg ber imidlertid fylkesmannen merke seg mine kommentarer og innrette seg etter dette ved behandlingen av fremtidige saker.»

## 26.

### Saksbehandlingstiden i innsynssaker

(Sak 2008/2356)

*Naturvernforbundet i Finnmark klaget til ombudsmannen over at Kautokeino kommune brukte lang tid på å behandle begjæringer om innsyn i dokumenter knyttet til saker om motorferdsel i utmark.*

*Ombudsmannen kritiserte kommunens tidsbruk ved behandlingen av innsynsbejæringen, og kommunen ble bedt om å gjennomgå sine generelle rutiner på området. Kommunens behandling av ombudsmannens henvendelser i saken hadde heller ikke vært akseptabel.*

Naturvernforbundet hadde i brev 16. september 2008 til Kautokeino kommune bedt om å få oversendt saksdokumenter i flere ulike saker om dispensasjon for motorferdsel i utmark. Da forbundet ikke mottok svar etter en uke, ble saken tatt opp med Fylkesmannen i Finnmark 23. september 2008. I brev 6. oktober fra fylkesmannen ble kommunen bedt om å innrette seg etter de fristene som gjelder for behandling av innsynssaker og behandle Naturvernforbundets innsynsbejæring.

Da Naturvernforbundet etter ytterligere tre uker fremdeles ikke hadde mottatt svar, ble saken brakt inn for ombudsmannen. Det ble herfra besluttet å ta saken opp med kommunen. Kommunen ble bedt om å redegjøre for den saksbehandlingen som hadde funnet sted og opplyse om Naturvernforbundet nå hadde mottatt svar på sin henvendelse, eventuelt redegjøre for hvorfor bejæringen fremdeles ikke var besvart. Det ble også bedt om kommentarer til saksbehandlingstiden, herunder fremdriften i saken.

Etter purring svarte kommunen 9. desember 2008 at Naturvernforbundets henvendelse nå var besvart. Det ble opplyst at det var snakk om mange saker og at det derfor hadde tatt tid å svare. I svarbrevet til Naturvernforbundet, som ble oversendt ombudsmannen, ble enkelte spørsmål besvart og det het at «[k]ommunen har kopi av dispensasjonssøknadene, og Dere kan ha innsyn i sakene.»

Som følge av kommunens svar, stilte ombudsmannen ytterligere spørsmål til kommunen i brev 5. januar 2009. Kommunen ble igjen bedt om å redegjøre for saksbehandlingen, herunder saksbehandlingstiden jf. offentlighetsloven § 9 første ledd. Det ble også etterlyst en redegjørelse for saksbehandlingsrutinene for behandlingen av innsynsbejæringer. Videre ble det stilt spørsmål om de etterspurte dokumentene var oversendt Naturvernforbundet og eventuelt hvorfor det ikke var gjort.

Ombudsmannen mottok ingen tilbakemelding innen den fastsatte fristen og sendte brev hhv. 3. februar, 26. februar og 18. mars 2009 og etterlyste svar fra kommunen. Da det fremdeles ikke ble gitt tilbakemelding, tok ombudsmannens kontor telefonisk kontakt med rådmannen 25. mars 2009 og det ble gitt løfte om at han snarest ville følge opp saken. Etter ytterligere fire uker hadde kommunen fremdeles ikke svart, og 23. april 2009 ringte ombudsmannen personlig til rådmannen for å forhøre seg om kommunens behandling av saken og når det kunne ventes svar. Det ble opplyst at svar var blitt sendt dagen før.

Kommunen opplyste i svarbrevet blant annet at Naturvernforbundet hadde mottatt kopier av de etterspurte dokumentene og at forbundet var velkommen til kommunens kontor for å se alle dokumentene i saker om motorferdsel i utmark. Det ble også anført at ombudsmannen hadde fått en redegjørelse for kommunens saksbehandlingsrutiner i innsynssaker. Den lange saksbehandlingstiden ble beklaget og det ble informert om at kommunen i fremtiden ville sende midlertidige svar.

Kommunens to brev ble oversendt Naturvernforbundet, som opplyste at forbundet ikke hadde mottatt kopier av de spesifikke dispensasjonsvedtakene de ønsket innsyn i. Videre fremholdt Naturvernforbundet at det ikke var tilfredsstillende at man måtte møte på rådhuset for å få innsyn i dokumenter, slik kommunen hadde lagt opp til. Det ble også kort vist til saksbehandlingstiden for enkelte øvrige innsynssaker i Kautokeino kommune og påpekt at rask saksbehandling av innsynsbejæringer har «reell betydning for muligheten til å få gjennomført en klagebehandling før kjøringen skal starte».

Naturvernforbundets kommentarer ble oversendt kommunen og det ble stilt enkelte spørsmål. Kommunen ble bedt om å kommentere påstanden om kravet til personlig oppmøte på rådhuset for å få dokumentinnsyn, og om dette i så fall var i samsvar med tidligere offentlighetslov § 8 og någjeldende offentliglov § 30 første ledd annen setning om rett til kopier. Igjen ba ombudsmannen om en redegjørelse for kommunens rutiner ved behandling av innsynsbejæringer, særlig med hensyn til saker om motorferdsel i utmark.

Kommunen fremholdt at Naturvernforbundet hadde fått tilsendt kopier av dokumentene, og mottatt kopier da forbundet var på kommunehuset. Når det gjaldt dokumenter som Naturvernforbundet hevdet ikke ble oversendt, opplyste kommunen at det ikke var fattet dispensasjonsvedtak av den typen deler av henvendelsen gjaldt. Det ble også opplyst at det ikke var fattet vedtak om at noen dokumenter skulle unntas offentlighet. Kommunen informerte også at den har som praksis å oversende kopier av dokumentene det blir begjært innsyn i.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Saksbehandlingstiden i innsynssaken

Offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69, som var gjeldende da Naturvernforbundets klage ble sendt ombudsmannen, har bestemmelser om hvilke tidsfrister som gjelder for behandling av innsynsbegjæringer. I lovens § 9 første ledd heter det:

«Begjæring om innsyn etter § 2 annet ledd skal avgjøres uten ugrunnet opphold.»

Hva som ligger i uttrykket «uten ugrunnet opphold» kan variere. Jeg har i flere uttalelser og meldinger til Stortinget, blant annet SOMB-2005-14 og i ombudsmannens årsmelding for 1998 på side 11 lagt til grunn at en innsynsbegjæring bør kunne behandles samme dag, eller i alle fall i løpet av tre virkedager. Dette følger også av Justisdepartementets «[v]eileder til offentlighetsloven» fra 2003, punkt 8.3. I forarbeidene til den nye offentleglova er det også tilslutning til denne definisjonen av begrepet «uten ugrunnet opphold», se blant annet Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side 100.

Dersom en innsynsbegjæring er svært arbeidskrevende kan det i gitte tilfeller være akseptabelt å bruke mer enn tre dager. En begjæring om innsyn skal imidlertid behandles så raskt som mulig, og det må foreligge en saklig begrunnelse for å fravike lovens utgangspunkt.

Den totale tiden det tok å behandle Naturvernforbundets begjæring om dokumentinnsyn i denne saken har klart overskredet de kravene som stilles etter offentlighetsloven. Slik saken er opplyst for ombudsmannen er det ingen forhold i saken som tilsier at det var nødvendig å bruke flere måneder på å behandle innsynsbegjæringen. Selv ikke etter at fylkesmannen 6. oktober 2008 ba kommunen om å innrette seg etter de fristene som gjelder for behandlingen av innsynsaker, ble saken fulgt opp fra kommunens side. Dette er det grunn til å kritisere. At det skulle ta ytterligere to måneder å besvare Naturvernforbundets henvendelser etter at fylkesmannen hadde påpekt fristoversittelsen, må anses som et klart brudd på lovens bestemmelser om saksbehandlingstid, og er også i strid med prinsippene for god forvaltningskikk.

Naturvernforbundet har påpekt at forbundet har vært nødt til å komme til rådhuset for å gå gjennom aktuelle saksdokumenter. Dette er i og for seg ikke bestridt av kommunen. I det siste brevet til ombudsmannen har kommunen imidlertid fremholdt at praksis er å sende kopi av de dokumentene det er bedt om innsyn i. Det er grunn til å understreke at en person som ber om dokumentinnsyn har rett til å få tilsendt kopi, jf. offentleglova § 30 første ledd.

Jeg har gjentatte ganger i denne saken bedt om å bli orientert om hvilke rutiner som foreligger for behandling av begjæringer om dokumentinnsyn i Kautokeino kommune, uten at jeg kan se at dette spørsmålet er tilfredsstillende besvart. På denne bakgrunnen må Kautokeino kommune gjennomgå rutinene for behandling av innsynsbegjæringer og om nødvendig iverksette tiltak for å sikre at innsynsbegjæringer blir behandlet innen lovens tidsfrister. Jeg ber om å bli holdt orientert om kommunens gjennomgang av rutinene for behandling av innsynsbegjæringer.

I sak 2008/163 uttalte jeg at Kautokeino kommune syntes å ha sviktende journalføringsrutiner i saker om dispensasjon etter lov om motorferdsel i utmark. Jeg ba samtidig om å bli holdt orientert om kommunens arbeid med å utarbeide tilfredsstillende rutiner. Da det er en klar sammenheng mellom journalføring av saker og mulighetene for å kreve dokumentinnsyn, ber jeg om tilbakemelding om hvordan denne saken er fulgt opp av kommunen.

### 2. Kommunens behandling av ombudsmannens henvendelser

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, har kommunens behandling av ombudsmannens henvendelser tatt svært lang tid. Kommunen har ikke forholdt seg til ombudsmannens frister, og kommunens svar har vært mangelfulle. Dette har medført en rekke henvendelser til kommunen for å få avklart relativt enkle spørsmål.

Ombudsmannens oppgave er «å søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 3. For at ombudsmannen skal kunne utføre denne oppgaven, må forvaltningen gi ombudsmannen nødvendige opplysninger, og det bør gjøres innen fastsatte frister. Det følger av ombudsmannsinstruksen 19. februar 1980 nr. 9862 § 6 at ombudsmannen «kan innhente de opplysninger han finner nødvendig 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.».

Selv etter gjentatte purringer, både skriftlige og muntlige, tok det lang tid før kommunen besvarte henvendelsene herfra. Dette er ikke akseptabelt, og bidrar

til å svekke ombudsmannens mulighet til å fungere som kontrollorgan. Slik saksbehandling av henvendelser fra ombudsmannen svekker også tilliten til kommunen. Stortinget har flere ganger gitt uttrykk for at ombudsmannens henvendelser skal prioriteres. Det er videre en forutsetning for at ombudsmannen skal kunne utøve sin virksomhet på en tilfredsstillende måte at vedkommende forvaltningsorgan ikke bare svarer, men at svaret også gis raskt og på en lojal måte.

Kommunen har beklaget den lange saksbehandlingstiden. Denne beklagelsen er på sin plass.

Avslutningsvis finner jeg grunn til å nevne at de langt fleste henvendelsene herfra i denne saken er besvart fra kommunens side av én saksbehandler, for øvrig den samme saksbehandleren som synes å ha behandlet innsynsbegjæringene fra Naturvernforbundet, og som behandler mange av sakene om motorferdsel i utmark. Kommunen bes vurdere om dette er en tilstrekkelig og hensiktsmessig behandling av henvendelser fra ombudsmannen. En slik praksis kan også være uheldig og svekke tilliten til kommunen.»

Som følge av uttalelsen fra ombudsmannen i denne saken, og uttalelsen i sak nr. 104 (2008/163) også omtalt i dette kapitlet, har Kautokeino kommune opprettet en intern arbeidsgruppe. Arbeidsgruppen skal blant annet utarbeide nye rutiner for journalføring, behandling av krav om innsyn og hvordan ombudsmannens henvendelser skal håndteres.

## 27.

### **Spørsmål om taushetsplikt – opplysninger om klage til Likestillings- og diskrimineringsombudet**

(Sak 2009/956)

*En søker til en kommunal lederstilling mente han var blitt diskriminert ved tilsettingen, og klaget saken inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet. Både kommunen og fylkesmannen la til grunn at kommunens dokumenter i saken som gjaldt klagen til ombudet var underlagt taushetsplikt, og nektet derfor innsyn i dokumentene. Fylkesmannen la bl.a. til grunn at selve den omstendighet at en navngitt person hadde klaget til ombudet var en opplysning om «noens personlige forhold».*

*Ombudsmannen kom til at grunnlaget for klagen til Likestillings- og diskrimineringsombudet neppe kunne anses taushetsbelagt. Opplysningen om at vedkommende hadde klaget til ombudet kunne derfor heller ikke være undergitt taushetsplikt. Fylkesmannen ble bedt om å behandle innsynssaken på nytt. Etter en fornyet vurdering ga fylkesmannen innsyn i dokumentene.*

En søker til en lederstilling i en kommune mente han var blitt diskriminert ved tilsettingen, og klaget til Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO). En

journalist ba om innsyn i enkelte av de dokumentene i saken som gjaldt klagen til LDO.

Kommunen nektet opprinnelig innsyn i samtlige dokumenter under henvisning til offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 § 25. Etter klage fant imidlertid fylkesmannen at bestemmelsen i offentleglova § 25 bare fikk anvendelse på de dokumentene som knyttet seg til selve tilsettingssaken, og at det ene dokumentet, saksfremlegget uten vedlegg, måtte gis ut etter en merofentlighetsvurdering. Dokumentene knyttet til klagen til LDO kunne imidlertid ikke unntas etter denne bestemmelsen, men fylkesmannen kom til at opplysningene i disse dokumentene måtte unntas etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 om taushetsplikt, jf. offentleglova § 13. Journalisten stilte seg i klagen til ombudsmannen undrende til at fylkesmannen henviste til reglene om taushetsplikt siden saken gjaldt tilsetting, og mente at det uansett neppe ville være grunnlag for å unnta dokumentene i sin helhet.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus ble herfra bedt om å gi en nærmere redegjørelse for hvilke opplysninger i dokumentene som var underlagt taushetsplikt. Det ble også spurt om klageren i tilsettingssaken var kjent for den som ba om innsyn, og eventuelt om det ble vurdert å gi innsyn ved å utelate individualiserende kjennetegn. Fylkesmannen ble videre spurt om det ble vurdert å be om en uttalelse fra den som var vernet av taushetsplikten, jf. for så vidt offentleglova § 13 tredje ledd. Endelig ble fylkesmannen spurt om saken kunne anses tilstrekkelig opplyst med hensyn til spørsmålet om behovet for beskyttelse før avgjørelsen ble truffet.

I svaret fremholdt fylkesmannen at de forholdene som lå til grunn for søkerens klage måtte anses som taushetsbelagte opplysninger. Fylkesmannen så at dette standpunktet «trolig k[unne] diskuteres», og imøteså ombudsmannens vurdering. Det ble videre opplyst at fylkesmannen ikke var kjent med om klagerens navn var kjent for den som begjærte innsyn. Samtlige fem søkers navn var imidlertid kjent, og det ville være enkelt å bringe på det rene hvilken søker klagen gjaldt. Det ville derfor ikke være tilstrekkelig å anonymisere dokumentene. Fylkesmannen hadde ikke vurdert å forelegge saken for den som var vernet av taushetsplikten. Det var etter fylkesmannens syn ingen slik plikt etter offentleglova § 13 tredje ledd så lenge den som ba om innsyn ikke hadde bedt om dette. Fylkesmannen mente likevel at det etter omstendighetene kunne være grunn til å gjøre klageren i innynssaken kjent med muligheten, jf. veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11. Problemstillingen ble imidlertid ikke vurdert spesielt i denne saken. Fylkesmannen mente at innsynssaken var tilstrekkelig opplyst på vedtakstidspunktet. I ettertid kunne det imidlertid vurderes om spørsmålet om hemmelighold burde vært lagt frem for den som hadde krav på vern.

Saken var dessuten etter fylkesmannens syn et grensetilfelle for taushetsplikreglene.

Journalisten kom med merknader til fylkesmannens redegjørelse, og påpekte at det var åtte søkere til stillingen, ikke fem som fylkesmannen hadde oppgitt i svaret til ombudsmannen. To av disse navnene var fremdeles ikke kjent, og han tilbakeviste på denne bakgrunn fylkesmannens påstand om at det ville være enkelt å identifisere søkeren som klagen gjaldt.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Saksbehandlingen

Etter offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 § 13 tredje ledd kan forvaltningsorganet ha plikt til å legge frem innsynskravet for den som har krav på hemmelighold. Denne plikten utløses av en anmodning om slik fremleggelse fra den som har krevd innsyn. I denne saken ble de omstridte opplysningene først unntatt som taushetsbelagte i klageomgangen. Journalisten ... var således ikke kjent med at opplysningene ville bli unntatt som taushetsbelagte før endelig vedtak forelå fra klageinstansen. Han fikk derfor heller ingen foranledning eller mulighet til å anmode om at innsynsspørsmålet ble lagt frem for den som hadde krav på vern.

For at bestemmelsen i offentleglova § 13 tredje ledd skal ha noen realitet, må den som har krevd innsyn gjøres kjent med at innsynskravet gjelder opplysninger underlagt taushetsplikt. Det følger dessuten av den alminnelige veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11 at forvaltningsorganet etter omstendighetene kan ha plikt til å informere den som har krevd innsyn om dette. Etter min oppfatning burde Fylkesmannen i Oslo og Akershus i denne saken ha orientert [journalisten] om at kravet gjaldt taushetsbelagte opplysninger før endelig vedtak ble truffet.

#### 2. Taushetspliktspørsmålet

[Journalisten] har ikke hatt innvendinger til at de aktuelle dokumentene kan inneholde taushetsbelagte opplysninger. Han har imidlertid fremholdt at det burde vært mulig å gi innsyn ved å utelate individualiserende kjennetegn. Fylkesmannen har på sin side lagt til grunn at det ikke var mulig å gi innsyn på denne måten uten å røpe taushetsbelagt informasjon. Videre at det heller ikke ville vært mulig å gi innsyn ved å utelate de taushetsbelagte opplysningene.

Jeg forstår fylkesmannens begrunnelse slik at det for avgjørelsen ble lagt til grunn at opplysningen om at vedkommende navngitte person hadde sendt en klage til Likestillings- og diskrimineringsombudet i seg selv er underlagt taushetsplikt. I motsatt fall ville det vært enkelt å utelate/sladde taushetsbelagt informasjon og gi innsyn i de resterende delene av dokumentene, herunder klagerens navn. Det var kjent at vedkommende hadde søkt stillingen, og andre dokumenter i tilsettingssaken ble gjort kjent for [journalis-

ten] gjennom behandlingen av innsynssaken hos fylkesmannen. Det avgjørende for om det skulle vært gitt helt eller delvis innsyn i dokumentene, er derfor om opplysningen om at vedkommende hadde klaget tilsettingssaken inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet var underlagt taushetsplikt.

Likestillings- og diskrimineringsombudet er ikke bundet av egne regler om taushetsplikt, men er underlagt de alminnelige reglene i forvaltningsloven 10. februar 1967 §§ 13 følgende. Den relevante bestemmelsen om taushetsplikt i denne saken er forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 om opplysninger som gjelder «noens personlige forhold». Dersom det foreligger taushetsplikt, skal de aktuelle opplysningene unntas fra offentlighet etter offentleglova § 13.

Bestemmelsen selv gir ikke nærmere anvisning på hvilke typer opplysninger som må anses som «noens personlige forhold». I forvaltningsloven § 13 annet ledd er det imidlertid listet opp en del opplysninger som ikke skal regnes som noens personlige forhold, bl.a. personnummer, statsborgerforhold, yrke, bopel og arbeidssted. Unntaket for disse nøytrale opplysningene er imidlertid ikke absolutt, da slike opplysninger kan røpe andre forhold som må anses som taushetsbelagte, for eksempel et klientforhold.

I vurderingen av om det er tale om personlige opplysninger undergitt taushetsplikt, er det i bestemmelsens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976-77) side 13, uttalt at det bør vektlegges om opplysningene kan «bidra til å utlevere eller skade vedkommende person i allmennhetens øyne». Videre at den situasjonen opplysningene er fremkommet i, kan tilsi at de beskyttes. Som eksempel er nevnt opplysninger som er gitt under omstendigheter som minner om et betroelsesforhold.

Som eksempel nevner jeg at man normalt vil anse opplysninger om at en navngitt person har henvendt seg til Nav med en søknad om sosial stønad som taushetsbelagt. Denne opplysningen vil i seg selv kunne avsløre tilkynningsforholdet til Nav, og kan være egnet til å skade eller utlevere vedkommende i allmennhetens øyne. Dette innebærer imidlertid ikke at enhver opplysning om at en navngitt person har henvendt seg til Nav vil være omfattet av taushetsplikten. Et annet eksempel er en uttalelse herfra med referanse Somb-1998-33. Jeg la i den saken til grunn at en opplysning om at en navngitt person hadde bedt om innsyn i dokumenter om seg selv hos Overvåkingspolitiet i utgangspunktet måtte anses taushetsbelagt. Det ble særlig lagt vekt på at en slik opplysning lett ville kunne si noe om vedkommendes tidligere politiske holdninger, og slik sett være egnet til å bidra til å utlevere eller skade vedkommende i allmennhetens øyne.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har til oppgave å føre tilsyn med og medvirke til at bestemmelsene som er listet i diskrimineringsombudsloven 10. juni 2005 nr. 40 § 1 annet ledd overholdes, og kan

i denne egenskap behandle klager over brudd på disse bestemmelsene. Ombudet skal dessuten være en pådriver for reell likestilling på alle samfunnsområder og for likebehandling på arbeidslivets område, jf. diskrimineringsombudsloven § 3.

Brudd på lovgivningens bestemmelser om forbud mot diskriminering og forskjellsbehandling kan ta mange ulike former. Noen tilfeller av diskriminering vil oppfattes som mer krenkende og belastende enn andre. Det vil bero på en konkret vurdering i hvilken grad den påståtte diskrimineringen i seg selv er taushetsbelagt. Dessuten vil det variere om en slik opplysning ellers vil kunne røpe forhold som må anses undergitt taushetsplikt.

En opplysning om at en navngitt person har klaget til Likestillings- og diskrimineringsombudet vil neppe i seg selv kunne røpe opplysninger om for eksempel klagerens helse, seksuelle legning, arbeidsforhold, økonomiske situasjon eller andre personlige forhold. Et tilknytningsforhold til ombudet vil etter mitt syn heller ikke i seg selv være egnet til å bidra til å utlevere eller skade vedkommende person i allmennhetens øyne. Jeg nevner i denne sammenheng at forhandlingene i ombudets klageinstans, Likestillings- og diskrimineringsnemnda, i utgangspunktet er offentlige med mindre bestemmelser om taushetsplikt er til hinder for det, jf. diskrimineringsombudsforskriften 16. desember 2005 nr. 1524 § 19 første ledd. Om, og i hvilken grad, en opplysning om at en navngitt person har klaget til Likestillings- og diskrimineringsombudet er underlagt taushetsplikt, vil derfor måtte bero på en konkret vurdering, der særlig klagegrunnet og bakgrunnen for henvendelsen til ombudet vil være relevante momenter.

I denne saken gjaldt klagen til Likestillings- og diskrimineringsombudet en påstand om brudd på likestillingsloven 9. juni 1978 nr. 45 § 3. Klageren mente at han var forbigått til en stilling på grunn av en planlagt pappapermisjon. Påstanden omfattet både direkte og indirekte diskriminering, ettersom klageren hadde oppgitt å skulle ta foreldrepermisjon utover den permisjon som er forbeholdt far.

Det at man som far har planlagt å gå ut i foreldrepermisjon må klart nok anses som en opplysning som angår vedkommendes familie- og privatliv. Opplysningen røper bl.a. at vedkommende er far og at en oppfyller vilkårene for å ha rett til slik permisjon. Jeg er imidlertid av den oppfatning at dette er opplysninger som neppe er så følsomme at de kan anses som taushetsbelagte i seg selv. Utover dette vil en opplysning om planlagt foreldrepermisjon røpe lite eller ingenting om ens personlige forhold. Det er dessuten i dag helt alminnelig, og i manges øyne også ønskelig, at fedre både tar ut den delen av foreldrepermisjonen som er forbeholdt far og permisjon utover denne forbeholdte retten. Jeg kan derfor vanskelig se at uttak av foreldre-

permisjon skulle kunne være egnet til å utlevere eller skade vedkommende i allmennhetens øyne. At en arbeidstaker har såkalt pappapermisjon er dessuten en opplysning som er lett tilgjengelig, ikke minst blant kolleger på arbeidsplassen og personer i familien og vennekretsen. Det er derfor ikke gitt at det for slike opplysninger foreligger behov for hemmelighet.

Det kan ikke utelukkes at særskilte forhold knyttet til uttak av foreldrepermisjon og den nærmere gjennomføringen og fordelingen av permisjonstiden mellom mor og far vil kunne føre til at opplysninger om planlagt uttak av permisjon er omfattet av taushetsplikten. Slik saken er opplyst, er det imidlertid lite trolig at det foreligger slike særskilte omstendigheter i denne saken.

I og med at grunnlaget for klagen til Likestillings- og diskrimineringsombudet neppe kan anses taushetsbelagt, kan heller ikke opplysningen om at vedkommende hadde klaget til ombudet være undergitt taushetsplikt.

Når det gjelder de øvrige opplysningene i de omstridte dokumentene, er flere av disse gjort kjent for [journalisten] gjennom offentliggjøringen av saksfremlegget i tilsettingssaken og kan derfor neppe unntas. De opplysningene som gjelder klagerens økonomiske situasjon må imidlertid i utgangspunktet anses å være undergitt taushetsplikt.

Samlet sett er det etter dette begrunnet tvil knyttet til forhold av betydning i saken, og jeg må be om at Fylkesmannen i Oslo og Akershus behandler spørsmålet om innsyn på nytt. Fylkesmannen bes i den fornyede vurderingen ta hensyn til mitt syn på både realiteten i saken og saksbehandlingen.

Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av fylkesmannens fornyede behandling.»

Fylkesmannen behandlet saken på nytt og sluttet seg til ombudsmannens syn på taushetspliktsspørsmålet. Det ble på den bakgrunn gitt innsyn i de omstridte dokumentene.

## 28.

### Møteoffentlighet og protokollering – kommunelovens møtebegrep

(Sak 2008/1667)

*Sandefjord kommune inngikk avtale med en privatperson (A) og staten om salg av eiendom. Mens forhandlingene ennå pågikk, orienterte ordføreren formannskapet om saken. Orienteringene ble gitt for lukkede dører. Det ble imidlertid ikke fattet noe formelt lukkingsvedtak, og saken var heller ikke nevnt i saklisten eller møteboken. Kommunen mente at saken ikke var omfattet av møtebokføringsplikten, og at den dessuten var underlagt taushetsplikt av hensyn til A mens forhandlingene pågikk.*

*Ombudsmannen kom til at ordførerens orienteringer til formannskapet måtte anses som ledd i saksbehandlingsprosessen som førte til den endelige avtalen mellom kommunen, A og staten. Saksbehandlingsreglene for folkevalgte kommunale organer kom derfor til anvendelse. Formannskapet skulle uttrykkelig tatt stilling til om orienteringen skulle skje for lukkede dører. Saken skulle også vært protokollert i henhold til «god protokollskikk».*

Sandefjord kommune offentliggjorde i 2007 at det var inngått en avtale mellom kommunen, en privatperson (A) og staten v/Miljøverndepartementet. Avtalen innebar at A overdro en eiendom til staten, og at kjøpesummen i sin helhet ble overført til Sandefjord kommune. Forutsetningen var at kommunen skulle bruke pengene til friluftsmål.

Etter offentliggjøringen ble det kjent at forhandlingene om avtalen hadde pågått i nesten et år. Det kom også frem at ordføreren ved flere anledninger hadde orientert formannskapet om de pågående forhandlingene. Disse orienteringene hadde blitt gitt i den lukkede delen av formannskapsmøtene. Det var imidlertid ikke blitt fattet uttrykkelige vedtak om å lukke møtene under behandlingen av den konkrete saken, og saken var heller ikke referert i sakslistene eller møteprotokollene.

På bakgrunn av en klage fra Presseforbundet ble det besluttet å undersøke saken nærmere herfra. Kommunen ble bedt om å gjøre nærmere rede for det rettslige grunnlaget for å unnta saken fra offentlighet mens forhandlingene pågikk, herunder hvilken betydning det var tillagt at A hadde bedt om konfidensialitet. Videre ble det bedt om kommunens syn på hvorvidt ordførerens orienteringer til formannskapet var omfattet av møtebokføringsplikten etter kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 30 nr. 3, og hvilken hjemmel som eventuelt lå til grunn for beslutningen om å lukke formannskapsmøtene under disse orienteringene.

I sitt svar hit gjorde kommunen gjeldende at ordførerens orienteringer måtte anses som «fortrolige og uformelle samtaler i formannskapet», og at disse ikke var omfattet av møtebokføringsplikten etter kommuneloven § 30 nr. 3. Etter kommunens syn tilsa heller ikke hensynene bak møtebokføringsplikten nedtegnning. Videre mente kommunen at opplysningene om forhandlingene var underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 13 nr. 2. Det ble vist til at A drev næringsvirksomhet, og at opplysninger om at han var i ferd med å selge en eiendom med høy verdi kunne føre til spekulasjoner om dårlig økonomi mv. Kommunen erkjente at As ønske om konfidensialitet ikke i seg selv kunne tillegges avgjørende betydning, men opplyste at dette likevel hadde vært et sentralt moment ved vurdering av spørsmålet

om taushetsplikt. Det ble dessuten vist til at det på tidspunktet for forhandlingene fant sted en «rettslig prosess» mellom A og kommunen, med Miljøverndepartementet som hjelpeintervenient, og at det av «advokatetiske grunner» derfor måtte anses utelukket å opplyse offentligheten om saken.

Kommunen opplyste videre at formannskapet hadde blitt orientert om de pågående forhandlingene med A og staten i to eller tre formannskapsmøter. Orienteringene hadde alltid blitt gitt for lukkede dører, men uten at det var fattet noe formelt lukkingsvedtak for den konkrete saken. Kommunen hadde som praksis at alle saker som skulle behandles for lukkede dører, ble behandlet til slutt i kommunestyre- og formannskapsmøter. Interne beskjeder, orienteringer om praktiske forhold mv. ble normalt gitt etter denne lukkede delen av møtet. Dette hadde også vært tilfellet for ordførerens orienteringer om forhandlingene med A. Ettersom pressen og andre tilhørere da allerede hadde forlatt møtet, anså kommunen det unødvendig å fatte nytt lukkingsvedtak for disse sakene.

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

«Det sentrale spørsmålet i saken er om ordførerens orientering til formannskapet var av en slik karakter at saksbehandlingsreglene for folkevalgte organer i kommuneloven kap. 6 kom til anvendelse.

Ordførerens orientering til formannskapet om at A kontaktet kommunen i den hensikt å forsøke å inngå en avtale om salg av sin eiendom, og senere utviklingen av forhandlingene om innholdet i avtalen, ble ikke ført opp på sakslisten og heller ikke protokollert. Orienteringen ble gitt på slutten av formannskapsmøtet etter at presse og tilhørere var gått, og det ble ikke truffet vedtak om lukking av møtet. Kommunen synes å være av den oppfatning at orienteringen skjedde i en del av møtet hvor reglene om møteoffentlighet ikke kommer til anvendelse.

Kommuneloven kapittel 6 inneholder saksbehandlingsreglene for folkevalgte organer. Paragraf 30 slår fast det generelle prinsippet om at folkevalgte organer treffer sine vedtak i møter. Møtene skal etter kommuneloven § 31 nr. 1 som hovedregel holdes for åpne dører, og det skal føres møtebok over forhandlingene. Dessuten skal det settes opp en saksliste som skal være tilgjengelig for allmennheten, jf. kommuneloven § 32 nr. 2 og nr. 3.

De omtalte reglene for saksbehandlingen i folkevalgte organer skal tjene flere hensyn. Dels skal reglene sikre allmennheten adgang og mulighet til å øve innflytelse over de kommunale beslutninger som treffes, og dels skal reglene tjene kontrollhensyn. Spørsmålet om hva som må karakteriseres som et møte i lovens forstand, må bestemmes ut fra hensikten med møtet og i lys av formålet med lovens be-



stemmelse om åpne dører. En sammenkomst i et folkevalgt organ vil være et møte i lovens forstand når det er fastsatt på forhånd at medlemmene av organet skal tre sammen som folkevalgt organ for å forhandle, drøfte, treffe vedtak eller på annen måte behandle saker og spørsmål som det etter lov eller forskrift har som oppgave å behandle. Tilsvarende vil det etter kommuneloven § 30 foreligge plikt til å behandle slike saker i møter. Rent sosiale samvær eller andre uformelle sammenkomster med andre formål enn å gjennomføre saksbehandling, f.eks. selskapelige eller opplæringsmessige formål, vil ikke kunne karakteriseres som møter i forhold til §§ 30 og 31.

Orienteringen til ordføreren inneholdt opplysninger om at A hadde tatt kontakt med ordføreren med det formål å få til en avtale om mulig salg av hele eller deler av sin eiendom til kommunen, og ytterligere informasjon knyttet til utviklingen av saken. Foreløpige drøftelser og signaler/retningslinjer for den videre behandling av aktuelle saker er en del av saksbehandlingsprosessen som omfattes av saksbehandlingsreglene i kommuneloven kapittel 6. I denne saken dreide det seg om en orientering fra ordføreren til formannskapet i en tidlig fase av forhandlingene knyttet til en sak av betydning for kommunen, og hvor det var formannskapet som i tilfelle skulle inngå avtalen med A. Kommunen har dessuten opplyst at ordføreren «følte at han måtte orientere formannskapet». Jeg kan vanskelig se det annerledes enn at informasjonen fra ordføreren om status og videre utvikling i saken må betraktes som en del av saksbehandlingen, og som ledd i formannskapets behandling som endte i en endelig avtale mellom kommunen, staten og A. Det kan således ikke være avgjørende at det ikke ble truffet vedtak og at saken ikke var gjenstand for forhandlinger, slik kommunen har fremholdt. Det kan heller ikke være avgjørende at informasjonen ble gitt på et tidspunkt av formannskapsmøtet der det ellers gis opplysninger av mer praktisk art.

Informasjonen må derfor anses å være gitt i møte. Saksbehandlingsreglene i kommuneloven kapittel 6 kom til anvendelse, og saken skulle vært behandlet i formannskapet i tråd med disse reglene.

Siden kommunen ikke traff vedtak om å lukke dørene, ble spørsmålet heller ikke drøftet i formannskapet. Jeg finner det da ikke riktig å ta stilling til om orienteringen skulle vært gitt i åpent eller lukket møte. Kommunens fremgangsmåte er uansett problematisk. Orienteringssaken ble ikke ført opp på sakskartet, og informasjonen ble gitt på et tidspunkt da pressen og andre tilhørere hadde forlatt møtet. Orienteringen ble heller ikke protokollert. Resultatet var at allmennheten ikke bare ble holdt utenfor forhandlin-

gene i møtet, men også ble holdt uvitende om at saken i det hele tatt eksisterte. Sett hen til at det tydeligvis var viktig for kommunen ikke å «avsløre» at den var i forhandlinger med A, kan det virke som om den helt bevisst har latt være å la saken fremkomme på noen som helst måte. Dette kan ikke aksepteres. Kommunen kan ikke holde allmennheten unna ved å unnlate å følge saksbehandlingsreglene i kommuneloven.

Riktig fremgangsmåte ville etter mitt skjønn vært å la formannskapet ta uttrykkelig stilling til spørsmålet om lukking, og dessuten å protokollere i henhold til «god protokollskikk». Kommunen har vært inne på at det ikke kan være nødvendig å treffe særskilt vedtak om lukking av dørene dersom det ikke er noen å lukke dørene for. Slik denne saken fremstår, er det ikke nødvendig for meg å gå inn på denne problemstillingen generelt. Jeg nevner likevel at reglene om møteoffentlighet, og de hensyn som ligger bak, må ses i sammenheng med reglene om sakskart og protokollering. Dels skal borgerne gis mulighet til å ta stilling til om det er saker av interesse som skal behandles av et folkevalgt organ, og dels skal borgerne i ettertid kunne se hvilke saker som har vært behandlet av vedkommende organ. Dette taler for at også der det ikke er tilhørere til stede på møtet, må organet være seg bevisst de hensynene som ligger bak hovedregelen om møteoffentlighet og sammenhengen mellom de ulike saksbehandlingsreglene i kommuneloven kapittel 6. Selv om kommunen skulle være av den oppfatning at en sak er så sensitiv at den under ingen omstendighet må bli kjent, må saksbehandlingsreglene for folkevalgte organer følges for behandlingen av saken. Kommuneloven åpner for at slike saker kan behandles med den nødvendige grad av fortrolighet, men forutsetningen er at den formelle fremgangsmåten for å gjøre dette (ved å unnta saken fra innsyn, lukking av dørene), blir fulgt. Kommunen synes ikke å ha fulgt, eller vært seg bevisst disse reglene og hensynene bak dem.

#### *Oppsummering*

Ordførerens orientering til formannskapet var ledd i saksbehandlingsprosessen som førte frem til en endelig avtale inngått mellom kommunen, staten og A. Saksbehandlingsreglene for folkevalgte organer kom da til anvendelse. Kommunens fremgangsmåte medførte at saken ikke kom frem på noen som helst måte, og dette kan ikke aksepteres.

Jeg ber kommunen merke seg mine synspunkter om behandlingen av denne saken, og innrette sin praksis i tråd med dette.»

## 29.

**Sak om møteoffentlighet – tilsetting av rådmann**

(Sak 2009/543)

*Dørene ble lukket under Farsund kommunestyres behandling av spørsmålet om tilsetting av ny rådmann. Saken omhandlet ikke bare spørsmålet om fungerende rådmann skulle tilsettes permanent, men også om rådmannsstillingen skulle lyses ut og om et forslag til endringer i organisasjonen skulle vedtas.*

*Ombudsmannen kom til at det ikke var adgang til å lukke dørene under hele behandlingen av saken i kommunestyret. Det ble heller ikke votert over spørsmålet om dørene skulle lukkes eller truffet en beslutning om dette, slik loven krever.*

I et møte i Farsund kommunestyre ble det vedtatt å tilsette ny rådmann. Tilsettingen skjedde uten forutgående utlysning. Spørsmålet om tilsettingen av ny rådmann, herunder spørsmålet om stillingen skulle lyses ut eller ikke, ble behandlet av kommunestyret bak lukkede dører under henvisning til at det dreide seg om en personalsak og at det dermed fulgte av kommuneloven at dørene måtte lukkes.

Farsunds avis klaget til ombudsmannen over at dørene ble lukket under behandlingen av saken i kommunestyret. Det ble vist til at spørsmålet om rådmannsstillingen skulle lyses ut eller ikke var et generelt spørsmål som ikke kunne karakteriseres som en personalsak. Avisen pekte også på at det ikke var opplyst i innkallingen at det var tale om en personalsak, at det ikke ble votert over spørsmålet om lukking av dørene og at møtet etter vedtaket var truffet ikke ble åpnet for kunngjøring og protokollering.

Etter at dokumentene i saken var innhentet fra Farsund kommune, ble det besluttet å undersøke saken nærmere. Kommunen ble bedt om å redegjøre for hvilke konkrete spørsmål som ble diskutert under kommunestyrets behandling av saken, og det ble bedt om en nærmere begrunnelse for beslutningen om å lukke dørene. Kommunen ble bedt om å oppgi hvilken hjemmel kommunestyret hadde for å lukke dørene under behandlingen av spørsmålet om utlysning av rådmannsstillingen, og det ble spurt om kommunestyret vurderte å behandle spørsmålet om utlysning og selve tilsettingen i to ulike saker. Det ble videre bedt om en begrunnelse for hvorfor det ikke fremgikk av møteinnkallingen at spørsmålet om ekstern utlysning ville bli diskutert, og spurt om det ble votert over forslaget om å lukke dørene under kommunestyrets behandling av saken.

I svaret presiserte Farsund kommune at administrasjonsutvalgets forslag som ble lagt frem for kommunestyret kun omhandlet tilsetting og forslaget til organisasjonsendringer, ikke spørsmålet om ekstern utlysning. Spørsmålet om utlysning av stillingen ble imidlertid debattert i møtet, og var også drøftet i saks-

fremstillingen. Det var tilsettingen og utlysingsspørsmålet som var møtets sentrale temaer, herunder rådmannens kvalifikasjoner og egnethet. Kommunen mente at saken måtte defineres som en personalsak, og at møtet derfor kunne lukkes i medhold av kommuneloven § 31 nr. 3. Det ble i denne sammenheng vist til Overå/Bernt, Kommuneloven med kommentarer, (2006), og lagt vekt på at «personalsaker erfaringsmessig vil medføre debatt om en persons personlige egenskaper og bakgrunn» og «organets behov for å få frem i full bredde de vurderingene som lå bak de innstillende organers anbefaling». Det ble ikke vurdert å behandle tilsettingen og spørsmålet om utlysning i to ulike saker. Debatten i kommunestyret var blandet og sammensatt, og det ble i praksis «uhåndterlig i forhold til å vurdere om man burde hatt en kombinasjon av åpne og lukkede dører i samme sak».

Kommunen mente videre at kravene til møteinnkalling i kommuneloven var oppfylt ved at det var sendt ut saksfremstilling og forslag til vedtak. Det ble ikke votert over spørsmålet om å lukke dørene, men ordføreren hadde gjort oppmerksom på bestemmelsen i kommuneloven § 31 nr. 3 og det inngikk ingen innsigelser fra representantene mot at møtet ble lukket, verken da eller i etterkant av møtet.

**Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Folkevalgte organer treffer sine vedtak i møter, jf. kommuneloven 25. september 1992 nr. 107 § 30 nr. 1, og det følger av § 31 nr. 1 at slike møter som hovedregel skal være åpne for publikum. Det såkalte møteoffentlighetsprinsippet er utslag av et grunnleggende demokratisk prinsipp, og skal bidra til å sikre innbyggerne mulighet til å øve innflytelse på de politiske beslutningsprosesser. I tillegg vil prinsippet om åpne møter gi allmennheten en mulighet til å føre kontroll med de vedtak som treffes, og derigjennom bidra til å styrke tilliten til de politiske beslutninger som tas.

Det kreves særskilt hjemmel, særskilt avgjørelse og særskilt begrunnelse for å gjøre unntak fra hovedregelen om møteoffentlighet.

Da Farsund kommunestyre behandlet spørsmålet om tilsetting av ny rådmann ble møtet lukket. Farsunds avis har fremholdt at det neppe var adgang til å lukke dørene under hele behandlingen, mens kommunen har lagt til grunn at det var tale om en personalsak der det er plikt til å lukke dørene. Videre har kommunen vist til at debatten var sammensatt, og at det av denne grunn var vanskelig å åpne dørene for publikum under deler av møtet.

Det første spørsmålet er om den saken som ble behandlet var en «personalsak», slik at kommunen hadde hjemmel i kommuneloven § 31 nr. 3 siste punktum for å lukke møtet. I forarbeidene til bestem-

melsen er saker om ansettelse, oppsigelse og permisjon nevnt som eksempler på «personalsaker», jf. Ot.prp. nr. 42 (1991-92) side 283. Enhver slik sak vil imidlertid ikke være en «personalsak» i lovens forstand. Bestemmelsen tar i første rekke sikte på saker som direkte gjelder en eller flere personers tilsetningsforhold eller tjenestemessige forhold ellers. Mer generelle saker om for eksempel omorganisering i en etat i kommunen eller spørsmål om nedbemanning kan i utgangspunktet ikke karakteriseres som «personalsaker», se for eksempel ombudsmannens uttalelse gjengitt i årsmeldingen for 2006 side 70 (Somb-2006-9). På den annen side vil også slike saker etter omstendighetene kunne behandles helt eller delvis bak lukkede dører dersom saken berører enkeltpersoners forhold på en slik måte at det er hjemmel for å lukke dørene ut fra de andre hensynene som er nevnt i kommuneloven § 31 nr. 3.

Dersom en sak anses som en personalsak i lovens forstand, er det ikke rom for en individuell og konkret vurdering av om dørene skal lukkes. I slike tilfeller foreligger det en plikt til å behandle saken for lukkede dører. Hensynet bak hovedregelen om møteoffentlighet tilsier imidlertid at begrepet «personalsak» må tolkes relativt snevert, jf. også Bernt/Overå/Hove, Kommunalrett (4. utg. 2002), s. 281. Videre vil det ikke være adgang til å lukke et møte i større utstrekning enn det er rettslig grunnlag for. Dette innebærer at det bare vil være adgang til å lukke dørene ved behandlingen av de sider av saken som berører tjenestemannens forhold på en slik måte at det er tale om en personalsak. I enkelte tilfeller vil det folkevalgte organet derfor måtte foreta en oppdeling av en sak, slik at de delene av saken som anses som personalsak behandles for lukkede dører, mens andre, mer generelle sider av saken må behandles med publikum til stede.

I denne saken skulle Farsund kommunestyre behandle «[a]nsettelse av ny rådmann i Farsund kommune». Det er ikke tvilsomt at tilsettingssaker som klar hovedregel er personalsaker i lovens forstand, og kommunen hadde derfor hjemmel i kommuneloven § 31 nr. 3 siste punktum for å lukke dørene under kommunestyrets behandling av om A skulle tilsettes som ny rådmann. Av ordførerens saksfremstilling fremgikk det imidlertid at det var flere spørsmål som måtte diskuteres før kommunestyret tok stilling til selve tilsettingsspørsmålet. For det første ble det fremmet et konkret forslag til endringer i organisasjonen, og for det andre skulle kommunestyret ta stilling til om rådmannsstillingen skulle lyses ut. Kommunestyret behandlet alle disse tre spørsmålene samlet for lukkede dører.

Jeg finner det klart at verken spørsmålet om organisasjonsendringer eller spørsmålet om hvorvidt råd-

mannsstillingen skulle lyses ut kunne anses som personalsaker etter kommuneloven § 31 nr. 3 siste punktum. Denne bestemmelsen ga derfor etter mitt syn ikke hjemmel for å diskutere disse delene av saken for lukkede dører. Ut fra det som er opplyst om innholdet i debatten kan jeg heller ikke se at disse delene av saken berørte enkeltpersoners tjenestemessige forhold på en slik måte at personvern hensyn for øvrig tilsa lukkede dører, jf. § 31 nr. 3 første punktum.

Kommunen synes å være enig i at flere av de spørsmålene som ble behandlet av kommunestyret under denne saken ikke kunne karakteriseres som «personalsak». Det er imidlertid fremholdt at det var behov for en åpen debatt for lukkede dører for å få frem flest mulige synspunkter, og at debatten var så sammensatt at det ikke ville være praktisk å dele behandlingen slik at noen sider av saken ble behandlet for lukkede dører og andre spørsmål med publikum til stede.

En lojal oppfølging av møteoffentlighetsprinsippet tilsier at et folkevalgt organ må tilstrebe seg på å dele opp en sammensatt sak slik at spørsmål som det ikke er grunn til å skjerme fra offentligheten blir diskutert åpent. Dette gjelder selv om en slik oppdeling vil kunne være praktisk vanskelig å gjennomføre, se Bernt/Overå/Hove, Kommunalrett (4. utgave 2002), s. 287. Det er vedkommende folkevalgte organs oppgave, med bistand fra administrasjonen, å planlegge et møte slik at reglene om møteoffentlighet ivaretas. Spørsmål om en rådmannsstilling skal lyses ut eller ikke er dertil et spørsmål av så stor prinsipiell betydning at det burde vært full åpenhet om de synspunkter og posisjoner som de ulike representantene fremla under behandlingen av saken. Jeg kan heller ikke se at det var en slik nødvendig sammenheng mellom de tre spørsmålene som ble diskutert at det skulle være for store praktiske vanskeligheter med å dele opp behandlingen av saken, særlig sett hen til hensynene som taler for møteoffentlighet. Etter mitt syn, og slik saken er opplyst her, var det derfor neppe adgang til å lukke dørene under hele behandlingen av den aktuelle saken i kommunestyret.

Det ble verken votert over spørsmålet om å lukke dørene eller truffet beslutning om dette, slik loven krever, jf. for så vidt den nye bestemmelsen i kommuneloven § 30 nr 4. Selv om ordføreren forsto forsamlingen slik at det var enighet om å lukke dørene, ville en korrekt saksbehandling av spørsmålet om å lukke dørene ha kunnet bidra til å bevisstgjøre den enkelte representant, og dermed sikret at beslutningen om å lukke dørene bygget på et forsvarlig grunnlag.

Jeg ber Farsund kommune ta hensyn til mine synspunkter for fremtiden.»

## Offentlige tilsettingsforhold

---

### 30.

#### Utlysning av stillinger i forbindelse med omorganisering

(Sak 2007/1957)

*Fylkeskommunen besluttet å dele en tidligere avdeling i to. Da den tidligere avdelingslederen sa opp sin stilling, ble det opprettet en lederstilling for hver av de to nye avdelingene, men uten at avdelingene ble tilført ekstra personellressurser. De to lederstillingene ble lyst ut internt blant de ansatte på de to aktuelle avdelingene. Fagforeningene mente at stillingene skulle vært utlyst internt i hele fylkeskommunen.*

*Ombudsmannen vurderte om tildelingen av avdelingslederoppdrag var funksjonstildelinger som fylkeskommunen kunne gjøre i kraft av styringsretten, eller om det dreide seg om nye stillinger som krevde en bredere utlysning for å oppfylle kvalifikasjonsprinsippet. Etter en samlet vurdering fant ombudsmannen det mest nærliggende å se på tildelingen av avdelingslederoppdrag som opprettelse av nye stillinger. De nye avdelingslederstillingene skulle derfor vært lyst ut på bredere basis, og fylkeskommunen ble kritisert for å ha begrenset utlysningen til de ansatte på de to aktuelle avdelingene.*

I en omorganiseringsprosess i sentraladministrasjonen i X fylkeskommune ble den tidligere informasjonsavdelingen delt i en informasjonsavdeling og en serviceavdeling. Da den tidligere informasjonssjefen sa opp sin stilling, besluttet fylkeskommunen at hennes oppgaver skulle utføres av to avdelingsledere, en i hver av de to nye avdelingene. Avdelingslederstillingene ble lyst ut internt blant de ansatte i henholdsvis informasjons- og serviceavdelingen. Fagforeningene protesterte mot at utlysningen ble begrenset på denne måten, og mente at stillingene skulle vært utlyst internt i hele fylkeskommunen.

Fylkeskommunen ble bedt om å redegjøre for hvorfor de to stillingene ikke ble lyst ut eksternt, og hvordan hensynet til overtallighet var trukket inn i denne vurderingen. Videre ble det spurt om fylkeskommunen mente at kvalifikasjonsprinsippet var oppfylt ved at det fantes «godt kvalifiserte» arbeidstakere på informasjonsavdelingen slik fylkeskommunen opplyste til ombudsmannen. Det ble også stilt spørsmål til fylkeskommunens bruk av overtallighetsbegrepet.

I svaret viste fylkeskommunen til at stillingshjemmelen og den særskilte bevilgningen fra fylkestinget falt bort da den tidligere informasjonssjefen sluttet. Fylkesrådmannen hadde besluttet å etablere to nye avdelinger innenfor rammen av eksisterende

bevilgning for sentraladministrasjonen. Av budsjettmessige grunner var det ikke aktuelt å etablere nye stillingshjemler som følge av omorganiseringen. Da det ikke var ledige stillinger i den tidligere informasjonsavdelingen, ville tilsetting av eksterne kandidater ha ført til overtallighet. Fylkeskommunen vurderer det slik at det fantes godt kvalifiserte kandidater for de to nye lederfunksjonene blant arbeidstakerne i informasjonsavdelingen, og at det ikke ville vært aktuelt å foreta tilsetting dersom det ikke fantes kvalifiserte kandidater. Det ble opplyst at fylkeskommunen alltid tilsatte den best kvalifiserte ut fra stillingens krav og kretsen den ble utlyst i. Fylkeskommunen vedla en oversikt over stillingene i den tidligere informasjonsavdelingen, samt stillingsbeskrivelser for de to nye lederstillingene.

Arbeidstakerorganisasjonene tilbakeviste at informasjonssjefstillingen var blitt inndratt, da den nåværende lederen utførte de samme oppgavene.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«En arbeidsgiver har i kraft av styringsretten adgang til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere. Styringsretten er imidlertid grunnleggende begrenset ved at arbeidsgiveren ikke rettsgyldig kan treffe beslutninger eller gi påbud i strid med lov eller de forpliktelse som følger av tariffavtaler eller den individuelle arbeidsavtalen. Styringsretten betegnes derfor som en restkompetanse.

Retten til å organisere virksomheten ligger i kjerneområdet for styringsretten, og en virksomhet kan i utgangspunktet ordne sin administrasjon som den selv ønsker. Fylkeskommunen kunne derfor i kraft av styringsretten bestemme at det ikke lenger skulle være en overordnet informasjonssjefstilling.

Det er også på det rene at fylkeskommunen i kraft av styringsretten hadde materiell adgang til å treffe beslutning om at det skulle opprettes en lederstilling på hver av de to nye avdelingene. Saksbehandlingen i forkant av denne beslutningen, herunder involvering og informasjon til de ansatte og deres organisasjoner, har ikke vært gjenstand for nærmere undersøkelser fra ombudsmannens side.

Undersøkelsene herfra har begrenset seg til fremgangsmåten i forbindelse med tilsetting av de to nye avdelingslederne. Nærmere bestemt om fylkeskommunen hadde adgang til å begrense utlysningen av stillingene til de ansatte på de to aktuelle avdelingene, eller om stillingene skulle vært lyst ut eksternt, eventuelt internt i hele fylkeskommunen.

Det er ikke gitt noen generell lovbestemmelse om utlysning av ledige stillinger innen kommunal og fylkeskommunal sektor, men det må i dag anses som en klar ulovfestet hovedregel at ledige stillinger i kommunal sektor skal utlyses eksternt. Jeg viser i denne

sammenheng til Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (4.utg. 2006) s. 187 flg., Engelsrud, Styring og vern (3. utg. 2006) s. 71 flg., samt min uttalelse gjengitt i årsmeldingen for 2005 på s. 120 (Somb-2005-20).

Hovedregelen om ekstern utlysning av offentlige stillinger bygger på det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Det innebærer at forvaltningen skal tilsette den best kvalifiserte søkeren til en stilling. Det følger av dette prinsippet at stillingen må kunngjøres på en slik måte at det blir allment kjent at stillingen er ledig, slik at mulige og aktuelle kandidater får en oppfordring til å søke eller melde sin interesse. Likhetsprinsippet tilsier også at alle potensielt kvalifiserte kandidater gis lik mulighet til å søke en stilling i det offentlige.

Kvalifikasjonsprinsippet begrenser styringsretten i den forstand at fylkeskommunen ikke står helt fritt til å avgjøre hvem som skal tilsettes og hvordan utlysingen skal skje. Kravet om å lyse ut ledige stillinger kommer imidlertid bare til anvendelse ved tilsetting i nye eller ledige stillinger. Spørsmålet i denne saken er om de to lederstillingene i informasjons- og serviceavdelingen var nye, eventuelt ledige, stillinger som krevde ekstern utlysning, eller om det dreide seg om funksjonstildelinger som fylkeskommunen kunne gjøre i kraft av styringsretten.

For å avgjøre om det var tale om nye stillinger, må det være riktig å ta utgangspunkt i utlysningsteksten og stillingsbeskrivelsen for de to avdelingslederstillinger. Deretter må innholdet i avdelingslederstillinger sammenlignes med innholdet i de saksbehandlerstillingene som senere ble omgjort til avdelingslederstillinger. Dersom det er tale om vesentlige endringer i stillingenes innhold, vil det reelt sett være tale om nye stillinger.

Arbeidsoppgavene som før omorganiseringen lå til den ene informasjonssjefsstillingen, ble etter omorganiseringen fordelt til to andre ansatte. Dette innebærer at disse to i alle fall for en vesentlig del fikk nye arbeidsoppgaver. Både stillingsbeskrivelsene og utlysningsteksten for avdelingslederstillingene viser at lederoppgaver, i alle fall delvis, kom i tillegg til de tidligere oppgavene for de to ansatte. Videre går det frem av saksdokumentene at de to tidligere stillingene ble omgjort til lederstillinger, og at de tilsattes lønn ble endret. Fylkeskommunens fremgangsmåte, ved at lederstillingene ble lyst ut internt i avdelingen, og at det ble foretatt intervjuer og skrevet en formell innstilling, indikerer at også fylkeskommunen vurderte at det var tale om nye stillinger.

Etter en samlet vurdering finner jeg det mest nærliggende å se på tildelingen av avdelingslederoppgaver som opprettelse av nye stillinger, og ikke bare en tildeling av funksjoner. Jeg er derfor kommet til at fylkeskommunen ikke i kraft av styringsretten kunne tildele lederoppgavene til bestemte personer innenfor

en snever krets av ansatte. De nye avdelingslederstillingene skulle vært lyst ut på bredere basis.

Som jeg har redegjort for ovenfor, er det klare rettslige utgangspunktet at nye stillinger skal lysnes ut eksternt. Dette er som regel nødvendig for å oppfylle kvalifikasjonsprinsippet.

Fylkeskommunen har vist til overtallighet som begrunnelse for at avdelingslederstillingene bare ble utlyst blant de ansatte i avdelingen. Det er på det rene at overtallighet kan være grunn til å unnlate ekstern utlysning, det har jeg også tidligere lagt til grunn. Overtallighetsbegrepet referer seg imidlertid til hele organisasjonen, og ikke til en enkelt avdeling i sentraladministrasjonen. Jeg har merket meg at det er stor uenighet mellom partene om det faktisk forelå en overtallighetssituasjon eller ikke. Ombudsmannen kan, ved sin skriftlige saksbehandling vanskelig avklare omstridte faktiske forhold. Jeg tar derfor ikke stilling til om det forelå en overtallighetssituasjon. Dersom det er riktig som fylkeskommunen hevder, at det reelt sett var en overtallighetssituasjon, er det min oppfatning at de nye avdelingslederstillingene skulle vært utlyst internt i hele fylkeskommunen. Utlysingen kunne ikke begrenses til de ansatte i informasjons- og serviceavdelingene.

Slik saken er opplyst, må fylkeskommunen kritiseres for å ha begrenset utlysingen av de to avdelingslederstillingene til de ansatte i informasjonsavdelingen og serviceavdelingen. Tilsettingene er imidlertid gjennomført, og min uttalelse får ikke betydning for de to som er ansatt som avdelingsledere. Jeg ber imidlertid fylkeskommunen merke seg mine synspunkter.»

### 31.

#### Manglende utlysning av rådmannsstilling

(Sak 2009/352)

*En kommune unnlot å lyse ut en stilling som rådmann, bl.a. under henvisning til behovet for snarlig tilsetting.*

*Den klare hovedregelen er at ledige stillinger i kommunalforvaltningen skal kunngjøres offentlig. De grunner kommunen ga for ikke å lyse ut stillingen knyttet seg utelukkende til forhold som lå innenfor kommunens kontroll og ansvar, og kunne ikke berettige at man fravek hovedregelen om offentlig kunngjøring.*

Ombudsmannen mottok i februar 2009 flere henvendelser fra en privatperson, som ba om at ombudsmannen undersøkte prosessen knyttet til tilsetting av rådmann i Farsund kommune. Det fremgikk at stillingen som rådmann ikke var blitt lyst ut, men at kommune-

styret hadde truffet vedtak om å tilsette den personen som hadde fungert i stillingen.

Det ble besluttet å ta saken opp med Farsund kommune, som bl.a. ble bedt om å redegjøre nærmere for den vurderingen som lå bak beslutningen om ikke å lyse ut stillingen som rådmann. Det ble i denne forbindelse vist til det ombudsmannen tidligere hadde uttalt i en sak om tilsetning uten utlysning av rådmann i Tromsø kommune. Kommunen ble dessuten spurt om hensynet til kvalifikasjonsprinsippet og likhetsprinsippet ble tilstrekkelig ivaretatt gjennom den fremgangsmåte som ble valgt, og om hvilke saklige grunner som forelå for å unnlate å lyse ut rådmannsstillingen.

I Farsund kommunes svar til ombudsmannen viste kommunen til saksutredningen til Fylkesmannen i Vest-Agder i forbindelse med et krav om lovlighetskontroll av saken. I saksutredningen var det vist til et avsnitt i ombudsmannens uttalelse i saken om tilsetning av rådmann i Tromsø kommune, og trukket ut fire «argumenter for unntak» fra hovedregelen om utlysning av offentlige stillinger. Det fremgikk at kommunen hadde fraveket hovedregelen om utlysning, og at det var behovet for snarlig tilsetning som var utslagsgivende. I saksutredningen ble dette hensynet beskrevet slik:

«Forut for endringen som innebar ansettelse av ny rådmann, hadde tidligere rådmann vært sykemeldt i nær et år. Kommunen var derfor inne i en langvarig, uheldig og uavklart situasjon i forhold til rådmannsstillingen. Samtidig har kommunalsjef for helse og omsorg av personlige årsaker bedt om avløsning og denne stillingen er lyst ut. Den omorganisering vi nå har fått medfører en reduksjon fra fire til tre kommunalsjefer. På denne måten er endringene gjennomført uten kostnadsøkninger. Kommunen står overfor viktige utfordringer. Pleie- og omsorgssektoren er preget av store kostnadsoverskridelser. Pågående omlegginger berører mange driftsenheter og er til dels krevende organisatoriske prosesser. Internt i organisasjonen pågår et omfattende forbedringsarbeid. På denne bakgrunn mente ordføreren at det ville være uheldig om perioden med uavklart lederskap skulle strekkes enda lengre. En utlysingsprosess ville forsinke behovet for rask avklaring ytterligere. Ordfører kunne ikke ta det som en selvfølge at verken fungerende rådmann eller andre i organisasjonen ville inntre i en konstituert stilling i påvente av utlysning.»

Av andre momenter som ble tillagt vekt, ble nevnt besparelser, gode kvalifikasjoner hos den som ble ansatt og en helhetlig og god løsning ved at det samtidig ble gjort endringer i ledernivået, og at en tidligere rådmann ble tilbudt stilling i rådmanns stab.

Etter en fornyet vurdering, og sett i lys av ombudsmannens uttalelse i saken om tilsetning av rådmann i Tromsø kommune, var det etter kommunens

syn «grunn til å hevde at det er lagt for stor vekt på det ene unntaksmomentet; behovet for snarlig tilsetning».

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

«Det er i dag den klare hovedregelen at ledige stillinger i kommunalforvaltningen skal lyses ut offentlig. Dette må gjelde selv om slik utlysning ikke reguleres uttrykkelig i lovverket. Jeg viser ellers til den generelle redegjørelsen om dette i min uttalelse i saken om tilsetning uten utlysning av rådmann i Tromsø kommune (Somb-2008-20).

Den nevnte uttalelsen synes å ha vært sentral ved kommunens vurdering av rettmessigheten av å unnlate å lyse ut stillingen som rådmann. Innledningsvis har jeg funnet grunn til å komme med noen merknader om kommunens forståelse av premissene og det rettslige grunnlaget som uttalelsen bygget på.

I uttalelsen er det nevnt at det finnes unntak fra hovedregelen om offentlig utlysning. Utenfor de loveller tariffbaserte unntakstilfellene, må en eventuell adgang til å unnlate utlysning av ledige stillinger i kommunalforvaltningen bero på en konkret vurdering der flere momenter kan være relevante. Kommunen synes å ha tolket dette som at de momentene som er nevnt representerer alternative unntakstilfeller, og at dersom ett av disse er oppfylt vil det være adgang til å unnlate å lyse ut en ledig stilling. Slik kan ikke min uttalelse tolkes. Det må, som nevnt, foretas en konkret helhetsvurdering der også stillingens karakter og hvilket nivå den ligger på er av sentral betydning. Det skal generelt mer til for å unnlate eksternt utlysning jo høyere stilling det er tale om, fordi hensynene bak hovedregelen om eksternt utlysning særlig gjør seg gjeldende ved ledende stillinger. Dessuten synes kommunen helt å ha oversett at jeg samtidig «holder det åpent om det kan tenkes tilfeller hvor det er rettslig adgang til å unnlate eksternt utlysning av denne typen topplederstillinger». Jeg antar at dersom det overhodet eksisterer en adgang til å unnlate utlysning av rådmannsstillinger, må det foreligge helt ekstraordinære omstendigheter utenfor kommunens kontroll og ansvar.

De lovfestede og ulovfestede reglene om saksbehandlingen ved tilsetninger i offentlig stilling, tar i første rekke sikte på å sikre kvalifikasjonsprinsippet og likebehandlingsprinsippet. Oppfyllelsen av reglene er imidlertid også viktig i seg selv. En lojal oppfølging av saksbehandlingsreglene er viktig for at borgerne skal ha tillit til de tilsetningsvedtakene forvaltningen treffer og til de personene som blir tilsatt i offentlige stillinger.

Når det gjelder den konkrete saken, synes kommunens beslutning om å unnlate utlysning å ha sammenheng med en intern omorganisering. Antallet kommunalsjefstillinger skulle reduseres fra fire til

tre. En av dem som innehadde kommunalsjefstilling hadde fungert i rådmannsstillingen i nær ett år mens rådmannen var sykmeldt. Kommunen har pekt på at den hadde hatt en uavklart situasjon i den perioden rådmannen var sykmeldt, og at det var nødvendig med en rask avklaring av lederskapet. Det er dessuten vist til at løsningen samlet sett var god, både fordi den som ble tilsatt var godt kvalifisert og fordi det samtidig ble gjort endringer i ledernivået.

Det faktiske grunnlaget og de vurderinger som lå til grunn for beslutningen om ikke å lyse ut rådmannsstillingen kan jeg vanskelig overprøve. Den som ble tilsatt synes dessuten å ha vært godt kvalifisert for stillingen, og ville under enhver omstendighet ha vært en aktuell kandidat. De grunner kommunen har gitt for å unnlate utlysning knytter seg imidlertid utelukkende til forhold som ligger innenfor kommunens kontroll og ansvar, og kunne følgelig neppe berettige at man fravek hovedregelen for tilsettinger i offentlige stillinger. Jeg har derfor kommet til at det er begrunnet tvil til om det var adgang til å unnlate å lyse ut den ledige stillingen som rådmann i Farsund kommune.

Kommunen har i sin saksutredning til Fylkesmannen i Vest-Agder antydnet at det ble lagt for stor vekt på behovet for snarlig tilsetting. Jeg er usikker på om dette innebærer at kommunen selv har erkjent at det ikke var adgang til å unnlate å lyse ut stillingen. Uansett forutsetter jeg at kommunen ved fremtidige tilsettinger merker seg mine synspunkter om adgangen til å unnlate utlysning av offentlige stillinger generelt og rådmannsstillingen spesielt.

Mitt syn på utlysingsspørsmålet er prinsipielt forankret og påvirker selvsagt ikke rettsstillingen til den som ble tilsatt som rådmann.»

### 32.

#### **Tilsetting av saksbehandler ved flyktningkontoret**

(Sak 2007/1361)

*En søker mente seg forbigått ved tilsetting i 50 % stilling som saksbehandler ved flyktningkontoret i X kommune. Hun mente også at den personen som ga ansettelsesutvalget uttalelse om søkerens kvalifikasjoner var i en slik relasjon til den som ble tilsatt, at hun måtte anses inhabil til å forberede saken.*

*Det faktiske grunnlaget for inhabilitetsspørsmålet var mangelfullt utredet. Slik saken var opplyst, mente ombudsmannen at det ikke kunne utelukkes at vennskapet mellom den som ga uttalelse om søkerne til ansettelsesutvalget og den tilsatte, var av en slik karakter at hun var inhabil til å tilrettelegge grunn-*

*laget for tilsettingssaken, jf. forvaltningsloven § 6 annet ledd.*

Da stillingen som saksbehandler i 50 % stilling ved flyktningkontoret i X kommune ble utlyst eksternt i 2007, var A en av ni søkere til stillingen. Hun ble av ansettelsesutvalget innstilt som nummer to, mens B ble innstilt som nummer en. Både A og B hadde tidligere vikariert i den aktuelle stillingen og arbeidet sammen med C som leder av flyktningkontoret. C ga uttalelse til ansettelsesutvalget om tre av søkerens kvalifikasjoner, deriblant A og B. C hadde også vært med i tilsettingsprosessen da B ble innstilt til vikariatstillingen. Det ble den gang foretatt en vurdering av om hun var habil til å delta ved behandlingen av tilsettingssaken, med bakgrunn i at hun og B kjente hverandre fra før.

Etter at A ble kjent med at rådmannen hadde foretatt tilsetting i den aktuelle saken, tok hun saken opp med Fagforbundet. Fagforbundet benyttet den adgangen som ansettelsesreglementet for kommunen ga, til å fremme saken for administrasjonsutvalget. Saken ble behandlet i administrasjonsutvalget, der det ble vedtatt å ikke godkjenne rådmannens tilsetningsvedtak. Etter anke fra mindretallet ble saken behandlet i formannskapet, med det resultat at tilsetningsvedtaket ble opprettholdt.

I klagen til ombudsmannen viste A bl.a. til at hun var bedre kvalifisert enn den tilsatte og at tilsetningen var fundert på nært vennskap fremfor dokumenterte kvalifikasjoner. Hun viste i den forbindelse til at det forelå et nært venninneforhold mellom C og den tilsatte. De var begge medlem av samme syklubb, de hadde vært i barselpermisjon samtidig, og deres ekte menn var også venner. Hun klaget både over vurderingen av habiliteten til C den gang B ble tilsatt i vikariat, og over at det ikke ble foretatt en ny vurdering av Cs habilitet i forbindelse med den aktuelle tilsetningen. Hun stilte også spørsmål ved hvilken betydning Cs vurderinger av søkerne hadde hatt for ansettelsesutvalgets innstilling.

Saken ble tatt opp med kommunen, som bl.a. ble bedt om å redegjøre nærmere for den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen som var foretatt av klageren og den tilsatte. Kommunen ble videre bedt om å redegjøre nærmere for tilknytningen mellom C og den tilsatte. Det ble også bedt om kommunes vurdering av om tilknytningen mellom de to var av en slik karakter at det forelå «andre særegne forhold» som var egnet til å svekke tilliten til Cs upartiskhet, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 6 annet ledd. Videre ble kommunen spurt om hvilken rolle C hadde hatt i forberedelsen av tilsettingssaken, herunder om en eventuell inhabilitet kunne ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Kommunen ble bedt om å innhente Cs kommentar til spørsmålene herfra og eventuelt

oversende dem hit sammen med svaret fra kommunen.

Kommunen viste til at begge søkerne var formelt kvalifisert til stillingen og at det var vanskelig å si hvilken av søkerens kompetanse som var mest verdifull. Det ble vist til at C hadde foretatt en sammenligning av de aktuelle søkerne, og at hun hadde vurdert den tilsattes realkompetanse som bedre enn klagerens. Kommunen opplyste at søkerens kompetanse ikke ble behandlet i administrasjonsutvalg eller formannskap. I disse møtene ble det bare vurdert om det hadde skjedd en saksbehandlingsfeil, herunder spesielt spørsmålet om inhabilitet, som kunne gjøre vedtaket ugyldig eller medføre erstatningsansvar for kommunen.

Kommunen viste videre til at forholdet mellom C og den tilsatte var utredet i saksfremstillingen til administrasjonsutvalg og formannskap. Det ble vist til at C sommeren 2006 orienterte om forholdet til den tilsatte. I brevet fra kommunen var det videre opplyst:

«Ut fra hennes redegjørelse, at de var venninner, medlem av samme sykkklubb, og mitt eget kjennskap til forholdet, så er C ansett til å være habil til å uttale seg i tilsettingssaken. I kommunen er det en utfordring mht tilsettingssaker at ”mange kjenner mange”, og ferdes i samme lag og foreninger. Inhabilitet inntreffer når forvaltningslovens bestemmelser inntreffer, eller andre særegne forhold, som f.eks *nært* eller svært *nært* venn/venninneforhold. Dette er så langt kommunen har brakt frem i dagen ikke tilfelle i denne saken.»

Det ble presisert at det ikke var C, men D som hadde fungert som enhetsleder. Cs rolle i saken hadde vært å komme med en vurdering og uttalelse av søkerne som leder av flyktningkontoret. Vedtaket ble fattet av enhetsleder/rådmann.

Klageren stilte spørsmål ved troverdigheten til dokumentet som inneholdt Cs sammenligning av søkerne. Hun mente også at kommunen forsøkte å minimalisere Cs rolle i den konkrete tilsettingssaken.

I brev herfra ble kommunen spurt om rådmannen eller enhetslederen hadde foretatt noen vurdering av søkerens kvalifikasjoner utover den vurderingen som var gjort av C.

Kommunen viste til at administrasjonsutvalget ikke hadde foretatt noen grundig behandling av søkerens kompetanse. Rådmannen hadde fokusert på om det var begått saksbehandlingsfeil, og herunder særskilt spørsmålet om C som leder av flyktningkontoret skulle eller burde ha erklært seg inhabil da B søkte på stillingen. Formannskapet synliggjorde gjennom vedtaket at en anså C som habil. Det ble for øvrig opplyst at C var sentral i tilsettingsprosessen og at hennes «innstilling» veide tungt. Kommunen opp-

lyste ellers at den ikke hadde nedfelt noen utdypende sammenlignende kvalifikasjonsvurdering skriftlig.

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

«Forvaltningsloven § 6 fastsetter når en offentlig tjenestemann er inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak. C var, gjennom sin uttalelse om tre av søkerens kvalifikasjoner, med på å tilrettelegge grunnlaget for avgjørelsen om tilsetting. Habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 kom da til anvendelse. I bestemmelsens første ledd regnes det opp en del forhold som automatisk fører til inhabilitet. Ingen av disse omstendighetene er aktuelle i denne saken. Av forvaltningsloven § 6 annet ledd fremgår det at en offentlig tjenestemann er inhabil «når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Spørsmålet er om tilknytningsforholdet mellom C og den tilsatte var av en slik karakter at det var egnet til å svekke tilliten til hennes upartiskhet i saken.

Habilitetsreglene skal sikre at forvaltningens avgjørelser blir truffet av personer som står fritt og har en fri og ubundet innstilling til de saker som behandles. Reglene skal hindre at de som behandler sakene og treffer avgjørelsene ikke er forutinntatt på en uønsket måte. Foruten å sikre at avgjørelsene blir fattet på et saklig grunnlag, skal habilitetsreglene også bidra til å fremme tilliten til forvaltningen og dens avgjørelser. Dersom en tjenestemann har særlige personlige interesser i sakens utfall, vil det bevisst eller ubevisst på en uheldig måte kunne få innflytelse på det standpunkt som blir tatt i saken. Dermed svekkes også tilliten til forvaltningen.

I vurderingen av om «andre særegne forhold foreligger» som er egnet til å svekke tilliten til upartiskheten, skal det blant annet legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Tjenestemannens oppgave i saken og saksforholdet ellers, har også betydning for habilitetsvurderingen. Det skal mindre til for at en blir inhabil til å utrede eller forberede saken på en måte som gir en et særlig ansvar for saksbehandlingen eller særlig innflytelse på måten saken presenteres på, se Frihagen, Inhabilitet etter forvaltningsloven, 1985, side 230.

Det er på det rene at vennskap kan komme i betraktning som et særegent forhold etter forvaltningsloven § 6 annet ledd. Det må normalt antas at vanlig godt bekjentskap ikke er tilstrekkelig til å begrunne inhabilitet. Utgangspunktet er at det må foreligge et spesielt godt og personlig vennsforhold. Hvor nær tilknytningen må være, beror på en konkret helhetsvurdering. Det er imidlertid ikke avgjørende om tjenestemannen selv oppfatter tilknytningen som nær. Bestemmelsen legger opp til at det skal foretas



en objektiv vurdering av hvordan forholdet tar seg ut for utenforstående.

Klageren har opplyst at C og den tilsatte var nære venner. Kommunen har på sin side vist til at C og den tilsatte var medlem av samme syklubb og at det er en utfordring i kommunen at mange kjenner mange og ferdes i samme lag og foreninger. Videre har kommunen vist til den vurderingen av tilknytningsforholdet som fremkommer i saksframlegget til møtene i administrasjonsutvalg og formannskap, der det igjen var vist til den vurderingen som ble foretatt av vennsforholdet forut for tilsetting i vikariat ett år tidligere. Vurderingen av at C var habil den gang, baserte seg på uttalelser i juridisk teori om at medlemskap i samme bridgeklubb ikke er nok til å medføre inhabilitet. I saksframlegget ble det fremholdt at det ikke skulle ha skjedd endringer i «statusen» mellom leder av flyktningkontoret og den tilsatte.

Kommunen har opplyst at det «så langt kommunen har brakt frem i dagen» ikke forelå et nært venninneforhold som innebar inhabilitet. Det finnes imidlertid ingen opplysninger i saksdokumentene som viser hvordan kommunen har kommet frem til denne konklusjonen. Den første vurderingen av Cs habilitet, som er gjengitt i saksframlegget til administrasjonen, omhandler bare medlemskapet i syklubben. I korrespondansen hit har klageren nevnt flere andre relasjoner mellom C og den tilsatte, som for eksempel at de hadde felles fødselspermisjon og at også ektemennene var venner.

En avgjørelse om inhabilitet er ikke et enkeltvedtak, og bestemmelsen i forvaltningsloven § 17 kommer ikke direkte til anvendelse. Bestemmelsen er imidlertid utslag av et alminnelig ulovfestet prinsipp om at forvaltningen har plikt til å sørge for at en sak er forsvarlig utredet før det treffes avgjørelse. Slik saken er opplyst, er det ikke mulig å se at kommunen har vurdert andre sider av forholdet mellom C og den tilsatte enn medlemskapet i samme syklubb. Det er vel også tvilsomt om deltakelse i en såkalt syklubb, som vel må regnes som en sammenkomst venner imellom, kan likestilles med en bridgeklubb, hvor medlemmene først og fremst har det til felles at de liker å spille bridge. Heller ikke slike forhold synes å ha vært problematisert fra kommunens side. Det er dessuten ikke mulig å se at kommunen har vurdert om forholdet mellom C og den tilsatte hadde utviklet seg siden kommunens ett år gamle vurdering av habilitetsspørsmålet ble foretatt.

Utgangspunktet er videre at avgjørelser om habilitet treffes av den aktuelle tjenestemannen selv, men at vedkommende kan forelegge spørsmålet for sin overordnede, jf. forvaltningsloven § 8 første ledd. Det er ingen opplysninger i saksdokumentene som tyder på at C kom med noen slik vurdering i forbindelse med tilsettingen våren 2007. I forbindelse med

undersøkelsene herfra har heller ikke kommunen sørt for å fremskaffe og oversende uttalelse fra C, slik det ble bedt om i brev herfra. Jeg finner i denne forbindelse grunn til å minne om at Stortinget har forutsatt at forvaltningen følger opp henvendelser fra ombudsmannen.

Alt i alt foreligger det begrunnet tvil knyttet til om C var inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for tilsettingssaken. På grunn av den mangelfulle opplysningen av det faktiske grunnlaget for inhabilitetsspørsmålet, finner jeg det ikke riktig å ta stilling til om C var inhabil. Slik saken er opplyst, kan det imidlertid ikke utelukkes at vennskapet mellom C og den tilsatte var av en slik karakter at det svekket tilliten til Cs objektivitet i saken, jf. forvaltningsloven § 6 annet ledd. Siden Cs vurderinger av søkerne etter det opplyste «veide tungt», vil i tilfelle en slik saksbehandlingsfeil kunne ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

Med det resultat jeg har kommet til, og siden de vurderinger som ble foretatt av søkerne i vesentlig grad baserte seg på «innstillingen» til C, vil det ikke være riktig av meg å gå nærmere inn på kommunens kvalifikasjonsvurdering av søkerne. Jeg nevner imidlertid at både den tilsatte og klageren synes å ha vært formelt kvalifiserte for stillingen, slik at tilsettingen av B isolert sett neppe innebar en klar forbigåelse av A.

Tilsettingen er gjennomført, og denne uttalelsen får ingen konsekvenser for den som er blitt tilsatt. Det var i tillegg flere søkere til stillingen enn A og B, slik at det ikke er gitt at A ville ha fått stillingen dersom det ikke forelå inhabilitet. Av disse grunner nøyer jeg meg med å be kommunen merke seg mine synspunkter for fremtidige tilsettingssaker.»

### 33.

#### Tilsetting ved kommunalt flyktningkontor – fortrinnsrett

(Sak 2007/2209)

*A, som var tilsatt ved en skole i X kommune, søkte om en sekretærstilling ved kommunens flyktningkontor. Stillingen var opprinnelig blitt utlyst internt, men ved en feil hadde dette ikke blitt kunngjort ved As arbeidssted. A søkte derfor først om stillingen etter at den ble utlyst eksternt. Mens tilsettingssaken var til behandling, gjorde hun kommunen oppmerksom på at hun var plaget av allergi som følge av muggsopp på sitt daværende arbeidssted, og at hun derfor ikke kunne fortsette i stillingen. Hun ba om at det ble tatt hensyn til dette i den pågående tilsettingssaken. Kommunen besluttet imidlertid å tilsette en søker som ikke allerede var tilsatt i kommunen. I klagen til ombudsmannen stilte A bl.a. spørsmål om den mangelfulle kunngjøringen hadde fratatt henne mulighe-*

ten til å bli tilsatt i stillingen som intern søker, og om hun hadde krav på stillingen i kraft av kommunens tilretteleggingsplikt overfor henne.

Ombudsmannen konstaterte at kunngjøringen i den interne søknadsrunden hadde vært mangelfull. Hensikten med den interne utlysingsrunden hadde imidlertid vært å gi deltidsstilsatte i kommunen mulighet til å gjøre fortrinnsrett gjeldende. Dette var ikke aktuelt for A, siden hun på søknadstidspunktet var tilsatt i fulltidsstilling. Kommunens tilretteleggingsplikt overfor A medførte heller ikke noen plikt til å tilby henne stillingen ved flyktningkontoret.

A var tilsatt i en undervisningsstilling ved Y skole i X kommune. Våren 2007 ble det lyst ut en sekretærstilling ved det kommunale flyktningkontoret. Stillingen ble i første rekke utlyst internt i kommunen. Ved en feil ble det imidlertid ikke hengt opp oppslag om dette ved Y skole, og A ble heller ikke på annen måte informert om den ledige stillingen. Det meldte seg heller ikke andre søkere innen utlysingsfristen, og kommunen besluttet derfor å lyse stillingen ut eksternt. A var blant søkerne i denne runden.

Etter at utlysingsfristen var løpt ut, gjorde A kommunen oppmerksom på at hun av helsemessige årsaker ikke kunne fortsette å arbeide ved Y skole. Bakgrunnen for dette var at hun var plaget med sop-pallergi som følge av muggsoppforekomster på skolen. Hun ba om at det ble tatt hensyn til dette i den pågående tilsettingssaken.

Kommunen besluttet å tilsette en søker som ikke var tilsatt i kommunen på søknadstidspunktet. A brakte deretter saken inn for ombudsmannen. I klagen gjorde hun bl.a. gjeldende at hun som følge av mangelfull kunngjøring ikke hadde fått mulighet til å søke da stillingen ble utlyst internt. Videre stilte hun spørsmål ved om det skulle vært tatt hensyn til helseproblemer hun opplevde som følge av muggsopp på Y skole. Hun viste i denne sammenheng til kommunens tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven 17. juni 2005 nr. 62 § 4-6.

Det ble besluttet å be om en redegjørelse fra X kommune, som i sitt svar bekreftet at den interne utlysningen ikke var blitt kunngjort ved Y skole. Dette var i strid med kommunens eget tilsettingsreglement, og skyldtes en kommunikasjonssvikt i den aktuelle saken. Kommunen holdt det imidlertid åpent om A ville ha fått tilbud om stillingen dersom hun hadde søkt i den interne runden. Det ble vist til at det dreide seg om en deltidsstilling, mens As stilling ved Y skole var en fulltidsstilling.

Videre opplyste kommunen at den hadde mottatt henvendelsen fra A vedrørende helseproblemer hun opplevde ved Y skole. Henvendelsen var imidlertid ikke blitt videreført til tilsettingsmyndigheten før tilsettingsvedtaket ble fattet. Kommunen kunne

ikke gi noen fullgod forklaring på denne kommunikasjonsvikten. Dersom tilsettingsmyndigheten hadde fått informasjonen i tide, ville A trolig ha blitt innkalt til en samtale før det ble fattet vedtak i tilsettings-saken. Det var likevel ikke gitt at A ville blitt tilbudt stillingen ved flyktningkontoret. Kommunen hadde forventet at det i løpet av kort tid ville bli ledig undervisningsstillinger ved de øvrige skolene i kommunen, og den hadde derfor lagt opp til at A skulle tilbys overføring til en av disse stillingene.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg bl.a.:

##### «1. Fremgangsmåten ved intern utlysning

Utlysning av stillinger i kommunalforvaltningen er ikke regulert uttrykkelig i lovverket. Situasjonen er derfor annerledes enn ved tilsetninger i statsforvaltningen, hvor det følger av tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 2 første ledd at alle stillinger skal utlyses offentlig, med mindre noe annet følger av lov, forskrift eller tariffavtale. Bestemmelsen må i stor grad anses å gjenspeile ulovfestet forvaltningsrett, som også gjør seg gjeldende ved tilsetninger i kommunalforvaltningen. Jeg viser i denne sammenheng til min uttalelse i sak 2007/2199 om tilsetting av rådmann i Tromsø kommune.

Av kommunens tilsettingsreglement pkt. 2.2 følger det at:

«Rådmannen (Lønn og personalkontoret) skal drøfte med tillitsvalgte om stillingen skal utlyses eksternt eller internt i forhold til bla. HTA § 2.3»

Hovedtariffavtalen (HTA) pkt. 2.3.1 annet ledd har følgende ordlyd:

«Ved ledig stilling skal deltidsstilsatte ved intern utlysning i kommunen/virksomheten tilbys utvidelse av sitt arbeidsforhold inntil hel stilling, dersom vedkommende er kvalifisert for stillingen.»

Det synes etter dette klart at kommunen hadde en plikt til å lyse ut stillingen internt. Forutsetningen måtte da være at den interne utlysningen skjedde på en måte som gjorde informasjonen tilgjengelig for alle tilsatte i kommunen. Jeg viser i denne sammenheng også til Bjørnaraa, Gaard og Selmer, Norsk tjenestemannsrett – kommentarutgave til tjenestemannsloven med forskrifter mv. (Oslo, 2000) s. 125, hvor tilsvarende synspunkt er lagt til grunn med hensyn til interne utlysninger i statsforvaltningen.

Av X kommunes tilsettingsreglement pkt. 2.2 følger det at en utlysningstekst «bør i utgangspunktet sendes alle aktuelle tjenestesteder i kommunen». Jeg forstår kommunen slik at den erkjenner at det var et brudd på retningslinjene at utlysningsteksten i den interne utlysingsrunden ikke ble slått opp på As daværende tjenestested i kommunen.

Spørsmålet er imidlertid hvilke konsekvenser denne feilen har hatt for As muligheter til å søke på stillingen i den interne utlysingsrunden. A var på tidspunktet tilsatt i fulltidsstilling, og falt utenfor den gruppen som HTA pkt. 2.3 retter seg mot. Ettersom hovedregelen er at stillinger i forvaltningen skal besettes etter ekstern utlysning, fremstår det derfor tvilsomt om kommunen hadde hatt adgang til å tilsette A uten at stillingen først var utlyst eksternt, i alle fall dersom man ser bort fra kommunens plikter etter arbeidsmiljøloven § 4-6. Denne siden av saken kommer jeg tilbake til nedenfor. Den mangelfulle kunnngjøringen fra kommunen side synes derfor ikke å ha hatt konsekvenser for As muligheter for å bli tilsatt i stillingen.

## 2. Betydningen av kommunens tilretteleggingsplikt

A har videre vist til at hun på tidspunktet for tilsetningsvedtaket hadde gjort kommunen oppmerksom på at hun av helsemessige årsaker ikke var i stand til å fortsette ved sitt daværende arbeidssted, Y skole. Dette skyldtes etter det opplyste at hun var plaget av muggsoppallergi, og at det var påvist muggsopp på Y skole. Jeg forstår det slik at A mener at hun på denne bakgrunn skulle vært tilbudt stillingen ved flyktningkontoret. Kommunen har på sin side erkjent at A, før endelig vedtak i tilsetnings-saken ble fattet, hadde sendt et brev der hun ba om at helsespørsmålet ble tatt i betraktning i tilsetnings-saken. Tilsetningsmyndigheten var imidlertid ikke fullt klar over dette da tilsetningsvedtaket ble fattet, uten at kommunen har noen forklaring på det. Dersom tilsetningsmyndigheten hadde vært klar over forholdet, ville det etter kommunens syn vært naturlig å innkalle A til en samtale før tilsetningsvedtak ble fattet. Kommunen har likevel vist til at den mente at As helseproblemer kunne løses ved at hun ble overflyttet til en annen av kommunens skoler i forbindelse med lærertilsetninger senere på våren 2007.

X kommune har en generell plikt til å påse at det fysiske arbeidsmiljøet ved kommunale arbeidssteder er forsvarlig, jf. arbeidsmiljøloven §§ 4-1 og 4-4. Muggsopp i bygninger kan skape betydelige helseproblemer, særlig for allergikere og astmatikere, og kan således ikke anses forenlig med kravet om et forsvarlig arbeidsmiljø. Uavhengig av den foreliggende saken må derfor kommunen vurdere hvilke tiltak som bør iverksettes for å avhjelpe problemet med muggsopp på Y skole.

Kommunen har gitt uttrykk for at A ville blitt innkalt til en samtale dersom tilsetningsmyndigheten fullt ut hadde vært klar over helsesituasjonen hennes før tilsetningsvedtaket ble fattet. Det kan vel ikke utelukkes at en slik samtale ville ha hatt betydning for tilsetningen ved flyktningkontoret. Samtidig finner jeg grunn til å påpeke at arbeidsmiljøloven § 4-6 etter

sin ordlyd ikke er formulert som en fortrinnsrett for den tilsatte. Bestemmelsen pålegger primært arbeidsgiver en plikt til å tilrettelegge for at arbeidstakere som «har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje el.» skal kunne beholde eller få et passende arbeid. Etter omstendighetene kan dette innebære at arbeidsgiver kan eller må tilby arbeidstakeren en annen stilling. Hovedformålet med bestemmelsen synes imidlertid å være at arbeidstakeren i størst mulig grad skal kunne fortsette å arbeide som før. Dette støttes også av § 6-4 første ledd første punktum, hvorefter det primært skal legges til rette for at arbeidstakeren skal kunne fortsette i sin nåværende stilling.

Kommunen har opplyst at den la opp til å tilby A en undervisningsstilling ved en av de øvrige skolene i kommunen. Det må antas at dette arbeidet i stor grad ville tilsvare arbeidet ved Y skole. Sett hen til at As helseproblemer ikke syntes å knytte seg til læreryrket som sådan, fremstår dette som en egnet måte å oppfylle tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 4-6. Kommunen hadde derfor neppe noen rettslig plikt etter § 4-6 til å tilby henne stillingen ved flyktningkontoret i stedet.»

## 34.

### Tilsetting av kultursjef

(Sak 2008/1038)

*Tilsetting i nyopprettet stilling som kultursjef i en kommune. Det var fem søkere til stillingen og en av søkerne mente seg usaklig forbigått ved tilsettingen og klaget til ombudsmannen.*

*Ombudsmannen kom til at saken ikke var tilstrekkelig opplyst med hensyn til klagerens kvalifikasjoner. Den manglende skriftligheten i prosessen gjorde det vanskelig med en effektiv kontroll av tilsetningsvedtaket, og det kunne ikke utelukkes at det var blitt lagt vekt på utenforliggende hensyn. Undersøkelsen av saken etterlot et inntrykk av at tilsetnings-saken ikke var behandlet på en forsvarlig måte.*

Det kom inn fem søknader til stillingen som kultursjef i X kommune. A ble ikke tilsatt, og i klagen til ombudsmannen gjorde hun bl.a. gjeldende at hun var usaklig forbigått ved tilsettingen og at saken ikke var godt nok opplyst før vedtaket ble truffet. Hun fremholdt videre at det allerede ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonen hadde vært tatt hensyn til den tilsattes kvalifikasjoner.

Det fremgikk av innstillingen at tilsettingen var gjort «med utgangspunkt i arbeidsmiljølovens bestemmelser § 14-9», og ut fra en vurdering av den tilsattes kvalifikasjoner. Ingen av søkerne var blitt innkalt til intervju.

Ombudsmannen fant grunn til å undersøke saken, og kommunen ble bl.a. bedt om en nærmere redegjørelse for den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen mellom A og den tilsatte. Kommunen ble også bedt om å utdype hva som lå i innstillingens henvisning til arbeidsmiljøloven § 14-9, og hvilken betydning denne bestemmelsen hadde hatt for tilsetningen. Det ble videre bedt om en begrunnelse for hvorfor kommunen hadde valgt å fravike hovedregelen i personalreglementet om at intervju skal foretas ved alle faste tilsetninger. Kommunen ble også spurt om de to aktuelle søkeres kvalifikasjoner var tilstrekkelig opplyst før tilsetningen ble gjort, og det ble bedt om kommentarer til As påstander om at tilsetningen var «forutbestemt», og at saksbehandlingen bar preg av det.

I kommunens svar til ombudsmannen ble det opplyst at det ikke forelå lov- eller avtalefestede krav til stillingen som kultursjef, og at vurderingen av søkerne baserte seg på kravene slik de fremgikk av utlysningsteksten. Kommunen redegjorde videre for de to aktuelle søkeres kvalifikasjoner, og det ble opplyst at det i vurderingen av disse ble «lagt vekt på stor forskjell mellom de to kandidatene når det gjelder utdanningsnivå og bredde». Kommunen mente at det var tale om to «meget gode» søkere til stillingen, men at den tilsatte ble foretrukket som best kvalifisert. Det ble opplyst at det ikke var lagt til grunn at den tilsatte hadde «en uomtvistelig fortrinnsrett til stillingen» ut fra arbeidsmiljøloven § 14-9, men at det ved tilsetningen hadde vært lagt vekt på «intensjonene i loven» om at «dersom en er midlertidig ansatt over lang tid, skal en ivaretas av arbeidsgiver gjennom at det gis et fast ansettelsesforhold».

Kommunen mente det ikke var nødvendig med intervju av A og den tilsatte, siden de begge var blitt intervjuet i forbindelse med tilsetningen av prosjektleder i november 2004. Sammen med informasjonen gitt i søknadene, vurderte kommunen det slik at saken var godt nok opplyst.

I sine merknader betegnet A kommunens beskrivelse av hennes faglige kvalifikasjoner som misvisende, og påpekte at kommunen ikke hadde innhentet utfyllende informasjon om hennes stilling som kultursjef i Y kommune de siste fire årene. A antydte på denne bakgrunn at kommunen ikke hadde lagt kvalifikasjonsprinsippet til grunn for sin sammenlignende kvalifikasjonsvurdering. Det ble også fremholdt at det neppe kunne legges stor vekt på intervjuet fra november 2004, bl.a. fordi stillingen den gangen hadde hatt et annet innholdsmessig fokus. Hun fremholdt at manglende intervju utelukket innhenting av relevant informasjon om søkerne i tiden etter 2004.

### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

#### «1. Rettslig utgangspunkt – kvalifikasjonsprinsippet

Jeg nevner innledningsvis at bestemmelsen i arbeidsmiljøloven 17. juni 2005 nr. 63 § 14-9, som kommunen har vist til, gjelder adgangen til å tilsette i midlertidig stilling. Kommunen opplyser å ha lagt vekt på intensjonene bak bestemmelsen, og synes med dette å mene bestemmelsen i § 14-9 (5) annet punktum, som fastslår at for arbeidstaker som har vært midlertidig ansatt sammenhengende i mer enn fire år kommer reglene om oppsigelse i arbeidsforhold til anvendelse. Bestemmelsen gir ikke midlertidig ansatte krav på fortrinnsrett til annen stilling, og jeg kan ikke se at intensjonene bak bestemmelsen skulle være relevant å tillegge vekt ved tilsetning i en nyopprettet stilling som kultursjef.

Spørsmålet om hvem som skulle tilsettes måtte da ta utgangspunkt i det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Målet i en tilsettingssak er å finne frem til den søkeren som etter en samlet vurdering anses best kvalifisert for stillingen. Utgangspunktet for denne kvalifikasjonsvurderingen er de kravene som er stilt i utlysningsteksten, samt eventuelle lov- og avtalefestede krav. Videre vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig egnethet for stillingen.

Hovedhensynet bak det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet er å sikre at forvaltningen rekrutterer personer med best mulig kompetanse i forhold til de oppgaver som skal løses. Beslutningen må dessuten gjøres på en måte som sikrer lik behandling og hindrer at tilsettingsorganet tar utenforliggende hensyn. En forsvarlig saksbehandling er en forutsetning for at tilsetningsvedtaket blir riktig. En ryddig tilsetningsprosess er også viktig for at borgerne skal ha tillit til at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn ved tilsetningen.

#### 2. Kvalifikasjonsvurderingen – sakens opplysning

Tilsetning i offentlig stilling er enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 annet ledd første punktum. De særlige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel IV-VI kommer derfor i utgangspunktet til anvendelse. I lovens § 3 er det imidlertid gjort unntak fra reglene om begrunnelse, klage og omgjøring.

Det er ikke gjort unntak fra utredningsplikten i forvaltningsloven § 17. Kravet om at en tilsettingssak skal være tilstrekkelig opplyst, innebærer bl.a. at tilsettingsmyndighetens vurdering av søkeres kvalifikasjoner må bygge på et forsvarlig grunnlag. Det betyr også at de omstendigheter det legges vekt på i vurderingen av søkerne må være tilstrekkelig klarlagt. Slik sett er det nær sammenheng mellom kravet til utredning og sakens opplysning, og kvalifikasjonsprinsippet.

Stillingsintervjuer vil normalt kunne være et egnet middel til å bidra til sakens opplysning. Intervjuer av aktuelle søkere vil, i tillegg til å gi tilsettingsmyndigheten en mulighet til å danne seg et personlig inntrykk av søkerne, være et middel til å utdype og klargjøre søkeres reelle kvalifikasjoner, herunder personlig egnethet og erfaring fra tidligere arbeidsforhold. På samme måte vil innhenting av referanser kunne bidra til å opplyse saken med hensyn til søkeres kvalifikasjoner.

I denne tilsettingssaken ble det ikke avholdt intervjuer med aktuelle søkere. Det ble, så vidt jeg kan se, heller ikke innhentet referanser om søkerne. Den tilsatte hadde arbeidet i ulike prosjektstillinger i kommunen de siste årene, og kommunen burde derfor ha vært godt kjent med hennes reelle kvalifikasjoner. A derimot, hadde ikke hatt X kommune som hovedarbeidsgiver etter 1997.

Det forelå ikke lov- eller avtalefestede krav til den nyopprettede stillingen som kultursjef. Utlysningsteksten inneholdt ingen formelle kvalifikasjonskrav, men det fremgikk at det var ønskelig med en person med «relevant høyere utdanning». Ellers var det ønskelig med resultater fra tilsvarende arbeid, og den som ville bli tilsatt burde være handlings- og resultatorientert og kunne samarbeide lett. Kommunen har lagt til grunn i redegjørelsen hit, at siden det ikke forelå formelle kvalifikasjonskrav til stillingen som kultursjef, ville det være avgjørende hvem av søkerne som «samla sett vurderes til å være best kvalifisert til å løse oppgavene for kommunen».

Ut fra utlysningsteksten synes både A og den tilsatte å ha vært godt kvalifiserte for stillingen. A synes å ha hatt lang og bred erfaring fra arbeid med kultur i flere kommuner, i tillegg til høgskoleutdanning i kulturarbeid. Hun hadde dessuten de siste fire år innehatt en lignende stilling som kultursjef i Y kommune. Det er neppe tvilsomt at A, bare ut fra de formelle kvalifikasjonene, var meget godt kvalifisert for stillingen.

I en slik situasjon, og særlig sett hen til at utlysningsteksten nettopp la opp til en vurdering av søkeres reelle kvalifikasjoner, er det oppsiktsvekkende at det ikke ble avholdt intervju med A eller innhentet referanser fra hennes siste arbeidsgiver. Jeg kan vanskelig følge kommunens syn om at et intervju fra 2004 skulle kunne være grunnlag nok for å foreta en forsvarlig vurdering av As kvalifikasjoner. Til dette kommer at det var tale om en nyopprettet lederstilling i kommunen av en viss betydning, som gjorde det særlig påkrevd med en forsvarlig saksbehandling. Dessuten fremgår det uttrykkelig av kommunens personalreglement at det skal gjennomføres intervju ved alle faste tilsetninger.

Jeg kan etter dette vanskelig se at saken var tilstrekkelig opplyst med hensyn til As kvalifikasjoner. Sett hen til at A fremsto som meget godt kvalifisert

for stillingen, kan jeg derfor ikke utelukke at den manglende opplysningen av saken kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

### 3. Saksbehandlingen – kravet til en skriftlig prosess

Hensynet til god forvaltningsskikk krever at hovedpunktene i tilsettingsprosessen blir nedtegnet og dokumentert skriftlig. Dette er bl.a. nødvendig for at en i ettertid skal kunne dokumentere og kontrollere både det faktiske grunnlaget for avgjørelsen og de vurderinger som er gjort. Skriftlighet er også nødvendig for at det i ettertid skal kunne kontrolleres at avgjørelsen ikke bygger på utenforliggende eller usaklige hensyn.

Riktignok gjelder ikke begrunnelsesplikten i forvaltningsloven §§ 24 og 25 i tilsettingssaker. Dette betyr imidlertid bare at tilsettingsmyndigheten ikke har noen plikt til å begrunne avgjørelsen overfor partene. Kravet om en forsvarlig saksbehandling gjelder like fullt, og når forvaltningen ikke utarbeider skriftlig begrunnelse til partene, blir det desto viktigere i prosessen å sørge for at det i ettertid blir mulig å kontrollere at tilsettingsprosessen har vært saklig og forsvarlig. Dette er spesielt viktig for at ombudsmannskontrollen skal bli effektiv.

Det ble ikke utarbeidet innstilling, og det ble som nevnt ikke avholdt intervju eller innhentet referanser. Det foreligger heller ikke skriftlige nedtegninger av tilsettingsmyndighetens vurderinger av aktuelle søkere, bortsett fra tilsettingsvedtaket, men som til gjengjeld er svært knapp og begrenset til en kort omtale av den tilsattes kvalifikasjoner. Det finnes med andre ord svært få spor av at det har vært foretatt en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering mellom den tilsatte og klageren. Dette gjør det vanskelig å foreta en effektiv kontroll med det vedtaket som ble truffet. Den manglende skriftligheten i saken svekker tilliten til tilsettingsvedtaket, og gjør at det ikke kan utelukkes at det kan ha blitt lagt vekt på usaklige eller utenforliggende hensyn ved tilsettingen.

For ordens skyld presiserer jeg at dette bare betyr at det er tilliten til vedtaket som er svekket og at jeg ikke vil ha uttalt noe om hvilke hensyn som ble avgjørende ved tilsettingen.

Jeg nevner også at tilsettingen ble foretatt kort tid etter at søknadsfristen utløp, at vedtaket om tilsetting av ny kultursjef ble foretatt av rådmannen alene, og at kunngjøringen synes å ha hatt et begrenset nedslagsområde. Undersøkelsen av saken her etterlater i det hele tatt et inntrykk av at saken ikke ble behandlet på en forsvarlig måte.

### 4. Oppsummering

De vurderingene som er foretatt av tilsettingsmyndigheten er bare i svært begrenset grad dokumentert, og det er vanskelig ut fra dette å bringe på det rene

hva grunnlaget for tilsettingsmyndighetens vurderinger var. Det er videre tvilsomt om saken var tilstrekkelig opplyst før vedtak om tilsetting ble truffet.

Tilsettingen er for lengst gjennomført, og den tilsatte har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Min uttalelse får derfor ingen konsekvenser for den tilsattes stilling. Jeg har imidlertid forståelse for at A har uttrykt mistillit mot avgjørelsen og rettet kritikk mot saksbehandlingen. X kommune bes merke seg mine synspunkter om behandlingen av denne tilsettingsaken og sørge for at lignende feil unngås for fremtiden.»

### 35.

#### Tilsetting av regnskapskontrollør

(Sak 2008/2714)

*En nylig avgått rådmann søkte stilling som regnskapskontrollør i samme kommune. Vedkommende hadde etter avtale med kommunen fratrudd stillingen som rådmann på grunn av samarbeidsproblemer med ordføreren. Søkeren var faglig godt kvalifisert for stillingen, men ble ansett som uaktuell av hensyn til arbeidsmiljøet.*

*Det var tvilsomt om det var rettslig adgang til å legge vekt på hensynet til arbeidsmiljøet i søkerens disfavør. Påstandene om skadevirkningene på arbeidsmiljøet synes ikke å ha vært utredet og var dessuten ikke dokumentert for ombudsmannen. Søkeren fikk heller ikke anledning til å imøtegå opplysningene før tilsetningsvedtaket ble truffet. Det var derfor tvil om beslutningen om å anse søkeren som uaktuell var saklig begrunnet og basert på en forsvarlig saksbehandling.*

A søkte på ledig stilling som regnskapskontrollør i X kommune. Det var fem søkere til stillingen, og fire av søkerne ble innkalt til intervju. A ble ikke innkalt til intervju, etter at fungerende rådmann i kommunen i et notat hadde besluttet at han ikke var aktuell for stillingen. A hadde tidligere vært ansatt som rådmann i samme kommune, men fratrudd stillingen etter å ha inngått en avtale med kommunen. Årsaken til sluttavtalen skal ha vært samarbeidsforholdet til ordføreren. Fungerende rådmann mente bl.a. at det ville være uheldig med hensyn til arbeidsmiljøet om A nå kom tilbake til en stilling med arbeidssted på kommunehuset. Tilsettingsutvalget i kommunen besluttet i møte å tilsette en annen søker i stillingen. A påklaget saksbehandlingen i tilsettingsaken, og ba om at saken ble behandlet i personalutvalget i kommunen, men uten at dette ble etterkommet fra kommunens side.

A brakte deretter saken inn for ombudsmannen. Han fremholdt at beslutningen om ikke å innkalle

ham til intervju bygget på usaklige hensyn, og at han var bedre kvalifisert enn den som ble tilsatt.

I brev herfra ble saken tatt opp med kommunen, som bl.a. ble bedt om å bekrefte inntrykket fra saksdokumentene om at kommunen anså A som faglig sett svært godt kvalifisert for stillingen. Det ble spurt om hvilken betydning de omtalte samarbeidsproblemer hadde hatt for kvalifikasjonsvurderingen, hvorfor A ikke ble innkalt til intervju og om kommunen mente at saken var tilstrekkelig opplyst. Kommunen ble også bedt om å redegjøre for hvilken betydning tidligere samarbeidsproblemer i stillingen som rådmann ville ha for stillingen som regnskapskontrollør. Det ble spurt om A i stillingen som regnskapskontrollør ville samarbeide direkte med politisk ledelse, og om kommunen i tilfelle hadde vektlagt dette momentet. Kommunen ble dessuten spurt om de samarbeidsproblemer som var omtalt i fungerende rådmanns notat var dokumentert gjennom det tidligere ansettelsesforholdet, og bedt om å oversende eventuell dokumentasjon til ombudsmannen.

Kommunen bekreftet at fungerende rådmann vurderte situasjonen slik at tilsetting av A i stilling med kontor plass i kommunehuset ville representere en stor risiko for arbeidsmiljøet. Det ble opplyst at de tilsatte på kommunehuset var slitne etter all oppmerksomheten saken hadde fått. På grunn av fortsatt underbemanning var det en hovedoppgave å få etablert en normalsituasjon for medarbeiderne.

Det var ingen tvil om at A hadde de nødvendige formelle kvalifikasjonene for stillingen, og beslutningen om ikke å innkalle ham til intervju var basert på at A nylig hadde arbeidet i kommunen. Det var dessuten ikke den faglige vurderingen som var avgjørende for denne beslutningen, men hensynet til det totale arbeidsmiljøet. Fungerende rådmann tok ved beslutningen ikke stilling til hva som var rett og galt, eller sant og usant i det samarbeidsproblemet som hadde oppstått, og som var bakgrunnen for at A og kommunen inngikk sluttavtale. Det var ikke samarbeidsproblematikken i seg selv, eller A sin rolle i denne, som hadde vært avgjørende, men de virkningene en tilsetting av A ville kunne få for arbeidssituasjonen og arbeidsmiljøet til de som har arbeidsplass helt eller delvis på kommunehuset. I stillingen som regnskapskontrollør ville man ikke formelt ha noen samarbeidsfunksjon overfor den politiske ledelsen, men dette hadde heller ikke vært avgjørende. Likevel var det slik at ordføreren har sitt kontor på kommunehuset, og at de politiske møtene stort sett foregår der.

A kom med merknader til kommunens redegjørelse. Han påpekte at påstanden om at tilsetting av ham ville medføre risiko for arbeidsmiljøet var uokumentert og utelukkende basert på fungerende rådmanns personlige meninger. Det ble videre opplyst at

han hadde vært på kommunehuset flere ganger etter at han sluttet som rådmann, og han hadde ved disse anledningene ikke opplevd negativ eller dårlig behandling fra de andre ansatte. Han mente også at unnlatelsen av å innkalle ham til intervju var en klar forskjellsbehandling, siden en annen søker som ble innkalt også hadde arbeidet i kommunen og derfor måtte være godt kjent for kommunen.

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

«Tilsetting i offentlig stilling er enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 annet ledd. For slike saker er det gjort unntak fra enkelte av reglene for behandlingen av saker som gjelder enkeltvedtak, bl.a. reglene om begrunnelse og klage, jf. forvaltningsloven § 3 annet ledd annet punktum. De øvrige reglene i forvaltningsloven kapittel IV og V kommer imidlertid til anvendelse, i tillegg til de alminnelige reglene i lovens kapittel II og III og de alminnelig forvaltningsrettslige prinsippene, som for eksempel kravet til en forsvarlig saksbehandling og forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.

Målet med en tilsetting vil normalt være å finne frem til den av søkerne som er best kvalifisert for stillingen. Dette kvalifikasjonsprinsippet er for kommunale stillinger ikke lovfestet, men i hovedtariffavtalen er dette utgangspunktet nedfelt i § 2 punkt 2.2. Det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet som gjelder for tilsettinger i forvaltningen må ses i sammenheng med forvaltningens særskilte posisjon. Enhver tilsetting innebærer bruk av offentlige midler, og det er i allmennhetens interesse at fellesskapets midler blir brukt til fellesskapets beste. Kvalifikasjonsprinsippet og reglene som gjelder for behandlingen av tilsettingssaker i forvaltningen skal bidra til å sikre at forvaltningen til enhver tid ansetter de personene som vil være best i stand til å utføre de oppgaver som ligger til vedkommende stilling. Videre skal en forsvarlig tilsetningsprosess forhindre at det blir tatt utenforliggende hensyn og at det offentliges interesser dermed blir skadelidende. Ved at reglene for behandlingen av enkeltvedtak får anvendelse for avgjørelser som gjelder ansettelse av offentlig tjenestemann, har lovgiver gitt et klart signal om viktigheten av en forsvarlig og retts sikker prosess.

Det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet består i hovedsak av tre momenter; utdanning, praksis/erfaring og personlig skikkethet for stillingen. De to første momentene knytter seg til søkerens faglige kvalifikasjoner. Det siste momentet innebærer en vurdering av søkerens egnethet for stillingen, målt opp mot arbeidsgivers behov og de krav og ønsker som fremgår av utlysningsteksten. Relevante momenter i denne vurderingen vil for eksempel kunne være samarbeidsegenskaper, motivasjon, evne til å arbeide selvstendig og sosiale egenskaper. I og med at dette vil

være egenskaper som sjelden vil fremkomme av en søknad eller en CV, vil et egnet virkemiddel for å opplyse tilsettingsmyndigheten om disse forholdene være avholdelse av intervju og innhenting av referanse fra for eksempel tidligere arbeidsgivere. Vurderingen av søkerens skikkethet for stillingen må knytte seg til forhold på søkerens hånd. Jeg antar likevel at det må være en viss adgang til å legge vekt på hvilke andre ansatte som arbeider på arbeidsplassen, for eksempel kjønns- og alderssammensetningen. Dette forutsetter imidlertid normalt at søkerne ellers står likt med hensyn til faglige og personlige kvalifikasjoner. De andre medarbeidernes ønsker eller preferanser kan i seg selv ikke være saklig å legge vekt på til ugunst for en søker. På den annen side kan informasjon om søkeren fra andre tilsatte ved arbeidsstedet kunne bidra til opplysningen av saken. Det følger imidlertid av forvaltningsloven § 17 annet og tredje ledd at forvaltningen etter omstendighetene skal eller bør gjøre vedkommende søker kjent med slike opplysninger. Dessuten vil hensynet til kontradiksjonsprinsippet og en forsvarlig saksbehandling kunne tilsa at søkeren får anledning til å gjøre seg kjent med opplysninger om ham fra andre, og gis anledning til å kommentere dem.

Det er på det rene at X kommune anså A som svært godt faglig kvalifisert for stillingen, og beslutningen om at han var uaktuell for stillingen var ikke begrunnet i manglende faglige kvalifikasjoner. Kommunen har heller ikke begrunnet den manglende tilsettingen av A i manglende personlig egnethet for stillingen. Tvert i mot synes kommunen å ha vært nøye med nettopp ikke å uttale seg om As evne til samarbeid eller personlige egenskaper for øvrig, for å unngå å ta stilling til den tidligere samarbeidskonflikten mellom A og ordføreren. Beslutningen om at A ikke var aktuell for stillingen var begrunnet i hensynet til arbeidsmiljøet, og det avgjørende synes å ha vært at hans inntreden ville kunne rippe opp i tidligere vanskelige samarbeidsforhold og vanskeliggjøre arbeidet med å bedre kommunikasjonsmønsteret innad i kommunen. Det er etter min mening tvilsomt om det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet åpner for at kommunen kunne tillegge dette momentet betydning i kvalifikasjonsvurderingen av A. De mulige skadevirkningene på arbeidsmiljøet synes dessuten ikke å ha vært utredet i forbindelse med tilsettingssaken, og påstandene er ikke dokumentert for ombudsmannen. A ble heller ikke gjort kjent med og gitt anledning til å imøtegå påstandene før vedtaket om tilsetting ble fattet.

Søknaden fra A hadde ikke vært gjenstand for en forsvarlig saksbehandling. I lys av at A var meget godt kvalifisert for stillingen, kan det vanskelig sies at kommunen har godtgjort at beslutningen om at han var uaktuell for stillingen bygde på et saklig grunn-

lag. Samlet sett foreligger det derfor begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd.

Kommunens konklusjon med hensyn til As kandidatur til stillingen som regnskapskontrollør, innebærer at han neppe vil være aktuell for stillinger i kommunen hvor arbeidsstedet er X kommunehus, uavhengig av hvor godt faglig og personlig kvalifisert han er. Dette er naturligvis inngripende, og må derfor kreve et saklig grunnlag og en grundig saksbehandling.

Tilsettingsaken er avsluttet, og den som ble tilsatt har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Min uttalelse får ingen konsekvenser for den tilsattes rettsstilling.»

### 36.

#### Sak om tilsetting av jurist – kvalifikasjonsprinsippet

Sak 2009/378

*Til en stilling som jurist ble en søker med lang yrkeserfaring, men med begrenset juridisk praksis, foretrukket fremfor en søker med langvarig juridisk arbeidsbakgrunn.*

*Klageren fremsto meget godt kvalifisert ut fra de kravene som var stilt i utlysningsteksten, og han ble også ansett personlig egnet for stillingen. Det var derfor grunn til å uttrykke tvil om tilsettingsmyndigheten ved skjønnsutøvelsen la tilstrekkelig vekt på den bakgrunn og erfaring klageren hadde, og om det kunne legges avgjørende vekt på personlig egnethet for den aktuelle stillingen.*

Til en ledig stilling som jurist i Arbeidstilsynet var det 21 søkere. A var en av i alt fem søkere som ble innkalt til intervju. A ble innstilt som nummer 2, mens B, som var innstilt som nummer 1, ble tilsatt i stillingen.

Norges Juristforbund brakte saken inn for ombudsmannen på As vegne. Det ble gjort gjeldende at A var urettmessig forbigått ved tilsettingen. Juristforbundet viste i denne forbindelse til at det var stor forskjell på A og Bs arbeidserfaring og hvor relevant denne var for den aktuelle stillingen. Det ble vist til at A hadde mange års bred og relevant erfaring fra Arbeidstilsynet, herunder ledererfaring fra tilsynet. Videre at han hadde nesten ti års erfaring fra politiet, og de siste årene hadde drevet egen praksis som advokat. Den tilsatte kunne etter Juristforbundets syn ikke vise til tilsvarende praksis eller saksbehandling innenfor disse relevante områdene. Det ble dessuten påpekt at As personlige kvalifikasjoner, som det etter det opplyste var lagt avgjørende vekt på, neppe kunne ha blitt forsvarlig utredet siden As oppgitte referanser ikke var kontaktet og det ikke var gjennomført

to intervjuer. Dersom ikke arbeidsgiver kunne sannsynliggjøre at de personlige egenskapene var «langt bedre» hos den tilsatte, ga det etter Juristforbundets oppfatning grunn til å tro at det fastsatte kvalifikasjonskravet var satt til side.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og i brev herfra ble Arbeidstilsynet bedt om å redegjøre for den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen som var blitt foretatt mellom A og B. Det ble spurt hvordan A ble vurdert opp mot den tilsatte med hensyn til de ønskede kvalifikasjonene som var opplistet i utlysningsteksten og de uttrykkelige angitte personlige egenskapene som var nødvendige for stillingen. Arbeidstilsynet ble videre bedt om å utdype hva som ble ansett å ligge i begrepet «personlig egnethet», og hvordan dette begrepet forholdt seg til de andre kravene til personlige egenskaper som var angitt i utlysningsteksten. Det ble bedt om en utdyping av hva som lå i at slik personlig egnethet ville «bli tillagt stor vekt», og spurt om hvordan A og B ble vurdert på dette punktet.

I Arbeidstilsynets redegjørelse til ombudsmannen ble A og Bs kvalifikasjoner vurdert opp mot hverandre med hensyn til de ønskede kvalifikasjonene utover kravet om utdanning som jurist. Det ble opplyst at A hadde god og relevant bakgrunn. B og A hadde omtrent lik yrkespraksis lengde, men med ulikt innhold. Lengden på praksis som jurist var ikke av vesentlig betydning, så lenge kravet om fullført juridisk utdanning var oppfylt. Det ble opplyst at personlige egenskaper var det vurderingskriteriet som «klart har skilt de to kandidatene i rangeringen». As tidligere arbeidsforhold til etaten og intervjuet med ham var grunnlaget for vurderingen av As personlige egenskaper. Det ble vist til at det med presiseringen i utlysningsteksten om at personlig egnethet vil bli tillagt stor vekt, var ment å uttrykke at personlige egenskaper hadde stor betydning for oppgaveløsningen. Stillingen som jurist innebar både juridisk saksbehandling og utadrettet tilsynsvirksomhet. Det var «ønskelig å vektlegge at personlige egenskaper vil kunne være utslagsgivende dersom søkerne ellers har et faglig solid ståsted».

Avslutningsvis i brevet ble det bedt om at ett av avsnittene i redegjørelsen ble sladdet eller tatt ut ved oversendelse til klageren. I en henvendelse herfra ble det, særlig under henvisning til behovet for en kontraktorsik og rettssikker prosess hos ombudsmannen, bedt om en ny vurdering av behovet og det rettslige grunnlaget for å unnta de aktuelle opplysningene fra klagerens innsyn. Dersom tilsynet opprettholdt ønsket om sladding, ville dette bli etterkommet herfra. Det ble likevel opplyst at spørsmålet om innsyn i tilfelle ville bli vurdert ved avslutningen av saken.

Arbeidstilsynet kom tilbake til saken, og opplyste at det var foretatt en ny vurdering av innsynsspørs-



målet. Det var nå flere opplysninger i brevet som kunne gjøres kjent for A, men fortsatt var det en del opplysninger om tilsynets vurdering av A og B som var unntatt. Hjemmel for å unnta opplysningene ble oppgitt å være forvaltningsloven og forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 §§ 16, 17 og 19.

En sladdet versjon av Arbeidstilsynets brev ble deretter oversendt til Juristforbundet, som i brev til ombudsmannen oversendte et notat fra A med merknader til Arbeidstilsynets redegjørelse. A påpekte det vanskelige i å skulle kommentere en redegjørelse hvor sentrale opplysninger om vurderingen av ham var utelatt. Han fremholdt likevel at ut fra en sammenligning av de to aktuelle søkeres kvalifikasjoner, fremsto han som langt bedre kvalifisert. Ut fra kravene i utlysningsteksten sammenfalt stillingens innhold «nærmest fullstendig» med hans kompetanse. Han redegjorde utførlig for sin yrkeserfaring, som etter hans syn var bred og omfattende og dessuten fremsto som spesielt viktig for den aktuelle stillingen. A kjente seg ikke igjen i Arbeidstilsynets gjengivelse av hva som ble sagt under intervjuet med ham eller i beskrivelsen av hans personlige egenskaper. Han mente også at de to intervjupersonene, som hadde opplyst å ha kjennskap til ham fra tidligere arbeidsforhold, ikke var i en slik situasjon på den tiden han arbeidet i tilsynet at de hadde forutsetninger for å vurdere hans arbeid. Dessuten reagerte han på at det ikke var tatt kontakt med noen av de oppgitte referansepersonene, som var de eneste som kunne gi en god og dekkende beskrivelse og vurdering av hans tidligere arbeid i Arbeidstilsynet.

Arbeidstilsynet kom med enkelte ytterligere merknader i brev til ombudsmannen. Det ble bemerket at A ved å være innstilt som nr. 2 av i alt 21 søkere, ble ansett å være en godt kvalifisert søker. Samtidig ble det særlig vist til punkt 2 om personlige egenskaper i tilsynets tidligere brev hit, og som anga de forholdene som var utslagsgivende for at han ble innstilt som nr. 2.

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

#### *«1. Innsynsspørsmålet*

Arbeidstilsynet ba om at deler av redegjørelsen til ombudsmannen ble unntatt fra As innsyn. De utelatte opplysningene gjaldt både B og A selv.

Etter forvaltningsloven § 3 annet ledd, jf. forvaltningslovforskriften § 16 første punktum har en søker i utgangspunktet rett til å gjøre seg kjent med de deler av dokumentene i en tilsettingssak som inneholder opplysninger om søkeren selv. Denne retten omfatter både «faktiske opplysninger» og «vurderinger». Et unntak gjelder likevel for «vurderinger» gjort av bl.a. tilsettingsorganet eller innstillende myndighet, jf. forskriften § 16 annet punktum bokstav a. Videre gir forskriften §§ 17, 18 og 19 søkeren rett til innsyn i

visse faktiske opplysninger om den søkeren som er tilsatt. Jeg antar at de samme prinsippene må gjelde for de dokumentene som utarbeides i forbindelse med at tilsettingssaken er brakt inn for ombudsmannen.

Jeg har ikke grunnlag for å fastslå at A hadde krav på innsyn i de opplysningene Arbeidstilsynet ønsket å hemmeligholde, med unntak for et par av opplysningene om Bs yrkesmessige bakgrunn. I og med at disse opplysningene neppe var av betydning for avgjørelsen, kunne imidlertid Arbeidstilsynet likevel holde disse opplysningene tilbake, jf. for så vidt forvaltningslovforskriften § 17 annet ledd siste punktum.

Selv om det ikke er noe rettslig å innvende mot at Arbeidstilsynet ønsket å hemmeligholde visse opplysninger overfor A, er det grunn til å minne om at de opplysningene det her er tale om ikke er taushetsbelagte overfor ham. Det ville således ikke vært noe i veien for å gi A innsyn i opplysningene selv om han ikke hadde krav på slikt innsyn. Dette ville også ha kunnet bidra til å sikre opplysningen av saken for ombudsmannen, og styrket tilliten til at forvaltningens avgjørelse hvilte på et forsvarlig grunnlag.

#### *2. Tilsettingssaken*

Siktemålet i en tilsettingssak er normalt å finne frem til den av søkerne som etter en samlet vurdering må anses best kvalifisert for stillingen. Utgangspunktet for denne sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen må tas i de kravene som er stilt i utlysningsteksten og eventuelle lov- og avtalefestede krav. Ellers vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlige egenskaper.

Det fremgår at begge de to aktuelle søkerne oppfylte de formelle kravene som var stilt i utlysningsteksten. Avgjørende for den innbyrdes rangeringen mellom A og B var de to søkeres personlige egnethet for stillingen.

Vurderingen av personlig egnethet for den aktuelle stillingen må i stor grad bygge på skjønn. Der som personlig egnethet skal kunne tillegges avgjørende vekt ved rangeringen av ellers kvalifiserte søkere, må tilsettingsmyndigheten sørge for at den har et forsvarlig faktisk grunnlag for vurderingen. Normalt innebærer dette at det må gjennomføres intervju og at aktuelle referanser innhentes. Det bør i tillegg gå klart frem av innstillingen hvilke egenskaper ved en ellers godt kvalifisert søker som tilsier at hans personlige egnethet for stillingen er dårligere. I alle fall må saken være tilstrekkelig opplyst med hensyn til dette kriteriet.

Arbeidstilsynets saksbehandling fremstår samlet sett som ryddig og god. Det ble gjennomført intervju av aktuelle kandidater, og det er gjort utførlige nedtegnelser av vurderingene av søkerne. Referanser om

A ble imidlertid ikke innhentet, under henvisning til at han hadde arbeidet i Arbeidstilsynet tidligere. Det er uenighet om hva som ble sagt under intervjuet, og de faktiske opplysningene som er nevnt som grunnlag for vurderingen av hans personlige egnethet ligger til dels langt tilbake i tid. A har videre fremholdt at de personene som gjennomførte intervjuet ikke hadde forutsetninger for å kjenne til hans arbeid fra den tiden han var ansatt i Arbeidstilsynet. Sett hen til at A faglig sett fremsto som meget godt kvalifisert for stillingen, ville det vært en fordel om det hadde vært innhentet referanser om A, særlig fra den tiden han hadde arbeidet utenfor Arbeidstilsynet. Dette ville ha vært egnet til å styrke tilliten til tilsetningen.

Under enhver omstendighet er det spørsmål om hvilken vekt som i dette tilfellet kunne legges på kriteriet personlig egnethet for stillingen ved rangeringen av de to aktuelle søkerne. Både B og A hadde relativt lang yrkeserfaring. As praksis har vært knyttet til ulike og relevante stillinger som jurist eller advokat, og han har tidligere arbeidet mange år i Arbeidstilsynet med ulike arbeidsoppgaver, herunder i en lederstilling. B tok derimot juridisk embetseksamen først i 2006, og hennes yrkesaktive karriere har derfor i all hovedsak vært av ikke-juridisk karakter. Slik jeg forstår Arbeidstilsynet, ble Bs varierte yrkesbakgrunn betraktet som relevant, og endog som en styrke, for den aktuelle stillingen. Det var imidlertid søkt etter en jurist, og de ønskede kvalifikasjonene og beskrivelsene av stillingens innhold tyder på at arbeidsgiveren først og fremst hadde behov for en person med juridisk erfaringsbakgrunn. Med de oppgaver som ut fra utlysningsteksten var lagt til stillingen, skulle man tro at As erfaringsbakgrunn var spesielt relevant.

Det er videre lite som tyder på at den aktuelle stillingen som jurist krevde personlige egenskaper utover det normale. De opplistede ønskede personlige egenskapene i utlysningsteksten er generelle, og må anses å gjelde for svært mange stillinger. Riktignok var det opplyst at personlig egnethet ville «bli tillagt stor vekt». En slik opplysning kan imidlertid ikke ha selvstendig betydning utover det som ellers følger av det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Uansett må A ha vært ansett som personlig egnet for stillingen, siden han ble innstilt som nr. 2.

Samlet sett er det grunn til å uttrykke tvil om hvorvidt tilsettingsmyndigheten ved skjønnsutøvelsen la tilstrekkelig vekt på den bakgrunn og erfaring A hadde. Videre er det tvil om det var grunnlag for å legge avgjørende vekt på personlig egnethet i den innbyrdes rangeringen av de to kandidatene.

Tilsetningen er gjennomført og den som er tilsatt har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Min uttalelse får derfor ingen konsekvenser for den tilsetningen som er gjort. Jeg ber imidlertid Arbeidstilsy-

net merke seg mine synspunkter for fremtidige saker.»

### 37.

#### **Tilsetting i parkeringsselskap organisert som aksjeselskap – forbigåelse og innsyn i utvidet søkerliste**

(Sak 2008/971)

*En søker mente seg forbigått ved tilsetting av teknisk leder i et kommunalt eid parkeringsselskap, organisert som aksjeselskap. Søkeren klaget også på at han ikke var gitt innsyn i utvidet søkerliste. Parkerings-selskapet mente at forvaltningsloven ikke kom til anvendelse ved tilsettinger da de ansatte i selskapet ikke kunne defineres som offentlige tjenestemenn.*

*Ombudsmannen mente at selskapets standpunkt bygget på en uriktig rettsoppfatning og ba om at innsynsspørsmålet ble vurdert på nytt.*

A var en av åtte søkere til stillingen som teknisk leder i et parkeringsselskap (X), som var organisert som aksjeselskap. Samtlige aksjer var eid av kommunen. A ble verken innkalt til intervju eller tilsatt i stillingen, som ble tilbudt B. A ba om innsyn i utvidet søkerliste, men X avsto kravet med den begrunnelse at forvaltningslovens bestemmelser om offentlige tjenestemenn ikke kom til anvendelse på aksjeselskaper. A klaget til X over avslaget på innsyn og over ansettelsesprosessen. Selskapet besvarte As brev og listet opp navnene og alderen på de aktuelle søkerne. Samtidig ble det opplyst at selskapet hadde foretatt «evaluering, sjekk av referanser og intervjurunde». Senere sendte As advokat en ny klage til selskapet. Etter først å ha oversendt klagen til kommunen, meddelte X at heller ikke kommunen kom til å behandle klagen, da selskapet var et eget rettssubjekt.

As advokat klaget på vegne av A til ombudsmannen. Klagen gjaldt både at A var blitt forbigått ved ansettelsen og at han ikke hadde fått innsyn i utvidet søkerliste. Det ble vist til at parkeringsselskapet måtte anses som et forvaltningsorgan og dermed hadde plikt til å tilsette den best kvalifiserte søkeren, og likeså plikt til å utarbeide utvidet søkerliste og gi søkere innsyn i den. Det ble vist til at klageren hadde de formelle kvalifikasjonene som krevdes, og dessuten omfattende arbeidserfaring som var relevant for stillingen. Klageren hadde gjennom sitt arbeid for elektroselskapene Y og Z utført arbeid for X i en årrekke. Arbeidet hadde i hovedsak bestått i teknisk vedlikehold av parkeringsautomater. Videre ble det vist til at det ikke var foretatt intervju av søkerne, og at saken dermed ikke var godt nok opplyst før tilsetningsvedtaket ble truffet. Vedtaket måtte anses ugyldig fordi feilen hadde vært bestemmende for vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41 jf. § 17.

Det ble herfra funnet grunn til å undersøke nærmere om parkeringselskapet var et «forvaltningsorgan» etter forvaltningsloven § 1, og saken ble tatt opp med KS Advokatene (KS), som hadde meddelt ombudsmannen at de ville representere X. I brev herfra ble KS bedt om å redegjøre nærmere for bakgrunnen for opprettelsen av X og graden av organisatorisk og økonomisk tilknytning til det offentlige, herunder kommunens eierandel. Det ble spurt om i hvilken grad selskapet utførte sine oppgaver selvstendig i forhold til kommunen, og hvilken reell og formell innflytelse kommunen hadde over selskapet. KS ble også bedt om å utdype formålet til X og i hvilken grad og på hvilken måte selskapet kunne sies å være et redskap for gjennomføringen av den offentlige politikk. Videre ble det spurt om X hadde en faktisk monopolstilling innenfor sitt virksomhetsområde, og om selskapet drev kommersiell virksomhet, eventuelt i konkurranse med andre.

X syntes å ha lagt til grunn at spørsmålet om selskapet var et «forvaltningsorgan», ikke alene var avgjørende for om reglene for enkeltvedtak kom til anvendelse på tilsetninger i selskapet. KS ble bedt om å utdype dette synspunktet. Til slutt ble det spurt om alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper kunne komme til anvendelse på selskapets virksomhet, herunder tilsettingssaker. Det ble bedt om selskapets syn på om - og i hvilken utstrekning - det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet og alminnelige forvaltningsrettslige krav til sakens opplysning og forsvarlig saksbehandling, faktisk var fulgt ved den aktuelle tilsettingen.

KS viste i brev hit til at bakgrunnen for at X ble dannet, dels var hensynet til muligheten for lånefinansiering, dels var å klargjøre ansvarslinjene i virksomheten. Ifølge vedtektene eide kommunen alle aksjene i selskapet. Eierstyringen skjedde utelukkende gjennom generalforsamlingen, men eieren hadde ikke lagt noen føringer for driften siden stiftelsen. Selskapet var selvfinansierende og overførte midler til kommunen. Gebyrinntektene utgjorde ca 25 % av selskapets samlede inntekter. Det ble redegjort for at selskapet hadde fått delegert myndighet fra kommunen til å håndheve deler av vegtrafikklovgivningen og parkeringsforskriften i kommunen. Selskapet håndhevet på dette grunnlag parkeringsreglene innen kommunens arealer og ila parkeringsgebyr og tilleggsavgift ved brudd på regelverket. Denne delen av virksomheten var selskapet alene om å utføre. Mange selskaper drev ellers med avgiftsparkering, - X hadde ansvar for 30 % av alle parkeringsplassene i kommunen. Denne delen av virksomheten var det følgelig sterk konkurranse om. KS konkluderte med at det ut fra disse momentene ikke var klart at selskapet var et organ for kommunen.

Selv om stortingsmeldingen om offentlighetsprinsippet i forvaltningen slår fast at offentlighetsloven og forvaltningsloven har samme virkeområde, mente KS at det likevel ikke var klart at alle aktuelle regler i forvaltningsloven gjaldt for et kommunalt eid aksjeselskap. Etter ikrafttredelsen av den nye offentleglova, var det heller ikke gitt at virkeområdet for de to lovene er det samme. KS mente at selv om forvaltningsloven skulle gjelde for selskapet, måtte det i tillegg tas standpunkt til om arbeidssøkere og arbeidstakere i selskapet kunne sies å være offentlige tjenestemenn, og om ansettelser er enkeltvedtak, for at denne delen av forvaltningsloven skal gjelde. Det ble vist til at det foreliggende rettskildematerialet ikke ga klar støtte for at ansatte i offentlig eide aksjeselskap skulle være tjenestemenn og omfattes av de særskilte saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak. Til støtte for dette synet ble det bl.a. vist til uttalelser av professor Geir Woxholth.

KS viste til at X, etter at denne saken var igangsatt, hadde fastsatt særskilte retningslinjer ved ansettelser som lå tett opp til det som gjaldt i forvaltningen. Det ble også vist til at selskapet var bundet av Hovedtariffavtalen som hadde tariffregulert kvalifikasjonsprinsippet. Når det gjaldt den konkrete saken, viste KS til at det hadde vært viktig for selskapet å finne en kandidat med de kvalifikasjonene og den arbeidserfaringen som B hadde. KS viste videre til at X hadde erfaring med A gjennom to avtaler og at det hadde oppstått samarbeidsproblemer med ham, som gjorde at det ble stilt spørsmål ved hans lojalitet til oppdragsgiver. Parkeringselskapet hadde ikke innkalt A til intervju, da det på bakgrunn av søkertilfanget bare var en søker som pekte seg ut. KS opplyste at stillingen ville blitt utlyst på ny hvis B ikke ville hatt den.

Klagerens advokat redegjorde i senere brev hit bl.a. for at det arbeidet som X nå utførte, i sin helhet ble drevet av kommunen tidligere, og at mange kommuner fremdeles drev denne virksomheten selv. Det ble i denne sammenheng vist til at også X hadde lagt den konkurranseutsatte driften til et datterselskap. Klageren var ukjent med at det forelå noen samarbeidsproblemer mellom ham og selskapet.

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

«Saken reiser for det første spørsmål om X var forpliktet til å utarbeide utvidet søkerliste og gi klageren innsyn i den. Dernest er det spørsmål om selskapet var bundet av det såkalte kvalifikasjonsprinsippet, og om dette prinsippet ble brutt på grunn av at det ikke var innhentet tilstrekkelige opplysninger om søkerne.

#### *1. Innsynskravet*

1.1 X avslo klagerens krav om innsyn i utvidet søkerliste med den begrunnelse at de ansatte i et aksjeselskap ikke er offentlige tjenestemenn. Jeg forstår sel-

skapet slik at det mener det ikke er tilstrekkelig å avgjøre om selskapet er et offentlig organ som faller inn under forvaltningslovens virkeområde. Det må etter selskapets mening også vurderes særskilt om de ansatte der er offentlige tjenestemenn.

Innsyn i utvidet søkerliste reguleres av forskrift til forvaltningsloven (forvaltningslovsforskriften) 15. desember 2006 nr 1456. Ifølge forskriften § 15 har en part i en sak om tilsetning rett til å gjøre seg kjent med «samtlige øvrige søkers navn og alder og fullstendige opplysninger om deres utdanning og praksis i offentlig og privat virksomhet». Slike opplysninger kan forvaltningsorganet sammenfatte i en egen liste (utvidet søkerliste).

Forvaltningslovsforskriften gir bestemmelser som utfyller, presiserer og gjør unntak fra forvaltningsloven, slik at forskriftens anvendelsesområde er det samme som forvaltningslovens. Det følger av forvaltningsloven § 1, annet punktum at loven gjelder for forvaltningsorganer, som i annet punktum er definert som ethvert «organ for stat eller kommune». Etter ordlyden i denne bestemmelsen er forvaltningslovens virkeområde knyttet til organbegrepet. Dette tilsier at når et organ først faller innenfor lovens definisjon, gjelder i utgangspunktet lovens materielle og prosessuelle bestemmelser fullt ut. Tilsetning i organet og andre avgjørelser som er oppregnet i lovens § 2 annet ledd, vil da regnes som tilsetning i offentlig tjeneste og være enkeltvedtak. Det er vanskelig å se at definisjonen av «offentlig tjenestemann» i lovens § 2 første ledd litra d eller bruken av uttrykket i paragrafens annet ledd, skulle innebære noen begrensning i lovens virkeområde, slik selskapets standpunkt i realiteten ville innebære. Hensikten med oppregningen i forvaltningsloven § 2 annet ledd har vært å trekke en grense for hvilke avgjørelser i tjenesteforhold som skulle regnes som enkeltvedtak, ikke å avgrense lovens virkeområde som sådan. Heller ikke i forvaltningslovsforskriften eller forvaltningsloven kapittel IV oppstilles det noe tilleggsvilkår om «offentlig tjenestemann» for at bestemmelsene skal komme til anvendelse. Det er med andre ord tilstrekkelig til å utløse reglene i forvaltningsloven og dermed forvaltningslovsforskriften, at en virksomhet faller inn under definisjonen av et forvaltningsorgan. Så vidt jeg kan se, bygger også professor Jan Fridthjof Bernts kommentar i Norsk lovkommentar, som KS har vist til, på det samme synspunktet, idet det deles inn mellom organer som faller innenfor og utenfor lovens ramme. For sistnevnte gruppe skriver Bernt:

«Der et organ faller utenfor lovens ramme, vil ikke tilsetning i organet regnes som tilsetning i offentlig tjeneste og heller ikke som enkeltvedtak slik at loven kommer til anvendelse etter § 1 siste punktum.»

Jeg har etter dette vanskelig for å følge selskapet når det avsto klagerens krav om innsyn med den begrunnelse at ansatte i et aksjeselskap ikke kan defineres som offentlige tjenestemenn.

En annen sak er at aksjeselskaper ofte ikke vil være forvaltningsorganer, selv om de i større eller mindre grad eies av stat eller kommune. I så fall vil også ansettelse der falle utenfor forvaltningslovens virkeområde.

1.2 Når det gjelder vurderingen av om et aksjeselskap må anses som et forvaltningsorgan, synes det i dag å være enighet om at grensdragningen etter forvaltningsloven beror på en helhetsvurdering på linje med vurderingen etter offentlighetsloven, som gjaldt på det tidspunktet da klageren ba om innsyn i utvidet søkerliste. Det vises for så vidt til Hans Petter Graver: Alminnelig forvaltningsrett (3. utg. 2007) side 322 flg., Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett (8. utg. 2006) side 180 flg. og Woxholth: Forvaltningsloven med kommentarer (4. utg. 2006) side 51 flg. Dette synet kommer også til uttrykk i flere ombudsmannsuttalelser, og er så vidt jeg forstår, lagt til grunn av så vel X som av klageren i saken her.

Det fremgår av saksfremstillingen innledningsvis at Xs begrunnelse for å avslå klagerens innsynskrav var at selskapet var et «eget rettssubjekt». Isolert sett kan dette oppfattes slik at selskapet hadde vurdert spørsmålet og konkludert med at det ikke kunne anses som et forvaltningsorgan etter forvaltningsloven. I brev til klageren 15. oktober 2007 opplyste imidlertid selskapet at problemstillingen var «drøftet med arbeidsgiverorganisasjonen KS», og i den etterfølgende korrespondansen med ombudsmannen har KS lagt avgjørende vekt på at selskapets ansatte ikke kan defineres som «offentlige tjenestemenn». Hvorvidt selskapet som sådan må anses som et forvaltningsorgan, forstår jeg ikke har vært ansett som avgjørende. Da jeg mener dette spørsmålet er av avgjørende betydning for saken, ber jeg om at selskapet tar uttrykkelig stilling til det nå, og at den rettsoppfattning som jeg har gitt uttrykk for ovenfor, blir lagt til grunn.

Jeg har ingen mening om hva resultatet av den fornyede vurderingen bør bli. Likevel kan det være grunn til å presisere at spørsmålet ikke kan anses som opplagt, og at både eierforhold og tillagte oppgaver kan peke i retning av at selskapet må anses som et forvaltningsorgan. Den avgjørelsen som blir fattet, kan eventuelt gjøres til gjenstand for en ny klage hit. Hvis konklusjonen blir at selskapet må anses som et forvaltningsorgan etter forvaltningsloven, må selskapet selvsagt vurdere hvilke konsekvenser det får for klagerens innsynskrav.

## 2. Saksbehandlingen - kvalifikasjonsprinsippet

Klageren mener også at kvalifikasjonsprinsippet ble brutt fordi manglende gjennomføring av intervjuer innebar at saken ikke ble tilstrekkelig opplyst med hensyn til søkerens samlede kvalifikasjoner. Det er i denne forbindelse vist til forvaltningsloven § 41, jf. § 17. X har også på dette punkt vist til at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, herunder plikten til intervju, ikke kommer til anvendelse fordi de ansatte i et aksjeselskap ikke vil være offentlige tjenestemenn.

X opplyste i første omgang til klageren at det var foretatt en intervjurunde, jf. brevet 19. november 2007. Senere måtte selskapet gå tilbake på dette, men opplyste nå at det egentlig bare var en aktuell søker. Det er selvfølgelig uheldig og kritikkverdig at selskapet ga uriktige opplysninger om et så sentralt punkt i ansettelsesprosessen. Denne typen feil er egnet til å svekke søkerens tillit til at alt har gått riktig for seg.

Jeg legger etter dette til grunn at det ikke ble gjennomført noen intervjurunde.

Spørsmålet om parkeringsselskapet faller inn under forvaltningslovens virkeområde, kommer ikke på spissen i forhold til kvalifikasjonsprinsippet, idet X uansett er bundet av hovedtariffavtalen, som i § 2 pkt 2.2 har avtaleregulert dette prinsippet, jf. opplysningen fra KS i brevet hit 15. august 2008. Kvalifikasjonsprinsippet innebærer en plikt for det tilsettende organet til å finne frem til den søkeren som etter en samlet vurdering er best kvalifisert for stillingen. Utgangspunktet for vurderingen er kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten og eventuelle lov- og avtalefestede krav. Videre vil utdanning, praksis og personlige egenskaper stå sentralt.

Formålet med kvalifikasjonsprinsippet er å sikre at forvaltningen tilsetter personer med best mulig kvalifikasjoner i forhold til de oppgavene som skal løses. Beslutningen må da uansett gjøres på en måte som sikrer lik behandling, og hindrer at tilsettingsorganet tar utenforliggende hensyn. Forsvarlig saksbehandling er en forutsetning for at tilsetningsvedtaket blir riktig. En ryddig saksbehandlingsprosess er også viktig for at folk skal ha tillit til at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn ved tilsettingen.

Et av de sentrale elementene i dette forsvarlighetskravet er at tilsettingsorganet sørger for at saken er tilstrekkelig opplyst før vedtak treffes. Prinsippet er lovfestet i forvaltningsloven § 17, som gjelder saksforberedelse ved enkeltvedtak. Det er imidlertid ikke tvil om at dette er et grunnleggende prinsipp som gjelder uavhengig av om den konkrete lovbestemmelsen i forvaltningsloven kommer til anvendelse. En følge av prinsippet vil blant annet kunne være at søkere gis mulighet for å korrigere eller imøtegå opplysninger som tilsettingsorganet mener å sitte inne med.

Årsaken til at klageren ikke nådde opp i tilsetningsprosessen i denne saken, er oppgitt dels å skyldes at han ikke hadde de formelle kvalifikasjonene, dels at han manglet de personlige egenskapene. Klageren har bestridt opplysningene på flere punkter, og fremholdt at den som fikk stillingen, ikke var bedre formelt kvalifisert.

Så vidt jeg kan se, kjente selskapet klageren godt fra tidligere, og det må antas at valget i stor grad ble tatt ut fra disse erfaringene. Ut fra opplysningenes art kunne nok klageren med fordel ha vært innkalt til intervju før tilsetting fant sted. Saken er imidlertid blitt opplyst i ettertid, og selve den konkrete vurderingen av søkerens personlige egenskaper kan jeg naturlig nok ikke ha noen mening om.

## 3. Oppsummering

Tilsettingen er gjennomført, og den tilsatte har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Slik saken er opplyst, er det ikke grunn til å anta at min undersøkelse av klagen får konsekvenser for den avgjørelsen som X har truffet på dette punkt. Jeg ber imidlertid om at X merker seg mine kommentarer til saksbehandlingen. Jeg har også merket meg at selskapet etter at denne saken ble igangsatt, har fastsatt særskilte retningslinjer ved ansettelser.

Klagerens krav om innsyn i utvidet søkerliste ber jeg om at selskapet vurderer på nytt. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av denne vurderingen.»

## 38.

### Sak om ordensstraff

(Sak 2008/1300)

*En polititjenestemann ble som ordensstraff nedsatt i lavere stilling. Vedtaket inneholdt ingenting om lønnsmessige konsekvenser, men politimesteren satte i ettertid likevel ned lønnen hans med fem lønnstrinn.*

*Ombudsmannen kom til at det ikke var hjemmel i vedtaket om ordensstraff til å sette ned tjenestemannens lønn slik det var gjort. Saksbehandlingstiden hadde vært lang, og det var en feil at det sentrale ansettelsesrådet ikke hadde vurdert om det skulle få betydning for fastsettelsen av ordensstraffen.*

*Politidistriktet opplyste senere at det var iverksatt etterbetaling av lønn for A. Etter en fornyet vurdering opprettholdt det sentrale ansettelsesrådet på sin side vedtaket om ordensstraff.*

A var fast ansatt som politibetjent ved X politidistrikt. Høsten 2005 var han innblandet i et trafikkuhell, hvor bilen hans kolliderte med en syklist som kom i motsatt kjøretning. Ingen personer ble skadet, men speilet på høyre side av As bil ble ødelagt. A var ikke i tjeneste og bilen var hans egen. I etterkant av trafikkuhellet ble det uenighet mellom parte-

ne og deres respektive forsikringsselskaper om dekingen av utgiftene på om lag 5000 kr til reparasjon av skaden på bilen. A tok kontakt med syklisten, en kvinne på 19 år, for å få henne til å dekke skadene på bilen. A skal i flere SMS og i et brev til kvinnen ha opplyst at han vurderte å sende saken til inkasso, samt å anmelde kvinnen for brudd på vegtrafikkloven, dersom betaling for skadene ikke forelå innen angitt frist. Han opplyste i brevet bl.a. at han var «politimann med foreleggsmyndighet». Kvinnens far tok deretter kontakt med As arbeidsgiver og klaget på hans oppførsel. Faren mente bl.a. at A hadde utnyttet sin stilling som politimann for å få fordeler i forsikringsoppgjøret.

As arbeidsgiver, X politidistrikt, oversendte 12. desember 2005 saken til Spesialenheten for politisaker. Spesialenheten vurderte As handlinger opp mot straffeloven § 325 nr. 1 og § 124, men henla saken 26. mars 2007 «etter bevisets stilling». Det ble imidlertid rettet kritikk mot As handlinger, og Spesialenheten foreslo at saken ble administrativt vurdert i politidistriktet etter påtaleinstruksen § 34-7 annet ledd. Med bakgrunn i den kritikken som var fremkommet av Spesialenhetens undersøkelser, foreslo politimesteren ved X politidistrikt i saksframlegg 3. mai 2007 at det lokale ansettelsesrådet traff vedtak om ordensstraff for A. Det ble sendt forhåndsvarsel til A 16. august 2007 og ansettelsesrådet traff vedtak om ordensstraff i møte 28. august 2007. Grunnlaget var den atferden A hadde utvist i den aktuelle trafikksaken, som ansettelsesrådet mente var kritikkverdig og dessuten i strid med politiinstruksen § 5-3. Som ordensstraff ble A varig nedsatt i lavere stilling, jf. tjenestemannsloven § 14. Dette innebar at han ble satt ned fra politibetjent 3 til politibetjent 2. Vedtaket ble påklaget til Det sentrale ansettelsesråd for Politiavdelingens ytre etater, som i møte 19. november 2007 ikke tok klagen til følge.

Som en konsekvens av nedsettelsen i lavere stilling, ble A satt ned i lønn. Vedtaket om ordensstraff inneholdt ingenting om lønnsmessige konsekvenser, men politidistriktet mente at A skulle lønnes i samme alternativ i lønnsrammen som gjaldt for politibetjent 2 som det alternativet han ble lønnet etter i lønnsrammen for politibetjent 3. I praksis innebar dette at siden han var lønnet etter LR 43 alternativ 1, skulle han nå lønnes etter LR 42 alternativ 1, noe som var en nedsettelse på totalt 5 lønnstrinn. A mente på sin side at politidistriktet ikke hadde hjemmel til en slik lønnsnedsettelse, siden vedtaket om ordensstraff bare gjaldt nedsettelse i stilling.

Politidistriktet opplyste i brev 22. mai 2008 til A at ordensstraffen i tråd med personalreglementet § 20 ville bli slettet etter 5 år fra endelig vedtak ble truffet. I denne perioden ville det være saklig å legge vekt på ordensstraffen ved for eksempel søknad om forflyt-

ning og tilsetting i annen stilling. Personalsjefen skal i denne forbindelse bl.a. ha opplyst at det ikke ville være tilrådelig å imøtekomme As ønske om overføring til en stilling som etterforsker ved en etterforskerenhet i politidistriktet.

Sommeren 2008 brakte A saken inn for ombudsmannen. Klagen gjaldt politidistriktets adgang til å sette ned As lønn, tidspunktet for når 5-årsfristen i personalreglementet § 20 skulle begynne i denne saken og politidistriktets opplysning om at ordensstraffen ville kunne forhindre A å søke seg over til en etterforskerstilling.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og i brev herfra ble Det sentrale ansettelsesråd for Politiavdelingens ytre etater bedt om en nærmere redegjørelse for enkelte sider av saken. Under henvisning til at endelig vedtak om ordensstraff ble truffet ca. to år etter at forholdet som dannet grunnlaget for ordensstraffen ble brakt til arbeidsgivers kunnskap, ble ansettelsesrådet spurt om det samlede tidsforløpet var forenlig med kravet til å avgjøre en sak «uten ugrunnet opphold» etter forvaltningsloven § 11 a. Det ble i denne forbindelse spurt om saksbehandlingstiden hadde blitt tillagt vekt ved fastsettelsen av ordensstraffens innhold. Sett hen til saksbehandlingstiden ble det også bedt om ansettelsesrådets kommentar til at ordensstraffen skal slettes 5 år etter ansettelsesrådets vedtak. Det ble spurt om det var adgang til å la utgangspunktet for fristen være et annet enn vedtaksdatoen. Ansettelsesrådet ble videre bedt om å innhente en uttalelse fra Politimesteren i X, der det gjøres rede for lønnsreduksjonen for A. Det ble endelig bedt om ansettelsesrådets syn på om det var anledning til å sette A ned til lønnstrinn 42 som følge av vedtaket om ordensstraff.

Ansettelsesrådet opplyste at det avgjørende for tidsforløpet i saken var at politimesteren avventet å opprette personalsak inntil etterforskningen ved spesialenheten var avsluttet. Selv om utgangspunktet etter tjenestemannsloven er at man ikke skal avvente en eventuell straffesak, var det her tale om en sak der tjenestemannen hadde bestridt de faktiske forhold og hvor det var uenighet mellom de involverte partene i tvisten. Politimesteren fant på det grunnlag å ville avvente etterforskningen, formodentlig av hensyn til sakens opplysning og tjenestemannens rettssikkerhet. Det var først og fremst den lange saksbehandlingstiden i spesialenheten som var årsaken til det samlede tidsforløpet i saken om ordensstraff, og ikke behandlingen i det lokale og sentrale ansettelsesrådet. Ordensstraffen ble ved behandlingen av klagesaken ansett «adekvat til tross for at det var gått lang tid siden det påklagede forholdet fant sted».

Ansettelsesrådet mente det med fordel kunne vært gitt anledning til å skjønne over fristens lengde i personalreglementet § 20, for eksempel ved å la ut-

gangspunktet for fristen være en annen enn vedtaksdato, eller ved at fristen settes kortere enn 5 år. Dette ville imidlertid kreve en endring av bestemmelsen i personalreglementet.

Vedlagt brevet fra ansettelsesrådet var en redegjørelse fra Politimesteren i X om bakgrunnen og det rettslige grunnlaget for nedsettelsen av As lønn. Ansettelsesrådet opplyste for egen del at nedsettelse i lavere stilling innebærer at vedkommende kan settes ned både i lønn og status. Dersom tjenestemannen skal settes ned i lønn som en del av ordensstraffen, må dette fastsettes særskilt. Siden den konkrete lønnsnedsettelsen ikke hadde vært behandlet av det lokale ansettelsesrådet, fant det sentrale ansettelsesrådet det ikke riktig å ta stilling til politimesterens beslutning om As lønn.

Politimesteren opplyste i sin redegjørelse at vedtaket om ordensstraff innebar at A ble nedsatt fra sko 1461 politibetjent 3 til sko 1459 politibetjent 2. Administrasjonen hadde ut fra dette vedtaket gjort en «flat» overføring. Siden A hadde alternativ 1 i lønnsramme 43 ble han også innplassert i alternativ 1 i lønnsramme 42. Dersom han hadde hatt et annet alternativ i lønnsramme 43, ville dette alternativet blitt overført til lønnsramme 42. Administrasjonen hadde på denne måten ikke gjort annet enn å «følge lønnsystemet ved ansettelsesrådets degradering». Det ville dessuten vært «feil» å vurdere lønnen med bruk av andre lønnsrammealternativer enn det han hadde over til den lavere stillingskoden. Dette måtte i så fall ha vært en del av vedtaket om ordensstraff. Det ble ellers opplyst at degraderingen ikke hadde medført endring i arbeidsoppgaver. Bruk av pb. 3 og pb. 2 trenger ikke å ha sammenheng med hvilke arbeidsoppgaver man har, og i lokale lønnsforhandlinger er overgangen fra pb. 2 til pb. 3 gjort ut fra vedtatte kompetansekriterier.

Etter dette ble det herfra funnet nødvendig å ta enkelte forhold opp direkte med X politidistrikt. I brev herfra ble politidistriktet bedt om å kommentere innvendingene i As klage mot at utløpet av ordensstraffen på rullebladet ble regnet fra vedtaksdatoen. Politidistriktet ble også gitt anledning til å komme med ytterligere kommentarer til spørsmålet om lønnsnedsettelse, utover de som allerede var gitt av politimesteren.

Politidistriktet erkjente at det var gått lang tid fra forholdet skjedde til vedtak om ordensstraff endelig forelå, men opplyste at det bl.a. skyldtes forhold som politidistriktet ikke hadde kontroll over. Politidistriktet fremholdt videre at fristen for sletting av ordensstraff må regnes fra den dato endelig vedtak ble fattet, jf. personalreglementet § 20. Politidistriktet hadde ingen ytterligere kommentarer til spørsmålet om lønnsnedsettelse.

Ettersom et sentralt spørsmål i klagen var fristen for sletting av ordensstraffen, ble det funnet grunn til å ta spørsmålet om denne fristen opp med Justis- og politidepartementet, som har gitt rundskriv G-96/2000: Personalreglement for politidistriktene. I brev herfra ble departementet spurt om femårsperioden i reglementets § 20 skal regnes fra endelig vedtaksdato, og om det etter forholdene eventuelt kan og bør gjøres unntak fra dette som følge av at et vedtak er fattet lang tid etter det forhold som danner grunnlaget for ordensstraffen.

Justis- og politidepartementet fremholdt at fristen for sletting etter personalreglementet § 20 starter når endelig vedtak fattes eller registreres på rullebladet. Departementet mente videre at «uforholdmessig lang saksbehandlingstid bør gjenspeiles i reaksjonens strenghet og form og ikke være en del av skjønnsmessig vurdering av om ordensstraffen skal kunne slettes fra rullebladet tidligere enn den fastsatte fristen».

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

«Klagen og undersøkelsen av saken har vært rettet mot spørsmålet om adgangen til å sette ned As lønn og spørsmålet om når ordensstraffen skal slettes fra As rulleblad. Spørsmålet om den ilagte ordensstraffen var berettiget eller ikke, om nedsettelsen i lavere stilling var en rimelig reaksjon eller om det overhodet var adgang til å anvende tjenestemannsloven § 14 nr. 2 i dette tilfellet, har ikke vært behandlet.

#### *Adgangen til å sette ned lønnen*

A ble som ordensstraff varig degradert fra politibetjent (pb.) 3 til pb. 2. Som en følge av ordensstraffen satte politidistriktet ned lønnen til A med 5 lønns-trinn. Spørsmålet er om politidistriktet hadde adgang til å sette ned lønnen til A på den måten som ble gjort.

Etter tjenestemannsloven § 14 nr. 2 annet ledd kan en tjenestemann som ordensstraff settes ned i lavere stilling. Nedsettelsen kan være enten varig eller for en begrenset tid. Dersom nedsettelsen er tidsbegrenset, innebærer det at tjenestemannen har rettskrav på å få tilbake stillingen når tidsperioden er over. Noe rettskrav på å få tilbake stillingen vil derimot tjenestemannen ikke ha hvis nedsettelsen er varig. Dette forhindrer imidlertid ikke at tjenestemannen på vanlig måte søker samme eller tilsvarende stilling som den han hadde før nedsettelsen.

Tjenestemannsloven § 14 nr. 2 annet ledd sier ikke noe uttrykkelig om adgangen til å sette ned tjenestemannens lønn som ordensstraff. Det fremgår likevel av lovforarbeidene at nedsettelse i lavere stilling innebærer at vedkommende kan settes ned både i lønn og status, jf. Ot.prp. nr. 72 (1981-82) side 30.

Noen automatikk er det imidlertid ikke. Også en ren nedsettelse fra en stilling til en annen kan innebære en degradering i lovens forstand, selv om overgangen ikke medfører noen lønsmessige konsekvenser for tjenestemannen. For eksempel vil dette kunne være tilfelle dersom den nye stillingen i motsetning til den forrige ikke har lederansvar, eller dersom overgangen til den nye stillingen medfører tap av status. Det vil derimot ikke være adgang til å la tjenestemannen fortsette i sin stilling og bare foreta en lønnsreduksjon, da det her ikke vil være tale om nedsettelse i «lavere stilling», jf. Bjørnaraa m.fl., Norsk tjenestemannsrett side 600.

Fastsettelse av arbeidstakeres lønn krever et særskilt rettslig grunnlag, normalt i form av lov eller avtale. Arbeidsgiver kan derfor ikke uten et slikt rettslig grunnlag sette ned tjenestemannens lønn. Tjenestemannsloven § 14 nr. 2 annet ledd må forstås slik at bestemmelsen gir kompetanse eller rettslig grunnlag til å sette ned tjenestemannens lønn. Myndigheten gis imidlertid bare til kompetent organ, det vil si den instans som er tillagt myndighet til å treffe vedtak om ordensstraff. Et lønnskantor eller en arbeidsgiver uten slik myndighet må naturligvis kunne sørge for den praktiske gjennomføringen av vedtaket om ordensstraff, men kan ikke selv uten særskilt hjemmel sette ned tjenestemannens lønn. Hvorvidt vedkommendes lønn i det konkrete tilfellet skal settes ned, må da bero på en tolkning av vedtaket om ordensstraff.

Nedsettelse i lavere stilling er en alvorlig reaksjon, og det er viktig at vedtak om dette utformes på en måte som ikke volder tvil. I og med at det etter loven bare er vedtaksorganet selv som har myndighet til å ilegge ordensstraff, må innholdet av ordensstraffen fremgå av det vedtaket som dette organet treffer. Dette gjelder ikke minst de lønsmessige konsekvenser dersom det er meningen at reaksjonen skal inkludere slike. Arbeidsgiver som skal sette vedtaket ut i livet, må tolke vedtaksteksten, men kan ikke inkludere reaksjoner som ikke fremgår av vedtaket selv. Dersom nedsettelse av lønn ikke er fastsatt i vedtaket, mister for øvrig tjenestemannen anledningen til å få en administrativ og rettslig prøving av rettmessigheten og forholdsmessigheten av lønnsnedsettelsen.

I vår sak ble A overført fra politibetjent 3 til politibetjent 2. Dette innebar at han ble flyttet fra en stillingskode til en annen. Til hver av disse stillingskodene er det knyttet en lønnsramme, og jeg forstår politidistriktet slik at man har tolket vedtaket om ordensstraff slik at overgangen fra pb. 3 til pb. 2 også skulle medføre at han ble overført til en annen lønnsramme og dermed til et annet lønnstrinn. At overføringen ikke medførte endrede arbeidsoppgaver for A, og at et opprykk fra pb. 2 til pb. 3 først og fremst har betydning for lønn, kan nok isolert sett støtte en slik

tolkning. Dette må imidlertid veies opp mot at det ikke står noe i vedtaket om lønsmessige konsekvenser. Det sentrale ansettelsesrådet har i redegjørelsen hit opplyst at den konkrete lønnsnedsettelsen ikke ble behandlet av lokalt ansettelsesråd og dermed heller ikke var en del av vedtaket om ordensstraff. Dette er jeg enig i, og jeg kan da ikke se at det er grunnlag for å tolke vedtaket slik politidistriktet synes å ha gjort, nemlig at det innebar at As lønn skulle reduseres med 5 lønnstrinn.

Jeg har i fremstillingen ovenfor lagt til grunn at det faktisk var mulig å la A beholde den eksisterende lønnen innenfor lønnsrammen for pb. 2. Dersom dette ikke var mulig fordi lønnsrammene ikke overlappet hverandre i tilstrekkelig grad, kan det spørres om vedtaket måtte forstås slik at det ga adgang til å nedsette lønnen til det nivå som var nødvendig for å kunne gjennomføre ordensstraffen. Om dette var situasjonen i denne saken, har jeg ikke opplysninger om, og det blir eventuelt i første omgang opp til politidistriktet å vurdere spørsmålet. Uansett hadde ikke politidistriktet hjemmel i vedtaket om ordensstraff til å sette ned As lønn på den måten som ble gjort.

Jeg har etter dette kommet til at politidistriktet ikke hadde hjemmel i vedtaket om ordensstraff til å sette ned As lønn med 5 lønnstrinn. Jeg ber politidistriktet vurdere As lønn og tilbakebetale differansen mellom den lønnen han har fått i denne perioden og den lønnen han skulle ha hatt.

#### *Fristen for sletting av ordensstraffen*

En ordensstraff skal etter tjenestemannsloven § 14 nr. 3 føres på rulleblad eller personalkort. Det skal fastsettes ved reglement når anmerkningen skal slettes, men loven gir ikke selv anvisning på hvor lenge en anmerking skal stå oppført på rullebladet. Selv om loven ikke anviser hvor lenge en ordensstraff lovlig kan være registrert på rullebladet, vil det måtte være en grense for hvor lang frist som kan fastsettes ved reglement for å være lovmessig. Reglene om anmerking av ordensstraff på rullebladet forutsetter at det vil være saklig å legge vekt på ordensstraffen i ulike arbeidsrettslige sammenhenger så lenge ordensstraffen er anmerket på rullebladet, som for eksempel ved søknad om annen stilling. Når ordensstraffen slettes, vil det normalt være usaklig å legge vekt på den tidligere ordensstraffen. En reglementsbestemmelse om sletting må således ta hensyn til formålet bak reglene om anmerking av ordensstraff på rullebladet.

Bestemmelsen i personalreglementet § 20 ligger klart innenfor det som kan fastsettes i medhold av tjenestemannsloven § 14 nr. 3. Det kan ikke reises innvendinger mot at fristens utgangspunkt er datoen for endelig vedtak om ordensstraff. Før dette tidspunktet foreligger det ingen ordensstraff, og datoen for fast-



settelsen gir et klart utgangspunkt. Spørsmålet som er reist i denne saken, er om tiden fra As handlinger ble begått til endelig vedtak forelå, likevel var så lang at det ville være urimelig å legge femårsfristen i reglementets § 20 til grunn etter sitt innhold.

Det klare utgangspunktet er at den arbeidsrettslige ordensstraffen og den strafferettslige forfølgningen er to selvstendige og uavhengige prosesser. Arbeidsgiver eller annen kompetent myndighet skal derfor på selvstendig grunnlag foreta de undersøkelser som er nødvendige og beslutte de arbeidsrettslige forføyninger som synes adekvate.

I denne saken gikk det om lag to år fra tidspunktet da As handlinger ble kjent for arbeidsgiver, til endelig vedtak om ordensstraff ble fattet. Selv om arbeidsgiver ga beskjed til A om at man ville avvente utfallet av etterforskningen før det ble tatt stilling til hvordan saken skulle følges opp arbeidsrettslig, kan det ikke være tvil om at saksbehandlingen totalt sett var for lang. Dette gjelder uansett hvilket organ forsinkelsen kan tillegges.

Både politidistriktet og Justis- og politidepartementet har gitt uttrykk for at det ikke er adgang til å fravike femårsfristen i personalreglementet § 20, eller til å la fristens utgangspunkt være et annet enn vedtaksdatoen. Departementet har for sin del lagt til grunn at uforholdsmessig lang saksbehandlingstid i tilfelle kan få betydning for innholdet i vedtaket om ordensstraff. Jeg er i all hovedsak enig i dette, i alle fall så langt denne saken rekker.

Etter tjenestemannsloven § 14 nr. 2 kan nedsettelse i lavere stilling enten ilegges varig eller for bestemt tid. A ble som nevnt ilagt varig nedsettelse. I den begrunnelsen som ble gitt er det ikke noe som tyder på at Det sentrale ansettelsesrådet tok stilling til om og eventuelt i hvilken grad den lange saksbehandlingstiden burde få betydning for utmålingen av ordensstraff. Etter mitt skjønn var overskridelsen av hva som kan regnes som rimelig saksbehandlingstid, så vesentlig at det må regnes som en mangel ved vedtaket at spørsmålet ikke ble uttrykkelig behandlet. Mangelen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Dersom A skikket tjenesten vel i tiden etter de aktuelle handlingene fant sted, og for øvrig synes å ha lært av det inntrufne, antar jeg at også det vil kunne være et relevant moment i tillegg til tidsmomentet i seg selv. Jeg ber derfor Det sentrale ansettelsesrådet for Politiavdelingens ytre etater behandle saken på nytt for så vidt angår disse spørsmålene.

### Oppsummering

Jeg ber X politidistrikt vurdere As lønn og betale tilbake differansen mellom den lønnen han har fått og den lønnen han skulle ha hatt. Politidistriktet bes holde meg orientert om den videre utviklingen.

Det sentrale ansettelsesråd for Politiavdelingens ytre etater bes behandle saken om ordensstraff på nytt for så vidt gjelder spørsmålet om betydningen av saksbehandlingstiden for fastsettelsen av reaksjon, og holde meg underrettet om utfallet av den fornyede behandlingen.»

Politidistriktet opplyste senere at det var iverksatt etterbetaling av lønn for A. Etter en fornyet vurdering opprettholdt det sentrale ansettelsesrådet på sin side vedtaket om ordensstraff.

## 39.

### Sak om tjenestepåtale til kommunalt ansatt

(Sak 2008/2136)

*Saken reiste spørsmål om en «skriftlig tjenestepåtale» ilagt en kommunalt ansatt lærer var å anse som en tjenstlig tilrettevisning eller en ordensstraff.*

*Ombudsmannen uttalte at det på bakgrunn av de konkrete forholdene i saken var tale om en ordensstraff, med den følge at beslutningen måtte regnes som et enkeltvedtak som kunne påklages etter forvaltningslovens regler.*

*Kommunen besluttet deretter å trekke tilbake den skriftlige advarselen under henvisning til at det var begått saksbehandlingsfeil, og at det var gått lang tid siden hendelsen.*

En lærer, A, mottok «forvarsel om mulig skriftlig tjenestepåtale» fra skole- og oppvekstavdelingen i kommunen der hun var ansatt. I varselet ble det vist til to anledninger der klageren skal ha forlatt skolen uten å varsle ledelsen i henhold til foreskrevet fremgangsmåte. A og kommunen hadde ulike forklaringer om hvordan fraværet ble meldt. Som bakgrunn for mulig illeggelse av tjenestepåtale ble det også vist til at A hadde hatt samarbeidsproblemer med en annen lærer. Varselet opplyste også hvilke konsekvenser det ville få for A dersom det ble besluttet å ilegge skriftlig tjenestepåtale, og A ble gjort kjent med sin rett til å uttale seg eller be om møte.

Utdanningsforbundet imøtegikk på As vegne kommunens anførsler. Det fremgikk bl.a. at det var uenighet med hensyn til de faktiske forholdene som forvarselet var begrunnet i, og at A mente at det ikke var grunnlag for reaksjonen.

A mottok «skriftlig advarsel» drøyt to måneder etter forhåndsvarselet. Det fremgikk av brevet at «skole- og oppvekstsjefen besluttet å ilegge [A] skriftlig tjenestepåtale» på bakgrunn av ureglementert melding av fravær og samarbeidsproblemer med en annen lærer. A klaget over tjenestepåtalen ca. tre uker senere, men klagen ble ikke behandlet av kommunen.

A klaget til ombudsmannen over tjenestepåta- len, og saken ble tatt opp med kommunen. Ombudsman- nens undersøkelser har begrenset seg til spørsmålet om hvorvidt den «skriftlige tjenestepåta- len» var en tjenstlig tilrettevisning eller en ordensstraff. I brevet til kommunen ble det vist til en tidligere ombuds- mannsuttalelse, inntatt i årsmeldingen for 1997 side 59 (somb-1997-6) hvor dette spørsmålet var behand- let særskilt. Kommunen ble i lys av dette bedt om å redegjøre for sitt syn på om den skriftlige advarselen var et enkeltvedtak.

Kommunen opplyste at klagen over tjenestepåta- len ikke ble undergitt behandling da e-brevet «ved en glipp» ikke var blitt registrert på saken tidligere, men at tjenestepåta- len uansett ikke kunne anses å være et enkeltvedtak. Det ble videre vist til to tidligere ombudsmannsuttalelser som omhandler grensen mellom tjenstlig tilrettevisning og ordensstraff, inntatt i årsmeldingen for 1997 på hhv. side 56 (somb-1997-5) og side 59 (somb-1997-6). Kommunen påpekte at nærværende sak hadde flere likhetstrekk med den førstnevnte uttalelsen, der konklusjonen var at det ikke forelå ordensstraff. Det ble fremhevet at ret- ningslinjene for melding av fravær var godt kjent for- di de nylig var påpekt i et såkalt «[I]ærerinforark». Vi- dere måtte det være «avgjørende» at det i advarselen ikke ble vist eksplisitt til arbeidsreglementet § 13 som omhandler skriftlig advarsel.

#### Ved avslutning av saken uttalte jeg bla.:

«Spørsmålet om klagerett etter forvaltningsloven beror på hvorvidt tjenestepåta- len er et enkeltvedtak. Etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 andre ledd andre punktum, er en tjenestepåtale et enkeltvedtak dersom den anses å være en ordensstraff. Grense- dragningen mellom ordensstraff og tjenstlig tilrette- visning for kommunalt ansatte har vært behandlet i flere tidligere ombudsmannsuttalelser, eksempelvis to uttalelser inntatt i årsmeldingen for 1997 på hhv. side 56 (somb-1997-5) og side 59 (somb-1997-6), i årsmeldingen for 1999 side 59 (somb-1999-5) og årsmeldingen for 2001 side 133 (somb-2001-23). Jeg har i disse uttalelsene redegjort for at reglene for hva som regnes som ordensstraff bør gjelde tilsvarende for kommunalt og statlig ansatte. [...]

I årsmeldingen for 2001 på side 133 (somb-2001-23), uttalte jeg følgende om grensen mellom tjenstlig tilrettevisning og ordensstraff:

«Spørsmålet om grensen mellom den rene tjenst- lige tilrettevisning og sanksjonen ordensstraff er berørt i forarbeidene til tjenstemannsloven av 1918. Om spørsmålet heter det, se Ot.prp.nr.38 (1915) om utferdigelse av en ”lov om offentlige tjenstemænd”, s. 48:

”Det er altid vanskelig, ja tildels maaske umulig, at skjelne mellem den irettesættelse som skal være straf og underkastes den mere høitide-

lige ilæggelsesmaate, og den tilrettevisning som det maa staa lederen av et arbeides utførelse frit for at gi, og som det er hans pligt at gi naar utfø- relsen ikke er fyldestgjørende. Tilrettevisningen bør komme umiddelbart og kan ikke bindes til former, og den handling der gjorde den berettiget kan ikke efterpaa bevisliggjøres saaledes, at der kan bli tale om fyldestgjørende ankebehandling. Som det vil sees indgaar skriftlig advarsel som et moment i reglene om avskedigelse efter næste paragraf. Skrape eller tilrettevisning er derfor ikke medtat blandt de diciplinærstraffer som foreslaaes bragt i anvendelse. Herav maa ikke sluttes at en overordnet er avskaaret fra paa stedet at gi en underordnet en tilrettevisning, naar han finder at han utfører sit arbejde urigtig eller slur- vet. Adgangen hertil maa selvfølgelig av hensyn til tjenestens tarv altid staa aapen.”

En tjenstlig tilrettevisning vil ut fra dette være forankret i tjenesteforholdet og vil etter sitt innhold først og fremst ha som siktemål å klar- gjøre nærmere innholdet og omfanget av tjenes- temannens tjensteplikter. Tilrettevisningen gis i tilknytning til arbeidet og skal være retningsgi- vende for arbeidsforholdet. En ordensstraff kan også ha et slikt formål, men den vil i tillegg ha som siktemål å pådra tjenstemannen en sank- sjon for overtredelse eller tilsidesettelse av tjenes- teplikter. En irettesettelse som gjøres skriftlig og som blir notert på tjenstemannens rulleblad eller lagt på tjenstemannens personalmappe, kan ut fra dette være en sanksjon for brudd på tjenes- teplikter, et disiplinær- eller straffetiltak der- som meningen er å påføre tjenstemannen en reaksjon, ut over bare å gi en tilrettevisning. De ytre forhold omkring irettesettelsen, skriftlighe- ten og registreringen i personalmappen etter an- merkningen på rullebladet, kan etter omstendig- hetene gå ut over det som er nødvendig for å gi tjenstemannen en tjenstlig tilrettevisning, og da vil det være riktig å anse forføyningen som en or- densstraff. Det er imidlertid grunn til å påpeke at god orden kan tilsi at også en rent tjenstlig tilret- tevisning blir notert, anmerket eller på annen måte registrert på vedkommende personalmappe, uten at tilrettevisningen dermed vil måtte betrak- tes som ordensstraff.

I en uttalelse til Kirke-, utdannings- og fors- kningsdepartementet 1. august 1994 har Justisde- partementets lovavdeling uttalt seg om ”en avgjørelse om å gi en kommunal tjenstemann en advarsel eller irettesettelse er enkeltvedtak i for- valtningslovens forstand”. Fra Lovavdelingen ble fremholdt at ”begrepet ordensstraff har etter vanlig språklig forståelse ikke noe entydig inn- hold”. Under henvisning til Ot.prp.nr.27 (1968-1969) s. 9 påpekte Lovavdelingen at en avgjørel- se ikke nødvendigvis trengte hjemmel i lov for å kunne kalles ordensstraff. Det ble videre pekt på at det først ved lov 10. juni 1977 nr. 65 om statens tjenstemenn § 10 annet ledd ble bestemt at skriftlig irettesettelse skulle regnes som ordens- straff, men at den ”nærmere avgrensningen av begrepet ordensstraff må i utgangspunktet foretas ut fra situasjonen slik den forelå ved vedtakelsen av forvaltningsloven § 2 annet ledd ved lov 19. juni 1969 nr. 54”.

I Lovavdelingens uttalelse ble det også på- pekt at ”den generelle forutsetningen i forarbei-

dene synes altså å ha vært at ordensstraffer eller andre disiplinærtiltak som ikke griper inn i tjenestemannens rettigheter eller plikter, heller ikke regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 annet ledd". Dette utgangspunkt mente Lovavdelingen "trolig" måtte fravikes hvor det forelå "uttrykkelig hjemmel for at 'ordensstraff' i form av advarsler eller irettesettelser kan benyttes". Under henvisning til en uttalelse Lovavdelingen hadde avgitt i 1977 ble gitt uttrykk for at det med "hjemmelsgrunnlag" f.eks. var tenkt på "lov eller reglement". Grensedragningen kunne begrunnes i "at en advarsel eller irettesettelse får mest inngripende betydning for tjenestemannen i tilfeller hvor slike sanksjonsmidler er institusjonalisert gjennom uttrykkelige hjemmelsbestemmelser".

Disse generelle betraktningene synes å være i samsvar med de foran siterte uttalelser i Ot.prp.nr.38 (1915). Arne Fanebust, Tjenestemannsrett, Bergen 1987 s. 25 synes også å mene at tiltak som har formell hjemmel i lov eller "f.eks. kommunale personalreglementer" må betegnes som "ordensstraff".

Arvid Frihagen, Forvaltningsloven Kommentartutgave, 2. utg. 1986 s. 73, gir uttrykk for at "også andre tilsvarende formelle irettesettelser som registreres på rulleblad o.l. gå(r) inn under annet ledd".»

X kommune har anført at forføyningen ikke er å anse som ordensstraff i forvaltningslovens forstand. Kommunen har vist til at det verken i forhåndsvarselet eller beslutningen om tjenestepåtale ble vist eksplisitt til kommunens «[a]rbeidsreglement», § 13, som omhandler skriftlig advarsel. Kommunen har fremholdt at det må være av «avgjørende betydning» at den skriftlige tjenestepåtalen ikke inneholder noen slik henvisning til arbeidsreglementet.

Selv om det ikke er henvist direkte til bestemmelsen i arbeidsreglementet, ble det imidlertid benyttet samme ordlyd jf. formuleringen «påtales skriftlig» som går igjen i både forhåndsvarselet og selve tjenestepåtalen. Videre ble det benyttet samme frister for å avgi muntlig/skriftlig uttalelse til forhåndsvarselet som arbeidsreglementets § 13 oppstiller. Forføyningen som A fikk, fremstår derfor som en formell reaksjon som har hjemmel i arbeidsreglementet, selv om det ikke inneholder en direkte henvisning.

Som jeg har fremhevet i tidligere uttalelser, må spørsmålet om det foreligger tjenstlig tilrettevisning eller ordensstraff avgjøres ut fra en skjønnsmessig totalvurdering av de reelle forhold. Om forføyningen har hjemmel i et reglement vil bare være ett moment blant flere. Ut fra det som er fremholdt foran, vil formålet med forføyningen måtte stå sentralt i vurderingen. Videre vil det være av betydning hvor inngripende og betydningsfull forføyningen er i forhold til den enkeltes arbeidsforhold. Ved bedømmelsen er det naturlig å ta utgangspunkt i de ytre forholdene rundt forføyningen. Disse vil normalt kunne gi en indikasjon om forføyningens karakter.

I forhåndsvarselet ble det bl.a. opplyst at:

«Disse forholdene representerer etter vår mening grove brudd på ordinære tjenesteplikter som ansatt i X kommune, og innebærer et klart mislighold av arbeidsavtalen. Dersom det besluttes å ilegge deg skriftlig tjenestepåtale, vil denne bli lagt i din personalmappe. En mulig tjenestepåtale vil kunne få betydning dersom du på nytt skulle misligholde arbeidsavtalen ved klanderverdige forhold. Nye klanderverdige forhold vil således kunne få konsekvenser for ditt tilsetningsforhold i form av oppsigelse eller avskjed.»

I motsetning til det som var tilfelle i somb-1997-5, gjengitt på side 56 i ombudsmannens årsmelding for 1997, ble det fra kommunens side i As tilfelle gjort klart hvilken betydning det ville kunne få at tjenestepåtalen ble lagt i hennes personalmappe. Det ble uttalt at konsekvensen av eventuell gjentakelse ville kunne føre til oppsigelse eller avskjed. Henvisningen til at en gjentakelse ville kunne få konsekvenser for arbeidsforholdet innebærer at tjenestepåtalen må oppfattes som inngripende, og det er derfor naturlig å oppfatte advarselen som en sanksjon.

Videre er omstendighetene rundt illeggelsen av den skriftlige tjenestepåtalen av betydning. Det ble først gitt et formelt skriftlig varsel med overskriften «[p]ersonalsak – forhåndsvarsel om mulig skriftlig tjenestepåtale». Videre het det i den skriftlige «advarselen» at «skole- og oppvekstsjefen besluttet å ilegge [A] skriftlig tjenestepåtale» på bakgrunn av ureglementert melding av fravær og samarbeidsproblemer med en annen lærer. Dokumentet fremstår derfor i seg selv som en sanksjonering av As overtredelse av tjenestepliktene.

Samlet sett synes den aktuelle forføyningen å ha karakter av å være en sanksjon mer enn en tilrettevisning knyttet til arbeidsforholdet. Det er dermed mest nærliggende å betegne «tjenestepåtalen» som en ordensstraff med klagerett etter forvaltningsloven § 28. Jeg må etter dette be kommunen behandle As klage [...]. Spørsmålet om det var grunnlag for å gi A ordensstraff, eller om saksbehandlingsreglene for øvrig ble fulgt, kan ikke behandles av ombudsmannen før kommunen selv har tatt stilling til As klage.»

Kommunen trakk etter dette den skriftlige advarselen og besluttet ikke å gi skriftlig påtale. Det ble vist til at det var skjedd saksbehandlingsfeil og at det var gått lang tid siden hendelsen.

#### 40.

#### Behandlingen av personalsak i Forsvarsdepartementet

(Sak 2008/1246)

*Saken gjelder Forsvarsdepartementets håndtering av en personalsak mot viseadmiral A. Overfor sivilombudsmannen gjorde A bl.a. gjeldende at Forsvarsdepartementet på utilbørlig vis forsøkte å presse ham til*

*å søke avskjed og at det på usaklig grunnlag ble åpnet en frabeordrings sak mot ham.*

*Jeg fant ikke grunn til å kritisere at departementet anmodet A om å vurdere å søke avskjed. Departementet begikk imidlertid feil som var egnet til å svekke As grunnlag for å vurdere anmodningen, blant annet var det ikke rettslig adgang til å åpne en formell sak om frabeordring etter forsvarspersonelloven § 7.*

Kongen i statsråd opprettet ved kgl. res. 6. januar 2006 et granskingsutvalg for IKT-kontrakter i Forsvaret. Ifølge det tildelte mandatet skulle utvalget bl.a. søke å avdekke om det hadde forekommet smøring, bestikkelser og korrupsjon i tilknytning til Forsvarets IKT-kontrakter i perioden 1995–2005, og gi en arbeids- og erstatningsrettslig vurdering av de eventuelle irregulære forholdene som ble avdekket.

Granskingsutvalget, som ble ledet av sorenskriver Nils Dalseide, avga sin rapport 16. juni 2006 («Dalseide I-rapporten»). Som følge av at granskingsutvalget ikke hadde rukket å fullføre alle oppgaver innenfor mandatet innen den angitte rapporteringsfristen, besluttet Forsvarsdepartementet å opprette en granskingsgruppe. Mandatet til denne gruppen, som også ble ledet av sorenskriver Dalseide, besto utelukkende i å utføre de oppgaver som gjensto innenfor granskingsutvalgets mandat. Granskingsgruppen var ikke organisert som et selvstendig forvaltningsorgan, og var heller ikke tildelt myndighet til å treffe avgjørelser om disiplinærforføyinger, anmeldelser mv. på vegne av departementet. Gruppen rapporterte til Forsvarsdepartementet ved assisterende departementsråd.

Granskingsgruppen avleverte sin rapport til Forsvarsdepartementet 15. mai 2007 («Dalseide II-rapporten»). Rapporten tok bl.a. for seg en rekke årlige golfturner til Alicante i Spania. En av initiativtakerne til disse turene var tidligere redaktør og nåværende Ombudsmann for Forsvaret. Blant de øvrige deltagerne var det en rekke personer som hadde eller hadde hatt ledende stillinger i Forsvaret. Det deltok også to personer som var ansatt i ledelsen i selskapet Siemens AS, som Forsvaret hadde IKT-kontrakter med i den aktuelle perioden.

A deltok på golfturnene til Alicante i 2003 og 2004. Da den første av disse turene fant sted, var A sjef for Fellesstaben i Forsvarets overkommando, mens han var avdelingssjef i Forsvarsdepartementet da den andre turen fant sted. I sin rapport til departementet konkluderte granskingsutvalget med at A i forbindelse med disse turene hadde fått deler av sine utgifter til opphold og golfspill dekket av deltagerne fra Siemens AS, som på sin side hadde fått refundert disse utleggene fra sin arbeidsgiver. Etter granskingsgruppens syn utgjorde denne utgiftsdekningen en fordelsoverføring til A i strid med gaveforbudet i

tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 20. Det fremgikk for øvrig av rapporten at A selv hadde forklart at han ikke hadde vært klar over at Siemens AS hadde dekket utgifter for ham i forbindelse med turene til Alicante, og heller ikke at han faktisk hadde betalt mindre enn det oppholdet og golfdeltakelsen kostet.

Etter avleveringen av Dalseide II-rapporten hadde verken sorenskriver Dalseide eller de øvrige medlemmene i granskingsutvalget og granskingsgruppen noen formell rolle i den videre oppfølgingen av de forholdene som ble tatt opp i rapportene. Dalseide ble imidlertid ved flere anledninger innkalt til møter eller høringer i regjeringen, departementet og andre berørte statsorganer for å svare på spørsmål angående Dalseide I- og II-rapportene. Som leder av granskingsutvalget og granskingsgruppen mottok og besvarte også Dalseide flere henvendelser fra media etter at rapportene var avlevert.

I mars 2007 deltok A på nok en golfturn til Alicante. Han var på dette tidspunktet viseadmiral og sjef for Fellesoperativt hovedkvarter i Stavanger. Også på denne turen deltok det personer fra ledelsen i Siemens AS. Det var på dette tidspunktet allment kjent at det hadde oppstått en tvist om overfakturering knyttet til IKT-kontrakter mellom Forsvaret og Siemens Business Service AS. Derimot var det ikke allment kjent at det var mistanke om at Siemens AS kunne ha dekket kostnader for forsvarspersonell i forbindelse med de tidligere turene til Alicante. På tidspunktet for 2007-turen hadde granskingsgruppen heller ikke vært i kontakt med A for å få hans forklaring på og dokumentasjon knyttet til turene i 2003 og 2004. Selve 2007-turen ble ikke gransket av granskingsgruppen.

Rundt fire måneder etter at Forsvarsdepartementet hadde mottatt Dalseide II-rapporten, ble A innkalt til et møte 20. september 2007 med assisterende departementsråd i Forsvarsdepartementet og forsvarssjefen. Departementet og A har i korrespondansen hit gitt til dels svært forskjellige fremstillinger av dette møtet. Det synes imidlertid på det rene at A fikk forelagt seg en delvis sladdet versjon av de delene av Dalseide II-rapporten som gjaldt As deltagelse på Alicante-turene i 2003 og 2004. De delene som var sladdet var dels navn på og opplysninger om andre av deltagerne, og dels granskingsutvalgets egne vurderinger av As forklaringer til granskingsgruppen. Videre synes det å være på det rene at departementet i møtet ga uttrykk for at fordelsoverføringen fra Siemens AS til A i forbindelse med turene i 2003 og 2004 kunne stå i et problematisk forhold til gaveforbudet i tjenestemannsloven. Departementet ville derfor vurdere om det var grunn til å iverksette personellmessige tiltak overfor A. Frabeordring fra stillingen som sjef for fellesoperativt hovedkvarter i med-

hold av forsvarspersonelloven 2. juli 2004 nr. 59 § 7 første ledd første punktum ble uttrykkelig nevnt som en mulighet. Før departementet iverksatte en slik «formell prosess», ville det imidlertid gi A mulighet til å søke avskjed. Akkurat hvordan denne muligheten ble fremstilt, er A og departementet uenige om. Det er imidlertid på det rene at A i møtet 20. september 2007 ikke aksepterte forslaget om å trekke seg frivillig, og at han ble gitt frist til et nytt møte én uke senere for å ta endelig stilling til forslaget.

I etterkant av møtet 20. september 2007 sendte A 23. september 2007 et e-brev til assisterende departementsråd og forsvarssjefen. I e-brevet kommenterte A forholdene rundt golfturene i 2003 og 2004. Han fastholdt at han ikke hadde vært klar over at andre hadde dekket deler av utgiftene hans til opphold og golfdeltakelse, og at han heller ikke hadde vært klar over at selskapet Siemens AS var involvert på noen måte.

Det ble avholdt et nytt møte mellom A og departementsledelsen 27. september 2007. A har i korrespondansen hit opplyst at departementet i dette møtet la frem et forslag til sluttavtale som innebar at A søkte avskjed. A erklærte imidlertid at han ikke ønsket en slik løsning. Han skal da ha fått beskjed om at departementet i løpet av et par uker ville ta stilling til hvordan saken skulle følges opp videre.

Etter det siste møtet med departementet forsøkte A 29. september 2007 å kontakte sorenskriver Dalseide på telefon. Dette lyktes ikke i første omgang, men Dalseide ringte A tilbake dagen etterpå, dvs. 30. september 2007. A og Dalseide har i korrespondansen hit gitt til dels forskjellige fremstillinger av denne telefonsamtalen. Det synes imidlertid å være uomtvistet at A i telefonsamtalen skal ha fortalt om møtene med departementet 20. og 27. september 2007, og at han opplevde situasjonen som vanskelig. A skal også ha opplyst at han nå hadde tilbakebetalt 11 000 kroner til Siemens AS, som han mente tilsvarte den fordelsoverføringen som hadde skjedd i forbindelse med Alicante-turene i 2003 og 2004. Dalseide skal på sin side ha gitt enkelte råd om hvordan A burde forholde seg videre, herunder at det kunne være en idé å få advokatbistand.

Umiddelbart etter telefonsamtalen med A ringte sorenskriver Dalseide til assisterende departementsråd og informerte om samtalen. Samtalen mellom Dalseide og departementsråden ble fulgt opp med et notat fra Dalseide til departementet. I notatet redegjorde Dalseide for innholdet i telefonsamtalen. Verken Dalseide selv eller departementet sendte A noen kopi av notatet.

I brev 3. oktober 2007 varslet Forsvarsdepartementet A om at det ville bli vurdert å beordre ham fra stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter, jf. forsvarspersonelloven § 7. Det ble vist til at A syn-

tes å ha mottatt betydelige fordelingsoverføringer i forbindelse med turene til Alicante i 2003 og 2004, at dette i så fall var i strid med gaveforbudet i tjenstemannsloven § 20, og at det dessuten var åpnet politietterforskning for å vurdere om forholdet var straffbart. Videre viste departementet til As deltakelse på Alicante-turen i 2007. Etter departements syn fremsto det som kritikkverdig at A hadde deltatt på en golfstur med personer fra ledelsen i Siemens AS på et tidspunkt da det var allment kjent at det var en «konfliktsituasjon» mellom Siemens Business Service AS og Forsvaret. Samlet sett mente departementet at disse forholdene kunne være egnet til å svekke forsvarsledelsens og omverdenens tillit til A på en måte som ikke gjorde det mulig å beholde A i stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter. Det ble imidlertid presisert at det var opp til Kongen i statsråd å fatte et eventuelt endelig vedtak om frabeordning. A ble gitt en frist på 16 dager for å komme med merknader til saken.

A kom med merknader til departementets forhåndsvarsel i brev 16. oktober 2007, der han fremholdt at deltakelsen på Alicante-turene i 2003, 2004 og 2007 ikke kunne gi grunn til å fremme slike bebreidelser mot ham som departementet hadde antydnet. Brevet fra A ble fulgt opp med et brev fra advokat Lars Holo, som A på dette tidspunktet hadde engasjert for å få juridisk bistand i saken. I brevet ble det bl.a. gjort gjeldende at det ikke var rettslig adgang til å frabeordre A fra sin stilling i medhold av forsvarspersonelloven § 7 på den måten departementet hadde antydnet.

I etterkant av brevet fra Holo var det en viss korrespondanse mellom departementet og Holo. Det ble også avholdt et møte 8. november 2007. I forbindelse med dette møtet fikk Holo og A tilgang til den delen av Dalseide II-utvalgets rapport som inneholdt granskingsgruppens vurderinger knyttet til A.

Mens frabeordringssaken ennå var til behandling hos departementet, ble det 11. desember 2007 gjennomført ransaking og tatt beslag hos A. Det ble samtidig forkynt siktelse mot A. Forut for dette hadde Økokrim fått oversendt diverse dokumentasjon fra Forsvarsdepartementet, herunder sorenskriver Dalseides notat om telefonsamtalen med A 30. september 2007.

I e-brev 12. desember 2007 opplyste Forsvarsdepartementet at det ville fremme forslag om midlertidig frabeordning av A i statsråd 14. desember 2007. Dette varselet ble besvart ved et e-brev fra advokat Holo, som bestred at forsvarspersonelloven § 7 ga adgang til midlertidig frabeordning på det grunnlaget som departementet hadde angitt i det tidligere forvarselet. Gjennom en påfølgende telefonsamtale og diverse e-postkorrespondanse 13.–14. desember 2007 ble det imidlertid oppnådd enighet om at A i stedet

selv skulle trekke seg midlertidig fra stillingen. Gjeninntredelse skulle ikke skje før påtalespørsmålet var avgjort hos Økokrim og departementet hadde vurdert hvilke konsekvenser denne avgjørelsen skulle få for spørsmålet om frabeordning.

Økokrim henla siktelsen mot A 31. januar 2008. I brev 1. februar 2009 meddelte departementet at A kunne gjeninntre stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter fra 4. februar 2009, noe han også gjorde. Departementet fremmet aldri noe forslag om frabeordning for Kongen i statsråd.

Ved brev 3. juni 2008 brakte advokat Holo saken inn for ombudsmannen på vegne av A. I klagen hit ble det bl.a. gjort gjeldende at Forsvarsdepartementet på en utilbørlig måte hadde forsøkt å presse A til å trekke seg fra sin stilling i møtet 20. september 2007. Det ble i denne sammenheng vist til at A ikke på forhånd hadde fått vite at dette spørsmålet ville bli tatt opp i møtet, og at han heller ikke hadde fått tilgang til de delene av Dalseide II-rapporten som inneholdt granskingsgruppens vurderinger knyttet til A. A bestred også at forsvarspersonelloven § 7 under noen omstendighet kunne gi grunnlag for å fjerne en offiser fra en stilling som følge av klanderverdig adferd. Videre ble det gjort gjeldende at telefonsamtalen 30. september 2007 mellom sorenskriver Dalseide og A hadde vært fortrolig. Det var derfor utilbørlig av departementet å ta imot notatet fra Dalseide, og også å sende dette videre til Økokrim. Under enhver omstendighet skulle departementet av eget tiltak sørget for å gjøre A kjent med notatets innhold umiddelbart etter at dette var mottatt.

Etter å ha innhentet saksdokumentene fra Forsvarsdepartementet ble det besluttet å undersøke saken nærmere. Etter at saken første gang ble forelagt departementet ved brev 30. juni 2008, var det en omfattende korrespondanse med departementet og A. Det ble også innhentet uttalelser fra sorenskriver Nils Dalseide. Jeg har ikke funnet det hensiktsmessig å gjennomgå detaljene i denne korrespondansen her, men har i stedet nøydt meg med å gjengi de saksopplysninger og redegjørelser som er av betydning for min vurdering av saken.

Departementet fremholdt i korrespondansen hit at det ikke opptrådte på en utilbørlig måte overfor A i møtet 20. september 2007. A ble innkalt til møtet på en ukes varsel, og han fikk da opplyst at temaet for møtet var Dalseide II-rapporten. Siden As eneste befatning med denne rapporten knyttet seg til Alicante-turene i 2003 og 2004, måtte han etter departementets syn forstå at møtet ville dreie seg om dette. Departementet hadde heller ikke hatt som intensjon å forsøke å komme til en endelig løsning på møtet 20. september 2007. Formålet var tvert imot å orientere A om at departementet vurderte å iverksette personelltiltak, og at frabeordning kunne bli aktuelt. Siden A hadde

nådd aldersgrensen for pensjonering (58 år) og følgelig kunne gå av med pensjon når han ønsket, hadde departementet villet lufte muligheten for at A i stedet gikk av med pensjon fra begynnelsen av 2008. A ble gitt en frist til møtet 27. september 2007 for å ta stilling til dette. Det hadde altså aldri vært meningen at han skulle bestemme seg i møtet 20. september 2007.

Etter departementets syn var det heller ikke grunn til å rette kritikk mot at A bare hadde delvis innsyn i Dalseide II-rapporten da han skulle vurdere spørsmålet om frivillig fratredelse. Granskingsgruppen var ikke et eget forvaltningsorgan, og Dalseide II-rapporten måtte derfor anses som et organinternt dokument så lenge den ikke var sendt ut av Forsvarsdepartementet. De delene av rapporten som A ikke fikk innsyn i, besto enten av opplysninger som bare angikk andre personer enn A, eller av granskingsgruppens vurderinger. Disse vurderingene, som heller ikke var bindende for departementet, mente departementet at A ikke hadde noe krav på å få se etter forvaltningsloven § 18, slik denne bestemmelsen lød på det aktuelle tidspunktet. På et senere tidspunkt, etter at det var besluttet å iverksette en formell sak om frabeordning, besluttet imidlertid departementet å utvise meroffentlighet og gi A tilgang også til disse vurderingene.

Departementet fastholdt videre at forsvarspersonelloven § 7 etter omstendighetene kunne gitt hjemmel for å beordre A fra stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter på bakgrunn av klanderverdig opptreden i forbindelse med Alicante-turene. En slik frabeordning kan ifølge departementet ikke likestilles med en suspensjon eller disiplinærreaksjon, fordi beordringsretten etter § 7 beror på Forsvarets behov. Etter departementets syn kan Forsvarets behov etter omstendighetene tilsi at det foretas beordringer som først og fremst har til formål å fjerne en embets- eller tjenestemann fra en bestemt stilling. Et tillitsbrudd kan etter omstendighetene være en saklig grunn for slik frabeordning. I stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter var det behov for et særlig sterkt tillitsforhold mellom A og den øverste forsvarsledelsen. Stillingen var dessuten eksponert for offentligheten, og As forhold kunne derfor ha betydelig innvirkning på omverdenens tillit til Forsvaret. Departementet opplyste for øvrig at det ikke var noen konkret stilling å beordre A til, og at han ved en eventuell frabeordning ville bli stilt til Forsvarssjefens disposisjon. Bakgrunnen for dette var at det var relativt få stillinger i Forsvaret for personer med graden viseadmiral. Dersom det ved en frabeordning av en person av As grad skulle gjelde noe absolutt krav om at vedkommende samtidig ble beordret til en konkret ny stilling, ville Forsvarets beordringsrett bli vesentlig uthulet.

Når det gjaldt telefonsamtalen 30. september 2007 mellom A og sorenskriver Dalseide, og det påfølgende notatet til departementet, ble det innhentet uttalelser fra Dalseide. Dalseide opplyste gjennom disse uttalelsene at A ikke på noe tidspunkt under samtalen ba om eller ga uttrykk for at han forutsatte konfidensialitet rundt samtalen. Dalseide gjorde på sin side aldri A uttrykkelig oppmerksom på at han kom til å informere Forsvarsdepartementet om samtalen. Dalseide oppfattet imidlertid at bakgrunnen for As henvendelse var at han følte seg ukomfortabel med måten Forsvarsdepartementet behandlet ham på, og at han derfor ønsket Dalseides bistand for å få departementet til å «besinne seg». For øvrig opplyste Dalseide at det var han selv som tok initiativ til å skrive notatet om samtalen og oversende dette til departementet.

Departementet hadde ikke vesentlige merknader til Dalseides fremstilling av telefonsamtalen med A og det påfølgende notatet til departementet. Når det gjaldt spørsmålet om innsyn i notatet fremholdt departementet at A hadde rett til innsyn i dokumentet, men at han ikke fremsatte noe krav om dette før etter at notatet ble nevnt i et oppslag i VG. Etter departementets oppfatning forelå det ingen plikt til å forelegge notatet for A av eget tiltak. Departementet viste i denne sammenheng for det første til forvaltningsloven § 17 annet ledd bokstav a og c. Departementet holdt det for øvrig åpent om beordringssaken overfor A var en sak om enkeltvedtak, og dermed også om § 17 annet ledd overhodet kommer til anvendelse.

Departementets og Dalseides redegjørelser ble forelagt A, som i det vesentlige opprettholdt anførselene i sin opprinnelige klage hit. Når det gjaldt uttalen fra Dalseide, benektet A at han på noe tidspunkt ga Dalseide fullmakt til å tale hans sak overfor departementet.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

*«1. Beordringsadgangen etter forsvarspersonelloven § 7*

Etter forsvarspersonelloven 2. juli 2004 nr. 59 § 7 første ledd første punktum plikter «[y]rkesbefal og avdelingsbefal ... å la seg disponere til stilling i Norge og i utlandet». Slik saken er opplyst, synes det på det rene at Forsvarsdepartementet i møtene med A 20. og 27. september 2007 informerte om at det kunne bli aktuelt å beordre ham bort fra stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter i medhold av nevnte bestemmelse. Det er også på det rene at han senere mottok et offisielt varsel fra departementet om at det vurderte slik frabeordring, og at han etter hvert også ble informert om at departementet ville fremme en slik frabeordringssak for Kongen i statsråd. Som følge av

de senere begivenhetene ble imidlertid saken utsatt, og etter hvert også henlagt.

Ettersom det aldri ble fattet noen beslutning om frabeordring i As tilfelle, er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til gyldigheten av en slik avgjørelse i den konkrete saken. Spørsmålet blir i stedet om de forholdene og hensynene som lå til grunn for departementets beslutning om å iverksette en formell sak om frabeordring var saklige, dvs. om disse forholdene etter sin art kunne begrunnet en slik beordring.

Et første spørsmål som er reist, er om plikten til å la seg beordre overhodet omfatter beordringer som primært har til formål å fjerne en militær tjenestemann fra sin nåværende stilling. Ordlyden i § 7 første ledd første punktum trekker i retning av at beordringen må være motivert i et ønske om å kunne benytte tjenestemannen i en bestemt annen stilling. Bestemmelsen må imidlertid tolkes i lys av sin forhistorie. Forsvarspersonelloven § 7 første ledd første punktum er i hovedsak en videreføring av tidligere lov 10. juni 1977 nr. 66 om yrkesbefal m.m. i Forsvaret (yrkesbefaloven) § 3, jf. Ot.prp. nr. 60 (2003–2004) s. 46. Sistnevnte bestemmelse var i sin tur ment å videreføre rettstilstanden etter befalsordningen som ble vedtatt av Stortinget 13. juni 1966, jf. Ot.prp. nr. 64 (1976–1977) s. 5. I St.prp. nr. 38 (1995–1996) s. 10 er det uttrykkelig lagt til grunn at «Forsvaret [kan] frabeordre i tilfeller der det åpenbart er påkrevet å ombeordre befal fra sin stilling av helsemessige, sikkerhetsmessige eller andre årsaker». Denne rettsoppfatningen er også lagt til grunn i Eidsivating lagmannsretts dom inntatt i RG 1991 s. 580. Forarbeidene til forsvarspersonelloven § 7 gir ingen holdepunkter for å anta at det har vært lovgivers mening å innnevne beordringsadgangen i forhold til yrkesbefaloven § 3.

Jeg må på denne bakgrunn legge til grunn at forsvarspersonelloven § 7 første ledd første punktum etter omstendighetene kan gi tilstrekkelig hjemmel for å foreta en beordring som primært er motivert i et ønske om å fjerne en tjeneste- eller embetsmann som omfattes av bestemmelsen fra sin nåværende stilling. Forutsetningen må være at vedkommende beholder sin militære grad ved frabeordringen, og at Forsvaret ved beordringen tar sikte på å beordre vedkommende til en ny stilling umiddelbart eller så snart som mulig etter frabeordringen. Jeg viser i denne sammenheng også til Eidsivating lagmannsretts begrunnelse i avgjørelse inntatt i RG 1991 s. 580.

Spørsmålet blir etter dette om de forholdene og vurderingene som er angitt i Forsvarsdepartementets forhåndsvarsel 3. oktober 2007 etter sin art kan gi grunnlag for en beordring etter forsvarspersonelloven § 7 første ledd første punktum. De faktiske omstendigheter departementet har vist til i forhåndsvarselet er for det første at A i forbindelse med turene til

Alicante i 2003 og 2004 syntes å ha mottatt en fordelsoverføring i strid med tjenestemannsloven 4. mars 1983 nr. 3 § 20, og at det på tidspunktet for forvarselet også pågikk politietterforskning knyttet til disse turene. For det annet har departementet vist til at A deltok på Alicante-turen i 2007, til tross for at han på dette tidspunktet var klar over konflikten mellom Forsvaret og Siemens Business Service AS vedrørende overfakturering. Ifølge departementet vil disse forholdene kunne anses som klanderverdig opptreden som ikke er forenlig med de «særdeles strenge krav til dømmekraft og pålitelighet» som stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter forutsetter. Det er videre vist til at mottaket av fordeler fra Siemens AS «virker svært negativt på det tillitsforhold Forsvarsdepartementet er avhengig av å ha til deg i din helt spesielle stilling» og dessuten «vil ... kunne skade Forsvarets tillit og omdømme eksternt».

Forsvarspersonelloven § 7 første ledd første punktum setter etter sin ordlyd ingen begrensninger for hvilke hensyn som er saklige i vurderingen av om det skal foretas en beordring. Av Ot.prp. nr. 60 (2003–2004) s. 46 fremgår det at beordringsadgangen styres av Forsvarets behov. I St.prp. nr. 38 (1995–1996) s. 10 legges det som nevnt til grunn at frabeordringer kan skje på bakgrunn av «helsemessige, sikkerhetsmessige eller andre årsaker».

Både ordlyden i og forarbeidene til § 7 første ledd annet punktum tilsier altså at Forsvarets beordringsadgang, herunder adgangen til å beordre en militær embets- eller tjenestemann bort fra sin stilling, er relativt vid. Bestemmelsen kan imidlertid ikke leses isolert, men må tolkes i sammenheng med regelverket for øvrig. Militære embets- og tjenestemenn er i utgangspunktet underlagt bestemmelsene i tjenestemannsloven, jf. tjenestemannsloven § 1 og forsvarspersonelloven § 4. Etter tjenestemannsloven § 15 første ledd bokstav b kan en embetsmann avskjediges når vedkommende «ved utilbørlig atferd i eller utenfor tjenesten viser seg uverdigg til sin stilling eller bryter ned den aktelse eller tillit som er nødvendig for stillingen». Hvis vilkårene for avskjed etter § 15 synes å være oppfylt, vil det etter omstendighetene også være adgang til å suspendere vedkommende embetsmann mens avskjedssaken er til behandling, jf. § 16. Selv om avskjed ikke var aktuelt, er det mulig at det faktum som departementet la til grunn etter omstendighetene kunne ha gitt grunnlag for disiplinærreaksjoner i medhold av lov 20. mai 1988 nr. 32 om militær disiplinærmyndighet. Også i tilfeller der en embetsmann ikke har gjort seg skyldig i klanderverdig atferd, vil han dessuten kunne avskjediges dersom han «ikke lenger har de kvalifikasjoner som er nødvendig eller foreskrevet for stillingen, eller av andre grunner er varig uskikket for stillingen», jf. tjenestemannsloven § 14 nr. 3, jf. nr. 2 bokstav b.

Forsvarsdepartementet har vist til at en eventuell beordring av A verken ville ha vært å anse som en avskjed, suspensjon eller disiplinærreaksjon. Det er i denne sammenheng også vist til at militære embets- og tjenestemenn utnevnes til grad og beordres til stilling, slik at en ombeordring til stilling med samme grad ikke vil innebære en avskjedigelse eller suspensjon. Slik saken står, er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til dette. Det sentrale for tolkningen av forsvarspersonelloven § 7 er at lovgiver gjennom vedtakelsen av tjenestemannsloven og lov om militær disiplinærmyndighet har etablert et system som på nærmere vilkår gjør det mulig for Forsvaret å slå ned på utilbørlig atferd gjennom bestemmelsene om disiplinærreaksjoner og avskjed, og som også gjør det mulig å avskjedige en embetsmann som må anses varig uskikket for stillingen sin. Forsvarets legitime behov for å kunne fjerne embetsmenn som man på grunn av vedkommendes klanderverdige handlinger ikke lenger har tillit til, må anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom disse bestemmelsene. At Forsvaret i slike tilfeller i stedet skulle kunne beordre vedkommende embetsmann bort fra sin stilling i medhold av forsvarspersonelloven § 7, harmonerer dårlig med de materielle skranker og prosessuelle garantier som er oppstilt for avskjed og disiplinærreaksjoner.

Departementet har til støtte for sin forståelse av forsvarspersonelloven § 7 også vist til Eidsivating lagmannsretts avgjørelse inntatt i RG 1991 s. 580. Frabeordringen lagmannsretten tok stilling til i denne saken var imidlertid ikke begrunnet med at Forsvaret hadde manglende tillit til vedkommende tjenestemann, men derimot at en ekstern aktør hadde gitt uttrykk for at man ikke kunne samarbeide med vedkommende. Bakgrunnen for at tjenestemannen ikke lenger kunne fungere i stillingen var med andre ord et forhold utenfor Forsvarets kontroll, noe lagmannsretten også har fremhevet i sin begrunnelse. I As sak var den varslede frabeordringen ikke begrunnet i slike forhold utenfor Forsvarets kontroll. Jeg kan derfor ikke se at avgjørelsen i RG 1991 s. 580 gir holdpunkter for noen bestemt slutning i foreliggende sak.

Når det gjelder det andre forholdet som ligger til grunn for den varslede frabeordringen, nemlig hensynet til Forsvarets tillit og omdømme utad, er jeg i og for seg enig i at det kan fremstå uheldig for et forvaltningsorgan at en viktig stilling er besatt av en embetsmann som blir knyttet til en sak av denne typen. Derimot har jeg vanskelig for å se at Forsvaret er mer avhengig av tillit utad enn andre sentrale forvaltningsorganer. Mange av de mest sentrale posisjonene i Forsvaret er dessuten besatt av sivile embetsmenn. Disse vil etter gjeldende rett ikke kunne beordres fra sine stillinger utelukkende ut fra hensynet til Forsvarets omdømme utad. Sett hen til at skadepotensialet heller ikke synes å ha noen sammenheng med om det



dreier seg om en militær eller sivil embetsmann, synes det heller ikke å være noe saklig behov for å ha en videre frabeordningsadgang overfor de militære embetsmennene i tilfeller som dette.

Jeg er på denne bakgrunn kommet til at ingen av de forhold som ble nevnt i Forsvarsdepartementets forvarsel 3. oktober 2007 kunne gi grunnlag for å foreta en frabeordning i medhold av forsvarspersonelloven § 7. Følgelig var det også usaklig å trekke frem denne muligheten i møtene 20. og 27. september 2008, og å iverksette en formell frabeordningssak overfor A.

## 2. Departementets opptreden i og imellom møtene 20. og 27. september 2007

### 2.1 Generelle utgangspunkter; betydningen av uenighet om faktiske forhold

A har gjort gjeldende at Forsvarsdepartementet i møtet 20. september og tiden frem til møtet 27. september 2007 på utilbørlig vis forsøkte å presse ham til å søke avskjed fra stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter. Departementet har på sin side bekreftet at det gjorde A oppmerksom på muligheten for frivillig fratredelse, men har fremholdt at det ikke ble lagt noe utilbørlig press på A i denne sammenheng.

Tjenestemannsloven oppstiller vesentlig forskjellige vilkår for avskjedigelse av en embetsmann mot vedkommendes vilje og avskjed på bakgrunn av søknad fra embetsmannen selv. Mens avskjed mot embetsmannens vilje bare kan finne sted dersom de materielle vilkårene i tjenestemannsloven § 10 nr. 3, jf. nr. 2 eller § 15 er oppfylt, vil en søknad om avskjed i utgangspunktet anses å gi tilstrekkelig hjemmel for avskjedsvedtaket. Både lovens system og alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling tilsier at forvaltningen ikke må forsøke å omgå de strenge kravene for ufrivillig avskjed ved gjennomtvang eller annen utilbørlig påvirkning å presse embetsmannen til å søke om avskjed. Etter omstendighetene vil slikt utilbørlig press kunne føre til at avskjedsvedtaket må anses som et avskjedsvedtak mot embetsmannens vilje, og at vedtaket derfor bare er gyldig dersom de materielle og prosessuelle vilkårene for slik avskjed er til stede. Jeg viser i denne sammenheng også til Rt. 1995 s. 555 og Bjørnaraa, Gaard og Selmer, Norsk tjenestemannsrett – kommentarer til tjenestemannsloven (Oslo 2000) s. 451 flg.

Hvorvidt departementet opptrådte på en utilbørlig måte overfor A under og i tiden mellom møtene 20. og 27. september 2007 synes i stor grad å avhenge av hva som faktisk ble sagt og gjort i disse to møtene. Jeg konstaterer at A og departementet har til dels svært ulike oppfatninger om dette. Den skriftlige saksbehandlingen her er lite egnet til å ta stilling til slik uenighet om faktiske forhold. Dette innebærer at

jeg ved vurderingen av saken må ta utgangspunkt i de opplysninger som fremgår av saksdokumentene og departementets redegjørelse hit. Jeg presiserer for ordens skyld at dette ikke innebærer at jeg dermed går god for departementets fremstilling.

### 2.2 Selve anmodningen til A om å vurdere å søke avskjed

Et første spørsmål er om det må anses som utilbørlig press at Forsvarsdepartementet i det hele tatt ba A vurdere å søke avskjed. Det klare utgangspunktet er at det må være opp til embetsmannen selv å ta initiativ til en slik avskjedssøknad. En anmodning fra arbeidsgiverorganet om å søke avskjed vil nesten uunngåelig være egnet til å påvirke embetsmannens vurdering. I tråd med det alminnelige saklighetsprinsipp som gjelder for all forvaltningsvirksomhet, vil en slik anmodning bare kunne aksepteres dersom arbeidsgiver har et saklig grunnlag for å anta at vedkommende embetsmann vil kunne være tjent med å fremsette en slik søknad.

Forsvarsdepartementet har som nevnt bekreftet at det i møtet med A 20. september 2007 pekte på muligheten for å søke om avskjed og gå av med pensjon. Departementet har vist til at det på tidspunktet for møtet hadde mottatt og gjennomgått Dalseide II-rapporten, og at det også var kjent med As deltagelse på Alicanteturen i 2007. Disse forholdene gjorde at departementet i utgangspunktet anså det naturlig å iverksette en prosess for å belyse disse forholdene nærmere, herunder om det var grunnlag for å iverksette personelltiltak overfor A. Selv om det ikke var gitt at en slik prosess ville foranledige tiltak overfor A, måtte det antas at prosessen i seg selv ville kunne oppleves belastende. A hadde dessuten nådd pensjonsalderen på 58 år, og ville derfor når som helst kunne søke avskjed og bli pensjonist. Departementet mente det derfor var grunn til å se om det var mulig å få til en omforent løsning med A som innebar at A gikk av med pensjon fra januar 2008.

Slik saken er opplyst, finner jeg ikke grunn til å rette kritikk mot selve det forholdet at Forsvaret ba A vurdere å søke avskjed. Etter en gjennomgang av de delene av Dalseide II-rapporten som gjelder As deltagelse på Alicante-turene i 2003 og 2004, kan jeg ikke se at det er grunn til å bebreide departementets standpunkt om at det var behov for videre undersøkelser knyttet til As sak. Som departementet har pekt på, kunne en slik prosess i seg selv bli ubehagelig. Slik saken sto på tidspunktet for anmodningen, kunne det vel heller ikke utelukkes at en slik undersøkelse ville kunne foranledige disiplinærreaksjoner el. lign. mot A. Når disse forholdene holdes opp mot den kjensgjerning at A når som helst kunne søke avskjed og gå av med pensjon, kan jeg ikke se at det i seg selv var utilbørlig av departementet å be ham vurdere den-

ne muligheten før en eventuell formell undersøkelsesprosess ble iverksatt.

### *2.3 Departementets opptreden i forkant av møtet 20. september 2007*

Det synes å være på det rene at A i forkant av møtet 20. september 2007 fikk opplyst at temaet for dette møtet var Dalseide II-rapporten, men at han utover dette ikke fikk nærmere beskjed om hvilke spørsmål departementet ønsket å ta opp. A har gjort gjeldende at informasjonen i forkant av møtet var mangelfull og et ledd i en utilbørlig overrumpling fra departementets side. Departementet har på sin side fremholdt at møtet 20. september 2007 var ment som en første orientering om departementets planer for videre oppfølging av forholdene som var avdekket i Dalseide II-rapporten. Grunnen til at man valgte å gi denne orienteringen muntlig i stedet for skriftlig, var at A samtidig skulle få anledning til å komme med kommentarer og stille spørsmål. Departementet har fremholdt at det aldri var meningen at A der og da skulle bestemme seg for om han ønsket å søke avskjed. Tvert imot ble han gitt frist til det påfølgende møtet 27. september 2007 til å ta stilling til dette spørsmålet.

Slik saken er opplyst, har jeg ikke funnet grunnlag for å kritisere departementet for mangelfull informasjon i forkant av møtet 20. september 2007. Basert på redegjørelsen fra Forsvarsdepartementet, må jeg legge til grunn at det ikke var departementets intensjon å få A til å ta stilling til spørsmålet om frivillig fratredelse mv. i dette møtet, og at hensikten utelukkende var å orientere A om departementets syn på saken på det daværende tidspunktet. Hvorvidt et slikt første varsel skal gis skriftlig eller muntlig, beror i første rekke på et hensiktsmessighetsskjønn. Etter ombudsmannsloven § 10 annet ledd skal ombudsmannen bare overprøve slike skjønnsmessige vurderinger i den grad skjønnet fremstår som «klart urimelig» eller «klart strir mot god forvaltningspraksis». Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å knytte slike karakteristikker til Forsvarsdepartementets vurdering i foreliggende sak.

### *2.4 As innsyn i Dalseide II-rapporten i perioden 20.–27. september 2007*

Det er på det rene at A i møtet 20. september 2007 bare fikk delvis innsyn i det kapittelet av Dalseide II-rapporten som gjaldt Alicante-turene (del IV). A fikk for det første ikke innsyn i opplysninger som departementet mente ikke var av betydning for As sak, og som var underlagt taushetsplikt av hensyn til andre personer. For det annet fikk han heller ikke innsyn i enkelte sider som etter departementets syn utelukkende inneholdt «vurderinger» (i motsetning til «faktiske opplysninger») av Alicanteturene. Det er vist til

at Dalseide II-rapporten er et internt dokument, jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd.

Slik saken er opplyst, er jeg enig med departementet i at Dalseide II-rapporten måtte anses som et internt dokument etter forvaltningsloven § 18 annet ledd og offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 § 5, slik bestemmelsen lød frem til 1. januar 2009. Ifølge ordlyden i forvaltningsloven § 18 annet ledd og offentlighetsloven § 5 kan slike dokumenter unntas fra offentlighet. I saker som gjelder enkeltvedtak følger det imidlertid av forvaltningsloven § 18 tredje ledd at en part har krav på innsyn i de delene av et slikt internt dokument som inneholder «faktiske opplysninger eller annen bearbeidelse av faktum», med mindre det dreier seg om opplysninger som er «uten betydning for avgjørelsen» eller opplysninger eller bearbeidelser som finnes i et annet dokument som parten har tilgang til.

Begrepene «faktiske opplysninger» er ment å tolkes vidt. I Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 79 heter det bl.a.:

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

Dalseide II-rapportens side 146-148 og 151, som det er på det rene at A først ikke fikk innsyn i, inneholder bl.a. granskingsgruppens vurderinger om troverdigheten av As og andre granskede personers forklaringer. Bl.a. inneholder sidene opplysninger om hvordan A og andre har forklart seg, hvordan forklaringene har blitt endret underveis og hvordan en bestemt hotellfaktura er utformet. Dette må klart nok anses som «faktiske opplysninger eller annen bearbeidelse av faktum». Departementet har derfor lagt til grunn en feil rettsoppfatning når det har lagt til grunn at denne delen av Dalseide II-rapporten bare inneholder «vurderinger».

Forvaltningsloven § 18 tredje ledd kommer bare direkte til anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak, jf. lovens § 3. Etter § 2 er et avskjedsvedtak å regne som enkeltvedtak. I saker om avskjed på bakgrunn av søknad, kan det imidlertid neppe anses å eksistere en formell avskjedssak før en slik søknad faktisk er kommet frem til organet. En eventuell anmodning fra forvaltningsorganet til embetsmannen om å vurdere å søke om avskjed kan ikke anses som et enkeltvedtak, ettersom en slik anmodning ikke virker bestemmen-

de for embetsmannens rettsstilling, sml. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

Jeg legger på denne bakgrunn til grunn at As sak ikke kunne anses som en sak om «enkeltvedtak» i perioden 20.–27. september 2007, slik at forvaltningsloven § 18 tredje ledd ikke kom direkte til anvendelse på dette tidspunktet. Dette er likevel ikke avgjørende for om han burde fått eller hadde krav på helt eller delvis innsyn i de nevnte sidene av Dalseide II-rapporten. En anmodning om å søke avskjed vil, i likhet med all annen forvaltningsvirksomhet, være underlagt ulovfestede krav til saklighet og forsvarlig saksbehandling. Som redegjort for under pkt. 2.2, kan det anses legitimt å fremsette en slik anmodning bare dersom forvaltningsorganet har en saklig grunn til å anta at embetsmannen vil kunne være interessert i å søke avskjed av fri vilje. Kravene til forsvarlig saksbehandling må imidlertid anses å strekke seg lenger enn til bare å gjelde grunnlaget for anmodningen. Når forvaltningsorganet først griper inn i en beslutning som er ment å være et utslag av embetsmannens frie vilje, må forvaltningsorganets ansvar for sakens opplysning også anses å omfatte den avgjørelsen som embetsmannen blir nødt til å ta som følge av forvaltningsorganets anmodning. Dette tilsier at embetsmannen i en slik situasjon ikke bør stilles dårligere enn om han var part i en formell avskjedssak. I sistnevnte situasjon ville som nevnt bestemmelsene om partsinnsyn i forvaltningsloven § 18 kommet til anvendelse.

Det må på denne bakgrunn legges til grunn at A skulle fått innsyn i de delene av Dalseide II-rapportens side 146–148 og 151 som inneholdt faktiske opplysninger i forvaltningsloven § 18 tredje ledd forstand da han i møtet 20. september 2007 ble bedt om å vurdere å søke avskjed. Når det gjelder de delene av disse sidene som rent faktisk inneholdt «vurderinger», kan en slik innsynsrett ikke utledes gjennom analogislutninger fra § 18. Forvaltningsloven § 18 annet ledd innebærer imidlertid ikke noe forbud mot å gi innsyn i slike vurderinger. Det er også sikker rett at forvaltningen etter omstendighetene har en plikt til å vurdere om det skal vurderes slik merofentlighet overfor parter, sml. offentlighetsloven § 2 tredje ledd.

Departementet har opplyst at A fikk tilgang til sidene 146–148 og 151 i Dalseide II-rapporten i november 2007. Slik saken er opplyst, kan jeg ikke se at det skulle være mindre betenkelig for departementet å gi ham innsyn på dette tidspunktet enn det var i september 2007. Jeg legger derfor til grunn at det ikke var tungtveiende hensyn som talte mot å gi ham tilgang til disse sidene i møtet 20. september 2007. Samtidig må jeg anta at det å gi A tilgang til granskingsgruppens vurderinger ville gitt A et bedre grunnlag for å vurdere om han burde søke avskjed.

Departementet hadde ikke selv utarbeidet noen betenkning el. lign. til møtet 20. september 2007, og utvalgets vurderinger var derfor de eneste som var tilgjengelig på dette tidspunktet. Selv om disse vurderingene ikke var bindende for departementet, må det likevel antas at disse vurderingene var egnet til å gi A en viss indikasjon på hvilke konsekvenser deltagelsen på Alicante-turene kunne få for ham, og følgelig også hvilke belastninger han kunne unngå ved å søke om avskjed.

Jeg har på denne bakgrunn kommet til at A skulle fått innsyn i de delene av sidene 146–148 og 151 som inneholdt faktiske opplysninger, og at han også burde fått innsyn i de delene av rapporten som inneholdt granskingsgruppens vurderinger. Dersom A hadde fått slikt innsyn, ville han hatt et bedre grunnlag for å ta stilling til om han ønsket å søke avskjed, noe som igjen ville bidratt til å gjøre prosessen mer forsvarlig totalt sett.

For ordens skyld bemerker jeg at jeg ikke har funnet grunn til innvendinger mot departementets beslutning om ikke å gi A innsyn i de delene av Dalseide II-rapporten som ikke hadde betydning for saken hans.

#### *2.5 Henvisningen til mulig frabeordring etter forsvarspersonelloven § 7*

Det er på det rene at departementet i møtet 20. september 2007 opplyste A om at det kunne bli aktuelt å frabeordre ham fra stillingen som sjef for Fellesoperativt hovedkvarter dersom han ikke valgte å søke om avskjed. Som det fremgår av pkt. 1, kunne en slik frabeordring etter mitt syn ikke vært et aktuelt tiltak i As tilfelle. Den rettsoppfatning departementet ga uttrykk for var etter sin art egnet til å gi inntrykk av at han var mer utsatt dersom han ikke søkte om avskjed enn det som faktisk var tilfellet. Selv om jeg ikke har grunn til å tro at departementets representanter bevisst forsøkte å bidra til en slik villfarelse, må dette forholdet objektivt sett anses som et usaklig pressmiddel mot A.

#### *2.6 Noen avsluttende merknader*

Som det fremgår av drøftelsene under pkt. 2.3–2.5, ble det gjort flere feil i forbindelse med Forsvarsdepartementets anmodning til A om å vurdere å søke avskjed. Jeg har ikke grunnlag for å anta at disse feilene ble gjort i den hensikt å øke presset mot A. Objektivt sett må imidlertid feilene anses egnet til å svekke grunnlaget for As avgjørelse, og jeg antar at dette også kan ha hatt den effekt at presset på A ble større enn det var grunnlag for. Ettersom A aldri søkte om avskjed, er det imidlertid unødvendig for meg å ta stilling til hvilke konsekvenser dette ville hatt for et eventuelt påfølgende avskjedsvedtak.

### 3. Notatet fra sorenskriver Dalseide

#### 3.1 Var det uforsvarlig av departementet å ta imot notatet fra Dalseide?

A har gjort gjeldende at det var kritikkverdig at Forsvarsdepartementet aksepterte sorenskriver Dalseides notat om samtalen mellom ham og A 30. september 2007, fordi denne samtalen måtte anses som fortløpig. Sorenskriver Dalseide har på sin side forklart at han oppfattet henvendelsen fra A slik at A ønsket at Dalseide skulle støtte hans sak og få departementet til å «besinne seg». Mot dette har A igjen gjort gjeldende at hans henvendelse ikke med rimelighet kunne anses som en fullmakt for Dalseide til å tale As sak overfor departementet.

Slik saken er opplyst, kan jeg ikke se at Dalseide har utøvd partsrettigheter eller andre beføyelser på As vegne som rettslig sett forutsatte en uttrykkelig fullmakt fra A. Det synes også på det rene at Dalseide aldri ga noe løfte til A om at telefonsamtalen 30. september 2007 skulle holdes hemmelig. Jeg kan heller ikke se at Dalseide var underlagt noen lovbestemt taushetsplikt om forholdet overfor Forsvarsdepartementet. Ideelt sett ville det nok vært en fordel om spørsmålet om konfidensialitet var blitt uttrykkelig avklart innledningsvis i telefonsamtalen. Imidlertid kan jeg ikke se at Dalseide var nærmere til å ta initiativet til en slik avklaring enn A.

Jeg kan på denne bakgrunn ikke se at Dalseide hadde noen plikt til å holde innholdet i telefonsamtalen hemmelig for Forsvarsdepartementet, og heller ikke at han på utilbørlig vis har gitt A inntrykk av at samtalen ville bli holdt hemmelig. Følgelig kan jeg heller ikke se at det er holdepunkter for å kritisere departementet for å ha tatt imot notatet om samtalen.

#### 3.2 Skulle departementet av eget tiltak ha informert A om Dalseides notat?

Det synes å være på det rene at A ikke var kjent med at Dalseide hadde orientert departementet om telefonsamtalen 30. september 2007 før notatet fra Dalseide ble publisert i VG i februar 2008. A har anført at departementet av eget tiltak skulle ha informert ham om notatet som et ledd i sin behandling av saken om frabeordring.

Ifølge forvaltningsloven § 17 annet ledd har en part i en sak om enkeltvedtak rett til å bli forelagt og få mulighet til å kommentere opplysninger om parten som forvaltningen mottar fra andre enn parten selv, med mindre unntakene i bokstav a–c kommer til anvendelse. Beordringer er ikke omfattet av opplystingen i forvaltningsloven § 2 annet ledd over hvilke arbeidsrettslige avgjørelser som skal regnes som enkeltvedtak. Det kan reises spørsmål om den varslede frabeordringen av A ville ha innebåret en «forflyt-

ting» i forvaltningslovens forstand. Dette spørsmålet må anses tvilsomt, og slik saken ligger an er det ikke nødvendig å ta endelig stilling til om et vedtak om frabeordring ville vært et enkeltvedtak. Bestemmelsen i § 17 annet ledd har til siktemål å sikre kontradiksjon, og på denne måten bidra til en forsvarlig opplysning av saken, jf. også § 17 første ledd. Kravet om forsvarlig saksopplysning må anses som et utslag av det generelle kravet til forsvarlig saksbehandling som gjelder for all forvaltningsvirksomhet. Etter omstendighetene vil kravet til forsvarlig saksbehandling tilsi at de reglene som kommer til uttrykk i forvaltningsloven § 17 annet ledd kommer til anvendelse uavhengig om det er tale om et enkeltvedtak eller ikke. Dette vil bero på en konkret vurdering, hvor blant annet avgjørelsens art og viktighet vil stå sentralt.

I As beordrings sak var det sentrale vurderingsmomentet for departementet hvorvidt A hadde opptrådt på en klanderverdig måte som svekket tilliten til ham. En frabeordring på dette grunnlaget ville naturligvis hatt stor betydning for A, noe som tilsier at det stilles forholdsvis høye krav til sakens opplysning. Siden det var As egen opptreden som sto i fokus, må det også anses å være av stor betydning for sakens opplysning at A fikk mulighet til å gjøre seg kjent med og imøtegå opplysninger som gjaldt dette spørsmålet. Departementets plikt til å forelegge slike opplysninger måtte derfor være den samme uavhengig av om det var tale om et enkeltvedtak eller ikke.

Det er imidlertid på det rene at det aldri ble fattet noe frabeordringsvedtak overfor A. Saksdokumentene for øvrig gir heller ikke holdepunkter for at Forsvarsdepartementet anså notatet fra telefonsamtalen å inneholde opplysninger av betydning for frabeordringsspørsmålet. Videre er det ikke noe som tyder på at selve telefonsamtalen eller Dalseides slutninger fra samtalen ble ansett å ha betydning for vurderingen av As troverdighet m.m. Slik saken ligger an, har jeg derfor kommet til at departementet ikke pliktet å informere A om notatet av hensyn til beordrings sakens opplysning.

### 4. Avsluttende merknader

Som det fremgår av drøftelsene ovenfor, er jeg kommet til at det ble begått flere feil i forbindelse med Forsvarsdepartementets håndtering av A i etterkant av Dalseide II-rapporten. Sett hen til at A aldri fremsatte noen søknad om avskjed, og det heller aldri ble fattet noe frabeordringsvedtak, finner jeg imidlertid å kunne la saken bero med de redegjørelser departementet har gitt. Jeg ber likevel om at Forsvarsdepartementet merker seg mine synspunkter for fremtiden.»

## Journalføring

---

### 41.

#### Journalføring av tekstmeldinger (SMS-er)

(Sak 2008/2591)

*Saken gjaldt spørsmålet om Statsministerens kontor (SMK) skulle ha journalført et notat som ble oversendt Kredittilsynet og tre tekstmeldinger (SMS-er) som ble utvekslet mellom statsminister Jens Stoltenberg og DnB NOR-sjef Rune Bjerke.*

*Det var ikke grunn til å kritisere at SMK unnlot å journalføre notatet som ble oversendt Kredittilsynet. Ombudsmannen kom imidlertid til at én av SMS-ene skulle vært journalført. Saken avdekket også at SMKs generelle rutiner for journalføring av SMS-er var i strid med gjeldende regelverk.*

Høsten 2008 lanserte Regjeringen en av sine tiltakspakker i forbindelse med den såkalte «finanskrisen». I denne forbindelse ble det fra flere hold stilt spørsmål om Statsministerens kontor hadde gitt ledelsen i DnB NOR innsideinformasjon i forkant av lanseringen. Kredittilsynet opprettet en tilsynssak knyttet til forholdet, og ba i denne sammenheng SMK oversende relevante saksdokumenter. Som følge av denne anmodningen oversendte SMK bl.a. et notat som statssekretær Karl Eirik Schjøtt-Pedersen hadde skrevet, og som inneholdt nedtegninger om kontakten han hadde hatt med DnB NOR-sjef Rune Bjerke i tiden før lanseringen av tiltakspakken.

Flere aktører, deriblant Dagens Næringsliv, begjærte innsyn i det ovennevnte notatet fra Schjøtt-Pedersen. SMK avsto imidlertid disse innsynsbegjæringene under henvisning til at det dreide seg om et organinternt notat. Avslaget ble påklaget til Kongen i statsråd, som opprettholdt avslaget. Flere aktører klaget også forholdet inn for ombudsmannen, men disse klagene ble avvist under henvisning til at ombudsmannen ikke skal overprøve beslutninger fra Kongen i statsråd.

Etter at innsynsspørsmålet var avgjort, henvendte journalist Trond Sundnes i Dagens Næringsliv seg til SMK og spurte hvorfor notatet fra Schjøtt-Pedersen ikke var oppført i SMKs postjournal. Videre spurte han hvorfor postjournalen heller ikke omfattet tre tekstmeldinger som ble utvekslet mellom statsminister Jens Stoltenberg og DnB NOR-sjef Rune Bjerke 11. oktober 2008. SMK fremholdt at verken notatet eller SMS-ene var underlagt journalføringsplikt. For notatets del ble dette begrunnet med at det dreide seg om et organinternt dokument, og at det forelå «langvarig praksis» for ikke å journalføre slike dokumenter ved oversendelse til Kredittilsynet og andre kontrollorganer. Den manglende journalføringen av

SMS-ene ble på sin side begrunnet med at SMK behandlet SMS-er på samme måte som telefonsamtaler. Sundnes ble imidlertid gitt innsyn i SMS-ene i sin helhet.

Sundnes brakte deretter saken inn for ombudsmannen.

Etter en gjennomgang av klagen ble det besluttet å undersøke enkelte sider av saken nærmere. I brev herfra ble SMK for det første bedt om å utdype den ovennevnte opplysningen om at det var fast praksis ved SMK at dokumenter som oversendes et kontrollorgan ikke ble journalført. Videre ble det bedt om en nærmere redegjørelse for SMKs syn på om det forelå journalføringsplikt for SMS-ene. Det ble spesielt bedt om at SMK kommenterte hvorvidt SMS-er kunne anses som «saksdokumenter» etter offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69.

I sitt svar hit fremholdt SMK at notatet fra statssekretær Schjøtt-Pedersen måtte anses som et organinternt dokument, til tross for at Kredittilsynet hadde fått en kopi av notatet i forbindelse med sine undersøkelser. SMK viste i denne sammenheng til kgl.res. 31.oktober 2008, der Kongen i statsråd hadde kommet til at notatet var å anse som organinternt etter offentlighetsloven § 5 første ledd. Videre fastholdt SMK at SMS-er måtte likestilles med telefonsamtaler. Dette innebar at SMS-ene som sådan ikke ble betraktet som saksdokumenter som skulle journalføres. I den grad en SMS inneholdt opplysninger av betydning for avgjørelsen i en sak, ville imidlertid disse opplysningene bli nedtegnet og lagt på saken. Slike nedtegnelser måtte ifølge SMK betraktes som organinterne dokumenter. Det ble i denne forbindelse også vist til at denne forståelsen av regelverket var i tråd med en uttalelse 22. oktober 2008 fra Kultur- og kirkedepartementet (KKD).

På bakgrunn av brevet fra SMK ble det besluttet å forelegge spørsmålet om journalføring av SMS-er for KKD, som fastholdt at SMS-er skulle behandles på samme måte som telefonsamtaler. Dette måtte etter KKD syn innebære at SMS-er ikke skal journalføres, men at det etter omstendighetene kan være en plikt til å nedtegne opplysninger mottatt per SMS. Som begrunnelse for dette standpunktet viste KKD til at SMS-kommunikasjon først og fremst var egnet til rask og direkte formidling av kortfattede beskjeder, men at slik kommunikasjon «normalt ikke [kunne anses som] en form for kommunikasjon som alene [var] tilstrekkelig til å danne grunnlag for en egen saksbehandling». Det ble også vist til at det foreløpig ikke var utviklet og implementert tekniske systemløsninger som enkelt og rutinemessig la til rette for å fange opp for arkivering og journalføring av tekstmeldinger som inneholdt opplysninger eller vurderinger av betydning for avgjørelsen i en forvaltnings-sak.

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Innledning – relevant regelverk

Saken gjelder journalføring av et dokument og SMS-er som ble utferdiget og sendt eller mottatt før 1. januar 2009. Min vurdering av saken må derfor ta utgangspunkt i bestemmelsene i offentlighetsloven 19. juni 1970 nr. 69 og forskrift om offentlige arkiv 11. desember 1998 nr. 1193 (arkivforskriften) slik denne lød frem til 1. januar 2009.

### 2. Journalføring av notatet som ble oversendt Kredittilsynet

Det følger av arkivforskriften § 2-6 første ledd at:

«Eit offentlig organ skal ha ein eller fleire journalar for registrering av dokument i dei sakene organet opprettar. I journalen skal ein registrere alle inngående og utgåande dokument som etter offentlegheitslova §§ 2 og 3 må reknast som saksdokument for organet, dersom dei er gjenstand for saksbehandling og har verdi som dokumentasjon. Organinterne dokument, jf. §§ 1-1 - 1-3, registrerer organet i journalen så langt organet finn det tenleg.»

Begrepet «organinterne dokumenter» i arkivforskriften § 2-6 første ledd tredje punktum omfatter ikke alle dokumenter som etter offentlighetsloven § 5 er å anse som «interne». Dokumenter som er nevnt i § 5 annet ledd, dvs. dokumenter som regnes som «interne» selv om de ikke er utarbeidet av forvaltningsorganet selv, vil normalt være underlagt journalføringsplikt. Derimot må det antas at dokumenter som nevnt i offentlighetsloven § 5 første ledd, dvs. dokumenter som et forvaltningsorgan har utarbeidet for sin interne saksforberedelse, også er å anse som organinterne dokumenter etter arkivforskriften. Jeg viser i denne sammenheng også til Fonnes, Arkivhåndboken for offentlig forvaltning (Oslo, 2000) s. 113.

Kongen i statsråd har ved kgl. res. 31. oktober 2008 kommet til at statssekretær Schjøtt-Pedersens notat er å anse som et organinternt dokument etter offentlighetsloven § 5 første ledd. Den nevnte beslutningen ble fattet etter at notatet var blitt oversendt Kredittilsynet, og det fremgår også av begrunnelsen i beslutningen at statsråden har vurdert betydningen av denne oversendelsen. Etter ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 4 første ledd annet punktum bokstav b er jeg avskåret fra å overprøve denne vurderingen. Jeg viser i denne sammenheng til mitt brev 10. november 2008 til SMK, som også er gjengitt i ombudsmannens årsmelding for 2008 på side 48 (Somb-2008-1). Ettersom et dokument som omfattes av offentlighetsloven § 5 første ledd også vil være å anse som internt etter arkivforskriften § 2-6 første ledd, må jeg derfor legge til grunn at dokumentet må anses som et internt dokument i tilknytning til spørsmålet om journalføringsplikt.

Etter arkivforskriften § 2-6 første ledd tredje punktum skal organinterne dokumenter journalføres «så langt organet finn det tenleg». Bestemmelsen gir etter sin ordlyd det enkelte forvaltningsorgan en skjønnsmessig adgang til å bestemme om og eventuelt hva slags organinterne dokumenter som skal journalføres. Som Sundnes har vært inne på, kan det nok anføres gode grunner for at enkelte organinterne dokumenter bør journalføres. I tråd med ordlyden i § 2-6 må det imidlertid primært være opp til forvaltningsorganet selv å vurdere dette.

Sundnes har i korrespondansen hit også gjort gjeldende at SMK under enhver omstendighet plikter å vurdere journalføringsspørsmålet konkret i relasjon til det enkelte dokument. Jeg kan ikke se at ordlyden i arkivforskriften gir holdepunkter for en slik plikt. Rettslig sett synes det derfor ikke å være noe i veien for at et forvaltningsorgan har generelle interne retningslinjer for om og eventuelt i hvilke tilfeller organinterne dokumenter skal journalføres.

Slik saken er opplyst, foreligger det ikke rettslig grunnlag for kritikk av at notatet fra statssekretær Schjøtt-Pedersen ikke ble journalført hos SMK.

### 3. Journalføring av SMS-korrespondanse

Etter ordlyden i arkivforskriften § 2-6 første ledd annet punktum er det tre vilkår som må være oppfylt for at et inn- eller utgående dokument skal være underlagt journalføringsplikt: For det første må det dreie seg om et saksdokument etter offentlighetsloven § 3, for det annet må dokumentet være gjenstand for saksbehandling, og for det tredje at det må ha verdi som dokumentasjon.

Begrepet «dokument» er i offentlighetsloven § 3 første ledd annet punktum definert som «en logisk avgrenset informasjonsmengde som er lagret på et medium for senere lesing, lytting, fremvisning eller overføring». Definisjonen i § 3 ble vedtatt samtidig som tilsvarende definisjoner i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav f og arkivlova 4. desember 1992 nr. 126 § 2 første ledd bokstav b. Av Ot.prp. nr. 56 (1999–2000) s. 15 fremgår det at definisjonen er ment å være teknologinøytral, og bl.a. omfatter elektroniske dokumenter og audiovisuelle informasjonsbærere.

Dokumentdefinisjonen i offentlighetsloven § 3 er også kommentert i Justis- og politidepartementets veileder i offentlighetsloven (2003) på s. 19 flg., hvor det bl.a. heter:

«Definisjonen er teknologinøytral. Dette medfører at det er uten betydning hvordan informasjonen er lagret, men det er en forutsetning at informasjonen er lagret på en måte som gjør at den kan gjenfinnes. Definisjonen dekker både tradisjonelle papirdokumenter, inkludert kart, skisser og fotografier, og informasjon som er lagret elektronisk...»

Det kan ikke være tvilsomt at innholdet i en SMS må anses som «en logisk avgrenset informasjonsmengde». Slik saken er opplyst, legger jeg videre til grunn at både de ut- og inngående meldingene ble lagret på statsministerens telefon. Ut fra ordlyden i offentlighetsloven § 3 kan det derfor neppe være tvilsomt at en lagret SMS utgjør et «dokument» i offentlighetslovens og arkivforskriftens forstand.

SMK har gjort gjeldende at SMS-er må likestilles med telefonsamtaler, som etter gjeldende rett ikke er å anse som «dokumenter» i offentlighetslovens forstand. Jeg kan ikke se at denne sammenligningen er treffende. En telefonsamtale er en muntlig informasjonsutveksling mellom to eller flere personer, og det vil ikke være mulig å gi innsyn i selve samtalen i etterkant. Ved SMS-korrespondanse blir derimot inn- og utgående meldinger automatisk lagret på telefonen, og det er derfor fullt mulig å gi offentligheten innsyn i meldingene. Selv om SMS-korrespondanse skjer ved bruk av telefon og telefonnettet, er det derfor mer nærliggende å likestille SMS-korrespondanse med f.eks. e-post- og telefakskorrespondanse, som utvilsomt omfattes av dokumentbegrepet.

Jeg finner for øvrig grunn til å påpeke at dokumentdefinisjonen i offentlighetsloven § 3 er videreført i offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 § 4 første ledd. Offentleglova ble til på et tidspunkt da bruk av SMS var en alminnelig og utbredt kommunikasjonsform i Norge. Dersom lovgiveren hadde ment at lovens dokumentbegrep ikke var ment å omfatte SMS-korrespondanse, ville det derfor vært naturlig at dette kom til uttrykk ved forberedelsene eller vedtakelsen av loven. Verken loven selv eller forarbeidene gir imidlertid holdepunkter for en slik innskrenkende tolkning.

Det kan derfor ikke være tvilsomt at en SMS er et «dokument» i offentlighetslovens forstand. Spørsmålet om en SMS omfattes av bestemmelsene i offentlighetsloven, og etter omstendighetene også av journalføringsplikten etter arkivforskriften, beror følgelig på om den konkrete SMS-en har et innhold som gjør den til et «saksdokument» for forvaltningsorganet. Som påpekt bl.a. i Frihagen, Offentlighetsloven (3. utg. 1994) s. 131 er saksdokumentbegrepet ment å tolkes vidt. De dokumenter som faller utenfor begrepet vil i første omgang være rent private brev og meldinger. For statsråder og andre politikere må det også trekkes en grense mot brev og meldinger disse personene mottar i egenskap av å være politikere. Jeg viser i denne sammenheng også til NOU: 2003 s. 81 flg. og Justis- og politidepartementets veileder i offentleglova, *op.cit.*, s. 21.

Også for dokumenter som innholdsmessig må anses å gjelde en forvaltningssak, må det nok imidlertid trekkes en nedre grense for hva som med rimelighet kan regnes som et «saksdokument». Dette vil

etter omstendighetene kunne være aktuelt for bl.a. e-brev og SMS-er som utelukkende inneholder praktiske opplysninger eller avklaringer uten direkte betydning for behandlingen av saken. Basert på en alminnelig språkforståelse synes det ikke uten videre naturlig å anse slike meldinger som «saksdokumenter», og hensynene bak reglene om dokumentoffentlighet gjør seg heller ikke gjeldende i like sterk grad som for dokumenter som inneholder opplysninger og anførsler knyttet til selve saken som forvaltningsorganet behandler. Sett hen til at slik utveksling av praktisk informasjon mv. må antas å foregå i betydelig omfang i den offentlige forvaltning, tilsier også effektivitets- og hensiktsmessighetsbetraktninger at det må være akseptabelt å avgrense saksdokumentbegrepet mot denne form for korrespondanse.

De to SMS-ene som statsminister Stoltenberg sendte til DnB NOR-sjef Bjerke inneholder for det første en bekreftelse fra Stoltenberg om at Bjerke kunne forholde seg til statssekretær Karl Eirik Schjøtt Pedersen ved SMK, og at Stoltenberg også selv var villig til å ha et møte med Bjerke. Det dreier seg med andre ord om rent praktiske opplysninger, uten direkte betydning for spørsmålet om utforming av Regjeringens tiltakspakke mot finanskrisen. I tråd med redegjørelsen ovenfor, kan disse to SMS-ene derfor neppe anses som «saksdokumenter» i offentlighetslovens forstand.

For meldingen fra Bjerke til Stoltenberg stiller saken seg derimot annerledes. I denne meldingen heter det bl.a.:

«Takker for det. Foreløpig er kom god. Tar kontakt hvis nødvendig. Volum, 3 år og en stø og beroligende statement er det som er viktigst nå!»  
(min understrekning)

Som det fremgår av sitatet, inneholder denne meldingen et innspill vedrørende selve håndteringen av finanskrisen. Både måten innspillet er utformet på og det forhold at det kom fra lederen av en sentral aktør i finansmiljøet, tilsier at det var nærliggende at statsministeren og Regjeringen for øvrig tok innspillet i betraktning ved sin videre utforming av tiltakspakken knyttet til finanskrisen. SMS-en fra Bjerke må på denne bakgrunn anses å ligge innenfor den innholdsmessige avgrensningen av saksdokumentbegrepet. At Bjerkes syn eventuelt var kjent for Stoltenberg eller hans underordnede fra før av, og eventuelt også fremgikk av saksdokumenter, kan det i denne sammenheng ikke legges vekt på. I motsetning til det som er regelen for nedtegningsplikten for muntlige opplysninger, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 d, forutsetter ikke saksdokumentdefinisjonen i offentlighetsloven at dokumentet inneholder nye opplysninger eller anførsler.

Jeg må på denne bakgrunn konkludere med at SMS-en fra Bjerke, i motsetning til de to SMS-ene fra Stoltenberg, var et «saksdokument» i offentlighetslovens forstand. Avgjørende for journalføringsplikten blir da om dette saksdokumentet også var «gjenstand for saksbehandling» hos SMK og dessuten «har verdi som dokumentasjon». Slik saken er opplyst, antar jeg at dette må besvares bekreftende. Innspillet ble fremsatt overfor lederen for det forvaltningsorganet som i siste omgang vedtok tiltakspakken knyttet til finanskrisen. I tråd med redegjørelsen ovenfor, må jeg også legge til grunn at både statsministeren og regjeringen tok Bjerkes innspill i betraktning ved denne behandlingen. Heller ikke for journalføringsplikten kan det da ha betydning om innspillet også ble fremsatt i andre anledninger og saksdokumenter. Det at en sentral aktør fremsetter et innspill ved flere anledninger mens en sak er til behandling, og også direkte overfor lederen av organet som skal fatte endelig avgjørelse i saken, er tvert imot forhold som kan ha betydning for hvilken oppmerksomhet og vekt dette innspillet blir tillagt. Dette gjelder særlig for saker som den foreliggende, der den endelige avgjørelsen er av sterkt skjønnsmessig og politisk karakter, og der forskjellige interessegrupper og aktører kan ha til dels sterkt motstridende interesser. Det at saken gjelder et politisk omstridt spørsmål, tilsier på generelt grunnlag også at offentligheten vil ha en sterk interesse i å se hvilke aktører som har kommet med innspill, og på hvilke måter dette har skjedd. På denne bakgrunn må også vilkåret om at dokumentet må ha «verdi som dokumentasjon» anses oppfylt.

KKD har i korrespondansen hit vist til at departementene og SMK ikke har tekniske systemer som legger til rette for å journalføre SMS-er som omfattes av journalføringsplikten etter arkivforskriften § 2-6. Den teknologinøytrale definisjonen av «saksdokumenter» som arkivforskriften § 2-6 bygger på er gitt som lov. Det ligger i sakens natur at et offentlighets- og journalføringsregelverk som bygger på en slik teknologinøytral definisjon vil være mer ressurskrevende og medføre flere praktiske utfordringer enn et regelverk som bygger på et mer tradisjonelt dokumentbegrep. Når det ved lov er truffet bestemmelser som medfører praktiske ulemper og behov for økt ressursbruk, må forvaltningen følge dette opp gjennom administrative og budsjettmessige disposisjoner. Så lenge det ikke eksisterer tekniske løsninger som gjør at journalpliktige SMS-er blir journalført rutinemessig, må det enkelte forvaltningsorgan påse at dets embets- og tjenestemenn sørger for at de SMS-er vedkommende mottar blir journalført i den grad arkivforskriften foreskriver. Offentlige embets- og tjenestemenn har en alminnelig plikt til å sørge for at saksdokumenter adressert til seg personlig, blir journalført. Det samme må gjelde for saksdokumen-

ter som embets- eller tjenestemannen mottar per SMS.

#### 4. Avsluttende bemerkninger

Som det fremgår ovenfor, må det anses som et brudd på gjeldende regelverk at SMS-en fra DnB NOR-sjef Rune Bjerke til statsminister Jens Stoltenberg ikke ble journalført hos SMK. Denne hendelsen ligger imidlertid en del tilbake i tid, og jeg finner det derfor ikke nødvendig å be SMK følge opp dette konkrete forholdet. Derimot har behandlingen av saken her avdekket at SMKs generelle praksis for journalføring av SMS-korrespondanse er i strid med det gjeldende regelverket, og jeg forutsetter at SMK sørger for å legge om denne praksisen.

Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre utviklingen.»

## Driftstilskudd, konsesjoner og boplikt

### 42.

#### Klage over avslag på søknad om tildeling av radiofrekvens

(Sak 2008/1474)

*Saken reiste spørsmål om det var begått feil i forbindelse med at NRK i Samferdselsdepartementets vedtak 10. desember 2007 ble tildelt frekvensressursen 93 MHz fra Tryvannssenderen på bekostning av P4 Radio Hele Norge AS (P4). Ombudsmannen konkluderte med at det knyttet seg begrunnet tvil til om tildelingen hadde vært gjennomført etter gjeldende rettsregler. Det kunne ikke utelukkes at feilen hadde virket bestemmende for vedtakets innhold, og departementet ble bedt om å vurdere saken på nytt.*

P4 har konsesjon for å drive riksdekkende, reklamefinansiert allmennkringkasting i FM-båndene, jf. kringkastingsloven § 2-1. I tillegg til konsesjon krever P4s kringkastingsvirksomhet frekvenstillatelse i medhold av lov om elektronisk kommunikasjon 4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) kapittel 6. Det er Post- og teletilsynet og/eller Samferdselsdepartementet som tildeler disse tillatelsene. P4 søkte i brev 12. juli 2007 om tildeling av radiofrekvensen 93 MHz fra Tryvannssenderen med virkning fra 1. januar 2007. Bakgrunnen for søknaden var at P4 i dag har dårlig og begrenset dekning særlig i Asker og Bærum. En tildeling av den nevnte frekvensen ville blant annet innebære at 150.000 flere beboere i Oslo-området, herunder i underkant av 60.000 i Asker og Bærum, ville få innendørs FM-dekning av P4. Søknaden ble avslått av Samferdselsdepartementet i vedtak 10. desember 2007, rettet til NRK. Vedtaket lød på at



NRKs søknad om forlengelse til og med 31. desember 2013 av frekvenstillatelse nr. 100837 innvilges. Samtidig fremgikk det at P4s søknad om å bli tildelt frekvensressursen 93 MHz avslås.

Departementets vedtak ble angrepet på flere forskjellige grunnlag, og P4 hadde rettslige innsigelser både til prosedyren ved tildelingen og til den konkrete skjønnsutøvelsen.

For det første hevdet P4 at en direktetildeling til NRK var i strid med de prosedyrer for tildeling av frekvenstillatelser som fulgte av loven og det underliggende EU-regelverket, og som i stedet ga anvisning på en prosedyre basert på konkurranse.

For det andre anførte P4 at departementet hadde lagt uriktige faktiske forhold til grunn når det gjaldt konsekvensene av at NRKs søknad ble tatt til følge og P4s søknad avslått. P4 satte i denne forbindelse spørsmålsteget ved om NRK Alltid Nyheter utgjorde en del av NRKs allmennkringkastingstilbud.

For det tredje mente P4 at den konkrete skjønnsutøvelsen fremstod som mangelfull og vilkårlig. Det ble vist til at departementet nokså inngående hadde drøftet konsekvensene av å stanse de analoge sendingene av NRK Alltid Nyheter, men bare i liten utstrekning vurdert hvilken betydning en tildeling til P4 ville ha for oppfyllelsen av P4s allmennkringkastingsoppdrag.

Endelig stilte P4 spørsmål om departementet hadde oppfylt sin utredningsplikt i saken. Det ble fremholdt at begrunnelsen for vedtaket ga grunn til å anta at det ansvarlige departement bare i begrenset grad *selv* hadde utredet eller foretatt en selvstendig vurdering av sakens faktiske og rettslige sider, men kun lagt Kulturdepartementets opplysninger og vurderinger til grunn uten en nærmere prøving av om de var korrekte eller hensiktsmessige. I denne sammenheng ble det vist til at Kulturdepartementet ved kulturministeren også utgjorde generalforsamlingen i det statlig eide NRK AS.

Samferdselsdepartementet ble i brev herfra bedt om å ta stilling til P4s anførsler.

For så vidt gjaldt prosedyren, ble departementet bedt om å utdype noe nærmere bakgrunnen for at «det etter departementets vurdering [faller] innenfor rammen av ekomloven og tillatelsesdirektivet å direktetildele NRK en forlenget frekvenstillatelse ut 2013 uten kunngjøring av frekvenskapasiteten, selv om P4 har meldt sin interesse for deler av frekvenskapasiteten» som det het i vedtak 10. desember 2007. Departementet ble særlig bedt om å redegjøre for hvorvidt myndighetene hadde adgang til å bygge på materielle og prosessuelle regler som fremgikk av direktiver som ikke i sin helhet var gjennomført i norsk intern rett, spesielt når disse ble benyttet for å begrense privates rettigheter. Også for det tilfellet at tillatelsesdirektivet ble lagt til grunn i saken, ble de-

partementet bedt om å presisere hvilke nærmere bestemmelser i direktivet som hjemlet en direktetildeling til NRK.

Når det gjaldt den konkrete skjønnsutøvelsen, ble departementet bedt om å gi en mer utfyllende redegjørelse av om og eventuelt i hvilken grad opprettholdelsen av NRK Alltid Nyheter var en viktig og nødvendig del av NRKs allmennkringkastingstilbud. Departementet ble også bedt om å ta stilling til hvorvidt man i større utstrekning burde ha vurdert betydningen av en tildeling til P4 for P4s oppfyllelse av sine allmennkringkastingsforpliktelser.

Under henvisning til forvaltningsloven § 17, jf. ekomloven § 9-1, ble departementet også bedt om å opplyse hvorvidt saken var blitt tilstrekkelig utredet innen vedtaket ble truffet, herunder i hvilken utstrekning konsekvensene for P4 av et avslag var blitt belyst.

Samferdselsdepartementet ga et omfattende svar. Til spørsmålet om tildelingsprosedyren hadde vært i overensstemmelse med det som ekomloven og det underliggende EU-regelverket ga anvisning på, bekræftet departementet at ved overskuddsetterspørsel etter frekvensressurser foreskrev ekomloven § 6-4 i utgangspunktet en konkurranseprosedyre, men det ble vist til at «Norge har en fast og langvarig praksis med direktetildeling til NRK som kringkaster med særlig pålagte oppgaver av allmenn økonomisk betydning (allmennkringkastingsforpliktelsene)». Departementet fremholdt deretter at:

«myndigheters praksis [er] en anerkjent rettskildedefaktor. Det vises her blant annet til Torstein Eckhoffs Rettskildelære. Det følger videre av Eckhoffs Rettskildelære at det ikke kan oppstilles faste kriterier for når praksis er rettskapende. Hvor utbredt, fast og langvarig vedkommende praksis er, vil kunne være momenter av betydning.»

Departementet fortsatte med å påvise «en langvarig og ensrettet forvaltningspraksis» når det gjaldt allmennkringkasteres særlige rett til frekvenser avsatt til kringkastingsformål, herunder NRKs helt spesielle stilling i norsk kringkastingshistorie med lang tradisjon for direktetildeling av frekvenstillatelser. Om nyere praksis het det:

«Etter ekomlovens tilblivelse har direktetildelingen blant annet funnet sted gjennom tildelingen av NRKs frekvenstillatelser for analog transmisjon av allmennkringkasteren P1 med hjemmel i ekomloven § 6-2, jf. brev til NRK fra Post- og teletilsynet datert 14. november 2005:

*”Tildelingen av sendertillatelser etter slike unntaksprosedyrer innebærer en særlig rett for NRK (...) Ref. direktiv 2002/77, konkurransedirektivet, særlig artikkel 4 jf. artikkel 2. Tildeling av særlige og eksklusive rettigheter er i utgangspunktet forbudt, men det kan innenfor rammen av*

*direktiv 2002/77 artikkel 4 og direktiv 2002/20 artikkel 5 (2) gjennomføres dersom slik tildeling er til fordel for en kringkaster med et definert allmennkringkastingsoppdrag.»»*

Samferdselsdepartementet mente videre at prosedyren med direktetildeling til NRK kunne forankres både direkte i EØS-avtalens hoveddel samt i EUs direktivpakke på ekomområdet som var inntatt i EØS-avtalen gjennom henvisning i vedlegg. Det ble pekt på EØS-avtalen artikkel 59 (2) som åpner for å vektlegge allmenne hensyn ved tildelingen av frekvenser. Departementet uttalte at det tolket bestemmelsen dit hen at nasjonale myndigheter her var gitt en rett til å fravike EØS-avtalens generelle konkurranseregler i tilknytning til frekvensutlysninger i tilfeller der foretaket var blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av «almen økonomisk betydning», og der de generelle konkurransereglene rettslig eller faktisk hindret foretaket å utføre de særlige oppgaver som det var blitt pålagt. I slike tilfeller måtte en direktetildeling av frekvensene være tillatt.

Departementet gikk så inn på de detaljerte reglene i direktivpakken, og hevdet at tillatelsesdirektivet artikkel 5 (2) åpnet for at myndighetene kunne vedta særskilte kriterier og prosedyrer for tildeling av radiofrekvenser til kringkasterne som var utpekt til å utføre særskilte oppdrag for å ivareta almene interesser i samsvar med EØS-reglene. Det ble fremhevet at disse særskilte prosedyrene:

«følger av fast og langvarig praksis med direktetildeling til kringkasterne med særlige pålagte oppgaver. Disse særlige pålagte oppgavene er nært knyttet til innholdsregulering og audiovisuelle retningslinjer, typisk allmennkringkastingsforpliktelser.»

Departementet oppsummerte deretter sitt syn på denne måten:

«Tillatelsesdirektivet artikkel 5 (2) med henvisning til rammedirektivet artikkel 1 (3) gir de nasjonale myndigheter adgang til å fravike tildelingsprosedyren oppstilt i ekomloven § 6-4, en direktetildeling av frekvensressurser til kringkasterne med særlig pålagte allmennkringkastingsforpliktelser strider således ikke med folkerettslige forpliktelser.»

Det ble også vist til en artikkel av Hans Petter Graver i Lov og Rett nr. 4/5 2004 «Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer med tildeling av offentlige tillatelser», og særlig side 240-241 i artikkelen hvor det het:

«Direktivene inneholder ingen klare føringer på utformingen av saksbehandlingsreglene og hvordan valget av dem som skal få konsesjon skal skje

...

Vi ser ... at det på området for sekundærregelverk ikke er noen enhetlig tilnærming til bruk av konsesjoner, konsesjonsvilkår eller saksbehandling for å fremme konkurranse og likebehandling. Dette er uttrykk for at de krav som stilles, må tilpasses de aktuelle tekniske, økonomiske og politiske forhold.» (departementets uth.)

Etter å ha konkludert med at prosedyren med direktetildeling kunne forankres både direkte i EØS-avtalens hoveddel og i direktivpakken – med støtte i juridisk teori – gikk departementet over til å se på det materielle innholdet av vedtaket, dvs. den konkrete skjønnsutøvelsen. Det fremgikk at svarene i stor grad bygget på en korrespondanse med Kirke- og kulturdepartementet.

Her ble det blant annet fremholdt at produksjon og formidling av nyhets- og aktualitetsområder var en av hjørnesteinene i NRKs allmennkringkastingsoppdrag, at NRK Alltid Nyheter bidro til oppfyllelse av disse målsetningene ved å levere et bredt tilbud av aktualitetsstoff til en stor del av befolkningen samt at NRK Alltid Nyheter representerte et nyhets- og aktualitetsbasert tilbud av en art som ikke var tilgjengelig gjennom kommersiell radio. Det forhold at NRK Alltid Nyheter bare nådde en del av befolkningen, kunne ikke bety at kanalen ikke var en del av NRKs allmennkringkastingstilbud. Det ble også vist til at NRKs generalforsamling eksplisitt hadde vedtatt at «Alltid-kanalene» fortsatt skulle inngå som en del av NRKs tilbud i FM-nettet, og at generalforsamlingen gjennom sin myndighet til å fastsette og endre vedtektsbestemmelsene måtte ha en vid adgang til å definere det nærmere innholdet av NRKs allmennkringkastingsoppdrag. Til P4s innvending om at en slukking av NRK Alltid Nyheter på FM-nettet ikke ville få noen konsekvenser for sendingene på DAB, ble det uttalt at mangelen på DAB-radioer medførte at en slukking på FM-nettet rent faktisk ville innebære at en relativt stor del av befolkningen mistet tilgangen til dette tilbudet, og at NRKs allmennkringkastingstilbud dermed ble vesentlig innskrenket.

Til anførselen om at skjønnsutøvelsen fremstod som mangelfull og vilkårlig ved at konsekvensene av en tildeling til P4 for P4s utføring av sitt allmennkringkastingsoppdrag ikke var berørt, uttalte departementet:

«Slik departementet ser det ville en avveining dermed ikke vært mellom hensynet til P4s allmennkringkastingsoppdrag og formidlingen av NRK Alltid Nyheter, men mellom hensynet til P4s kommersielle interesser i bedre geografisk dekning og hensynet til formidlingen av NRKs allmennkringkastingstilbud. Departementet kan vanskelig se at dette skulle vært nærmere vurdert i tildelingsvedtaket, gitt at vedtaket er begrunnet i unntaksprosedyren for bl.a. allmennkringkasterne i direktiv 2002/20/EF.»

Departementet understreket at P4s allmennkringkastingsoppdrag var et sett forpliktelser som P4 hadde påtatt seg i bytte mot å få tildelt knappe frekvensressurser. Konesjonen var gitt med utgangspunkt i en konsesjonsutlysning der de sendere og frekvenser konsesjonen gjaldt og den dekningsgrad dette innebar, uttrykkelig fremgikk. Dersom en tildeling av bedre frekvenser skulle styrket oppfyllingen av allmennkringkastingsoppdraget, måtte den etter departementets vurdering vært ledsaget av en tilsvarende styrking av forpliktelsene i konsesjonen. Noe annet ville etter departementets oppfatning antagelig innebære at det ble ytet statsstøtte til P4. En tildeling av frekvensen som disponeres av NRK Alltid Nyheter, ville utvilsomt gitt P4 en kommersiell fordel ettersom den geografiske dekning i et befolkningsrikt område ville blitt bedret, men etter departementets syn ville ikke tildelingen påvirket oppfyllelsen av det allmennkringkastingsoppdrag P4 var gitt gjennom sin konsesjon.

Når det gjaldt utredningsplikten, ble det vist til at en rekke av vurderingene som lå til grunn for vedtaket henhørte under Kirke- og kulturdepartementet, eksempelvis hva som nærmere lå i allmennkringkastingsbegrepet. Det var på denne bakgrunn at Samferdselsdepartementet hadde innhentet synspunkter derfra i tråd med hva som er vanlig forvaltningspraksis.

Avslutningsvis het det i brevet fra departementet:

«Samferdselsdepartementet erkjenner at vedtaket av 10. desember 2007 kunne vært utdypet noe mer, ikke minst kunne hjemmelsgrunnlaget vært klargjort ytterligere. Samferdselsdepartementet har imidlertid lagt til grunn at P4 er en profesjonell, kommersiell aktør med lang fartstid som må antas å være kjent med at det gjennom en lang tid har vært vanlig med direktetildeling til NRK på bakgrunn av deres allmennkringkastingsforpliktelser.

Samferdselsdepartementet har gjennom denne prosessen tatt inn over seg at denne delen av frekvensforvaltningen kunne vært tjent med en klargjøring direkte i ekomloven. Departementet vil derfor ved neste lovrevisjon vurdere å fremsette forslag om at regelen om direktetildeling til kringkastere med særlig pålagte kringkastingsforpliktelser fastsettes i lovs form.»

P4 kom med merknader til departementets svar hvor det igjen ble fremholdt at ekomloven oppstilte en unntaksfri *skal*-regel om at myndighetene ved overskuddsetterspørsmål etter frekvensressurser tildelte frekvenstillatelser i tråd med en prosedyre som baserte seg på utlyste objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmessige utvelgelseskriterier, jf. ekomloven § 6-4. P4 hevdet også at departementets rettsoppfatning om at dersom (i) almene hensyn taler for det og (ii) det ikke er i strid med folkerettslige forpliktelser «skal kringkastere med særlig

pålagte allmennkringkastingsforpliktelser gis forrang», ikke hadde forankring verken i ekomloven, andre lover eller forskrifter eller øvrige internrettslige rettsgrunnlag. Riktignok forelå det en (ikke-implementert) adgang til å gi generelle unntaksregler om direktetildeling i det bakenforliggende fellesskapsrettslige regelverket, men etter P4s oppfatning var en forvaltningspraksis med direktetildeling til NRK ikke tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav om at det måtte *vedtas* slike særskilte unntaksprosedyrer. For dette måtte det i det minste kreves at praksisen var tilstrekkelig fast, langvarig og kjent. P4 hevdet også at eldre forvaltningspraksis ikke kunne være relevant siden situasjonene ikke var sammenlignbare:

«Når det gjelder hvilken praksis som er relevant, må det etter vårt syn være tale om tildeling av begrensete frekvensressurser til NRK Alltid Nyheter eller andre av Alltid-kanalene på bekostning av P4 eller andre kommersielle aktører med konsesjonspålagte allmennkringkastingsforpliktelser fra tiden etter at ekomloven trådte i kraft. Etter hva vi er kjent med, er antallet frekvenser tildelt i denne perioden begrenset.»

Dessuten mente P4 at unntaksprosedyrene som direktivene ga anvisning på, ikke var anvendelige i denne saken siden det her ikke var tale om å tildele radiofrekvensen til en kringkaster som hadde blitt utpekt til å utføre særskilte oppdrag for å ivareta almene interesser i samsvar med EØS-reglene. Det var på det rene at NRK Alltid Nyheter ikke var en del av NRKs kjernevirksomhet. Etter P4s syn befant kanalen seg i beste fall i ytterkanten av NRKs allmennkringkastingstilbud, og den var derfor ikke nødvendig for oppfyllelsen av NRKs allmennkringkastingsforpliktelser. Kanalens eksistensberettigelse var ifølge P4 å fungere som et tidsbegrenset «lokkemiddel» på FM-båndet for å trekke brukergrupper over til DAB når FM-sendingene ble slukket.

P4 gjentok for øvrig sine tidligere innvendinger for så vidt gjaldt den konkrete skjønnsutøvelsen som lå til grunn for tildelingen til NRK.

P4s merknader ble oversendt Samferdselsdepartementet sammen med noen utdypende spørsmål som spesielt vedrørte tildelingsprosedyren og forholdet mellom ekomloven og Norges internasjonale forpliktelser på området. Departementet redegjorde for sitt syn:

«Det er etter departementets syn mulig å tolke ekomloven § 6-4 innskrenkende på bakgrunn av en direktivkonform fortolkning av EUs direktivpakke for elektronisk kommunikasjon og fast, langvarig forvaltningspraksis med direktetildeling av frekvenser til NRK på bakgrunn av deres allmennkringkastingsforpliktelser (...)

Videre vises det til at ekomloven pga. målsetting om samtidig harmonisering av ekomlovgiv-

ningen innenfor EØS-området, kom til under meget knappe tidsfrister (...) Dette tilfellet som her behandles, viser etter vårt syn at det innenfor knappe tidsrammer har vært vanskelig å ta inn over seg endringene i markedet og koordinere på en måte som gir full forutberegnelighet for alle markedsaktører. Som vi viser til i brev av 27. november 2008 er det ikke annet vi kan gjøre med det på det nåværende tidspunkt, enn å bidra til å klargjøre loven på dette punkt ved neste lovendring.»

Videre viste departementet til presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning i EØS-retten som etter departementets oppfatning innebar at «rettsanvendere skal fortolke nasjonal rett innskrenkende så langt som mulig for å gi EU-retten virkning», og uttalte i denne anledning:

«I denne sak er spørsmålet om en kan legge vekt på EØS-avtalens regler og direktivene som ikke (i sin helhet) er gjennomført i nasjonal rett. Samferdselsdepartementet fremhever at det her i denne sak ikke er tale om "klar motstrid" mellom ekomlovens regler om tildeling av frekvenser og direktivene. Når det følger av Finnanger I-saken at "norske lovregler i videst mulig omfang skal tolkes i overenstemmelse med de direktiver vi er bundet av" taler dette sterkt for at reglene i rammedirektivet og tilgangsdirektivet må tillegges betydelig vekt.»

Etter å ha gått nærmere inn på forarbeidene til ekomloven for å undersøke om motstriden var tilsiktet fra lovgivers side, konkluderte departementet slik:

«Dette medfører at myndighetene har lagt til rette for harmonisering med EU-lovgivningen, både gjennom lov/forskrifter og gjennom den løpende forvaltningen av regelverket. Lovteksten i ekomloven og ordlyden i loven er også forenklet for å tilpasse norsk lovgivningstradisjon og norske markedsforhold. Uttalelsene viser at motstrid mellom ekomloven og direktivene ikke har vært tilsiktet. Dette åpner etter vårt syn for å foreta en direktivkonform fortolkning av ekomloven i samsvar med EØS-avtalen og direktivene.»

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

«Både NRK og P4 søkte om å få tildelt frekvensressursen 93 MHz fra Tryvannsenderen som ville bli ledig når NRKs frekvenstillatelse 1000837 utløp 31. desember 2007. Den omstridte frekvensen ble brukt, og brukes stadig i dag, til distribusjon av kanalen NRK Alltid Nyheter. Det forelå altså to konkurrerende søknader til den frekvensressursen som ble ledig fra 1. januar 2008. Jeg tar først stilling til om overskuddsetterspørselen utløste krav til fremgangsmåten ved tildelingen av frekvenstillatelsen.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i ekomloven § 6-4, som har stått sentralt i undersøkelsen av saken. Bestemmelsen lyder:

#### **«§ 6-4 Fremgangsmåte ved begrensning av antallet frekvenstillatelser**

Myndigheten kan begrense antallet tillatelser til bruk av nærmere bestemte frekvenser i det elektromagnetiske frekvensspekteret dersom dette er nødvendig for å ivareta brukernes interesser og for å legge til rette for bærekraftig konkurranse. Begrensning av antallet frekvenstillatelser skal skje i samsvar med følgende fremgangsmåte:

1. interesserte skal gis anledning til å uttale seg i samsvar med § 9-2
2. avgjørelse om å begrense antallet tillatelser til bruk av frekvenser skal begrunnes og offentliggjøres
3. interesserte skal inviteres til å søke de ledige frekvenstillatelsene.

Ved utlysning av et begrenset antall tillatelser skal utvelgelseskriteriene være objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmessige.»

Innholdet av bestemmelsen er nærmere avklart i forarbeidene, jf. merknadene til § 6-4 i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 111:

«Når det er større etterspørsel etter frekvenstillatelser enn tilgjengelig frekvensmengde, må antallet frekvenstillatelser begrenses. Myndigheten fordeler tilgjengelige frekvensressurser.

Når myndigheten ikke kjenner forholdet mellom etterspørsel og tilbud i forhold til det totale antall frekvenstillatelser som kan gis, inntrer krav om prosedyrer for gjennomføringen av frekvenstillatelsen. Før frekvenstillatelse gjennomføres skal allmennheten gis anledning til å uttrykke sitt syn på begrensningen av antallet frekvenstillatelser gjennom offentlig høring. Etter å ha gitt allmennheten adgang til å fremme sine synspunkter fatter myndigheten en beslutning som offentliggjøres. Det begrensede antall frekvenstillatelser skal deretter tilbys til allmennheten ved at interesserte inviteres til å søke de ledige tillatelsene. Invitasjonen må inneholde opplysninger som er tilstrekkelig til at potensielle deltagere i konkurransen om frekvenstillatelser kan vurdere om de vil delta.

I forbindelse med fordelingen av frekvenstillatelsene må det oppstilles kriterier for hvordan den eller de som skal få frekvenstillatelse skal pekes ut. Kriteriene skal være objektive, transparente ikke-diskriminerende og forholdsmessige (proporsjonale). I utgangspunktet kan budgivningen gjennomføres på to måter: Gjennom auksjon hvor det betales med penger eller ved at det bys med annet enn penger (utbygging). Eksempel på sistnevnte er "skjønnhetskonkurranse". Avgjørelse gjennom en auksjon hvor det betales med penger er objektiv, transparent, ikke-diskriminerende og forholdsmessig. I en konkurranse hvor det bys med annet enn penger, må myndigheten fatte en beslutning basert på et sett med utvelgelseskriterier som må tilfredsstillende kravene om objektivitet, transparens, ikke-diskriminering og forholdsmessighet.»

Samferdselsdepartementet har tilsynelatende ikke bestridt at ekomloven i utgangspunktet gir anvisning på en konkurranseprosedyre i et tilfelle som det foreliggende, jf. blant annet vedtaket 10. desember 2007 hvor det heter:

«Utgangspunktet i henhold til ekomloven er at alle skal gis mulighet til å konkurrere om frekvenstillatelser når det finnes et begrenset antall, og det må legges til grunn at det er overskuddsetterspørsel for den ressursmengde som er tilgjengelig (som i tilfellet 93 MHz). Dette innebærer blant annet at fordelingen av tillatelser skal gjennomføres ved en konkurrerende prosedyre hvor utvelgelseskriteriene er åpne, transparente og ikke-diskriminerende. En tillatelse skal som hovedregel fordeles ved en auksjon hvor det betales kontant, eller ved en auksjon hvor det betales med annet enn penger, typisk geografisk dekning og utbyggingstakt (såkalt skjønnskonskurranse).»

Til tross for det overnevnte besluttet departementet å tildele frekvenstillatelsen direkte til NRK, uten utlysning av den ledige frekvensressursen, under henvisning til «unntaksprosedyren» i EU-direktiv 2002/20/EF (tillatelsesdirektivet). Et sentralt spørsmål i saken har vært hvordan denne «motstriden» mellom ekomloven og det underliggende fellesskapsrettslige rammeverk skal løses. Etter sin ordlyd åpner ekomloven § 6-4 ikke for noen unntaksprosedyrer.

Det følger klart av forarbeidene til ekomloven at den var ment å gjennomføre de folkerettslige forpliktelser som fulgte av at EUs direktivpakke på ekomområdet ble tatt inn i EØS-avtalen, jf. for eksempel Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 8:

«Rettsaktene [EUs direktivpakke på ekomområdet] er en del av reguleringen av det indre marked, og vil bli tatt inn i EØS-avtalen med tilsvarende frister for gjennomføring i Norge. *Gjennom lovforslaget her foreslås det at disse rettsaktene tas inn i norsk rett, og at det legges til rette for harmonisering med EU-lovgivningen både gjennom lov/forskrifter og gjennom den løpende forvaltning av regelverket.* Harmoniserte rammebetingelser sikrer norske virksomheter med aktiviteter innenfor EØS-området lik behandling innenfor hele EØS-området som den de er kjent med i Norge.» (min uth.)

Denne forhistorien gjør det rimelig å oppstille en presumsjon om at det vil være samsvar mellom lovens bestemmelser og de internasjonale forpliktelser den var ment å gjennomføre. En eventuell motstrid, iallfall en tilsiktet sådan, vil ha en sterk formodning mot seg. Med tanke på at ekomloven er en gjennomføring av direktivpakken på ekomområdet, må det videre være på det rene at bakgrunnsretten vil komme inn som en vesentlig tolkningsfaktor ved den nærmere utlegning av bestemmelsene i loven.

Etter tillatelsesdirektivet artikkel 3 er utgangspunktet at medlemsstatene skal sikre fri adgang til å utby elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester. Samtidig erkjennes det at det kan være nødvendig for myndighetene – blant annet av hensyn til skadelig interferens – å gjøre bruken av radiofrekvenser avhengig av individuelle bruksrettigheter. Artikkel 5 i direktivet forteller på hvilke nærmere vilkår bruken kan gjøres avhengig av individuelle bruksrettigheter og stiller samtidig krav til prosedyren ved tildeling av individuelle frekvenstillatelser. Jeg er imidlertid enig med P4 i at artikkel 5 ikke får anvendelse på konkurransetilfellene, som vi står overfor i angjeldende sak. En slik utlegning av bestemmelsen har støtte i ordlyden, jf. artikkel 5 nr. 2 som i den danske oversettelsen av direktivet lyder:

«2. Hvor det er nødvendig at tildele individuelle bruksrettigheter til radiofrekvenser og numre, tildeler medlemsstatene etter anmodning sådanne rettigheter til enhver virksomhet, der udbyder eller bruger net eller tjenester i henhold til den generelle tilladelse, *med forbehold af artikel ... 7...*

Med forbehold af særlige kriterier og procedurer, som medlemsstatene fastsætter for tildeling af brugsret til radiofrekvenser til udbydere af radio- eller tv-spredningsvirksomhed med henblik på mål af almen interesse under overholdelse af fællesskabsretten, tildeles sådanne bruksrettigheder gennem åbne, ikkediskriminerende og transparente procedurer ...» (min uth.)

Videre heter det i artikkel 5 nr. 5:

«5. Medlemsstatene må ikke begrænse det antal brugsrettigheder, der skal tildeles, undtagen hvor dette er nødvendig for at sikre en effektiv anvendelse af radiofrekvenser, *jf. artikel 7.*» (min uth.)

Det er ikke tvilsomt at det på FM-båndet er slik knapphet på frekvensressurser at antallet frekvenstillatelser som gis, må begrenses. I vår sak var den aktuelle frekvensen 93 MHz fra Tryvannssenderen. Det forelå (minst) to konkurrerende søknader til den aktuelle radiofrekvensen. I et slikt tilfelle er man etter min mening utenfor det som artikkel 5 regulerer. Artikkel 5 må etter min mening forbeholdes tilfellene der det *ikke* foreligger konkurrerende søknader om samme frekvensressurs og der antallet frekvenstillatelser *ikke* er begrenset, typisk fordi det stadig er ledig kapasitet på sendernett.

Departementet på sin side har sterkt fremholdt at en direktetildeling kan forankres nettopp i artikkel 5 nr. 2 (*Med forbehold af særlige kriterier og procedurer som medlemsstatene fastsætter* etc.). Etter mitt syn viser imidlertid henvisningene til artikkel 7 som fremhevet over, at når det gjelder konkurransetilfellene så reguleres disse uttømmende av sistnevnte spesialregel. Synspunktet at artikkel 5 ikke omfatter

et tilfelle som i vår sak, har også støtte hos Graver i nevnte artikkel i Lov og Rett nr. 4/5 2004 s. 239 hvor det heter:

«Bare der det er nødvendig å tildele individuelle bruksrettigheter til radiofrekvenser og numre, kan antallet bruksrettigheter begrenses og gjøres avhengig av konsesjon ... Den aktuelle bestemmelse i direktivet når det gjelder tildeling og vilkår for en frekvenstillatelse, er artikkel 7.»

Her nevnes ikke artikkel 5 i det hele tatt. Artikkel 7 har i den danske oversettelsen av direktivet overskriften *Procedure for begrænsning af det antal brugsrettigheder til radiofrekvenser, der vil blive tildelt*, og den relevante passus for vår sak er nr. 3:

«3. Hvis det er nødvendigt at begrænse tildelingen av bruksrettigheter til radiofrekvenser, tildeles medlemsstatene sådanne rettigheter på grunnlag av udvælgelseskriterier, som skal være objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmessigt afpassede.»

Som Graver viser på s. 240-241, og som departementet også har trukket frem til støtte for sin sak, legger ikke artikkel 7 noen klare føringer på utformingen av saksbehandlingsreglene og hvordan valget av dem som skal få konsesjon skal skje. I sin endelige rapport i forbindelse med lovgivningsarbeidet – KOM (2000) 239 endelig MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN Resultaterne af den offentlige høring om revurdering af kommunikationslovgivningen i 1999 og vejledende principper for de nye rammebestemmelser – viste Kommisjonen i denne sammenheng særlig til nærhetsprinsippet og at de enkelte medlemsstater hadde rett til *selv* å treffe beslutning om hvilke tildelingsordninger som egnet seg best i det angjeldende land, jf. pkt 2.4.2 i rapporten. Likefullt følger det av direktivet at ved knapphet på frekvensressurser skal interessenter inviteres til å søke de ledige frekvenstillatelsene og ikke minst skal rettigheter tildeles på grunnlag av nærmere angitte objektive *utvelgelseskriterier*. Medlemsstatenes ordninger må utformes med dette for øye. Artikkel 7 oppstiller ingen unntak fra disse utgangspunktene.

Slik jeg leser ekomloven § 6-4 med tilhørende forarbeider, er bestemmelsen en implementering av tillatelsesdirektivet artikkel 7. Overskriftene i de to bestemmelser gir støtte til et slikt syn. Det kan diskuteres om ordlyden i loven går lenger enn det som foreskrives i direktivet. Av forarbeidene til ekomloven § 6-4 fremgår det imidlertid at en har tatt inn over seg det som opprinnelig var Kommisjonens uttalte ønske, at tildelingen burde skje ut fra konkurransebaserte prosedyrer og auksjoner. Det gjøres i forarbeidene greie for at budgivningen kan skje enten gjennom auksjon eller ved såkalt «skjønnhetskonkurranse», der det bys med annet enn penger. Etter det jeg

forstår, har begge disse metoder vært benyttet de seneste år. Gjennom presiseringene i forarbeidene er det mye som taler for at norske myndigheter har «overoppfylt» direktivets krav, som altså ikke legger uttrykkelige føringer på hvordan tildelingen nærmere bør skje.

Det fremgår av det jeg hittil har sagt, at jeg mener det er et feilspor å tale om «motstrid» mellom ekomloven og bakgrunnsretten i EU. Såvidt jeg kan bedømme ut fra en gjennomgang av ekomloven, er den en lojal etterlevelse av våre internasjonale forpliktelser på området.

Spørsmålet etter dette blir om departementet kan høres med sin anførsel om at direktettildelingen til NRK kan gjøres med grunnlag i langvarig og konsistent forvaltningspraksis. Jeg stiller meg tvilende til om dette kan føre frem. For det første skal det mye til for at en myndighetspraksis – selv om den er konsistent og langvarig – kan endre en regel som i stor grad er forankret i en klar lovtekst, og som i tillegg er en gjennomføring av våre internasjonale forpliktelser på området. For det andre har departementet etter mitt skjønn heller ikke vist til noen *relevant* myndighetspraksis på området. Praksis fra tiden før vi hadde kommersielle allmennkringkastere kan ikke tillegges nevneverdig vekt.

Jeg kan ikke se at departementet har påvist noen relevant praksis i den relativt korte tiden etter at ekomloven trådte i kraft.

Etter å ha konkludert med at fremgangsmåten ved tildelingen ikke var i overensstemmelse med det som loven samt det underliggende fellesskapsrettslige regelverket tilsier, er det lite hensiktsmessig å gå nærmere inn på den konkrete skjønnsutøvelsen i forbindelse med tildelingsvedtaket. Jeg antar likevel at det generelle prinsippet i forvaltningsloven § 41 kommer til anvendelse, dvs. at dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, er vedtaket likevel gyldig. Feilen i dette tilfellet bestod i direktettildelingen til NRK uten forutgående utlysning av den ledige frekvensressursen hvor interesserte aktører ble invitert til å delta på like vilkår. Det kan med den redegjørelse P4 har gitt etter min mening ikke være særlig tvilsomt at en konsesjonstildeling i tråd med den foreskrevne prosedyre i ekomloven, ville kunne ha medført et annet utfall i saken. Dette må iallfall sies å være tilfellet dersom tildelingen hadde foregått gjennom auksjon hvor det bys med penger, jf. merknadene til ekomloven § 6-4 i Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 111. Men også hvor aktørene bød med annet enn penger – basert på et sett med utvelgelseskriterier som tilfredstilte kravene til objektivitet, transparens, ikke-diskriminering og forholdsmessighet – kan det ikke utelukkes at utfallet ville blitt et annet.

Jeg mener etter dette at det knytter seg begrunnet tvil til om tildelingen av radiofrekvensen 93 MHz til NRK Alltid Nyheter har vært gjennomført etter gjeldende rettsregler, og ber Samferdselsdepartementet gjennomgå saken på nytt og ta stilling til hvilke konsekvenser dette i tilfelle bør få.

For øvrig har jeg merket meg at departementet vurderer «å fremsette forslag om at regelen om direktetildeling til kringkastere med særlig pålagte kringkastingsforpliktelser fastsettes i lovs form». Det forutsettes at departementet – før en gjennomfører slike tiltak – forsikrer seg om at et eventuelt lovforslag vil være i overensstemmelse med det som følger av våre folkerettslige forpliktelser på ekområdet etter at EUs direktivpakke er inntatt i EØS-avtalen.»

### 43.

#### Tildeling av avtalehjemmel for legespesialist – seniorpolitikk

(Sak 2008/1416)

*Saken gjaldt tildeling av en 20 % avtalehjemmel for spesialist i øre-nese-halssykdommer. Hjemmelen ble utlyst etter bestemmelsene om såkalt seniorpolitikk etter at innehaveren av hjemmelen (senior) hadde blitt sykmeldt på grunn av alvorlig sykdom.*

*Ombudsmannen uttalte at verken helseforetaket eller Helse- og omsorgsdepartementet som klageinstans så ut til å ha vurdert legens fremtidsutsikter på tildelingstidspunktet ca. fire måneder etter utlysingen. Det var derfor uklart om det var relevant å legge vekt på hans uttalelse i saken. Den manglende vurderingen kunne ha hatt avgjørende betydning for sakens utfall. Etter ombudsmannens syn hadde behandlingen av saken ikke vært tillitvekkende.*

Det regionale helseforetaket (RHF) utlyste i juni 2007 en 20 % avtalehjemmel for spesialist i øre-nese-halssykdommer. Hjemmelen ble utlyst som en såkalt senioravtale i henhold til «Rammeavtale mellom de regionale helseforetak og Den norske lægeforening om avtalepraksis for legespesialister» § 13. Bestemmelsen gjelder deling av praksis med henblikk på nedtrapping. I slike saker skal seniors uttalelse om hvem som bør tildeles hjemmelen tillegges «stor vekt», så lenge senioren «har lagt vekt på saklige kriterier». Den aktuelle hjemmelen var totalt på 40 %.

Det meldte seg sju søkere, hvorav fire ble innkalt til intervju. I tillegg til representanten fra helseforetaket, deltok også en representant for Private Spesialisters Legeforening (PSL) og sønnen til innehaveren av avtalehjemmelen (senior), som var oppnevnt som hjelpeverge. I tråd med seniors uttalelse tilbød helse-

regionen A hjemmelen i oktober 2007, og A aksepterte tilbudet. Etter klage fra B ble vedtaket stadfestet av Helse- og omsorgsdepartementet 10. juni 2008.

B hevdet i klagen hit at han var forbigått på usaklig grunnlag. Han anså seg som klart best kvalifisert og viste blant annet til at han har atskillig lengre og mer sammensatt praksis enn A, og at han dessuten har en doktorgrad innen fagfeltet. Videre viste han til personlige egenskaper, slik som samarbeidsevne, god pasientkontakt og evne til å drive privat praksis. B anførte også at senior ikke hadde privat eller yrkesmessig kjennskap til ham og derfor ikke hadde grunnlag for å foreta en vurdering av hans kvalifikasjoner og egnethet. Dessuten var senior alvorlig syk og ble representert ved hjelpeverge i tildelingsprosessen, og måtte i tillegg anses som inhabil. Senior kom aldri tilbake til praksisen og dette måtte etter Bs syn ha vært «rimelig åpenbart på et tidlig tidspunkt». Han mente også at saken var for dårlig opplyst.

Helse- og omsorgsdepartementet ble bedt om å besvare spørsmål knyttet til sakens opplysning, begrundelsen for tildelingen og saksbehandlingen. Det ble blant annet stilt spørsmål omkring helseforetakets vedtak og om referanser var kontaktet. Departementet ble også bedt om å begrunne tildelingen nærmere. Seniors rolle og oppfatning, samt betydningen av hjelpevergeoppnevningen, ble videre problematisert.

Etter å ha innhentet en skriftlig uttalelse fra helseforetaket, redegjorde departementet i svarbrevet for helseforetakets og egen saksbehandling og for det faktiske grunnlaget for klagevedtaket. Departementet informerte også om vurderingen av søkerne og om vektleggingen av seniors uttalelse. Deler av brevet er referert nedenfor.

B fastholdt at hans faglige kompetanse ikke var blitt tilstrekkelig vektlagt og at ingen i intervjupanelet hadde fagkompetanse til å vurdere søkerens bakgrunn. Videre hevdet han at helseforetakets begrunnelser og redegjørelser i etterkant av klagen ikke kunne tillegges vekt fordi de kan være «tillempet sakens gang». Begrunnelsene som var gitt for tildelingen var etter hans oppfatning varierende og spørsmål om personlig skikkethet var ikke tilstrekkelig undersøkt.

Helse- og omsorgsdepartementet understreket senere at et intervju har en viktig funksjon i vurderingsprosessen. Bakgrunnen for utlysningen som seniorhjemmel var at daværende innehaver av hjemmelen var blitt sykmeldt. På tidspunktet for kunngjøring var det «antatt at senior bare var midlertidig ute av funksjon pga. sykdom».

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

##### «1. Saksbehandlingen

##### 1.1 Utlysningen

I saken er det få opplysninger om hjemmelsinnehaverens (seniors) spesielle situasjon. Det er imidlertid på

det rene at han ble alvorlig syk og at sønnen ble oppnevnt som hjelpeverge 31. mai 2007 med hjemmel i vergemålsloven 22. april 1927 nr. 3 § 90 a. Bestemmelsen krever at vedkommende ikke kan «vareta sine anliggender» på grunn av «sinnslidelse, andre psykiske forstyrrelser, senil demens, psykisk utviklingshemming eller legemlig funksjonshemming». Det er altså strenge krav etter loven for slik oppnevning. Mandatet var å «forestå salg av hele eller deler av» legepraksisen og å forstå salg av et uregistrert motorkjøretøy.

Saksbehandleren i ... RHF har muntlig opplyst at legen ønsket å fortsette sin praksis. Foretaket hadde informasjon fra blant annet den vikarierende legen om at senior ville komme tilbake fra sykefraværet etter ½ år. Foretakets representant understreket at det er viktig at det reageres raskt i slike tilfeller av sykdom og at det er en begrenset tid foretaket (og legen) kan «se an» situasjonen.

Ut fra de sparsomme opplysningene som foreligger, har jeg ingen merknader til at avtalehjemmelen ble utlyst i juni 2007 ut fra bestemmelsene om seniorpolitikk i rammeavtalen § 13, selv om dette i ettertid kan vurderes annerledes. Om saken skulle vært bedre opplyst på dette tidspunktet, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på, se punkt 3 nedenfor.

### 1.2 Intervjuet

Intervjupanelet bestod etter det opplyste av representant fra helseregionen, en tillitsvalgt fra Privatpraktiserende Spesialisters Legeforening (en gynekolog) og hjelpevergen som representant for senior. Selv om representasjonsforhold i en slik sak er ekstraordinært, har jeg heller ikke merknader til sammensetningen av panelet. Som Helse- og omsorgsdepartementet har påpekt, skal tildelingsorganet bli bedre kjent med de kandidatene som har de best dokumenterte kvalifikasjonene og «få utdypet forhold som det ikke er så lett å avlede av den fremlagte dokumentasjonen». Jeg er enig i at intervjuet kan ha en viktig funksjon i slike vurderingsprosesser, og jeg kan ikke se at det kan rettes avgjørende innvendinger mot at ingen av deltakerne tilsynelatende hadde spesiell kunnskap om øre-nese-halssykdommer.

Helseforetaket har i ettertid fremlagt et utførlig notat fra intervjuene, som vedlegg til brev 13. mai 2008 til departementet. I brevet redegjøres det for vurderingen av kandidatene. Notatet er ikke datert og det er ikke opplyst når det er utarbeidet. Det gir imidlertid et relativt godt inntrykk av hva som var temaer under intervjuene og underbygger de konklusjoner som er trukket om blant annet søkerens motivasjon for arbeidet.

### 1.3 Sakens opplysning og dokumentasjonsgrunnlag i første instans

Helseforetaket har i ettertid opplyst at referanser også ble kontaktet. Dette fremkommer ikke av noen av dokumentene som er utarbeidet i tildelingssaken i første instans eller i klagesaken, noe som er uheldig. Håndskrevne notater er fremlagt i forbindelse med ombudsmannssaken, men disse er det vanskelig å bedømme i ettertid for utenforstående. Med dette forbeholdet synes tildelingssaken så langt å ha vært utredet på ordinær måte. Om betydningen av seniors uttalelse vises det til pkt. 3 nedenfor.

Det er en klar svakhet at helseforetaket ikke har utformet et skriftlig vedtak, slik forvaltningsloven 10. februar 1967 § 23 foreskriver for enkeltvedtak. Helse- og omsorgsdepartementet har for sin del uttalt at helseforetaket også burde ha gitt en skriftlig begrunnelse da tildelingen fant sted og i alle fall ved underretning om tildelingen.

### 1.4 Sakens opplysning og dokumentasjonsgrunnlag i klageinstansen

Helse- og omsorgsdepartementet mottok fra helseforetaket kunngjøringsteksten, en oversikt over søkerne (navn, alder, årstall for oppnådd spesialitet, HPR-nr. for enkelte av søkerne), brev fra B og uttalelsen fra senior v/hjelpevergen datert 9. oktober 2007. På forespørsel oversendte helseforetaket også notater fra intervjuene. Oversendelsesbrevet til departementet inneholdt i tillegg foretakets korte vurdering av kandidatene. Departementet mottok imidlertid ikke søknadspapirene og skal heller ikke ha etterlyst disse.

I korrespondansen med mitt kontor har departementet erkjent at «kildebruken ikke har vært den beste». Søknadspapirer skulle vært innhentet og det burde også fremgått om foretaket hadde kontaktet referanser. Jeg er enig i disse betraktningene. Det er krittikkverdige at departementet ikke hadde et fullstendig dokumentasjonsgrunnlag for sin avgjørelse, og særlig i den spesielle situasjonen som forelå.

## 2. Begrunnelsene

### 2.1 Tildelingen – rettslig utgangspunkt

De regionale helseforetakenes ansvar for at det tilbys spesialisthelsetjenester innen helseregionene er fastslått i spesialisthelsetjenesteloven 2. juli 1999 nr. 61 § 2-1a. Inngåelse av avtaler med legespesialister, som en del av dette «sørge-for»-ansvaret, er nærmere regulert i rammeavtalen med Legeforeningen, som blant annet har bestemmelser om utlysning. Ved senioravtaler skal det som nevnt legges «stor vekt» på seniors vurderinger med hensyn til hvilken lege som skal få tilbud om hjemmel, jf. pkt. 13.1. Forutsetningen er at legen har lagt vekt på «saklige kriterier». I



pkt. 3.2 er dette presisert til å være «bl.a. faglig kompetanse og erfaring, samarbeidsevner og evne til å drive privat praksis». Vedtaksmyndigheten må forutsetningsvis også legge vekt på slike hensyn. Helse- og omsorgsdepartementet har i brev hit lagt til grunn at den vurderingen beslutningsmyndigheten må foreta, er en kvalifikasjonsvurdering. Den best kvalifiserte ut fra utlysningsteksten og eventuelt lov- og avtalefestede krav skal gis tilbud om hjemmelen.

## 2.2. Helseforetakets begrunnelser

Helseforetakets begrunnelse for tildelingen fremkommer først ved oversendelsen av klagen 31. januar 2008 til departementet. Foretaket viser innledningsvis til seniors uttalelse om A, som gjaldt «samarbeid, men også faglig dyktighet som kliniker og i omgang med pasienter». Foretaket uttaler deretter:

«Verken det regionale helseforetaket eller PSL fant grunn til å gå imot dette valget. Den valgte kandidaten har faglig kunnskap og erfaring som gjør oss trygge på at disse sidene vil bli godt ivaretatt i praksisen fremover. Blant intervjukandidatene fantes mange med god faglig bakgrunn, men ettersom rammeavtalen har de aktuelle bestemmelsene nevnt over og senior så tydelig beskriver en kandidat som den beste som kompanjong i praksisen valgte man å støtte dette valget».

Ut fra denne begrunnelsen er det vanskelig å se at helseforetaket har foretatt en tilstrekkelig *sammenlignende* kvalifikasjonsvurdering. Seniors uttalelse synes å ha blitt tillagt avgjørende vekt i en situasjon der mange var kvalifiserte. Skal begrunnelsen tas på ordet, har seniors preferanser ene og alene vært avgjørende. Det er vanskelig å se at dette er i tråd med departementets forståelse av avtaleverket og helsemyndighetenes oppgave. Påbudet om å tillegge seniors uttalelse «stor vekt» i avtalen kan riktignok oppfattes som en begrensning i kvalifikasjonsprinsippet. Men prinsippet kan ikke uten videre tilsesettes, og beslutningsmyndigheten kan neppe tillegge uttalelsen *avgjørende* vekt uten å foreta en egen sammenlignende kvalifikasjonsvurdering. I denne vurderingen må myndighetene også ta hensyn til hvilket grunnlag senior har for sin uttalelse.

I brev 13. mai 2008 til departementet har foretaket foretatt en slik sammenlignende vurdering av kandidatene. A ble ansett som «den beste kandidaten for å inngå i et samarbeid med senior og videreføre praksisen». Det ble gitt nærmere opplysninger om praksisens profil og ønsket om en «allrounder». Dette er gjentatt og utdypet i brev 19. desember 2008, som er skrevet i anledning ombudsmannssaken. Her heter det at den sistnevnte begrunnelsen er en «utdypning» av den første, og at begrunnelsene ikke er ulike. Det gis også en forklaring på utformingen av den første begrunnelsen, blant annet at man ikke ønsker å

«stadfeste unødvendige momenter» og ikke skriver om «fordeler man frykter å gå glipp av ved å velge klager».

Forutsatt at foretakets vurdering av søkerne har vært uendret, er den første begrunnelsen (ved oversendelsen til departementet) uheldig utformet og gir ikke et dekkende uttrykk for realiteten. Dette er selvsagt uheldig. Helseforetakets to begrunnelser fremstår som ulike, noe som ikke er egnet til å inngi tillit.

## 2.3 Helse- og omsorgsdepartementets begrunnelse

Begrunnelsen i vedtaket 10. juni 2008 er kortfattet. Departementet oppfatter det slik at både A og klageren er kvalifiserte, og viser til foretakets valg etter seniors uttalelse. Deretter heter det:

«Ut fra sakens dokumenter kan ikke departementet se at ... RHF har foretatt usaklige vurderinger eller tatt utenforliggende hensyn ved tildelingen.»

Ytterligere vurderinger eller begrunnelse forekommer ikke. Det er vanskelig å se at departementet har foretatt en selvstendig vurdering av saken, slik en klageinstans forventes å gjøre etter forvaltningsloven § 34. Begrunnelsen fremstår som en kvalitetssikring – helseforetaket har ikke begått alvorlige feil i sin vurdering – men ikke som en selvstendig vurdering og overprøving.

I korrespondansen med mitt kontor har imidlertid departementet redegjort nærmere for sin vurdering av søkerne og det fremgår at det har vært foretatt en overprøving. Dette burde imidlertid ha fremgått klart av begrunnelsen i klagevedtaket.

## 3. Betydningen av seniors uttalelse

Etter rammeavtalen § 13 skal en lege over 60 år ha «rett til å få dele sin praksis med henblikk på nedtrapping». Seniors uttalelse om hvem som skal få tilbud om hjemmel, skal som nevnt tillegges «stor vekt» så fremt det er lagt vekt på saklige kriterier. Bakgrunnen er blant annet at det er viktig å etablere et godt samarbeid mellom senior og tiltredende lege, jf. kommentarutgaven til rammeavtalen. Forutsetningen for å legge «stor vekt» på uttalelsen er altså at senior fortsatt skal være i arbeid, men trappe ned.

Denne saken var ekstraordinær ved at hjemmelsinnehaveren ikke hadde vært i arbeid i lengre tid på grunn av alvorlig sykdom. Dessuten var seniors uttalelse signert av en hjelpeverge, som også hadde deltatt under intervjuene. Det foreligger ingen opplysninger i saken om når senior ble syk, men det må ha vært mange måneder tidligere. Hjelpevergeoppnevningen fant sted i slutten av mai 2007. Det foreligger heller ingen opplysninger om hans fysiske og mentale tilstand på utlysningstidspunktet, på uttalelsestids-

punktet (9. oktober 2007) eller et par uker senere da tildelingen fant sted.

På spørsmål herfra har Helse- og omsorgsdepartementet forsvart vektleggingen av seniors uttalelse. At hjelpevergen var til stede under intervjuet, skal ikke ha hatt noen negativ eller uheldig betydning for prosessen, og senior la vekt på saklige hensyn i sin uttalelse. På det tidspunktet hjemmelen ble kunnngjort, var det antatt at senior bare var midlertidig ute av funksjon pga. sykdom. Senior selv ønsket å trappe ned sin virksomhet i tråd med rammeavtalen.

Etter mitt syn må det være legens tilstand og fremtidsutsikter på beslutningstidspunktet som er avgjørende for om seniors uttalelse overhodet er relevant etter rammeavtalen. Selv om det muligens var forsvarlig å legge bestemmelser om seniorpolitikk til grunn ved utlysningen, måtte helseforetaket foreta en ny vurdering før tildelingen fant sted nesten fire måneder senere. Realismen i at legen ville komme tilbake i praksisen burde ha vært en sentral del av beslutningsmyndighetens vurdering i denne spesielle saken. Forholdet er imidlertid ikke nevnt i noen dokumenter og annen informasjon foreligger ikke. Manglende opplysninger om senior er påfallende, og det lille som har fremkommet, er ikke berørt i sakens dokumenter.

Slik saken er opplyst, er det uklart for meg om det overhodet var relevant å legge vekt på seniors uttalelse, eller om tildelingen måtte vurderes etter de vanlige reglene, eventuelt etter en ny utlysning.

Hvis det fortsatt var aktuelt å bruke bestemmelsen om seniorpolitikk på tildelingstidspunktet, kan det hevdes at uttalelsen ikke kunne tillegges samme vekt som andre uttalelser fra leger som ønsker nedtrapping. Usikkerheten knyttet til videre arbeid taler for dette. Dessuten var ikke senior til stede under intervjuene og hadde dermed ikke samme grunnlag for å bedømme søkerne opp mot hverandre som i en ordinær seniorsak.

#### 4. Avslutning

Behandlingen av tildelingen av spesialisthjemmelen har ikke vært tillitvekkende. Det har vært flere uheldige forhold i saksbehandlingen, blant annet manglende skriftlighet. Saken er i seg selv ekstraordinær, uten at dette har fått konsekvenser for saksbehandlingen eller vurderingen. Særlig påfallende er manglende vurdering av hvilken betydning sykdommen og oppnevningen av hjelpeverge eventuelt skal ha. Seniors helsetilstand og fremtidsutsikter burde åpenbart ha vært vurdert før tildelingen fant sted. Saken har slik sett vært for dårlig opplyst.

Samlet sett fremstår det som uklart om tildelingen skulle vært vurdert etter bestemmelsene om seniorpolitikk etter rammeavtalen, og derfor om seniors uttalelse overhodet skulle vektlegges. Dette kan ha

hatt avgjørende betydning for utfallet av tildelingssaken.

Helse- og omsorgsdepartementet bes om å vurdere hva som bør gjøres overfor klageren på bakgrunn av mitt syn på saken.»

Departementet tok ombudsmannens konklusjon «til etterretning» og ba helseforetaket om å ta stilling til blant annet «hvorvidt det i etterkant er mulig å vurdere seniors fremtidsutsikter på tildelingstidspunktet og således vurdere i hvilken grad det er sannsynlig at senior ville komme tilbake i jobb». Saken er fortsatt under behandling.

#### 44.

##### Avslag på søknad om konsesjon til å inneha og drive sjøflyplass

(Sak 2008/1005)

*Trondheim flyklubb søkte om konsesjon til å inneha og drive sjøflyplass på Jonsvatnet i Trondheim kommune. Luftfartstilsynet godkjente søknaden, men vedtaket ble omgjort av Samferdselsdepartementet. Flyklubben klaget til ombudsmannen og anførte at saken ikke var godt nok opplyst før vedtaket ble truffet, at begrunnelsen var mangelfull og at departementet ikke hadde tatt hensyn til flyklubbens argumentasjon.*

*Ombudsmannen kom til at Samferdselsdepartementets avgjørelse etterlot begrunnet tvil om alle relevante hensyn ble vurdert samt hvordan de ulike hensynene ble veid opp mot hverandre. Det var også vanskelig å se av begrunnelsen at de hensynene som talte for å gi flyklubben konsesjon var blitt særskilt vurdert av departementet. Departementet ble bedt om å vurdere saken på nytt.*

Trondheim flyklubb har siden ca. 1970 drevet sjøflyaktivitet på Litjvatnet, som sammen med Storvatnet utgjør Jonsvatnet. Innsjøen er drikkevannskilde for 170 000 personer i Trondheim og Malvik kommune, og inntaket for drikkevannet er i Storvatnet. Flyklubben søkte i februar 2002 om konsesjon til fortsatt å inneha og drive Trondheim sjøflyplass på Lille Jonsvatnet (Litjvatnet) i Trondheim kommune.

Luftfartstilsynet sendte saken på høring, bl.a. til Trondheim kommune og Fylkesmannen i Sør-Trøndelag, som begge frarådet at det skulle gis konsesjon. Flyaktiviteten i seg selv ble ikke regnet som en alvorlig trussel mot drikkevannskilden, men symboleffekten av å ha flyplassvirksomhet ble vurdert å være betydelig i negativ retning. Fylkesmannen mente blant annet at arbeidet med å «bevisstgjøre allmennheten om Jonsvatnets status som drikkevannskilde» var viktig, og at man derfor måtte forsøke å begrense aktiviteter som direkte eller indirekte kunne skade vannkvaliteten.

Luftfartstilsynet traff vedtak i saken i mars 2003. Blant de hensynene tilsynet vurderte, var Jonsvatnets status som drikkevannskilde, signaleffekten av flyplassvirksomhet, eventuell påvirkning på dyrelivet i nærmiljøet, mulige alternative landingsplasser, samt samfunnsnyttene av å ha sjøflyvirksomhet i Midt-Norge. Etter vurderingen konkluderte tilsynet med at konsesjon var «forenlig med allmenne hensyn», jf. luftfartsloven 11. juni 1993 nr. 101 § 7-6, og flyklubben fikk konsesjon i ytterligere 10 år.

Trondheim kommune påklaget vedtaket til Samferdselsdepartementet. Kommunen hevdet blant annet at Luftfartstilsynet ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til Jonsvatnet som drikkevannskilde og til viltinteressene i området.

Samferdselsdepartementet ba Miljøverndepartementet (MD) vurdere saken, og MD innhentet uttalelser fra Statens forurensningstilsyn (SFT) og Direktoratet for naturforvaltning (DN). I SFTs uttalelse ble faren for forurensning ved flyplassvirksomhet vurdert som liten, men SFT hadde ikke vurdert alle momenter, som for eksempel konsekvenser av uhell eller ulykker. Det ble også fremholdt at drikkevannsinteressene burde tillegges avgjørende vekt og at det også burde vurderes å gjennomføre en miljørisikoaanalyse av sjøflyplassvirksomhet. DN uttalte blant annet at selv om sjøflyvirksomhet ikke var kritisk for det aller mest sårbare fuglelivet, ville virkningene av å ha sjøflyplassen der være betydelige.

Miljøverndepartementet ga sin anbefaling til Samferdselsdepartementet i mars 2006. I uttalelsen het det bl.a.:

«Etter Miljøverndepartementets samlede faglige vurdering bør konsesjon i utgangspunktet ikke gis da Jonsvatnområdet er et viktig område for viltet og virkningene av å lokalisere en flyplass til Jonsvatnområdet vil være betydelige. I tillegg vil vi anføre at Jonsvatnområdet har status som LNF-område og at sjøflyplass vil være i strid med dette planformålet og vil betinge dispensasjon fra kommuneplanen eller utarbeiding av reguleringsplan.

I tilfelle Samferdselsdepartementet ut fra en bredere vurdering likevel faller ned på at konsesjon skal gis, bør konsesjonsperiodens lengde etter departementets vurdering settes slik at flyklubben har et incitament, men samtidig tilstrekkelig tid til å finne alternative arealer for sin virksomhet. Dette vil sikre at sjøflyaktiviteten på Jonsvatnet kan fases ut i et lengre tidsperspektiv, samtidig som alternative arealer for sjøflyvirksomheten sikres.»

I Samferdselsdepartementets endelige vedtak i november 2007 fikk flyklubben fem år på å avvikle landingsplassen og kommunen ble oppfordret til å finne alternative landingsplasser. Om selve konsesjonsspørsmålet uttalte departementet:

«På bakgrunn av uttalelsene fra blant annet Statens Forurensningstilsyn, Direktoratet for naturforvaltning samt befaringen ved Jonsvatnet oppfatter Samferdselsdepartementet situasjonen slik at forurensningsfaren og støyen fra sjøflyaktiviteten i seg selv ikke er den største trusselen for miljøet ved Jonsvatnet. Trondheim kommune har imidlertid opplyst at de har igangsatt en prosess med å sikre Jonsvatnet og at det skal legges begrensninger på all aktivitet rundt vannet. Under forutsetning av at all annen aktivitet rundt vannet blir svært begrenset vil en konsesjon til å drive sjøflyhavn ved vannet være i strid med kommunens formål. En konsesjon til å drive sjøflyhavn vil også gjøre det vanskelig å begrense annen motoraktivitet på vannet. I henhold til luftfartsloven § 7-6 skal konsesjon bare gis når det finnes forenlig med allmenne hensyn. Samferdselsdepartementet har i denne saken kommet frem til, slik forholdene er i dag, at konsesjon til å drive sjøflyplass ved Litjvatnet ikke er forenlig med allmenne hensyn.»

Flyklubben brakte deretter saken inn for ombudsmannen. I klagen ble det blant annet anført at departementets saksbehandling var ensidig og ikke hadde gitt de berørte partene lik adgang til å bli hørt. Departementets avgjørelse var etter flyklubbens syn truffet uten at saken hadde vært tilstrekkelig opplyst. Etter flyklubbens oppfatning var det bare blitt innhentet uttalelser fra instanser som støttet kommunens syn. Instanser som for eksempel Justisdepartementet og Forsvarsdepartementet, som har interesse i å opprettholde flyklubbens drift var ikke blitt hørt. Det ble også anført at det var brudd på god saksbehandlingsskikk at flyklubben ikke var blitt gitt anledning til å delta på felles befarings med kommunen, og at saksdokumenter fra kommunen ikke var blitt oversendt til flyklubben. Videre var det ikke tatt hensyn til at flyklubben hadde fått avslag på alternative landingsplasser i omkringliggende kommuner, og det ville innebære slutten på sjøflymiljøet i Midt-Norge dersom vedtaket ble stående.

I brev fra ombudsmannen ble Samferdselsdepartementet stilt en rekke spørsmål, blant annet om departementet mente at den begrunnelsen som var gitt for å omgjøre Luftfartstilsynets vedtak var tilstrekkelig etter forvaltningsloven § 25. Departementet ble også bedt om å redegjøre for den avveiningen som ble gjort av de ulike «allmenne hensyn» som gjorde seg gjeldende i saken, særlig i hvilken grad de hensyn som talte for å opprettholde en landingsplass på Jonsvatnet var blitt vektlagt. Det ble stilt spørsmål om departementet hadde sett hen til at flyklubben hadde drevet virksomhet ved Jonsvatnet i lang tid, og hvordan dette hensynet eventuelt var blitt vektlagt.

På bakgrunn av departementets vektlegging av kommunens planer for området rundt Jonsvatnet, og ikke selve miljøtrusselen, ble det stilt spørsmål til i hvilken grad og på hvilken måte flyklubbens virk-

somhet ville stride mot kommunens planer, all den tid risikoen for forurensning fra flyplassvirksomheten ikke ble regnet som «den største trusselen for miljøet ved Jonsvatnet». Departementet ble spurt om det ble vurdert å knytte vilkår til konsesjonen som kunne imøtekomme kommunens planer for vannet.

Det ble videre stilt spørsmål om hvorfor det ikke var utført en miljørisikoanalyse, og hvordan ulike brukerinteressers syn var ivaretatt. Departementet ble spurt om det anså saken tilstrekkelig opplyst, jf. prinsippene i forvaltningsloven § 17.

Avslutningsvis ble det stilt spørsmål om mulighetene for alternative landingsplasser ble vektlagt i konsesjonsvurderingen, og i hvilken grad departementet ville følge opp oppfordringen til kommunen om å finne alternative landingsplasser.

I Samferdselsdepartementets svar til ombudsmannen gjenga departementet i stor grad den begrunnelsen som var gitt i vedtaket, og uttalte at begrunnelsen var tilstrekkelig etter forvaltningsloven § 25.

Departementet viste i hovedsak til Trondheim kommunes argumentasjon mot å gi konsesjon. Landingsplassens historie hadde en viss betydning, men var ikke tillagt avgjørende vekt. Imidlertid ble det lagt avgjørende vekt på kommunens ønske om å sikre Jonsvatnet som drikkevannskilde på best mulig måte, og at flyplassvirksomhet ville gi en negativ signaleffekt og vanskeliggjøre kommunens planer. Det ble ikke vurdert å knytte vilkår til konsesjonen for å imøtekomme kommunens planer for vannet. En konsesjon ville være i strid med kommunens mål om å begrense all aktivitet rundt Jonsvatnet.

Departementet fremhevet at alle innspillene i saken, også uttalelser fra flere ulike brukergrupper, var gjennomgått og vurdert selv om de ikke var nevnt i vedtaket.

Kommunens saksutredning forut for Trondheim bystyes vedtak om revisjon av hovedplan for vannforsyning var også gjennomgått. I denne utredningen var det sitert uttalelser fra blant annet Mattilsynet og Norges vassdrag og energidirektorat. Departementet mente det hadde vært unødvendig å innhente ytterligere dokumentasjon i sakens anledning. Departementet opplyste at det var kjent med at småflymiljøet var viktig for blant annet Norsk Aero Klubb og for rekrutteringen av nye flygere til Forsvaret og flyselskapene. Miljøverndepartementet ble kontaktet fordi kommunen hadde pekt på at Luftfartstilsynet ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til Jonsvatnet som drikkevannskilde eller til viltinteressene i området, og etter departementets syn forelå det ingen dokumentasjon på saken om dette.

Det var ikke utført en miljørisikoanalyse fordi departementet ikke fant grunn til det når det ikke ble gitt konsesjon. Vedtaket ble omgjort fordi konsesjo-

nen ikke var forenlig med allmenne hensyn, og ytterligere undersøkelser ble da ansett som unødvendige.

Departementet erkjente at det var uheldig at det ikke ble foretatt felles befarings, og viste til at flyklubben var blitt lovet like lang tid til å legge frem sin sak som kommunen. Spørsmålet om alternative landingsplasser ble diskutert med partene på befaringsen, men ingen landingsplasser ble ansett som akseptable for flyklubben. Departementet hadde ikke foretatt seg noe ytterligere i så henseende, men opplyste at saken ville bli fulgt opp med en henvendelse til kommunen. Ombudsmannen mottok senere kopi av departementets henvendelse til Trondheim kommune.

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

«Etter lov om luftfart 11. juni 1993 nr. 101 § 7-6 kan det gis konsesjon til landingsplass «når det finnes forenlig med allmenne hensyn». Loven presiserer ikke selv hvilke hensyn det kan være tale om, men Luftfartstilsynet har på sin hjemmeside ([www.luftfartstilsynet.no/tilsyn/flyplasser/](http://www.luftfartstilsynet.no/tilsyn/flyplasser/)) gitt uttrykk for at samferdsel, miljø (hovedsakelig støy og forurensning), næring, regulering, samfunnsøkonomi og kulturinteresser er eksempler på allmenne hensyn. Jeg er enig i at disse elementene er relevante for vurderingen.

Spørsmålet om det skal gis konsesjon til en landingsplass eller ikke, beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering basert på forholdene i den enkelte sak. Luftfartsmyndighetene må imidlertid foreta en konkret avveining mellom de allmenne hensynene som er relevante i den konkrete saken. Så lenge det er tatt hensyn til de aktuelle argumentene, vil det ved spørsmålet om det skal gis samtykke til konsesjon eller ikke, være et spillerom for skjønn i forhold til den vekt de ulike momentene skal tillegges i vurderingen.

Samferdselsdepartementets avgjørelse i konsesjonssaken 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. 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 Samferdselsdepartementet har gitt en tilfredsstillende begrunnelse for avslaget på konsesjonssøknaden.

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 særlig viktig ved håndheving av så vidt utpregede skjønnbestem-

melser som luftfartsloven § 7-6 gir anvisning på. Videre er det her tale om å avvikle en sjøflyplass som har eksistert i svært mange år, og et vedtak om å nekte videre konsesjon er derfor inngripende for flyklubben. Som Høyesterett har påpekt i Isene-dommen, Rt. 1981 s. 745, stilles det strengere krav til begrunnelsens innhold i slike saker. Videre vil en mangelfull begrunnelse kunne indikere en svikt ved selve avgjørelsen.

Luftfartstilsynet, som behandlet saken i første instans, foretok en sammensatt vurdering av de ulike og motstridende hensyn som etter tilsynets oppfatning gjorde seg gjeldende i saken. Tilsynet vurderte hensynet til Jonsvatnet som drikkevannskilde, og uttalte i vedtaket 24. mars 2003 blant annet at «[s]ignaleffekten av å tillate drift av landingsplassen anses ikke å være betydelig». I oversendelsen 3. august 2004 til departementet siterte tilsynet Trondheim kommunestyres vedtak fra 1999 der farene for forurensning ved å opprettholde sjøflyplassen ble betegnet som «svært små» og fra kommunens høringsuttalelse 16. oktober 2002 der kommunen ga uttrykk for at «[d]e fleste potensielle forurensningskildene vil hver for seg utgjøre en liten trussel mot drikkevannet». I tilsynets oppsummering i innstillingen heter det:

«Luftfartstilsynet finner at driften av sjøflyplassen verken kommer i konflikt med drikkevannsinteressen eller hensynet til viltlivet. Flyklubben driver samfunnsnyttig virksomhet som kommer allmennheten til gode. Kommunen anfører en mulig negativ effekt for drikkevann og viltområder, men dette er verken bevist eller tilstrekkelig sannsynliggjort. Luftfartstilsynet har i sitt vedtak lagt betydelig vekt på at landingsplassen har vært benyttet i 30 år og at landingsplassens beliggenhet er av betydning for hvorvidt flyklubben kan fortsette sin virksomhet.»

I Samferdselsdepartementets begrunnelse for å avslå konsesjonssøknaden, er det i all hovedsak vist til hensynet til Jonsvatnet som drikkevannskilde. Departementet antar at forurensningsfaren og støyen ikke utgjør noen stor trussel mot miljøet ved Jonsvatnet, men peker på at en konsesjon til å drive sjøflyplass vil gjøre det vanskelig å begrense annen motoraktivitet på vannet.

Hensynet til en drikkevannskilde er utvilsomt et av de allmenne hensyn som det skal legges vekt på ved vurderingen av om det skal gis konsesjon til en sjøflyplass. Miljøhensynet må generelt anses å være tungtveiende hensyn, men det er likevel grunn til å peke på at også andre hensyn er relevante for den endelige avgjørelsen. Særlig i et tilfelle som dette, der det synes å være klart at den isolerte forurensningsfaren er begrenset, vil det være særlig grunn til å vurdere nærmere de hensynene som taler for å gi konsesjon.

Trondheim flyklubb har pekt på at sjøflyplassen er viktig for redningstjenesten i Midt-Norge, og for utdannelsen av norske flygere. Det er vist til at det ikke foreligger noen reelle alternativer til sjøflyplassen på Jonsvatnet, og at en nektelse av fortsatt konsesjon til sjøflyplass mest sannsynlig vil medføre en slutt på sjøflymiljøet i Midt-Norge. Videre har flyklubben opplyst at et overveiende flertall av grunneiere og andre anser flyplassen som «et positivt samfunnstiltak».

Samferdselsdepartementet treffer endelig avgjørelse når et vedtak fra Luftfartstilsynet påklages. Departementet har dermed anledning til å vurdere søknaden om konsesjon annerledes enn Luftfartstilsynet. Det er imidlertid vanskelig å se av departementets begrunnelse at de allmenne hensyn som ble tillagt avgjørende vekt ved direktoratets vurdering, i det hele tatt er vurdert særskilt av Samferdselsdepartementet. Det er få spor i departementets begrunnelse som viser at det er foretatt en avveining mellom motstridende hensyn, og hvilken vekt som skulle legges på de hensynene som talte for å gi flyklubben konsesjon. Heller ikke departementets redegjørelse til ombudsmannen viser at hensynene som taler for å gi konsesjon er vurdert særlig inngående.

Miljøspørsmålene ble utredet særskilt av departementet ved oversendelse av saken til Miljøverndepartementet, som igjen innhentet uttalelser fra Direktoratet for naturforvaltning og SFT. Noen tilsvarende utredning av de hensynene som talte for konsesjon ble ikke foretatt. Videre har departementet erkjent at det var en svakhet ved saksbehandlingen at det ikke ble foretatt en felles befarung.

I denne situasjonen finner jeg at Samferdselsdepartementets begrunnelse for å omgjøre Luftfartstilsynets vedtak var mangelfull. Begrunnelsen etterlater begrunnet tvil om alle relevante hensyn er blitt vurdert og hvordan hensynene er veid mot hverandre. Jeg ber derfor departementet om å vurdere saken på nytt i lys av mine merknader. Departementet bes holde meg orientert om utfallet av den fornyede behandlingen. Jeg presiserer at jeg med dette ikke har tatt stilling til utfallet av konsesjonssaken.»

#### 45.

#### **Avslag på søknad om konsesjon for å overta landbrukseiendom – tvil om avslagets begrunnelse lå innenfor konsesjonslovens rammer**

(Sak 2008/2322)

*Konsesjon ble nektet fordi kommunen heller ville at eiendommen ble solgt som tilleggsjord.*

*Den begrunnelsen som var gitt for vedtaket, etterlot begrunnet tvil med hensyn til om vedtaket var*

lovlig, og fylkeslandbruksstyret ble bedt om å vurdere saken på nytt.

A kjøpte i 2007 en landbrukseiendom i Lindesnes kommune av B. B hadde tidligere selv søkt om konsesjon for å overta eiendommen, men 22. august 2006 fått avslag under henvisning til at salget ikke ville gi slike eier- og brukerforhold som var mest gagnlig for samfunnet, jf. konsesjonsloven § 1. Kommunen konkluderte med at det var ønskelig at eiendommen ble solgt som tilleggsjord til noen med eiendom som grenset til konsesjonseiendommen og som hadde yrket sitt i landbruket. Fylkeslandbruksstyret i Vest-Agder stadfestet dette vedtaket.

A søkte konsesjon for ervervet 3. oktober 2007. Han eide fra før en landbrukseiendom som delvis grenset til konsesjonseiendommen. Han drev på søknadstidspunktet ikke landbruk, men formålet med ervervet var å drive begge eiendommene.

Lindesnes kommune ved teknisk styre behandlet søknaden i møte 20. november 2007. Avslag ble gitt med fire mot tre stemmer og var begrunnet som følger:

«Med dette kjøpet får søker en større enhet og dermed blir mulighetene for å drive landbruksnæring større. Søkers formål med ervervet er i tråd med konsesjonslovens formål. Løsningen er arronderingsmessig ikke helt optimal da driftsenheten vil bestå av flere mindre teiger.

Dette kjøpet oppfyller ikke teknisk styres vedtak av 22.8.2006 om å selge eiendommen til noen som grenser til og har yrket sitt i landbruket. Søkers eiendom grenser i noen grad til konsesjonsbruket, men søker har ikke yrket sitt i landbruket. Vi oppfatter at søker har kun vage planer for bruken av eiendommen, enten ved å drive sjøl eller i samarbeid med andre. Ved dette ervervet vil vi i noen grad kunne si at vi oppnår eier- og brukerforhold som er gagnlige for samfunnet, jf. lovens formål.

Vi mener at ved å selge eiendommen slik som teknisk styre ønsket, vil vi i langt større grad kunne hevde at vi oppnår eier- og brukerforhold som er mest gagnlig for samfunnet. Begrunnelsen for dette er at det her vil være mest i samsvar med konsesjonslovens formål å støtte opp om allerede godt etablerte eiendommer i drift framfor å gi konsesjon til bruk som selv ikke driver landbruk og som en vanskelig kan hevde at har behov for tilleggsjord.

--- er et viktig jordbruksområde i kommunen. Det er flere gårdbrukere som driver aktivt og som har yrket sitt i landbruket og som har behov for tilleggsjord. Både teknisk styre og fylkeslandbruksstyret mener at prisen er for høy, men siden dette ikke er avgjørende for konsesjonsspørsmålet, blir ikke dette nærmere vurdert.»

Advokat --- påklaget vedtaket på vegne av A i brev 12. desember 2007. A anførte at det ikke var adgang til å nekte konsesjon med den begrunnelsen som var gitt. Han hevdet at det ikke var lovgivers in-

tensjon at kun etablerte gårdbrukere skulle få erverve landbrukseiendommer og fremholdt at han var skikket til å drive eiendommen. Eiendommen hans grenset til konsesjonseiendommen, og kommunens vilkår om å selge som tilleggsareal til tilgrensende bruk var dermed oppfylt. Videre viste A til konsesjonsloven § 9, der det fremgikk at det «til fordel for søker» skulle legges vekt på momentene som der fremheves. Ved å gi konsesjon kunne han få en drivverdig eiendom samtidig som det ville bidra til å sikre bosettingen i kommunen. Slik han så det, var det ikke adgang til å avslå søknaden dersom ervervet var i samsvar med konsesjonslovens formål, selv om et eventuelt salg til noen som hadde sitt yrke i landbruket, ville gitt en samfunnsmessig enda bedre løsning.

Fylkeslandbruksstyret i Vest-Agder behandlet klagen i møte 19. juni 2008. Fylkeslandbruksstyret stadfestet kommunens avslag og bemerket:

«Begrepet ”mest gagnlig for samfunnet” innebærer etter vår vurdering at det må være adgang til å avslå søknader om konsesjon i de tilfellene hvor det er alternativer som gir en bedre løsning enn det denne avtalen vil gi. I dette tilfelle så har kommunen ment at landbruksinteressene ivaretas best dersom eiendommen selges til noen som grenser til og har yrket sitt i landbruket. Det skjønner som kommunen her har utvist ligger etter vår vurdering innenfor konsesjonslovens § 1. Selv om den løsning denne avtalen gir er akseptabel ut fra konsesjonsloven, så legger vi til grunn at det vil gi en bedre løsning at eiendommen selges til noen som har yrket sitt i landbruket. Vi viser til at eiendommen ligger i et sentralt jordbruksområde i kommunen med aktiv jordbruksdrift og hvor det er flere eiere av landbrukseiendommer som har yrket sitt i landbruket. Vi legger til grunn at hensynet til landbruksnæringen best ivaretas ved at en av disse får overta eiendommen, uten at eiendommene nødvendigvis behøver å grense til hverandre. Det avgjørende må bli at brukene kan drives sammen på en rasjonell måte.»

I brev 27. oktober 2008 ble saken brakt inn for ombudsmannen. Argumentene var i hovedsak sammenfallende med de som var fremsatt i forvaltningsklagen.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere med Fylkeslandbruksstyret i Vest-Agder. I brev herfra 9. februar 2009 ble fylkeslandbruksstyret bedt om å kommentere en anførsel fra klageren om at «konsesjonsvilkårene som er satt av Lindesnes kommune er så snevre at disse har karakter av en uhjemlet forskrift». Det ble stilt spørsmål om det var hjemmel i konsesjonsloven til å forhåndsformulere vilkår for konsesjon slik kommunen i praksis hadde gjort gjennom henvisningen til kravene som ble stilt i vedtaket 22. august 2006 i saken til B.

Fylkeslandbruksstyret ble videre bedt om å bekrifte at As eiendom grenset til konsesjonseiendom-

men slik at det første vilkåret oppstilt i vedtaket 22. august 2006 måtte anses oppfylt.

Deretter ble det bedt om en kommentar til As anførsel om at vilkåret om at søker måtte ha sitt yrke i landbruket, var usaklig og ulovlig. A hadde dessuten anført at kommunen og fylkeslandbruksstyret gjennom å stille krav om yrke i landbruket i realiteten utpekte de kjøpere som kunne få konsesjon, og at en slik tolking av konsesjonsloven innebar at loven ble brukt som et substitutt for forkjøpsrett. Også denne anførselen ble bedt kommentert.

Det ble opplyst i klagen at A hadde planer om å drive både de to eiendommene han allerede eide og eiendommen han hadde ervervet fra B. A mente gården ved ervervet ville bli drivverdig, og at man dermed ville oppnå akkurat det som var formålet med loven; å opprettholde og styrke landbruksnæringen. Det ble bedt om en kommentar til dette og til om det var anledning til å legge avgjørende vekt på at salg til en annen mulig kjøper vil kunne føre til en enda mer «samfunnsgagnlig» løsning.

Henvendelsen ble behandlet i fylkeslandbruksstyrets møte 16. april 2009. Styrets flertall svarte blant annet:

«Fylkeslandbruksstyret har i sin klagebehandling lagt til grunn at hensynet til landbruksnæringen best ivaretas ved at eiendommen selges som tilleggsareal til noen som har yrket sitt i landbruket, uten at brukene nødvendigvis behøver å grense til hverandre. Det er i begrunnelsen for fylkeslandbruksstyrets vedtak om å nekte konsesjon lagt til grunn at det vil gi en bedre løsning at eiendommen selges som tilleggsareal til et av disse brukene, enn til kjøpers bruk. Vi viser til at kjøpers bruk helt mangler tjenlig driftsbygning og driftsapparat. Bruket er ikke i aktiv drift, og jordarealene oppgis å være bortleid til en person som heller ikke driver aktivt landbruk. Det foreligger ikke noen konkrete planer for framtidig drift.

Vi er enig med klager at det kan virke upresist å legge til grunn for avslaget at eiendommen bør selges til noen som har yrket sitt i landbruket, da landbrukseiendommer for eksempel i forbindelse med generasjonsskifter m.m. kan være ute av drift i perioder. Det avgjørende må være om ressursgrunnlaget på disse brukene kan gi grunnlag for økonomisk drift som eneyrke, og at det er sannsynliggjort at slik drift vil bli etablert eller opprettholdt. Hvorvidt eier velger å ta seg arbeid utenfor bruket er uten betydning for konsesjonsvurderingen. I motsetning til konsesjonssøkers bruk, så er det flere bruk i dette område i aktiv drift, med godt utbygd driftsapparat hvor landbruksdriften kan gi grunnlag for en årsinntekt som eneyrke. Vi mener at hensynet til landbruksinteressene som er nedfelt i konsesjonslovens formål best blir ivaretatt ved at eiendommen selges som tilleggsareal til et av disse brukene.

Melkeproduksjonen er en bærebjelke i landbruket i Lindesnes kommune, men om lag halvparten av melkebrukene er lagt ned siden år 2000. Kommunen ser det som svært viktig å demme opp for denne utviklingen, bl.a. ved å styrke gjen-

værende melkeprodusenter. Området ved --- er et av de beste jordbruksområdene i kommunen, hvor det er størst mulighet til å utvikle sterke framtidsrettede landbruksbedrifter. Det er derfor særlig viktig for kommunen å bruke de virkemidlene de har til å styrke bruk i aktiv drift med godt driftsapparat, slik som i denne saken. Landbruksdirektøren og Fylkeslandbruksstyret er enig i kommunens vurdering.

...

2. Det forhold at statens forkjøpsrett er opphevet betyr etter vår vurdering ikke at det skal være lettere å få konsesjon. Det er fortsatt konsesjonsplikt, og i de tilfellene hvor det etter tidligere regler hadde vært aktuelt å nytte forkjøpsrett, kan avslag på konsesjon nå bli resultatet. Et konsesjonsavslag betyr normalt at selger blir sittende med eiendommen, eller at kjøper må selge den videre til noen som kan få konsesjon, mens forkjøpsretten innebar at staten ble eier av eiendommen og deretter fordelte den videre som tilleggsareal til aktuelle bruk. ...

I dette tilfellet har kommunen tilskrevet 5 aktuelle gårdbrukere, og 3 av disse gav positivt svar.

Konsesjonsloven tar sikte på å være et redskap som bygger opp om samfunnspolitiske mål, og gir en vid ramme for hvilke hensyn som kan trekkes inn. Ingen har krav på å få konsesjon. Når kommunen har sendt melding til aktuelle bruk med forespørsel om interesse for tilleggsareal så er det gjort av hensyn til en bred og grundig konsesjonsvurdering. Hvis det for eksempel ikke hadde meldt seg interesse for denne eiendommen som tilleggsareal, så ville følgelig heller ikke behovet for tilleggsareal være relevant begrunnelse for å avslå søknaden.

...

3. Advokat --- anfører at A har planer om å drive både de to eiendommene han har i dag og konsesjonsbruket, at gården blir drivverdig og at man dermed oppnår akkurat det som er formålet med loven; å opprettholde og styrke landbruksnæringen. Vi er enig med klager i at ervervet vil bidra til å styrke As bruk og at ervervet er i samsvar med konsesjonslovens formål. Som nevnt ovenfor har ingen krav på konsesjon og hvorvidt konsesjon skal gis beror på en bred skjønnsmessig vurdering. Sett i lys av at det ikke er tjenlig driftsbygning på As eiendom, og at det ikke foreligger noen konkrete planer for framtidig drift, er det grunn til å regne med at salg av grovfor, eventuelt bortleie av jord vil være den mest aktuelle driftsformen. Eiendommen til A vil selv om han får konsesjon slik sett mest sannsynlig fungere som støttebruk, og eier vil være avhengig av arbeid utenom bruket for å sikre en årlig inntekt. Da det er andre bruk i dette området som er i god drift, med gode driftsbygninger med melkeproduksjon, og som ønsker mer areal, så er det etter vår vurdering ikke tvil om at et eventuelt salg av dette bruket som tilleggsareal til et av disse brukene vil gi en bedre landbruksmessig løsning, og dermed også en "mer gagnlig" løsning for samfunnet. Vi mener derfor under henvisning til ovennevnte at det i dette tilfelle er saklig grunn for å avslå søknaden. Vi mener også å finne støtte for en slik tolking i forarbeidene til konsesjonslo-

ven, der det blant annet fremgår at det i den skjønnsmessige vurdering er adgang til å se hen til de alternative mulighetene en har.»

A hadde ikke merknader til fylkeslandbruksstyrets svar.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv. § 1 at lovens formål er «å regulere og kontrollere omsetningen av fast eiendom for å oppnå et effektivt vern om landbrukets produksjonsarealer og slike eier- og bruksforhold som er mest gagnlige for samfunnet». Bestemmelsen regner deretter opp hvilke hensyn som kan trekkes inn ved avgjørelsen. Rammen er vid - blant annet er det relevant å vektlegge hensynet til fremtidige generasjoners behov, landbruksnæringen, behovet for utbyggingsgrunn, miljøet, allmenne naturverninteresser og friluftinteresser, samt bosetting. Ettersom formålsbestemmelsen bruker uttrykket «blant annet» om de hensyn som skal tilgodeses, kan også andre momenter trekkes inn, forutsatt at de bidrar til et effektivt vern om landbrukets produksjonsarealer og slike eier- og bruksforhold som er mest gagnlige for samfunnet.

Formålsbestemmelsen er kommentert i Ot.prp. nr. 79 (2002-2003) om lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv. Det fremgår av merknaden til § 1 (på side 76 i proposisjonen):

«Det er søkeren og hans formål med ervervet som danner utgangspunktet for vurderingen. Søkers formål er derfor av sentral betydning for avgjørelsen både i saker som gjelder erverv av landbruks eiendom og ved erverv av andre typer arealer. Formålet med ervervet må veies opp mot de samfunnsinteressene som gjør seg gjeldende. Avgjørelsen skjer etter en individuell og konkret vurdering. Etter loven har ingen krav på konsesjon, men konsesjon må gis med mindre det er saklig grunn til å avslå. Ordlyden i lovutkastet innebærer at det ved avveiningen mellom søkers interesser og samfunnsinteressene bare er adgang til å velge en løsning som er "mest" gagnlig for samfunnet. Mest innebærer ikke at en er tvunget til å velge den beste løsningen, men at en må velge mellom de faktiske mulighetene en har. Dette innebærer at samfunnsinteressene er det sentrale ved vurderingen. Individuelle forhold er også relevante momenter, men da som korrigerende momenter.»

I saker om konsesjon for erverv av eiendommer som skal nyttes til landbruksformål, kommer også konsesjonsloven § 9 til anvendelse. Bestemmelsens første ledd hadde på tidspunktet for avgjørelsen i saken her følgende ordlyd:

«Ved avgjørelsen av søknad om konsesjon for erverv av eiendom som skal nyttes til landbruksformål skal det til fordel for søker legges særlig vekt på:

1. om den avtalte prisen tilgodeser en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling,
2. om erververs formål vil ivareta hensynet til bosettingen i området,
3. om ervervet innebærer en driftsmessig god løsning, og
4. om erververen anses skikket til å drive eiendommen.»

Også denne bestemmelsen er kommentert i ovennevnte proposisjon nr. 79. Det fremgår av merknaden til § 9 at uttrykket «til fordel for søker» er valgt for å understreke at en ønsker seg en positiv tilnærming til søknaden. Avgjørelsesorganet skal fokusere på momentene som taler for å gi konsesjon.

Etter en lovendring 19. juni 2009 som trådte i kraft 1. juli 2009, er ordlyden noe endret blant annet ved at uttrykket «til fordel for søker» er utelatt. Ifølge forarbeidene (Ot.prp. nr. 44 (2008-2009) s. 131) innebærer dette ingen realitetsendring i forhold til gjeldende praksis.

Ingen har krav på konsesjon. Myndighetene skal foreta en konkret helhetlig avveining av hensynene for og imot, og skal avslå søknaden dersom det er saklig grunnlag for det. Utgangspunktet for vurderingen skal tas i søkeren og hans formål med ervervet, og dette må avveies mot de samfunnsmessige forholdene som gjør seg gjeldende. Dersom det samfunnsmessig gir en bedre løsning at andre enn konsesjons søkeren overtar eiendommen, kan det ikke være noe i veien for å avslå søknaden.

I en uttalelse innatt i årsmeldingen for 1997 på side 279 skrev jeg i tilknytning til de daværende bestemmelser om statens forkjøpsrett:

«Hvorvidt forkjøpsretten skal benyttes i det konkrete tilfellet, må bero på en skjønnsmessig vurdering av de samfunnsmessige og landbruksmessige fordeler som kan oppnås. Det må samtidig også vurderes hvordan et forkjøpsinngrep vil virke overfor kjøper og selger. Det er med andre ord ikke bare et spørsmål om den ene eller andre gården kan nyttiggjøre seg jorden best, men også om hvorvidt myndighetene bør gripe inn i en ellers gyldig kjøpekontrakt og kreve at eiendommen skal overføres til en annen enn kjøperen. Lovens utgangspunkt er at en lovlig frivillig overdragelse skal legges til grunn og at landbruksmyndighetene bare kan gripe inn med bruk av forkjøpsrett når nærmere angitte vilkår foreligger. Dette utgangspunkt har kommet klart til uttrykk i rettspraksis.

Høyesterett har uttalt at det "ikke kan gripes inn med forkjøpsrett med mindre det må anses rimelig klart at man ved inngrepet oppnår et resultat som er bedre vurdert ut fra lovens formålsbestemmelse enn resultatet av det salg som det er spørsmål om å gripe inn i" (Rt. 1981 s. 745). Ut-



trykket rimelig klart må forstås slik at det ikke må være tvil om at forkjøpet vil gi en bedre løsning. I dette ligger det imidlertid ikke at det må foreligge en klar interesseovervekt for at forkjøpsretten skal kunne gjøres gjeldende. Det er nok at forkjøpet gir en *bedre* løsning, men at så er tilfelle, må det ikke være tvil om.»

Ordningen med forkjøpsrett for det offentlige ble opphevet ved lov 4. mai 2001 nr. 17. Begrunnelsen for avviklingen av ordningen var, etter det jeg har forstått, en erkjennelse av at det som var oppnådd i form av endret bruksstruktur ved bruk av forkjøpsrett, var begrenset, samtidig som forkjøpsretten ble ansett som et unødig inngripende virkemiddel. Jeg viser til uttalelser i forarbeidene til endringsloven, se for eksempel Ot.prp. nr. 33 (2000-2001) på side 36.

Konsesjonsnektelse er et noe lempeligere middel enn bruk av forkjøpsrett. Jeg antar likevel at uttalelsen ovenfor vil kunne gi veiledning også etter dagens ordning.

Med disse generelle utgangspunktene knyttet til forståelsen av konsesjonsloven §§ 1 og 9, går jeg over til å vurdere om kommunens og fylkeslandbruksstyrets begrunnelse for å ville legge til rette for salg som tilleggsjord til aktuelle nabobruk, fremstår som saklig.

Da søknaden ble avslått av kommunen 20. november 2007, ble det blant annet vist til at A ikke hadde yrket sitt i landbruket. Fylkeslandbruksstyret refererte dette i klagevedtaket og tilføyde for egen regning at eiendommen burde selges til noen som drev landbruk på heltid. Fylkeslandbruksstyret har på spørsmål herfra sagt seg enig i at formuleringen på dette punkt var «upresis». Det viste blant annet til at landbrukseiendommer kan være ute av drift i perioder, for eksempel i forbindelse med generasjonsskifter. Det avgjørende må være om ressursgrunnlaget på bruket kan gi grunnlag for økonomisk drift som eneyrke, og at det er sannsynliggjort at slik drift vil bli etablert eller opprettholdt. Flere bruk i området er i aktiv drift og har et godt utbygd driftsapparat hvor landbruksdriften kan gi grunnlag for en årsinntekt. Videre har fylkeslandbruksstyret vist til at det er uten betydning for konsesjonsvurderingen hvorvidt eier velger å ta seg arbeid utenfor bruket.

Et hovedformål med konsesjonsloven er å sikre landbrukets produksjonsarealer i dag og i fremtiden. De skjønnskriteriene som stilles opp i lovens § 9, må ses i sammenheng med dette formålet. Det samme gjelder andre skjønnsmomenter som ikke er særskilt nevnt i loven. Loven stiller i seg selv ikke noe krav om at kjøperen skal ha landbruk som eneyrke, og heller ikke at han aktivt skal drive landbruk på kjøpstidspunktet. Noe absolutt krav om dette kan myndighetene derfor neppe oppstille. Det avgjørende må være

utnyttelsen av arealet i tiden fremover. Myndighetene må likevel kunne tilstrebe å styrke næringsgrunnlaget til eksisterende bruk slik at de som ønsker å drive på heltid, får et rimelig utkomme.

Det er etter dette i og for seg ikke noe å si på at kommunen og fylkeslandbruksstyret legger vekt på behovet for å styrke næringsgrunnlaget til eksisterende bruk, forutsatt at det virkelig eksisterer et slikt behov. Dette siste er et faktisk spørsmål som jeg vanskelig kan ta stilling til. Også dette hensynet må imidlertid avveies mot de andre hensyn som gjør seg gjeldende i saken – kommunen og fylkeslandbruksstyret skal foreta en helhetlig, bred vurdering av *alle* relevante hensyn. I denne saken er det enighet om at den kjøpsavtalen A hadde inngått, var egnet til å fremme lovens formål. Dette skjerper etter mitt skjønn de krav som må stilles for at myndighetene skal kunne gripe inn i avtalen og nekte konsesjon.

Et grunnleggende krav må være at myndighetene treffer avgjørelsen etter en grundig vurdering og med en fyllestgjørende og rettslig korrekt begrunnelse. Den begrunnelsen som er gitt i denne saken, etterlater etter mitt skjønn tvil på enkelte punkter.

Fylkeslandbruksstyret har forholdsvis grundig redegjort for at den mener det er en bedre løsning å selge eiendommen som tilleggsareal til et av nabobrukene der eieren også har yrket sitt i landbruket. Som støtte for dette er det vist til at As bruk «helt mangler tjenlig driftsbygning og driftsapparat», at bruket ikke er i aktiv drift, og at jordarealene er bortleid til en person som heller ikke driver aktivt landbruk. Samtidig har kommunen dokumentert at flere bønder i nærheten har behov for tilleggsjord og at de har sagt seg interessert i å kjøpe. Dette er alle momenter som taler for at konsesjon blir nektet, det vil si argumenter til støtte for fylkeslandbruksstyrets syn. Det helt vesentlige motargumentet om at man faktisk griper inn i et eksisterende avtaleforhold, nevnes derimot ikke. Det er i det hele vanskelig å lese ut av vedtaket og begrunnelsen for det at fylkeslandbruksstyret har vært seg bevisst at utgangspunktet for vurderingen må tas i avtalen mellom kjøper og selger, og at det nøye må vurderes hvorvidt myndighetene bør gripe inn i en ellers gyldig kjøpekontrakt. Lovens utgangspunkt er at en lovlig frivillig overdragelse skal legges til grunn. I tillegg kommer at myndighetene nærmest stilte et absolutt krav om at arealet skulle overtas av noen som drev landbruk på heltid. Et slikt absolutt krav kan som nevnt neppe stilles etter loven.

Jeg har kommet til at det hefter «begrunnet tvil» ved om vedtaket er lovlig, og jeg må be fylkeslandbruksstyret om å vurdere saken på nytt. Fylkeslandbruksstyret må da gi en begrunnelse som er balansert og helhetlig.»

## 46.

**Konsesjon til gruvedrift – sakens opplysning**

(Sak 2008/961)

*Spørsmål om en sak om konsesjon til gruvedrift i et område med bl.a. reinbeitevirksomhet var tilstrekkelig opplyst før vedtak ble truffet.*

*Ombudsmannen kom til at grunnloven §§ 110a og 110b samt folkerettslige forpliktelser måtte føre til at utredningsplikten i denne saken var skjerpet i forhold til det som ellers gjelder. I lys av dette skjerpede kravet til sakens opplysning var det begrunnet tvil om konsesjonssaken var tilstrekkelig utredet da vedtak ble truffet.*

*Etter en fornyet vurdering opprettholdt Nærings- og handelsdepartementet konsesjonsvedtaket.*

Saken gjelder Nærings- og handelsdepartementets saksbehandling i forbindelse med vedtak om konsesjon til Sydvaranger Gruve AS til gruvedrift i Sør-Varanger.

Reinbeitedistrikt 5A/5C (heretter R5) mente konsesjonssaken ikke var tilstrekkelig opplyst, ettersom det ikke ble foretatt konsekvensutredning i forbindelse med behandlingen av søknaden. Det har tidligere vært drevet gruvedrift i området, men skadevirkningene for den samiske reindriftsnæringen skulle likevel etter reinbeitedistriktets syn ha vært undersøkt før nytt konsesjonsvedtak ble truffet. R5 mente også at forholdet til folkeretten ikke hadde vært vurdert i tilstrekkelig grad, og pekte særlig på konsultasjons- og utredningsplikten i ILO-konvensjon nr. 169 (om urfolk og stammefolk i selvstendige stater) artikkel 15 nr. 2.

Nærings- og handelsdepartementet ble bedt om å redegjøre for hva som var gjort for å opplyse saken, samt for forholdet mellom den tidligere gruvedriften i området og driften omfattet av konsesjonssøknaden. Det ble også bedt om en redegjørelse for betydningen av ILO-konvensjon nr. 169 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27.

Departementet fremholdt at gruvedrift og reindrift hadde vært drevet ved siden av hverandre i området siden 1903, og at virksomheten skulle drives i et allerede opparbeidet gruveområde uten at ytterligere terrenginngrep i nevneverdig grad var nødvendig.

Reindriften var behørig beskyttet gjennom vilkår i konsesjonen, særlig vilkår 8 og 9. Vilkårene lyder:

- «8. Bergverksdriften skal skje på en bergmessig måte og overensstemmende med den til enhver tid gjeldende lovgivning. Driften skal utføres med varsomhet slik at skadene ikke blir større enn nødvendig, og slik at naturen og miljøet ikke blir unødig skjemmet, herunder ta tilbørlig hensyn til reindriftsvirksomhet.
9. Sydvaranger Gruve AS plikter i forbindelse med gruvedriften å etablere samarbeid og dialog med de berørte reinbeitedistriktene i området slik at

næringen gis anledning til å uttale seg om forhold som kan ha eller vil få betydning for reindriftsnæringens utøvelse av sin virksomhet.»

Om sakens opplysning skrev departementet:

«Konsesjonssøknaden ble i tråd med praksis og i samsvar med lov 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. (industrikonsesjonsloven) § 24 sendt til Finnmark fylkeskommune, Sør-Varanger kommune. I tillegg ble den, på grunn av samiske og reindriftsnæringens interesser i området, også sendt til Sametinget, Reindriftsforvaltningen i Øst Finnmark, Områdestyret i Øst-Finnmark v/ Reindriftsforvaltningen i Øst Finnmark, Reinbeitedistrikt 5A/5C og Norske Reindriftssamers Landsforbund, samt Bergvesenet. Søknaden ble også på forespørsel sendt til Naturvernforbundet i Sør-Varanger. Vi fikk uttalelser fra Sør-Varanger kommune, Bergvesenet, Sametinget, Reindriftsforvaltningen, Naturvernforbundet og Reinbeitedistrikt 5A/5C.

Etter en vurdering av søkerens fremlagte planer og de mottatte høringsuttalelser ble driftskonsesjon innvilget 8. april 2008 med hjemmel i Industrikonsesjonsloven §§ 11 og 13, jf. kgl. res. 11. januar 1978. Hensynet til reindriftsnæringen i området ble ivarettatt gjennom konsesjonsvilkårene slik de fremgår av vilkår 8 og 9. Vilkår 9 er helt nytt, og det har ikke vært stilt tilsvarende vilkår i tidligere meddelte driftskonsesjoner. Videre er det presisert i vilkår 8 at det skal tas tilbørlig hensyn til reindriftsvirksomhet.»

Departementet fremholdt at det ikke hadde hjemmel til å iverksette eller pålegge kommunen å iverksette en konsekvensutredning i forbindelse med behandling av driftskonsesjon, ettersom regelverket for konsekvensutredning fulgte av plan- og bygningsloven, og ikke var en del av konsesjonsbehandlingen etter industrikonsesjonsloven. Bestemmelsen om konsekvensutredning følger av plan- og bygningsloven kapittel 7A. I medhold av § 33-5 er det fastsatt forskrifter (FOR-2005-04-01-276) med utfyllende bestemmelser om konsekvensutredninger. Etter forskriften § 2, jf. vedlegg 1 kolonne A nr. 2, jf. kolonne B er det planmyndigheten (kommunen) som er ansvarlig myndighet.

Departementet hadde følgelig uansett ikke hjemmel til å iverksette eller pålegge kommunen å iverksette eventuelle konsekvensutredninger i forbindelse med behandling av driftskonsesjon etter industrikonsesjonsloven.

Det ble også vist til at spørsmålet om gruvedrift i området hadde vært undergitt en grundig behandling i kommunen i forbindelse med vedtakelsen av regulerings- og kommuneplan. Verken Reindriftsforvaltningen Øst-Finnmark eller R5 hadde hatt merknader til disse planene.

Departementet var ikke kjent med at den tidligere gruvedrift hadde hatt konsekvenser av særlig betyd-

ning for reindriftsnæringen i området de siste ti årene av driften, og det ble bl.a. vist til at Sametinget i forbindelse med konsesjonssøknaden hadde gitt uttrykk for nettopp dette.

Folkeretten var vurdert og hensyntatt i behandlingen av konsesjonssøknaden. Departementet redegjorde for de relevante reglene, og opplyste at samiske interessenter og organer var hørt under konsesjonsbehandlingen, og samiske interesser hadde vært vektlagt i vurderingen av om konsesjon skulle gis. Departementet kunne for øvrig ikke se at SP artikkel 27 var til hinder for konsesjonen.

I brev til ombudsmannen imøtegikk R5 departementets synspunkter. Det ble pekt på at den tidligere gruvedriften hadde medført en 10 km lang slagg-haug, som påførte reindriften et stort beitetap og som delte beitedistriktet i to. Reinbeitedistriktet fremholdt videre:

«Departementet har ikke reindriftssakkyndig kompetanse til å vurdere i hvilken grad reindriftsinteressene blir berørt av den planlagte gruvedrift. Når det gjelder henvisningen til konsesjonsvilkår 8 og 9, om at de ivaretar reindriftens behov, bemerkes det at disse er av liten betydning når det gjelder å minske skadevirkningene for reindriften. Konsesjonsvilkårene inneholder ingen konkrete tiltak for å minske skadevirkningene for reindriften, og det er heller ikke med en slik drift i særlig utstrekning mulig å ta hensyn til reindriften, fordi det vil føre til vesentlig dårligere økonomi for driften. En kan vanskelig tenke seg at gruveselskapet vil innstille for eksempel salveskytingen i gruveområdet i de månedene reinen befinner seg i området.»

Hva gjaldt de folkerettslige konnotasjoner, fremholdt reinbeitedistriktet at det ikke var mulig å vurdere om det folkerettslige urbefolkningsvern kom til anvendelse så lenge det ikke var foretatt en konsekvensutredning.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det er spørsmålet om sakens opplysning som har vært gjenstand for nærmere vurdering fra min side. Jeg har følgelig ikke vurdert spørsmålet om konsesjon skulle ha vært nektet, om det skulle ha vært truffet et ekspropriasjonsvedtak i forbindelse med konsesjonen, eller andre materielle spørsmål.

Det følger av forvaltningsloven § 17 at forvaltningsorganet «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Utredningsplikten etter forvaltningsloven omfatter både faktiske og skjønnsmessige spørsmål og rettslige forhold. Bestemmelsen må tolkes og anvendes i lys av annen lovgivning, særlig den lovgivning som angår de aktuelle forhold utredningsplikten omfatter. Innholdet i utredningsplikten vil bl.a. avhenge av sakens karak-

ter, viktighet og kompleksitet. Det må, som påpekt, også sees hen til det øvrige rettskildet bildet, herunder om det foreligger rettskilddefaktorer som taler for skjerping av utredningsplikten.

I grunnloven § 110b om rett til miljø, heter det i annet ledd at borgerne har rett til kunnskap om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen. Bestemmelsen gir ikke *i seg selv* en regel det kan bygges bestemte krav på, men det er ikke tvilsomt at den likevel kan være av betydning.

Ifølge bestemmelsens forarbeider, Innst. S. nr. 163 (1991-1992) s. 6, inneholder den en grunnlovsfesting av flere viktige miljørettslige prinsipper, herunder «integrering av miljøhensyn i beslutningsprosesser». Videre heter det at bestemmelsen «sikrer informasjonsretten i miljøspørsmål, herunder også det viktige miljørettslige prinsippet om utredning av miljøkonsekvensene ved aktuelle tiltak». I innstillingen har således komiteen understreket viktigheten av at aktuelle tiltak konsekvensutredes og uttalt at bestemmelsen innebærer en grunnlovsfesting av prinsippet om at miljøhensyn skal integreres i beslutningsprosesser. Komiteen uttalte dessuten at grunnlovsfestingen vil «være et viktig moment ved tolkningen av det regelverk som Stortinget selv har vedtatt eller gitt hjemmel for».

Også SP artikkel 27 og ILO-konvensjon artikkel 15 nr. 2 er det relevant å vise til her. I NOU 2007: 13, «Den nye sameretten», punkt 18.3.3.2 fremholdes at ILO-konvensjonen artikkel 15 gir samiske organer og brukere «krav på en bredere deltakelse i beslutningsprosessene enn kun å bli hørt før vedtakene fattes» i saker som kan få direkte betydning for dem. Det heter videre:

«Hvilke krav som kan stilles til deltakelsen kan imidlertid variere. I mange saker vil det være påkrevd, men kanskje også tilstrekkelig, at Sametinget og/eller representanter for samiske interesser deltar gjennom en konsultasjonsprosess. I andre tilfeller er det kanskje også hensiktsmessig at samiske institusjoner er representert i de beslutende organene. Er vedtakenes betydning mer beskjeden, vil det derimot kanskje være tilstrekkelig med en aktiv høringsrunde.»

Også artikkel 6 og 7 er relevante. Konvensjonens artikkel 7 tredje ledd slår fast at staten plikter å sikre at det i samarbeid med vedkommende folk «blir gjennomført studier, når dette er relevant, for å vurdere de sosiale, åndelige, kulturelle og miljømessige virkninger for dem av planlagt utviklingsvirksomhet», og at «resultatet av disse undersøkelser skal anses som grunnleggende kriterier for gjennomføringen av slik virksomhet». I NOU 2007: 13 punkt 18.3.3.4 er det lagt til grunn at ILO-konvensjonen kan anses som en konkretisering av de forpliktelsene som Menneskerettskomiteen har innfortolket i SP artikkel 27, og jeg

vil derfor ikke gå eksplisitt inn på denne bestemmelsen.

Endelig er grunnloven § 110a, som sikrer sameenes språk, kultur og samfunnsliv, av en viss betydning, selv om bestemmelsen nok først og fremst er av politisk og moralsk art, og ikke rettslig, jf. Innst. S. nr. 147 (1987-88) side 2.

Jeg kan etter dette vanskelig se det annerledes enn at utrednings- og undersøkelsesplikten i forvaltningsloven § 17 i denne saken må forstås slik at den pålegger forvaltningen en særlig plikt til å utrede forhold som har med reindriften og samiske forhold å gjøre. For så vidt kan det sies at utredningsplikten er *skjerpet* i forhold til det som ellers gjelder.

Nærings- og handelsdepartementet har redegjort for saksbehandlingen i forkant av konsesjonsvedtaket. I tillegg til at konsekvensene av gruvedrift i området formodentlig ble behandlet i forbindelse med regulerings- og kommuneplan i samsvar med reglene i plan- og bygningsloven, ble konsesjonssøknaden sendt ut på høring. Det fremgår av sakens dokumenter at de merknader som kom inn i forbindelse med høringen ble behørig adressert og vurdert av departementet før konsesjonsvedtaket ble truffet.

I tillegg må det faktum at det tidligere har vært drevet gruvedrift i det samme området, få en viss betydning for utredningsplikten. Så vel reindriftnæringen som andre hadde erfaring med hvilke konsekvenser gruvedrift tidligere hadde hatt for reindriften, og Nærings- og handelsdepartementet har slik sett hatt mindre behov for å gjennomføre en konsekvensutredning.

Departementet hadde følgelig et visst grunnlag for å vurdere hvilke konsekvenser konsesjonsvedtaket ville få, og en rekke samiske organisasjoner og brukere er tatt med på råd og har hatt mulighet til å uttale seg. På den annen side kan jeg ikke se at departementet har kunnet fremlegge dokumentasjon på hvilke konkrete konsekvenser driften ventes å få for reindriftnæringen i dag. At man hadde et visst kjennskap til konsekvensene av den tidligere driften, trenger ikke nødvendigvis å si noe om konsekvensene knyttet til gruvedrift flere år senere. R5 hadde dessuten i sine uttalelser nettopp påpekt at konsekvensene av driften ikke var tilstrekkelig avklart, uten at dette synes å ha vært tatt hensyn til. De vilkårene som er knyttet til konsesjonsvedtaket kan nok bidra til å avhjelpe negative konsekvenser for reindriftnæringen. Jeg kan imidlertid ikke se at vilkårene i denne saken gir grunnlag for å se bort fra den utredningsplikten som følger av lovgivningen.

I lys av det skjerpede kravet til sakens opplysning, er jeg derfor i tvil om den utredningen av mulige konsekvenser ved gruvedriften som ble foretatt var tilstrekkelig.

Under saksforberedelsen her har departementet fremholdt at det ikke har *hjemmel* til å iverksette en konsekvensutredning i forbindelse med en konsesjonssøknad, ettersom reglene om konsekvensutredning gjelder behandling etter plan- og bygningsloven. Utredningsplikten er rettslig forankret i forvaltningsloven § 17 som må anvendes i lys av bl.a. de forpliktelser Norge er bundet av etter folkeretten, ikke bare når det er tale om traktatbestemmelser som er gjort gjeldende som norsk rett, men også i tilfeller der Regjeringen har bundet Norge ved traktat til å følge traktatens regler. Jeg kan vanskelig se at departementet skulle trenge en ytterligere eller særskilt hjemmel for å gjennomføre en nærmere utredning av konsekvensene ved å gi konsesjon til gruvedrift etter industrikonsesjonsloven.

Dersom det er nødvendig å gjennomføre en utredning av konsekvensene ved driften for å sikre en forsvarlig opplysning av saken før vedtak om konsesjon treffes, vil forvaltningsorganet ha *plikt* til å gjennomføre en slik utredning. Hvorvidt man vil kalle den aktuelle utredningen for en konsekvensutredning eller noe annet, har i denne sammenheng mindre betydning. At det foreligger egne, særskilte, regler om konsekvensutredninger i enkelte plan- og bygningsaker kan heller ikke være avgjørende.

Etter dette har jeg kommet til at det foreligger begrundet tvil knyttet til om saken var tilstrekkelig opplyst før vedtaket om konsesjon ble truffet. Jeg ber departementet gå gjennom saken på nytt med sikte på å avgjøre om det er grunn til å utrede konsekvensene ved gruvedriften nærmere. Departementet bes holde meg orientert om den videre utviklingen i saken.»

Nærings- og handelsdepartementet ba om de ulike partenes syn på hvilke konsekvenser eventuell ny gruvedrift ville få, samt foretok en ny vurdering av om det var behov for videre utredninger av konsekvensene ved ny gruvedrift. Deretter foretok departementet en ny vurdering av saken og fant at det ikke var grunnlag for å endre konsesjonsvedtaket.

#### 47.

#### Vilkår om boplikt – søknad om lemping

(Sak 2008/628)

*Fylkeslandbruksstyret i Rogaland behandlet en søknad om lemping av vilkår om boplikt. Vedtaket ble påklaget under henvisning til at fylkeslandbruksstyrets vedtak i realiteten hadde vedtatt en skjerpelse av vilkåret.*

*Ombudsmannen kom til at fylkeslandbruksstyret hadde vedtatt et nytt vilkår, og at det ikke var adgang til dette etter konsesjonsloven § 11 annet punktum. Fylkeslandbruksstyret ble bedt om å foreta en fornyet vurdering av saken.*

*Etter ombudsmannens uttalelse behandlet Fylkeslandbruksstyret i Rogaland saken på nytt, og opphevet på møte 17. desember 2009 vedtaket 15. februar 2007 som ugyldig.*

Klageren fikk i 2004 konsesjon av Suldal kommune til å kjøpe eiendommen X. Kommunen, ved utvalg for landbruk, miljø og teknikk (heretter LMT-utvalget), satte som vilkår for konsesjonen at «kjøparen flytter til eiedomen og buset seg der og syter for ei landbruksmessig forsvarleg drift». Fristen for tilflytting ble satt til 1. juli 2006. Klageren søkte om fritak fra bo- og driveplikten. Kommunen avsto søknaden. I klagebrev anførte klageren blant annet at eiendommen ikke var en landbrukseiendom, og viste til at det var søkt om fradeling av 14,1 dekar slik at eiendommens totalareal ville bli på under 100 dekar. Ved vedtak frafalt LMT-utvalget i kommunen vilkåret om driveplikt, men fastholdt vilkåret om boplikt. I vedtaket het det at «[k]ommunen gir klager medhald i at eiedomen ikkje kan drivast som sjølvstendig landbruksverksemd på rekningsssvarande måte». Fylkeslandbruksstyret i Rogaland stadfestet 1. september 2005 kommunens vedtak. Det ble lagt til grunn at saken skulle vurderes etter konsesjonsloven (konsl.) § 11, samt at eiendommen «på totalt godt over 100 dekar var konsesjonspliktig på ervervs-tidspunktet». Avslaget var etter fylkeslandbruksstyret i samsvar både med formålet med loven og praksisen i kommunen.

Klageren ba i e-post til kommunen om en «klargjøring og presisering» av konsesjonsvilkåret om boplikt, og mente det var urimelig at han skulle pålegges en personlig boplikt. Det ble søkt om at konsesjonsvilkåret ble endret «til at jeg må ivareta boplikten, som i dette tilfellet er upersonlig». Kommunen la i vedtak 13. desember 2006 til grunn at saken gjaldt spørsmålet om «vilkåra for boplikt kan omgjerast frå personleg til upersonleg buplikt». Rådmannen innstilte på at vilkåret kunne endres, men LMT-utvalget avsto søknaden og fastholdt at boplikten var personlig. Det ble i rådmannens innstilling lagt til grunn at eiendommen var en landbrukseiendom. Kommunen tok ikke klagen til følge. Fylkeslandbruksstyret i Rogaland behandlet saken på et møte 15. februar 2007, og det ble fattet følgende vedtak (3-3 med leders dobbeltstemme):

«Rogaland fylkeslandbruksstyre tek klage til følge, og gir etter § 11 i konsesjonslova samtykke til lemping av konsesjonsvilkåret sett for [klagerens] kjøp av X i Suldal slik at buplikta på eiedomen kan oppfyllast ved at han sørgjer for at eiedomen blir nytta til heilårsbustad i den tid han eig omsøkte eiedom.»

Klageren stilte i e-post til fylkesmannen spørsmål ved fylkeslandbruksstyrets vedtak og vilkåret

om at boplikten nå var det han oppfattet som «evigvarende». Fylkesmannen svarte i e-post at fylkeslandbruksstyret hadde akseptert upersonlig boplikt «i samsvar med reglene om slik for de såkalte '0-grense-sakene'». I e-post til fylkesmannen fremholdt klageren at «det ikke kan være riktig at det nå skal settes en betingelse om evigvarende boplikt». Han ba i senere e-post «om at fylkeslandbruksstyret på ny vurderer boplikten varighet for min eiendom». Henvendelsene fra klageren ble vurdert som en «begjæring om etterfølgende begrunnelse etter forvaltningslovens regler». Fylkeslandbruksstyret ga på møte 26. april 2007 en etterfølgende begrunnelse for vedtaket fra februar 2007, ved enstemmig å vedta innstillingen fra fylkesmannen. Det ble lagt til grunn at saken var endelig avsluttet, og at «[d]enne saka gjeld slik etterfølgjande grunngeving». Av innstillingen fremgikk videre bl.a.:

«Fylkeslandbruksstyrets vedtak om å ta klaga til følge har i sjølve vedtaket tatt inn lovheimelen for vilkåret om buplikt – nemlig § 11 i konsesjonslova. Etter denne regelen kan konsesjonsvilkåret setjast 'som i hvert enkelt tilfelle finnes påkrevd av hensyn til de formål loven skal fremme'. Loven skal som kjend mellom anna sikre 'slike eier- og bruksforhold som er mest gagnlige for samfunnet – bl.a. for å tilgodese ... hensynet til bosettingen'.

Under drøftinga i Fylkeslandbruksstyret ... blei det mellom anna peika på dei sterke busetningsomsyna som gjer seg gjeldande i området, at Suldal også av denne grunn har innført '0-grenseregelen' for ellers konsesjonsfri eiedom som har vore nytta som heilårsbustad, og til at klagar sjølv har villa ha eiedomen vurdert etter '0-grenseregelen'. På denne bakgrunn gjorde Fylkeslandbruksstyret vedtak om å la [klageren] få oppfylle buplikta som om saka skulle gjelde denne regelen.

... Slik Fylkesmannen har forstått Fylkeslandbruksstyret, er det gjort ei grundig vurdering av dei motstridande interessene i saka. [Klagerens] no fremsette ønske og tolking om å få den upersonlege buplikta avgrensa til berre å gjelde for 5 år, saknar reelt grunnlag i drøftinga og behandlninga av saka for Fylkeslandbruksstyret».

Klageren brakte saken inn for ombudsmannen. Han stilte spørsmål ved om fylkeslandbruksstyret hadde adgang til å pålegge ham «et skjerpene konsesjonsvilkår som tilsier evigvarende boplikt på en eiendom som kommunen i opprinnelig konsesjons-sak behandlet som en landbrukseiendom og der varigheten av boplikten var ment å være 5 år».

Klagen ble fremsatt for ombudsmannen mer enn ett år etter fylkeslandbruksstyrets vedtak i februar 2007, og vedtaket var dermed i utgangspunktet foreldet for behandling. Ettersom vedtaket først ble begrunnet i april 2007, ble det likevel funnet grunn til å

undersøke saken, jf. lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen 22. juni 1962 nr. 8 § 6 tredje ledd.

I brev til fylkeslandbruksstyret ble det stilt spørsmål om fylkeslandbruksstyret mente at konsesjonsvedtaket fra 2004 anga bopliktens lengde, om formuleringen om bopliktens lengde i vedtaket fra februar 2007 innebar en skjerping av vilkåret om boplikt i forhold til utformingen i konsesjonsvedtaket, samt om fylkeslandbruksstyrets formulering i vedtaket i realiteten innebar en fastsetting av vilkår etter konsesjonsloven § 11 første punktum. Det ble videre bedt om en redegjørelse for om fylkeslandbruksstyrets adgang som klageorgan i saker etter § 11 annet punktum var begrenset til lemping av konsesjonsvilkår, eller om det også var adgang til å skjerpe vilkårene eller sette nye. Fylkeslandbruksstyret ble også spurt om konsesjonsvedtaket fra 2004 i realiteten ble (delvis) omgjort ved formuleringen om bopliktens lengde i vedtaket fra februar 2007, og om det i så fall var klagerett på fylkeslandbruksstyrets vedtak. Avslutningsvis ble det bedt om en redegjørelse for om e-postene fra klageren til fylkesmannen kunne anses som en begjæring om omgjøring av vedtaket.

Suldal kommune opplyste i brev hit at forskrift 16. mars 1984 om nedsatt konsesjonsgrense i Suldal etter søknad ble opphevet 12. juni 2008 av Statens landbruksforvaltning.

Fylkesmannen uttalte at det måtte legges til grunn «at boplikten på omsøkte landbrukseiendom klart var ment å skulle være av 5 års varighet som standardmessig settes». Det fremgikk videre at «[b]åde Fylkesmannen og Fylkeslandbruksstyret oppfattet at klagers hovedanliggende i saken var å slippe og selv å bosette seg på eiendommen», og at han «fikk det i så måte som vi trodde han ønsket ved Fylkeslandbruksstyrets vedtak 15.02.2007 da Fylkeslandbruksstyret hadde '0-grenseregelens' innhold for øye for sitt vedtak om boplikten». Ifølge fylkesmannen var dette «antagelig grunnen til at det i dette møtet ikke ble gitt noen videre begrunnelse fra politikerne som framsatte forslaget om å ta klagen til følge». Etter fylkesmannens syn kunne vedtaket «vanskelig betraktes som et skjerpene vedtak – da vurdert ut fra klagers tidligere anførsler over lengre tid, og som lagt til grunn av Fylkeslandbruksstyret», da «[p]ersonlig boplikt var det klager ville unngå». Fylkesmannen var fullt klar over begrensningen i forvaltningsloven § 34 tredje ledd, men hadde «ingen grunn til å tro at vedtaket, slik det ble endret, skulle bli oppfattet som tyngende av klager». Fylkesmannen mente videre at vedtaket 15. februar 2007 etter fvl. § 28 tredje ledd ikke kunne påklages videre, og at en etterfølgende begrunnelse ikke endret på det. Til spørsmålet om henvendelsene fra klageren kunne anses som begjæring om omgjøring, svarte fylkesmannen at «klager har fått en meget grundig behandling».

Klageren hadde merknader til fylkesmannens svarbrev. Det ble bl.a. opplyst at bakgrunnen for ønsket om upersonlig boplikt var «kun for å ha fleksibilitet dersom det i arbeidssituasjon eller privat skulle oppstå behov som gjør at jeg i perioder ikke kan oppholde meg så mye på eiendommen». Han mente henvendelsene til fylkesmannen «helt klart» viste at han betraktet fylkeslandbruksstyrets vedtak som skjerpene. Klageren skrev videre at han «hele tiden [hadde] ment at eiendommen med sitt svært beskjedne resursgrunnlag ikke kunne betraktes som en landbrukseiendom».

Fylkeslandbruksstyret kom ikke med ytterligere merknader i saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Denne saken gjelder fylkeslandbruksstyrets vedtak 15. februar 2007, og fylkeslandbruksstyrets behandling av søknad om lemping av konsesjonsvilkår om personlig boplikt. Undersøkelsene herfra har ikke omfattet kommunens konsesjonsvedtak 2. juni 2004. Det er derfor ikke grunnlag for å vurdere gyldigheten av de vilkår kommunen der stilte for konsesjonen, herunder klagerens anførsel om at den aktuelle eiendommen ikke var en landbrukseiendom på vedtakstidspunktet selv om den var på over 100 dekar. Det fremstår som noe uklart hva som var det rettslige grunnlaget for kommunens vilkår i konsesjonsvedtaket 2. juni 2004; om det var konsl. § 11 eller kommunens forskrift etter konsesjonsloven (vedtatt 16. mars 1984). Fylkeslandbruksstyret la i vedtaket 1. september 2005 til grunn at «denne saka rettsleg blir å vurdere etter § 11 i konsesjonslova», og det er også lagt til grunn for denne uttalelsen.

2. Fylkeslandbruksstyret ga i vedtaket 15. februar 2007 «samtykke til lemping» av vilkåret om personlig boplikt jf. konsl. § 11, og vedtok at boplikten var upersonlig «i den tid han eig omsøkte eiendom».

Konsesjonsloven § 11 lyder:

«Konsesjon etter loven kan gis på slike vilkår som i hvert enkelt tilfelle finnes påkrevd av hensyn til de formål loven skal fremme. Det kan lempes på vilkårene etter søknad.»

I svarbrevet 26. august 2008 la fylkesmannen til grunn at vilkåret om boplikt i konsesjonsvedtaket 2. juni 2004 var ment å skulle være av 5 års varighet. Dette synes ikke å være bestridt av klageren, og legges dermed til grunn for den videre vurdering.

Klageren har anført at fylkeslandbruksstyrets vedtak innebar en skjerpelse av vilkåret om boplikt, og ikke en lemping slik omsøkt. I fylkeslandbruksstyrets etterfølgende begrunnelse fra april 2007 ble det ikke tatt utrykkelig stilling til dette spørsmålet. Fylkesmannen skrev imidlertid i svarbrevet 26. august 2008 at det var vanskelig å se vedtaket 15. febru-

ar 2007 «som et skjerpende vedtak», og at det ut fra sakens bakgrunn fremsto for fylkesmannen som at klageren fikk det han ønsket.

Dersom man vurderer det opprinnelige vilkåret om boplikt til å bestå av to elementer, at boplikten var personlig og at den skulle være av 5 års varighet, kan fylkeslandbruksstyrets vedtak sies å ha medført både en lemping (til upersonlig) og en skjerpelse (til ut-eitiden) av vilkåret. Om dette samlet sett innebar en skjerpelse av vilkåret, er vanskelig å vurdere rent objektivt. Jeg har imidlertid ikke funnet grunn til å ta stilling til dette spørsmålet. Vilkåret i konsesjonsvedtaket 2. juni 2004 endret ved fylkeslandbruksstyrets vedtak slik karakter, at det er å betrakte som et *nytt* vilkår. Jeg kan vanskelig se at fylkeslandbruksstyret etter konsl. § 11 hadde adgang til å vedta et nytt vilkår etter konsl. § 11 første punktum, da fylkeslandbruksstyret hadde til behandling en klage over avslag på *lemping* etter bestemmelsens annet punktum på et tidligere gitt konsesjonsvilkår. Et mulig rettslig grunnlag for å vedta et nytt vilkår kunne imidlertid ha vært fvl. § 35 tredje ledd. Fylkesmannen svarte i brev 26. august 2008 ikke eksplisitt på spørsmålet herfra om vedtaket 15. februar 2007 i realiteten var et omgjøringsvedtak, men presiserte at fylkeslandbruksstyret traff «avgjørelse i klagesak som klageinstans». Jeg kan uansett ikke se at melding om overprøving ble sendt i tråd med § 35 tredje ledd.

Når forvaltningen har gått utenfor det den materielt sett har adgang til, foreligger det normalt en feil som fører til at vedtaket blir ugyldig. Dette gjelder særlig når en ugyldighet er til gunst for klageren.

3. En gjennomgang av saken etterlater «begrunnet tvil» om forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10. Jeg må derfor be fylkeslandbruksstyret vurdere saken på nytt.

Det bes om at fylkeslandbruksstyret tar stilling til om vedtaket 15. februar 2007 er ugyldig, jf. mine merknader i pkt. 2. Kommer fylkeslandbruksstyret til at vedtaket er ugyldig, bes det om at kommunens vedtak 13. desember 2006 klagebehandles på nytt. Jeg ber i så fall om at fylkeslandbruksstyret vurderer betydningen av at kommunens nullkonsesjonsforskrift er opphevet, samt at eiendommen etter det opplyste nå er på under 100 dekar.

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

Etter ombudsmannens uttalelse behandlet Fylkeslandbruksstyret i Rogaland saken på nytt, og opphevet på møte 17. desember 2009 vedtaket 15. februar 2007 som ugyldig. Saken ble samtidig sendt tilbake til Suldal kommune for en klagebehandling av kommunens vedtak 13. desember 2006.

## Utdanning og studiefinansiering

### 48.

#### **Skoleskyss – vurderingen av hva som er akseptabel tidsbruk for grunnskoleelev**

(Sak 2008/2292)

*Saken gjaldt Fylkesmannen i Hordalands tolkning av opplæringslova § 7-1 om retten til gratis skoleskyss, og spørsmålet om det ved vurderingen av hva som er akseptabel tidsbruk for en grunnskoleelevs skoleskyss, skal tas utgangspunkt i elevens eller skolens sluttid. I saken var skolens sluttid lagt til grunn, noe som førte til lang ventetid for de yngste elevene, herunder for klagerens sønn.*

*Ombudsmannen kom til at det var elevens sluttid som skulle legges til grunn som utgangspunkt ved vurderingen av akseptabel tidsbruk, ikke skolens sluttid. Elevens alder ble pekt på som et forhold som virker inn på hva som må aksepteres av total ventetid og reisetid, der de eldste elevene må tåle lengre ventetid enn de yngste. Den lovpålagte tilsynsordningen ved ventetid etter lovens § 7-4 kunne ikke medføre at det må aksepteres lengre ventetid på skolen. Det ble pekt på at retten til gratis skoleskyss til en viss grad må veies mot hensynet til forsvarlig økonomisk forvaltning av lokalsamfunnets midler.*

A (klageren) søkte i 2007 kommunen om gratis skoleskyss to dager i uken for skoleåret 2007/2008 for sin sønn B som da gikk i 5. klasse. Familien bodde mer enn fire km fra skolen, og B hadde dermed rett til gratis skoleskyss. B ble henvist til den kollektive transporten som var satt opp for skolens elever, i samkjøring med en annen skole i distriktet, etter skolens siste time for dagen. A mente det var urimelig at de yngre elevene to dager i uken måtte vente på at de eldste elevene hadde fullført sin skoledag.

Kommunen avsto søknaden. Det ble vist til at elevene ved skolen tidligere år ble gitt «midtskyss», i Hordaland fylkeskommunes skoleskyssreglement definert som «skyss midt på dagen og utanom skolen si vanlege skolestart og slutt», men at kommunen ikke lenger ville dekke kostnadene til ordningen. Kommunen anså vedtaket for å være i tråd med gjeldende regelverk, slik at den tidligere ordningen bare var et ekstratilbud.

Avslaget ble påklaget. Det ble blant annet vist til elevens samlede ventetid før og etter skoletid de to aktuelle dagene (70 minutter og 115 minutter), som ble holdt opp mot normen som A mente var angitt som akseptabel tid i NOU 1995:18; 60 minutter for en elev i 5. til 7. klasse. Videre mente klageren at det som sto i «Skysshåndbok for Hordaland fylkeskommune» om «midtskyss», var basert på et feilsitat fra

rundskriv N-1/90. Klageren mente også at det var uten logikk at de yngste elevene, på en skole med 10 årstrinn, skulle bli tvunget til å følge samme skoleskyssrute som de eldste elevene.

Fylkesmannen i Hordaland stadfestet kommunens avslag og uttalte bl.a.:

«Denne saken gjelder klage på søknad om såkalt «midtskyss» som er beskrevet i rundskriv N-1/90 som «skyss mellom skole og heim midt på dagen og utanom vanleg tid for skolestart og slutt». Etter opplæringsloven § 7-1 første ledd første punktum, har eleven rett til gratis skoleskyss, og dette har kommunen innvilget. Spørsmålet kommunen og klager er uenige om, er om eleven har rett til skyss utenom skolens start- og sluttid. Fylkesmannen i Hordaland viser til brev fra Utdannings- og forskningsdepartementet, sendt til Fylkesmannen i Rogaland og datert 16.02.04.»

Det fremgikk i brevet fra departementet:

«Det er ikke fastsatt noe sted at elever i grunnskolen har rett til «midtskyss» slik dette er definert i N-1/90. Rundskrivet var utarbeidet som veiledning til tidligere lovgivning. Ved vedtakelse av ny opplæringslov, er det opplæringslovens regler om skyss som gjelder. Det er verdt å merke seg at opplæringsloven ikke bruker begrepet «midtskyss». Begrepet har intet selvstendig juridisk innhold, men er kun en beskrivelse av en skyss som foregår enten midt på dagen eller utenom vanlig tid for skolestart og skoleslutt. En bør derfor utvise forsiktighet ved bruken av begrepet. Vi viser til reglene om skyss i opplæringsloven kapittel 7 og til opplæringsloven § 13-4 om ansvar for skoleskyssen. Lovens § 7-4 legger til grunn at det kan være ventetid før undervisningen tar til og etter at undervisningen er slutt. Departementet har gitt forskrifter om rammer for daglig skoletid, jf. forskrift til opplæringsloven § 1-5. Det er den enkelte kommune som tar avgjørelse med tanke på start- og sluttider. Det fremgår ikke av loven når og hvordan skoleskyssen skal organiseres. Heller ikke lovens forarbeider inneholder vurderinger om tidspunktet for avreise. Det er imidlertid i forarbeidene lagt vekt på at det skal være minst mulig ventetid før og etter skoletid. Det går frem av forarbeidene at lengden på ventetiden ikke bør lovreguleres. Vurderingen av hvor lang ventetid som kan aksepteres, bør være knyttet til den totale lengden på reisetiden.»

Avslutningsvis i stadfestelsesvedtaket uttalte fylkesmannen:

«Departementet har også uttalt at tidspunktet for rett til ordinær skyss bør beregnes fra det tidspunkt skolens ordinære sluttid inntreffer».

Klageren brakte saken inn for ombudsmannen. Fylkesmannen ble tilskrevet herfra, og det siteres fra brevet:

#### «1. «Midtskyss»

Saken oppfattes å gjelde spørsmålet om hvor lang ventetid som skal aksepteres fra elevens skoleslutt til avreise fra skolen.

Fylkesmannen har omtalt saken som en søknad om «midtskyss» og synes å legge avgjørende vekt på en uttalelse fra Utdannings- og forskningsdepartementet om at det ikke er fastsatt noe sted at elevene har rett til «midtskyss».

Det bes opplyst hvorfor saken er behandlet som en sak om «midtskyss».

#### 2. Hjemmelsgrunnlaget og vurderingstemaet

Saken fremstår som behandlet etter opplæringsloven § 7-1. Det bes opplyst hva som etter fylkesmannens mening er vurderingstemaet etter den bestemmelsen i forhold til denne saken.

Videre bes det redegjort for betydningen av fylkeskommunens skyssreglement. Det bes opplyst hva som er de relevante retningslinjene fra Kunnskapsdepartementet og Utdanningsdirektoratet, og disse bes vedlagt.

#### 3. Utgangspunktet for vurderingen av ventetid

Det bes redegjort for hvilket sluttidspunkt fylkesmannen mener det skal tas utgangspunkt i ved beregningen av akseptabel ventetid; sluttidspunktet for klassen til den enkelte elev, flertallet av skolens elever, eller for skolens siste time?

Videre bes opplyst om det kan gjøres forskjell på de yngre og de eldre elevene, slik klageren har anført. Fylkesmannen bes også om å kommentere betydningen av at det her gjelder en kombinert barne- og ungdomsskole.

#### 4. Tilsyn i ventetiden

I kommunens vedtak 20. september 2007 ble det lagt til rette for tilsyn ved ventetid. Det går også frem av skysshåndboken at det ved vurderingen av ventetiden i søknader om skoleskyss blant annet kan legges vekt på «kvar eleven må vente», jf. punkt 10.3.

Ombudsmannen ber om fylkesmannens syn på hvilken betydning en slik tilsynsordning har ved vurderingen av hva som regnes for akseptabel ventetid.»

Til spørsmålet om hvorfor saken ble behandlet som en sak om «midtskyss», svarte fylkesmannen at saken var behandlet som en ordinær klagesak på skoleskyss, og dermed en sak om hvor lang ventetid elevene kan ha før og etter endt skoletid før de har krav på individuelt tilpasset skoleskyss. Fylkesmannen hadde vært i kontakt med fagdepartementet, og oppfattet departementet «dit hen at sluttid skal reknast som ordinær sluttid for skulen og ikkje for klassen».

Til spørsmålet om hva som etter fylkesmannens mening var vurderingstemaet etter opplæringsloven § 7-1 i forhold til denne saken, ble det vist til Ot.prp. nr. 46 (1997-1998) s. 85 som omhandler hva som anses som akseptabel reisetid.

Fylkesmannen uttalte at skysshåndboken som kommunen viste til i vedtaket, er en fylkeskommunal



tolkning av gjeldende skyssrettigheter, og at den i Hordaland ikke har status som forskrift.

Om utgangspunktet for vurderingen av hva som kan regnes for akseptabel ventetid, konkluderte fylkesmannen med at «ventetida skal reknast i høve til ytterpunkta skolestart og skoleslutt». Spørsmålet om betydningen av at saken gjaldt en kombinert barne- og ungdomsskole, ble ikke kommentert.

Til spørsmålet om hvilken betydning en lovpålagt tilsynsordning har ved vurderingen av hva som kan regnes som akseptabel ventetid, uttalte fylkesmannen blant annet:

«Dersom det i ventetida vert lagt opp til aktivitetar som leksehjelp eller leikeaktivitetar, vert dette vurdert som positivt i høve til elevane og akseptabel ventetid (...) Manglande organiserte aktivitetar vil kunne virka inn på vår vurdering av akseptabel ventetid».

Det ble herfra funnet grunn til å ta noen tolknings spørsmål opp med Utdanningsdirektoratet. Blant annet ble det stilt spørsmål om direktoratets tolkning av begrepet «ventetid», om man skulle legge til grunn elevens start- og sluttidspunkt eller skolens åpningstid i ventetidsvurderingen, og om betydningen av det lovpålagte tilsynets innhold.

Direktoratet svarte blant annet at deres tolkning av begrepet ventetid avviker noe fra den fylkesmannen hadde lagt til grunn. Elevens ventetid må regnes fra eleven kommer frem til skolen, uavhengig av om ankomsttid er før eller etter skolens ordinære åpningstid, og at tilsvarende vil gjelde ved ventetid før avreise.

Det ble av direktoratet lagt til grunn at Fylkesmannen i Hordaland hadde foretatt en helhetsvurdering av skyssretten i denne saken og at resultatet ikke nødvendigvis blir et annet selv om ventetiden må regnes fra opplæringen for den enkelte elev er slutt. Hovedvurderingstema for om ventetiden er forsvarlig, ble angitt å bero på en vurdering av samlet reise- og ventetid for den enkelte elev, der spørsmålet blir om samlet reise- og ventetid blir urimelig lang og byrdefull og om eleven får nok tid i hjemmet. Dette er en konkret og skjønsmessig vurdering. Det ble også vist til at forsvarlig skyss ofte vil være en funksjon mellom hensynet til den enkelte elev og en rasjonell organisering av skyssen.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Vurderingstemaet etter opplæringslova § 7-1

Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vida-regående opplæringa (opplæringslova) § 7-1 første ledd første punktum lyder slik:

«Elevar i 2.- 10. årstrinn som bur meir enn fire kilometer frå skolen har rett til gratis skyss.»

Bestemmelsen regulerer ikke nærmere hvordan denne retten skal håndheves. Det fremgår likevel indirekte, av sammenhengen med lovens øvrige bestemmelser, at skyssretten etter § 7-1 må ses i sammenheng med § 7-4 om ventetid. Det er også forutsatt i forarbeidene til opplæringslova at elever må påregne en viss ventetid under håndhevingen av retten til gratis skoleskyss.

Fylkesmannen presiserte i sitt svarbrev hit vurderingstemaet i saken slik:

«Skoleskyssen må organiserast slik at elevane får akseptabel reisetid, jf. Ot.prp. nr. 46 (1997-98) side 85. I denne vurderinga inngår, slik vi ser det, tida eleven brukar frå han forlet heimen og til han kjem til skolen og tida frå han forlet skolen og kjem til heimen med tillegg av eventuell ventetid. Dette tyder at både gangtid, eventuell ventetid og køyretid må takast med i desse vurderingane.»

I Ot.prp. nr. 46 (1997-1998) s. 85 heter det:

«Departementet understrekar at skoleskyss må organiserast slik at elevar får ei akseptabel reisetid. Særleg er det viktig å organisere skyssen for 6-åringane slik at reisetida blir så kort som mogleg. I vurderinga av akseptabel reisetid må gangtid og tid med transportmiddel sjåast i samheng.»

I Utdanningsdirektoratets rundskriv Udir-03-09 fra 28. januar 2009, «Særlege problemstillingar i samband med retten til skyss», vises det til proposisjonen, og uttales videre om hva som er akseptabel tidsbruk:

«Vurderinga av kor lang ventetid som kan akseptterast, må såleis vere knytt til den totale lengda på reisetida.

Utdanningsdirektoratet meiner på denne bakgrunn at det er den totale tida som eleven nyttar frå eleven går/reiser heimanfrå og til opplæringa tek til, og frå opplæringa er slutt og til eleven er heime om ettermiddagen, som utgjør den samla reisetida.»

Utdanningsdirektoratet har i brevet hit 30. april 2009 uttalt at siktemålet må være at samlet reise- og ventetid skal være kortest mulig, samtidig som hensynet til en rasjonell organisering av skyssen ivaretas.

Jeg anser dette som en dekkende beskrivelse av hva som er vurderingstemaet etter opplæringslova § 7-1, og slik at det ikke er hensiktsmessig å foreta en vurdering av om eleven har rett til «midtskyss», noe fylkesmannens vedtak kunne gi inntrykk av at ble gjort.

## 2. Vurderingen av ventetiden

Til spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved vurderingen av akseptabel ventetid, uttalte fylkesmannen følgende:

«I denne saka vil ventetida i hovudsak knytta seg til når avreise før og etter undervisningstida skjer. Korkje Oppl.l. eller forarbeida har vurderingar om tidspunkt for avreise. Spørsmålet vert då kva som ligg i omgrepet «undervisningstida».

(...)

Fylkesmannen i Hordaland har uttalt seg om delar av denne problemstillinga i brev av 08.01.02. Her står det mellom anna at kommune og fylkeskommune må ha ein dialog om organiseringa av skyss og skole. Det står samstundes at det må leggjast vekt på at elevane «får tilstrekkelig fritid og tid hjemme». Etter dette kan ein ikkje sjå vekk frå det forhold at elevar sluttar på ulik tid på ein og same skole, og at dei difor har ulik ventetid. Samstundes har opplæringslova ikkje eit forbod mot at elevar skal kunna venta på skyss. Ut over rettsreglane i opplæringslova kan dette ha ei samferdselspolitisk side mot at det kan ha ein stor kostnad dersom det må setjast opp skyss (buss/drosje) meir enn ein gong pr dag. Dei stadene det går rutebuss (ofte) er skyss ikkje noko problem.

Dersom dette vert halde opp mot det kommunen har kalla for «midtskyss», så har Fylkesmannen vurdert det slik at ein slik type skyss ikkje er lovfesta som ei generell ordning og dermed heller ikkje er ein ubetinga rett for elevane å få skyss ved si sluttid. Kommunen har gitt slik skyss, men er etter opplæringslova ikkje forplikta til å halda fram med det som ei generell ordning. Når dette ikkje er ein lovfesta rett, står vi att med at kommunen er forplikta til å gi skyss til skolen når undervisningstida begynner og frå skolen når undervisningstida sluttar. Undervisningstida vert slik vi ser det, det same som opningstida til skolen. Dersom eleven er ferdig før undervisningstida sluttar skal eleven ha tilsyn. Dette er logisk og gir meining til Oppl.l. § 7-4. Geir Helgeland skriv i Opplæringslova med kommentarar 2. utgåve at retten til tilsyn gjeld alle elevar og at «tilsynsplikten gjelder først og fremst når elevane på grunn av skoleskyssen må vente på skoleområdet før og etter skoletid».

Dersom eleven skal ha skyss frå det tidspunkt han er ferdig med sin siste time, er det ikkje trong for å ha Oppl.l. § 7-4 fordi elevane ikkje får ventetid. Ut frå dette har Fylkesmannen halde seg til tolkinga slik at ventetida skal reknast i høve til yterpunktta skolestart og skoleslutt. Dette er den generelle vurderinga.»

Utdanningsdirektoratet uttalte i brevet hit 30. april 2009 at det var uenig i fylkesmannens tolkning:

«Elevens ventetid regnes fra eleven kommer frem til skolen, uavhengig av om ankomsttid er før eller etter skolens ordinære åpningstid. Tilsvarende vil det gjelde ved ventetid før avreise, ventetiden starter fra elevens opplæring er slutt, uavhengig av skolens ordinære åpningstid.

Utdanningsdirektoratets tolkning avviker noe fra den vurderingen Fylkesmannen i Hordaland har hatt i sin redegjørelse for Sivilombudsmannen, der det blir lagt til grunn at dersom en skole har flere sluttider, regnes ordinær skoleskyss med utgangspunkt i siste sluttid. Utdanningsdirektoratet vil imidlertid understreke at Fylkesmannen i Hordaland har rett i at det ikke eksisterer en såkalt «midtskyssordning», som gir elevene en ubetinget rett til skyss hjem etter at opplæringstiden er slutt.»

Ordlyden i § 7-4 annet punktum sier at elevene har rett til nødvendig tilsyn «når det blir ventetid før undervisningstida tek til og etter at undervisningstida er slutt». Ot.prp. nr. 46 (1997-1998) s. 177 uttaler om bestemmelsen at den «gjeld i hovudsak tilsyn mens eleven ventar på skoleområdet før og etter skoletid». Ordlyden sammenholdt med forarbeidene tilsier etter min mening at det med «undervisningstida» menes det tidspunktet da den enkelte elev slutter. Jeg er derfor enig i Utdanningsdirektoratets tolkning.

Det kan hende at skolens sluttidspunkt, som tidspunkt for avreise i et konkret tilfelle/på en konkret skole, utgjør en forsvarlig ordning for alle elevene på skolen. Dette må imidlertid komme som et resultat av en vurdering av om tidsbruken til de berørte elevene anses akseptabel, og ikke som et resultat av at en generell tolkning av bestemmelsen tilsier at det er skolens sluttidspunkt som utgjør tidspunktet for når grunnskoleelever har rett til skyss hjem etter endt skoledag. Oppstilling av en slik generell regel reduserer rettighetens karakter av å være en individuell rettighet for den enkelte elev. Ved å si på generelt grunnlag at man ikke har rett til individuelt tilpasset skoleskyss etter endt skoledag, og at det er skolens sluttidspunkt som gjelder som utgangspunkt for vurderingen av ventetid, har man i realiteten laget en regel som sier at eleven har krav på skoleskyss i akseptabel tid etter skolens, ikke ens egen, sluttid. Således har man indirekte laget en regel om at man ikke har krav på skyss i tidspunktet mellom den enkeltes sluttidspunkt og skolens sluttidspunkt. Uansett hva man velger å kalle det, minner dette om en regel lik den som tidligere er omtalt som «midtskyss», og som departementet flere ganger, og også fylkesmannen, har uttalt at er et begrep uten selvstendig juridisk betydning.

Med et slikt utgangspunkt som skissert ovenfor, trenger man for øvrig ikke ta stilling til hvordan regelen skal være ved kombinerte barne- og ungdomsskoler, noe som har vært diskutert i denne saken.

Fylkesmannen har også uttalt at «[d]ersom eleven skal ha skyss frå det tidspunkt han er ferdig med sin siste time, er det ikkje trong for å ha Oppl.l § 7-4». Jeg vil presisere at det ikke er snakk om å tolke § 7-1 slik at man har rett på individuelt tilpasset skyss

umiddelbart etter endt skoledag. Som nevnt, forutsettes det en viss ventetid.

I rundskriv N-4/85, departementets veiledning om tidsbruk knyttet til reise- og ventetid ved skyss, var det gitt retningslinjer med minuttangivelser av hva som var akseptabel tid underveis (reisetid + gangtid + ventetid en vei). Rundskrivet var utarbeidet med hjemmel i grunnskoleloven, og Utdanningsdirektoratet har i flere sammenhenger påpekt at rundskrivet bortfalt ved ikrafttredelsen av opplæringslova, blant annet i rundskriv Udir-3-2009, hvor det uttales:

«Det blir av og til vist til rundskriv N-4/85 fra Samferdselsdepartementet, og særskilt til det som gjeld maksimumsgrenser for samla gang-, reise-, og ventetid for elevane med tilvising til den oppheva grunnskolelova § 4, samt rundskriv N-1/90 om «midtskyss». Disse rundskriva gjeld ikkje lengre. Det er opplæringslova med forskrifter og forarbeid som må leggjast til grunn for tolkinga av regelverket.»

Jeg er enig med direktoratet i at det er opplæringslova med forarbeider som må legges til grunn ved tolkningen av regelverket, og at tidsangivelsene i rundskriv N-4/85 ikke lenger er anvendelige. Det må foretas en slik konkret og individuell vurdering som forarbeidene gir anvisning på, av tid med transportmiddel, gangtid og ventetid. Forslaget i NOU 1995:18 om å lovregulere lengden på ventetiden ble ikke fulgt opp, nettopp for å kunne foreta en vurdering av den totale tidsbruken for den enkelte elev.

I vurderingen av hvor lang ventetid som kan aksepteres, må man se den konkrete ventetiden i sammenheng med reisetiden. Det går frem både av rundskrivet Udir-3-09 og Ot.prp. nr. 46 (1997-1998) at vurderingen av hvor lang ventetid som kan aksepteres, er knyttet til lengden på reisetiden. Direktoratet uttalte i brevet 30. april 2009 at dette må forstås slik at «jo lengre reisetiden er, jo mindre ventetid kan aksepteres – og omvendt», likevel slik at «[s]iktemålet må være at samlet reise- og ventetid skal være kortest mulig, samtidig som hensynet til en rasjonell organisering av skyssen ivaretas».

Jeg konkluderer med at Fylkesmannen i Hordaland i svaret hit har gitt uttrykk for en riktig forståelse av hva som er vurderingstemaet etter opplæringslova § 7-1. Det er imidlertid lagt til grunn en feil forståelse av hvordan ventetiden skal beregnes, når det ses hen til start og slutt for skolens undervisningstid og ikke den enkelte elevs undervisningstid.

### 3. *Forhold som virker inn på hva som må aksepteres av total vente- og reisetid*

Forhold som elevens alder, ordningen med tilsyn i ventetiden og kommunens ressurser, vil bli kommentert her.

Når det gjelder elevens alder, nøyer jeg meg med å si at det må legges vekt på elevens alder, der de eldste elevene må akseptere lenger ventetid enn de yngste.

Til spørsmålet om betydningen av den lovpålagte tilsynsordningen i opplæringslova § 7-4 annet ledd ved vurderingen av hva som regnes som akseptabel ventetid, uttalte fylkesmannen at leksehjelp og andre lekeaktiviteter ble vurdert som positivt i vurderingen av akseptabel ventetid, og at manglende organiserte aktiviteter vil kunne virke inn på vurderingen. Også direktoratet har fremholdt at det ikke kan utelukkes at tilsynets innhold kan ha betydning for om ventetiden er forsvarlig, men at denne vurderingen må ha underordnet betydning.

Hensynet bak ønsket om rask transport til og fra skolen er at eleven skal få tilstrekkelig fritid og tilstrekkelig tid hjemme. Det er selvfølgelig ønskelig at tilsynet skal være velfungerende og ha et meningsfylt innhold. Jeg kan imidlertid vanskelig se at dette kan medføre at det må aksepteres lenger ventetid på skolen, da innholdet i tilsynet ikke virker inn på hensynet bak ønsket om akseptabel tidsbruk og forsvarlig og rask transport.

Opplæringslovens bestemmelse om skoleskyss innebærer, som nevnt, en individuell rettighet for den enkelte elev. Loven må derfor tolkes med utgangspunkt i at hver enkelt elev har krav på de rettigheter loven oppstiller, uavhengig av den enkelte kommunes ressurser. Det er etter ordlyden ikke snakk om en fordeling av et gode eller en viss sum penger som er satt av til skoleskyss i den enkelte kommune. Den enkeltes rettighet må avgjøres etter en konkret vurdering.

Det er i forarbeidene, fra departementets side i flere brev til fylkesmennene, og senest fra direktoratet i rundskriv Udir-3-2009, likevel gitt uttrykk for at økonomiske hensyn også må tas med i vurderingen av håndheving av skyssretten.

I NOU 1995:18 punkt 26.1 sies det:

«Skyss og innlosjering er ofte kostbart. På den annen side er det viktig at elevene kan komme seg raskt og trygt til og fra opplæringen. I motsatt fall vil prinsippet om lik rett til utdanning fort komme i fare. Men det oppstår jevnlig konflikter i dette spenningsfeltet mellom økonomi og individuelle behov.»

Rundskriv Udir-3-2009 omtaler ressurs hensyn slik:

«Det er flere omsyn å ta når ein skal vurdere kva som er forsvarleg reisetid. Eit relevant omsyn er at barn får tilstrekkeleg fritid og tilstrekkeleg tid i heimen. Dette talar for å avgrense reisetida. Eit anna omsyn er effektiv og rasjonell organisering av skyssen. Kva som er akseptabel reisetid må derfor avgjerast etter ei konkret vurdering.»

Fylkesmannen i Hordaland uttalte i brevet hit 30. januar 2009:

«Etter dette kan ein ikkje sjå vekk frå det forhold at elevar sluttar på ulik tid på ein og same skole, og at dei derfor har ulik ventetid. Samtundes har opplæringslova ikkje eit forbod mot at elevar skal kunne venta på skyss. Ut over rettsreglane i opplæringslova kan dette ha ei samferdselspolitisk side mot at det kan ha ein stor kostnad dersom det må setjast opp skyss (buss/drosje) meir enn ein gong pr dag.»

Utdanningsdirektoratet har i brev 30. april 2009 hit oppsummert retten til skoleskyss slik:

«Til sist vil Utdanningsdirektoratet vise til at forsvarlig skyss ofte vil være en funksjon mellom hensynet til den enkelte elev og en rasjonell organisering av skyssen. I landets ulike regioner er det ulik geografi, bosetting, samferdsel og skolestruktur. Hva som er forsvarlig skyss må avgjøres etter en avveining av alle de foreliggende hensyn, noe som kan gi forskjellig utslag i forhold til den enkelte elev og i den enkelte region. Dette innebærer at det vil kunne være vanskelig å lage sentrale retningslinjer med fastsatte bestemmelser om reisetid og ventetid, samtidig som hensynet til de enkelte regionene og en rasjonell skyssordning blir ivaretatt. Lovgiver har således valgt å lage til dels eksplisitte vilkår for å få rett til skoleskyss, mens reglene for gjennomføring og organisering av skyssen er fleksible og skjønnsmessige.»

Jeg er enig i at retten til gratis skoleskyss etter opplæringslova § 7-1 ikke kan tolkes isolert, men må veies mot hensynet til forsvarlig økonomisk forvaltning av lokalsamfunnets midler. Likevel må det, ved avgrensningen mot den minimumsstandard loven må sies å oppstille for skyssretten, utvises forsiktighet med å legge for mye vekt på økonomiske hensyn, slik at rettigheten mister preg av å være individuell.

#### 4. Konklusjon

Jeg har etter dette kommet til at fylkesmannen har lagt til grunn en uriktig forståelse av hvordan ventetiden skal beregnes ved vurderingen av skyssretten etter opplæringslova § 7-1.

Saken gjelder en søknad om skyss for skoleåret 2007-2008, og det er derfor ikke grunn for meg til å be om at saken behandles på nytt. Jeg ber likevel om at det jeg her har gitt uttrykk for, blir lagt til grunn i fremtidige saker om skoleskyss.»

Fylkesmannen i Hordaland omtalte saken på sin hjemmeside og sendte brev til Hordaland fylkeskommune og alle fylkets kommuner med omtale av uttalen og påpeking av de presiseringer som der ble gjort av regelverket.

#### 49.

#### **Skoleskyssgodtgjørelse – forskjellsbehandling av grunnskoleelever og elever i videregående skole**

(Sak 2008/2750)

*Fylkeskommunen hadde innvilget vesentlig mer i skyssgodtgjørelse til en grunnskoleelev enn en elev i videregående, til tross for at det gjaldt samme skyssmiddel (båt) og at strekningen var kortest i grunnskoleelevens sak. Forskjellsbehandlingen ble begrunnet med at grunnskoleeleven etter loven hadde rett til gratis skyss, mens eleven i videregående skole hadde rett til gratis skyss eller full skyssgodtgjørelse, som i en tilhørende forskrift var satt til en takst lavere enn det som ble antatt å være de reelle utgiftene ved elevtransporten. Fylkeskommunen mente at lovgiver på denne måten hadde lagt opp til en forskjellsbehandling av elevene.*

*Ombudsmannen mente at fylkeskommunen hadde lagt til grunn en uriktig forståelse av skyssbestemmelsene i opplæringslova og forskrift til opplæringslova. Skyssgodtgjørelse for skyss av elever skal dekke de samme kostnader uavhengig om eleven er i grunnskolen eller i den videregående skolen. Da fylkeskommunen ikke hadde vist til noe annet grunnlag for forskjellsbehandlingen enn at elevene var på forskjellige trinn, kom ombudsmannen til at det forelå usaklig forskjellsbehandling og ba om at saken ble behandlet på nytt. Kunnskapsdepartementet ble bedt om å vurdere om forskriftsreguleringen er tilfredsstillende i forhold til lovens ordlyd om «full skyssgodtgjørelse».*

A var skoleåret 2008/2009 elev i 3. klasse på videregående skole og bosatt på øya X i nabokommunen. For å komme til og fra skolen måtte hun reise ca. 2 km t/r med båt fra X til Y, og 8 km t/r med bil fra Y til Z, hvorfra det gikk skolebuss t/r.

For skoleåret 2008/2009 søkte A om fri skoleskyss fra Z til skolen t/r, og om skyssgodtgjørelse for bruk av eget skyssmiddel fra X til Z t/r. Fylkeskommunen innvilget søknaden med kr 18 per skyssdag.

For samme tidsrom ble C, elev i 2. klasse i en grunnskole på fastlandet og bosatt på en øy i nærheten av A, innvilget skyssgodtgjørelse med kr 200 per skyssdag for bruk av egen båt fra bostedet til fastlandet, hvorfra skolebussen gikk t/r. Vedtaket var en videreføring av avtalen om skoleskyssgodtgjørelse for C for skoleåret 2007/2008.

B påklaget vedtaket på vegne av A. Grunnlaget var at C hadde fått vesentlig mer i skyssgodtgjørelse enn A, til tross for at strekningen skyssgodtgjørelsen gjaldt, var kortere i Cs sak enn i As. Det ble også bedt om en gjennomgang av tidligere års vedtak, for å se om disse var truffet med grunnlag i feil sats, og om det var begått saksbehandlingsfeil i form av man-

glende opplysning om klagerett, jf. forvaltningsloven § 27 tredje ledd.

På bakgrunn av klagen, oppjusterte fylkeskommunen skyssgodtgjørelsen til kr 34,40 per skyssdag. Vedtaket ble igjen påklaget, under henvisning til Cs sak, og det ble bedt om en redegjørelse for hvorfor det i Cs sak var innvilget kr 200 per skyssdag.

Fylkeskommunen opprettholdt vedtaket, redegjorde for utmålingen av As skyssgodtgjørelse, og kommenterte Cs sak slik:

«Her har fylkeskommunen tatt hensyn til at dette er grunnskoleskyss dvs. foreldre/barn skyss, og at eleven er avhengig av at foresatte skysser eleven med båt til/fra skolen.

I forhold til søknad fra din datter som er elev ved videregående skole, regner vi med at elever på den alderen ikke er så avhengig av foresatte for å komme frem. Strekningen det i dette tilfelle er søkt om båttransport er på ca. 2 km t/r.»

Vedtaket ble påklaget på nytt. Det ble vist til at A var innvilget skyssgodtgjørelse for bruk av bil fra Y til Z. Så lenge hun var under 18 år og ikke hadde lov til å kjøre bil selv, var hun avhengig av at foresatte fulgte med båten fra X til Y, og skyssset henne med bil derfra til Z. Det kunne derfor ikke være grunnlag for å forskjellsbehandle de to sakene med den foran siterte begrunnelsen.

Fylkeskommunens klagenemnd opprettholdt vedtaket. Det ble opplyst om at A hadde fått utbetalt skyssgodtgjørelse med grunnlag i feil sats de to foregående skoleårene, og As tilgodehavende for disse to årene ville bli utbetalt.

Klageren brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble anført at fylkeskommunen hadde forskjellsbehandlet de to sakene uten saklig grunn. Videre ble det klaget over at fylkeskommunen ikke hadde gjennomgått tidligere års vedtak for å se om det hadde vært feil i saksbehandlingen.

Fylkeskommunen ble herfra bedt om å gi en redegjørelse for hvilken betydning det hadde at forskrift 19. desember 2003 nr. 1756, som det er vist til i forskriften § 10-2 annet ledd og som fastsetter en sats på kr 1,80 per km for bruk av egen bil, var opphevet og erstattet med forskrift 4. juli 2008 nr. 788 (syketransportforskriften) som fastsetter en sats på kr 1,90 per km.

Videre ble fylkeskommunen bedt om å opplyse hvorfor ikke satsene i «Særavtale for reiser innenlands for statens regning» var benyttet ved fastsettelsen av skyssgodtgjørelse for bruk av båt i As sak, når det var disse satsene vedtaket viste til.

Det ble videre bedt om fylkeskommunens syn på rimeligheten av at det i forskriften § 10-2 var henvist til den nå opphevede forskriften som fastsetter en sats på kr 1,80 per km for bruk av egen bil, når det i den nevnte særavtalen, som antas å gi et tilskudd som

svarer til de faktiske utgiftene, er fastsatt en sats på kr 3,50 per km for bruk av egen bil.

Fylkeskommunen ble også bedt om å redegjøre for betydningen av elevens alder og klasstrinn ved fastsettelsen av skyssgodtgjørelse, og for om en la vekt på om eleven hadde rett til å føre skyssmiddelet alene. I tilfelle alder og klasstrinn hadde betydning, ble det bedt om fylkeskommunens syn på rimeligheten av dette. Det ble videre bedt opplyst om eventuelle retningslinjer for godtgjørelse til foresatte når deres medvirkning til elevens skyss er nødvendig, og retningslinjer for tilfeller hvor elevens foresatte er forhindret fra å medvirke.

I forhold til klagerens anførsel om forskjellsbehandling ble fylkeskommunen bedt om å redegjøre nærmere for uttrykket «foreldre/barn transport», og kommentere hvorvidt fylkeskommunens begrunnelse var tilstrekkelig i forhold til forvaltningsloven § 25. Det ble avslutningsvis bedt opplyst om beregningsgrunnlaget for å innvilge C skyssgodtgjørelse med kr 200 per skyssdag.

Under henvisning til at fylkeskommunen hadde erkjent feil i utbetalingen av skyssgodtgjørelse de foregående årene, ble klagerens anførsel om at fylkeskommunen ikke hadde gjennomgått tidligere års vedtak, ikke vurdert nærmere herfra.

I svaret fra fylkeskommunen ble det opplyst om at det på bakgrunn av syketransportforskriftens ikrafttredelse 1. september 2008 var vurdert å etterbetale skyssgodtgjørelse med 10 øre per km til de som høsten 2008 hadde fått utbetalt kr 1,80 per km for bruk av egen bil, ettersom det i henhold til syketransportforskriften skulle vært utbetalt kr 1,90 per km. Det ble opplyst at man likevel ikke ville gjøre dette, etter en vurdering av differansens beskjedne størrelse og arbeidet dette ville påføre fylkeskommunen.

Fylkeskommunen bemerket følgende til spørsmålet om hvorfor ikke særavtalens satser var fulgt:

«I motsetning til hva som gjelder ved skyss med egen bil er det verken i opplæringsloven eller forskrift til denne gitt noen bestemmelser om godtgjørelsens størrelse når skoleskyssen skjer ved bruk av egen båt. Fylkeskommunen har således fastsatt godtgjørelsen skjønnsmessig med utgangspunkt i de satser som følger av ovennevnte særavtale. Ved å fastsette godtgjørelsen til et beløp som overstiger godtgjørelsen fastsatt i særavtalen, er fylkeskommunen av den oppfatning at de faktiske kostnadene til båtskyssen blir dekket. Det vises her til at statens satser antas å gi et tilskudd som tilsvarende de faktiske utgiftene.»

Til spørsmålet om fylkeskommunens syn på de to regulativenes ulike satser for bruk av egen bil, svarte fylkeskommunen at den «forholder seg til forskrift i opplæringslova, § 10-2, annet ledd» og at det ikke hadde «vært aktuelt for fylkeskommunen å gi elever

i videregående skole en skyssgodtgjørelse som overstiger denne satsen».

Fylkeskommunen opplyste videre at alle elever i den videregående skole behandles likt uavhengig av om eleven kjører bilen selv eller blir kjørt av sine foresatte. Det ble også opplyst at foresatte ikke får noen form for godtgjørelse for arbeidsinnsats utover den fastsatte kilometersatsen på kr 1,90. Det hadde ennå ikke forekommet at foresatte var forhindret fra å medvirke til å skyss elever i tilfeller hvor dette var nødvendig.

Fylkeskommunen uttalte blant annet følgende om spørsmålet om forskjellsbehandling:

«Slik fylkeskommunen ser saken, har lovgiver ved å fastsette at grunnskoleelevene har rett til gratis skyss mens elevene i videregående skole har rett til gratis skyss eller full skyssgodtgjørelse, som i forskrift for bruk av bil er fastsatt lavere enn kilometersatsen inntatt i særavtalen (...), lagt opp til en forskjellsbehandling av elevene.»

Det ble presisert at sakene til C og A var forskjellsbehandlet fordi C var elev i grunnskolen og A var elev i den videregående skolen. Fylkeskommunen så at begrunnelsen som var gitt, ikke på en tilstrekkelig klar måte fikk frem dette, blant annet ved bruk av uttrykket «foreldre/barn skyss».

Om beregningsgrunnlaget for innvilgelsen av skyssgodtgjørelse med kr 200 per skyssdag til C, uttalte fylkeskommunen følgende:

«Skysstilskuddet i saker som gjelder privat båt-skyss fastsettes skjønnsmessig. Fylkeskommunen kan ikke se at det vil være mulig å ha faste retningslinjer, eksempelvis fast sats pr. kilometer. Forholdene i den enkelte sak vil kunne variere. Forhold som kan virke inn på hvilket skysstilskudd som tilbys kan eksempelvis være hvorvidt den som utfører skyssen frakter flere barn, hvorvidt personen også frakter andres barn, hvorvidt personen uansett skal bruke båten for selv å komme seg på arbeid osv.»

På bakgrunn av uttalelsene om beregningsgrunnlaget, ble fylkeskommunen i brev herfra bedt om å utdype hva som lå til grunn for Cs skyssgodtgjørelse. Det ble videre bedt opplyst om faktum i Cs og As sak var sammenlignbart når en så bort fra at C var elev i grunnskolen og A var elev i den videregående skolen.

Samme dag ble Kunnskapsdepartementet tilskrevet herfra og bedt om en vurdering av forholdet mellom forskriften § 10-2 og opplæringslova § 7-2 når det gjelder skyssgodtgjørelse for bruk av egen bil. Det ble særlig bedt om en begrunnelse for forskjellen i størrelsen mellom satsene i statens særavtale og syketransportforskriften.

Departementet svarte blant annet:

«Opplæringsloven § 7-2 gir rett på full skyssgodtgjørelse når fylkeskommunen ikke tilbyr

gratis skyss i forbindelse med videregående opplæring. Det følger av forskrift til opplæringsloven § 10-2 første ledd annet punktum at «full skyssgodtgjørelse» innebærer at de faktiske og nødvendige kostnadene blir dekket. Forståelsen av begrepet er i tråd med det som legges til grunn i Ot.prp. nr. 46 (1997-98).

Dekning av faktiske og nødvendige kostnader innebærer at det også kan bli aktuelt at fylkeskommunen må dekke utgifter til drosje eller privat bil. Dersom det benyttes privat bil har eleven etter forskrift til opplæringsloven § 10-2 andre ledd rett på å få dekket utgifter i samsvar med syketransportforskriften § 5, der satsen er kr 1,90 pr km.

Forskrift til opplæringsloven § 10-2 andre ledd andre punkt fastsetter imidlertid også at nødvendige og dokumenterte utgifter som er større enn det satsen i syketransportforskriften dekker, også skal dekkes. Forskriften viser til at dette blant annet kan gjelde bompenger og fergeutgifter. Departementet vil her understreke at forskriftens eksempler på kostnader til bruk av privat bil, utover minstesatsen, ikke er uttømmende. Satsene til dekning av utgifter til privatbil i syketransportforskriften § 5 må derfor etter departementets vurdering sees på som en minstesats i forhold til retten til «full skyssgodtgjørelse» i opplæringsloven § 7-2 og forskrift til opplæringsloven § 10-2.

Etter dette er det departementets vurdering at utgifter til drivstoff, bompenger, fergeutgifter og andre skysskostnader skal dekkes i den utstrekning utgiftene ikke blir dekket innenfor forskriftens minstesats.

Departementet vil understreke at det ved beregning av kostnader som kan kreves dekket, må avgrenses mot andre kostnader enn skysskostnader, for eksempel den arbeidsinnsatsen eleven/de foresatte utfører i forbindelse med skyssen, herunder tapt arbeidsinntekt.»

Departementet kunne ikke opplyse nærmere om beregningsgrunnlaget for satsene i syketransportforskriften og særavtalen, da det ikke hadde vært med å fastsette disse.

I fylkeskommunens svar ble det gitt følgende redegjørelse for Cs og As sak:

«C:

Skysstilskuddet på kr 200,- pr dag for C er skjønnsmessig fastsatt, og er ment til å dekke utgifter til bruk av båten og en liten godtgjørelse for frakt av eleven. Dette med bakgrunn i at dette er en grunnskoleelev som er avhengig av at andre kjører båten. Båstrekningen er på ca. 3 km t/r og båten som benyttes er på 23 fot og har 30 HK. På fastland har C 3 km til skolen og på denne strekningen blir han fraktet med ordinær skolebuss.

A:

A er innvilget kr 10,- pr km i tilskudd til bruk av båt og kr 1,90 i tilskudd til bruk av privat skyssmiddel på fastland og til oppsamlingsplass, på lik linje som andre elever i den videregående skole blir tilbudt når ikke offentlig transport er satt opp. I forhold til båttransport for elever i den videregående skole henviser vi til vårt brev av 16. mars

2009 pkt. 1.5. Båttrekningen for A er på ca. 2 km t/r og båten som benyttes er på 16 fot og har 40 HK.»

Klageren var uenig i avstanden fylkeskommunen hadde lagt til grunn i Cs tilfelle, idet han mente Cs båtreise bare var 370 meter t/r. Under henvisning til at mesteparten av skyssgodtgjørelsen C hadde fått innvilget, var ment til å dekke utgifter til bruk av båten, stilte han seg uforstående til at C ble innvilget et beløp mange ganger høyere enn det beløpet A fikk, når det var A som hadde den lengste båtreisen.

Fylkeskommunen kom med ytterligere kommentarer, men merknadene fra klageren om avstanden på båtstrekningen, ble ikke kommentert.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Spørsmålet i saken er for det første om A har fått utbetalt «full skyssgodtgjørelse» etter lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) § 7-2 og forskrift 23. juni 2006 nr. 724 til opplæringslova, § 10-2. Videre er det spørsmål om det innebærer usaklig forskjellsbehandling at A fikk innvilget mindre skyssgodtgjørelse enn C, begrunnet i at han gikk på grunnskolen mens hun var elev i den videregående skolen.

#### 1. Har A fått innvilget full skyssgodtgjørelse etter loven?

##### 1.1. Bruken av båt

Opplæringslova § 7-2 første ledd har følgende ordlyd:

«Elevar i videregående skole som bur meir enn seks kilometer frå skolen, har rett til gratis skyss eller full skyssgodtgjørelse. Når det er nødvendig, har elevar rett til gratis båttransport utan omsyn til reiselengda.»

Retten til gratis båttransport for elever i den videregående skolen medfører ikke noen plikt for fylkeskommunen til selv å besørge båttransporten. Det er tilstrekkelig at fylkeskommunen betaler full skyssgodtgjørelse mot at eleven ordner med transporten selv, jf. forskriften § 10-1.

Forskriften § 10-2 gir nærmere regler om hva som ligger i «full skyssgodtgjørelse» for skyss av elever i den videregående skolen. Dette innebærer etter første ledd annet punktum at «dei naudsynte faktiske skysskostnadane for eleven blir dekte.» Ved betaling av skyssgodtgjørelse for bruk av egen båt inneholder forskriften ingen henvisning til kilometersatser eller lignende. Her er det da i utgangspunktet de nødvendige faktiske skysskostnader som må legges til grunn.

Fylkeskommunen har i saken tatt utgangspunkt i satsene i «Særavtale for reiser innenlands for statens

regning», som de mener gir uttrykk for de faktiske utgiftene ved bruk av båt; kr 3,50 per km for bruk av båt med motor inntil 50 HK, og kr 6,50 per km for bruk av båt med motor over 50 HK. Ved å gi kr 10 per km har fylkeskommunen antatt at det er innvilget full skyssgodtgjørelse.

Jeg har isolert sett ingen rettslige innvendinger mot den satsen som er tatt i bruk i As sak, eller at fylkeskommunen har benyttet en høyere sats enn den satsen de antar gir uttrykk for de faktiske utgiftene. Jeg kommer tilbake til spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling under punkt 2.

##### 1.2. Bruken av bil

Ved dekning av skyssgodtgjørelse for bruk av egen bil, er det i forskriften § 10-2 annet ledd vist til satsene i forskrift 19. desember 2003 nr. 1756 som fastsetter en sats på kr 1,80 per km. Denne forskriften er opphevet og erstattet av forskrift 4. juli 2008 nr. 788 (syketransportforskriften) § 5 femte ledd, som angir en sats på kr 1,90 per km.

I Kunnskapsdepartementets brev hit 23. juni 2009 ble det uttalt at § 10-2 annet ledd, som henviser til den gamle forskriften, ved en inkurie ikke ble endret ved innføringen av den nye syketransportforskriften, og at departementet vil ta initiativ for å rette opp i dette. Det er dermed satsen i syketransportforskriften § 5 femte ledd som skal legges til grunn ved beregning av full skyssgodtgjørelse etter forskriften til opplæringslova § 10-2.

I brevet herfra 14. mai 2009 til Kunnskapsdepartementet ble det stilt spørsmål om forholdet mellom forskriften § 10-2 annet ledd og opplæringslova § 7-2. Det ble særlig bedt om en begrunnelse for forskjellen i størrelsen mellom satsene i «Særavtale for reiser innenlands for statens regning» og i syketransportforskriften. Det siteres fra brevet herfra:

«I ombudsmannens årsmelding for 1997 s. 159 er det inntatt en uttalelse om dekning av utgifter til skoleskyss for elever i videregående skole. Uttalelsen ble avgitt før forskriften § 10-2 annet ledd ble gitt. Fylkeskommunenes praksis før forskriften var at elever i videregående skole som ikke hadde tilgang til offentlig rutetilbud, ble tilbudt skyssgodtgjørelse etter den satsen staten benytter når pasienter bruker egen bil i forbindelse med reise for undersøkelse og behandling. Ombudsmannen uttalte følgende om praksisen:

«Jeg kan ikke se at fylkeskommunens henvisning til de refusjonssatsene trykdeataten benytter gir overbevisende holdepunkter for at den sats fylkeskommunen har valgt kan sies å gi «full skyssgodtgjørelse» i lovens forstand. Lovbestemmelsene er forskjellige og gjelder på ulike livsområder. I den foreliggende saken må utgangspunktet for vurderingen tas i det faktum at B var henvist til å kjøre datteren dersom hun skulle ha mulighet til å gå på den aktuelle skolen. Etter min mening er det derfor best i samsvar

med lovens ordlyd og formål at både faste og variable kostnader ved bruk av egen bil i utgangspunktet dekkes, slik statens og fylkeskommunens satser for kjøregodtgjørelse for bruk av egen bil i tjenesten gjør.»

Ombudsmannen ba på denne bakgrunn departementet vurdere å gi utfyllende forskrifter om skoleskyss og skyssgodtgjørelse. Den 28. juni 1999 ble det gitt en bestemmelse om «full skyssgodtgjørelse» i forskrift til opplæringslova § 10-2 annet ledd, som trådte i kraft 1. august 1999.

For ordens skyld nevnes at uttalelsen inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2000 s. 111 gjaldt en sak fra før forskriftens ikrafttredelse, slik at saken ikke ga foranledning til å ta opp spørsmålet om forskriftens forhold til opplæringslova § 7-2.»

Departementet ble videre bedt opplyse om statens satser bare dekket variable utgifter, eller om de også er ment å dekke en forholdsmessig del av de faste utgiftene til bilhold.

I brev 23. juni 2009 svarte departementet at nødvendige og dokumenterte utgifter som er større enn det satsen i syketransportforskriften dekker, også skal dekkes, jf. forskriften § 10-2 annet ledd annet punktum. Forskriftens eksempler på kostnader til bruk av privat bil, utover minstesatsen, var ikke uttømmende. Satsen i syketransportforskriften § 5 måtte etter departementets vurdering ses på som «en minstesats» i forhold til retten til «full skyssgodtgjørelse» i opplæringsloven § 7-2 og forskrift til opplæringsloven § 10-2; utgifter til drivstoff, bompenger, fergeutgifter og andre skysskostnader skal dekkes i den utstrekning disse ikke blir dekket innenfor denne minstesatsen. Da departementet ikke kjente til beregningsgrunnlaget for statens satser, kunne det ikke svare på om disse også var ment å dekke en forholdsmessig del av de faste utgiftene til bilhold.

Forskriftens ordlyd om at også andre nødvendige kostnader kan kreves dekket, innebærer at forskriften i utgangspunktet ikke kan sies å stride mot den lovpålagte plikten til å yte «full skyssgodtgjørelse». Det kan likevel stilles spørsmål om denne løsningen på en god måte oppfyller lovbestemmelsens formål, da det i praksis må sies å være vanskelig å dokumentere enkelte nødvendige kostnader, som en forholdsmessig del av de faste utgiftene til bilhold, for eksempel en del av forsikringspremien og avskrivninger på kjøretøyet. Det må også antas at forskriftens ordlyd åpner for at det vil oppstå forskjellig praksis i fylkene, alt ettersom hvor strengt dette dokumentasjonskravet håndheves.

Selv om jeg heller ikke på dette punktet isolert sett har rettslige innvendinger til fylkeskommunens vurdering, finner jeg grunn til å be departementet vurdere om forskriftsreguleringen på dette punktet er tilfredsstillende.

## 2. Foreligger det usaklig forskjellsbehandling?

### 2.1. Innledning

Selv om A har fått full skyssgodtgjørelse etter loven, vil vedtaket kunne måtte settes til side dersom det strider mot alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, herunder forbudet mot å forskjellsbehandle borgerne på usaklig grunnlag.

I Cs sak ble det bare benyttet båt. Det er derfor i utgangspunktet bare i forhold til As båttransport det kan bli tale om forskjellsbehandling.

### 2.2. Er sakene behandlet forskjellig?

A fikk innvilget kr 10 per km for bruk av båt 2 km t/r, og kr 1,80 (høst 2008) / 1,90 (vår 2009) per km for bruk av bil 8 km t/r, til sammen kr 34,40/kr 35,20 per skyssdag. Hennes foreldre fikk ingen særskilt godtgjørelse for å frakte henne til skolebussens oppsamlingsplass.

Fylkeskommunen innvilget skyssgodtgjørelse til C med kr 200 per skyssdag. Etter fylkeskommunens uttalelse i brev 2. juli 2009 var dette tilskuddet ment å dekke «utgifter til bruk av båten og en liten godtgjørelse for frakt av eleven.» Skyssgodtgjørelsen gjaldt en strekning som ifølge fylkeskommunen utgjør 3 km t/r. I brevet 22. juli 2009 fremla klageren dokumentasjon han mente viste at denne strekningen bare var 370 meter t/r. Fylkeskommunen har ikke tilbakevist dette.

Fylkeskommunen har ikke gått nærmere inn på hvilken kilometersats den har benyttet ved fastsettelsen av skyssgodtgjørelsen, utover å nevne at den er skjønnsmessig fastsatt. Selv om man trekker fra «en liten godtgjørelse for frakt av eleven», har C fått innvilget en skyssgodtgjørelse per km for bruk av egen båt som er høyere enn As. Da det er tale om «en liten godtgjørelse», antas utgiftene til bruken av båten å utgjøre den vesentligste delen av den totale summen på skyssgodtgjørelsen (kr 200). Det antas også at disse utgiftene med dette overstiger den skyssgodtgjørelsen A ble innvilget.

For vurderingen her er det ikke nødvendig å legge til grunn et nøyaktig beløp eller en nøyaktig båtstrekning, så lenge det kan konstateres at A har fått et beløp til dekning av utgifter til transport som faktisk er lavere per km enn det C har fått dekket.

Sakene har altså blitt forskjellsbehandlet på to måter. For det første var det bare i Cs sak at det ble betalt vederlag for foresattes arbeidsinnsats. For det annet er skyssgodtgjørelsen fastsatt høyere i Cs sak enn i As.



2.3. *Skal grunnskoleelever og elever i videregående skole behandles forskjellig etter opplæringslova i spørsmål om skyss?*

Opplæringslova § 7-1 første og annet ledd lyder slik:

«Elevar i 2.–10. årstrinn som bur meir enn fire kilometer frå skolen har rett til gratis skyss. For elevar i 1. årstrinn er skyssgrensa to kilometer. Elevar som har særleg farleg eller vanskeleg skoleveg har rett til gratis skyss utan omsyn til veglengda.

Når det er nødvendig, har elevar rett til gratis båttransport utan omsyn til reiselengda.»

Reglene for elever i videregående skole er gitt i opplæringslova § 7-2 første ledd første og annet punktum, som er sitert under punkt 1.1.

Som det fremgår av § 7-1, har elever i grunnskolen som oppfyller avstandsvilkåret, en ubetinget rett til gratis skyss. Elever i den videregående skolen som oppfyller avstandsvilkåret, har rett til enten gratis skyss eller full skyssgodtgjørelse, jf. § 7-2. Det er presisert i forskriften § 10-1 at fylkeskommunen kan velge om elever i videregående skole skal få gratis skyss eller full skyssgodtgjørelse.

Forskriften § 10-2 gir nærmere regler om hva som ligger i «full skyssgodtgjørelse» for skyss av elever i den videregående skolen. Dette innebærer etter første ledd annet punktum at «dei naudsynte faktiske skysskostnadane for eleven blir dekt.»

Alternativet om å få dekket full skyssgodtgjørelse gjelder bare for elever i den videregående skolen. Det er imidlertid klart at fylkeskommunen kan overlata til grunnskoleelevens foresatte å besørge skyss mot full skyssgodtgjørelse dersom partene blir enige om det, jf. Ot.prp. nr. 46 (1997-1998) kapittel 31, merknader til § 7-1:

«Etter avtale med den som er ansvarleg for å oppfylle retten for eleven til skyss (kommunen eller fylkeskommunen), kan foreldra ordne skyssen sjølv. I slike tilfelle skal dei nødvendige, faktiske kostnadene til foreldra dekkjast.»

Fylkeskommunen har i saken tatt ordlydsforskjellen i opplæringslova §§ 7-1 og 7-2 til inntekt for at elever i videregående skole ikke har den samme skyssretten som elever i grunnskolen. Det siteres fra fylkeskommunens brev hit 16. mars 2009:

«Slik fylkeskommunen ser saken, har lovgiver ved å fastsette at grunnskoleelevene har rett til gratis skyss mens elevene i videregående skole har rett til gratis skyss eller *full skyssgodtgjørelse*, som i forskrift for bruk av bil er fastsatt lavere enn kilometersatsen inntatt i særavtalen (...), lagt opp til en forskjellsbehandling av elevene.

...

I denne saken er det åpenbart at eleven C og eleven A er blitt forskjellsbehandlet og det burde klart fremkommet at grunnen til dette var at C var grunnskoleelev og A elev i den videregående skole.»

Slik jeg forstår fylkeskommunen, legges det til grunn at §§ 7-1 og 7-2 begge regulerer to forhold; hvem som skal stå ansvarlig for gjennomføringen av transporten i henholdsvis grunnskolen og den videregående skolen, og hva som kan kreves dekket dersom foresatte skal stå for gjennomføringen av skyssen.

Ordlydsforskjellen mellom bestemmelsene må etter min mening ses i sammenheng med forskjellen i plikten til å gjennomføre transporten av elevene; mens grunnskoleelever har krav på at fylkeskommunen besørger skyssen, har ikke fylkeskommunen den samme plikten overfor elever i den videregående skolen. Fylkeskommunen har her muligheten til å overlata selve gjennomføringen av skyssen til eleven.

Forskjellen i plikten til å stå for den praktiske gjennomføringen av skyssen kan vanskelig ses å få betydning for størrelsen på godtgjørelsen. At størrelsen på skyssgodtgjørelsen må settes lik i saker i grunnskolen og i den videregående skolen, støttes av forskriften § 10-2 (om skyss i den videregående skolen) sett i sammenheng med forarbeidenes merknader til § 7-1 (om skyss i grunnskolen), om at det er de nødvendige, faktiske kostnadene som kan kreves dekket i begge tilfeller.

Fylkeskommunen har vist til at satsen for full skyssgodtgjørelse (i den videregående skolen) er fastsatt lavere enn kilometersatsen inntatt i statens særavtale (som ifølge fylkeskommunen skal benyttes i grunnskolen), og foretatt en slutning om at det også på denne bakgrunn er lagt opp til en forskjellsbehandling. Jeg kan ikke se at det noe sted er oppstilt en plikt for fylkeskommunen til å benytte satsene i statens særavtale ved utbetaling av skyssgodtgjørelse i grunnskolen. Grunnen til at det ikke finnes en egen forskrift om hva som anses som full skyssgodtgjørelse i grunnskolen, lik forskriften til opplæringslova § 10-2, må antas å være at loven ikke eksplisitt åpner for at foreldrene selv, etter avtale, kan sørge for skyssen. Hensynet til likebehandling med skyssaker i den videregående skolen tilsier at det er syketransportforskriften som skal legges til grunn, og jeg kan derfor ikke være enig i fylkeskommunens slutning om at forskjellen i satsene tilsier forskjellsbehandling av grunnskoleelever og elever i videregående skole.

Jeg har etter dette kommet til at skyssgodtgjørelsen for elever i den videregående skolen skal beregnes på samme måte som der fylkeskommunen etter avtale overlater til grunnskoleelevens foresatte å besørge skyss mot full skyssgodtgjørelse.

#### 2.4. Foreligger det saklig grunnlag for forskjellsbehandlingen?

##### *Vederlag til foresatte for arbeidsinnsats*

Som nevnt ovenfor, har opplæringslova §§ 7-1 og 7-2 lagt opp til en viss forskjellsbehandling av grunnskoleelever og elever i videregående skole, da grunnskoleelever har rett til gratis skyss, mens elever i den videregående skole kan måtte finne seg i å måtte ordne med egen skyss mot full skyssgodtgjørelse, dersom fylkeskommunen ikke vil besørge transporten.

At grunnskoleelever som blir skysses av sine foreldre, avstår fra å kreve transport besørget av fylkeskommunen, betyr ikke at grunnskoleelevens foresatte har krav på vederlag for arbeidsinnsatsen. Av forarbeidene til opplæringslova fremgår som nevnt at skyssgodtgjørelse til grunnskoleelevers foresatte bare skal dekke nødvendige faktiske skysskostnader. Vederlag for arbeidsinnsats faller utenfor det skyssgodtgjørelsen etter loven er ment å dekke. Dette fremgår også av Kunnskapsdepartementets brev 23. juni 2009 hit:

«Departementet vil understreke at det ved beregning av kostnader som kan kreves dekket, må avgrenses mot andre kostnader enn skysskostnader, for eksempel den arbeidsinnsatsen eleven/de foresatte utfører i forbindelse med skyssen, herunder tapt arbeidsinntekt.»

Brevet gjelder skyss i den videregående skolen, men må på bakgrunn av det jeg tidligere har kommet til, også gjelde for foresattes skyss av grunnskoleelever.

Selv om fylkeskommunen ikke har plikt til å betale vederlag til grunnskoleelevens foresatte for arbeidsinnsats i forbindelse med skyssen, har den likevel adgang til å gjøre dette. I så fall må slikt vederlag gis i alle saker der foresattes hjelp er nødvendig for gjennomføringen av skyssen, med mindre det foreligger en saklig grunn for ikke å likebehandle sakene.

Fylkeskommunen viste i brev 2. juli 2009 til at godtgjørelsen i forbindelse med skyss av C hadde «bakgrunn i at dette er en grunnskoleelev som er avhengig av at andre kjører båten». Denne begrunnelsen må forstås på den måten at siden A var gammel nok til å kjøre båt selv og således ikke trengte å ha med seg noen i båten, var det ikke grunnlag for å betale godtgjørelse for frakt av henne.

Det må antas at også A var avhengig av å ha med foresatte i båten, all den tid hun var under 18 år og hadde behov for biltransport fra Y til Z. At A var gammel nok til å føre båten selv, har i denne anledningen ingen betydning så lenge hun ikke kunne komme seg til skolebussen uten foresattes hjelp. Fylkeskommunens begrunnelse for vederlag for arbeidsinnsats i saken til C gjør seg derfor også gjeldende i As tilfelle. Ettersom det ble betalt godtgjørelse for

frakt av C, skulle det også for As foresatte ha vært vurdert å utbetale godtgjørelse for frakt av A, i tillegg til selve skyssgodtgjørelsen, i hvert fall frem til hun fylte 18 år.

Fylkeskommunen uttalte i brevet 16. mars 2009 følgende om beregningen av vederlag for arbeidsinnsats ved skyss av grunnskoleelever:

«Skysstilskuddet i saker som gjelder privat båt-skyss fastsettes skjønnsmessig. Fylkeskommunen kan ikke se at det vil være mulig å ha faste retningslinjer, eksempelvis fast sats pr. kilometer. Forholdene i den enkelte sak vil kunne variere. Forhold som kan virke inn på hvilket skysstilskudd som tilbys kan eksempelvis være hvorvidt den som utfører skyssen frakter flere barn, hvorvidt personen også frakter andres barn, hvorvidt personen uansett skal bruke båten for selv å komme seg på arbeid osv.»

Jeg er enig i at det ikke er naturlig for fylkeskommunen å ha faste retningslinjer for beregningen av vederlaget, men minner om kravet om likebehandling og ensartet praksis.

##### *Størrelsen på skyssgodtgjørelsen*

Skyssgodtgjørelse for skyss av elever skal som nevnt ovenfor, i utgangspunkt utmåles med grunnlag i samme satser, og skal dekke de samme kostnader uavhengig av om eleven er i grunnskolen eller i den videregående skolen. Fylkeskommunen har ikke vist til noe annet grunnlag for forskjellsbehandlingen enn at A er elev i den videregående skolen, mens C er grunnskoleelev. Da det ikke er anledning etter loven til å behandle saker om skyssgodtgjørelse for elever på forskjellige trinn forskjellig, og fylkeskommunen ikke har vist til noen annen grunn for forskjellsbehandlingen, må det sies å foreligge usaklig forskjellsbehandling.

##### 3. Avslutning

På bakgrunn av mine kommentarer foran, vil jeg be fylkeskommunen om å vurdere As søknad om skyssgodtgjørelse for skoleåret 2008/2009 på nytt. Det bør da vurderes om det skal tilkjennes vederlag for foresattes arbeidsinnsats i forbindelse med transporten med båt. Videre må det vurderes om det er vesentlige faktiske forskjeller i skysskostnadene per km med båt for C og A eller om det er andre saklige grunner for ulike kilometersatser.

Ved den nye behandlingen av saken bes fylkeskommunen også ta stilling til klagerens anførsel om manglende opplysning om klagerett i skyssvedtakene fra tidligere år.

Fylkeskommunen har på spørsmål herfra erkjent at begrunnelsene som derfra ble gitt til klageren, ikke på en tilstrekkelig klar måte fikk frem fylkeskommunens generelle rettslige standpunkt som lå til grunn

for forskjellsbehandlingen. Jeg finner grunn til å minne om kravene i forvaltningsloven § 25 til begrunnelsens innhold.

Jeg ber fylkeskommunen være oppmerksom på at det generelle rettslige standpunktet om at regelverket for skyssgodtgjørelse innebærer likebehandling av grunnskoleelever og elever i videregående skole, også får betydning for andre problemstillinger som har vært tatt opp i forbindelse med undersøkelsen av saken her, men som ikke er uttrykkelig omtalt i denne uttalelsen, for eksempel om bruk av drosjebåt.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av fylkeskommunens oppfølging av saken, ved tilsendelse av kopi av brev til klageren.

Videre ber jeg om å bli orientert om Kunnskapsdepartementets oppfølging av punkt 1.2.»

## 50.

### Fylkeskommunens anvendelse av dispensasjon fra plikten til å sørge for gratis skoleskyss

(Sak 2009/1459)

*Fylkeskommunen avslo krav om gratis skoleskyss under henvisning til dispensasjon gitt etter opplæringsforskriften § 10-3 om subsidierte rabattkort for ungdom.*

*Ombudsmannen kom til at kollektivtilbudet der eleven bodde, ikke oppfylte kravene i forskriftsbestemmelsen, og at fylkeskommunen derfor ikke kunne anvende dispensasjonen i dette tilfellet. Fylkeskommunens særskilte klagenemnd ble bedt om å behandle saken på nytt. Saken ble behandlet på nytt og klagen ble tatt til følge.*

Foreldrene til en elev ved videregående skole klaget til Vestfold fylkeskommune over at deres datter ikke var innvilget gratis skoleskyss. De skrev at det er et vilkår for at det kan gis dispensasjon fra plikten til gratis skoleskyss at kollektivtilbudet er godt utbygd og har jevnlig avganger, og at vilkåret ikke var oppfylt i dette tilfellet. Det ble vist til at det bare gikk én buss (uten retur) fra bostedet hverdager etter at datteren kom hjem fra skolen, at det ikke gikk noen busser etter kl. 15.53 på lørdager, at det ikke var noe busstilbud på søndager og at datteren ikke kunne benytte seg av buss verken til eller fra noen av hennes organiserte fritidsaktiviteter.

Vestviken Kollektivtrafikk AS opprettholdt vedtaket og oversendte saken til særskilt klagenemnd i Vestfold fylkeskommune. I innstillingen til klagenemnda skrev fylkesrådmannen blant annet:

«Spørsmålet blir om det tredje vilkåret i forskrift til opplæringsloven § 10-3 er oppfylt, dvs. om de kollektive transportmidlene er godt utbygd, og om det er jevnlig avganger. De kollektive transporttilbudene er godt utbygd i G, og fra X der hun bor går det buss både på ettermiddager og på lør-

dager. Hun kan i tillegg ta buss som går fra Y, hvilket er ca 1,5 km å gå fra der hun bor.»

Klagen ble ikke tatt til følge i klagenemnda. Elevenes far brakte deretter saken inn for ombudsmannen. I brev herfra ble klagenemnda bedt om å redegjøre for vilkårene i opplæringsforskriften § 10-3 annet og tredje strekpunkt. Det ble bedt om en kommentar til klagerens opplysninger om busstilbudet og bedt redegjort for om det stopper flere busser på Y enn på X ettermiddager, kvelder og søndager. Videre ble det bedt opplyst om klagenemnda burde kommentert opplysningen om at det ikke går noen busser som eleven kan benytte seg av, i forbindelse med hennes organiserte fritidsaktiviteter. Det ble dessuten bedt opplyst om klagenemnda mener at eleven kan benytte rabattkortet dagtid og kveldstid alle dager, og om en vurdering av om de aktuelle kollektive transportmidlene er godt utbygde og har jevnlig avganger der hun bor.

Fylkeskommunen skrev følgende om § 10-3 i forskrift til opplæringslova:

«Enkeltelever som bor i sonen for rabattkort kan innvilges fri skoleskyss. Vurderingsgrunnlaget er busstilbudet som den enkelte har i en akseptabel gangavstand fra bosted. Dersom slike elever bare har skoleruter innenfor en slik akseptabel gangavstand, vil de bli innvilget fri skoleskyss i stedet for rabattkort.»

Fylkeskommunen redegjorde for antall busser daglig og tidspunktene for dagens siste buss ved bostedet og ved et stoppested 800 meter unna. Det ble uttalt at det var «vanlig med noe gangavstand fra bosted til busstopp» utenfor bykjernene i fylkeskommunen, og at boområdet ut fra dette hadde et «tilfredsstillende busstilbud».

Til fylkeskommunens svar bemerket klageren blant annet at busstilbudet «umulig kan samsvare med vilkårene» og at vilkårene må tolkes slik at «busstilbudet utenfor skoletid og skolebefordring må være ”godt utbygd og ha jevnlig avganger”».

Fylkeskommunen svarte at kollektivtilbudet på stedet er «i overensstemmelse med det som finnes utenfor bykjernene ellers i fylket», og at fylkeskommunen forutsatte at fylkesmannen hadde lagt dette til grunn ved innvilgelsen av dispensasjonen.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa § 7-2 første ledd første punktum fastsetter at elever i den videregående skole som bor mer enn seks kilometer fra skolen, har rett til gratis skoleskyss eller full skyssgodtgjørelse. Etter tredje punktum kan departementet gi forskrifter om at skyssbehovet i «særskilte tilfelle» kan dekkes på andre måter.

Forskrift 23. juni 2006 nr. 724 til opplæringslova § 10-3 fastsetter at dispensasjon fra plikten til å sørge for gratis skoleskyss kan gis når disse vilkårene er oppfylt:

- «Fylkeskommunane må ha ei ordning med subsidierte rabattkort for ungdom. Prisen må ikkje overstige 50% av vanleg månadskort for vaksne.
- Eit rabattkort må omfatte ordinær reise til og frå skole, arbeid og fritidsaktivitetar.
- Rabattkortet må i tillegg til ordinær skoleskyss kunne nyttast både på dagtid og kveldstid alle dagar. Dei aktuelle kollektive transportmidla som rabattkortet gjeld for, må vere godt utbygde og ha jamlege avgangar.
- Ordninga må omfatte minst heile skoleåret.»

Fylkesmannen i Vestfold ga 5. august 2008 fylkeskommunen dispensasjon fra plikten til å sørge for gratis skoleskyss for skoleåret 2008/2009. Fylkesmannen skrev i dispensasjonen:

«Vi minner om at det er adgang til å klage på ordningen for elever som ikke har et godt nok tilbud til sine fritidsreiser.»

Det følger av alminnelige prinsipper, fylkesmannens dispensasjonsvedtak og veiledende retningslinjer for skoleskyss i Buskerud, Telemark og Vestfold, punkt 2.2.37 at fylkeskommunen ikke kan anvende dispensasjonen fra plikten til gratis skoleskyss uten forbehold; det må foretas en individuell vurdering av om vilkårene i opplæringsforskriften § 10-3 er oppfylt. Bestemmelsens ordlyd og forhistorie og det at forskriftshjemmelen i opplæringslova § 7-2 omhandler «særskilte tilfelle», viser at kollektivtilbudet må være av et visst omfang.

Jeg er enig med fylkeskommunen i at vurderingsgrunnlaget må være kollektivtilbudet i en akseptabel gangavstand fra elevens bosted. Det relevante må være det reelle tilbudet til den enkelte skoleeleven. Ut fra dette, kan det ikke legges vekt på bussavganger før eleven er kommet hjem fra skolen.

Fylkesrådmannens redegjørelser for busstilbudet i innstillingen til klagenemnda og i redegjørelsen hit gir liten informasjon om det reelle kollektivtilbudet til denne eleven.

Opplysningen i innstillingen til klagenemnda om at eleven «i tillegg [kan] ta buss som går fra Y» skaper et feilaktig inntrykk av at det er et godt tilbud av busser hun kan benytte seg av der. Det er bare tre bussavganger i uka (én til og to fra G) som går om Y (og Z) og ikke X, når eleven er hjemme fra skolen; alle avgangene går lørdag på dagtid. Selv om rutetabeller var vedlagt innstillingen, og klagenemnda også hadde klagerens opplysninger om kollektivtilbudet, må det antas at klagenemnda i første rekke forholdt seg til innstillingen fra fylkesrådmannen. Det er derfor av stor betydning for sakens opplysning at denne ga en treffende beskrivelse av kollektivtilbudet.

Jeg finner å kunne legge klagerens opplysninger om kollektivtilbudet til grunn ved vurderingen av om vilkårene i opplæringsforskriften § 10-3 er oppfylt. Opplysningene har støtte i tilsendte rutetabeller og er ikke bestridt av fylkeskommunen. Jeg kan verken se at de aktuelle kollektive transportmidlene er godt utbygd og har jevnlike avganger eller at denne eleven kan benytte seg av rabattkortet dagtid og kveldstid alle dager.

Fylkeskommunens uttalelse om at det innvilges fri skoleskyss i stedet for rabattkort dersom elever «bare har skoleruter innenfor en (...) akseptabel gangavstand» fra bostedet, gir inntrykk av at det har vært praksis i fylkeskommunen å legge til grunn en altfor snever tolkning av vilkårene i opplæringsforskriften § 10-3.

Etter dette må jeg be klagenemnda om å behandle saken på nytt og om å ta hensyn til bemerkningene jeg har kommet med, i fremtidige saker, både når det gjelder redegjørelsen for kollektivtilbudet og forståelsen av opplæringsforskriften § 10-3. Jeg ber om å bli orientert om utfallet av klagenemndas nye behandling av denne saken og den videre oppfølgingen av denne uttalelsen.»

Saken ble behandlet på nytt i klagenemnda, der klagen ble tatt til følge. Nemnda besluttet også å anbefale at spørsmålet om området for dispensasjon skulle tas opp i Hovedutvalget for samferdsel og næring. Videre hadde fylkesrådmannen sendt brev til Vestviken kollektivtrafikk AS og bedt om at tilsvarende vurderinger ble lagt til grunn ved fremtidig behandling av søknader om fri skyss.

## 51.

### Behandlingen av klage over standpunkt karakter i videregående skole

(Sak 2009/307)

*En standpunkt karakter fra videregående skole var påklaget under henvisning til at det ikke forelå noen vurderingssituasjon som tilsa den gitte karakteren. Fylkeskommunens klagenemnd tok ikke klagen til følge. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for vedtaket. Saksbehandleren hos fylkesrådmannen opplyste i ettertid at skolens begrunnelse var mangelfull, men at dette ikke kunne være gjenstand for klage.*

*Ombudsmannen uttalte at fylkeskommunen hadde lagt til grunn feil forståelse av opplæringsforskriften § 5-12 om hva som skal vurderes av klageorganet. Det lå ikke utenfor klagenemndas oppgave å vurdere anførsler om manglende vurderingsgrunnlag og begrunnelse. Ombudsmannen fant flere feil ved den forberedende saksbehandlingen for klagenemnda og at det forelå brudd på nemndas begrunnelsesplikt. Den manglende begrunnelsen var særlig uheldig her, fordi saken gjaldt manglende begrunnelse fra skolen,*

og fordi det forelå indikasjoner på at ingen av klagerne fikk begrunnelse fra nemnda. Det ble bedt om at saken ble behandlet på nytt. Klagenemnda behandlet saken på nytt. Klagen ble tatt til følge, og saken ble sendt tilbake til skolen for ny vurdering.

Skolen vurderte saken på nytt og satte ny karakter.

A (klageren) påklaget standpunkt karakter i nyere historie fra X videregående skole. Han hevdet blant annet at det ikke ble avholdt prøver i andre termin, og at det heller ikke forelå andre tilbakemeldinger. Det hadde vært én prosjektfremføring, som det ikke var gitt tilbakemelding på, men over telefon var det opplyst at nivået på fremføringen var vurdert en til to karakterer høyere enn standpunkt karakteren klageren senere fikk. Også karakterene i første termin var bedre enn standpunkt karakteren.

Skolen oversendte klagen til fylkeskommunen med følgende uttalelse fra faglæreren:

«Jeg har konferert med B, som var vikar for meg i mitt sykefravær. Vi har kommet fram til at standpunkt karakteren i nyere historie er riktig i forhold til det vi har observert i 2. termin.

Klagen tas ikke til følge.»

I brev 25. august 2008 (trolig feildatert), adressert til «Samtlige klagere» med overskrift «Klage på standpunkt karakter eller muntlig eksamen», ble det meddelt at fylkeskommunens klagenemnd hadde behandlet saken 28. august 2008, og at klagen ikke ble tatt til følge. Det ble ikke gitt noen begrunnelse.

Vedtaket var i samsvar med innstillingen fra saksbehandleren hos fylkesrådmannen. Innstillingen var gitt på et skjema, og begrunnelsen var formulert slik:

«Fallende tendens. 2. termin er tillagt mest vekt.»

I brev til fylkesrådmannen etterlyste klageren begrunnelse for karakteren. Han viste til at karakteren ikke kunne sies å være begrunnet overfor klagenemnda, og skrev at det måtte være et grunnleggende prinsipp at eleven skal forstå grunnlaget for karaktersettingen ut fra konkrete vurderingssituasjoner og underveisvurdering.

Fylkesrådmannens saksbehandler svarte følgende:

«Jeg har tidligere bekreftet og meddelt skolen at oppgitt begrunnelse er mangelfull.

Imidlertid er dette en eventuell saksbehandlingsfeil som ikke kan ha påvirket din prestasjon i faget: En manglende/dårlig begrunnelse i juni og/eller august i forbindelse med klagesaksbehandlingen kan ikke på noen måte ha påvirket dine prestasjoner i faget gjennom året.

Forvaltningslovens § 41 bestemmer følgende om eventuell saksbehandlingsfeils konsekvenser for vedtaket:

»Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.»»

Klageren skrev så blant annet:

«Du har selvsagt rett i at manglende eller mangelfull begrunnelse for karaktersetting ved slutten av en termin neppe kan ha påvirket min prestasjon i faget! Dette er imidlertid helt irrelevant. Poenget er at den manglende begrunnelsen gir grunn [til] å sette spørsmålsteget ved selve karaktersettingen.(...)»

Saken ble deretter brakt inn for ombudsmannen. Det ble hevdet at det var klare mangler ved både karaktergrunnlaget og klagesaksbehandlingen.

I brev herfra til fylkeskommunens klagenemnd ble det stilt spørsmål til saksbehandlingen og vedtaket i klagesaken, og klagenemnda ble bedt om å vurdere om forvaltningsloven § 41 var relevant i denne saken.

Fylkesrådmannens saksbehandler svarte følgende på spørsmålet om hvem som har kompetanse til å avgjøre klagesaker over standpunkt karakterer i videregående skole i fylket:

«Klagenemnda i Y fylkeskommune er oppnevnt av Fylkestinget i samsvar med kommunelovens og forvaltningslovens bestemmelser. Y fylkeskommune har en klagenemnd som behandler alle klager over enkeltvedtak fattet administrativt/politisk av fylkeskommunen uavhengig av fagområde. (...) Etter opplæringslov med forskrift behandler klagenemnda klager over fastsettelse av standpunkt karakter og formelle feil ved avvikling av muntlig eksamen. Fylkesrådmannen ved undertegnede er klagenemndas sekretariat og innstiller i alle saker til nemnda.»

Til spørsmålene om hva klagenemnda prøver i klagesaker over standpunkt karakterer fra videregående skole, ble det svart slik:

«Hva som er gjenstand for klage er svært begrenset. Til forskjell fra klage over skriftlig eksamen skal ikke klagenemnda – som naturlig er – gå inn å vurdere/overprøve måloppnåelse/prestasjon i faget som påklages, da klagenemnda jo ikke har fulgt eleven gjennom året/årene. (...) I dag er det vel bare manglende og feil vekting mellom 1. og 2. termin som kan være gjenstand for klage. (...)

Begrunnelse for karaktersettingen er viktig tilbakemelding til elevene. Manglende begrunnelse har den konsekvens etter forskriften at klagefristen forlenges. Manglende begrunnelse i juni/juli kan imidlertid ikke generelt og i denne konkrete saken ha påvirket elevens prestasjon i faget gjennom året. Manglende begrunnelse er en saksbehandlingsfeil som etter vår mening også skal vurderes etter forvaltningslovens § 41 i forhold til feilens mulige konsekvenser. (...)

(...)

(...) Manglende vurderingsgrunnlag, mangelfull opplæring, bruk av vikarer og lignende er ikke enkeltvedtak etter forvaltningslovens bestemmelser og må forfølges/overprøves på annen måte enn gjennom klage til fylkeskommunens klagenemnd.»

Saksbehandlingen og vedtaket i denne saken ble kommentert slik:

«Alle dokumenter i saken legges frem for klagenemnda i dens møte. Skjemabrukens hensikt er å standardisere saksbehandlingen og "tvinge" alle leddene i klagesaksbehandlingen mot det som er viktig/avgjørende i forhold til saksbehandlingen.

Rektor skal i henhold til skjema 3 gå gjennom saken og uttale seg om gjeldende bestemmelser for karaktersetting er fulgt og skal skrive under skjemaet. Så var gjort også i foreliggende sak i henhold til vedlagte kopi.

Da klagenemndas sekretariat ut fra faglærers kommentarer så at saken hadde i seg noe annet enn bare en manglende begrunnelse ble det tatt fornyet muntlig kontakt med skolen flere ganger. B som står oppført som vikar var samtidig konst. rektor hadde nå sluttet ved skolen, og skolens ledelse på dette tidspunktet lykkes ikke å få kontakt med B eller utfylle saken etter mitt ønske.

(...)

Klagenemndas sekretariat/klagenemnda sto da i en situasjon hvor vi konstaterte manglende begrunnelse, men at vi ikke klarte å opplyse saken på en bedre måte gjennom faglærers/skolens medvirkning. Klagenemnda valgte derfor sett hen til vurderingen av manglende begrunnelses konsekvens å behandle saken.

Fylkesrådmannen/klagenemnda har gitt skolens ledelse klar beskjed i det uakseptable ved situasjonen.»

Det vedlagte skjemaet, undertegnet for rektor, hadde blant annet følgende forhåndsutfylte tekst:

«Faglærer har satt standpunkt karakter etter drøfting i møte der klassens lærere var til stede. Faglærerens begrunnelse for karakterfastsettelsen følger vedlagt. Skolen har gått gjennom saken og mener at gjeldende bestemmelser og regler ved fastsetting av standpunkt karakterer er fulgt.»

Klageren kom med merknader til fylkeskommunens svar, og viste igjen til at manglende begrunnelse for karakteren ikke kan ha påvirket elevens prestasjon, men at det kan være et signal om karaktersetting på sviktende grunnlag.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Generelt om rettsgrunnlaget for klagenemndas prøving

En grunnleggende regel i forvaltningsretten er at den part som er misfornøyd med et vedtak, har rett til å få sin klage behandlet av et klageorgan. Regelen er kommet til uttrykk i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 28 første ledd, som forutsetter at klagen skal realitetsbehandles av klageorganet, med mindre det

er grunnlag for å avvise klagen. Bestemmelsen innebærer at klageinstansen har både plikt og kompetanse til å behandle klagen. Den som har klagerett, har på sin side et rettskrav på å få saken klagebehandlet når vilkårene er til stede.

Etter forvaltningsloven § 28 fjerde ledd kan det for særskilte saksområder gis regler som fraviker forvaltningslovens klageregler. I opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 3-4 første ledd er det hjemmel for å gi forskrifter, noe som er gitt i Kunnskapsdepartementets forskrift 23. juni 2006 til opplæringslova. Særskilte klageregler er gitt i forskriften § 5-12 første ledd første punktum. Ved klage på standpunkt karakter fra videregående skole kan klageinstansen etter bestemmelsen «berre vurdere om gjeldende føresegner om karakterfastsettelse er fulgte».

Det er gitt regler i opplæringslova med forskrift og i læreplanene om hvordan karakterer skal fastsettes. Klagenemndas oppgave er etter forskriften § 5-12 å vurdere om skolen har anvendt disse reglene riktig.

Av de bestemmelser klagenemnda kan og skal vurdere om skolen har anvendt riktig, er forskrift til opplæringslova § 4-7 første ledd, som lød slik:

«Grunnlaget for vurdering med karakter i faga er kompetansemåla i læreplanene for fag slik dei er fastsette i Læreplanverket for Kunnskapsløftet. Karakteren skal gi uttrykk for den kompetansen eleven har oppnådd på tidspunktet for vurderinga, og ut frå det som er forventa på dette tidspunktet. Føresetnadene til den enkelte eleven skal ikkje trekkjast inn. Vurdering i orden og til åtfærd skal ikkje inngå i fagvurderinga.»

Disse reglene omfattes av uttrykket «gjeldende føresegner om karakterfastsettelse» i forskriften § 5-12 første ledd første punktum. For øvrig kan ikke § 5-12 tolkes slik at klagenemnda skal vurdere elevenes prestasjoner.

Fylkeskommunen har i svaret hit opplyst at det bare er manglende og feil vektning mellom første og andre termin som kan være gjenstand for klage. Jeg kan ikke se at dette er en riktig beskrivelse av vurderingstemaet eller av klagenemndas kompetanse.

Dersom skolen ikke har anvendt regelverket riktig ved karakterfastsettelsen, skal klagenemnda etter bestemmelsens tredje ledd presisere hvilke regler som er brutt og sende saken tilbake til skolen. Rektor og faglæreren gjennomfører ny vurdering, og rektor setter endelig karakter.

I denne saken er det klaget over manglende begrunnelse fra faglæreren, slik at vurderingsgrunnlaget ikke fremkommer. Fylkeskommunen har uttalt at «manglende vurderingsgrunnlag ikke er enkeltvedtak» og derfor må tas opp på annen måte enn gjennom klage til fylkeskommunens klagenemnd. Jeg er enig i at manglende vurderingsgrunnlag ikke er noe enkeltvedtak, men manglende vurderingsgrunnlag

kan medføre at karakterfastsettingen – som er enkeltvedtak – blir uforsvarlig. Forskriften forutsetter dessuten at karakteren settes på bakgrunn av vurderinger. Jeg kan derfor ikke se at det ligger utenfor klagenemndas oppgave å vurdere anførsler om manglende begrunnelse og manglende vurderingsgrunnlag.

Klageorganets overprøvningsadgang i karaktersaker er etter forskriften begrenset til å undersøke om retningslinjene for karakterfastsettelse er fulgt. Svaret som er gitt i denne saken, gir etter min mening uttrykk for en ytterligere innskrenking i overprøvningsadgangen, som jeg ikke kan se at det er grunnlag for.

Jeg finner etter dette at Y fylkeskommune har lagt til grunn feil forståelse av hva som skal vurderes av klageorganet ved behandling av klager på standpunkt karakterer fra videregående skoler.

## 2. Saksbehandlingen forut for klagenemndas behandling

Etter forskriften § 5-12 første ledd annet punktum skal det med klagen «følge fråsegn frå faglæraren om korleis karakteren er fastsett (...) og fråsegn frå rektor om saksbehandlinga ved skolen». Jeg kan ikke se at det fremgikk av faglærerens uttalelse hvordan karakteren ble fastsatt. Hennes uttalelse om at standpunkt karakteren var riktig ut fra det hun og vikaren hadde observert, ga ikke klagenemnda noen praktisk mulighet til å vurdere om karakteren var fastsatt i tråd med gjeldende regler. Videre må underskriften for rektor på fylkeskommunens ferdigutfylte skjema sies å gi liten informasjon om saksbehandlingen ved skolen.

Fylkeskommunen har ikke vurdert om saken var tilstrekkelig opplyst etter forvaltningsloven §§ 17 første ledd og 33 første og siste ledd, slik det ble bedt om herfra. Etter bestemmelsene skal klageorganet påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Selv om forskriften § 5-12 første ledd annet punktum angir hvordan skolen skal gjøre rede for saken ved oversendelsen av klagen, kan jeg ikke se at det er gjort unntak fra forvaltningslovens regler om sakens opplysning i de bestemmelsene som regulerer klagenemndas virksomhet.

Det må være forskrift til opplæringslova og alminnelige forvaltningsrettslige regler som angir krav til opplysning av saken, ikke fylkeskommunens skjemaer. Fylkeskommunens skjemaer synes etter min oppfatning å være lite egnet til å avdekke brudd på gjeldende bestemmelser for skolens karakterfastsettelse.

Jeg finner også grunn til særskilt å knytte en bemerkning til det ferdigutfylte skjemaet som ble undertegnet på vegne av rektor, hvor det står at skolen har vurdert klagen, men ikke funnet grunnlag for å endre karakteren. Det fremgår av Utdanningsdirektoratets brev 31. oktober 2008 til Fylkesmannen i Oslo

og Akershus at direktoratet tolker forskriften § 5-12 slik at skolen ikke kan treffe nytt vedtak om karakterfastsettelse dersom den finner klagen berettiget; klagen skal alltid behandles av klageinstansen.

I klagen hit er det nevnt en e-post fra den som var vikar for faglæreren i to måneder i annen termin. E-posten skal ha blitt oversendt fylkeskommunen samme dag som klagenemndas møte, uten å bli forelagt klageren. Klagenemnda ble herfra bedt om å kommentere dette og oversende utskrift av e-posten hit. E-posten er ikke kommentert i svaret fra fylkesrådmannen og heller ikke oversendt. I følge klageren inneholdt ikke e-posten noen reell begrunnelse. Jeg har derfor sett bort fra denne ved vurderingen av saken.

Fylkesrådmannens saksbehandler har gitt uttrykk for at det flere ganger ble tatt muntlig kontakt med skolens ledelse om at begrunnelsen derfra var mangelfull, uten å lykkes i å «utfylle saken». I dokumentene oversendt hit, foreligger ikke noen skriftlig kommunikasjon mellom skolen og fylkeskommunen sentralt, utover de ovenfor beskrevne skjemaene. For øvrig viser jeg til merknadene under punkt 3 om hvordan jeg mener saken skulle være fulgt opp når det ble konstatert at skolens begrunnelse var mangelfull. Jeg mener at dette skulle medført innstilling til klagenemnda om å ta klagen til følge.

Jeg kan for øvrig ikke se noe grunnlag eller dokumentasjon for at saksbehandleren hos fylkesrådmannen i innstillingen til klagenemnda skrev at eleven hadde vist en «fallende tendens».

Etter dette konkluderer jeg med at det var flere feil ved den forberedende saksbehandlingen for klagenemnda.

## 3. Klagenemndas vedtak

a) Klagenemnda ble herfra bedt om å vurdere om kravene til begrunnelse i forvaltningsloven §§ 24, 25 og 27 ble overholdt i vedtaket 28. august 2008. Etter hva jeg kan se, er ikke dette gjort.

Etter hovedregelen i forvaltningsloven § 24 første ledd skal enkeltvedtak grunnis, og forvaltningsorganet skal gi begrunnelsen samtidig med at vedtaket treffes. Jeg kan ikke se at noen unntak fra bestemmelsen kommer til anvendelse for klagenemndas vedtak. I forvaltningsloven § 27 annet ledd er det bestemt at i saker der begrunnelsen etter lovens § 24 skal gis samtidig med vedtaket, bør grunnene gjengis i underretningen.

Forvaltningsloven § 25 stiller krav til begrunnelsens innhold. Første ledd inneholder krav til vedtakets rettslige grunnlag, annet ledd til gjengivelsen av de faktiske forhold og tredje ledd til skjønnsutøvelsen.

Ut fra de foreliggende dokumentene kan jeg ikke se at det forelå noen egen skriftlig begrunnelse fra

klagenemnda i denne saken. Det er ikke oversendt noe referat fra behandlingen i klagenemnda i form av møtebok eller lignende, og det fremstår som uklart om den korte og stikkordmessige begrunnelsen gitt i innstillingen fra fylkesrådmannen til klagenemnda, og i brev 10. september 2008 fra saksbehandleren hos fylkesrådmannen til klageren, også var klagenemndas begrunnelse.

Videre er det ikke tatt inn noen begrunnelse i brevet 25. august 2008 med meddelelsen til klageren om klagenemndas vedtak. Ut fra saksdokumentene er det uklart om innstillingen fra saksbehandleren hos fylkesrådmannen var vedlagt dette brevet.

Det synes å foreligge klare brudd på klagenemndas begrunnelsesplikt. Jeg minner om at forvaltningslovens regler om begrunnelse kan ha stor betydning for en part. Begrunnelsen gir blant annet en forklaring som kan gjøre det lettere for parten å forsone seg med utfallet. Her var det klaget over manglende begrunnelse fra læreren og skolen. Da klagevedtaket heller ikke ble begrunnet, fremstår det som særlig uheldig og lite egnet til å skape tillit til forvaltningens saksbehandling og vedtak.

I tillegg er saksbehandlingsfeilen her særlig uheldig fordi meddelelsen i brevet 25. august 2008 om klagenemndas behandling, datert forut for klagenemndas møte, fremstår som et standardbrev til «samtlige klagere», noe som indikerer at ingen av klagerne fikk begrunnelse.

b) Det ble til vedtakets innhold herfra spurt om klagenemnda hadde vurdert «om gjeldende føresegner om karakterfastsetting er fulgte». Spørsmålet kan ikke sies å være besvart klart.

Det fremgår av svaret hit fra fylkesrådmannens saksbehandler at det ble konstatert manglende begrunnelse for karaktervedtaket og at dette ikke kunne føre til opphevelse. Det ble blant annet uttalt:

«Klagenemndas sekretariat/klagenemnda sto da i en situasjon hvor vi konstaterte manglende begrunnelse, men at vi ikke klarte å opplyse saken på en bedre måte gjennom faglærers/skolens medvirkning. Klagenemnda valgte derfor sett hen til vurderingen av manglende begrunnelses konsekvens å behandle saken.»

Det fremstår som uklart om det var klagenemnda eller bare fylkesrådmannens saksbehandler som konstaterte manglende begrunnelse. Spørsmålet herfra om uttalelsen om manglende begrunnelse i brev 10. september 2008 fra fylkesrådmannens saksbehandler var avgitt på vegne av klagenemnda, er ikke besvart. Tilsvarende fremstår det som uklart om det er klagenemnda eller bare fylkesrådmannens saksbehandler som mener at manglende begrunnelse ikke kan føre til opphevelse av karaktervedtak.

Klagerens anførsel om at skolen ikke hadde noe grunnlag for å sette karakteren, er så vidt jeg kan se ikke vurdert på noe tidspunkt.

Som det fremgår av punkt 1 foran om klagenemndas kompetanse, mener jeg at spørsmålet om karaktervedtaket er tilstrekkelig begrunnet og om skolen har hatt grunnlag for å sette karakteren, hører inn under det klagenemnda kan og skal prøve etter forskriften § 5-12 første ledd første punktum. Da det ble konstatert mangler ved skolens begrunnelse, var det ikke tilstrekkelig å ta dette opp med skolen per telefon. Det burde medført innstilling til klagenemnda om å ta klagen til følge.

Dersom klagenemnda finner at karaktervedtaket ikke tilfredsstillende gjeldende bestemmelser om karakterfastsetting, følger det av § 5-12 tredje ledd at karaktervedtaket skal sendes tilbake til skolen.

Saksbehandleren hos fylkesrådmannen har uttalt at manglende begrunnelse ikke kan ha påvirket elevens prestasjoner, og vist til forvaltningsloven § 41, som fastsetter regler om hvilken betydning saksbehandlingsfeil har for gyldigheten av vedtak. Det ble herfra bedt om en vurdering av om bestemmelsen her er relevant. Slik vurdering er ikke gitt. Jeg kan ikke se at bestemmelsen er relevant i forhold til sakens tema. Klagenemnda skal vurdere om reglene for karakterfastsetting, herunder saksbehandlingsreglene, er fulgt. Dersom det konstateres en saksbehandlingsfeil, mener jeg at det i en slik sak må føre til at klagen tas til følge og saken sendes tilbake til skolen.

#### *Konklusjon*

Jeg har funnet flere feil ved klagenemndas behandling av denne saken, både ved rettsanvendelsen og saksbehandlingen. Etter dette må jeg be klagenemnda om å behandle saken på nytt. Jeg presiserer at jeg med denne konklusjonen ikke har gitt uttrykk for noen mening om hva standpunkt-karakteren burde ha vært satt til.

Det fremstår som om flere av feilene skyldes at sentrale rettsregler er misforstått, slik at dette ikke bare har hatt konsekvenser for behandlingen av denne saken, men også for andre saker klagenemnda har behandlet om standpunkt-karakterer fra videregående skole. Jeg må derfor be klagenemnda i sin fremtidige praksis ta hensyn til de bemerkninger jeg har gitt uttrykk for.

For øvrig har jeg merket meg at foreleggelsen herfra er besvart fra klagenemndas side av én saksbehandler hos fylkesrådmannen, for øvrig den samme saksbehandleren som alene har skrevet innstillingen til klagenemnda og undertegnet brevene til klageren. Jeg forutsetter at saksbehandleren har fått fullmakt fra klagenemnda til å besvare foreleggelsen herfra. Klagenemnda bes om å vurdere om dette er en til-



strekkelig, hensiktsmessig og forsvarlig behandling av henvendelser fra ombudsmannen.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av klagenemndas nye behandling av saken og den videre oppfølgingen av denne uttalelsen.»

Klagenemnda behandlet saken på nytt. Klagen ble tatt til følge, og saken ble sendt tilbake til skolen for ny vurdering.

Skolen vurderte saken på nytt og satte ny karakter. Denne var én karakter høyere enn karakteren som opprinnelig ble gitt.

## 52.

### **Skolen informerte medelever om en elevs utøving av vold mot en lærer og senere utvisning – spørsmål om brudd på taushetspliktbestemmelser**

(Sak 2008/1581)

*En elev utøvte vold mot en lærer i påsyn av flere medelever. Skolen informerte senere også andre elever ved skolen om det som hadde skjedd og at hendelsen hadde medført vedtak om utvisning.*

*Etter å ha undersøkt klagen fra den utviste elevens foreldre, kom ombudsmannen til at informasjonen skolen ga, ikke innebar brudd på taushetspliktbestemmelsene i forvaltningsloven.*

En elev ved en ungdomsskole slo etter avsluttet time en vikarlærer, slik at hun måtte til sykehus for behandling. Flere medelever var vitne til det som skjedde. Eleven ble bortvist fra skolen, og neste dag ble det fattet vedtak om utvisning i tre dager. Skolen informerte senere andre elever om hendelsen og reaksjonen.

Elevens mor tok opp spørsmålet om skolens taushetsplikt om slike forhold med skolen. I svarbrev redegjorde skolen for det passerte og hvilken informasjon virksomhetslederen, i fellestid med lærerne, hadde bedt om at ble formidlet til andre elever. I brevet fremgikk det at lærerne fikk beskjed om at de skulle si at eleven «var utvist p.g.a. vold utført mot læreren om spørsmålet dukket opp, noe det gjorde i alle klasser».

Elevens foreldre klaget til fylkesmannen over flere forhold vedrørende eleven, som hadde adferds- og lærevansker. Blant annet ble spørsmålet om skolen hadde brutt taushetsplikten etter voldsepisoden tatt opp. Kommunen redegjorde i brev til fylkesmannen for det som hadde skjedd, og presiserte at det ikke hadde foreligget noen ubegrenset fullmakt fra virksomhetslederen til å gi informasjon om utvisningen av eleven, og at det heller ikke var oppfattet slik av lærerne. Ved nærmere undersøkelser hadde skolen brakt på det rene at utvisningen i mindre grad enn

virksomhetslederen hadde trodd, hadde vært et tema i klassene.

Ved behandlingen av foreldrenes klage tok fylkesmannen ikke stilling til spørsmålet om brudd på taushetsplikten, da fylkesmannen mente at dette hørte under arbeidsgiveren å vurdere. I brev til foreldrene opplyste kommunen at den hadde vurdert klagen over brudd på taushetsplikten, og kommet til at det ikke hadde forekommet slikt brudd.

Saken ble brakt inn for ombudsmannen av foreldrenes advokat, som ønsket en vurdering av om skolen brøt taushetsplikten da den informerte klassene om utvisningen og bakgrunnen for denne.

Kommunen ble tilskrevet herfra og bedt om å redegjøre for den rettslige vurderingen av spørsmålet om taushetsplikten ble brutt, både med hensyn til selve hendelsen og til sanksjonen.

Kommunen svarte blant annet:

«[...] kommune har en helt klar og utvetydig praksis på at alle enkeltvedtak er underlagt taushetsplikt og kun sendes barnets foresatte.

Selve hendelsen som førte til enkeltvedtaket skjer imidlertid i en åpen klassesituasjon med mange elever i miljøet, både inne i selve klasserommet, i kantina og i skolegården, mao "for åpen scene".

Hendelsen, som altså en rekke medelever og lærere var vitne til, skal som hovedregel gi en reaksjon som utvisning etter ordensreglementet som gjelder for skolen. Dette reglementet er kjent av både elever og foresatte.

Hendelsen og skolens reaksjonsmåte kan vurderes fra flere perspektiv. Skolen skal sanksjonere en handling, anvende ordensreglementet på denne handlingen og deretter fatte et enkeltvedtak. Så langt råd er vil alltid skolen søke å utøve denne myndighet under taushetsplikt.

Hendelsen skjer imidlertid i et miljø og med medelever som observatører. Skolen kan ikke utøve sin myndighet i en slik situasjon uten at dette er synlig for en rekke elever. Når et begrenset antall elever også blir informert om selve sanksjonen, så er det utelukkende for å ivareta et naturlig og berettiget informasjonsbehov blant de andre elevene. Selve vedtaket er imidlertid underlagt taushetsplikt og er ikke bekjentgjort blant andre elever.

Vi viser for øvrig til barneombudets uttalelse til foreldrene: (vedlagt)

"... skolen vil gjerne ha plikt til å samtale med barna om det som skjedde, dersom barna har hatt behov for det".

Vi vurderer det også slik at skolens personale må holdes informert om hvordan skolens ledelse takler og sanksjonerer slike hendelser.

Et kritikkverdig forhold kan sies å være selve formuleringen som ble sendt foreldrene om at det kunne opplyses om vedtaket i alle klasser.

Det rektor sikter til med denne formuleringen, er den informasjonsplikten rektor oppfatter at han har overfor de andre elevene. Rektor har beklaget denne formuleringen overfor foreldrene

og innser at den kunne ha gjort dem usikre på hva som var gitt av informasjon.

Vi presiserer at det kun er de elevene som var vitne til hendelsen, som uroer seg over situasjonen og som skolen vurderer å ha en berettiget informasjonsbehov, som er informert om selve sanksjonen.

[...] kommune utøver en streng forvaltning av taushetsplikten. Denne hendelsen fant sted i en situasjon med en rekke medelever til stede. Dette er elever som hadde et berettiget behov for å bli informert om skolens oppfølging av hendelsen, herunder også om hvordan hendelsen sanksjoneres».

Klagernes advokat bemerket til dette at det fremsto som lite sannsynlig at informasjonen om utvisningen ble gitt til færre personer enn det som fremgikk av skolens opprinnelige brev til foreldrene. Videre stilte han spørsmål om også elever som ikke hadde vært vitne til voldsepisoden, hadde fått informasjon.

Kommunen presiserte senere at klassene som ble informert, var de som hadde opplevd hendelsen.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

I opplæringslova 17. juli 1998 nr. 61 § 15-1 første ledd er det bestemt at forvaltningsloven gjelder for «verksemd som etter lova her blir driven av forvaltningsorgan, med dei særreglane som er fastsette i lova her».

Regler om forvaltningens taushetsplikt er gitt i forvaltningsloven 10. februar 1967 §§ 13 flg. Den aktuelle bestemmelsen om taushetsplikt i denne saken er § 13 første ledd nr. 1, der det fremgår at enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om «noens personlige forhold». Begrensninger i taushetsplikten er gitt i blant annet §§ 13 a og 13 b.

Spørsmålet om det er begått brudd på taushetsplikten må vurderes hver for seg når det gjelder opplysninger gitt om selve hendelsen og opplysninger om reaksjonen.

Spørsmålet om hvilke elevgrupper ved skolen som fikk informasjon om hendelsen og reaksjonen, har vært kommentert av partene. Jeg tar til etterretning det som er fremkommet fra begge sider om dette, men kan i et slikt spørsmål vanskelig trekke en konklusjon om omfanget av spredningen. Uansett kan jeg ikke se at spørsmålet er av avgjørende betydning, og jeg viser til det som fremkommer nedenfor om hvilke hensyn som gjør seg gjeldende når opplysninger allerede foreligger for en gruppe elever.

#### 1. Opplysninger gitt om hendelsen

Det første spørsmålet som det må tas stilling til, er om opplysningen om selve hendelsen gjelder «noens

personlige forhold», jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Dette må besvares bekreftende. Eleven slo til læreren i ansiktet, slik at hun ble skadet og kjørt til sykehus og deretter sykmeldt i tre uker. Det må i alminnelighet antas at de fleste som gjør noe slikt, ikke ønsker at informasjon om hendelsen skal bli spredd. Ombudsmannen har for eksempel tidligere lagt til grunn at opplysninger om straffbare forhold som utgangspunkt er underlagt taushetsplikt. Spørsmålet må likevel vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, jf. ombudsmannens årsmelding for 1988 s. 76 og 2000 s. 88 (Somb-1988-23 og Somb-2000-15).

En opplysning som gjelder «noens personlige forhold», vil ikke alltid være underlagt taushetsplikt. Det må vurderes om en av unntaksbestemmelsene i forvaltningsloven kommer til anvendelse. Den aktuelle bestemmelsen i dette tilfellet er forvaltningsloven § 13 a nr. 3, der det er bestemt at taushetsplikt ikke er til hinder for at «opplysningene brukes når ingen berettiget interesse tilsier at de holdes hemmelig, for eksempel når de er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder». Det er de nevnte eksemplene som er de praktisk sett viktigste unntakene, se Geir Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (4.utg. 2006), s. 263 flg.

Spørsmålet om det forelå en berettiget interesse for eleven i at det ikke ble informert om hendelsen til andre elever ved skolen, må sees i lys av at det var flere elever som var til stede. Det kan ikke legges til grunn at opplysningen dermed var «alminnelig kjent», men dette kan i en slik situasjon ikke være avgjørende. I og med at flere hadde observert det passerte, var man ikke i en situasjon med full kontroll over hvordan og hvilke opplysninger som ble gitt videre mellom elevene. Det var en alvorlig hendelse som fant sted, og det var nærliggende at opplysninger om dette raskt ville spre seg blant elevene. I et slikt tilfelle må skolen sies å ha et ansvar for selv å informere om hva den la til grunn at hadde skjedd, også av hensyn til den aktuelle eleven. Skolen kunne slik forhindre at det ble skapt en uriktig oppfatning av hendelsen, noe som kunne bidratt til ytterligere skade, se om dette i kommunens brev hit. I tillegg kommer at skolen hadde et ansvar overfor de andre elevene. Dette forholdet er omtalt i brev fra Barneombudet til elevens mor.

Jeg kan etter dette ikke se at den måten skolen formidlet informasjon om voldsepisoden på, var i strid med taushetspliktsreglene i forvaltningsloven.

#### 2. Opplysninger gitt om reaksjonen

Opplysningen om at eleven var utvist i tre dager, gjelder «noens personlige forhold», jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Også når det gjelder denne opplysningen, må spørsmålet om mulig brudd på taushetsplikten vurderes i forhold til unntaksbestemmel-

sen i forvaltningsloven § 13 a nr. 3. Det er opplysningen om utvisningsvedtakets konklusjon og ikke hele vedtaket, vurderingen her gjelder.

Opplysningen om at eleven var utvist i tre dager var ikke kjent blant elevene på samme måte som opplysningen om selve hendelsen. Informasjonen om reaksjonen ble imidlertid gitt i forbindelse med at skolen informerte om det som hadde skjedd. Spørsmålet om taushetsplikten må vurderes i lys av dette.

Skolens ordensreglement har bestemmelser om utvisning. Det må derfor legges til grunn at elevene hadde generell kunnskap om hva som kunne være mulige reaksjoner på det som hadde skjedd. Reaksjoner etter ordensreglementet skal kunne ha en allmennpreventiv effekt. Det har derfor betydning for skolemiljøet å vise at det i praksis blir fulgt. Disse momentene, i tillegg til hensynet til likebehandling, tilsier at det blir gitt informasjon om ilagte reaksjoner.

I tillegg kunne de andre elevene observere at eleven samme dag og dagene etter hendelsen ikke møtte på skolen. Selv om det dermed heller ikke på dette punktet kunne legges til grunn at opplysningen om reaksjonen var «alminnelig kjent», var også dette forholdet kjent blant mange.

I den situasjonen som hadde oppstått, er det ikke vanskelig å se skolens behov for å gi en samlet informasjon om hele prosessen, blant annet for å synliggjøre skolens holdning til det som hadde skjedd. Videre gjør de samme hensyn seg gjeldende som ved vurderingen av taushetsplikten i forbindelse med selve hendelsen, der det å sørge for korrekt informasjon fremstår som viktig. Opplysning om konklusjonen i et utvisningsvedtak kan heller ikke sies å være spesielt personsensitiv.

Etter en helhetsvurdering har jeg kommet til at skolen ikke brøt taushetsplikten da det ble informert om reaksjonen. Spørsmålet kan sies å være noe mer tvilsomt enn det tilsvarende om hendelsen, i og med at reaksjonen ikke var kjent blant elevene på samme måte som hendelsen. Generelt er det også viktig å få frem at konklusjonen gjelder denne konkrete saken, og at vurderingen vil kunne bli en annen under andre omstendigheter. Det må alltid foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak, slik at det å opplyse om at en elev er utvist, vil kunne innebære brudd på taushetsplikten. Det samme gjelder for øvrig også opplysninger om en elevs adferd.»

### 53.

#### **Bostipend – særskilt linje med lange skoledager på videregående skole**

(Sak 2009/1328)

*Lånekassen avslo søknad om bostipend til elev som gikk på rytterlinja på videregående skole. Eleven hevdet blant annet at det på grunn av skoledagens lengde var nødvendig å bo ved lærestedet.*

*Ombudsmannen kom til at det var uklart hvilke utdanningsrettslige regler Lånekassen hadde lagt til grunn for sin vurdering av skoledagens lengde. Lånekassen ble bedt om å behandle saken på nytt.*

A søkte om stipend til videregående opplæring ved rytterlinja, X videregående skole. I brev fra skolen var det redegjort for skoletilbudet og for nødvendigheten av at elevene bodde i umiddelbar nærhet av hestesportssenteret der en stor del av undervisningen foregikk.

Lånekassen avslo søknaden, men skrev at den ville bli behandlet på nytt dersom skolen bekreftet at timene søkeren brukte på tilsyn og stell av hest, inngikk i «den vanlige timeplanen» og at de var «en del av ordinær læreplan».

Skolen ba Lånekassen om at flere søknader, også As, ble behandlet på nytt, og skrev blant annet:

«Hesten må være oppstallet på hestesportsenteret i skoleåret for at opplæringen skal kunne gjennomføres i henhold til plan. Elevene må bo på senteret eller i umiddelbar nærhet av senteret hvis det i praksis skal være mulig å gjennomføre skoleåret. Daglig tilsyn og stell av hest (1-2 ganger pr dag) inngår i opplæringen og kommer i tillegg til timeplanfestet og organisert opplæring og trening og deltakelse i konkurranser. Det er en forutsetning for et praktisk gjennomførbart og godt undervisningsopplegg at elev og hest "bor" i nærheten av hverandre. Etter avtale med skolen stiller hestesportsenteret til enhver tid et tilstrekkelig antall hybler/hybelleiligheter og stallplasser til disposisjon for de elevene som tas inn. (...)

(...) Rytterelever fra Y som tidligere har forsøkt å bo hjemme, har alle gitt opp dette og flyttet til senteret etter kort tid. Hjemmeboende elever vil være helt avhengige av foreldretransport til og fra senteret 1-2 ganger hver dag – i tillegg til transport mellom skolen og senteret i skoletiden. Alternativet for disse elevene vil i praksis være å bytte til et annet utdanningsløp.»

Lånekassen svarte blant annet:

«X videregående skole tilbyr studiespesialisering og idrettsfag med ryttersport som valgfritt programfag. Det valgfrie programfaget utgjør 5 undervisningstimer per uke og inngår i den obligatoriske læreplanen på henholdsvis 30 og 35 undervisningstimer per uke. Det er bare undervisning og andre aktiviteter (trening) som inngår i den obligatoriske læreplanen som gir grunnlag for tildeling av bostipend. Undervisning eller an-

dre aktiviteter ut over dette gir ikke slikt grunnlag.

Skolen opplyser at daglig tilsyn og stell av hest (1-2 ganger pr dag) inngår i opplæringen og kommer i tillegg til timeplanfestet og organisert opplæring og trening og deltakelse i konkurranser. Da dette går ut over den obligatoriske læreplanen, gir det ikke grunnlag for bostipend.»

I skolens svar het det blant annet:

«Ryttersport er en individuell idrett, basert på læreplan for idrettsfag (...) med nødvendig lokal tilpasning til ryttersport – slik det må og skal gjøres for alle idretter. Den praktiske del av opplæringen består av fagene Aktivitetslære, Treningsledelse og Toppidrett, hvorav de to siste krever betydelig spesiell tilrettelegging mht ryttersport.

Mens Aktivitetslære i hovedsak dreier seg om eleven selv og slik kan ivaretas innenfor en vanlig skoledag, er dette i praksis umulig både for Treningsledelse og spesielt for Toppidrett, hvor de fleste opplæringsmål gjelder både hest og rytter, og hvor det er umulig å skille mellom de to.

(...)

(...) [Det] sier seg selv at ordinær skoledag ikke strekker til hvis alle mål i læreplanen skal nås. Den praktiske delen av opplæringen må av sikkerhetsmessige grunner skje i grupper med maks 4-5 elever, og en god del av den praktiske opplæringen må da skje utenom den ordinære skoledagen – før ordinær skolestart om morgenen eller om ettermiddagen. Føring og stell av hest foregår morgen og kveld. For at våre elever skal få nødvendig opplæring i treningsledelse (...), må de også være til stede når andre har opplæring. Våre elever er heldige fordi svært mange sprangstevner arrangeres på Z, normalt fra fredag/lørdag til søndag, men planlegging og banebygging må av praktiske årsaker skje på kveldstid.

Faste uketimeplaner er ikke lenger hensiktsmessig og heller ikke forutsatt i gjeldende læreplan, men skolen må sørge for at elevene i løpet av et skoleår får den opplæringen de har krav på. Aktivitetsnivået kan derfor variere noe alt etter sesong/årstid, men halltrening, stell av hest, teoriundervisning og egentrening foregår hele året. En skoledag for rytterelevne kan derfor se slik ut:

Kl 06.00: felles frukost (viktig for kosthold til hybelboere)

Kl 07.00: sprangtrening for 1-2 elevgrupper, ev også teori

Kl 10.00: skolen (fellesfag som norsk, matematikk mv)

Kl 14.00: sprangtrening for øvrige grupper, ev også teori

Kl 18.00 stillarbeid, stevneplanlegging, banebygging, individuell trening mv»

Lånekassen svarte slik:

«[Det] er bare undervisning og andre aktiviteter som inngår i den obligatoriske læreplanen som gir grunnlag for bostipend. Undervisning eller andre aktiviteter utover dette gir ikke slikt grunn-

lag. Lånekassen kan ikke se at elevenes aktiviteter utover normal skoledag som er beskrevet i skolens brev (...), gir grunnlag for bostipend.»

A og hennes far (heretter kalt klagerne) sendte en ny søknad til Lånekassen, hvor det blant annet fremgikk følgende:

«For As vedkommende innebærer det i så fall at hun måtte dra hjemmefra før kl 05.30 og at hun ikke ville komme hjem før ca kl 21.30 hver dag. (...)

Lånekassen avsto søknaden. Vedtaket ble påklaget. Lånekassens klagenemnd tok ikke klagen til følge og skrev blant annet:

«(...) Det er bare undervisning/aktiviteter som inngår i den obligatoriske læreplanen på 35 timer per uke som gir grunnlag for bostipend. Det er vist til at daglig tilsyn og stell av hest, trening og andre aktiviteter ut over den ordinære timeplanen, gjør det nødvendig for klageren å bo ved hestesportssenteret for å kunne gjennomføre opplæringen. Da dette går ut over den obligatoriske læreplanen, kan det ikke inngå i vurderingsgrunnlaget for om det kan gis bostipend.»

Saken ble deretter brakt inn for ombudsmannen. I brev herfra ble Lånekassen blant annet bedt om å redegjøre for hvordan forskrift om tildeling av utdanningsstøtte for undervisningsåret 2008-2009 § 17-2 annet ledd tolkes og anvendes. Det ble spesielt bedt redegjort for om forhold som gjelder skolen kan anses som «særlige forhold», og spurt om skoledagens lengde, kombinert med reisetid til foreldrehjemmet, kan kvalifisere for bostipend.

Lånekassen svarte blant annet dette:

«Lånekassen anvender § 17-2 annet ledd når det er dokumentert forhold som hindrer eller gjør det vanskelig å gjennomføre utdanningen ved å bo i foreldrehjemmet. I merknad til annet ledd er det presisert en del forhold som Lånekassen har funnet å kunne komme inn under bestemmelsen, og som ombudsmannen påpeker er alle forholdene av personlig og individuell karakter. Listen er ikke utfyllende, og Lånekassen vurderer alle slike saker ut fra om det er dokumentert forhold som gjør at søkeren må bo utenfor foreldrehjemmet for å kunne gjennomføre utdanningen. Forhold ved selve utdanningen eller ved skolen, har ikke vært ansett for å være særlige forhold som kommer under bestemmelsen i annet ledd.

Skoledagens lengde, kombinert med reisetid til foreldrehjemmet, har ikke vært ansett å være et særlig forhold, men har blitt vurdert etter § 17-2 første ledd. Som det fremgår av merknader til første ledd, skal eleven kunne følge den undervisningen og de aktiviteter som er fastsatt i læreplanen fra Utdanningsdirektoratet. Er denne undervisningen lagt til tidspunkt som fører til at eleven vil få en reisetid på mer enn tre timer per dag, eller det ikke finnes offentlig kommunikasjon som

eleven kan benytte på dette tidspunktet, gis det bostipend.»

Klagerne kom med merknader til Lånekassens redegjørelse. Lånekassen kommenterte disse slik:

«(...) Vi vil (...) bemerke at vi legger til grunn at elever som ikke oppfyller kravet til avstand og reisetid for å få tildelt bostipend, anses å kunne følge undervisning og andre aktiviteter som læreplanen forutsetter, uten å måtte flytte fra foreldrehjemmet.

Elever som tar studiespesialisering med toppidrett, slik som bl.a. rytterlinjen ved X videregående skole, og elever ved Norges Toppidrettsgymnas, forplikter seg alle til å delta i treningsaktiviteter utenom det som er fastsatt i læreplanen fra Utdanningsdirektoratet. Mange av disse aktivitetene foregår på kveldstid eller før skolestart om morgenen. Lånekassen har ikke tildelt elever ved disse utdanningene bostipend dersom ikke kravet til avstand og reisetid er oppfylt, og det er alltid undervisning og aktiviteter som inngår i læreplanen, som blir lagt til grunn ved vurderingen. Dersom det skulle gjøres unntak for elever ved rytterlinjen, ville det også kunne få betydning for elever ved de andre toppidrettslinjene.»

Klagerne svarte blant annet at elever ved rytterlinja må bo i nærheten av hesten for å kunne trene sammen med den, stille og passe den, og at dette innebar en forskjell sammenlignet med elever ved andre idrettslinjer.

I brev herfra ble Lånekassen bedt om å opplyse og begrunne hvilke deler av undervisningen og aktivitetene ved rytterlinja som ble ansett å gå ut over læreplanene. Det ble sitert fra side 14 i vedlegg 1 til rundskriv Udir-08-2009 om at alle timetall er minstetimetall for elevene og at skoleiere står fritt til å tilby flere timer, og bedt opplyst om Lånekassen ser bort fra undervisning og aktiviteter som går ut over læreplanenes minstetimetall. Lånekassen ble bedt om å vurdere om dette i så fall var en hensiktsmessig og forsvarlig avgrensning.

I Lånekassens svar het det:

«(...) Lånekassen har lagt vekt på at utdanningsfinansieringen skal omfatte undervisning og aktiviteter/trening som inngår i den fastsatte læreplanen, og som eleven får uttelling for på primærvitnemålet. Trening og aktiviteter som kommer i tillegg til selve læreplanen og som ikke blir ført på vitnemålet, har vi ikke ansett for å være et slikt særlig forhold som kan komme inn under § 17-2 annet ledd.

(...)

Når Lånekassen og klagenemnda henviser til læreplanen, gjelder det alltid læreplanen som er fastsatt av Utdanningsdirektoratet. Læreplanen fastsetter hvor mange årstimer fagene i Vg1 (982 timer), Vg2 (980 timer) og Vg3 (981 timer) utgjør. Fordelt på antall uker utgjør dette 35 timer per uke for utdanningsprogrammet for idrettsfag.

(...)

Vedlegg 1 til rundskriv Udir 8-2009 omhandler fag- og timefordelingen i grunnopplæringen, dvs. barne- og ungdomstrinnet, og kommer ikke til anvendelse for videregående opplæring.»

Det ble herfra vist til at vedlegg 1 til rundskriv Udir-08-2009 også omhandler videregående opplæring, og bedt om at spørsmålene ble besvart i lys av dette.

Lånekassen skrev så blant annet:

«Lånekassen legger til grunn de timene som er fastsatt i læreplanen og som gir uttelling på vitnemålet, når vi vurderer om deltakelse i disse obligatoriske timene vil føre til at reisetiden mellom foreldrehjem og skole blir over tre timer tur-retur. Selv om skolene har adgang til å gi tilbud utover de fastsatte timene, har vi i vår vurdering av søknader om bostipend ikke tatt hensyn til ikke obligatoriske aktiviteter som er lagt til en tid på dagen som vil føre til at reisetiden blir over fastsatt grense. Dette gjelder aktiviteter som X skole nevner, slik som halltrening, stell av hest og egentrening, som ikke er en del av læreplanen og som ikke gir uttelling på vitnemålet. (...)»

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Forskrift 25. februar 2008 om tildeling av utdanningsstøtte for undervisningsåret 2008-2009 § 17-2 lyder slik:

«Søker som ikke bor hos foreldrene, får bostipend når reisetiden mellom foreldrehjemmet og skolen er tre timer eller mer samlet per dag, eller avstanden er 40 km eller mer.

Bostipend kan også gis når søkeren må bo utenfor foreldrehjemmet på grunn av andre særlige forhold.»

Søknaden i denne saken er begrunnet i at lange skoledager gjør det nødvendig å bo ved hestesports-senteret. Jeg oppfatter det slik at skoledagenes lengde har hatt betydning ved Lånekassens vurdering av om kravene til reisetid og -avstand mellom foreldrehjemmet og skolen i første ledd har vært oppfylt, og at Lånekassen i den sammenhengen har sett bort fra opplæring ut over 35 timer per uke. Videre oppfatter jeg det slik at det ikke har vært aktuelt å anse skoledagenes lengde som «særlige forhold» etter annet ledd.

Det er Lånekassens anvendelse av forskriftsbestemmelsens annet ledd som har vært undersøkt her. Vilkåret «særlige forhold» er utpreget skjønnsmessig. Sammen med Lånekassens hensiktsmessighets-skjønn, jf. «kan», tilsier det at det i stor grad må være opp til Lånekassen å avklare og bestemme nærmere når det skal gis bostipend etter annet ledd. Eksemplene på «særlige forhold» i merknaden til forskriftsbestemmelsen omfatter bare forhold av personlig karakter. Jeg finner derfor grunn til å være tilbakeholden med å prøve rimeligheten i Lånekassens vedtak.

Imidlertid oppfatter jeg det slik at en årsak til at det ikke har vært aktuelt å anse skoledagenes lengde som «særlige forhold», er at det også ved denne vurderingen har vært lagt til grunn en 35-timers skoleuke. Jeg er i tvil om det er grunnlag for å gjøre det. Som det fremgår på side 14 i vedlegg 1 til Utdanningsdirektoratets rundskriv Udir-08-2009, er time-tallene i læreplanene minstetimetall; skolen står fritt til å tilby flere timer enn dette.

Lånekassen har vist til at det er undervisning, aktiviteter og timer som gir uttelling på vitnemålet, som legges til grunn ved vurderingen av søknader om bostipend. Det er ikke nærmere angitt hvilke bestemmelser om vitnemålet det siktes til. Jeg finner derfor grunn til å vise til forskrift 23. juni 2006 nr. 724 til opplæringslova § 3-3 første ledd om at grunnlaget for vurderingen i fag er «dei samla kompetansemåla i læreplanane for fag slik dei er fastsette i læreplanverket». Under henvisning til dette kan det sies at opplæring i fag også ut over 35 timer per uke vil kunne øke elevenes kompetanse, og dermed gi uttelling for karakterene på vitnemålet.

Det fremstår etter dette som uklart hvilke utdanningsrettslige regler Lånekassen har lagt til grunn, om det er grunnlag for forutsetningen om 35 timers skoleuke og om det skulle vært foretatt en nærmere vurdering av hvor lange skoledagene faktisk er. Jeg må derfor konkludere med at det «knytter seg be-grunnet tvil til forhold av betydning i saken», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd, og jeg ber Lånekassen om å behandle saken på nytt.

(...)

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av Lånekassens nye behandling av saken ved oversendelse av kopi av brev til klagerne.»

## Trygd og barnebidrag (Nav)

### 54.

#### Synshemmedes rettigheter i møte med Nav

(Sak 2008/1446)

*Spørsmål om Navs praksis med å kreve skriftlig under-tegnede søknader på papir og sende vedtak i vanlig brev form var diskriminerende overfor synshemmede brukere. Etter en gjennomgang av den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven samt internasjonale konvensjoner om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, kom ombudsmannen til at han vanskelig på et rettslig grunnlag kunne rette eksplisitt kritikk mot dagens praksis i Nav. Han fant imidlertid grunn til å minne om de skjærpede krav til offentlige myndigheter som nå følger av lov og kon-*

*vensjon, og oppfordret samtidig til en «overoppfyllelse» av lovens tidsfrister.*

En synshemmet bruker A klaget til ombudsmannen over offentlige etaters – især Navs – manglende tilretteleggelse av bruk av elektroniske søknadsskjemaer for blinde og svaksynte. Det ble anført at synshemmede burde ha adgang til å søke elektronisk om ytelse fra Nav, samt få vedtak tilsendt elektronisk. I dag må skjemaene som ligger elektronisk på Navs hjemmesider, skrives ut på papir og fylles ut for hånd før skjemaet signeres. Dette medfører at synshemmede trenger hjelp av en seende, og således fratras selvstendighet. Særlig enslige synshemmede må også gi fra seg ellers taushetsbelagt informasjon om seg selv til utenforstående ved utfylling av skjema.

I brev til Arbeids- og velferdsdirektoratet ble det først vist til den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven som trådte i kraft 1. januar 2009. Direktoratet ble bedt om å gi sitt syn på hvorvidt dagens praksis i Nav, som syntes å stille krav om søknad og signatur på papirdokument, var i overensstemmelse med den nye lovens § 4 første ledd, jf. tredje ledd om forbud mot indirekte diskriminering. For det tilfellet at gjeldende praksis måtte anses å være i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetslovens bestemmelser, ble direktoratet bedt om å opplyse hvilke tiltak Nav hadde iverksatt eller ville iverksette for å forhindre denne type diskriminering overfor synshemmede brukere. Direktoratet ble også bedt om å gi en kort redegjørelse for hvilke tilrettelegginger og tiltak som eventuelt ville være nødvendige for at brukere som ønsket det, kunne søke og få tilsendt vedtak elektronisk som et alternativ til ordinær brevpost.

I svaret hit understreket direktoratet først at det var kjent med de utfordringene som etaten stod overfor i møte med sine synshemmede brukere, og direktoratet hadde stor forståelse for de praktiske problemene som ble beskrevet av A i klagen til ombudsmannen. Direktoratet mente videre at alle brukere hadde en berettiget forventning om at Navs tjenester skulle være tilgjengelig uavhengig av funksjonsevne. Det ble redegjort for at all informasjon som i dag legges ut på [www.nav.no](http://www.nav.no), kunne leses av synshemmede. Dette gjaldt likevel ikke de skjemaene som lå ute i pdf-format. Direktoratet opplyste at det nå var startet et forsøksprosjekt der også disse skjemaene skulle kunne leses av synshemmede. Imidlertid var det ikke mulig å fremsette krav elektronisk eller få tilsendt informasjon fra Nav som inneholdt personsensitive opplysninger elektronisk.

Direktoratet redegjorde videre for at Fornyings- og administrasjonsdepartementet nå ledet et felles prosjekt for offentlig sektor der målsetningen var å utvikle en fullstendig elektronisk forvaltning tilgjengelig for alle brukere, jf. St. meld. nr. 17 (2006-07)

*Eit informasjonssamfunn for alle.* Den største utfordringen med tanke på elektronisk forvaltning var sikkerhet. Det sikkerhetsnivået som var nødvendig for at man skulle kunne sende personsensitive opplysninger elektronisk, krevde at begge parter var utstyrt med elektronisk ID levert fra samme leverandør. Direktoratet opplyste at det tok aktivt del i arbeidet med å finne en løsning på slike utfordringer, blant annet knyttet til utviklingen av eID.

Konkret i forhold til diskriminerings- og tilgjengelighetslovens bestemmelser, gjorde direktoratet rede for at loven pålegger endring av IKT-løsninger. Nye IKT-løsninger som underbygger virksomhetens alminnelige funksjoner, og som er hovedløsningen rettet mot eller stillet til rådighet for allmennheten, skal være universelt utformet fra og med 1. juli 2011, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 11 annet ledd. For eksisterende IKT-løsninger gjelder plikten fra 1. januar 2021. Direktoratet konkluderte med at det ikke kunne se at dagens praksis i forhold til elektroniske løsninger var i strid med den nye loven.

Til slutt minnet direktoratet om den muligheten brukere alltid hadde til å avtale tid på sitt lokale Nav-kontor for å få hjelp til å fylle ut nødvendige skjemaer eller få opplest vedtak fra Nav. Direktoratet opplyste at det lå i kravene til de nye Nav-kontorene at de skulle være universelt utformet og således brukervennlige for synshemmede.

I e-post kom A med merknader til direktoratets svar. Det ble blant annet fremholdt at Nav burde fjerne alt som hadde med pdf å gjøre fra sine nettsteder, siden dette ikke var lesbart for synshemmede. I tillegg ble det pekt på det u hensiktsmessige ved at synshemmede måtte oppsøke saksbehandler for å søke om ytelser eller få lest opp vedtak. Dette medførte at brukerne ble fratatt selvstendighet. Mange synshemmede var dessuten skeptiske til at en saksbehandler først skulle forberede saken, og deretter lese opp resultatet i etterkant. Det ble understreket at synshemmede ikke kunne kontrollere resultatet på samme måte som seende.

#### **I mitt avsluttende brev til direktoratet uttalte jeg:**

«Den sentrale bestemmelsen i den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 20. juni 2008 nr. 42 er § 4 første ledd, som helt generelt slår fast at «[d]irekte og indirekte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt».

Etter sin ordlyd rammer § 4 temmelig vidt. Det nærmere nedslagsfeltet til bestemmelsen vil måtte utvikles gjennom praksis, og det gjenstår å se hvordan § 4 vil håndheves av likestillings- og diskrimineringsombudet samt nemnda. Det er neppe grunnlag for å slå fast at dagens praksis i Nav med å kreve skriftlig undertegnet søknad på papir, er i direkte strid med § 4. Jeg vil likevel knytte noen merknader

til den nærmere fortolkningen av bestemmelsen, og begrunne min konklusjon mer i detalj.

Paragraf 4 tredje ledd presiserer hva som menes med indirekte diskriminering:

«Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre.»

Etter min mening rammes dagens praksis i utgangspunktet av definisjonen over. Kravet om utfyllt og signert søknadsskjema på papir er formulert nøytralt, men det har vist seg at det i praksis rammer synshemmede verre enn seende ved at førstnevnte henvises til å søke hjelp fra utenforstående i søknadsprosessen.

At praksisen i utgangspunktet rammes av ovennevnte ordlyd medfører at forskjellsbehandlingen – for å være tillatt – må begrunnes i et saklig formål og ikke være uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, jf. § 4 fjerde ledd. Om en velger å se det slik at fjerde ledd er et unntak fra det generelle forbudet mot diskriminering, eller om forskjellsbehandling som er begrunnet i et saklig formål overhodet ikke faller inn under diskrimineringsbegrepet, går etter min mening ut på det samme. Direktoratets syn om at det å håndtere personsensitiv informasjon på en sikkerhetsmessig forsvarlig måte etter forholdene vil kunne utgjøre et slikt saklig formål som begrunner forskjellsbehandling, er i utgangspunktet rettslig holdbart. Imidlertid vil jeg her reise et spørsmål som ikke er berørt av direktoratet. Direktoratet fremholder sterkt at spredningsfaren er den vesentligste innvendingen mot å åpne for en elektronisk forvaltning på dette området nå. Slik jeg forstår A og andre synshemmede, synes de dog å kunne akseptere en slik risiko dersom dette medfører større uavhengighet og selvstendighet. Mot et slikt bakteppe svekkes sikkerhetsargumentet noe, og er ikke lenger like treffende. Denne saken dreier seg om å søke ytelser, dvs. goder fra Nav. Dersom bruker således aksepterer den risiko en elektronisk kommunikasjon alltid vil utgjøre – med tanke på bl.a. spredning av personsensitiv informasjon – setter jeg spørsmålsteget ved om henvisningen til de sikkerhetsmessige hensyn er holdbar. Jeg tror ikke faren for bedrageri, identitetstyveri mv. blir vesentlig større ved en elektronisk forvaltning enn ved nåværende ordning. Heller ikke en underskrift på papir er jo nødvendigvis noen garanti for at personen som søker er den han eller hun utgir seg for å være, og ikke sjelden ser en at post kommer bort på postkontor mv. Slik sett ser jeg ikke umiddelbart noen avgjørende sikkerhetsmessige innvendinger mot å åpne for elektronisk kommunikasjon på dette området nå.

Når jeg har kommet til at dagens praksis ikke rammes av det generelle forbudet mot indirekte diskriminering i § 4, skyldes det dels også spesialbestemmelsen i § 11 om plikt til universell utforming av IKT-løsninger. Denne bestemmelsen går direkte på det som er As hovedanliggende i saken. Direktoratet har i tilknytning til bestemmelsen uttalt at det ser behovet for å ha fokus på lovens krav, slik at en settes i stand til å overholde tidsfristene i § 11 annet ledd. Det er viktig at forvaltningen er oppmerksom på de krav som loven her stiller. For så vidt gjelder tidsfristene, fremstår disse som lite ambisiøse. Jeg vil derfor se positivt på og oppmuntre til at direktoratet «overoppfyller» lovens krav. Her viser jeg til at i høringsrunden var det en rekke instanser som i likhet med meg pekte på at fristene burde være kortere, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kapittel 10.5.5.4. Jeg minner i denne sammenheng også om den generelle aktivitetsplikten i lovens § 3, der det fremgår at offentlige myndigheter skal arbeide «aktivt, målrettet og planmessig» for å fremme lovens formål. Også dette kan tas til inntekt for at en bør etterstrebe en tidligere oppfyllelse enn det de nevnte tidsfrister legger opp til.

Et annet tema som klagen foranlediger merknader til, er FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne som Norge undertegnet 30. mars 2007. Grunnloven § 110 c pålegger statlige myndigheter å «respektere og sikre» menneskerettighetene. Om ombudsmannens rolle knyttet til menneskerettighetene heter det i ombudsmannsloven § 3:

«Som Stortingets tillitsmann skal ombudsmannen på den måte som fastsatt i denne loven og i hans instruks, søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.»

Så vidt jeg forstår, er det Barne- og likestillingsdepartementet som har ansvaret for å koordinere spørsmålet om norsk ratifikasjon av konvensjonen. Selv om innholdet av konvensjonen således ennå ikke er formelt bindende for norske myndigheter, har Norge – ved å undertegne konvensjonen – signalisert sin vilje til å gjennomføre den og oppfylle konvensjonens formål.

En særlig interessant bestemmelse i konvensjonen med tanke på den foreliggende sak, er artikkel 9 som har regler om *accessibility* (tilgjengelighet). «Acessibility» er et av de generelle prinsippene konvensjonen bygger på, jf. artikkel 3 bokstav (f). I den originale engelske versjonen lyder artikkel 9 nr. 1 som følger:

«1. To enable persons with disabilities to live independently and participate fully in all aspects of life, States Parties shall take appropriate measures to ensure to persons with disabilities access,

on an equal basis with others, to the physical environment, to transportation, to information and communications, including information and communications technologies and systems, and to other facilities and services open or provided to the public, both in urban and rural areas. These measures, which shall include the identification and elimination of obstacles and barriers to accessibility, shall apply to, inter alia:

- a) Buildings, roads, transportation and other indoor and outdoor facilities, including schools, housing, medical facilities and workplaces;
- b) Information, communications and other services, including electronic services and emergency services.» (min uth.)

Her understrekes det altså at for å sikre at funksjonshemmede settes i stand til å leve selvstendig og uavhengig og delta fullt ut på alle samfunnsområder, skal de kontraherende stater gjøre alle egnede tiltak for å sikre funksjonshemmede tilgang til blant annet informasjons- og kommunikasjonstjenester, herunder elektroniske informasjons- og kommunikasjonstjenester. Slike tiltak inkluderer identifikasjon og eliminasjon av hindre eller barrierer som står i veien for slik tilgang.

Bestemmelsen er interessant dels fordi den trekker frem hensynet til funksjonshemmedes selvstendighet og uavhengighet, som også sterkt er fremholdt av A i klagen hit. Dernest er bestemmelsen viktig fordi den garanterer funksjonshemmede tilgang til elektroniske informasjons- og kommunikasjonstjenester, samt pålegger de kontraherende stater å identifisere og fjerne hindre som står i veien for slik tilgang. Dette siste kan få betydning i forhold til Navs skjemaer i pdf-format, som – så vidt jeg forstår – er vanskelig lesbare for synshemmede. Jeg tar ikke her stilling til om det vil være direkte konvensjonsstridig med vanskelig lesbare skjemaer i pdf-format (istedenfor html), men igjen finner jeg grunn til å minne om konvensjonens krav til offentlige myndigheter i så måte. Myndighetene bør således i god tid før eventuell ratifikasjon forsikre seg om at praksisen er i samsvar med konvensjonens krav. Umiddelbart har jeg problemer med å se avgjørende argumenter for at Navs skjemaer må være i skrivebeskyttet pdf-format. Dermed dette ikke er tilstrekkelig begrunnet i et saklig formål, vil ordningen raskt være problematisk i forhold til de formelle krav som lov og konvensjon oppstiller.

Til slutt vil jeg peke på at jeg har stor forståelse for de innvendinger som A har reist for så vidt gjelder det å være henvist til å oppsøke en saksbehandler på Nav-kontoret for å søke om ytelser eller få lest opp vedtak. Å ha én og samme saksbehandler til først å sette opp søknaden, dernest behandle den for så å lese opp resultatet i ettertid kan opplagt bidra til å svekke tilliten både til saksbehandlingen og til resultatet. I



tillegg til de innvendinger som A har reist, kan det dessuten by på praktiske problemer å oppsøke lokalt Nav-kontor i distrikter der det er store geografiske avstander. Dette gjelder i enda større grad for synshemmede.

På denne bakgrunn finner jeg det vanskelig på et rettslig grunnlag å rette eksplisitt kritikk mot dagens praksis i Nav med å kreve skriftlig undertegnet søknadsskjema, men jeg har ansett det for viktig å minne om de skjerpede krav til offentlige myndigheter som nå fremkommer av både lov og konvensjon, slik at forvaltningen er seg bevisst på grensdragningene og mulige fremtidige problemområder. Jeg forutsetter at direktoratet nå selv holder et våkent øye med disse spørsmål. På et senere tidspunkt vil jeg eventuelt komme tilbake med en oppfølging av hvordan arbeidet med disse problemstillingene forløper.»

## 55.

### **Manglende svar fra Nav lokalt i sak om etterbetaling av barnetillegg**

(Sak 2008/2537)

*Nav lokalkontor ble flere ganger kontaktet av As advokat i forbindelse med etterbetaling av barnetillegg til innvilget uførepensjon, uten at han oppnådde å få svar.*

*Etter det som kom frem i forbindelse med undersøkelsen av saken, fant ombudsmannen grunn til å kritisere saksbehandlingen, herunder saksbehandlingstiden, ved to Nav lokalkontor. Det ble også funnet grunn til å kritisere Nav for å ha brukt lang tid på å svare ombudsmannen i saken.*

A fikk i Trygderettens kjennelse 8. juni 2007 medhold i klage over stans i utbetaling av barnetillegg. I etterkant av dette henvendte advokat B seg på vegne av A i flere brev og telefakser til Nav lokalkontor nr. 1 for å få utbetalt barnetillegget. Nav lokalkontor nr. 1 sendte et brev 10. september 2007 om etterbetaling, men advokaten klaget på utbetalingsvedtaket, herunder etterbetalingsbeløpets størrelse og størrelsen på løpende utbetaling av barnetillegg. Det ble også påpekt at det ikke kunne ses at det ble etterbetalt barnetillegg for samtlige av As fem barn. Da Nav lokalkontor nr. 1 ikke svarte advokaten på tross av flere skriftlige puringer, klaget han til ombudsmannen i brev 19. november 2008.

Nav lokalkontor nr. 1 ble i brev 25. november 2008 herfra bedt om å gi en redegjørelse i saken snarest og senest innen fem uker. Det ble bedt opplyst hvorvidt Nav hadde mottatt brevene og puringene fra advokaten, og i så fall hvorfor disse ikke var besvart. Dernest ble det bedt opplyst når advokaten kunne vente svar i saken. Nav lokalkontor nr. 1 ori-

enterte i brev om at saken var oversendt Nav Forvaltningsenheten for besvarelse, mens i et nytt brev fra Nav Forvaltningsenheten ble ombudsmannen orientert om at saken var oversendt Nav lokalkontor nr. 2 for besvarelse. I brev herfra 2. februar 2009 ble Nav lokalkontor nr. 2 bedt om å gi svar snarest og senest innen to uker. Nav lokalkontor nr. 2 ble minnet om saken i brev 26. februar 2009 og ble bedt om å svare ombudsmannen umiddelbart. I en påfølgende telefonsamtale ba en saksbehandler ved Nav Forvaltningsenheten om å få opplyst As fødsels- og personnummer slik at de kunne finne saken og sørge for at noen svarte ombudsmannen. Dette ble oppgitt, og det ble herfra samtidig presisert at saken nå var gammel og at ombudsmannen forventet å få svar fra Nav innen kort tid. Ettersom ombudsmannen fortsatt ikke mottok svar, ble Arbeids- og velferdsdirektoratet i brev 18. mars 2009 orientert om saken og bedt om å sørge for at ombudsmannen ble gitt svar snarest og senest innen to uker.

Nav lokalkontor nr. 2 svarte i brev 13. mars 2009. Imidlertid var ikke svaret fra Nav lokalkontor nr. 2 fyllestgjørende, og Nav lokalkontor nr. 2 ble i brev 2. april 2009 bedt om en nærmere redegjørelse, herunder om bakgrunnen for at det ble utbetalt barnetillegg allerede fra og med 1. september 2004, før Trygderettens kjennelse forelå, og om Nav hadde utbetalt barnetillegg for alle barna til A. Da Nav lokalkontor nr. 2 ikke kunne se å ha mottatt ombudsmannens nye henvendelse 2. april 2009, ble den sendt på nytt i brev 9. juni 2009. I e-brev 29. juni 2009 til ombudsmannen opplyste Nav lokalkontor nr. 2 at det ville være tidkrevende å gå igjennom saken og at de ikke hadde anledning til å prioritere denne saken nå. På denne bakgrunn så ombudsmannen seg nødt til på nytt å orientere Arbeids- og velferdsdirektoratet om saken. I brev 13. juli 2009 ba ombudsmannen direktoratet sørge for at ombudsmannen nå fikk svar på sine henvendelser til Nav i saken.

Nav lokalkontor nr. 2 svarte i brev 31. juli 2009. I brevet innrømmet Nav at håndteringen av denne saken hadde vært noe mangelfull og opplyste at det skyldtes store saksmengder og svikt i interne rutiner. Nav lokalkontor nr. 2 beklaget dette på det sterkeste. Det ble videre opplyst at det var en intern svikt som gjorde at utbetaling av barnetillegg allerede ble iverksatt i 2004, før endelig vedtak forelå, og at det også var en feilregistrering eller en teknisk feil som gjorde at det ikke var utbetalt barnetillegg for et av barna. Nav lokalkontor nr. 2 viste for øvrig til pensjonsbrev 10. september 2007 for nærmere om beregningen og etterbetalingen av barnetilleggene. Nav lokalkontor nr. 2 ville nå sende nødvendige opplysninger til Nav Pensjon for beregning og etterbetaling av barnetillegg for det barnet som var uteglemt.

Advokaten innga så merknader til saken og påpekte noen forhold han fortsatt mente Nav lokalkontor nr. 2 ikke hadde belyst godt nok.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Saksbehandlingen ved Nav

Denne saken har avdekket en svikt i saksbehandlingsrutinene til Nav, både ved den opprinnelige beregningen og utbetalingen av barnetillegg til A, og ved den videre oppfølgingen av advokatens henvendelser til Nav om beregningen av barnetillegg. På tross av flere henvendelser fra advokaten, har Nav ikke fanget opp henvendelsene og gitt ham et tilfredsstillende svar. Dette er et klart brudd på saksbehandlingstidsbestemmelsen i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) § 21-10 og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper med krav om forsvarlig saksbehandling. Nav har heller ikke oppdaget at A ikke har fått barnetillegg for samtlige fem barn, noe som er svært uheldig. Jeg må kunne forutsette at Nav har rutiner som sikrer at brukerne får de ytelsene de har krav på også i tider med stor saksmengde og omorganisering. Saksbehandlingen i denne saken gir grunn for kritikk av Nav lokalkontor nr. 1 og Nav lokalkontor nr. 2, og Nav lokalkontor nr. 2s beklagelse er på sin plass. Jeg har merket meg at Nav lokalkontor nr. 2 nå vil oversende saken til Nav Pensjon slik at det utbetales barnetillegg for barnet som er uteglemt, og jeg forutsetter at denne saken gis prioritet ved Nav Pensjon.

Advokaten mener det fortsatt mangler noen opplysninger i saken og at han ikke har fått oversendt fullstendig saksmappe i saken. Jeg forutsetter at Nav lokalkontor nr. 2 nå tar kontakt med advokaten for å klargjøre hvilken ytterligere informasjon han trenger.

#### 2. Behandlingen av henvendelser fra ombudsmannen

Stortinget har forutsatt at ombudsmannens henvendelser skal gis prioritet i forvaltningen. Det har ikke skjedd i denne saken. Henvendelsen herfra har blitt sendt mellom flere Nav-kontorer og ved to anledninger har det blitt ansett nødvendig herfra å kontakte Arbeids- og velferdsdirektoratet for å få bistand med å få svar i saken fra Nav lokalkontor nr. 2. Henvendelsene herfra i denne saken skulle som utgangspunkt ha vært enkle å besvare, og det er derfor klart kritikkverdig at Nav har brukt åtte måneder på å gi et tilfredsstillende svar.»

I brev 11. september 2009 fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til ombudsmannen, uttalte direktoratet at de tok ombudsmannens uttalelse svært alvorlig og at direktoratet hadde bedt Nav lokalkontor nr. 2 følge opp saken i henhold til ombudsmannens uttalelse og at «rutiner innskjerpes slik at denne type forhold ikke gjentar seg.» Direktoratet ville særskilt føl-

ge opp at det ble foretatt en snarlig utbetaling av barnetillegg fra Nav Pensjon til A.

### 56.

#### Saksbehandlingen ved Nav lokalt i en sak om forsinket utbetaling av uførepensjon

(Sak 2009/539)

*Nav lokalkontor ble flere ganger kontaktet av A da utbetalingen av hans uførepensjon stanset opp. A opplevde at han ikke fikk noen veiledning eller bistand fra lokalkontoret til å finne ut grunnen til at pensjonen uteble.*

*Etter det som kom frem i forbindelse med undersøkelsen av saken, fant ombudsmannen grunn til å kritisere saksbehandlingen ved Nav lokalkontoret, og da i særdeleshet den manglende oppfølgingen og veiledningen av A.*

A ble i 2004 innvilget uførepensjon med uføregrad på 100 prosent. I september 2008 flyttet A fra et sted i Norge til et annet og byttet i den forbindelse Nav lokalkontor. Han fikk utbetalt sin uførepensjon fra det tidligere Nav lokalkontoret til og med november 2008. I et notat 10. desember 2008 fra Nav Pensjon fremgår det at A fikk etterbetalt pensjon for desember 2008. Så stanset utbetalingene opp. Etter 20. januar 2009 tok A og hans fullmektig, B, flere ganger kontakt med As nye Nav lokalkontor både per telefon og ved personlig oppmøte. A opplevde imidlertid ikke å få hjelp og fikk heller ikke klarhet i hvorfor pensjonsutbetalingen hadde stanset. Nav lokalkontor henviste ham i stedet til sosialtjenesten. Da pengene fortsatt uteble, så A seg nødt til å be om sosialstønad, og fikk etter en tid innvilget nødhjelp. I mellomtiden var han henvist til legevaktens sosiale vaktjeneste der han kunne be om nødhjelp. Først tre uker etter første kontakt med Nav lokalkontor, fikk A oppgitt at det var utbetalingsenheten ved Nav Pensjon som hadde ansvar for pensjonsutbetalingen, men Nav lokalkontor ville ikke oppgi telefonnummeret dit. Telefonnummeret fant han imidlertid på Internett og Nav Pensjon, utbetalingsenheten, skal ha opplyst til A at pengene ble overført til ham 11. februar 2009. A klaget etter dette til ombudsmannen.

Nav lokalkontor ble så i brev herfra orientert om As klage over saksbehandlingen ved dette Nav kontoret. Det ble blant annet vist til at A mente at han hadde fått svært dårlig behandling ved Nav lokalkontor i forbindelse med at han kontaktet Nav for å få opplyst når han kunne vente å få utbetalt sin uførepensjon for januar måned 2009. Videre ble det vist til at han skulle ha fått opplyst fra Nav lokalkontor at han ikke lenger hadde krav på uførepensjon, at han nå måtte fremme søknad på nytt, og at han i mellomtiden måtte henvende seg til sosialtjenesten for å få

penger til løpende utgifter. I brevet herfra ble det også vist til at Nav lokalkontor skulle ha opplyst til A at kontoret ikke hadde tilgang til opplysninger om ham i registrene fordi han har hemmelig adresse. Til sist ble det også vist til at Nav lokalkontor skulle ha foreslått som en løsning på problemet at A sa fra seg sin hemmelige adresse.

Nav lokalkontor ble på denne bakgrunn bedt om å redegjøre for saksbehandlingen etter at saken ble overført fra det tidligere Nav lokalkontoret. Det ble også bedt oppgitt hvilke rutiner det aktuelle Nav lokalkontoret hadde for å håndtere saker der brukeren har hemmelig adresse. Til slutt ble det bedt om Nav lokalkontor sitt syn på om As sak var behandlet på en tilfredsstillende måte, og om han hadde fått god nok informasjon og veiledning fra Nav. Det ble bedt om at saksdokumentene i uførepensjonssaken ble oversendt sammen med svaret hit.

Da Nav lokalkontor ikke svarte innen fristen, ble det minnet om saken i brev 12. mai 2009.

Nav lokalkontor svarte i brev 18. mai 2009 og beklaget at det hadde tatt lang tid å svare og å klargjøre et kopisett av saksdokumentene. Videre skrev Nav lokalkontor:

«Som jeg forsøkte å forklare over telefonen så har han i en periode ikke fått utbetalt sin pensjon - utelukkende på grunn av en datafeil.

[A] har hemmelig adresse får utbetalt uførepensjon fra NAV. Det ble innført nytt datasystem for pensjonsområdet ved årsskiftet som viste seg å ikke takle "hemmelig adresse kode 7" og det resulterte i at han ikke fikk utbetalt pensjonen. Fra årsskiftet ble det også oppretta nye regionale og sentrale enheter innen pensjonsområdet (NAV pensjon) og siden trusselutsatte personer ikke skal håndteres av andre enn personer med utvidet autorisasjon til å behandle /ha innsyn i slike saker, så var det tilnærmet umulig for oss i [Nav] lokalt å sørge for avklaring og framdrift i feilretting.

Vi forstår at han havna i en uholdbar situasjon idet han ikke fikk pensjonsutbetalingene herfra og heller ikke fikk avklarende svar på hvordan saken kunne løses. Vi beklager dette, men mener at de feil som har oppstått i vår håndtering av saken dessverre har vært utenfor vår kontroll.

Jeg beklager også at dere ber om kopi av hele saksmappa hans etter å ha fått telefonisk tilbakemelding om at dette ikke kunne være å anse som nødvendig - idet hans problemer med å få utbetalingene i starten av året ikke relaterer seg til sakens dokumenter.»

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

#### *«1. Forsinket utbetaling av uførepensjon*

Det skal ikke skje at en bruker får forsinket utbetalt trygdeytelse til livsopphold som følge av omorganisering i Nav. En person som har fått innvilget uførepensjon, skal ikke bli nødt til å henvende seg til sosi-

altjenesten for å få midler til livsopphold i påvente av at Nav finner ut av feilen. Da A nå har fått utbetalt trygdeytelsen igjen, og da Nav lokalkontor har opplyst at grunnen til forsinkelsen var at det nye datasystemet for pensjon ikke håndterte hemmelig adresse, har jeg imidlertid funnet å la denne siden av saken bero med den beklagelse og redegjørelse som er gitt.

#### *2. Saksbehandlingen ved Nav lokalkontor*

I lov om folketrygd (folketrygdloven) 28. februar 1997 nr. 19 er det i kapittel 21 om saksbehandlingen i trygdesaker § 21-1 bestemt at «[f]orvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i dette kapitlet». Forvaltningen har etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 første ledd en alminnelig veiledningsplikt innenfor sitt saksområde. Det lovbestemte formålet med denne veiledningsplikten er å gi parter og andre interessenter adgang til å ivareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte. Det er gitt nærmere regler om veiledningsplikten i forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 kapittel 2. I tillegg har Nav utarbeidet et rundskriv om saksbehandlingen, herunder veiledningsplikten, rundskrivet er sist endret 23. mai 2008.

I forvaltningsloven § 11 annet ledd er det bestemt at forvaltningsorganet, her Nav lokalkontor, skal «av eget tiltak vurdere partenes behov for veiledning». A henvendte seg til sitt nye Nav lokalkontor da den månedlige utbetalingen av hans uføreytelse uteble. Det fremgår verken av den redegjørelsen Nav lokalkontor har gitt hit i brev 18. mai 2009, eller av de oversendte saksdokumentene, at Nav lokalkontor på bakgrunn av As henvendelser, foretok seg noe for å finne ut av grunnen til forsinkelsen. I de oversendte saksdokumentene ligger det ingen telefonnotater eller notater fra møter mellom A og Nav lokalkontor. Jeg må derfor legge til grunn den redegjørelsen som A har gitt i klagen hit 16. februar 2009 om at Nav lokalkontor møtte ham med mistro og avvisning, og at han ble henvist til å søke sosialstønad og også fikk oppgitt som et alternativ å si fra seg sin hemmelige adresse.

Nav lokalkontor har et ansvar for å veilede og informere brukerne som henvender seg dit. Det var Nav lokalkontors ansvar å finne ut hva som var grunnen til at utbetalingen var stanset, og når den igjen ville bli utbetalt. Dersom As hemmelige adresse forhindret saksbehandlerne ved lokalkontoret å gå inn i hans saksmappe, måtte de sørge for at noen med slik tilgang skaffet til veie den informasjonen han etter spurte og også sørget for at noen med slik tilgang kontaktet ham for å gi ham en tilbakemelding og annen informasjon han måtte ha behov for. Riktignok har jeg forståelse for at Nav lokalkontor ikke kunne gjøre noe for å løse det underliggende problemet, datafeilen som førte til at utbetalingen stanset, men jeg kan på ingen måte være enig i Nav lokalkontors be-

traktning om at «de feil som har oppstått i vår håndtering av saken dessverre har vært utenfor vår kontroll». Uansett kan dataproblemene på pensjonsrådet ikke unnskyldes den behandlingen A har fått ved Nav lokalkontor. For brukerne er Nav én enhet og lokalkontoret representerer arbeids- og velferdsetaten utad. Brukerne får også uttrykkelig beskjed om kun å forholde seg til lokalkontoret. Det må derfor kunne forventes at brukerne får den bistanden de trenger, og som de etter loven har krav på, ved sitt lokalkontor.

Etter dette synes det å være klart at Nav lokalkontor ikke gjorde tilstrekkelig for å finne ut av hvorfor utbetalingen av As løpende uførepensjon stoppet opp i januar 2009, at håndteringen av hans sak har vært utilfredsstillende og at det foreligger brudd på veiledningsplikten og informasjonsansvaret. Dette gir grunnlag for kritikk av Nav lokalkontor. Nav lokalkontor må nå utarbeide de nødvendige rutiner for å sikre brukerne den rett til veiledning og informasjon som de har krav på etter forvaltningsloven. Det er viktig at brukerne blir tatt på alvor og at de blir møtt åpent og respektfullt i sin kontakt med Nav.

Jeg vil også minne om at jeg i 2007 gjennomførte en generell undersøkelse av eget tiltak om arbeids- og velferdsetatens veiledningsplikt, opplysningsplikt og informasjonsansvar, særlig i forhold til brukere med nedsatt funksjonsevne. Undersøkelsen viste blant annet at en del brukere ikke fikk tilfredsstillende informasjon, særlig ikke om hvordan omorganiseringen av saksbehandlingen i forbindelse med Nav-reformen påvirket behandlingen av deres sak. Det vises til uttalelsen i sin helhet, gjengitt i ombudsmannens årsmelding for 2008 side 149 (somb-2008-39). As sak viser at problemområdene som ble løftet frem og belyst i den undersøkelsen fortsatt gjør seg gjeldende.

*3. Behandlingen av henvendelser fra ombudsmannen*  
Stortinget har forutsatt at ombudsmannens henvendelser skal gis prioritet i forvaltningen. Det har ikke skjedd i denne saken.

Jeg har videre merket meg at Nav lokalkontor beklager at ombudsmannen ba om kopi av saksdokumentene i uførepensjonssaken, da Nav lokalkontor var av den oppfatning at dokumentene ikke var nødvendig da de «problemer [A hadde] med å få utbetalingene i starten av året ikke relaterer seg til sakens dokumenter». Ombudsmannen kan i medhold av ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 7 kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv. På bakgrunn av det A anførte i klagen hit, ble det ansett nødvendig å se dokumentene tilknyttet hans uførepensjonssak.»

I brev 11. september 2009 fra Arbeids- og velferdsdirektoratet til ombudsmannen uttalte direktoratet at de tok ombudsmannens uttalelse svært alvorlig

og at direktoratet hadde bedt Nav lokalkontor følge opp saken i henhold til ombudsmannens uttalelse og at «rutiner innskjerpes slik at denne type forhold ikke gjentar seg.»

## 57.

### Veilednings- og begrunnelsesplikten i sak om barnebidrag med utenlandsk part

(Sak 2009/611)

*I en sak om fastsettelse av barnebidrag der bidragspliktige er svensk statsborger, anførte bidragspliktige at han på grunn av språkproblemer og manglende juridiske kunnskaper, verken forsto innholdet i vedtakene eller informasjonen han fikk fra Nav.*

*Ombudsmannen kom til at manglende tilbud om bruk av tolk og oversettelse av brev og vedtak fra Nav ikke kunne sees å være i strid med forvaltningsloven eller den nordiske språkkonvensjonen, og fant ikke grunnlag for rettslige innvendinger mot Navs saksbehandling.*

A er svensk statsborger, bosatt i Sverige og bidragspliktig for ett barn. Bidragsmottakeren er bosatt i Norge.

Etter bidragsmottakerens søknad om fastsettelse av bidrag, ble bidragspliktige i forhåndsvarsel fra Nav Utland bedt om å dokumentere sin inntekt. Dette ble gjentatt i ytterligere to brev fra Nav Utland. Etter spørsmål fra bidragspliktige ble det i disse brevene også gitt informasjon om saksbehandlingen av bidragssaker i Norge, og forskjellen mellom det norske og svenske bidragsregelverket. Ett av brevene var i tillegg oversatt til engelsk.

Nav Utland fastsatte bidraget fra 1. november 2007 med utgangspunkt i bidragspliktiges årsinntekt for 2006, fordi hans inntektsopplysninger ikke var dokumentert.

Bidragspliktige påklaget Nav Utlands vedtak og stilte igjen en rekke spørsmål om den norske bidragslovgivningen. Han opplyste at han hadde begrensede juridiske kunnskaper og språkkunnskaper i norsk og at deler av vedtaket derfor var uforståelig for ham. Videre mente han at han ikke hadde fått tilstrekkelig veiledning om behandlingen av bidragssaker i Norge. Han hadde også innvendinger mot Nav Utlands beregning av hans inntekt. I foreløpig svar på klagen opplyste Nav Utland at bidragspliktiges inntekter ikke var dokumentert, og han ble igjen bedt om å sende inn slik dokumentasjon. Nav Utland besvarte i eget brev de spørsmålene bidragspliktige stilte i klagen. Det ble blant annet opplyst at han ikke hadde krav på tolk og oversettelse av dokumenter til svensk, men at Nav Utland kunne tilskrive ham på engelsk. Bidragspliktige fikk også ved ytterligere et tilfelle skriftlig informasjon om saksbehandlingen i bidrags-

saker der en av partene er bosatt i utlandet, og ble blant annet gjort oppmerksom på informasjon om de norske bidragsreglene på Navs internettsider.

På samme tid som klagen over bidragsfastsettelsen var til behandling i Nav Klage og anke Oslo/Akershus, søkte bidragsmottakeren om fastsettelse av bidrag for barn over 18 år. I den forbindelse rettet bidragspliktige en ny henvendelse til Nav Utland med spørsmål om de norske bidragsreglenes anvendelse i saker med utenlandsk part. Henvendelsen ble besvart av Nav Utland på svensk, og det ble samtidig opplyst om muligheten til å ta kontakt med en navngitt svensk saksbehandler i Nav Utland for veiledning.

Nav Utlands vedtak ble stadfestet av Nav Klage og anke Oslo/Akershus. Bidragspliktiges senere begjæring om omgjøring av vedtaket ble ikke tatt til følge.

Bidragspliktige brakte saken inn for ombudsmannen under henvisning til at han på grunn av språkproblemer og manglende juridiske kunnskaper, verken forsto innholdet i vedtakene eller informasjonen han hadde fått fra Nav.

Ombudsmannen ba Nav Klage og anke Oslo/Akerhus om å redegjøre for om vedtaket oppfylte de innholdsmessige kravene til begrunnelse etter forvaltningsloven 10. februar 1967 (fvL.) § 25, og særlig om begrunnelsen oppfylte bestemmelsens krav til angivelse av rettsgrunnlag eller problemstilling, sett i lys av bidragspliktiges bakgrunn som ikke-jurist, og hans anførsler om at han verken forsto nynorsk eller bokmål. Det ble vist til at vedtaket inneholdt rundt fire sider med ordrett gjengivelse av lov- og forskriftstekst på nynorsk. Videre ble det bedt om en vurdering av om veiledningsplikten etter fvL. § 11 var oppfylt.

Det ble også bedt om en redegjørelse for hvilken betydning eventuell mangelfull veiledning kunne ha hatt for vedtakene, herunder om eventuell kommunikasjonssvikt kunne ha virket inn på for eksempel spørsmålet om bidragspliktiges inntektsgrunnlag. Nav Klage og anke ble i tillegg bedt om å redegjøre for hvilken betydning konvensjon 17. juni 1982 mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om nordiske statsborgeres rett til å bruke sitt eget språk i et annet nordisk land («den nordiske språkkonvensjonen»), har hatt i den foreliggende saken.

I Nav Klage og ankes svar hit ble det blant annet vist til at lov- og forskriftshjemler normalt gjengis i saker med utenlandske statsborgere, fordi disse kan ha vanskeligheter med å finne de aktuelle bestemmelsene på egen hånd. Nav Klage og anke medga at det i vedtaket kunne vært hensiktsmessig med en kortere fremstilling av regelverket, i stedet for en nøyaktig gjengivelse, men mente for øvrig at vedtaket oppfylte kravene til begrunnelse i fvL. § 25. Det ble blant

annet vist til at det var gjort forsøk på å benytte et enkelt språk, men at det var vanskelig å unngå bruk av enkelte juridiske begreper, ettersom disse var sentrale i saker om barnebidrag.

På spørsmålet om veiledningsplikten etter fvL. § 11 var oppfylt, svarte Nav Klage og anke at man i saker med utenlandske statsborgere er oppmerksom på at parten kan ha et større behov for veiledning, enn norske borgere. Det ble vist til at Nav Utland i flere brev har søkt å besvare bidragspliktiges spørsmål, og etter Nav Klage og ankes vurdering var veiledningsplikten oppfylt. Det ble videre fremholdt at dersom bidragspliktige ikke hadde forstått at hans inntekt måtte dokumenteres, ville dette uansett ikke ha hatt innvirkning i denne konkrete saken.

Endelig viste Nav Klage og anke til at den nordiske språkkonvensjon gir en rett til å benytte sitt eget språk i kontakt med de andre lands myndigheter, men pålegger ikke myndighetene noen plikt til å gi svar på det aktuelle språket.

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

#### *«1. Den nordiske språkkonvensjonen*

Den nordiske språkkonvensjonen art. 2 lyder:

«De kontraherende stater forplikter seg til å virke for at en borger i en kontraherende stat etter behov skal kunne bruke sitt eget språk ved kontakt med myndigheter og andre offentlige organer i en annen kontraherende stat. Ved siden av domstolene, gjelder dette særlig i forhold til offentlige organer som helse-, sosial-, og barnevernsmyndigheter samt arbeidsmarkeds-, skatte-, politi- og skolemyndigheter.

I saker for domstolene og andre offentlige organer skal disse så langt råd er sørge for at borgerne i en kontraherende stat får tilstrekkelig tolke- og oversettelseshjelp.»

Av konvensjonens fortale fremgår at ett av formålene med konvensjonen er å sikre nordiske borgere sosial trygghet og lik behandling i samfunnet. Ordlyden i art. 2 og uttalelsene i fortalen tilsier at konvensjonen gir en rett til ikke bare å benytte sitt eget språk i kontakt med offentlige myndigheter, men også å få svar fra myndighetene tolket eller oversatt til sitt språk. Det er vanskelig å se at Nav Klage og anke Oslo/Akershus' oppfatning om at konvensjonen ikke pålegger forvaltningen noen plikt til å besvare henvendelser på andre nordiske lands språk, vil være i tråd med konvensjonens formål. For å sikre tilfredsstillende sosial trygghet og likebehandling, må det anses som sentralt at konvensjonsstatenes borgere forstår de henvendelser som kommer fra myndighetene.

Daværende Nordisk språkråd har også i en publikasjon fra 2002, «Att förstå varandra i Norden», ut-

talt følgende under punktet «Den nordiske språkkonventionen»:

«Den nordbo som inte behärskar värdlandets språk bör enligt konventionen vid behov ha rätt att använda sitt eget språk - danska, finska, isländska, norska eller svenska - och att bli betjänad på detta språk.»

Etter dette legger jeg til grunn at den nordiske språkkonvensjonen innebærer at myndighetene har plikt til å gi en part språkhjelp dersom parten har behov for det.

Om dette behovet uttales det i den ovennevnte publikasjonen fra Nordisk språkråd:

«Även om det inte står något om det i konventionen, anses det uppenbarligen i praktiken att tolkning mellan danske, norska och svenska inte behövs.»

På bakgrunn av den praksis Nordisk språkråd her gir uttrykk for, kan det vanskelig rettes innvendinger mot at bidragspliktige ikke ble tilbudt språkhjelp etter den nordiske språkkonvensjonens bestemmelser.

## 2. Veiledningsplikten

Fvl. § 11 annet ledd lyder:

«Forvaltningsorganer som behandler saker med en eller flere private parter, skal av eget tiltak vurdere partenes behov for veiledning. Etter forespørsel fra en part og ellers når sakens art eller partens forhold gir grunn til det, skal forvaltningsorganet gi veiledning om:

- a) gjeldende lover og forskrifter og vanlig praksis på vedkommende saksområde, og
- b) regler for saksbehandlingen, særlig om parter rettigheter og plikter etter forvaltningsloven. Om mulig bør forvaltningsorganet også peke på omstendigheter som i det konkrete tilfellet særlig kan få betydning for resultatet.»

Formålet med veiledningsplikten er å gi parter og andre berørte «adgang til å vareta sitt tarv på best mulig måte», men likevel slik at det må foretas en avveining mellom sakens karakter, behovet for veiledning og tiden som står til rådighet, jf. fvl. § 11 første ledd annet og tredje punktum.

Utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at administrasjonsspråket er norsk, og det kan etter forvaltningsloven ikke oppstilles noen generell plikt for forvaltningen til å bruke tolk eller oversettelse i veiledning av utenlandske parter. Bruk av tolk og oversettelse vil imidlertid kunne inngå som momenter i vurderingen av partens behov for veiledning etter fvl. § 11. Hva gjelder veiledning av borgere fra andre nordiske land, må det kunne legges til grunn at vurderingen av behovet for språkhjelp etter fvl. § 11 i det vesentlige vil være sammenfallende med tilsvarende

vurdering etter den nordiske språkkonvensjonen. Det antas derfor at det ved vurderingen etter fvl. § 11 må kunne ses hen til praktiseringen av den nordiske språkkonvensjonen.

I den foreliggende saken vil det ved vurderingen av om bidragspliktige fikk «adgang til å vareta sitt tarv på best mulig måte», være sentralt om han ble tilstrekkelig informert om hvilken særskilt dokumentasjon som var avgjørende for beregningen av hans inntekt, og om han fikk rimelig tid til å fremskaffe dette før bidraget ble fastsatt på grunnlag av de opplysningene som forelå.

Som utenlandsk part med begrensede norskkunnskaper og lite kjennskap til norsk lovgivning, må det legges til grunn at bidragspliktige hadde et økt behov for veiledning. Det har også Nav Klage og anke tilkjennegitt i svaret hit.

Det fremgår av saksdokumentene at Nav Utland ved flere anledninger før vedtaket om fastsettelse av bidraget ble truffet, ba bidragspliktige dokumentere sine inntektsopplysninger. Ved ett tilfelle ble slik dokumentasjon også etterspurt på engelsk.

Nav Utland har videre besvart spørsmål bidragspliktige stilte om den norske bidragslovgivningen og dens anvendelse i saker med utenlandske parter. Bidragspliktige fikk også tilbud om å ta kontakt med en svensk saksbehandler ved Nav Utland, og selv om dette tilbudet ikke kan knyttes direkte opp mot behandlingen av den foreliggende saken, må det sies å ha gitt bidragspliktige en oppfordring til å søke veiledning på svensk.

Gjennom bidragspliktiges opplysninger og spørsmål i brev til Nav Utland, synes han å ha vist forståelse for hva saken gjelder, herunder at opplysninger om hans inntekt var sentrale for fastsettelsen av bidraget. Ses dette i sammenheng med at det etter den nordiske språkkonvensjonen ikke anses å være behov for tolk og oversettelse fra blant annet norsk og svensk, kan jeg vanskelig se at Nav kan bebreides for ikke å ha gitt slik språkhjelp til bidragspliktige.

Etter dette har jeg ikke grunnlag for å rette innvendinger mot Navs veiledning i saken. Under enhver omstendighet tar jeg til etterretning Nav Klage og ankes opplysninger om at bidragspliktiges eventuelle manglende forståelse av at inntekten måtte dokumenteres, ikke ville ha hatt betydning for innholdet i vedtaket.

## 3. Begrunnelsen for vedtaket

Av fvl. § 25 første ledd følger at det «[i] begrunnelsen skal vises til de regler vedtaket bygger på, med mindre parten kjenner reglene. I den utstrekning det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket, skal begrunnelsen også gjengi innholdet av reglene eller den problemstilling vedtaket bygger på.» Videre fremgår det av bestemmelsens annet og tredje

ledd at det i begrunnelsen skal nevnes de faktiske forhold som vedtaket bygger på, og at de hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes.

I vedtaket 26. februar 2009 gjenga Nav Klage og anke, under punktet «Rettslig grunnlag», på om lag fire sider, ordlyden i det som ble ansett å være relevante bestemmelser i barnelova 8. april 1981 nr. 7 og forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot. Deretter fulgte Nav Klage og ankes vurdering av klagen. Da det ble vist til de aktuelle lov- og forskriftsbestemmelsene og referert innholdet av disse, var dette i samsvar med fvl. § 25 første ledd. Jeg er videre enig med Nav Klage og anke i at vedtaket også oppfylte de øvrige kravene til begrunnelse etter fvl. § 25.

Fvl. § 25 er imidlertid en minimumsregel, og god forvaltningsskikk tilsier at begrunnelsen tilpasses sakens karakter og partenes forutsetninger. Det vil ofte være til liten veiledning for parten at det løsrevet fra den konkrete saken gis en ordrett gjengivelse av omfattende lov- og forskriftstekst. Dette antas i særlig grad å være tilfellet i den foreliggende saken, der det overfor en svensktalende part ble gitt en slik gjengivelse av bestemmelsene på nynorsk. Nav Klage og anke har erkjent at det kunne vært hensiktsmessig med en kortere fremstilling av reglene vedtaket bygget på. Jeg er enig i det, og mener at en sammenfatning av innholdet i reglene på bokmål ville bidratt til økt forståelse hos bidragspliktige, uten at det ville gått på bekostning av presisjonsnivået i vedtaket. Gjengivelsen av innholdet i reglene kunne også i større grad vært knyttet opp mot vurderingene i vedtaket.

Jeg finner ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om kravene til begrunnelsens innhold medfører at vedtaket i den foreliggende saken skulle vært oversatt til svensk, og anser det tilstrekkelig å vise til redegjørelsen ovenfor i punkt 2 om bidragspliktiges behov for oversettelse av dokumenter i saken.

Selv om begrunnelsen i Nav Klage og anke Oslo/Akershus' vedtak på enkelte punkter med fordel kunne ha vært tilpasset bidragspliktiges forutsetninger som svensktalende og ikke-jurist, finner jeg at det ikke er slike rettslige mangler ved begrunnelsen som kan lede til innvendinger mot gyldigheten av vedtaket.

#### 4. Konklusjon

Navs informasjon kunne med fordel ha vært gjort mer utfyllende og mer tilpasset den konkrete bidrags-saken. Imidlertid må Nav antas å ha gitt bidragspliktige tilstrekkelig informasjon og bistand til å oppfylle veiledningsplikten etter fvl. § 11, og vedtaket må anses å være i tråd med fvl. § 25. Nav Klage og anke Oslo/Akershus må i sin fremtidige praksis ta hensyn

til mine bemerkninger om saksbehandlingen og begrunnelsen og bestrebe seg på å bedre veiledningen i bidrags saker som angår nordiske borgere. På tross av store likheter i de skandinaviske språkene kan det være vanskelig for borgere fra Sverige å forstå norsk administrativt språk fordi forvaltningsordningene i Norge og Sverige på mange områder er forskjellige.»

#### 58.

#### **Forvaltningens undersøkelsesplikt når bidragsmottakerens inntektsevne skal fastsettes**

(Sak 2009/1620)

*I en sak om endring av barnebidrag anførte bidragspliktige at bidragsmyndighetene burde tatt hensyn til hans opplysninger om at bidragsmottakeren hadde inntekter fra «svart arbeid» og dermed skjønnsfastsatt hennes inntekt.*

*Ombudsmannen kom til at Nav burde ha foretatt nærmere undersøkelser av de opplysningene bidragspliktige ga om bidragsmottakerens inntektssituasjon og foretatt en konkret vurdering av om bidragsmottakeren med rimelighet utnytter sin inntektsevne. Nav Klage og anke Midt-Norge ble bedt om å behandle saken på nytt.*

A er bidragspliktig for ett barn. Bidragsmottakeren søkte i 2008 om endring av bidraget, under henvisning til at bidragspliktiges samvær med barnet var opphørt. Bidragsmottakeren oppga å ha en årsinntekt bestående av lønn og offentlig stønad.

Bidragspliktige ga merknader til søknaden og kom med flere opplysninger for å illustrere at bidragsmottakeren på grunn av næringsvirksomhet hadde høyere inntekt enn hun oppga i søknaden.

Nav tilskrev bidragsmottakeren og opplyste følgende:

«Du har ikke gitt noen rimelig grunn for at du ikke har høyere inntekt og varsles med dette om at inntekten din kan bli skjønnsfastsatt.»

Bidragsmottakeren redegjorde skriftlig for sin inntektssituasjon, og Nav endret etter dette barnebidraget med utgangspunkt i hennes faktiske inntekt.

Bidragspliktige påklaget vedtaket og anførte at bidragsmottakeren har uregistrerte inntekter.

Nav Klage og anke Midt-Norge stadfestet vedtaket og uttalte blant annet:

«Etter forskriftens § 4 skal inntekt settes lik personinntekt med tillegg for positive kapitalinntekter over 10.000 kr. Fastsetting av personinntekt og avdekking av uregistrert inntekt er skattemyndighetenes oppgave. NAV klage og anke Midt-Norge kan ikke på vegne av skattemyndighetene vurdere om det foreligger uregistrert inntekt og

avgjøre hvor mye av denne som måtte regnes som personinntekt og/eller positiv kapitalinntekt. Dersom bidragspliktige mener at han har dokumentasjon som tilsier at bidragsmottaker har uregistrerte inntekter henstilles han derfor til å ta saken opp med skattemyndighetene.»

Bidragspliktige henvendte seg hit i brev 7. juli 2009. Han mente at bidragsmottakerens inntekt burde vært fastsatt ved skjønn og viste blant annet til at hun driver eget firma og har uregistrerte inntekter fra denne virksomheten. Dette mente han å ha dokumentert ved utskrifter fra internett, som viser omfanget av bidragsmottakerens virksomhet.

I brev herfra 31. juli 2009 ble Nav Klage og anke Midt-Norge bedt om å redegjøre nærmere for vurderingene som lå til grunn for beregningen av bidragsmottakerens inntekt, herunder om det ble foretatt en vurdering i forhold til bestemmelsene i forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fosteringstilskot (bidragsforskriften) § 4 sjette ledd annet punktum, om skjønnsfastsettelse av inntekt.

Videre ble det herfra vist til uttalelsen i Navs brev om at bidragsmottakeren ikke hadde gitt noen «rimelig grunn» til å ha så lav inntekt og stilt spørsmål om en vurdering av dette burde vært fulgt opp i vedtakene. Det ble også bedt opplyst om hvilke undersøkelser som kunne være aktuelle å gjøre ut fra de opplysningene som bidragspliktige ga.

Nav Klage og anke svarte følgende i brev 24. august 2009:

«Etter fast praksis på bidragsområdet kommer ikke § 4 sjette ledd til anvendelse i forhold til personer som mottar en ytelse til livsopphold fra det offentlige. I slike tilfeller ansees alltid personen for å ha rimelig grunn til å ikke ha høyere inntekt. Det sistnevnte kunne ut i fra bidragspliktiges anførsler vært sagt uttrykkelig i vår vurdering, og vår begrunnelse for vedtaket var i så måte mangelfull. Da dette er en fast praksis kan vi imidlertid ikke se at den manglende begrunnelsen kan anses å ha hatt betydning for utfallet av saken, og vi ser ikke grunn til å endre eget vedtak.»

Videre opplyste Nav Klage og anke at bidragspliktiges opplysninger om bidragsmottakerens inntekt ikke ble ansett å være tilstrekkelig konkrete til å foranledige nærmere undersøkelser. Det ble videre fremholdt:

«På grunn av stor saksmengde i bidrags saker er vi avhengig av å presumere at avgjørelser fra skatte- og trygdemyndigheter er korrekte vis a vis partene. Om opplysningene hadde vært av en slik art at de kunne underbygge bidragspliktiges påstander kunne det vært aktuelt å innhente vurderinger av de fra NAV-kontoret som var ansvarlig for den aktuelle saken og skattemyndighetene. Vi har imidlertid ikke funnet dette påkrevd i denne saken.»

Bidragspliktige kom med merknader til Nav Klage og ankes svar og rettet blant annet innvendinger til hvordan Nav hadde forholdt seg til hans opplysninger om bidragsmottakerens inntektsforhold.

I nytt brev hit fastholdt Nav Klage og anke tidligere synspunkter og presiserte følgende:

«NAV Klage og anke må ved vurderingen av bidragsmottakers inntektsforhold forholde seg til faktiske og tilgjengelige inntektsopplysninger. Kompetanse og fullmakt i forhold til vurderinger av inntektsforhold opp imot de fremsatte anførsler om svart arbeid ligger hos andre instanser. Det tilligger skattemyndighetene å ta stilling til hvorvidt det foreligger uregistrert inntekt som skal kategoriseres som personinntekt og/eller positiv kapitalinntekt. Videre er spørsmålet om det foreligger misbruk av trygdeytelser et anliggende for NAV Kontroll og Innkreving.»

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Forholdet mellom den offentlige ytelsen til livsopphold og bidragsberegningen

Etter barnelova 8. april 1981 nr. 7 § 66 plikter begge foreldre å forsørge sine barn etter evne, og ifølge § 71 skal kostnadene ved å oppfostre et barn fordeles på foreldrene etter deres inntekt.

Bidragsforskriften gir regler for hvordan inntekten skal beregnes. Hovedregelen er at faktisk inntekt skal legges til grunn, jf. forskriften § 4 første ledd, som bestemmer at «inntekta til kvar av foreldra skal setjast til personinntekt og positiv netto kapitalinntekt som overstig kr. 10.000,- per år».

Av forskriften § 4 sjette ledd annet punktum fremgår at inntekten skal fastsettes etter skjønn når en part er uten inntekt, eller inntekten er vesentlig lavere enn det han eller hun burde oppnå ut fra utdanning og evner, uten at parten kan gi en rimelig grunn til at han eller hun ikke har inntekt eller at inntekten ikke er høyere.

I brev til bidragsmottakeren la Nav til grunn at hun ikke hadde gitt en rimelig grunn til at hennes inntekt ikke var høyere, og det ble gitt varsel om skjønnsfastsettelse av hennes inntekt. Spørsmålet om skjønnsfastsettelse ble verken kommentert i Navs eller i Nav Klage og ankes vedtak.

I Nav Klage og ankes svar på foreleggelsen herfra er det opplyst at en part som mottar offentlige ytelser til livsopphold, alltid vil ha rimelig grunn til ikke å ha høyere inntekt.

Spørsmålet om skjønnsfastsettelse av bidragsmottakerens inntekt ble derfor ikke vurdert. Nav Klage og anke har vist til «fast praksis på bidragsområdet» som rettslig grunnlag, men har ikke gitt noen nærmere angivelse av hvor denne praksisen er utledet fra.



Det synes etter min vurdering ikke å være holdpunkter for en slik praksis. Det kan verken av barne-lova eller bidragsforskriften utledes annet enn at det også for mottakere av ytelser fra det offentlige må foretas en konkret og helhetlig vurdering av om inntekten er vesentlig lavere enn inntektsevnen, og i så fall om vedkommende har rimelig grunn for den lave inntekten. Bidragsforskriften § 4 sjette ledd annet punktum gir for øvrig anvisning på skjønnsmessige vurderinger, og det bør derfor utvises varsomhet med en standardisert praktisering av bestemmelsen.

Ved vurderingen av om inntekten er vesentlig lavere enn inntektsevnen, vil partens muligheter til arbeid stå sentralt. Trygdeytelsens art vil komme inn som ett av flere momenter, for eksempel kan det være aktuelt å vurdere midlertidige ytelser annerledes enn en varig uføretrygd.

På bakgrunn av Navs varsel om skjønnsfastsettelse av bidragsmottakerens inntekt, og Nav Klage og ankes redegjørelse i svaret på foreleggelsen herfra, synes det som om Nav har ment at bidragsmottakerens inntekt var vesentlig lavere enn hennes inntektsevne, men at innvilgelse av ventestønad ga henne rimelig grunn for den lave inntekten.

Om hva som i det enkelte tilfellet kan anses å gi «rimelig grunn» til redusert inntekt, er det i Ot.prp. nr. 43 (2000–2001) side 70 uttalt:

«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.»

Forhold som avstedkommer ytelser fra det offentlige og dermed medfører reduksjon i inntekt, vil etter dette måtte tillegges vekt i rimelighetsvurderingen, men det må også her foretas en totalvurdering av flere relevante momenter.

Navs to svar hit etterlater tvil om hva som har vært det rettslige utgangspunktet for forvaltningens vurdering av denne saken - om det menes at en offentlig ytelse til livsopphold alltid medfører at det anses å foreligge rimelig grunn for den aktuelle inntekten eller om det skal foretas en konkret vurdering av om bidragsmottakeren med rimelighet utnytter sin inntektsevne. I Navs svar hit ble det gitt uttrykk for at bidragspliktiges opplysninger i denne saken ikke var tilstrekkelig konkrete til å foreta nærmere undersøkelser. Jeg mener som sagt at det alltid må foretas en konkret vurdering og vil nedenfor vurdere om bidragspliktiges opplysninger ga grunn for nærmere undersøkelser.

## 2. Behandlingen av bidragspliktiges opplysninger

Det følger av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 33 femte ledd, som tilsvarende lovens § 17 første ledd, at klageinstansen skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Bestemmelsen gir uttrykk for det såkalte undersøkelsesprinsippet, som gir forvaltningen et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Hvor omfattende og nøyaktige undersøkelser som må foretas i konkrete saker, beror på en avveining der hensynet til å oppnå et forsvarlig resultat veies mot tids- og ressursbruken.

Nav Klage og anke skrev i svaret på foreleggelsen herfra at det på grunn av den store mengden av bidrags saker, er bidragsmyndighetene avhengig av å ta som utgangspunkt at avgjørelser fra skatte- og trygdemyndighetene er korrekte vis a vis partene og at det må foreligge konkrete opplysninger for å fravike dette. Jeg kan langt på vei være enig i dette, men i saker som gjelder selvstendig næringsdrivende, kan forholdene tilsi at bidragsmyndighetene fraviker det skattemyndighetene har lagt til grunn.

I denne saken fant Nav at bidragspliktiges opplysninger ikke var tilstrekkelig konkrete til å gå videre med. Bidragspliktige hadde gitt opplysninger han mente var av betydning for Navs fastsettelse av bidragsmottakerens inntekt. Opplysninger om at bidragsmottakeren driver egen virksomhet og har inntekter fra denne utover det hun har opplyst om til bidragsmyndighetene, ble av bidragspliktige fremsatt både i forkant av Navs vedtak og i forbindelse med klagen på vedtaket. Som dokumentasjon fremla han en rekke utskrifter fra internett, som han mente viste at bidragsmottakeren har hatt inntektsgivende arbeid i flere år, og at oppdragsmengden er langt større enn hun selv har gitt uttrykk for. I følge bidragspliktige viste dokumentasjonen at bidragsmottakeren i tillegg har inntekter fra kursvirksomhet og salg.

Opplysningene fra bidragspliktige ble oversendt bidragsmottakeren til uttalelse. Hun tilbakeviste opplysningene og opplyste at hun i tillegg til offentlig stønad, mottar en beskjeden inntekt som ansatt i en nystartet virksomhet, men håper at hun etter hvert skal kunne leve av arbeidet i denne virksomheten.

Nav Klage og anke har i vedtaket 25. mai 2009 og i svaret på foreleggelsen herfra gitt uttrykk for at opplysninger som mottas fra andre offentlige organer, antas å være korrekte, og at avgjørelsen av om det foreligger uregistrert inntekt, tilligger skattemyndighetene. Videre ble det i svaret hit opplyst at bidragspliktiges opplysninger om bidragsmottakerens inntekt, ikke var tilstrekkelig konkrete til at de foranlediget nærmere undersøkelser.

Jeg er enig med Nav Klage og anke i at avdekking av uregistrerte inntekter er en oppgave for skattemyndighetene, og mener ikke at de nærmere undersøkelser Nav i tilfelle skulle foreta, burde søke å av-

klare dette spørsmålet. Formålet i bidragssaken må være å avklare inntektsevnen, ikke bare de faktiske inntektsforhold. Jeg oppfatter det slik at også Nav mener det kan være aktuelt å legge til grunn noe annet enn den offentlige ytelsen, dersom det er gitt opplysninger som er tilstrekkelig konkrete for å gå videre med.

Slik forholdene lå an i denne saken, ga bidragspliktiges opplysninger en oppfordring til Nav om å foreta undersøkelser med tanke på om vilkårene for skjønnsfastsettelse av bidragsmottakerens inntekt var oppfylt. Bidragspliktiges opplysninger om forhold som potensielt var av vesentlig betydning for Navs avgjørelse i bidragssaken, den fremlagte dokumentasjonen han mente underbygget påstandene, og bidragsmottakerens egne opplysninger om hennes nåværende og fremtidige inntektssituasjon, taler samlet sett for at Nav burde foretatt nærmere undersøkelser. Terskelen for å si at disse opplysningene var konkrete nok, kan ha sammenheng med hvilket rettslig utgangspunkt som legges til grunn, jf. forrige punkt.

Når det gjelder hvilke undersøkelser som kunne være aktuelle, har Nav vist til det å ta kontakt med det kontoret som hadde fastsatt den offentlige stønaden, eller skattemyndighetene. Mer nærliggende kunne det ha vært stilt oppfølgingsspørsmål til bidragsmottakeren, noe som ville vært enkelt og forholdsvis lite tidkrevende for Nav. Det kunne vært stilt henne spørsmål knyttet til den virksomheten hun mottok inntekt fra, herunder om virksomhetens økonomiske forhold og om bidragsmottakeren innehadde formelle roller i virksomheten. Ved spørsmål til bidragsmottakeren kunne Nav også søkt nærmere informasjon om hennes arbeidshistorikk og fremtidige arbeidsmuligheter. Hvorvidt det i neste omgang burde vært innhentet opplysninger fra skattemyndighetene og det Nav-kontor som hadde truffet avgjørelsen om den offentlige stønaden, måtte avhenge av hennes svar.

Ut fra dette synes Nav ikke å ha oppfylt utredningsplikten, da nærmere undersøkelser av bidragspliktiges opplysninger om bidragsmottakerens inntektssituasjon ikke ble foretatt.

### 3. Konklusjon

Konklusjonen etter dette blir at Nav Klage og anke skulle ha foretatt en konkret vurdering av om bidragsmottakeren med rimelighet utnyttet sin inntektsevne, og saken var dermed mangelfullt utredet, da det ikke ble gjort nærmere undersøkelser av bidragspliktiges opplysninger om bidragsmottakerens inntektsforhold.

Jeg finner derfor grunn til å be Nav Klage og anke om å foreta en ny behandling av saken. I denne sammenheng minner jeg 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. Det presiseres også at jeg med denne anmodningen ikke har ment å uttale meg om hva resultatet i saken bør være.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den fornyede behandlingen av saken, ved oversendelse av kopi av brev til bidragspliktige.»

## Fengselsforhold

### 59.

#### Oppfølging av besøk i Tromsø fengsel

(Sak 2007/2313)

*Ombudsmannen besøkte i februar 2008 Tromsø fengsel. På bakgrunn av det som fremkom under besøket og øvrig informasjon, ble det stilt flere spørsmål til Kriminalomsorgen region nord om blant annet samiske innsattes rett til å bruke samisk, plassering og aktivitetstilbud for kvinnelige innsatte og helsetjenesten i fengselet. Det ble også bedt om en redegjørelse fra Tromsø kommune for helsetilbudet.*

*Selv om regionen syntes å være seg situasjonen bevisst, understreket ombudsmannen viktigheten av at det ble vurdert aktivt fra kriminalomsorgens side hvilke ytterligere tiltak som kunne iverksettes for å sikre samiske innsattes rett til bruk av samisk og forsvarlige soningsforhold for kvinnelige innsatte. Ombudsmannen ga videre uttrykk for at selv om situasjonen i fengselshelsetjenesten syntes å ha stabilisert seg, måtte kriminalomsorgen og kommunen fortsette arbeidet for å skape et godt samarbeid, og et best mulig helsetilbud for de innsatte.*

*Ombudsmannen har senere mottatt en redegjørelse fra Kriminalomsorgen region nord vedrørende problemstillinger knyttet til samisktalende og kvinnelige innsatte.*

Ombudsmannen besøkte 6. februar 2008 Tromsø fengsel sammen med to medarbeidere. Under besøket ble det gitt en omvisning i fengselet, og ombudsmannen hadde møter med representanter for de innsatte, ledelsen i fengselet og helsetjenesten. På bakgrunn av det som fremkom i møtene og øvrig informasjon, ble det i etterkant av besøket funnet grunn til å be om en skriftlig redegjørelse fra Kriminalomsorgen region nord, som fengselet hører inn under. Regionen ble bedt om å redegjøre for forhold knyttet til samiske innsattes rett til å bruke samisk, plassering og aktivitetstilbud for kvinnelige innsatte og helsetjenesten i fengselet. Etter at regionens svar var mottatt, ble det også bedt om en redegjørelse fra Tromsø kommune for enkelte forhold vedrørende helsetjenesten. Spørsmålene som ble stilt til Kriminalomsor-

gen region nord og Tromsø kommune er nærmere omtalt nedenfor, sammen med svarene og mine merknader.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1.1 Samiske innsattes rett til å bruke samisk

Regionen ble i brevet herfra blant annet bedt om å gi sin vurdering av om samisktalende innsatte i Tromsø fengsel får oppfylt sin rett etter sameloven til å bruke samisk språk under opphold i fengselet. Dersom rettighetene ikke oppfylles, ble regionen bedt om å redegjøre for hvordan den forholder seg til dette, og eventuelt hvilke tiltak som er eller vil bli iverksatt for å rette på forholdene. Det ble også bedt om å få opplyst om fengselet på andre områder foretar noen form for særskilt tilrettelegging for samiske innsatte, og i tilfelle på hvilken måte dette skjer.

I svarbrevet opplyste regionen at Tromsø fengsel på det aktuelle tidspunktet hadde to samisktalende innsatte. Videre fremgikk det at fengselet hadde én samisktalende fengselsbetjent med fullført fengselskole og i tillegg en samisktalende vikar som i fremtiden ville være aspirant i fengselet. Regionen opplyste at det til en viss grad måtte benyttes eksternt tolketjeneste for å kompensere for manglende kompetanse innen samisk. Det ble opplyst at dette forsinker prosessene i forhold til de samiske innsatte fordi tolk ofte må bestilles opp til en uke på forhånd, og at dette i flere tilfeller kan være uheldig. Regionen opplyste at fengselet i fremtiden ville fortsette å bruke tolketjeneste i den grad det oppstår situasjoner hvor det er behov for tolk.

Videre skrev regionen at dagens situasjon innebærer at det til tider kan være vanskelig for de innsatte å få bruke samisk ved telefonering. Det ble imidlertid opplyst at det til en viss grad tillates å la den innsatte snakke med sin familie og sine nærmeste på samisk selv om man ikke har mulighet til å kontrollere kommunikasjonen i tråd med retningslinjene. Regionen uttalte deretter:

«Situasjonen ved Tromsø fengsel er således ikke tilfredsstillende. Tromsø fengsel har pr. i dag problemer med å etterleve samelovens bestemmelser, samtidig som man ivaretar den sikkerheten som kreves for et lukket fengsel.

Dette kan i stor grad forklares med at man ved Tromsø fengsel generelt har problemer med å få søkere til utlyste stillinger. KRUS er pålagt å ta inn 3-4 samisktalende søkere hvert år. Dette kravet viser seg å være vanskelig å oppfylle da søkermengden varierer. Og det viser seg at selv om det er innført slike kvoter for samisktalende ved KRUS har ikke dette medført noen vesentlig økning av antallet søkere som behersker samisk til stillinger i Tromsø. Dette skyldes at man ikke kan garantere at samisktalende fengselsbetjenter etter endt pliktårstjeneste søker jobb i de to nordligste fylkene.

Tromsø fengsel har grunnet situasjonen på eget initiativ besluttet å utdanne fengselsbetjenter i samisk språk og kultur lokalt. Syv tjenestemenn deltar for tiden på samisk-kurs. Tromsø fengsel søker videre å knytte til seg ulike samiske organisasjoner som kan bidra til opplæringen – spesielt i forhold til kulturforståelse. Vi antar at dette på sikt vil gjøre fengselet bedre i stand til å etterleve samelovens regler, uten at det går ut over sikkerhet eller saksbehandlingstid.

Man er kjent med at fengselshelsetjenesten har knyttet til seg en samisktalende lege som tilkalles ved behov. Man vil i den anledning peke på at det er kommunen som plikter å sørge for at de innsatte i fengselet tilbys den helsetjeneste de har krav på, herunder samisktalende lege. Situasjonen ved Tromsø fengsel antas pr. i dag å være tilfredsstillende i forhold til samisktalende lege og helsepersonell».

#### 1.2 Mine merknader

Etter sameloven 12. juni 1987 nr. 56 § 3-4 tredje ledd gjelder det særskilte regler om bruk av samisk for kriminalomsorgens anstalter i de to nordligste fylkene. Bestemmelsen lyder:

«§ 3-4 Utvidet rett til bruk av samisk i rettsvesenet

---

For kriminalomsorgens anstalter i Troms og Finnmark gjelder i tillegg følgende regler om bruk av samisk:

1. § 3-5 gjelder tilsvarende for innsatte.
2. Innsatte har rett til å bruke samisk overfor hverandre og overfor sine pårørende.
3. Innsatte har rett til å bruke samisk ved muntlig rettsmiddelklæring til fengselsmyndigheten.»

Henvisningen til § 3-5 innebærer at innsatte har en utvidet rett til bruk av samisk i forbindelse med kontakt med helsepersonell m.v. De forpliktelser dette innebærer påhviler i første rekke kommunen der vedkommende anstalt er lokalisert, men får også betydning i forbindelse med kontakt med spesialisthelsetjenesten.

De innsattes rett til å bruke samisk under fengselsoppholdet er nærmere presisert i Kriminalomsorgens retningslinjer til straffegjennomføringsloven m.v., hvor det blant annet er gitt bestemmelser om bruk av samisk i forbindelse med besøk til innsatte (pkt. 3.34) og telefonsamtaler til og fra innsatte (pkt. 3.35). Begge steder understrekes de innsattes rett til å bruke samisk. Av retningslinjene fremgår det også at «det forutsettes at disse fengslene har minst en tjenestemann som behersker samisk». Dette vil imidlertid ikke i seg selv være tilstrekkelig til å oppfylle de innsattes rettigheter.

Kriminalomsorgen region nord har opplyst at Tromsø fengsel har problemer med å oppfylle samelovens bestemmelser om innsattes rett til å bruke sa-

misk. Regionen har også erkjent at situasjonen ikke er tilfredsstillende.

Det er problematisk at lovfestede rettigheter på dette området ikke etterleves. Dette gjelder ikke minst fordi antallet samisktalende innsatte er lavt, og det dermed er desto større fare for isolasjon og en unødvendig tung soningssituasjon for dem dette gjelder. Jeg har merket meg at Tromsø fengsel på lokalt nivå har satt i gang tiltak for å forsøke å bedre situasjonen ved blant annet å gi flere fengselsbetjenter opplæring i samisk språk og kultur. Dette er et positivt tiltak, men vil formodentlig først få full effekt på ganske lang sikt, i alle fall hva gjelder den språklige delen. Jeg forutsetter derfor at også regionen arbeider aktivt for å bedre situasjonen, slik at samelovens rettigheter får en realitet for de innsatte. Eventuelle mangler ved ressursituasjonen kan vanskelig aksepteres som grunnlag for ikke å oppfylle samisktalende innsattes lovbestemte rettigheter.

Jeg har for øvrig merket meg informasjonen fra regionen og kommunen om at fengselet har besøk av en samisktalende lege en gang per uke eller ved behov, og at situasjonen i fengselshelsetjenesten derved antas å være tilfredsstillende med hensyn til muligheten for å bruke samisk språk.

Jeg vil fortsette å ha oppmerksomheten rettet mot samiske innsattes rett til å bruke samisk språk under opphold i fengselet og i hvilken grad fengselet for øvrig tilrettelegger for samiske innsatte. Regionen bes innen utgangen av 2009 om å gi meg en oppdatert redegjørelse for situasjonen med hensyn til disse spørsmålene og hva som er gjort i tiden etter at svaret hit ble utarbeidet.

### 2.1 Kvinnelige innsatte – plassering og aktivitetstilbud

Regionen ble i brevet herfra bedt om å redegjøre for plasseringen av kvinnelige innsatte i Tromsø fengsel, og om de fysiske og praktiske forholdene disse tilbys sammenlignet med forholdene for mannlige innsatte. Det ble også bedt om en redegjørelse for fengselets aktivitetstilbud for kvinnelige innsatte ut over skole/opplæring og programvirksomhet, og regionens vurdering av aktivitetstilbudet.

I svaret fra regionen ble det innledningsvis vist til at Tromsø fengsel i utgangspunktet er bygget og tilrettelagt for menn, og at det ikke har egen kvinneavdeling eller spesielt tilrettelagte arbeidsplasser for kvinner. Regionen uttalte deretter om plasseringen av kvinnelige innsatte:

«Antall kvinnelige innsatte varierer meget. I en tid med fokus på nedbygging av soningskø har det ikke vært politisk vilje til å omgjøre en fengselsavdeling for menn til en avdeling tilrettelagt og reservert for kvinner. Dette fordi man da risi-

kerer at avdelingen står med flere ledige plasser over lengre tid».

Regionen opplyste at det i oktober 2007 ble åpnet en avdeling med fire plasser for kvinner ved avdelingen med lavere sikkerhetsnivå, men at denne avdelingen igjen måtte omgjøres til soningsplasser for menn i mars 2008 ettersom tilgangen på kvinnelige innsatte var for liten til å fylle plassene. Det ble imidlertid pekt på at avdelingen er mulig å gjenopprette på relativt kort varsel.

Videre het det om plasseringen av de kvinnelige innsatte:

«Kvinner som av sikkerhetsmessige grunner må sone på lukket avdeling blir i dag plassert ved ... gir mest oversikt og kontroll over innsattemiljøet i forhold til ro, orden og sikkerhet. Rommene på ... er utstyrt med eget bad. Innsatte i ... har samme aktivitetstilbud på dagtid som resten av fengselet.

Det at de kvinnelige innsatte plasseres på ... innebærer ikke noen begrensning i forhold til å delta på arbeid og skole.

De innsatte ved ... har i utgangspunkt samme fellesskap på avdelingen som andre avdelinger, men ettersom det til enhver tid er noen som sitter på restriksjoner vil ikke alle på avdelingen ta del i fellesskapet til enhver tid. Fellesskap på avdelingen er dog slik at det ikke gir noen mulighet for eget fellesskap for kvinnelige innsatte.

Kvinner har et ubetinget krav på å kunne sone under sikre og trygge forhold. Tromsø fengsel vurderer det slik at dette klarer man best å ivareta ved at de kvinnelige innsatte plasseres på ...».

Om aktivitetstilbudet uttalte regionen at kvinnelige innsatte gis samme tilbud og mulighet som andre domssonere til å delta på skole og arbeid. Det ble opplyst at innsatte i tillegg til skole kan arbeidsplasseres ved vaskeri, kjøkken, verksteder, utearealer og renhold. Videre viste regionen til at kvinner som ikke ønsker å ta imot arbeid på fengselets ordinære arbeidsplasser, kan aktiviseres ved strikking i avdelingen og i sine rom. For øvrig uttalte regionen:

«Kriminalomsorgen region nord erkjenner at det ikke er optimale soningsforhold for kvinnelige innsatte ved Tromsø fengsel, og det er noe vi med jevne mellomrom drøfter med fengselets ledelse og som vi følger nøye med på. Tromsø fengsel er et relativt lite fengsel, med lite ressurser og med varierende antall kvinnelige innsatte, alt dette medfører at det byr på særlige utfordringer å legge til rette for kvinnelige innsatte».

Det ble også vist til at kvinnelige innsatte med lengre dommer regelmessig søkes overført til Bredtveit fengsel, forvarings- og sikringsanstalt for å kunne motta et bedre soningstilbud, men at hensynet til nærhet til familie og nærmiljø medfører at noen innsatte kvinner velger å sone lengre dommer ved Tromsø fengsel.

## 2.2 Mine merknader

Regionen har opplyst at kvinnelige innsatte plasseres på ..., og redegjort for årsaken til denne løsningen. Det fremgår av redegjørelsen at de kvinnelige innsatte har samme aktivitetstilbud på dagtid som øvrige innsatte og «i utgangspunktet» samme fellesskap som andre avdelinger. Samtidig har jeg fra flere hold, blant annet i samtalen jeg hadde med representanter for de innsatte under besøket i fengselet, fått informasjon om at plasseringen på ... oppfattes som en mer belastende soning av de som berøres. Jeg har ikke grunnlag for å foreta en nærmere vurdering av dette. Ettersom regionen erkjenner at soningsforholdene for kvinner i Tromsø fengsel ikke er «optimale», og at kvinnelige innsatte med lengre dommer regelmessig søkes overført til Bredtveit fengsel, synes det imidlertid som om det er rom for forbedring av forholdene for kvinnelige innsatte i fengselet.

Regionen har pekt på at prioritering av plass til kvinnelige innsatte er et politisk spørsmål, som har sammenheng med ønsket om flere soningsplasser for menn med sikte på å redusere soningskøen. I lys av den reduksjonen som har vært i soningskøen de senere årene antas sistnevnte i dag å ha noe mindre aktualitet. Jeg vil imidlertid uansett vise til bestemmelsen i straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 11 om «Innsettelse i fengsel», hvor det i første ledd annet punktum heter følgende:

«Domfelte bør så langt det er praktisk mulig og formålstjenlig settes inn i nærheten av hjemstedet».

Selv om det også er en rekke andre hensyn som vil måtte tillegges betydning når soningssted besluttes, må prinsippet om nærhet til hjemstedet tas hensyn til også for kvinnelige innsatte. Prinsippet kan ikke uten videre settes til side med det formål å skaffe nye soningsplasser for menn. Etter mitt syn er dette et særlig relevant spørsmål i forhold til Tromsø fengsel fordi den geografiske avstanden til for eksempel Bredtveit fengsel er svært stor for innsatte som har sin familie og sitt nærmiljø i Nord-Norge.

Jeg har merket meg at regionens opplysninger om at situasjonen følges nøye, og at temaet jevnlig tas opp med fengselet. Gjennom kontakt med tilsynsrådet har jeg også forstått at tilsynsrådet er opptatt av kvinnesonings situasjon. Den informasjonen jeg har mottatt synes absolutt å gi grunn til å være særlig oppmerksom på disse forholdene, og til å foreta grundige vurderinger av om tiltak kan settes i verk for å kompensere for de ulempene det innebærer at fengselet ikke er spesielt tilrettelagt for kvinnelige innsatte, verken med tanke på de fysiske forholdene eller aktivitetstilbudet. Regionen bes også på dette punkt om å gi meg en oppdatert redegjørelse innen utgangen av

inneværende år for utviklingen etter mitt besøk og regionens svar hit.

## 3.1 Helsetjenesten i fengselet

Under besøket i Tromsø fengsel ga en representant for allmennelegetjenesten i Tromsø kommune en orientering om helsetilbudet i fengselet og fengselsledelsen ga uttrykk for at fengselet var fornøyd med helsetilbudet. I etterkant av besøket fikk mitt kontor opplysninger om at det forelå alvorlige samarbeidsproblemer mellom fengselsledelsen og ansatte ved helsetjenesten i fengselet. Opplysninger om samarbeidsproblemene, som kom på spissen omkring tidspunktet for mitt besøk, kom også til uttrykk i flere oppslag i media. Mitt kontor fikk blant annet opplysninger om at fengselet i perioder ikke skulle ha hatt legedekning ut over øyeblikkelig hjelp, og at det av ulike årsaker også manglet sykepleiere. Et oppslag i Bladet Tromsø 6. mai 2008 tydet på at helsetilbudet i fengselet på det daværende tidspunkt var sterkt redusert.

Regionen ble på denne bakgrunn bedt om å redegjøre nærmere for hvordan den oppståtte situasjonen hadde påvirket helsetilbudet til de innsatte. Det ble også bedt om en redegjørelse for hva som var og ville bli gjort fra kriminalomsorgens side for å sikre de innsatte tilfredsstillende helsetjenester.

I svaret hit opplyste regionen innledningsvis at det i lengre tid hadde vært samarbeidsproblemer mellom ledelsen ved Tromsø fengsel og enkelte av de ansatte ved fengselshelsetjenesten. Ifølge regionen hadde det blant annet oppstått en konflikt om myndigheten til å overføre innsatte til institusjoner i medhold av straffegjennomføringsloven §§ 12 og 13, særlig i forhold til psykiatrien. Regionen redegjorde deretter nærmere for samarbeidsproblemene, og hva som var gjort av regionen, fengselet og kommunen for å forsøke å bedre situasjonen.

Videre ble det opplyst at helseavdelingen, etter fengselsledelsens syn, fremstod som adekvat bemannet med to leger og fire sykepleiere. Det fremgikk også at fengselet hadde inntrykk av at de innsatte var fornøyd med de helsetjenestene som ble gitt og at helsetilbudet som en helhet var forsvarlig. Regionen fremhevet at ledelsen ved fengselet generelt ga inntrykk av å være tilfreds med innsatsen til fengselshelsetjenesten.

Deretter uttalte regionen:

«Det synes ikke å være noen mangel på helsetjenestene for de innsatte, til tross for oppslag om at det skal være en krise o.l. Det er klart at de nye legene og sykepleierne vil ha behov for en viss innkjøringsperiode – det vil nødvendigvis ta noe tid å bli kjent med nye pasienter og med de spesielle reglene som gjelder for opptreden i fengselet».

Det fremgikk også av svaret at kriminalomsorgen ikke kjente seg igjen i den beskrivelsen av helsetjenesten som var gitt i brevet herfra. Videre het det:

«Kriminalomsorgen vil poengtere at de innsatte hele tiden har fått et forsvarlig og adekvat helse-tilbud. Det har kontinuerlig vært leger tilknyttet fengselshelsetjenesten».

Etter dette ble det i brev 3. juli 2008 tatt kontakt med Tromsø kommune, som administrativ og faglig ansvarlig myndighet for helsetjenesten. Kommunen ble innledningsvis bedt om å redegjøre for helsetilbudet slik det var på tidspunktet for mitt besøk. Videre ble det bedt om å få redegjort for hvilke konsekvenser samarbeidsproblemene mellom fengselshelsetjenesten og fengselsledelsen hadde hatt for helsetilbudet til de innsatte, og for hva som var gjort og eventuelt ville bli gjort fra kommunens side for å sikre de innsatte tilfredsstillende helsetjenester. Det ble også bedt om en oversikt over og vurdering av helsetjenesten slik den var på spørsmålstidspunktet, herunder antall helsepersonellstillinger ved fengselet og hvordan disse var besatt. Kommunen ble til slutt bedt om å gi sitt syn på om helsetilbudet ble ansett som tilfredsstillende.

Kommunen opplyste i sitt svar at helsetjenesten på tidspunktet for mitt besøk i fengselet var fullt bemannet med alle fast ansatte leger og sykepleiere. I tillegg hadde enkelte av de ansatte økte stillinger i forbindelse med et pågående kvalitetsutviklingsprosjekt. Om den aktuelle bemanningssituasjonen het det videre:

«Helsetjenestens fast ansatt personale er 3 x 100 % sykepleiere/spesialsykepleiere, 2 x 20 % lege, 40 % fysioterapeut og 1 x 100 % sosionom i prosjektstilling. Videre har helsetjenesten en samisktalende lege en gang pr uke eller ved behov».

I forhold til konsekvensene av samarbeidsproblemene for fengselshelsetjenesten viste kommunen til at problemene i all hovedsak hadde vært mellom ledelsen i fengselet og ansatte i helsetjenesten. Samarbeidet mellom de ansatte i helsetjenesten og fengselsbetjentene ble av kommunen beskrevet som rimelig godt. Ifølge kommunen hadde helsetilbudet til de innsatte ikke blitt nevneverdig skadelidende av samarbeidsproblemene.

Om utviklingen i bemanningssituasjonen skrev kommunen videre:

«I mars ble en av fengselslegene, som på dette tidspunktet var i permisjon fra legestillingen men jobbet i kvalitetsutviklingsprosjektet, utestengt fra fengselet. Som en direkte årsak av dette sa en av legene i 20 % stilling opp i april/mai. En fast sykepleier i deltidsstilling samt en midlertidig ansatt sykepleier sa også opp sine stillinger, den

ene av disse trolig pga problemene nevnt over. Utover våren 2008 ble to sykepleiere sykemeldt av årsaker som ikke dreide seg om samarbeidsproblemene med fengselsledelsen.

Da avdelingsleder for helsetjenesten fikk permisjon i mai ble det straks ansatt vikar i denne stillingen. Videre ble det satt inn sykepleiervikarer fra Legevakta i Tromsø som sammen med sykepleiere fra vikarbyrå dekket alle dagene gjennom hele sommeren.

Som vikar for fengselslegen som hadde sagt opp sin stilling, ble overlege for sosialmedisin satt inn. I tillegg ble det tilsatt lege som ferievikar gjennom hele sommeren. Fra medio august ble det igjen tilsatt 2 x 20 % leger i helsetjenesten. Det er også tilsatt en sykepleier i fast stilling og en i sykevikariat.

På grunn av at det faste personalet av ulike årsaker ikke var tilstede ved helsetjenesten ble det pågående kvalitetsutviklingsprosjektet lagt på is. Det skal søkes om overføring av ubrukte midler fra 2008 til 2009 slik at man kan fortsette arbeidet med dette til neste år. For å ha mulighet til å håndtere uenighet og motstridende interesser mellom helsetjenesten og Tromsø fengsel, har det blitt utarbeidet et forslag til felles samarbeidsavtale. Denne er nå på høring i Tromsø fengsel. Avtalen er en overordnet avtale som skal beskrive hvordan man tenker å løse uenighet, hvilke fora man skal ha for samarbeid og hvem som skal møte i de ulike fora.

Videre tenker man å avvikle felles undervisningsdager for de ansatte i helsetjenesten og de ansatte i fengselet. Her skal det tas opp ulike tema som er av interesse for begge parter og som kan bidra til å belyse forventningene til hverandre.»

Avslutningsvis skrev kommunen:

«Helsetjenesten er i dag stabil, alle stillinger er besatt og iflg. kommuneoverlegen ytes det et forsvarlig helsetilbud til de innsatte i Tromsø fengsel».

### 3.2 Mine merknader

Mine undersøkelser har vært knyttet til de innsattes situasjon og helsetilbudet de mottar. Konflikten mellom helsetjenesten/ansatt helsepersonell og fengselsledelsen som sådan har det ikke vært naturlig for meg å gå inn på i denne sammenhengen, selv om jeg har merket meg at situasjonen til tider synes å ha vært tilspisset. Den foreliggende saken gir heller ikke grunn til å gå inn på en del av de mer prinsipielle spørsmålene vedrørende forholdet mellom helsetjenesten i fengslene og kriminalomsorgen, som har kommet opp på mer generelt grunnlag i kjølvannet av blant annet den konflikten som har vært i Tromsø fengsel.

På bakgrunn av de redegjørelsene jeg har fått fra Kriminalomsorgen region nord og Tromsø kommune, har jeg ikke grunnlag for å konkludere med at helsetjenestetilbudet til de innsatte har vært uforsvarlig. Det synes som om de ansvarlige, i første rekke kommunen, fortløpende har forsøkt å finne løsninger et-

tersom bemanningssituasjonen i fengselet har utviklet seg og det har oppstått behov for å bringe inn nytt personale.

Jeg har imidlertid grunn til å tro at konflikten ikke har vært uten betydning for de innsatte, og det kan i denne forbindelse vises til at jeg mottok flere klager på helsetilbudet i Tromsø fengsel i løpet av 2008. Klagene har ikke gitt grunn til nærmere undersøkelser, blant annet på grunn av de undersøkelsene jeg har gjort i denne saken, men det er nok ikke tvilsomt at det i alle fall har funnet sted en midlertidig svekkelse av helsetjenesten som følge av den store utskiftingen av personellet, med påfølgende tap av opparbeidet kompetanse. At nytt personale vil ha behov for innkjøring er noe regionen også er inne på i svaret hit. Jeg har imidlertid ikke holdpunkter for at helsetilbudet har falt under et akseptabelt nivå, og må legge til grunn kommuneoverlegens vurdering om at det ytes et forsvarlig tilbud til de innsatte. Det forutsettes at dette også har vært tilfellet i tiden etter kommunens svar hit.

Selv om helsetjenesten i første rekke er et kommunalt ansvar, har kriminalomsorgen et overordnet ansvar for å legge forholdene til rette slik at de innsatte får de tjenestene de har krav på. En del av dette ansvaret vil bestå i å sørge for et godt samarbeid med helsetjenesten. Jeg har merket meg Tromsø kommunes redegjørelse for at det er blitt utarbeidet et forslag til en felles samarbeidsavtale for å håndtere uenighet og motstridende interesser mellom helsetjenesten og fengselet. Dette synes som et fornuftig tiltak. Jeg ber kommunen om å oversende et eksemplar av den endelige avtalen, og å gi meg en orientering om fremdriften og det eventuelle utfallet av de øvrige tiltakene som ble skissert i kommunens brev.

#### 4. Oppsummering

Undersøkelsene i etterkant av besøket i Tromsø fengsel har vist at det på flere områder er potensial for forbedring av soningsforholdene. Regionen synes å være seg situasjonen bevisst. Jeg vil likevel understreke viktigheten av at kriminalomsorgen aktivt vurderer hvilke ytterligere tiltak som kan iverksettes når det gjelder samiske innsattes rett til bruk av samisk og soningsforholdene for kvinnelige innsatte. I denne forbindelse minner jeg om de redegjørelsene som jeg ovenfor har bedt om å få oversendt.

Selv om situasjonen i helsetjenesten nå synes å ha stabilisert seg, må kriminalomsorgen og kommunen fortsette arbeidet for å skape et godt samarbeid, og et best mulig tjenestetilbud for de innsatte.

Kriminalomsorgen region nord ga i nytt brev til ombudsmannen uttrykk for at den var tilfreds med hvordan Tromsø fengsel løser utfordringene knyttet til samisktalende og kvinnelige innsatte. Det ble i

denne forbindelse vist til en vedlagt redegjørelse fra Tromsø fengsel.

Når det gjaldt samiske innsatte fremgikk det av redegjørelsen at det for tiden var én fast ansatt fengselsbetjent og tre «ekstrabetjenter» som behersket samisk språk. Videre ble det opplyst at «Tromsø fengsel ønsker fortsatt å tilsette flere faste tjenestemenn med samisk kulturbakgrunn og språk». Fengselet viste også til at tre ansatte nylig hadde gjennomført en studietur til Finnmark med det formål å tilegne seg kunnskap innenfor samisk kulturbakgrunn og språk. Avslutningsvis uttalte fengselet:

«Tromsø fengsel har fortsatt utfordringer med å etterkomme de særskilte reglene som er oss pålagt. Den største effekten ligger så langt i kunnskap om rettigheter og lokalt fokus. Vi vil tilstrebe oss å finne forsvarlige og gjennomførbare løsninger som kan ivareta innsattes rett til å benytte samisk. Dette i henhold til samelovens § 3-4.»

I forhold til kvinnelige innsatte bemerket Kriminalomsorgen region nord at det var nedsatt en intern arbeidsgruppe for å se på «forholdene for kvinnelige innsatte i vår region under ett, og se på mulighetene for varige løsninger».

Tromsø fengsel opplyste for øvrig i sin redegjørelse at det «er etablert kvinneavdeling av mer permanent karakter på avdeling med lavere sikkerhetsnivå». Det ble opplyst at denne avdelingen har fire fengselsplasser og at fengselet «planlegger virksomheten videre med fortsatt drift av kvinneavdeling i avdeling med lavere sikkerhetsnivå». Fengselet viste blant annet til at «dette [gir] en signifikant forbedring av de muligheter som kan tilbys våre kvinnelige ansatte».

Fengselet opplyste for øvrig at det ikke var foretatt noen organisatoriske endringer på lukket avdeling. Det var for tiden ingen kvinnelige innsatte der, men det ble opplyst at kvinner av sikkerhetsmessige årsaker fortsatt ville kunne bli plassert der. Samtidig uttalte imidlertid fengselet at «[e]n vil så langt det er sikkerhetsmessig forsvarlig søke å overføre kvinner til avdeling med lavere sikkerhetsnivå».

## 60.

### Behandlingen av søknad om permisjon fra fengsel i forbindelse med begravelse

(Sak 2007/1256)

*Saken gjaldt et fengsels saksbehandlingstid ved behandlingen av en søknad om velferdspermisjon for å delta i en begravelse. Sentralt i saken sto også den måten den innsatte og hans pårørende opplevde å bli møtt på av fengselets ledelse og øvrige ansatte i forbindelse med dødsfallet og permisjonssaken.*

*Ombudsmannen kritiserte fengselet for ikke å ha gitt permisjonssøknaden tilstrekkelig prioritet, slik at*

*muligheten til å få saken klagebehandlet før begravelsen ikke ble godt nok ivare tatt. Saksbehandlingen i fengselet tok altfor lang tid. Det ble påpekt at det ved behandlingen av permisjonssøknader i forbindelse med dødsfall hos personer som står den innsatte nær, er spesielt viktig at kriminalomsorgen er oppmerksom på at soningssituasjonen er spesiell og ofte meget belastende for både innsatte og pårørende. De må derfor behandles med tilbørlig respekt og en profesjonell holdning.*

Under soning av en dom på 120 dager ved et fengsel med lavere sikkerhetsnivå, søkte A om velferdspermisjon for å delta i begravelsen til en nær venninne og tidligere samboer. Venninnens død kom brått og uventet. Begravelsen skulle finne sted tirsdag 3. juli 2007 kl. 13 på et sted som lå litt over 2 timers reise fra fengselet.

A leverte formell permisjonssøknad til fengselet om ettermiddagen onsdag 27. juni 2007. Søknaden gjaldt permisjon i perioden 3. til 7. juli 2007. Permisjonssøknaden ble avslått av fengselet mandag 2. juli 2007, dagen før begravelsen skulle finne sted.

A ble orientert om avslaget mandag ettermiddag etter kl. 15.00 og påklaget vedtaket samme dag. Fengselet behandlet klagen om morgenen tirsdag 3. juli 2007 og opprettholdt avslaget. Saken ble deretter oversendt regionalt nivå i kriminalomsorgen per telefaks for klagebehandling. Etter kort tid ble søknaden delvis innvilget av regionen og A ble innvilget permisjon, men bare for 3. juli 2007. Etter å ha blitt informert om vedtaket, reiste A umiddelbart fra fengselet og kom til begravelsen 25 minutter etter at den hadde startet.

As far klaget på sønnens vegne til ombudsmanen i brev 20. juli 2007. Klagen gjaldt både fengslets saksbehandlingstid og den holdningen både han og sønnen følte at de ble møtt med fra fengslets side i forbindelse med behandlingen av permisjonssaken.

Faren viste til at A ble kjent med dødsfallet mandag 25. juni 2007 gjennom ham selv, og at fengselet ble orientert samme dag i forbindelse med at han ønsket å komme til fengselet for å overbringe dødsbudskapet personlig til sønnen. Han beskrev også hvordan sønnen, som i utgangspunktet opplevde hele soningssituasjonen som svært tyngende i seg selv, tok dødsbudskapet svært tungt og at det var av stor betydning for ham å få delta i begravelsen. Det fremgikk videre at fengselet ble orientert om begravelsesdatoen av soknepresten i telefaks onsdag 27. juni 2007, samme dag som tidspunktet ble fastsatt, og at det i telefaksen, som synes å ha blitt sendt ca. kl. 12.00 om formiddagen, bl.a. het at det i anledning begravelsen «søkes om permisjon for A». Faren viste også til at etter at sønnen hadde levert en formell permisjonssøknad om ettermiddagen onsdag 27. juni

2007, hørte han ingen ting om saken før han like før kl. 16.00 mandag 2. juli 2007 fikk avslag på søknaden. Begravelsen skulle da finne sted neste dag kl. 13.00.

Under henvisning til sin telefonkontakt med ledelsen og andre ansatte i fengselet anførte faren at han opplevde deres holdning som avvisende og arrogant, og at det ble vist liten innsikt i hvor vanskelig situasjonen var for sønnen. Avslutningsvis skrev han:

«Sett fra vår side er behandlingen av As permisjonssøknad preget av ren umenneskelighet fra begynnelse til slutt. Søknaden om permisjon ble levert inn straks vi visste datoen for begravelsen, men fengselet ventet likevel til siste slutt med å gi ham det negative svaret. Jeg kan ikke se hvorfor det skulle ta så lang tid å behandle denne saken, annet enn at det bevisst er blitt spekulert i at han skulle fratas en reell klagemulighet. Til og med klagesaken treneres helt til det er nesten umulig å rekke begravelsen. De som står bak en slik behandling kan etter min mening ikke ha innsikt i vanlige menneskers følelser og reaksjoner, og for A ble det opplevd som ren tortur. Han er blitt påført en betydelig merbelastning av fengselet, i en situasjon der han trenger hjelp for å bygges opp og bli sterk når han snart skal tilbake til det normale samfunnet der det blant annet venter en fast jobb som han har fått permisjon fra.

---

A hadde aldri fått mulighet til å delta i begravelsen uten massiv hjelp fra undertegnede. Samtidig ble den roen vi skulle ønske han kunne hatt for å bearbeide denne tragiske hendelsen og selve begravelsen helt ødelagt. Fengselet holdt igjen sine avgjørelser helt til siste slutt, og det er kun vi som kjenner ham som vet hvilken enorm belastning dette påførte ham. Sett i forhold til intensjonene om å lette på soningsforholdene for unge som skal sone for første gang ... oppleves dette som lite tilpasset tiden vi lever i. Behandlingen oppleves også som svært lite konstruktiv for en ung mann som aller mest ønsker seg styrke for å komme videre i livet.»

Etter å ha innhentet og gjennomgått sakens dokumenter, ble det funnet grunn til å undersøke saken nærmere. I brev 30. november 2007 ble vedkommende kriminalomsorgsregion bedt om å redegjøre for fengslets saksbehandlingstid forut for førsteinstansvedtaket og i klageomgangen. Regionen ble i denne forbindelse bedt om å kommentere hensynet til å sikre den innsatte en reell mulighet til å få klagen behandlet før begravelsen skulle finne sted. Det ble stilt spørsmål om saksbehandlingstiden etter regionens syn var akseptabel.

Regionen ble videre bedt om å redegjøre for hvordan behandlingen av permisjonssøknader som gjelder bestemte anledninger/tidspunkt generelt følges opp av fengslene og regionen for å sikre at søknadene i størst mulig grad blir behandlet, og eventuelt klagebehandlet, før det omsøkte permisjonstidspunktet. Det ble også bedt om en kommentar til be-



skrivelsen i klagen av den holdningen A og hans far opplevde å bli møtt med i fengselet.

Avslutningsvis ble det vist til at regionen vurderte vilkårene for velferdspermisjon noe annerledes enn fengselet, og det ble stilt spørsmål om dette var fulgt opp på annen måte enn gjennom den veiledningen som ligger i klagevedtaket.

I regionens svar fremgikk det at saken hadde vært forelagt fengselet for uttalelse, og kopi av uttalelsen derfra fulgte vedlagt. I forhold til fengselets saksbehandlingstid viste regionen til at permisjonssøknaden ble levert om ettermiddagen onsdag 27. juni 2007, journalført torsdag 28. juni 2007 og behandlet av fengselet mandag 2. juli 2007. Fengselet begrunnet behandlingstiden med at det i denne perioden var et høyt antall innsatte samtidig som bemanningen var sterkt redusert på grunn av ferieavvikling. Fra fengselets side ble det videre gitt uttrykk for at behandlingen av søknaden ikke ble trenert og at den ble behandlet så fort det lot seg gjøre.

I forhold til saksbehandlingen i klageomgangen viste regionen til at A påklaget vedtaket samme dag som han mottok det, og at fengselet behandlet klagen dagen etter, som var samme dag som begravelsen skulle finne sted. Regiondirektøren mottok klagen via telefaks, behandlet den umiddelbart og ga fengselet beskjed om at det var gitt delvis medhold i klagen, slik at innsatte kunne dra i begravelsen. I regionens svar het det videre:

«Det er beklagelig at innsatte og hans far synes at saksbehandlingstiden ble for lang i foreliggende sak. Regiondirektøren har likevel forståelse for at fengselet i perioder med ferieavvikling vil kunne ha lenger saksbehandlingstid. Regiondirektøren har i dag fått opplyst av fungerende fengselsleder at søknader om permisjon i forbindelse med begravelser eller andre presserende saker, blir prioritert. De blir avgjort enten skriftlig, eller hvis nødvendig muntlig. I forbindelse med søknaden fra A opplyste daværende fungerende fengselsleder, at han vurderte søknaden slik at det ikke forelå velferdsgrunnlag, og at saken av den grunn ikke ble prioritert umiddelbart. A skal også muntlig ha fått beskjed fredag 29.06.07 om at søknaden sannsynligvis ikke ble innvilget.

Regiondirektøren er av den oppfatning av saken burde vært avgjort fredag 29.06.07, uavhengig av om søknaden skulle innvilges eller avslås. I og med at det var like før helg og at begravelsen skulle skje påfølgende tirsdag, burde innsatte fått endelig avslag fredag, slik at han hadde reell klagemulighet på vedtaket.

Vanligvis vil ikke behandlingen av permisjonssøknader medføre problemer, fordi innsatte stort sett er kjent med grunnlaget for søknaden i god tid. Ved avslag i saker hvor det er kort tid til begivenheten skal skje, kontakter vanligvis fengselet regionen pr telefon og ber om at saken prioriteres på grunn av tidsfristen. Saken blir oversendt på faks, og saken blir klagebehandlet umiddelbart så sant det lar seg gjøre. I saker ved uforutsette begivenheter, som den foreliggende, hvor

permisjonstidspunktet ikke kan fastsettes lang tid i forveien, er regiondirektøren av den oppfatning at ... fengsel strekker seg langt for å få behandlet slike søknader, særlig med tanke på at innsatte skal ha en reell klagemulighet.

Regiondirektøren beklager at innsatte og hans far føler de er møtt med en umenneskelig holdning fra ansatte ved ... fengsel i forbindelse med permisjonssaken. Ansatte i kriminalomsorgen tilstreber å opptre profesjonelt i sitt arbeid både overfor innsatte og også overfor pårørende. I dette ligger også å vise medmenneskelighet i slike tilfeller som det foreliggende».

Regionens svar ble oversendt As far, som kom med merknader og tilbakeviste opplysningen om at A fikk muntlig beskjed fredag ettermiddag om at permisjonen sannsynligvis ikke ville bli innvilget. Videre skrev han bl.a.:

«Det står i Kriminalomsorgens svar at faks med klagen ble oversendt Kriminalomsorgen umiddelbart. Dette skjedde etter at jeg om morgenen og formiddagen samme dag som begravelsen skulle finne sted hadde tatt kontakt med ansvarlig for behandlingen av søknaden for å få frem et svar. Dette er beskrevet tidligere, men da svaret kommer er tiden i ferd med å renne ut. Jeg ringte derfor umiddelbart til Kriminalomsorgen for å spørre hva vi kunne gjøre. Jeg fikk der opplyst at fengselet umiddelbart måtte sende klagen per faks til dem. Deretter tok jeg kontakt med fengselet og ba dem om å gjøre dette. Før denne telefonen fra meg hadde de ikke sendt over klagen, men i svaret fra Kriminalomsorgen kan det se ut til at dette skjedde etter fengselets egen vilje og umiddelbart. Dette er feil.»

Regionen kom deretter med en presisering knyttet til regionens klagebehandling, og opplyste for øvrig at fengselet ikke hadde ytterligere merknader til saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Fengselets saksbehandlingstid m.v.

Det tok om lag fem dager, hvorav tre hele arbeidsdager, fra permisjonssøknaden ble innlevert onsdag 27. juni 2007 til den ble avgjort av fengselet mandag 2. juli 2007, dagen før begravelsen skulle finne sted. En så vidt lang saksbehandlingstid, og vedtaksfatting i førstinstans rett før den aktuelle begivenhet, kan ikke under noen omstendighet aksepteres i et tilfelle som det foreliggende. Søknaden gjaldt en begravelse kort frem i tid og var fremsatt så snart begravelsestidspunktet var på det rene. Fengselet burde da ha gitt saken høyere prioritet og behandlet den hurtigere for å sikre den innsatte en reell mulighet til å få saken klagebehandlet før det omsøkte permisjonstidspunktet. Det var for øvrig tale om en forholdsvis oversiktlig sak og det er vanskelig å se at den skulle kreve særlig stor arbeidsinnsats fra fengselets side. Avslå-

get som sådan synes å ha kommet til uttrykk gjennom avkryssing på søknadsskjemaet, der det også er gjort et par korte notater. Selv om høy aktivitet og ferieavvikling kan medføre høyere arbeidsbelastning og lengre saksbehandlingstider i perioder, må fengselet ha rutiner som sørger for at søknader som gjelder særskilte begivenheter, som for eksempel en begravelse, blir prioritert.

Regionen skriver at daværende fungerende fengselsleder har gitt uttrykk for at saken ikke ble prioritert for avgjørelse umiddelbart fordi han vurderte søknaden slik at det ikke forelå velferdsgrunnlag. Denne begrunnelsen er lite tilfredsstillende. Saken viser tvert imot at det er av stor betydning at det raskt treffes vedtak i førsteinstans for å sikre muligheten til klagebehandling, som jo kan resultere i et for klageren positivt utfall.

Kriminalomsorgen region ... har gitt uttrykk for at saken burde ha vært avgjort allerede fredag 29. juni 2007. Dette kunne ha vært akseptabelt, forutsatt at klageren hadde blitt gjort kjent med vedtaket så vidt tidlig på dagen at han hadde hatt mulighet til å påklage avslaget samme dag.

Saksbehandlingen etter at saken ble mottatt av regionen synes å ha vært adekvat, og gir ikke grunn til ytterligere merknader.

Jeg har merket meg den redegjørelsen som er gitt for hvordan fengselet og regionen generelt følger opp permisjonssøknader som gjelder bestemte anledninger/tidspunkt for i størst mulig grad å sikre at de blir avgjort og eventuelt også klagebehandlet før det omsøkte tidspunktet. Redegjørelsen gir ikke grunn til særskilte merknader fra min side.

## 2. Fengselets behandling av den innsatte og hans far

Innsatte og pårørende har krav på å bli behandlet med tilbørlig respekt og en profesjonell holdning fra de ansatte i kriminalomsorgen. Det er viktig at de ansatte har et bevisst forhold til at soningssituasjonen er spesiell og ofte meget belastende for både innsatte og pårørende. Særlig vil dette kunne være tilfelle for unge lovbytere som ikke tidligere har sonet. Det er spesielt viktig å være oppmerksom på dette ved behandlingen av søknader om permisjon eller fremstilling i forbindelse med dødsfall hos personer som står den innsatte nær.

Det kommer klart til uttrykk i klagen at den innsatte og hans far er svært berørt av og opprørt over måten de opplevde å bli møtt på av fengselets ledelse og øvrige ansatte i forbindelse med dødsfallet og permisjonssaken. Jeg har ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere og uttale meg om de konkrete hendelsene det er vist til i klagen, men jeg forutsetter at regionen og fengselet uansett tar slike tilbakemeldinger alvorlig og vurderer om det er behov for tiltak for å hindre at andre får slike opplevelser i lignende situasjoner.

Regionen har i svaret hit beklaget at den innsatte og hans far har opplevd situasjonen slik de har. Beklagelsen synes å være fornuftig.

## 3. Vurderingen av permisjonssøknaden – kravet til velferdsgrunner

Kriminalomsorgens vurdering av permisjonssøknaden har ikke direkte vært en del av undersøkelsen herfra. Ettersom klagebehandlingen viste at regionen vurderte spørsmålet om vilkårene for velferdspermisjon i straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 33 på en noe annen måte enn fengselet, og fengselets avslag ble delvis omgjort, ble likevel regionen bedt om å redegjøre for om det var foretatt noe oppfølgings- og veiledningsarbeid overfor fengselet i etterkant av avgjørelsen. Regionen har opplyst at fungerende fengselsleder ble orientert pr. telefon om utfallet av klagebehandlingen og også om begrunnelsen for at søknaden ble ansett å oppfylle kravet til velferdsgrunn. Videre er det vist til at regionen i forbindelse med en forvaltningsinspeksjon i fengselet i november 2007 gjennomgikk 20 avgjorte søknader om velferdspermisjon med fengselets representanter. Både innvilgede og avslåtte søknader ble gjennomgått. Jeg har merket meg opplysningene i regionens redegjørelse om at regionen etter gjennomgangen ikke hadde merknader til fengselets vurdering av velferdsgrunnlagene i noen av de gjennomgåtte sakene.

Ut over disse merknadene finner jeg å kunne la saken bero med de redegjørelsene og beklagelsene som regionen har kommet med.»

## 61.

### Det offentliges ansvar for mattilbudet til frihetsberøvede ved fremstilling til rettsmøter

(Sak 2008/309)

*Saken gjaldt ansvaret for, og rutinene rundt, mattilbudet til frihetsberøvede personer som fremstilles til rettsmøter. Bakgrunnen for saken var en henvendelse fra Advokatforeningen Oslo krets.*

*Ombudsmannen konstaterte at ansvaret for fremstiltes velferd, herunder tilgang til nødvendig mat under rettsmøter, ligger hos det offentlige og ikke hos den enkeltes advokat. Det ble pekt på at opplevelse av sult under rettsmøter kan utgjøre et rettssikkerhetsproblem. Departementets redegjørelse for gjeldende rutiner og kartleggingen av disse rutinene etterlot et inntrykk av at den eksisterende ordningen ikke var tilfredsstillende. Ombudsmannen ba derfor departementet om så snart som mulig å sørge for å få på plass effektive tiltak for å sikre nødvendig tilgang til mat under rettsmøter for alle fremstilte.*

*Justis- og politidepartementet opplyste at det hadde foretatt en gjennomgang av rutinene i kriminalomsorgens regioner, og bedt regionene om å*

*iverksette en rutine som innebærer at tjenestemannen med det operative ansvaret skal se til at innsatte som fremstilles til rettsmøter har med seg matpakke.*

*Ombudsmannen ba deretter departementet om å gi en orientering om oppfølgingen av uttalelsen overfor andre grupper frihetsberøvede enn innsatte som er under kriminalomsorgens ansvar. I tillegg ba ombudsmannen om departementets syn på spørsmålet om ansvar og kostnadsdekning der fremstilte til tross for den innførte rutinen ikke har med seg matpakke ved fremstilling til rettsmøter.*

Advokatforeningen Oslo krets klaget til ombudsmannen og opplyste at foreningen over lengre tid hadde mottatt klager fra sine medlemmer knyttet til forventninger fra det offentlige om at advokater skal kjøpe og betale mat for sine klienter i de tilfeller der disse ikke har med egen matpakke ved fremstilling til Oslo tingrett. Foreningen opplyste at problemstillingen hadde vært tatt opp med Justis- og politidepartementet, sorenskriveren i Oslo tingrett og Oslo politidistrikt, og det ble vist til korrespondansen med disse instansene. I et vedlagt brev fra 2006 uttalte statssekretær Anne Rygh Pedersen i Justis- og politidepartementet blant annet følgende:

«Generelt er jeg enig med Advokatforeningen i at mat og drikke tilhører et av de grunnleggende behovene som ytterligere kan forsterkes gjennom den situasjon de framstilte er i ved opphold i cellene i Tinghuset. Videre er jeg i utgangspunktet enig med Advokatforeningen i at de ansvarlige offentlige organer må ha ansvar for de framstiltes velferd.»

Det ble videre redegjort for opplysninger innhentet fra Politidirektoratet, hvor det ble orientert om at fremstilte fra politiarresten i Oslo politidistrikt får tilbud om frokost og lunsj før avreise, og eventuelt ettersendt middag, eller tilbud om middag eller kveldsmat ved retur. I forhold til fremstilling fra fengsel ble det opplyst at varetektsinnsatte har tørrmat på cella (brød og pålegg), og oppfordres til å smøre matpakke, men at flere likevel ikke gjør det. I slike tilfeller ble det vist til at advokaten kan bestille mat til den fremstilte i kafeteriaen ved Oslo tingrett. Rutinene ble på dette tidspunkt ansett tilfredsstillende av departementet.

I den senere korrespondansen mellom Advokatforeningen og departementet fremkom det at det var utarbeidet en avtale datert 15. mai 2007 mellom Oslo politidistrikt og kantinen i Oslo tinghus om hvordan advokater skal besørge kjøp av mat til sine klienter. På bakgrunn av initiativene fra Advokatforeningen sendte også Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) brev 10. august 2007 til de seks regionene i kriminalomsorgen, der disse ble bedt om å sørge for

«at det etableres rutiner slik at personer som fremstilles til rettsapparatet, kan medbringe matpakke».

I klagen til ombudsmannen viste Advokatforeningen til at det er varierende grunner til at frihetsberøvede ikke har med egen matpakke. Det kan eksempelvis skyldes tidlig avhenting fra fengsel, manglende muligheter til å få med seg eller lage matpakke og at den fremstilte ikke har tenkt over behovet og nødvendigheten av å medbringe mat. Det ble også vist til at forsinket tilbaketransport kan forårsake at oppholdet i tingretten blir lengre enn ventet.

Foreningen anførte at den gjeldende praksisen utgjorde et rettssikkerhetsproblem, og viste til at sult under behandlingen i retten oppleves svært ubehagelig og påvirker de framstiltes konsentrasjon. Det ble anført at mangler ved mattilbudet hadde vært et problem både ved fremstilling til varetektsfengsling og for frihetsberøvede som er tiltalte eller innkalt som vitne i rettsforhandlinger i straffesaker.

Justis- og politidepartementet ble i brev herfra bedt om å redegjøre for den faktiske situasjonen med hensyn til de spørsmålene som var tatt opp av Advokatforeningen. Det ble særskilt bedt om en redegjørelse for frihetsberøvedes muligheter til å smøre seg matpakke eller på annen måte få med seg mat fra fengselet eller politiarresten. I lys av KSFs brev 10. august 2007 ble det bedt om å få opplyst om det var innarbeidet rutiner for dette i samtlige kriminalomsorgsregioner. Det ble også bedt om en kort redegjørelse for innholdet i rutinene.

Departementet ble videre bedt om å redegjøre for hvordan den frihetsberøvede får tilgang til mat dersom vedkommende av ulike grunner ikke har med seg mat ved ankomst til tingretten. Det ble særskilt bedt om å få opplyst om det etter departementets syn er det offentliges ansvar å sørge for tilgang til og kostnadsdekning av mat i disse tilfellene. Videre ble det bedt om departementets merknader til den etablerte ordningen for hvordan forsvarere skal kjøpe mat til sine klienter. Det ble vist til at avtalen kunne hevdes å skape forventninger om at forsvarerne skal sørge for bekostning av maten i disse tilfellene. Departementet ble bedt om å gi sitt syn på om det er riktig at advokatene overhodet skal ha noe med de framstiltes mattilbud å gjøre. Avslutningsvis ble det pekt på at tilsvarende spørsmål gjør seg gjeldende ved fremstilling til Borgarting lagmannsrett, og det ble bedt om en redegjørelse også i forhold til denne domstolen.

Departementets svar er nærmere omtalt nedenfor.

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

«Det er et grunnleggende hensyn i vår strafferettspleie at alle som deltar i rettsmøter skal behandles

med respekt og gis tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier. Etter straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 92 annet ledd er det eksempelvis ikke anledning til å trette ut siktede under rettslig avhør, og han skal gis anledning til å «få sedvanlige måltider og nødvendig hvile».

I FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966 artikkel 10 nr. 1, som gjelder som norsk lov i henhold til menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 § 2, fastslås det at alle frihetsberøvede skal behandles humant og det skal tas hensyn til menneskets iboende verdighet. Dette innebærer at myndighetene både skal avstå fra inhuman behandling, og det er oppstilt positive forpliktelser til å sørge for visse minimumsstandarder. I årsmeldingen for 1997 på side 38 (Somb-1997-1) har jeg uttalt følgende vedrørende disse positive forpliktelsene i forbindelse med forholdene i politiarrest:

«Bestemmelsen er dessuten forstått slik at den også stiller opp forpliktelser for den enkelte stat til å sikre tilfredsstillende forhold, jf. Nowak: Commentary on ICCPR, Kehl, Strasbourg, Arlington 1993, 188-189.... Dette vil typisk gjelde tilfredsstillende mat, klær, kommunikasjon med andre, bevegelsesmuligheter og sanitærfasiliteter. Dette er antatt å være minimumskrav som må tilfredsstilles uavhengig av tilgjengelige offentlige midler, jf. Nowak: Commentary on ICCPR, Kehl, Strasbourg, Arlington 1993, 186-189.»

De europeiske fengselsreglene (rekommandasjon 2006 (2) fra Ministerkomiteen i Europarådet) får anvendelse både for fremstilte varetektsinnsatte og domfelte, jf. art. 10.1 og 10.3. I art. 22.4 heter det: «Det skal serveres tre måltider om dagen med passende mellomrom».

FNs Standard minimum rules for the treatment of prisoners, som ble vedtatt i 1957, har også en bestemmelse i art. 20 (1) om tilgang til mat som lyder:

«Every prisoner shall be provided by the administration at the usual hours with food of nutritional value adequate for health and strength, of wholesome quality and well prepared and served.»

I kostholdsrundskriv nr. 3/2004 fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning er formålet angitt slik:

«Enhver innsatt i norske fengsler skal kunne spise seg mett på alminnelig, god og ernæringsmessig riktig mat.»

Selv om ovennevnte rundskriv direkte gjelder mens vedkommende er under kriminalomsorgens ansvar, kan jeg ikke se at det er grunnlag for å legge andre prinsipper til grunn når den frihetsberøvede er fremstilt fra fengsel, selv om det er politiet som har ansvar for selve transporten og oppholdet utenfor fengselet.

Ut fra de nevnte bestemmelser fremstår det som åpenbart for meg at det er det offentlige som har ansvaret for at frihetsberøvede får tilgang til nødvendig mat og drikke under rettsforhandlinger. Dette er både et økonomisk og et organisatorisk ansvar. Departementet uttaler da også i svaret hit at det er «det offentlige som har ansvaret for å etablere rutiner som sikrer at alle innsatte får nødvendig mat ved fremstilling i rettsmøte. Advokatene skal ikke ha noe ansvar for dette.»

Det finnes imidlertid ingen regler som gir føringer på hvilke organer som har ansvar for frihetsberøvede personers tilgang til nødvendig mat under rettsforhandlinger. Departementet har i sitt svar hit redegjort på følgende måte vedrørende rutinene for mulighet til å kunne ta med seg mat fra de ulike fengslene:

«KSF har foretatt en kartlegging av om det foreligger rutiner ved avhenting fra fengsel til rettsmøter. I samtlige regioner med unntak av Kriminalomsorgen region øst, er det etablert rutiner iht. brev av 10.08.2007. Rutinene innebærer at innsatte gjøres oppmerksom på at de må lage matpakke der det er tilrettelagt for at de kan lage mat selv eller at det gjøres ved kjøkkenet i fengselet. Bergen fengsel opplyser at det likevel er sjelden de domfelte medbringer matpakke til rettsmøtene selv om de er blitt oppfordret til det. Kriminalomsorgen region nordøst opplyser at selv om det er tilrettelagt for å lage matpakke, er det mange innsatte som ikke forbereder niste. Det skyldes at de ikke har for vane å smøre matpakke. Videre kan det oppstå problemer dersom den innsatte hentes på natten.

I Kriminalomsorgen region øst har samtlige innsatte ved fengslene tilgang på mat slik at de kan smøre matpakke selv. I praksis bli ikke dette alltid gjort. Region øst vil ta opp med fengslene at innsatte skal ha matpakke med seg ved fremstillinger og mener at det ikke foreligger praktiske problemer med å fremskaffe matpakker.

Politidirektoratet opplyser at dersom en varetektsinnsatt fremstilles fra arresten ved Oslo politidistrikt, vil vedkommende få med mat fra arresten dersom vedkommende skal være i retten hele dagen.

Det er i dag ikke etablert særskilte rutiner dersom innsatte ikke har med seg matpakke til rettsmøtet. Det er i disse situasjonene vedkommende blir henvist til å skaffe seg mat gjennom henvendelse til advokat.»

Jeg har merket meg departementets redegjørelse på dette punkt, og konstaterer at det er en svært praktisk problemstilling at innsatte og andre frihetsberøvede, uavhengig av muligheter til å få med matpakke, likevel ikke medbringer mat til rettslokalet. Dette kan ha flere årsaker. Frihetsberøvedes situasjon kan i stor grad variere like før rettsmøter. Det forhold at vedkommende selv av ulike grunner ikke får smurt matpakke, fritar etter mitt syn ikke det offentlige fra ansvaret for å besørge og bekoste frihetsberøvedes be-

hov for nødvendig mat. Jeg ser det derfor som be-  
kymringsfullt at det ikke synes å være etablert rutiner  
for håndtering av slike situasjoner. Dersom personer  
må oppholde seg i et rettslokale en hel dag uten mat,  
vil dette kunne føre til sult som igjen kan lede til at  
fremstilte ikke i like stor grad kan ivareta sine egne  
interesser. En slik situasjon er meget uheldig, og det  
er lett å se at dette kan utgjøre et rettssikkerhetspro-  
blem.

Jeg har merket meg at også departementet er opp-  
merksom på denne problemstillingen, og uttaler føl-  
gende i svaret hit:

«Departementet er enig i at dette ikke er tilfreds-  
stillende...»

På bakgrunn av de problemene som er avdek-  
ket i kartleggingen av rutinene ved fengslene, vil  
departementet innskjerpe at det legges til rette for  
en tilfredsstillende ordning.»

Jeg slutter meg til departementets standpunkt og  
vil bemerke at det er en uholdbar situasjon dersom  
advokaten, som primært har et ansvar for å sikre kli-  
entens rettssikkerhetsgarantier, også må besørge og  
bekoste klientens mat. Dette ligger ikke innenfor ad-  
vokatens oppgaver, og kan føre til at advokatens tid i  
rettslokalet må brukes til forhold advokaten ikke har  
ansvaret for og ikke til beste for klienten. Det er der-  
for helt avgjørende at departementet så snart som mu-  
lig får på plass forsvarlige rutiner som sikrer at det of-  
fentlige tilbyr frihetsberøvede mat i rettslokalet med  
sedvanemessige mellomrom, enten det dreier seg om  
fremstilling fra fengsel, politiarrest, utlendingsinter-  
nat e.l. Jeg forutsetter at departementet gir dette ar-  
beidet høy prioritet og ber om å bli holdt orientert om  
hvordan dette konkret blir fulgt opp.»

I brev 19. oktober 2009 til ombudsmannen uttalte  
Justis- og politidepartementet blant annet følgende:

«Departementet har foretatt en gjennomgang av  
rutinene i kriminalomsorgens regioner, og har i  
brev 16. oktober, bedt alle regionene om å iverk-  
sette følgende rutine:

‘Det påhviler vedkommende tjenestemann  
som har det operative ansvaret (som utsteder  
fremstillingsordren, evt. mottar politiets fremstil-  
lingsordre) å se til at innsatte som fremstilles til  
rettsmøte har med seg matpakke. I de tilfeller der  
dette ikke er gjort, ser vedkommende til at kjøk-  
kenet gjør klar en matpakke til innsatte.’

Justisdepartementet regner med at gjennom-  
gangen av rutiner og ovennevnte presisering vil  
føre til en tilfredsstillende ordning.»

Ombudsmannen skrev deretter følgende i brev til  
departementet:

«I brev 19. oktober 2009 fremgår det at departe-  
mentet har gjennomgått rutinene i kriminalom-  
sorgens regioner for så vidt gjelder mattilbudet til  
frihetsberøvede ved fremstilling til rettsmøter.

Departementet viser i den forbindelse til at regio-  
nene i brev 16. oktober 2009 er bedt om å iverk-  
sette en rutine som innebærer at tjenestemannen  
med det ‘operative ansvaret’ skal ‘se til at innsat-  
te som fremstilles til rettsmøte har med seg mat-  
pakke’. Departementet antar at dette vil være en  
«tilfredsstillende ordning.

For innsatte som er under kriminalomsor-  
gens ansvar, kan den innførte rutinen et stykke på  
vei synes å bøte på de manglene jeg påpekte i min  
uttalelse 17. april 2009 når det gjelder fremstiltes  
tilgang til nødvendig mat under rettsmøter. Dette  
forutsetter selvsagt at den omtalte rutinen følges  
opp i tilstrekkelig grad.

Justis- og politidepartementet har imidlertid  
ikke gitt noen orientering om hvordan min utta-  
lelse har vært fulgt opp for så vidt gjelder frihets-  
berøvede i politiarrest, utlendingsinternat e.l.  
som fremstilles til rettsmøter. Jeg ber på denne  
bakgrunn om at Justis- og politidepartementet  
også gir en orientering om oppfølgingen av min  
uttalelse overfor denne gruppen frihetsberøvede.

Det ble i brev fra mitt kontor 3. september  
2009 bedt om at situasjonen for Oslo tingretts  
vedkommende ble kommentert særskilt. Departe-  
mentet har ikke gjort dette i sitt brev  
19. oktober 2009. Anmodningen gjentas derfor.

De rutinene som departementet har bedt regi-  
onene om å følge, synes ikke direkte å klargjøre  
spørsmålet om ansvar og kostnadsdekning i de  
tilfellene fremstilte til tross for direktivene ikke  
har med seg matpakke ved fremstilling. Det bes  
om departementets kommentarer til dette. Har  
departementet vurdert tiltak for å klargjøre at det  
også i disse tilfellene er et offentlig ansvar å sør-  
ge for at den fremstilte får mat, og at dette ikke er  
noe som kan pålegges vedkommendes advokat?»

Ombudsmannen avventer departementets svar.

## Utlendingssaker

### 62.

#### **Bortfall av bosettingstillatelse på grunn av langvarig fravær fra riket – forholdet mellom lov og forskrift m.v.**

(Sak 2007/1605)

*Saken gjaldt utlendingsmyndighetenes vedtak om  
bortfall av bosettingstillatelse på grunn av langvarig  
fravær fra riket. Utlendingsmyndighetenes begrun-  
nelse for bortfallet var at klageren hadde hatt et sam-  
let fravær fra riket på mer enn to år i løpet av en fi-  
reårsperiode, jf. utlendingsforskriften § 49 annet  
ledd annet punktum.*

*Ombudsmannen kom til at det fremsto som tvil-  
somt om det var adgang til å gi en slik bestemmelse  
som i utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet  
punktum på grunnlag av hjemmelsbestemmelsen i ut-  
lendingsloven § 12 fjerde ledd. Departementets initi-  
ativ for å endre bestemmelsen var derfor i utgangs-*

punktet positivt, men det var en klar svakhet at hjemmelsspørsmålet ikke var drøftet nærmere i forbindelse med forslaget om å gjeninnføre den tidligere forskriftsbestemmelsen som gjaldt før 1. januar 2000. Ombudsmannen understreket videre at utlendinger som innvilges bosettingstillatelse må gis korrekt og fyllestgjørende informasjon om bortfallsreglene, også de som bare fremgår av forskrift. Verken informasjonen som var gitt i klagerens sak eller politiets standardtekster var tilfredsstillende. Departementet ble bedt om å skaffe seg en oversikt over og vurdere hva som burde gjøres i forhold til utlendinger som kan ha blitt rammet på samme måte som klageren i den konkrete saken.

Departementet ba senere Utlendingsdirektoratet om å utforme en standardformulering der det redegjøres for bortfallsreglene, som skal tas inn i alle direktoratets vedtak om innvilgelse av bosettingstillatelse. Direktoratet ble samtidig bedt om å instruere politiet om å bruke den samme formuleringen i sine vedtak. Det fremgikk for øvrig at direktoratet hadde identifisert ca. 25 saker i samme rettslige stilling som ombudsmannssaken.

A ble 25. juni 1998 innvilget arbeidstillatelse i Norge for ett år etter utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 8 annet ledd. Tillatelsen ble senere fornyet ved flere anledninger. Ved Asker og Bærum politidistrikts vedtak 26. juni 2001 ble hun innvilget bosettingstillatelse etter utlendingsloven § 12.

I mars 2005 søkte klageren om norsk statsborgerskap. På søknadsskjemaet opplyste hun om to lengre utenlandsopphold for å pleie et familiemedlem. Oppholdene hadde vart i henholdsvis 18 og 8 måneder – til sammen mer enn to år og to måneder. På bakgrunn av utenlandsoppholdene ble hun forhåndsvarslet om at Utlendingsdirektoratet vurderte å fatte vedtak om bortfall av hennes bosettingstillatelse. Dette ble senere fulgt opp i direktoratets vedtak 10. april 2006. Begrunnelsen for vedtaket om bortfall var at hun hadde hatt et samlet fravær fra landet på mer enn to år i løpet av en fireårsperiode, jf. utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum. Etter klage ble vedtaket opprettholdt av Utlendingsnemnda v/sekretariatet.

As advokat klaget hit i brev 29. august 2007. Han anførte først og fremst at utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum er i strid med bestemmelsen i utlendingsloven § 12 fjerde ledd og dermed uhjemlet. Uavhengig av hva ombudsmannen kom til vedrørende hjemmelsspørsmålet, hevdet advokaten at utlendingsmyndighetene hadde brutt sin veiledningsplikt, og at bortfallsvedtaket måtte anses «sterkt urimelig».

Etter en gjennomgang av saksdokumentene ble det besluttet å undersøke saken nærmere. Da enkelte av spørsmålene var av generell karakter, ble det fun-

net mest hensiktsmessig å ta dem opp med Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

Departementet ble bedt om å redegjøre for sin forståelse av vilkåret om «sammenhengende» opphold m.v. i utlendingsloven § 12 fjerde ledd første punktum, og redegjøre for hvilke begrensninger bestemmelsen anses å legge på adgangen til å gi «nærmere regler» i forskrifts form. Det ble i denne forbindelse bedt om en særskilt omtale av forholdet til departementets forskriftsmyndighet. Videre ble departementet bedt om å gi sitt syn på hvorvidt forskriftsbestemmelsen i utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum, som tilsier at et ubestemt antall utenlandsopphold i løpet av en fireårsperiode skal anses som sammenhengende, samsvarer med utlendingsloven § 12. Departementet ble i alle tilfelle bedt om å redegjøre for sitt standpunkt til om det er heldig med en forskriftstekst som avviker så vidt betydelig fra en naturlig språklig forståelse av den lovfastsatte hjemmelbestemmelsen på et område der hensynet til forutberegnelighet fremstår som viktig.

Det ble videre vist til veiledningen som var gitt om bortfall i vedtaket om å innvilge A bosettingstillatelse og den generelle standardformuleringen som politidistriktene senere har benyttet i slike vedtak. I denne forbindelse ble det pekt på at det som står i vedtakene i liten grad synes å gi dekkende informasjon og veiledning om hvordan utlendinger som får bosettingstillatelse skal gå frem for å unngå at tillatelsen faller bort. Det er blant annet ikke omtalt at flere utenlandsopphold på til sammen to år i løpet av en fireårsperiode kan medføre bortfall, jf. utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum. På denne bakgrunn ble departementet bedt om å kommentere utlendingsmyndighetenes veiledningsplikt i forhold til bortfall av bosettingstillatelse. Det ble herunder bedt om departementets merknader til de standardformuleringene som benyttes av politidistriktene, som kan fremstå som direkte villedende.

Kopi av brevet til departementet ble oversendt Utlendingsnemnda til orientering. I brev hit opplyste nemnda at det forut for vedtaket i den innklagede sak ble fattet vedtak i en annen sak med motsatt utfall. Det het videre:

«Klageren i den saken hadde fått samme informasjon om bortfallsreglene som klageren i saken som er brakt inn for ombudsmannen, og klagen ble tatt til følge på grunnlag av den mangelfulle overholdelsen av veiledningsplikten. Til orientering opplyses at vi etter en fornyet vurdering, ex officio har omgjort vårt vedtak om bortfall av bosettingstillatelse for A, med den følge at hennes bosettingstillatelse består.»

Nemnda oversendte også kopi av sitt brev med innspill til departementet.

I sitt svar uttalte departementet følgende om forståelsen av uttrykket «sammenhengende» i utlendingsloven § 12 fjerde ledd første punktum:

«Når det gjelder innholdet av begrepet 'sammenhengende' opphold m.v. i utlendingsloven § 12 fjerde ledd første punktum, viser vi til bestemmelsens forarbeider i Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 199:

'Departementet foreslår at en bosettingstillatelse faller bort når innehaveren har hatt bopel utenfor Norge sammenhengende i mer enn 2 år. At utlendingen 'har hatt bopel utenfor riket sammenhengende' i så lang tid, vil si at vedkommende i realiteten ikke lenger er bosatt i Norge. Er dette tilfellet, er det ikke tilstrekkelig til å opprettholde bosettingstillatelsen at han tar ett eller flere kortere opphold i Norge innenfor fristen, dersom ikke hensikten er å bosette seg her igjen. Omvendt vil det kunne tenkes at bopelen anses opprettholdt selv om vedkommende oppholder seg mer i utlandet enn i Norge, men dersom fraværet har vært sammenhengende i hele perioden, vil en måtte anse bopelen som oppgitt.'

Av sitatet fremgår det at begrepet 'sammenhengende' ikke skal tolkes bokstavelig (dvs. i betydningen 'uavbrutt'); ett eller flere kortere opphold i Norge er ikke tilstrekkelig for å forhindre bortfall av tillatelsen.

Før gjeldende bestemmelse i § 49 annet ledd annet punktum trådte i kraft 1. januar 2000, hadde utlendingsforskriften en bestemmelse i § 49 tredje ledd som lød som følger:

'For at ny frist etter første ledd skal begynne å løpe, må utlendingen oppholde seg i riket minst like lenge som varigheten av det forutgående opphold utenfor riket.'

I Rt. 1997 s. 1784 ble bestemmelsen kommentert av førstvoterende. Selv om tolkningen av denne bestemmelsen ikke tilhørte sakens kjernepunkt, uttalte førstvoterende (som tilhørte flertallet) at bestemmelsen lå innenfor rammen av § 12 fjerde ledd og var en naturlig presisering av bestemmelsen i lovens § 12 fjerde ledd (s. 1793).

Departementet bemerker at også denne tidligere forskriftsbestemmelsen ville ført til bortfall av bosettingstillatelse i foreliggende sak.»

Departementet gjennomgikk deretter de vurderinger som ble gjort ved innføringen av den aktuelle forskriftsbestemmelsen og gjenga deler av departementets høringsbrev i denne forbindelse. Det het videre:

«Departementet arbeider for tiden med å forberede forslag til en ny utlendingsforskrift som vil bli sendt på høring dersom Stortinget vedtar det forslag til ny utlendingslov som er fremmet i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007). I denne forbindelse har departementet kommet til at man ikke ønsker å videreføre dagens bestemmelse i § 49 annet ledd

annet punktum. Departementet anser at bestemmelsen legger strengere begrensninger for muligheten til utenlandsopphold enn det som er nødvendig og ønskelig.

Med grunnlag i ombudsmannens henvendelse bemerkes det også at departementet ser at det burde vært foretatt en tydelig drøftelse av forholdet mellom departementets forskriftskompetanse og lovens krav til 'sammenhengende opphold' i forbindelse med at gjeldende forskriftsregel ble vedtatt. Dersom departementet hadde ønsket å videreføre forskriftsregelen, erkjenner departementet at det ville vært svært uheldig å gjøre dette uten å foreslå en tydeligere hjemmel for slik forskriftsregulering i loven.

For å unngå at det stilles spørsmål ved kompetansegrunnlaget for forskrifter med et slikt inngrep innhold som reglene om bortfall av bosettingstillatelse, vil departementet i løpet av kort tid fremme forslag om en endring av bortfallsbestemmelsene allerede i gjeldende forskrift. I mellomtiden vil også departementet gi en instruks til UDI om å stille saksbehandlingen i bero i forhold til saker som kan tenkes å bli berørt av endringsforslaget.

Som følge av at departementet vil foreslå en endring i gjeldende forskrift, anses det ikke å være noe behov for å instruere politidistriktene om å forbedre sin informasjon til de som får innvilget bosettingstillatelse.»

I forhold til spørsmålet om betydningen av brudd på veiledningsplikten, viste departementet til Utlendingsnemndas uttalelse i svarbrevet til departementet, der det blant annet het:

«En utlending har som kjent en selvstendig plikt til å gjøre seg kjent med regelverk som har betydning for vedkommende. Et regelverk kan jo også bli endret i forhold til opplysninger som er gitt.

Mangelfull informasjon kan være verre enn ingen informasjon, og det synes særlig uheldig å opplyse om forskriftens § 49 første ledd – og enda verre om første og tredje ledd – men ikke annet ledd. I den standard vedtaksmal som benyttes når UNE omgjør et vedtak truffet av UDI om ikke å gi bosettingstillatelse, opplyses det selv sagt om både første og annet ledd, og det har vi fått opplyst at UDI gjør også. I tillegg informeres det om tredje ledd. Vi skriver nå til UDI og ber om at de vurderer å informere alle politidistrikter om betydningen av å gi fullstendig informasjon om bestemmelsene om bortfall av en bosettingstillatelse.»

Departementet har i etterkant av svarbrevet hit sendt et forslag om forskriftsendring på høring, jf. høringsbrev 8. juli 2008.

Advokaten kom med merknader og anmodet blant annet ombudsmannen om å undersøke hjemmelsspørsmålet av eget tiltak ettersom A trolig ikke lenger hadde aktuell klageinteresse i saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Forholdet mellom utlendingsloven § 12 fjerde ledd og utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum

Etter utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 12 kan utlendinger innvilges bosettingstillatelse, som gir rett til å oppholde seg og arbeide i Norge uten tidsbegrensning. Tillatelsen faller bort etter vilkår gitt i bestemmelsens fjerde ledd, som har følgende ordlyd:

«Tillatelsen faller bort når innehaveren har hatt bopel eller faktisk opphold utenfor riket sammenhengende i mer enn to år. Vedtak om bortfall treffes av Utlendingsdirektoratet. Utlending kan etter søknad gis adgang til å være borte fra riket lenger uten at tillatelsen faller bort. Nærmere regler kan gis ved forskrift fastsatt av Kongen.»

I utlendingsforskriften 21. desember 1990 nr. 1028 § 49 er det gitt nærmere regler om bortfall av bosettingstillatelse. Første ledd gjentar det som følger av utlendingsloven § 12 fjerde ledd første punktum. I annet ledd er det inntatt følgende bestemmelse om hva som regnes som sammenhengende opphold m.v. utenfor riket:

«Bopelen eller det faktiske oppholdet utenfor riket anses å være sammenhengende selv om utlendingen har hatt ett eller flere opphold av kortere varighet i riket. Bopelen eller det faktiske oppholdet utenfor riket anses også å være sammenhengende dersom utlendingen i løpet av en fireårsperiode har hatt flere opphold i utlandet som til sammen har en varighet på mer enn to år.»

Mens første punktum i hovedsak er en naturlig presisering av hva som skal regnes som «sammenhengende», fremstår annet punktum i langt større grad som en bestemmelse med et selvstendig materielt innhold. Regelen som oppstilles går langt ut over å presisere hovedbestemmelsen. Det kan i denne forbindelse som eksempel vises til et tilfelle der utlendingen oppholder seg ett år utenfor riket, deretter oppholder seg i riket i nærmere to år før han igjen oppholder seg ett år utenfor riket. I et slikt tilfelle vil bortfall kunne skje etter ordlyden i bestemmelsen i utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum, men det må være på det rene at man da befinner seg langt utenfor enhver rimelig språklig forståelse av hva som ligger i begrepet «sammenhengende» bopel eller opphold utenfor riket.

Utlendingsloven § 59 første punktum slår fast at «Kongen ved forskrift [kan] gi nærmere regler til gjennomføring av loven». Forskriftsmyndigheten er i dag delegert til Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Utlendingsloven § 12 fjerde ledd siste punktum inneholder videre en særskilt forskriftshjemmel. Ut fra ordlyden i bestemmelsen kan det stilles spørsmål

om forskriftshjemmelen bare refererer til setningen foran vedrørende søknad om adgang til utvidet utenlandsopphold, eller om fullmakten gjelder generelt for reglene om bortfall. Forarbeidene gir ingen direkte veiledning på dette punkt. I Ot.prp. nr. 46 (1986–87) s. 199 er behovet for forskriftsregler, og i hvilke tilfeller dette kan være aktuelt, bare nevnt i tilknytning til bestemmelsen om adgang til å søke om tillatelse til lengre utenlandsopphold. Dette kan trekke i retning av at man ikke har sett for seg at forskriftshjemmelen også skulle omfatte andre forhold vedrørende bortfallsbestemmelsen.

I Høyesteretts dom referert i Rt. 1997 s. 1784, som også omhandlet bortfall av bosettingstillatelse på grunn av fravær fra riket men som reiste litt andre spørsmål, nevner førstvoterende problemstillingen på s. 1790:

«... jeg [vil] innskyte at ingen av sakens parter har reist spørsmålet om forskriftshjemmelen i lovens § 12 if bare knytter seg til det foregående annet punktum om søknad om forlenget fravær fra riket, slik at det i tilfelle ikke er særhjemmel for forskrifter om bortfallsregelen i fjerde ledds første punktum.

Bemerkningene til forskriftshjemmelen i lovforarbeidene – se Ot.prp. nr. 46 (1986–87) side 199 – synes å knytte seg til annet punktum. Særlig sett er det imidlertid nær sammenheng mellom første og annet punktum. Lovens formulering gir støtte for at forskriftshjemmelen gjelder i forhold til begge bestemmelser, og jeg mener den må tolkes slik. – Om den generelle forskriftshjemmelen i § 59 i tilfelle kunne ha vært anvendt, tar jeg ikke standpunkt til.»

Det gjøres oppmerksom på at referansene i det sisterte knytter seg til bestemmelsen slik den da lød.

Verken klageren eller departementet har tatt opp spørsmålet om forskriftshjemmelen uttrykkelig. I lys av uttalelsen i ovennevnte dom gir spørsmålet uansett ikke grunn til nærmere drøftelser herfra. Jeg noterer at tolkningstvilen synes å være noe mindre i forhold til den nye utlendingsloven 15. mai 2008 nr. 35 § 62 femte ledd siste punktum, der det heter følgende: «Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift om bortfall av permanent oppholdstillatelse». Samtidig har jeg merket meg at departementet i høringsbrev 19. januar 2009 har foreslått å oppheve den nevnte forskriftsbestemmelsen og erstatte den med en mer uttrykkelig forskriftshjemmel i sjette ledd. Dette synes fornuftig.

Det neste spørsmålet er hvilke skranker utlendingsloven § 12 fjerde ledd setter for hva det er adgang til å fastsette i forskrift. Klagerens advokat har i klagen hit anført at någjeldende bestemmelse i utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum strider mot lovbestemmelsen.

Under henvisning til forarbeidene har departementet i redegjørelsen hit anført at begrepet «sam-



menhengende» ikke skal tolkes bokstavelig, dvs. i betydningen «uavbrutt», og det uttales at «ett eller flere kortere opphold i Norge er ikke tilstrekkelig for å forhindre bortfall av tillatelsen». Departementet har også vist til den tidligere forskriftsbestemmelsen, der det fremgikk at for at det skulle løpe en ny frist for bortfall måtte utlendingen oppholde seg i riket minst like lenge som varigheten av det forutgående oppholdet utenfor riket. Det pekes videre på at førstvoterende i dommen referert i Rt. 1997 s. 1784 (på s. 1793) ga uttrykk for at denne og en annen bestemmelse var «naturlige presiseringer av bestemmelsen i lovens § 12 fjerde ledd». Departementet har vist til at også den tidligere bestemmelsen ville ha ført til bortfall i den foreliggende saken.

Uttalelsen i ovennevnte dom kan ha en viss interesse i forhold til spørsmålet om hvilke forskriftsbestemmelser det er adgang til å gi. Som departementet selv peker på, hørte imidlertid ikke tolkningen av den tidligere bestemmelsen til sakens kjernepunkt. Det er videre tale om en annen forskriftsbestemmelse enn den någjeldende. Disse forhold reduserer betydningen av uttalelsen.

Lovgivers valg av uttrykket «sammenhengende» trekker i alle fall språklig sett i retning av at det kreves at oppholdet har vært uavbrutt. Forarbeidene gir imidlertid, som departementet påpeker, anvisning på at ett eller flere kortere opphold i Norge ikke avbryter toårsfristen. Dette synes naturlig ut fra formålet med bosettingstillatelse. Ut over dette er det begrenset med føringer å finne i forarbeidene. Bestemmelsen i den någjeldende utlendingsforskriften § 49 annet ledd innebærer at en utlendings bosettingstillatelse kan falle bort til tross for at han har hatt uavbrutt opphold i Norge på nesten to år i en fireårsperiode. Et så vidt langt opphold i Norge kan ikke anses å være av kortvarig karakter og ligger derfor utenfor de føringer som synes å være oppstilt i forarbeidene.

Forut for vedtakelsen av den någjeldende bestemmelsen i utlendingsforskriften, uttalte Justisdepartementet med utgangspunkt i den tidligere bestemmelsen følgende i høringsbrev 29. juni 1999:

«Bakgrunnen for bestemmelsen er at bosettingstillatelser er til for utlendinger som ønsker å bo i Norge, og ikke for utlendinger som ønsker *rett til å bo her* samtidig som de i realiteten bor i utlandet. En utlending som f.eks. bor i utlandet i ett år og 11 måneder, her i landet i ni måneder (som ikke kan sies å være et opphold av kortere varighet, jf. forslaget til annet ledd første punktum), i utlandet igjen i ett år og 11 måneder osv., kan ikke anses for å ha bopel i Norge. Det anses uaktuelt ikke å ha regler som fanger opp slike og lignende tilfeller, men vi foreslår at den nåværende bestemmelsen erstattes av en bestemmelse som

ser oppholdene i og utenfor riket over en fireårsperiode. Dersom innehaveren av en bosettingstillatelse oppholder seg i utlandet mer enn halvparten av denne tiden, vil bosettingstillatelsen falle bort, jf. forslaget til annet ledd nytt annet punktum.»

I Ot.prp. nr. 46 (1986–87) er det inntatt en generell drøftelse av hvordan forskriftsfullmaktene i utlendingsloven skal forstås, og det uttales blant annet følgende på s. 29-30:

«En har også i utkastet en rekke forskriftshjemler. I motsetning til det som gjelder etter dagens lov, har en, med et par unntak, søkt å gi den enkelte hjemmelsbestemmelse et ganske snevert anvendelsesområde. En har også gjennom motivene til lovbestemmelsene søkt å bidra til å klargjøre hvilke hensyn som kan gis plass ved anvendelsen av de fullmakter loven gir. Gjennom dette har en totalt sett foretatt en betydelig innstramning i forvaltningens skjønnsutøvelse i forhold til gjeldende lov.»

Det er videre grunn til å fremheve førstvoterendes uttalelser i dommen referert i Rt. 1997 s. 1784 (på s. 1790):

«Det er enighet om at forskriftshjemmelen i § 12 fjerde ledd ikke er noen derogasjonshjemmel, se i denne forbindelse de generelle synspunkter om forholdet mellom lov og forskrift i NOU 1983:47 avsnitt 2, særlig 2.4, og Ot.prp. nr. 46 (1986–87) avsnitt 3.4.1.

Jeg finner grunn til å tilføye at bortfall av bosettingstillatelse er en sterk reaksjon, som krever en klar forskriftshjemmel.»

Jeg kan i hovedsak slutte meg til det som her er uttalt. Det går helt klart en grense for adgangen til å gi forskriftsbestemmelser som i realiteten utvider virkeområdet for lovens bortfallsbestemmelse. I tilknytning til sitt forslag om en endring av forskriftsbestemmelsen uttaler departementet i brevet hit blant annet:

«Dersom departementet hadde ønsket å videreføre forskriftsregelen, erkjenner departementet at det ville ha vært svært uheldig å gjøre dette uten å foreslå en tydeligere hjemmel for slik forskriftsregulering i loven.»

Dette oppfatter jeg langt på vei som en innrømmelse av at utlendingsloven § 12 fjerde ledd ikke gir et fullt ut tilfredsstillende hjemmelsgrunnlag for bestemmelsen i den någjeldende utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum. Det er i så fall et standpunkt jeg slutter meg til. Hjemmelsspørsmålet fremstår etter min mening som svært tvilsomt og det er i utgangspunktet positivt at departementet har tatt initiativ til å rette opp i situasjonen.

## 2. Kort om forslaget til endring av utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum

I svaret hit varslet departementet at det ville foreslå å endre utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum. Departementet har senere oversendt høringsbrev 8. juli 2008, der det foreslås å gjeninnføre den bestemmelsen som gjaldt før 1. januar 2000 med følgende ordlyd:

«For at ny toårsfrist etter første ledd skal begynne å løpe, må utlendingen oppholde seg i riket minst like lenge som varigheten av det forutgående oppholdet utenfor riket.»

Departementet begrunner endringsforslaget med at den någjeldende bestemmelsen «både er problematisk i forhold til lovens vilkår om at oppholdet i utlandet må være sammenhengende, og fordi den legger strengere begrensninger på muligheten til utenlandsopphold enn det som er nødvendig og ønskelig». Det heter videre:

«Denne bestemmelsen samsvarer etter departementets vurdering langt bedre med lovens bestemmelse. Selv om bortfall kunne inntreffe på tross av at utlendingen har hatt et mellomliggende opphold i Norge av relativt lang varighet, mener departementet at det er nødvendig å ha en bestemmelse som hindrer at utlendingen kan være mer bosatt i utlandet enn i Norge uten at bortfall av bosettingstillatelse inntreffer.»

Det er grunn til å understreke at lovens ordlyd ikke er endret. Utlendingsloven § 12 fjerde ledd gir fortsatt anvisning på at oppholdet må være sammenhengende for at bortfall skal kunne skje og det er derigjennom satt en grense for hvilke bestemmelser som kan gis i forskrift. Etter den foreslåtte bestemmelsen kan en utlending som har oppholdt seg ett år og elleve måneder i utlandet, for så å oppholde seg 1 år og 10 måneder i Norge, miste sin bosettingstillatelse etter et ytterligere opphold i utlandet på bare en måned. Dette uavhengig av hvor lenge han har bodd i Norge før og etter at bosettingstillatelsen ble gitt. Med en innføring av den foreslåtte forskriftsbestemmelsen vil fortsatt opphold i Norge av langvarig karakter kunne rammes av bortfallsreglene, og sånn sett reise mange av de samme problematiske spørsmålene i forhold til hjemmelsbestemmelsen som tilfellet er med den någjeldende bestemmelsen.

Begrunnelsen for bortfallsbestemmelsene er at utlendingen ikke skal kunne være bosatt mer i utlandet enn i Norge. Dette synes å samsvare med formålet med bosettingstillatelsen, nemlig å oppstille et skille mellom de som er i landet på kortere basis, og de som kan sies å ha innvandret til Norge, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986–87) s. 74. I proposisjonen avsnitt 2.12 uttales det at en person ikke har krav på permanent bosettingsadgang dersom vedkommende er langvarig bor-

te fra riket, og det pekes på at myndighetene har interesse i å ha oversikt over utlendinger med bosettingskrav. Det vises videre til at personer som kommer tilbake etter lang tids fravær fra riket ofte mangler tilknytning til landet.

Lovens ordlyd og de konsekvenser et bortfall av bosettingstillatelse vil ha for vedkommende som blir rammet, bør etter mitt syn føre til at det utvises varsomhet i forhold til å fastsette regler som i betydelig grad avviker fra en naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd. Bortfall er en sterk reaksjon som krever klar forskriftshjemmel. Jeg har merket meg at departementet heller ikke i høringsbrevet 8. juli 2008 har funnet det påkrevet å foreta en nærmere drøftelse av hjemmelsspørsmålet. Dette er en klar svakhet, og jeg setter spørsmålsteget ved om departementet har foretatt tilstrekkelig grundige overveielser forut for den planlagte forskriftsendringen. Selv om det muligens kan være rettslig adgang til å gi en forskriftsbestemmelse med et slikt innhold som foreslått, er ikke dette nødvendigvis en god fremgangsmåte. Forvaltningen bør unngå å gi slike forskriftsbestemmelser på grunnlag av en hjemmel som det kan settes spørsmålsteget ved.

Jeg har merket meg at departementet i høringsbrev 19. januar 2009 har foreslått å innta følgende presisering i utlendingsloven 15. mai 2008 nr. 35 § 62 femte ledd annet punktum: «Oppholdet utenfor riket anses å være sammenhengende selv om utlendingen har hatt ett eller flere opphold av en viss varighet i riket». Dersom denne bestemmelsen og den nye forskriftsbestemmelsen i sjetten ledd blir vedtatt, synes dette i utgangspunktet å gi nødvendig avklaring fra det tidspunkt den nye loven trer i kraft.

## 3. Veiledningsplikt

I klagen hit var det anført at utlendingsmyndighetene ikke har oppfylt sin veiledningsplikt overfor A for så vidt gjelder informasjon om hvilke forhold som kunne utløse bortfall av bosettingstillatelsen.

Forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 første ledd pålegger det enkelte forvaltningsorgan en alminnelig veiledningsplikt innenfor organets saksområde. Formålet med veiledningen skal være å gi parter og andre interesserte adgang til å ivareta sine interesser i bestemte saker på best mulig måte. Forvaltningsorganer som behandler saker med en eller flere private parter, skal av eget tiltak vurdere partenes behov for veiledning. Etter § 11 annet ledd skal det på forespørsel fra en part «og ellers når sakens art eller partens forhold gir grunn til det» gis veiledning om blant annet gjeldende lover og forskrifter m.v.

Det er på det rene at den enkelte også har et ansvar for selv å sette seg inn i gjeldende lover og regler. Dette ansvaret må imidlertid veies opp mot forvaltningens veiledningsplikt. På utlendingsfeltet må

det i denne forbindelse ofte måtte sees hen til hvilke forutsetninger utlendingen har. Behovet for veiledning i utlendingssaker vil ofte kunne være større enn i andre forvaltningssaker. Klagerens advokat har i klagen hit anført at bestemmelsen i utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum avviker så vidt betydelig fra en naturlig forståelse av bortfallsbestemmelsen i utlendingsloven § 12 fjerde ledd at det burde ha vært informert om bestemmelsen. Dette er et synspunkt som jeg langt på vei må si meg enig i.

Det som må være helt på det rene er at den informasjonen som gis må være korrekt og fullstendig i den forstand at den ikke fremstår som misvisende. I vedtaket der klageren ble innvilget bosettingstillatelse ga politidistriktet følgende informasjon om bortfall:

«Bosettingstillatelsen faller bort når innehaveren har hatt bopel utenfor riket sammenhengende i mer enn 2 år.»

I vedtaket er det med andre ord bare lovbestemmelsen som er gjentatt. Det er ikke tilfredsstillende at det i en slik situasjon ikke gis informasjon om de bestemmelsene som fremgår av utlendingsforskriften § 49 annet ledd. I lys av Utlendingsnemndas avgjørelse om å omgjøre bortfallsvedtaket, legger jeg til grunn at dette er et syn som deles av utlendingsmyndighetene.

Asker og Bærum politidistrikt har opplyst at det pr. januar 2008 ble benyttet følgende standardtekst om bortfall i vedtak om innvilgelse av bosettingstillatelse:

«Tillatelsen vil falle bort dersom De har faktisk opphold utenfor Norge sammenhengende i mer enn to år. Utenlandsoppholdet kan bli ansett for å være sammenhengende selv om De har hatt ett eller flere opphold av kortere varighet.»

Den skriftlige informasjonen som fremgår her, og som etter det opplyste også er brukt av de øvrige politidistriktene, kan ikke anses å være i samsvar med veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11. Bortfall av en bosettingstillatelse vil for mange representere et betydelig inngrep og forutberegnelighets-hensynet gjør seg sterkt gjeldende i slike saker. Partens eget ansvar for å tilegne seg kunnskap om relevante bestemmelser kan ikke i denne sammenheng frata utlendingsforvaltningen plikt til å gi en så vidt vesentlig veiledning som det her er tale om. Den informasjonen som gis må være korrekt og fyllestgjørende. Utlendingsnemnda har i brev til departementet pekt på at mangelfull informasjon kan være verre enn ingen informasjon. Dette er jeg enig i. Informasjonen som er gitt i ovennevnte standardbrev kan fremstå som direkte villedende ettersom det ikke er gitt infor-

masjon om bestemmelsen i utlendingsforskriften § 49 annet ledd annet punktum.

Jeg forutsetter at det i alle fremtidige vedtak om bosettingstillatelse vil bli gitt korrekt og fyllestgjørende informasjon om bortfallsreglene. Etter det opplyste har Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda gitt veiledning om bortfallsreglene som har vært annerledes utformet enn informasjonen fra politidistriktene. Det bør vurderes om ikke informasjonen om disse spørsmålene som gis av de ulike organene i utlendingsforvaltningen bør standardiseres i mest mulig grad.

Departementet har i svaret hit opplyst at det ville tilskrive Utlendingsdirektoratet for å be om at det ble vurdert å informere alle politidistriktene om betydningen av å gi fullstendig informasjon. Jeg har ikke mottatt kopi av brevet til direktoratet og er heller ikke kjent med hvordan dette senere har vært fulgt opp. Departementet bes gi meg en orientering om dette.

#### 4. Oppsummering

Klagerens sak er løst ved Utlendingsnemndas omgjøringsvedtak og det er ikke grunn til å be om at det gjøres noe mer i forhold til henne. På bakgrunn av den konkrete saken er det imidlertid grunn til å anta at det er en rekke utlendinger som har blitt rammet på samme måte. I en slik situasjon må departementet i det minste fremskaffe en oversikt over tilsvarende saker og foreta en vurdering av hva som bør gjøres i forhold til de utlendingene som er rammet. Jeg ber om at departementet holder meg orientert om oppfølgingen av dette.»

Departementet ba senere Utlendingsdirektoratet om å utforme en standardformulering der det redegjøres for bortfallsreglene, som skal tas inn i alle direktoratets vedtak om innvilgelse av bosettingstillatelse. Direktoratet ble samtidig bedt om å instruere politiet om å bruke den samme formuleringen i sine vedtak, og å orientere Utlendingsnemnda om standardformuleringen. Det fremgikk for øvrig at direktoratet hadde identifisert ca. 25 saker i samme rettslige stilling som ombudsmannssaken. Ombudsmannen avventer nærmere redegjørelse for behandlingen av disse sakene.

### 63.

#### **Ombudsmannens undersøkelse av personvernmessige forhold etter besøk til Lier statlige ventemottak**

(Sak 2008/87)

*Etter et besøk til Lier statlige ventemottak 4. mars 2008 fant ombudsmannen grunn til å ta opp enkelte sider av driften med Utlendingsdirektoratet. De spørsmålene som ble tatt opp var i hovedsak av per-*

sonvernmessig karakter, og gjaldt både forholdet til beboerne og besøkende.

Ombudsmannen konkluderte med at flere forhold ved ventemottaket syntes å være i strid med, eller stå i et tvilsomt forhold til, personopplysningsloven og personopplysningsforskriften. Dette gjaldt oppbevaring av billedmateriale fra overvåkingskameraene i tre måneder og manglende varsling av innendørs overvåking i deler av mottaket. Videre ble det etterlyst en nærmere vurdering fra direktoratet rundt praksisen med rutinemessig oversendelse av alle besøkendes identitetspapirer til Politiets utlendingsenhet, sett i forhold til personopplysningslovens regler om behandling av personopplysninger.

Utlendingsdirektoratet fulgte opp uttalelsen med instruksjer til mottaket. Ombudsmannen forutsatte at direktoratet sørget for at instruksene blir fulgt.

Ombudsmannen besøkte Lier statlige ventemottak 4. mars 2008. Mottaket er et frivillig botilbud til personer som har fått endelig avslag på sine asylsøknader og som har utreiseplikt, jf. utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 41a. Utlendingsdirektoratet, som er ansvarlig for mottaket, deltok med representanter, og mottakslederen fra driftsoperatøren Link AS var også til stede. Direktoratet og driftsoperatøren orienterte om situasjonen ved mottaket, blant annet belegg og botid, helsetjenesten, bemanning og opplæring av personale, aktivitetstilbud, adgangskontroll for beboere og besøkende, naturalytelser og konsekvenser ved brudd på husordensreglene.

Det ble også gitt en omvisning på mottaket, som er lokalisert i en tidligere sivilforsvarsleir i Lierskoen. Mottaket er omgitt av høye gjerder, men disponerer et relativt stort uteareal innenfor gjerdene. Videre består mottaket av flere bygninger, deriblant en hovedbygning som rommer administrasjon og kantine. Mottaket hadde på tidspunktet for besøket også tre boenheter og en bygningsmasse som inneholdt felles oppholdsrom og flere aktivitetsrom.

Ombudsmannen hadde samtaler med flere beboere på mottaket. Samtalene gjaldt i første rekke de respektive beboernes utlendingssaker.

Etter besøket ble det funnet grunn til å be Utlendingsdirektoratet (UDI) om en skriftlig orientering rundt enkelte forhold.

### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

*«1. Rutiner knyttet til utendørs og innendørs overvåking*

#### *1.1 Ombudsmannens spørsmål og direktoratets svar*

Under besøket fremkom det at deler av området var kameraovervåket. Dette gjaldt bl.a. inngangsporten, øvrige utearealer, kantine og TV-rommet. Utlendingsdirektoratet ble spurt om formålet med og behovet for slik overvåking og hvilke rutiner som finnes

rundt overvåkingen. Direktoratet ble anmodet om å orientere om billedmaterialet fra kameraene blir lagret og hvordan det eventuelt oppbevares og brukes. Det ble også bedt om en særskilt redegjørelse for rutinene for varsling av beboere og andre, jf. personopplysningsloven 14. april 2000 nr. 31 § 40. Endelig ble direktoratet spurt om det er vanlig med kameraovervåking ved de ulike mottakene rundt om i landet, og om det eventuelt er gitt sentrale retningslinjer for slik overvåking.

Utlendingsdirektoratet svarte i brev 4. juli 2008 at overvåkingskameraene eies av UDI og at disse er satt opp fordi Kommunal- og regionaldepartementet, som var ansvarlig departement ved opprettelsen av mottaket, hadde uttalt at kravet til sikkerhet skulle ligge på et høyere nivå enn for andre typer mottak. Det er ifølge direktoratet bare ved ventemottakene Lier og Fagerli at det er tatt i bruk overvåkingskameraer. Tiltaket er meldepliktig etter personopplysningsloven og slik melding var sendt til Datatilsynet (melding nr. 28304). Direktoratet opplyste at hjemmel for overvåkingen er personopplysningsloven § 11, jf. §§ 36-41, jf. personopplysningsforskriften. Videre het det:

«Bildematerialet fra overvåkingen oppbevares på dataserver som ikke er tilkoblet nettverk og slettes etter 3 måneder. Bilder har blitt brukt i forbindelse med voldelige episoder som har blitt politianmeldte.»

Ifølge direktoratet orienteres det om overvåkingen i informasjonen som beboerne blir gitt ved ankomst, og det ble opplyst at det står skilting om kameraovervåking ved inngangen til mottaket.

#### *1.2 Mine merknader*

Etter personopplysningsloven § 2 regnes kameraovervåking av den art som foretas ved Lier statlige ventemottak som behandling av personopplysninger. I kapittel VII er det gitt egne regler om fjernsynsovervåking. Vilåret for å kunne overvåke fremgår av § 38:

«Fjernsynsovervåking av sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig, er bare tillatt dersom det ut fra virksomheten er et særskilt behov for overvåking.»

Ut fra de opplysningene som foreligger har jeg ingen merknader til at slik overvåking foretas. Melding om overvåkingen er for øvrig sendt til Datatilsynet i henhold til §§ 31 og 32 i loven. Det heter i meldingen at kameraovervåking ønskes «for å forebygge tyveri og hærverk, og sikre de ansatte».

I personopplysningsloven § 40 fastslås følgende om varsling:

«Ved fjernsynsovervåking på offentlig sted eller sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig, skal det ved skilting eller på annen måte gjøres tydelig oppmerksom på at stedet blir overvåket og hvem som er behandlingsansvarlig.»

Utlendingsdirektoratet opplyser at det står skilt ved inngangen til mottaket. Hvis skiltingen er tilstrekkelig tydelig, dekker den i utgangspunktet behovet for informasjon om utendørs overvåking. Det foregår imidlertid også overvåking av enkelte innendørs arealer, slik som TV-rommet, kantinen og treningsrommet, jf. blant annet UDIs tilsynsrapport fra november 2008 s. 5. Direktoratet har ikke opplyst om det er varslet om overvåking i eller utenfor disse lokalene. Ventemottaket fungerer som et midlertidig hjem for beboerne, og for enkelte av dem i til dels lang tid. På denne bakgrunn er det usikkert om varsellet ved inngangen til mottaket er tilstrekkelig til å oppfylle lovens krav om «tydelig» varsel. Det er i denne sammenheng av interesse å se hen til hvordan spørsmål om varsling av overvåking er regulert i utlendingsinternatforskriften 11. april 2008 nr. 355. Forskriften regulerer forholdene ved Politiets utlendingsinternat, som er en lukket og fengselslignende institusjon hjemlet i utlendingsloven. I forskriften § 13 femte ledd er det fastslått at overvåking «skal varsles med godt synlige oppslag ved inngangen til internatet, og til de enkelte avdelingene».

Direktoratet opplyser også at en orientering om overvåkingskameraene fremkommer i ankomstinformasjonen til beboerne. I det omfattende og skriftlige materialet mitt kontor har fått tilgang til, kan jeg ikke se at det finnes opplysninger om at stedet er overvåket og at Utlendingsdirektoratet er behandlingsansvarlig. Jeg har naturlig nok ikke full oversikt over den informasjonen beboerne blir gitt ved innkvartering. Det vil imidlertid være en klar fordel om informasjon om overvåkingen gis i skriftlig form, for eksempel i beboerkontrakten eller som vedlegg til denne.

I forskrift til personopplysningsloven 15. desember 2000 nr. 1265 § 8-4 er det gitt regler om sletting av billedmateriale. Første og annet ledd lyder:

«Billedopptak skal slettes når det ikke lenger er saklig grunn for oppbevaring, jf. personopplysningsloven § 28.

Billedopptak skal senest slettes 7 dager etter at opptakene er gjort. Sletteplikten etter forrige punktum gjelder likevel ikke dersom det er sannsynlig at billedopptaket vil bli utlevert til politiet i forbindelse med etterforskning av straffbare handlinger eller ulykker. I slike tilfeller kan billedopptakene oppbevares inntil 30 dager.»

I tillegg kan billedmateriale lagres over lengre tid dersom det er i politiets besittelse, av hensyn til rikets sikkerhet m.v., eller den som er avbildet har samtyk-

ket i lengre lagringstid. Datatilsynet kan etter siste ledd også gi unntak fra slettefristene dersom det forekommer «særlig behov».

Utlendingsdirektoratet har ikke fremlagt generelle retningslinjer eller avtaledokumenter som spesielt regulerer fjernsynsovervåking og lagring av overvåkingsinformasjon. I «Mal for databehandleravtale mellom UDI og driftsoperatør for statlig mottak» heter det imidlertid at driftsoperatøren «skal ikke lagre opplysningene lenger enn nødvendig» (pkt. 2.4 i RS 2008-026V1). Direktoratet redegjør i svaret hit for at billedopptakene blir oppbevart på en server uten nettverksforbindelse og slettes etter tre måneder. Det er ikke redegjort for behovet for slik langvarig oppbevaring. Det er heller ikke gitt noen informasjon om at Datatilsynet har gjort unntak fra tidsfristene for sletting. I meldingen til Datatilsynet er det ikke gitt noen opplysninger om lagring og sletting og det er ikke søkt om unntak eller lignende fra forskriften.

Ut fra sakens dokumenter kan jeg ikke se at Utlendingsdirektoratet har adgang til å oppbevare slikt materiale i hele tre måneder.

## 2. Adgangskontroll for besøkende

### 2.1 Ombudsmannens spørsmål og direktoratets svar

Under omvisningen ble det opplyst at besøkende må legitimere seg og at alle blir skrevet opp på en besøksliste. Navnelistene blir regelmessig oversendt til Politiets utlendingsenhet (PU). Direktoratet ble bedt om å redegjøre nærmere for denne praksisen. En særskilt redegjørelse for formålet med og hjemmelen for praksisen ble etterspurt, i tillegg til den videre bruken av besøkslistene i PU. Endelig ble det bedt om opplysninger knyttet til om det foregår en siling av hvilke besøkende som registreres på besøkslistene, eller om registrering og oversendelse gjøres for samtlige besøkende.

Under besøket fremkom det ikke klart om, og eventuelt hvordan, besøkende blir varslet om at de settes på en besøksliste og at den vil bli oversendt PU. Direktoratet ble derfor bedt om å redegjøre for informasjonsrutinene på dette området.

Utlendingsdirektoratet viste i svaret hit til at Kommunal- og regionaldepartementet i sin tid «'bestilte' døgkontinuerlig bemanning og adgangskontroll». Dette ble gjort både for å ha en oversikt over hvem som til enhver tid befinner seg på området, men også for å hindre uønskede personer adgang. Ifølge direktoratet mangler 80 % av de som kommer til landet identifikasjonspapirer og oppgir at de ikke har familie eller nær slekt i Norge. Registrering av besøkende vil etter PUs oppfatning «hjelpet til å knytte mottaksbeboere opp mot slekt i Norge og bidra til identifiseringen». I brevet het det videre:

«Etablering av mottaksdriften skjedde i nært samarbeid med politiet – det vil si POD/PU. Videre i UDIs Reglement for drift av ventemottak, pkt 4. 8, skal mottaket ‘. . . gi nødvendig bistand etter anmodning fra politiet under deres etterforskning av straffbare forhold som politiet mistenker er begått av innkvarterte i eller utenfor ventemottaket.’ Politiets Utlendingsenhet har bedt mottaket om å registrere alle besøkende og å ta kopi av deres legitimasjon. Mottaket har en rutinebeskrivelse for dette arbeid. Alle besøkende blir bedt om å vise ID og blir informert om registrering/kopiering og oversending av denne informasjonen til PU. Opplysninger er oppbevart i en perm og oversendt PU hver uke. Etter oversendelsen, makuleres kopiene.»

## 2.2 Mine merknader

Etter personopplysningsloven § 11 første ledd bokstav a, jf. § 8, kan personopplysninger behandles dersom den registrerte *samtykker*, det foreligger *lovhjemmel* eller behandlingen er *nødvendig* etter ulike lovbestemte kriterier. Bestemmelsen inneholder for øvrig en rekke krav, blant annet at opplysningene er tilstrekkelig og relevante for formålet med behandlingen (bokstav d). Formålet må igjen være uttrykkelig angitt og saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet (bokstav b). Direktoratet har ikke redegjort nærmere for om lovens vilkår er oppfylt for innhenting og videreformidling av informasjonen. Svaret er ikke forankret i lovteksten. Det er derfor uklart om UDI har foretatt en vurdering av om grunnvilkårene foreligger for innhenting og videreformidling av informasjonen til Politiets utlendingsenhet.

Jeg minner for ordens skyld om at dersom UDI baserer seg på besøkendes *samtykke*, må dette være «en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv», jf. personopplysningsloven § 2 nr. 7.

Ønsket om en viss adgangskontroll ved ventemottaket er forståelig blant annet av sikkerhetsmessige og brannvernmessige årsaker. Det å måtte fremvise legitimasjon er imidlertid etter mitt syn et inngrep i personvernet av en helt annen art enn at kopi av legitimasjonsdokumenter blir oversendt til Politiets utlendingsenhet. Så vidt jeg forstår har ikke UDI kjennskap til hva som skjer med opplysningene etter at de er mottatt av politiet. Spørsmål herfra om dette er ikke besvart.

En rutinemessig oversendelse av besøkslister med kopi av ID-dokumenter kan i alle fall ikke forsvares ut fra direktoratets plikt til å bistå ved etterforskning av straffbare handlinger begått av beboerne, som UDI nevner i brevet hit. I den grad beboerne har usikker identitet, kan det tenkes at en registrering av besøkende vil kunne hjelpe ved identifiseringen, slik politiet har anført. Om dette er tilstrekkelig etter

personopplysningsloven §§ 8 og 11, tar jeg ikke stilling til. Det er Utlendingsdirektoratet som behandlingsansvarlig som i første omgang må vurdere hjemmelsspørsmålet. Direktoratet må også vurdere det rettslige grunnlaget for oversendelse av informasjon til politiet om personer som skal besøke beboere som ikke har usikker identitet. Opplysninger knyttet til beboere som verken mistenkes for straffbare forhold eller har usikker identitet, må vurderes særlig nøye.

## 3. Brannvernkontroll

### 3.1 Ombudsmannens spørsmål og direktoratets svar

Under omvisningen på mottaket ble det opplyst at de ansatte gjennomfører en daglig undersøkelse av alle beboelsesrom i brannforebyggende øyemed. Direktoratet ble bedt om å orientere om rutinene for dette kontrolltiltaket, herunder varsling og gjennomføring av slik kontroll sett i forhold til beboernes rett til privatliv.

Utlendingsdirektoratet opplyste i svarbrevet hit at personalet kommer inn på beboelsesrommene og sjekker røykvarslerne daglig. Dette er etter mottakets vurdering nødvendig fordi røykvarslere har blitt tildekket av plast mv. for at folk skal kunne røyke inne uten at brannalarmen utløses. UDI påpeker dessuten at det er stor gjennomstrømming av beboere og vanskelig kommunikasjon med ulike språk, samt at bygningsmassen er gammel. Den daglige kontrollen varsles ved ankomst ved at beboerne får utlevert husregler, som de signerer på at de har akseptert.

### 3.2 Mine merknader

I branninstruksen for ansatte ved Lier statlige ventemottak under overskriften «Øvrig brannrelatert» fremkommer følgende:

«Brannklokker er ofte utsatt for sabotasje ved at beboere tar tøy, papir eller lignende og stapper dette inn i selve klokken slik at den mister sin varslings effekt. Kontroller derfor disse med jevne mellomrom og fjern eventuelle fremmedlegemer som hindrer varsling.»

Slik forholdene er beskrevet, har jeg ingen merknader til at det foretas daglige brannvernkontroller av beboelsesrom. Disse kontrollene bør imidlertid varsles, slik direktoratet opplyser at det gjøres. I den informasjonen som jeg har fått tilgang til, blant annet standard beboerkontrakt, gis det ikke varsel om daglige brannverninspeksjoner. På s. 12 i Rutinebeskrivelse for arbeidsoppgaver i ventemottak omtales husregler i pkt. 9.1, men heller ikke her sies det noe om daglige inspeksjoner av beboelsesrom i brannvernøyemed. Jeg forutsetter imidlertid at direktoratets opplysning om varsling ved ankomst er korrekt.

Inspeksjon av beboelsesrom utgjør et (nødvendig) inngrep i beboernes privatliv. Jeg vil for ordens

skyld understreke at inspeksjonen bør gjennomføres hensynsfullt og utelukkende i brannforebyggende øyemed.

#### 4. Oppsummering

Flere forhold ved ventemottaket synes å være i strid med, eller stå i et tvilsomt forhold til, personopplysningsloven og personopplysningsforskriften. Dette gjelder oppbevaring av billedmateriale fra overvåkingskameraene i tre måneder og varsling av innendørs overvåking i deler av mottaket. Videre etterlyser jeg en nærmere vurdering fra direktoratet av praksisen med rutinemessig oversendelse av alle besøkenes identitetspapirer til Politiets utlendingsenhet, sett i forhold til personopplysningslovens regler om behandling av personopplysninger.

Jeg ber om at direktoratet bringer klarhet i de ovennevnte forholdene og holder meg orientert om den videre oppfølgingen av disse spørsmålene.»

Utlendingsdirektoratet opplyste i brev 19. oktober 2009 at mottaket var blitt instruert om å «henge tydelige skilt som varsler om overvåking på alle områder hvor overvåkingskamera er installert, i tråd med kravene i personopplysningslovens § 40». Dessuten var mottaket instruert om å «omprogrammere sine servere slik at billedopptak ikke lenger lagres [mer] enn syv dager etter at opptakene er gjort, med mindre det foreligger sannsynlighet for at opptakene vil bli overlevert til politiet i forbindelse med etterforskning av straffbare forhold». I tillegg var rutine for utlevering av opplysninger til politiet blitt endret, slik at personopplysningene «ikke skal oversendes politiet med mindre det foreligger en mistanke om straffbare forhold og/eller politiet har hjemmel til å innhente opplysninger fra mottaket».

I brev til direktoratet uttalte ombudsmannen:

«Jeg forutsetter at mottaket følger påleggene og at direktoratet påser at dette blir gjort. Videre forutsetter jeg at direktoratet er seg bevisst personopplysningslovens regler anvendt på ulike mottak og at også hensynet til personvern i mottakene blir gjenstand for regelmessig kontroll.»

#### 64.

##### **Prøveløslatelse av utenlandske innsatte med forbehold om effektuering av utvisningsvedtak**

(Sak 2007/1063)

*Bakgrunnen for saken var et vedtak i kriminalomsorgen om prøveløslatelse av en utenlandsk innsatt med vilkår om samtidig iverksetting av et tidligere fattet utvisningsvedtak. Etter at klagen til ombudsmannen var sendt, ble vilkåret frafalt fordi det var vanskelig å si når uttransporteringen av A, som da hadde sittet mer enn 1 ½ måned utover 2/3-tid, ville kunne finne*

*sted. Saken hadde etter dette ikke direkte praktisk betydning for klageren, men det ble funnet grunn til å ta opp flere spørsmål på generelt grunnlag med Justis- og politidepartementet, blant annet knyttet til forholdet mellom straffegjennomføringslovens løslatelsesregler og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 5, som regulerer når personer lovlig kan frihetsberøves.*

*Departementet erkjente at frihetsberøvelse ut over 2/3 tid, som bare er begrunnet i manglende effektuering av utvisningsvedtak, står i et tvilsomt forhold til kravene om årsakssammenheng m.v. som følger av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a. Det ble videre gitt uttrykk for at straffegjennomføringslovens regler om gjeninnsettelse på grunnlag av manglende effektuering av utvisningsvedtak vanskelig lar seg forene med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f. Ombudsmannen var enig i disse konklusjonene og fant det positivt at departementet ville ta initiativ til nødvendige endringer av regelverket for å bringe dette i samsvar med EMK artikkel 5 og klargjøre forholdet mellom straffegjennomføringslovens løslatelsesregler og utlendingslovens fengslingsbestemmelser. Ombudsmannen forutsatte at departementet ville vurdere nødvendigheten av å iverksette midlertidige tiltak slik at ingen borgere ble utsatt for urett i tiden frem til ikrafttredelsen av det nye regelverket. Departementet ble bedt om å holde ombudsmannen orientert om det videre arbeidet med å endre regelverket.*

A klaget via sin advokat til ombudsmannen over Kriminalomsorgen region østs vedtak 21. mai 2007 om å opprettholde Oslo fengsels vedtak 18. april samme år. I fengselets vedtak ble A besluttet løslatt på prøve, men det ble satt vilkår om samtidig iverksettelse av vedtak om utvisning av ham:

«Løslatelsesvedtaket her gjøres betinget av at utvisningen iverksettes samtidig med løslatelsen, jf. strgfvl. § 42, 6. ledd. og forskriftens § 3-41, 4. ledd. Innsatte skal således *ikke løslates* fra fengselet før politiet henter ham.» (fengselets uthevinger)

Vedtaket om utvisning av A var tidligere fattet av Utlendingsdirektoratet 17. juli 2006.

I klagen ble det anført at et forbehold om utvisning oppstilt i medhold av straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 42 sjette ledd bryter med Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 (EMK) artikkel 5, som sikrer retten til frihet og regulerer når personer lovlig kan frihetsberøves. Advokaten viste til kravet om tilstrekkelig årsakssammenheng mellom straffedom fra kompetent domstol og frihetsberøvelsen i artikkel 5 nr. 1 bokstav a. Det ble anført at i en sak som den foreliggende, der kriminalomsorgen ikke har funnet prøveløslatelse utilrådelig, vil det ikke være tilstrekkelig år-

sakssammenheng mellom straffedommen og den videre fengslingen.

I EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f åpnes det for frihetsberøvelse bl.a. med sikte på utsendelse, men advokaten pekte på at vilkårene for fengsling på dette grunnlag etter utlendingslovens regler er strengere, og at det i slike tilfeller utløses øvrige rettssikkerhetsgarantier etter EMK artikkel 5 nr. 4. Advokaten uttalte bl.a.:

«Det ville dessuten være sterkt urimelig om enhver som sitter fengslet i medhold av dom skal ha et lavere vern mot å bli frihetsberøvet med det formål å sikre iverksettelse av utvisningsvedtak.»

Etter at klagen til ombudsmannen var sendt besluttet Oslo fengsel at vilkåret om effektivering av utvisningsvedtaket skulle bortfalle. Bakgrunnen var at Politiets utlendingsenhet var usikker på As identitet og dermed ikke kunne si noe sikkert om når en uttransportering av ham ville kunne finne sted. A ble løslatt 29. juni 2007, ca. 1 ½ måned etter at han hadde oppnådd 2/3 soningstid. Saken hadde dermed ikke lenger direkte praktisk betydning for A, men det ble besluttet å ta opp de spørsmål som var reist i klagen på generelt grunnlag med Justis- og politidepartementet.

Departementet ble i brev 21. april 2008 bedt om å gi sitt syn på forholdet mellom straffegjennomføringsloven § 42 sjette ledd og EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a, sett i lys av bestemmelsens ordlyd, praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol og uttalelser i juridisk litteratur. Herunder ble det bedt om en særskilt vurdering av de tilfeller der betingelsen om utvisningseffektivering reelt sett vil kunne få samme virkning som et avslag på prøveløslatelse, for eksempel fordi utvisningsvedtaket ikke kan iverksettes. Departementet ble bedt om å kommentere både de tilfeller der utvisningsvedtaket kommer som et resultat av den straffedommen den innsatte søker prøveløslatelse fra soningen av, og der utvisningsvedtaket er begrunnet i andre forhold, jf. utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 29 første ledd.

I forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 § 3-41 fjerde ledd er lokalt nivå i kriminalomsorgen gitt myndighet til å beslutte gjeninnsettelse av utlendingen dersom uttransportering ikke lar seg gjennomføre. Departementet ble bedt om å redegjøre for sitt syn på forholdet mellom straffegjennomføringsloven § 42 sjette ledd, forskriftens bestemmelse om gjeninnsettelse og utlendingslovens bestemmelser om pågrep og fengsling, sett i lys av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f.

Avslutningsvis ble departementet bedt om å redegjøre for sitt syn på hvorvidt det anser at straffegjennomføringsloven med tilhørende forskrift og retningslinjer er i samsvar med EMK artikkel 5 nr. 4. Reell søksmålsadgang, saksbehandlingstid og til-

gang til fri rettshjelp m.v. ble i denne forbindelse nevnt som aktuelle temaer.

Justis- og politidepartementets svarte i brev 4. november 2008. Svaret er nærmere omtalt og kommentert nedenfor.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Innledning

Prøveløslatelse etter straffegjennomføringsloven 18. mai 2001 nr. 21 § 42 er ikke noe den enkelte innsatte har rett til, uansett hvilket tidspunkt dette skjer på. Vilråene for innvilgelse er imidlertid strengere for løslatelse etter 1/2-tid, jf. § 42 tredje ledd, enn ved 2/3-tid, jf. første ledd. I denne saken er det i første rekke betingelser fastsatt for prøveløslatelse etter gjennomført 2/3 soningstid som har stått sentralt, da det i første rekke er i disse tilfellene det kan være problematisk å stille vilkår om iverksetting av utvisningsvedtak.

Jeg konstaterer at forholdet mellom straffegjennomføringslovens prøveløslatelsesregler og utlendingslovens utvisningsregler ikke er berørt i forarbeidene til førstnevnte lov. Det samme er tilfellet for forholdet mellom straffegjennomføringslovens regler og EMK artikkel 5. Dette synes noe uheldig, da det ikke er en upraktisk situasjon at utenlandske innsatte med utvisningsvedtak soner i norske fengsler.

#### 2. Forholdet mellom straffegjennomføringsloven § 42 sjette ledd og EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a

EMK gjelder som norsk lov i henhold til menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 § 2 og skal ved motstrid gå foran andre lovbestemmelser etter samme lovs § 3. I EMK artikkel 5 nr. 1 fremgår det at enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet, og at ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i de tilfeller som nevnes i bestemmelsen og da i samsvar med en framgangsmåte som er foreskrevet ved lov. I bokstav a åpnes det i henhold til den norske oversettelsen for «lovlig frihetsberøvelse av en person som er domfelt av en kompetent domstol». Den engelske originalteksten benytter formuleringen «after conviction by a competent court». I praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen og i juridisk litteratur er det oppstilt et krav om tilstrekkelig årsakssammenheng («sufficient connection» eller «causal connection») mellom domfellelsen og det senere grunnlaget for frihetsberøvelsen.

Jeg har merket meg departementets presisering om at det til tross for at straffegjennomføringsloven med forarbeidene ikke sonder mellom ulike grunnlag for utvisningsvedtak «i all hovedsak er ... utvisning på grunn av straffbart forhold som er mest aktuelle». Det vises i denne forbindelse blant annet til at det bare er i disse tilfellene at kriminalomsorgen skal varsles om utvisningsvedtak, jf. utlendingsforskrif-



ten 21. desember 1990 nr. 1028 § 126 tredje ledd. Jeg vil bemerke at selv om utvisningen knytter seg til straffbare forhold, er det ut fra forskriftens ordlyd ikke nødvendigvis slik at det utvisningsvedtak som kriminalomsorgen får kjennskap til alltid knytter seg til den straffedom den innsatte søker seg løslatt fra soningen av.

Departementet uttaler videre vedrørende prøveløslatelse som er gjort betinget av effektivering av et utvisningsvedtak:

«I kriminalomsorgens sentrale forvaltings (KSF) retningslinjer pkt. 3.45.2 forklares betingelsen om effektivering med: ‘... hensyn til en effektiv iverksettelse av utvisningsvedtaket.’

Slik straffegjennomføringsloven med underliggende regelverk er formulert, synes det som om regelen mer er begrunnet i hensynet til effektiv effektivering av utvisningsvedtaket enn i hensyn knyttet direkte til straffegjennomføringsloven selv, jf. også de siterte retningslinjer.

Utvisning på grunn av straffbart forhold er etter norsk rett ikke klassifisert som straff men som et administrativt rettighetstap. Selv om utvisningsvedtaket har sammenheng med straffedommen blir følgelig spørsmålet om utvisning behandlet etter utlendingslovens regler og etter administrativ behandling av utlendingsmyndighetene. Utvisningsvedtaket vil kunne bringes inn for domstolene i sivil søksmål.

Ut fra den foreliggende praksis og juridisk teori rundt spørsmålet om tilstrekkelig årsakssammenheng, jf. EMK art. 5 nr. 1 bokstav a, ser departementet at det er behov for å trekke et klarere skille mellom frihetsberøvelse som følge av straffegjennomføring og frihetsberøvelse som følge av manglende effektivering av utvisningsvedtak. Vi ser at det er problematisk dersom frihetsberøvelsen utover 2/3 tid utelukkende er begrunnet i manglende effektivering av utvisningsvedtak.

Departementet ønsker derfor å endre regelverket når det gjelder adgangen til å gjøre vedtak om prøveløslatelse betinget av effektivering av utvisningsvedtak, slik at denne begrenses til å gjelde prøveløslatelse før utholdt 2/3 tid. En eventuell frihetsberøvelse ut over 2/3 tid knyttet til effektivering av utvisningsvedtak må være hjemlet i utlendingslovens bestemmelser.»

Jeg slutter meg til departementets konklusjon om at frihetsberøvelse ut over 2/3 tid som bare er begrunnet i manglende effektivering av utvisningsvedtak står i et tvilsomt forhold til kravene om årsakssammenheng m.v. som følger av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a. Det er helt klart behov for å trekke et tydeligere skille mellom frihetsberøvelse som følge av straffegjennomføring og som følge av manglende effektivering av utvisningsvedtak, og jeg har merket meg departementets erkjennelse av at regelverket må endres.

### 3. Forholdet mellom forskrift til straffegjennomføringsloven § 3-41 fjerde ledd, EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f og fengslingsbestemmelsene i utlendingsloven

EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f åpner for «lovlig pågripelse eller frihetsberøvelse av en person for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse, eller av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering».

Lovhjemmel for å fengsle utlendinger i forbindelse med iverksettning av vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate landet finnes i utlendingsloven § 41 femte ledd. Det stilles her andre vilkår for fengsling enn det som gjelder i forbindelse med at det stilles vilkår om iverksettning av utvisningsvedtak etter straffegjennomføringsloven § 42 sjette ledd. Adgangen til pågripelse og fengsling er relativt snever og forutsetter nødvendighet og proporsjonalitet, se utlendingsloven § 41 femte og sjuende ledd, jf. § 37c tredje ledd. Videre er fremgangsmåten annerledes ved at det som hovedregel er påtalemyndigheten, og senere retten, som har myndighet til pågripelse og fengsling. I utlendingsloven § 41 sjette ledd er det dessuten fastsatt frister for hvor lenge en utlending kan sitte fengslet etter bestemmelsen. Utlendingsloven gir også hjemmel for pågripelse og fengsling som ledd i avklaringen av en utlendingsidentitet, jf. utlendingsloven § 37 sjette ledd annet punktum. Også i disse tilfellene ligger fengslingskompetansen hos påtalemyndigheten og retten, og det er gitt frister for fengslingens varighet.

I forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183 § 3-41 fjerde ledd annet punktum heter det følgende om gjeninnsettelse:

«Dersom fysisk transport ut av landet viser seg umulig å gjennomføre etter en prøveløslatelse med slik betingelse, kan lokalt nivå beslutte gjeninnsettelse inntil transport ut av landet kan iverksettes.»

Departementet har blant annet uttalt følgende vedrørende spørsmålene rundt de ovennevnte bestemmelsene:

«I Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) er det i de spesielle merknadene til strgjfl § 42 sjette ledd uttalt: ‘Bestemmelsen medfører at gjeninnsettelse kan skje hvis det i praksis viser seg umulig å få gjennomført fysisk transport ut av landet.’

Slik regelverket og forarbeidene er formulert, synes det også i dette tilfellet som om regelen mer er begrunnet i hensynet til effektiv effektivering av utvisningsvedtaket enn i hensyn knyttet direkte til straffegjennomføringsloven selv.

Straffegjennomføringsloven med underliggende regelverk inneholder ingen spesielle regler om situasjonen etter at innsatte blir gjeninnsatt for videre straffegjennomføring. Regelverket synes å forutsette at effektivering kan gjennomføres.

res på et senere tidspunkt i straffegjennomføringen, jf. ordlyden i forskrift og retningslinjer: '...inntil transporten kan iverksettes.'

Etter straffegjennomføringsloven er det er imidlertid ikke gitt noen føringer for hvor lenge innsatte skal kunne holdes tilbake i påvente av uttransportering. Videre er det ikke gitt noen føringer for når spørsmålet om prøveløslatelse og eventuelle vilkår for denne skal vurderes på nytt. Gjeninnsettelse for videre straffegjennomføring vil særlig være problematisk dersom det foreligger langvarige hindringer for effektivisering av utvisningsvedtaket.

Straffegjennomføringslovens forhold til EMK art. 5 er ikke nærmere kommentert i forarbeidene. Heller ikke forholdet til utlendingsloven er berørt i forarbeidene. Slik strgf. § 42 sjette ledd lyder i dag, vil bestemmelsen i praksis være et alternativ til varetektsfengsling etter utlendingsloven. I motsetning til utlendingsloven § 41 femte ledd oppstilles det i strgf. § 42 sjette ledd ikke noe krav om en individuell vurdering av unndragelsesfare. Bestemmelsen utløser heller ikke de samme rettsikkerhetsgarantiene som følger av utlendingsloven. Det foreligger dermed et tosporet system, uten at grensene mellom disse er velbegrunnede og klare. Det er forøvrig vanskelig å se hvilket praktisk behov det er for en bestemmelse om gjeninnsettelse i straffegjennomføringsloven ved siden av utlendingslovens bestemmelser om tvangsmidler.

Ut fra den foreliggende praksis og juridisk teori rundt EMK art. 5 nr. 1 bokstav f, ser departementet at regelverket rundt gjeninnsettelse i straffegjennomføringsloven med underliggende regelverk vanskelig lar seg forene med EMK art. 5 nr. 1 bokstav f. En eventuell gjeninnsettelse etter prøveløslatelse ved 2/3 tid knyttet til effektivisering av utvisningsvedtak må slik vi ser det være hjemlet i utlendingslovens bestemmelser.

Departementet vil også på dette området endre regelverket slik at det blir klarhet i straffegjennomføringslovens forhold til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f. En endring vil også tydeliggjøre straffegjennomføringslovens anvendelsesområde i forhold til utlendingsloven.»

Jeg må også på dette punkt si meg enig i departementets konklusjon om at dagens bestemmelser om gjeninnsettelse på grunnlag av manglende effektivisering med hjemmel i eller i medhold av straffegjennomføringsloven vanskelig lar seg forene med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f. Det er også her et klart behov for endringer av regelverket, slik at anvendelsesområdet for henholdsvis utlendingsloven og straffegjennomføringsloven m.v. tydeliggjøres. En løsning der det bare er utlendingslovens bestemmelser som benyttes i disse tilfellene kan være en hensiktsmessig løsning.

#### 4. Forholdet mellom straffegjennomføringslovens løslatelsesregler og EMK artikkel 5 nr. 4

Det forutsettes både etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a og f at den frihetsberøvede gis anledning til

domstolskontroll med frihetsberøvelsen. I EMK artikkel 5 nr. 4 heter det følgende:

«Enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig.»

I Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) drøftes forholdet mellom nektelse av prøveløslatelse og rettsikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 6, men forholdet til artikkel 5 er som nevnt ikke berørt.

Jeg har merket meg departementets opplysning om at det i løpet av de siste tre år ikke synes å ha blitt reist søksmål etter vedtak med vilkår hjemlet i straffegjennomføringsloven § 42 sjette ledd. Departementet har uttalt følgende vedrørende mulighet for domstolsprøving m.v. av slike vedtak:

«Når effektivisering av utvisningsvedtak er begrunnet for fortsatt frihetsberøvelse og gjeninnsettelse, er det som nevnt over kun utlendingslovens regler som gir særskilte rettsikkerhetsgarantier. Disse garantiene vil etter departementets vurdering være i samsvar med EMK art. 5 nr. 4. Uten slike rettsikkerhetsgarantier i straffegjennomføringsloven er det på dette området vanskelig å se at loven er i samsvar med EMK art. 5 nr. 4.

Som det fremgår av redegjørelsen over bør avslag på prøveløslatelse ved 2/3 tid og gjeninnsettelse, etter strgf. § 42 sjette ledd, forankres i utlendingsloven. Det er derfor også naturlig at adgangen til prøvelse for domstolen følger utlendingslovens bestemmelser som ser ut til å være i samsvar med EMK art. 5 nr. 4.

Departementet vil påse at de nødvendige presiseringer og endringer av straffegjennomføringsloven skjer også på dette området.»

Jeg har merket meg departementets redegjørelse og imøteser de varslede endringene av regelverket.

#### 5. Oppsummering

Det er positivt at departementet vil endre straffegjennomføringsloven med tilhørende forskrift for å bringe denne i samsvar med EMK artikkel 5 og klargjøre forholdet mellom straffegjennomføringslovens løslatelsesregler og utlendingslovens fengslingsbestemmelser. Undersøkelsene i denne saken viser klart at det på flere punkter er behov for regelendringer. Det er viktig at departementet tar grep for å sikre at borgernes rettsikkerhetsgarantier ivaretas.

Jeg ber departementet holde meg orientert om det videre arbeidet med å endre regelverket, som jeg forutsetter vil gis nødvendig prioritet. Departementet bør også vurdere om det er nødvendig å iverksette midlertidige tiltak ovenfor kriminalomsorgen slik at ingen borgere lider urett i tiden frem til det nye regelverket er på plass. Jeg minner i denne forbindelse også om at EMK etter menneskerettsloven § 3 har

forrang i forhold til bestemmelser i annen lovgivning. Det påhviler alle nivåer i forvaltningen å ta hensyn til dette.

Ut over dette finner jeg på det nåværende tidspunkt å kunne la saken bero med de redegjørelser departementet har gitt og de regelendringer som er varslet, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 fjerde ledd.»

## 65.

### Krav til dokumentasjon av identitet i familiegjenforeningssak

(Sak 2008/198)

*A fikk avslag på søknad om familiegjenforening fordi han ikke i nødvendig grad hadde dokumentert sin identitet. Han hadde blant annet fremlagt originalt pass utstedt på irregulær måte, men Utlendingsnemnda mente at passet ikke hadde tilstrekkelig notoritet. A hadde heller ikke fått en begrenset tillatelse slik at han kunne reise til hjemlandet og skaffe et regulært pass. I klagen anførte A blant annet at det ikke var tvil om hans identitet og at kravet til dokumentasjon var for strengt.*

*Ombudsmannen aksepterte at utlendingsmyndighetene praktiserte et krav om notoritet (kvalitet) for identitetspapirer. Det var ikke grunnlag for å kritisere avslaget eller at A ikke hadde fått en midlertidig tillatelse. Ombudsmannen påpekte imidlertid at kravet til notoritet ikke var synliggjort i det formelle regelverket og at informasjonen fra Utlendingsdirektoratet om dette kravet var mangelfull. Den rettslige reguleringen er uoversiktig og gir liten forutsigbarhet for en økende gruppe av søkere. Arbeids- og inkluderingsdepartementet ble informert om ombudsmannens syn.*

A fikk avslag på søknad om arbeidstillatelse i familiegjenforening med sin svenske ektefelle i 2006. Han hadde fått endelig avslag på en asylsøknad året før. Utlendingsdirektoratet la blant annet til grunn at A ikke i tilstrekkelig grad hadde dokumentert sin identitet. Mens klagesaken var til behandling i Utlendingsnemnda, fremla A identitetsdokumenter, blant annet originalt pass, etter anmodning fra nemnda. Sammen med passet fulgte en forklaring på hvordan dokumentet var fremskaffet.

Nemnda v/nemndleder tok ikke klagen til følge. Passet og øvrige identitetspapirer hadde etter nemndas oppfatning begrenset notoritet og var ikke tilstrekkelig som dokumentasjon på As identitet. Siden enhver søker plikter å dokumentere eller sannsynliggjøre sin identitet, ble søknaden avslått. Nemnda viste blant annet til utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64 § 9 første ledd, jf. § 8 første ledd nr. 3. Det var etter

nemndas oppfatning heller ikke andre grunnlag for å gi tillatelse til opphold i Norge.

I klagen til ombudsmannen anførte A at utlendingsmyndighetene stilte urimelig strenge krav til klargjøring av identitet og at skjønnsutøvelsen derfor var grovt urimelig. Det var ingen tvil om identiteten og omfattende dokumentasjon var fremlagt. A hevdet å være utsatt for usaklig forskjellsbehandling etter som andre søkere i tilsvarende situasjon hadde fått innvilget midlertidige tillatelser for å kunne innhente dokumentasjon. Videre fremholdt A at han ikke hadde mulighet til å fremskaffe andre dokumenter ved å oppsøke sitt hjemlands ambassade og at det ville være urimelig tyngende å måtte dra til hjemlandet og søke derfra. Han viste til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) 4. november 1950 art. 8 om retten til respekt for familieliv.

Ombudsmannen fant grunn til å stille Utlendingsnemnda enkelte spørsmål knyttet til blant annet det rettslige grunnlaget for avslaget, myndighetenes praksis knyttet til dokumentasjonskrav og informasjon til søkerne (klagerne) om disse kravene. Spørsmålene ble dels gjentatt og utdypet i et senere brev. Nemndas to svarbrev ble oversendt A, som fastholdt at det forelå usaklig forskjellsbehandling og anførte at myndighetene måtte gi søkerne veiledning om praksis.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg i brev til nemnda:

«1. Rettslig grunnlag for kravet om tilstrekkelig dokumentert identitet

Utlendingsnemnda har uttalt følgende i svaret 18. november 2008 om det rettslige grunnlaget for kravet om tilstrekkelig dokumentert identitet:

«Når en utlending søker om arbeids- og oppholdstillatelse må han eller hun kunne dokumentere sin identitet, jf. utlendingsforskriften § 12 tredje ledd. Utlendinger skal også legitimere seg ved innreise, med pass eller annet godkjent reisedokument, jf. utlendingsloven § 24.

Det følger videre av utlendingsloven § 37 at en utlending ved innreise og frem til antatt korrekt identitet er registrert, har plikt til å medvirke til å avklare sin identitet i den grad myndighetene krever det.

I utlendingsforskriften § 128 er det nærmere [an]gitt hva som kreves av medvirkning fra utlendingens side. Blant annet kan det kreves at utlendingen gir opplysninger, fremlegger dokumentasjon og innhenter eller medvirker til å innhente opplysninger hos myndigheter i inn- og utland som kan bidra til å avklare utlendingens identitet.

Det er videre et alminnelig forvaltningsrettslig utgangspunkt at en som søker om en tillatelse må dokumentere, eventuelt sannsynliggjøre, at vilkårene er oppfylt. I sak om familiegjenforening etter utlendingsloven må søkeren bl.a. oppfylle vilkåret om familierelasjon. Hvorvidt søke-

rens identitet er dokumentert vil kunne ha selvstendig betydning også i denne sammenheng.

UNE mener på denne bakgrunn at det ved en søknad om familiegjenforening må kunne stilles krav om at utlendingen fremlegger pass, og at det som utgangspunkt er kun i de saker hvor det ikke er mulig å fremskaffe et slikt dokument, eller hvor det vil være sterkt urimelig å kreve at slikt dokument fremskaffes at det gjøres unntak. I tillegg til at det må fremlegges dokumentasjon på identitet, mener UNE at det må være tilstrekkelig notoritet rundt de dokumenter som fremlegges. Dokumenter uten notoritet vil ikke dokumentere søkerens identitet eller at vilkårene for en tillatelse er oppfylt.

Dette må forstås slik at utlendinger som oppholder seg i Norge har en plikt til å bidra til å riktig identitet blir klarlagt. Det er av grunnleggende betydning for norske myndigheter å kjenne til identiteten til personer som oppholder seg i landet.

I de tilfeller hvor utlendingen ikke fremlegger dokumentasjon på sin identitet er utlendingsmyndighetene avskåret fra å vurdere om vilkårene i utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3 er oppfylt.»

Nemnda viste dessuten til uttalelser i forarbeidene til utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3 og uttalelser i forarbeidene til den nye utlendingsloven. Videre vedla nemnda en dom fra Borgarting lagmannsrett 3. november 2008 (LB-2008-14365-2).

En utlending som søker om arbeidstillatelse har som utgangspunkt plikt til å dokumentere sin identitet. Søkere må også etterkomme pålegg fra utlendingsmyndighetenes side, for eksempel et pålegg om å fremlegge et originalt pass. Spørsmålet er imidlertid om det er rettslig grunnlag for å avslå en søknad der originalt nasjonalitetspass er fremlagt, men der passet og øvrige identitetsdokumenter ikke er funnet å ha tilstrekkelig notoritet. Forutsetningen er at myndighetene ikke har gitt konkrete pålegg som søkeren ikke har etterkommet. Problemstillingen kan oppstå der søkeren er fra et land hvor offisiell dokumentasjon generelt har liten notoritet. I brevet hit 1. september 2008 opplyser nemnda at det har vært en «økt fokusering på problemstillingen på grunn av økningen av antall saker hvor ID-problemstillinger foreligger». Det har også hos ombudsmannen vært en økning i antall klagesaker der slike problemstillinger står sentralt.

Etter statsborgerloven 10. juni 2005 nr. 51 § 7 har en søker rett til norsk statsborgerskap dersom vedkommende blant annet «har dokumentert eller på annen måte klarlagt sin identitet» (bokstav a). Forholdet er nærmere regulert i statsborgerforskriften 30. juni 2006 nr. 756 kapittel 1. Som *hovedregel* anses originalt, gyldig pass for å tilfredsstillende kravet til dokumentert identitet. Statsborgerloven gir altså en klarere regulering av søkerens opplysningsplikt og vilkår for en tillatelse. Arbeids- og inkluderingsdeparte-

mentet har for øvrig nå foreslått å endre lovens § 7 slik at søkeren på vedtakstidspunktet må ha «klarlagt sin identitet». Det er også foreslått endringer i statsborgerforskriften. Hensikten med endringene er å klargjøre beviskravene til identitet (høring 25. juni 2009).

Noe tilsvarende finnes ikke i utlendingsloven eller utlendingsforskriften. Vilåret om dokumentasjon på identitet med *en tilstrekkelig grad av notoritet* synes dels å bli utledet av flere enkeltbestemmelser og dels å være forankret i ulovfestede prinsipper, jf. nemndas svarbrev som er sitert ovenfor. Utlendingsnemnda kan muligens også forstås dit hen at enkeltbestemmelsene er utslag av en overordnet rettslig norm. I klagevedtaket er det imidlertid særlig fremhevet at myndighetene ikke har grunnlag for å prøve vilåret i utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3. Bestemmelsen lyder:

«Det må ikke foreligge omstendigheter som vil gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket, opphold eller arbeid i medhold av andre regler i loven.»

Utlendingsmyndighetene har ansett hjemmelssituasjonen for å være tilfredsstillende og har gjort det over tid. Dette fremkommer blant annet av brev 19. oktober 2005 fra Utlendingsdirektoratet til Utlendingsnemnda, på spørsmål derfra om praksis og hjemmelsgrunnlag på dette området. Brevet var vedlagt nemndas første svarbrev hit. Praksisen er nå formalisert i direktoratets rundskriv RS 2009-021 i pkt. 7. Der heter det at avslaget «skal hjemles i utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3, utlendingsloven § 37 og utlendingsforskriften §§ 128 og 12». Det må dessuten vurderes konkret «om også utlendingsloven § 27 første ledd bokstav a og § 47 første ledd bokstav a kan anvendes som hjemmel». Jeg har også merket meg at domstolene i enkelte saker har akseptert myndighetenes syn, se blant annet Borgarting lagmannsretts dom 3. november 2008 (LB-2008-14365-2), der søkeren i likhet med A hadde fått utstedt et pass under opphold i Norge. Søknaden om arbeidstillatelse i familiegjenforeningsøyemed ble avslått. Retten konkluderte med at søkeren ikke i tilstrekkelig grad hadde dokumentert sin identitet, og uttalte videre: «Grunnvilåret for å få innvilget arbeids- eller oppholdstillatelse er derved ikke oppfylt».

Jeg har ikke avgjørende innvendinger mot utlendingsmyndighetenes syn om at det foreligger et rettslig grunnlag for å stille kvalitetskrav til dokumentasjon på identitet. Dagens regelverk er imidlertid lite tilfredsstillende. Da det i praksis er knyttet et kvalitetskrav til identitetsdokumenter (krav om notoritet), bør dette fremgå klart av regelverket. Dagens regulering har dels et fragmentarisk og indirekte preg, er

vanskelig tilgjengelig og gir lite forutsigbarhet for en økende gruppe av søkere.

Det er, så vidt jeg kan se, ikke gjort endringer på dette punktet i den nye utlendingsloven 15. mai 2008 nr. 35. For eksempel tilsvarende den nye lovens § 83 om opplysningsplikt nåværende utlendingslov § 37 første ledd. Heller ikke i den nye utlendingsforskriften, som ble fastsatt 15. oktober 2009, kan jeg se at reguleringen blir særlig annerledes enn i dag. Jeg har derfor funnet grunn til å informere Arbeids- og inkluderingsdepartementet om mitt syn ... .

## 2. Informasjon om dokumentasjonskrav

Utlendingsnemnda ble også bedt om å redegjøre generelt for hvordan søkeres antatte behov for informasjon om ønsket dokumentasjon og mulige konsekvenser av unnlatt dokumentasjon blir ivare tatt i klagerunden. I svarbrev 18. november 2008 anfører nemnda v/sekretariatet at «det klare utgangspunkt er at utlendingen selv er nærmest til å undersøke hvilke regler som gjelder for passutstedelse i eget hjemland. ... Dette gjelder særlig i de saker hvor klageren er representert ved advokat. Når klageren ikke er representert ved advokat, mener UNE at vi bør veilede klageren i større grad.» Likevel mener nemnda at det ville «ha vært brukervennlig dersom klageren i denne konkrete saken, gjennom sin advokat på et tidligere tidspunkt enn i vårt vedtak, kunne ha fått opplysninger om at utlendingsmyndighetene i slike saker krever at det fremlegges et pass med tilstrekkelig notoritet».

Jeg er enig i at søkere i utgangspunktet selv må skaffe seg kjennskap til hjemlandets regler for passutstedelse og ha ansvar for å skaffe til veie et pass utstedt i tråd med disse reglene. Videre er jeg enig i at det hadde vært brukervennlig i denne saken å gi informasjon om «hvilke krav som stilles til notoriteten av et slikt pass, herunder at det er et krav om at klageren møter personlig for hjemlandets myndigheter», slik nemnda skriver. Noe generelt krav om slik uoppfordret veiledning til den enkelte kan neppe oppstilles.

Etter mitt syn bør imidlertid utlendingsmyndighetene, og i første rekke Utlendingsdirektoratet, ta grep for generelt å bedre informasjonen om dagens praksis. Den synes nemlig å være lite synlig i både regelverket, i det generelle informasjonsarbeidet og i saksbehandlingen.

På Utlendingsdirektoratets nettsider ([www.udi.no](http://www.udi.no)) kan jeg ikke se at det er gitt noen generell informasjon om at originalt pass og øvrige identitetsdokumenter ikke nødvendigvis er tilstrekkelig. Jeg er ikke kjent med i hvilken grad dette fremgår av trykt materiell og utlendingsmyndighetenes skriftlige og muntlige kontakt med den enkelte søker, for eksempel i skriftlige pålegg. I de sakene som jeg er kjent med, har det i alle fall

ikke fremgått at dokumentasjonen i tilstrekkelig grad må klargjøre identiteten og at pass eller lignende må være utstedt på regulær måte av hjemlandets myndigheter. Utlendingsmyndighetene bør, slik jeg ser det, uttrykkelig opplyse at for eksempel et nasjonalitetspass må være utstedt etter hjemlandets regler og for øvrig ha tilstrekkelig notoritet. I alle fall bør dette gjøres overfor søkere fra land der det erfaringsmessig utstedes irregulære pass. En formulering som dekker de kravene som praktiseres, vil gi bedre forutberegnelighet for søkerne og kunne forhindre unødig arbeid og tidsspille. Slik uspesifikk informasjon er etter min oppfatning særlig viktig fordi regelverket er så vidt uoversiktlig. Det er ut fra et rettssikkerhetsmessig perspektiv svært uheldig at en søker som har fremlagt originale identitetsdokumenter og originalt pass – gjerne etter pålegg – først i et klagevedtak blir gjort kjent med at det også stilles krav om dokumentenes kvalitet/notoritet.

For øvrig kan jeg slutte meg til uttalelsene fra en nemndleder som i en avgjørelse i en tilsvarende sak fra 19. februar 2008 skrev at «det er viktig at forvaltningen gir relevant og riktig opplysninger når man veileder slik at klageren faktisk får mulighet til å tilfredsstille de krav som forvaltningen krever, i dette tilfellet i forhold til dokumentasjon på identitet». Vedtaket var vedlagt nemndas siste brev hit.»

I brev til klageren uttalte jeg følgende om nemndas vurdering av fremlagt dokumentasjon:

«Det fremgår av klagevedtaket at A har fremlagt kopi av en sen-registrert fødselsattest, et originalt pass og nasjonalt id-kort. Slike dokumenter er vanligvis tilstrekkelig til å dokumentere en søkers identitet. Det nasjonale id-kortet skal imidlertid ha blitt utstedt mens klageren oppholdt seg i Norge. Passet skal igjen være utstedt på bakgrunn av det nasjonale id-kortet, også mens A oppholdt seg her. Utlendingsnemnda fant at dokumentene ikke hadde tilstrekkelig notoritet og ikke kunne legges til grunn. Etter nemndas kunnskap er reglene i X slik at borgere i utlandet må «ta kontakt med nærmeste ambassade eller konsulat for å få utstedt pass. Videre må passet hentes av vedkommende ved personlig fremmøte på utenriksstasjonen.»

I brev hit 1. september 2008 skriver nemnda v/sekretariatet at passet er utstedt i strid med hjemlandets regler og ikke er «signert av klageren, noe som er et krav ved gyldige pass». Jeg forstår dette slik at passet neppe er gyldig. Uansett har jeg ikke grunnlag for å overprøve nemndas vurdering knyttet til passet og de andre identitetsdokumentene som er fremlagt. Denne vurderingen er basert på landkunnskap, som jeg må forutsette har en forsvarlig forankring. Jeg må derfor ta som utgangspunkt at A ikke i nødvendig grad har dokumentert sin identitet, men at dette har vært mulig for ham for eksempel ved en hjemreise. Det kan etter

dette ikke rettes avgjørende rettslige innvendinger mot avslaget på søknaden.»

Spørsmålet om en begrenset oppholdstillatelse kommenterte jeg slik:

«Et viktig punkt i klagen var at A ikke hadde fått en midlertidig tillatelse som ville gjøre ham i stand til å dra til hjemlandet og fremskaffe dokumentasjon. Andre søkere i lignende situasjoner skulle ha fått denne muligheten. Utlendingsnemnda ble på denne bakgrunn spurt om det ble vurdert å gi en begrenset oppholdstillatelse slik at A kunne dra til hjemlandet for å skaffe et regulært pass.

I svarbrevet 1. september 2008 uttalte Utlendingsnemnda v/sekretariatet at «det ikke foreligger forhold som tilsier at det bør innvilges midlertidig tillatelse etter utlendingsforskriften § 21 femte ledd». Etter nemndas syn ville det være «uproblematisk for klageren å returnere og ordne med de nødvendige papirer for deretter å søke om tillatelse til familieegjenforening i Norge». Nemnda opplyste at det i flere saker var gitt en midlertidig tillatelse begrenset til 6 måneder, slik klageren hadde påpekt, men da ut fra «hensynet til at en splittelse av klageren og barnet vil være uheldig for barnet».

Jeg legger til grunn at spørsmålet om en begrenset tillatelse har vært vurdert, men at kravene til «sterke menneskelige hensyn» eller «sterk tilknytning til riket» ikke ble ansett oppfylt. Om det skal gis en slik tillatelse beror på utlendingsmyndighetenes skjønn, som jeg har begrenset adgang til å prøve, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd. Jeg kan bare kritisere utfallet av vurderingen hvis det hefter alvorlige feil ved skjønnen, noe det ikke er grunnlag for å hevde. Det er heller ikke grunnlag for å anta at det foreligger usaklig forskjellsbehandling, selv om enkelte andre søkere har fått en slik begrenset tillatelse. Utlendingsnemndas praksisbase gir også eksempler på avslag. Utfallet i slike saker er basert på en konkret helhetsvurdering og det kan være vanskelig å sammenligne enkeltsaker. Det er heller ikke fremholdt spesielle forhold i saken slik som særlige omsorgsoppgaver eller splittelse mellom foreldre og barn.

Det er også vanskelig å se at det å nekte å utstede en begrenset oppholdstillatelse skulle være i strid med EMK art. 8 eller med andre menneskerettslige regler som Norge er bundet av.»

I brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet informerte jeg om mitt syn på regelverket og på utlendingsmyndighetenes informasjonsarbeid. Departementet ble bedt om å holde meg orientert om eventuelle initiativ som følger av henvendelsen.

## 66.

### Politiets saksbehandling i forbindelse med utlevering av mindreårig norsk borger til Sverige

(Sak 2007/1616)

*Saken gjaldt Y politidistrikts håndtering av en begjæring fra svensk politi om utlevering av A til Sverige på bakgrunn av et svensk vedtak om omsorgsovertakelse og plassering i fosterhjem. A bodde på dette tidspunktet i Sverige sammen med sin mor, men oppholdt seg i Norge. Videre gjaldt saken Politidirektoratets behandling av en klage fra A i etterkant av utleveringen.*

*Ombudsmannen kritiserte politidistriktet for ikke å ha fulgt saksbehandlingsreglene som gjelder i forbindelse med utlevering av personer for å få iverksatt vedtak om frihetsinngrep truffet av myndighet i annet nordisk land. Reglene fremgår av en egen utleveringslov fra 1970. Vedtaket ble truffet av en politiadvokat, selv om vedtaksmyndigheten er tillagt politimesteren. Det ble ikke nedfelt skriftlig og det ble heller ikke gitt informasjon om klagerett, adgangen til å bringe saken inn for domstolene og rett til oppnevnt forsvarer m.v. Utleveringen ble videre gjennomført dagen etter at anmodningen fra svensk politi ble oversendt til politidistriktet, selv om det følger av loven at vedtak om utlevering ikke kan fullbyrdes før fristene for å klage eller kreve rettslig prøving er ute. Ombudsmannen kritiserte også Politidirektoratet for ikke å ha vurdert forholdet til den aktuelle utleveringsloven ved sin behandling av saken og for å ha gitt feilaktige opplysninger til klageren om at det var påtalemyndigheten som var ansvarlig for å vurdere det rettslige grunnlaget for utlevering.*

*Politidirektoratet ble bedt om å treffe de nødvendige tiltak for å sørge for at politidistriktene hadde nødvendig kjennskap til regelverket på området. I et brev til landets politimestre ga direktoratet på denne bakgrunn en orientering om saksbehandlingsreglene som er oppstilt i utleveringsloven, herunder det forhold at myndigheten til å treffe beslutning om utlevering etter loven er lagt til politimesteren.*

A ble 22. august 2003 utlevert av tjenestemenn ved X lensmannskontor i Y politidistrikt til svenske myndigheter. Dette skjedde på bakgrunn av en anmodning om utlevering sendt per telefaks 21. august 2003 fra politimesteren i et län i Sverige til politidistriktet. A, som da var 16 år, bodde i Sverige sammen med sin mor, men oppholdt seg på det aktuelle tidspunktet i Norge. Bakgrunnen for anmodningen om utlevering var et vedlagt «ordförandebeslut» 17. juni 2003 fra sosialforvaltningen i en kommune i Sverige om «omedelbart omhändertagande» og plassering i «familjehem» etter lov 1990:52 med særskilda bestämmelser om vård av unga (LVU) § 6, jf. § 11. Vedtaket

ble senere stadfestet ved länsrättens beslutning 1. juli 2003. Beslutningen om utlevering ble truffet av en politiadvokat i politidistriktet, etter muntlig konferanse med lensmannen. Det ble ikke nedtegnet noe skriftlig vedtak, og verken klageren eller hennes mor, B, ble gitt forhåndsvarsel eller anledning til å påklage beslutningen.

Klagerens mor anmeldte 7. oktober 2003 politiadvokaten for grov uforstand i tjenesten, og viste bl.a. til manglende overholdelse av bestemmelser i lov 5. juni 1970 nr. 35 om utlevering for å få iverksatt vedtak om frihetsinngrep truffet av myndighet i annet nordisk land (heretter utleveringsloven). Anmeldelsen ble 11. mai 2004 henlagt av Oslo statsadvokatembeter som intet straffbart forhold anses bevist, i samsvar med innstilling fra Det særskilte etterforskningsorganet for politisaker (Sefo) 5. april 2004. Henleggelsen ble opprettholdt ved Riksadvokatens beslutning 10. februar 2005, der det bl.a. ble uttalt følgende:

«Riksadvokaten antar at det rettslige grunnlaget for den svenske anmodningen og [politiadvokatens] beslutning om tilbakeføring er lov av 5. juni 1970 om utlevering for å få iverksatt vedtak om frihetsinngrep truffet av myndighet i annet nordisk land, jf. kongelig resolusjon av 18. desember 1970. Vilkåret for utlevering er at det foreligger myndighetsvedtak etter vedkommende lands lovgivning om bl.a. barne- og ungdomsvern om plassering på institusjon eller annet særskilt oppholdssted. Dette vilkåret var oppfylt, jf. 'ordförandebeslutet' av 17. juni 2003, stadfestet ved länsrätten i ... läns beslutning av 1. juli 2003.»

Riksadvokaten kunne ikke se at politiadvokatens beslutning manglet rettslig grunnlag eller på annen måte var uskjønnsom. Det ble imidlertid påpekt at det ut fra saksdokumentene kunne synes som at verken klageren eller hennes mor fikk opplysninger om klageadgang, klagefrist eller fremgangsmåte ved klage, jf. utleveringsloven § 5 annet ledd. Dette var ifølge Riksadvokaten «beklagelig, men straffbart er det ikke».

Klageren anmeldte selv 5. august 2005 den navngitte politiadvokaten for det samme forholdet. Anmeldelsen ble først sendt videre fra politidistriktet i februar 2006. Spesialenheten for politisaker henla anmeldelsen 8. november 2006, under henvisning til at det ikke var rimelig grunn til å undersøke om det forelå et straffbart forhold, jf. straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 224 første ledd, og viste til at anmeldelsen gjaldt samme forhold som moren tidligere hadde anmeldt. Riksadvokaten opprettholdt Spesialenhetens henleggelsesbeslutning i avgjørelse 2. februar 2007.

Innenfor samme sakskompleks innga klageren og hennes mor også flere andre anmeldelser rettet mot norske og svenske myndigheter. De henvendte seg

også en rekke ganger til Politidirektoratet og også ved flere anledninger til politidistriktet og til Justis- og politidepartementet. De satte bl.a. spørsmålsteget ved gyldigheten av beslutningen om utlevering av klageren på bakgrunn av angivelige mangler ved det rettslige grunnlaget for utleveringen, politiadvokatens myndighet til å fatte beslutning om utlevering og manglende informasjon om prosessuelle rettigheter, under henvisning til bestemmelser i utleveringsloven.

Etter å ha mottatt en redegjørelse om saken 14. februar 2005 fra politidistriktet, uttalte Politidirektoratet bl.a. følgende i brev 19. april 2005 til klagerens mor:

«Direktoratet har ikke myndighet til å foreta en vurdering av det rettslige grunnlaget for utleveringen, da dette hører inn under påtalemyndighetens ansvarsområde. Vi kan imidlertid vurdere politiets opptreden i forbindelse med saken, og har derfor bedt om en uttalelse fra Y politidistrikt.»

Direktoratet viste videre til redegjørelsen fra politidistriktet, der det fremgikk at beslutningen om utlevering var basert på en «juridisk vurdering foretatt av jourhavende påtalejurist på selvstendig grunnlag». Det ble også vist til at utleveringen av klageren til Sverige ble utført etter «forutgående ordre» fra politiadvokaten, og at grunnlaget for dette var «lovlig fattede beslutninger fra svensk barnevernstjeneste med etterfølgende stadfestelse av Länsrätten». Politidirektoratet forstod henvendelsene i saken slik at de bare gjaldt det rettslige grunnlaget for utleveringen, og ikke politiets handlinger i forbindelse med denne. Etter dette fant ikke direktoratet grunn til å foreta ytterligere undersøkelser i saken.

Etter en ny henvendelse 12. mai 2005 fra klagerens mor vedrørende bl.a. manglende hensyntagen til datterens helsetilstand og manglende overholdelse av bestemmelsene i utleveringsloven, kom Politidirektoratet i brev 16. juni 2005 til at behandlingen av klageren ved gjennomføringen av utleveringen hadde vært forsvarlig. Det ble også i denne forbindelse innhentet uttalelse fra politidistriktet på forhånd.

Også senere samme år henvendte klageren og hennes mor seg flere ganger til Politidirektoratet med anførsler om manglende overholdelse av bestemmelsene i utleveringsloven. I direktoratets siste brev 16. desember 2005 til klagerne het det:

«Politidirektoratet har behandlet saken og vurdert politiets opptreden og handlemåte i forbindelse med henting og overleveringen av A uten at vi har funnet grunnlag for å rette kritikk mot Y politidistrikt. Videre har påtalemyndigheten i forbindelse med anmeldelsen av ansvarlig påtalejurist vurdert det rettslige grunnlaget i saken uten å ha funnet feil ved dette.

Saken anses avsluttet, og ytterligere henvendelser om samme forhold kan ikke påregnes å bli besvart.»

På bakgrunn av en henvendelse 7. februar 2006 fra A til Justis- og politidepartementet, uttalte departementet i et brev 20. april 2006 til henne:

«I ovennevnte brev ber du om en begrunnelse for vedtaket [om utlevering]. Justisdepartementet har ikke anledning til å gå inn i enkeltsaker, og vi kan dermed heller ikke påta oss å gi en begrunnelse for vedtak som andre forvaltningsorgan har truffet.

Saken er oversendt Politidirektoratet som rette vedkommende».

I brev 28. juni 2006 ga Politidirektoratet en orientering til Justis- og politidepartementet om direktoratets håndtering av As og hennes mors klager på politiet.

A henvendte seg til ombudsmannen i brev 19. august 2007 og klaget på politiets og påtalemyndighetens opptreden i forbindelse med utleveringen av henne til Sverige i august 2003. Klagen omfattet bl.a. Riksadvokatens endelige henleggelse av hennes anmeldelse av politiadvokaten og politidistriktets håndtering av hennes anmeldelser, som hun mente var blitt blandet sammen med morens anmeldelse av det samme forholdet. Klageren viste også til at utleveringen av henne ble besluttet uten at det ble fattet noe skriftlig vedtak, at beslutningen skulle ha vært fattet av politimesteren i stedet for en politiadvokat og at hun ikke fikk informasjon om rett til oppnevnt forsvarer, klagerett eller adgang til rettslig prøving m.v. før utleveringen ble utført. Dette i strid med bestemmelsene i utleveringsloven.

Klagen gjaldt også Politidirektoratets endelige avgjørelse 16. desember 2005 av klagen rettet mot politidistriktet og spørsmål om innvilgelse av fritt rettsråd, som ble endelig avslått av Justis- og politidepartementet 13. juni 2006. I brev herfra ble klageren orientert om at disse spørsmålene var foreldet for behandling hos ombudsmannen, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 6 tredje ledd.

Klagen over Riksadvokatens endelige henleggelse av As anmeldelse av politiadvokaten ble det ikke funnet grunn til å undersøke nærmere.

Etter en nærmere gjennomgang av klagen, også sett i lys av et tilleggsbrev fra klageren 2. oktober 2007 og innhentede saksdokumenter fra Riksadvokaten, ble det funnet grunn til også å innhente saksdokumentene fra Politidirektoratets behandling av saken. På bakgrunn av en gjennomgang av samtlige saksdokumenter ble det, til tross for at forholdene lå mange år tilbake i tid, funnet grunn til å ta saken opp til nærmere undersøkelse.

I brev 11. november 2008 ble Politidirektoratet bedt om å redegjøre nærmere for politidistriktets be-

handling av anmodningen om utlevering fra svensk politi og direktoratets behandling av As klage over politidistriktets håndtering av saken. Direktoratet ble i den forbindelse bedt om å gi en nærmere begrunnelse for sitt standpunkt i brev 19. april 2005 om at vurderingen av det rettslige grunnlaget for utleveringen falt inn under påtalemyndigheten og følgelig ikke kunne behandles av direktoratet. Det ble videre bedt om å få opplyst om direktoratet hadde foretatt noen vurdering av om bestemmelsene i utleveringsloven ble overholdt i forbindelse med utleveringen av A til Sverige, herunder om lovens saksbehandlingsregler ble fulgt. For det tilfelle at Politidirektoratet likevel kom til at flere sider ved As klage skulle ha vært behandlet av direktoratet, ble det anmodet om å få direktoratets vurdering av disse spørsmålene.

I brevet til direktoratet ble det, på bakgrunn av opplysninger gitt fra den anmeldte politiadvokaten i avhør med Sefo 1. desember 2003, også bedt om en redegjørelse for eventuelle samarbeidsavtaler mellom nordiske land om behandling av anmodninger av den typen som kom fra svenske myndigheter om utlevering av A, herunder hvilke prosedyrer for utlevering de eventuelt gir anvisning på og hvordan de forholder seg til utleveringsloven.

Endelig ble Politidirektoratet bedt om å redegjøre for omfanget av utleveringer etter loven, og hvordan politiet behandler anmodninger om utlevering fra andre nordiske land. Det ble også bedt om å få opplyst i hvilket omfang slike saker har vært klagebehandlet av vedkommende departement etter utleveringsloven § 5 eller behandlet av domstolene etter § 6.

Politidirektoratet fastholdt i sitt svar 17. desember 2008 at direktoratet ikke har myndighet til å foreta en vurdering av det rettslige grunnlaget for utleveringen av klageren. Videre het det:

«Det er imidlertid ikke riktig at denne vurderingen hører under *påtalemyndigheten*. Det følger av § 5 i lov 1970-06-05 nr 35 om utlevering for å få iverksatt vedtak om frihetsinngrep truffet av myndighet i annet nordisk land (utleveringsloven) at *Justisdepartementet* er overordnet klageorgan for å overprøve politimesterens vurdering av det rettslige grunnlaget for utlevering. Departementets vedtak kan bringes inn for tingretten i følge lovens § 6.» (direktoratets uthevinger)

Politidirektoratet beklaget sterkt at det i forbindelse med klagebehandlingen ble gitt uriktig informasjon til klageren om at påtalemyndigheten hadde myndighet til å vurdere det rettslige grunnlaget for utleveringen. Direktoratet beklaget også at utleveringsloven ikke ble berørt ved direktoratets behandling av klagen fra A, og skrev videre:

«Det synes opplagt at Y politidistrikt ikke har fulgt pålegget i lovens § 5 om varsling om klageadgang, frist for å klage, retten til rettslig prø-



ving etter lovens § 6 og om retten til å få oppnevnt advokat. Vedtaket om utlevering har således blitt effektivt uten at klagerens mor, som verge, ble gjort kjent med sine rettigheter etter loven.

Disse forhold burde ha vært avdekket da saken ble behandlet som klagesak i Politidirektoratet i tiden august 2004 til juni 2006, jf. den korrespondanse som den 11. september d.å. ble sendt til ombudsmannen i forbindelse med klagebehandling.

Videre viste direktoratet til en avtale fra september 2002 mellom de nordiske lands politimyndigheter om politisamarbeid, som trådte i kraft 1. januar 2003. Direktoratet opplyste at avtalen gjelder samarbeid i tilknytning til straffesaker, herunder utlevering av lovbrøyttere, men påpekte at «[r]eglene i avtalen kan anvendes analogisk på det forvaltningsmessige området i forhold til praktisk gjennomføring av vedtak fattet i medhold av f.eks. utleveringsloven».

Til spørsmålene omkring omfanget av utleveringer etter utleveringsloven, viste direktoratet innledningsvis til at det «i kommentar til loven ved oppslag på Gyldendal rettsdata er anført at *‘Loven er uten praktisk interesse’*». Videre viste direktoratet til at det etter pkt. II i Justisdepartementets forskrift 18. desember 1970 til loven var Sosialdepartementet som skulle behandle klager over «... utlevering av personer som skal være i institusjon eller annet særskilt oppholdssted i annen nordisk stat i samsvar med vedkommende stats lovgivning om barne- og ungdomsvern ellers, psykisk helsevern og edruskapsvern ... ». Ved henvendelse til barne- og ungdomsavdelingen i Barne- og likestillingsdepartementet, som har den myndigheten Sosialdepartementet ble tillagt i forskriften, fikk Politidirektoratet opplyst at søk i departementets arkiv bare viste én sak som var behandlet i medhold av utleveringsloven.

Direktoratet opplyste at det ikke var kjent med antallet utleveringsbegjæringer politidistriktene hadde behandlet etter loven eller antallet saker brakt inn for tingrettene i medhold av utleveringsloven § 6. Det ble opplyst at direktoratet på forespørsel hadde fått opplyst fra sivilavdelingen i Justis- og politidepartementet at departementet ikke hadde behandlet klager etter utleveringsloven.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

##### «1. Y politidistrikts behandling av utleveringsbegjæringen fra svensk politi

Utlevering av en norsk statsborger til et annet land, i dette tilfelle med bistand fra politiet, innebærer et element av frihetsberøvelse av vedkommende. Politiet må i tråd med legalitetsprinsippet ha hjemmel for et slikt inngrep. Retten til frihet og sikkerhet er også uttrykkelig beskyttet etter Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 (EMK) artikkel 5,

som slår fast at «[i]ngen må bli berøvet sin frihet» unntatt i nærmere angitte tilfeller og bare hvis det blir gjort «i samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov». Artikkel 5 nr. 1 bokstav d angir «frihetsberøvelse av en mindreårig ved lovlig pålegg for å føre tilsyn med hans oppdragelse» m.v. som et tilfelle av lovlig frihetsberøvelse dersom det foreligger hjemmel i lov.

Lov 5. juni 1970 nr. 35 om utlevering for å få iverksatt vedtak om frihetsinngrep truffet av myndighet i annet nordisk land gjelder etter § 1 første ledd overfor «[d]en som etter vedtak av myndighet i Danmark, Finland, Island eller Sverige skal være på institusjon eller annet særskilt oppholdssted i samsvar med vedkommende lands lovgivning om barne- og ungdomsvern ... ». Klageren ble etter vedtak 17. juni 2003 fra socialförvaltningen i ... besluttet plassert i «familjehem» etter lov 1990:52 med særskilda bestämmelser om vård av unga (LVU) § 6, jf. § 11. Siden moren ikke ville medvirke ble det besluttet «omedelbart omhändertagande» etter lovens § 6. Vedtaket ble opprettholdt ved länsrättens beslutning 1. juli 2003.

Riksadvokaten har lagt til grunn at utleveringsloven fikk anvendelse på utleveringen av klageren til svenske myndigheter. I kjennelse fra Borgarting lagmannsrett 9. februar 2006, der lagmannsretten forkastet klagerens kjæremål over tingrettens avslag på begjæring om oppnevning av bistandsadvokat i forbindelse med anmeldelse av den politiadvokaten som besluttet at utleveringen skulle gjennomføres, uttalte lagmannsretten:

«Lagmannsretten legger i likhet med Riksadvokaten til grunn at det formelle grunnlaget for utleveringen av A var lov 5. juni 1970 om utlevering for å få iverksatt frihetsinngrep truffet av myndighet i annet nordisk land.»

Jeg er enig i dette standpunktet, og saken må således vurderes opp mot utleveringslovens bestemmelser. De materielle vilkårene i lovens § 1 første ledd synes å ha vært oppfylt på det tidspunktet svensk politi oversendte begjæringen om utlevering av A. Mine undersøkelser i saken har derfor vært rettet mot den manglende overholdelsen utleveringslovens bestemmelser om beslutningsmyndighet og saksbehandling.

Det følger av utleveringsloven § 5 første ledd at «[p]olitimesteren på vedkommende oppholdssted kan treffe vedtak om utlevering». I Ot.prp. nr. 44 (1969–70) s. 14 første spalte uttales det at avgjørelsen normalt forutsettes truffet av politimesteren personlig, men at avgjørelsesmyndigheten kan delegeres til for eksempel en politifullmektig «når det er nødvendig fordi politimesteren av praktiske grunner ikke kan ta avgjørelsen selv». Formuleringen tyder på at en eventuell delegasjon må gis fra sak til sak, det vil

si at det ikke er anledning for politimesteren til å gi en delegasjon på generelt grunnlag. Slik saken er opplyst, er det uansett ikke noe som indikerer at vedtaksmyndigheten overhodet ble delegert i dette tilfellet. Vedtaket om utlevering av A til svenske myndigheter ble fattet av en politiadvokat, som på det aktuelle tidspunktet var jourhavende påtalejurist ved Z politistasjon, etter en samtale om saken med lensmannen i X. Beslutningen om utlevering lider således av en personell kompetansemangel, ettersom den er truffet av en person som manglet myndighet til å fatte vedtaket. Dette gir i seg selv grunn til å kritisere Y politidistrikts håndtering av saken. Det er helt grunnleggende at en beslutning som dette blir fattet av en person som har myndighet til det.

Utgangspunktet om at det er politimesteren personlig som skal fatte beslutningen om utlevering, indikerer at det dreier seg om en beslutning av viktighet. Dette gjør seg med tyngde gjeldende i en sak som den foreliggende der en mindreårig norsk statsborger blir hentet av politiet og ført til den svenske grensen. Det er en klar forutsetning at politimesteren skal foreta en konkret prøving av om de materielle vilkårene for utlevering er oppfylt. Om dette heter det i Ot.prp. nr. 44 (1969–70) på s. 9-10:

«Myndighetene i det land hvor vedkommende befinner seg, vil imidlertid ha en diskresjonær adgang til å avslå anmodningen om utlevering (jf. her formuleringen i § 5) eller utsette utleveringen.»

Politimesteren kan følgelig velge å avslå anmodningen om utlevering, selv om de materielle vilkårene er oppfylt, og det fremgår av proposisjonen på samme sted at dersom vedkommende har en «særlig tilknytning til Norge og en tilsvarende svak tilknytning til det land der vedtaket er truffet», vil dette etter omstendighetene kunne føre til at vedkommende ikke utleveres. For utlevering av norske statsborgere gjelder det også en særskilt regel i § 3 om at dette bare kan skje dersom vedkommende person «er bosatt i den stat som ønsker utlevering og vedtaket gjelder omsorg eller behandling som mest hensiktsmessig kan gis ham i vedkommende stat». I denne saken har det vært reist spørsmål knyttet til dette. Politimesteren må på bakgrunn av ovennevnte foreta en konkret og skjønnsmessig vurdering av om utlevering kan gjennomføres og må ta hensyn til de særlige forhold som gjør seg gjeldende ved utlevering av norske borgere. En slik grundig vurdering kan ikke sees å ha blitt foretatt i denne saken.

Utleveringsloven § 5 første ledd siste punktum slår fast at fristen for å klage vedtak om utlevering inn for departementet er tre dager. På tilsvarende måte følger det av § 6 første ledd at et vedtak om utlevering innen tre dager etter underretning om vedtaket ble gitt kan bringes inn for tingretten til prøving

av om lovens vilkår for utlevering foreligger. Det fremgår videre av § 5 tredje ledd at vedtaket ikke uten samtykke skal iverksettes før fristene for å klage eller kreve rettslig prøving er ute, og at klage eller krav om rettslig prøving har oppsettende virkning. I § 5 annet ledd er det slått fast at «vedkommende» skal gis opplysning om «klageadgang, klagefrist, den nærmere fremgangsmåte ved klage, samt om adgangen til rettslig prøving etter § 6 og om sin rett til å få oppnevnt forsvarer, jf. § 8». Disse opplysningene skal gis i «samband med underretning om vedtaket». I lys av bestemmelsen om automatisk utsatt iverksetting, må det forutsetningsvis gis opplysninger om vedtaket og rettighetene i denne forbindelse senest tre dager før utleveringen faktisk skal gjennomføres. De foreskrevne opplysningene ble i dette tilfellet ikke gitt og utleveringen ble gjennomført helt uten at det ble tatt hensyn til lovens bestemmelser om iverksettingstidspunkt.

Det fremgår ikke uttrykkelig av lovens ordlyd eller av dens forarbeider hvorvidt vedtaket om utlevering skal være skriftlig. I Ot.prp. nr. 44 (1969–70) heter det imidlertid følgende på s. 14 første spalte:

«Politiet forutsettes å skulle behandle saken som vanlig forvaltningssak, og de alminnelige regler i forvaltningsloven vil gjelde. Dette innebærer blant annet at politimesterens vedtak kan kreves begrunnet etter reglene i forvaltningslovens §§ 24 og 25. Det innebærer videre at politiet vil ha en selvstendig plikt på seg til å sørge for sakens opplysning.»

Politiets beslutning om utlevering av en person fra Norge til Sverige, som i dette tilfellet, vil være et enkeltvedtak slik dette er definert i forvaltningsloven 10. februar 1967 § 2 første ledd bokstav b. Det følger av forvaltningsloven § 23 at et enkeltvedtak skal være skriftlig med mindre dette vil være «særlig byrdefullt». I avhør med Sefo 1. desember 2003 bekreftet politiadvokaten som fattet beslutningen om utlevering at det ikke ble utarbeidet noe skriftlig vedtak i saken. Det er også på det rene at det ikke ble gitt noen form for forhåndsvarsel eller opplysninger om klagerett m.v. til klageren eller hennes mor før utleveringen ble iverksatt. Dette er svært utilfredsstillende og i strid med både forvaltningslovens og utleveringslovens bestemmelser. Y politidistrikt må kritiseres for sin håndtering av saken. Det er på ingen måte tillitvekkende at en så vidt alvorlig sak som dette har blitt behandlet på en slik måte.

Samlet sett etterlater gjennomgangen av saken liten tvil om at Y politidistrikt fullstendig har oversett bestemmelsene i utleveringsloven ved behandlingen av anmodningen om utlevering av A til svenske myndigheter. Utleveringen ble gjennomført allerede dagen etter begjæringen om utlevering kom inn. Det forhold at dette ble gjort uten at saksbehandlingsre-

glene i loven ble fulgt, førte til at A og hennes mor ikke fikk muligheten til å påklage vedtaket eller bringe det inn for tingretten. Manglende mulighet for å angripe et vedtak av denne karakter, som helt åpenbart og med rette ble opplevd som et stort inngrep fra A og hennes mors side, er på ingen måte tilfredsstillende. For min vurdering av saken er det ikke nødvendig å ta stilling til om beslutningen om utlevering var et ugyldig forvaltningsvedtak. Mye kan likevel tyde på at det er tilfellet.

Y politidistrikt har heller ikke på bakgrunn av henvendelsene fra klageren og hennes mor etter at utleveringen ble gjennomført innsett at begjæringen om utlevering ble håndtert på en måte som ikke var i samsvar med utleveringsloven. Måten saken ble behandlet på er ikke beklaget overfor A, noe som utvilsomt burde ha vært gjort. Saken har etter dette heller ikke i etterkant av utleveringen vært håndtert på en tilfredsstillende måte.

## 2. Politidirektoratets behandling av As klage på Y politidistrikt

Politidirektoratet har ikke hatt noen kommentarer til eller vurdert om Y politidistrikts håndtering av utleveringsbegjæringen var i strid med utleveringsloven. Dette på tross av gjentatte henvendelser fra klageren og hennes mor med en rekke anførsler knyttet opp mot manglende overholdelse av bestemmelsene i utleveringsloven.

Politidirektoratets beklagelse i svaret hit er på dette punktet utvilsomt på sin plass og direktoratet må kritiseres for ikke å ha avdekket at Y politidistrikts behandling av utleveringsbegjæringen ble gjort på en måte som klart var i strid med utleveringsloven. Direktoratet burde ved behandlingen av henvendelsene fra A og hennes mor ha fanget opp at bestemmelsene i utleveringsloven ikke ble fulgt, og informert klageinstansen, i dette tilfellet Barne- og likestillingsdepartementet, og også Justis- og politidepartementet som ansvarlig departement for utleveringsloven, om dette.

Politidirektoratet må videre kritiseres for å ha gitt opplysninger til A og hennes mor om at vurderingen av det rettslige grunnlaget for utleveringen hørte inn under påtalemyndighetens ansvarsområde, noe direktoratet først i sitt svar hit har erkjent var en uriktig vurdering. Jeg viser i denne forbindelse til Ot.prp. nr. 44 (1969–70), der det fremgår på s. 14 første spalte at politiet skal behandle en utleveringsbegjæring som en vanlig forvaltningssak.

Direktoratet skriver i svaret hit at det er Justis- og politidepartementet «som er overordnet klageorgan for å overprøve politimesterens vurdering av det rettslige grunnlaget for utlevering» og at «[d]epartementets vedtak kan bringes inn for tingretten i følge lovens § 6». Dette er noe upresist ettersom det følger

av forskrift 18. desember 1970 nr. 2 om utlevering for å få iverksatt vedtak om frihetsinngrep i annet land punkt II at hvilket departement som er klageinstans kommer an på hvilken type vedtak som ligger til grunn for utleveringen. Muligheten for å bringe et vedtak inn for tingretten etter utleveringsloven § 6 gjelder for øvrig ikke bare i de tilfelle saken har vært klagebehandlet i et departement ettersom politimesterens utleveringsvedtak også kan bringes direkte inn for tingretten. Dette er presisert i proposisjonen på s. 15.

Politidirektoratets oppgave ved klager rettet mot politiet vil i første rekke være å undersøke om det er begått kritikkverdige forhold fra politiets side, se nå instruks 21. november 2005 for behandling av henvendelser om kritikkverdige forhold utført i tjeneste i politi- og lensmannsetaten, og formålsbestemmelsen i § 2. Direktoratet burde på denne bakgrunn ha vurdert nærmere om Y politidistrikts behandling av saken var kritikkverdig, særlig vurdert opp mot bestemmelsene i utleveringsloven. Jeg er likevel enig i at direktoratet i en slik vurdering ikke kan foreta noen materiell overprøving av politiets vedtak om utlevering eller av om det var tilstrekkelig rettslig grunnlag for det svenske vedtaket som lå til grunn for utleveringsbegjæringen, jf. nevnte instruks § 1 tredje strekpunkt, der det fremgår at instruksene ikke gjelder for «[f]orvaltningsmessige avgjørelser». Kompetansen til forvaltningsmessig overprøving av utleveringsvedtaket er etter utleveringsloven også positivt lagt til vedkommende departement, jf. utleveringsloven § 5. Direktoratet vil imidlertid etter omstendighetene ha en plikt til å videreformidle klagen til det departementet som er klageinstans.

## 3. Samarbeidsavtaler mellom de nordiske lands politimyndigheter om politisamarbeid

Politidirektoratet viser i sitt svar til en avtale mellom de nordiske lands politimyndigheter om politisamarbeid, som trådte i kraft 1. januar 2003. Ifølge direktoratet kan reglene i avtalen «anvendes analogisk på det forvaltningsmessige området i forhold til praktisk gjennomføring av vedtak fattet i medhold av f.eks. utleveringsloven».

Jeg kan ikke se at det uttrykkelig fremgår noe av samarbeidsavtalen om prosedyrene for utlevering på bakgrunn av et vedtak fra for eksempel barnevernet, som lå til grunn for svenske myndigheters anmodning om utlevering i denne saken. Politidirektoratet har ikke, slik det ble bedt om, kommentert hvordan avtalen forholder seg til utleveringsloven. Denne loven ble til etter nordisk samarbeid og de nordiske landene har vedtatt lover der vilkårene for utlevering er like, selv om saksbehandlingsreglene varierer noe, jf. Ot.prp. nr. 44 (1969–70) s. 3 annen spalte. I avtalen direktoratet viser til, fremgår det av punkt 15.1 at de

nordiske land «har likeartede regler for utlevering av personer mellom de nordiske land».

I samarbeidsavtalen punkt 1 annet avsnitt heter det at avtalen «supplerer internasjonale og bilaterale avtaler samt overenskomster og konvensjoner som inneholder bestemmelser om politisamarbeid». Også når det er etablert fellesnordiske lovregler som regulerer utlevering for å få iverksatt ulike vedtak om frihetsinngrep truffet av myndighet i annet land, må det i første rekke være bestemmelsene i disse lovene med forskrifter som må legges til grunn ved behandling av anmodninger om utlevering mellom de nordiske landene.

Punkt 16 i samarbeidsavtalen gir anvisning på prosedyrer for fullbyrdelse av beslutning om utlevering. Ifølge direktoratet gjelder imidlertid avtalens kapittel 6 («Utlevering»), der bestemmelsen er nedfelt, «utlevering av lovbrøyttere» og avtalen «gjelder politisamarbeid i tilknytning til straffesaker». Jeg kan ut fra avtalens innhold ikke se at den er begrenset til dette området. I den grad utleveringsloven ikke gir svar på eventuelle spørsmål som måtte oppstå i forbindelse med gjennomføringen av en utlevering som er besluttet i medhold av loven, vil samarbeidsavtalen kunne være et supplement. Jeg kan imidlertid ikke uten videre tiltre Politidirektoratets standpunkt om at det i så fall vil være tale om en analogisk anvendelse av avtalen, siden den i utgangspunktet synes å gjelde generelt for politisamarbeid mellom de nordiske landene.

#### 4. Omfanget av utleveringer etter utleveringsloven

Jeg har merket meg de undersøkelsene Politidirektoratet har foretatt når det gjelder omfanget av utleveringer etter utleveringsloven, som indikerer at det blir fattet få vedtak i medhold av loven. I Ot.prp. nr. 44 (1969–70) er det på s. 4 annen spalte opplyst at det i perioden 1956 til 1960 var registrert nærmere 40 tilfeller av utleveringer som ville omfattes av loven. En undersøkelse for perioden 1960 til 1968 viste omtrent samme tall. Dette kan tyde på at behovet for denne type utleveringer har avtatt med årene. Det er likevel vanskelig å si noe sikkert om dette ut fra de foreliggende opplysningene.

Under enhver omstendighet er det uheldig at bestemmelsene i utleveringsloven er lite kjent, noe denne saken har vist med all tydelighet. Loven gir den som blir begjært utlevert flere viktige rettssikkerhetsgarantier, og manglende mulighet for å nyte godt av disse rettighetene på grunn av at myndighetene ikke er kjent med regelverket, er uakseptabelt.

Det kan heller ikke sees bort fra at det lave antallet klagesaker skyldes at det også er andre saker der bestemmelsene i utleveringsloven ikke har vært overholdt, slik at det bl.a. ikke har vært gitt opplysninger om klageadgangen. Politidirektoratet bes på

denne bakgrunn om å sørge for at landets politidistrikter får den nødvendige kjennskap til lovens bestemmelser. Jeg ber om å bli holdt underrettet om direktoratets oppfølging av dette.

#### 5. Oppsummering

Saken og forholdene som ligger til grunn for den ligger nå seks år tilbake i tid, og har helt klart vært en stor belastning for klageren og hennes mor. De har i etterkant av utleveringen i 2003 henvendt seg utallige ganger til ulike norske myndighetsorganer, men har ikke fått tilfredsstillende svar på sine spørsmål omkring vedtaket om utleveringen og saksbehandlingen i forbindelse med dette, som mine undersøkelser i saken særlig har dreid seg om. Det er lett å forstå at dette har skapt en vanskelig og frustrerende situasjon for dem.

Utleveringsbegjæringen ble fra Y politidistrikts side håndtert på en måte som klart var i strid med utleveringsloven. Politidistriktet må kritiseres for dette og Politidirektoratet må kritiseres for ikke å ha foretatt noen vurdering av politidistriktets behandling av utleveringsbegjæringen fra svenske myndigheter, som klageren med rette har stilt seg meget kritisk til. En beklagelse til A for måten saken ble håndtert på, ville derfor åpenbart ha vært på sin plass.

På bakgrunn av tiden som er gått og den beklagelsen som nå er gitt fra Politidirektoratets side av manglende vurdering av saken i forhold til utleveringslovens bestemmelser, har jeg likevel ikke funnet grunn til å be Politidirektoratet om å foreta en fornyet behandling av henvendelsene fra A og hennes mor. Jeg ber imidlertid direktoratet om å merke seg det som har fremkommet og å treffe de nødvendige tiltak for å sørge for at politidistriktene har nødvendig kjennskap til regelverket på området. Direktoratet bes holde meg orientert om oppfølgingen av dette. Ut over dette finner jeg å kunne la saken bero.»

Uttalelsen ble også oversendt Justis- og politidepartementet til orientering og for eventuell videre oppfølging. Ombudsmannen ga i brevet til departementet uttrykk for at saken syntes å indikere utilstrekkelig bevissthet om utleveringsloven i politiet.

Politidirektoratet fulgte opp anmodningen om å sørge for nødvendig kjennskap til regelverket på området i brev 2. november 2009 til landets politimestre. Direktoratet viste i brevet til ombudsmannens uttalelse, og siterte fra ombudsmannens kritikk av politidistriktet for ikke å ha fulgt saksbehandlingsreglene i utleveringsloven. I brevet het det blant annet følgende:

«Myndigheten til å treffe beslutning om utlevering med hjemmel i utleveringsloven er i § 5 lagt til *politimesteren*» (direktoratets utheving).

Avslutningsvis i brevet skrev Politidirektoratet:

«På denne bakgrunn ber vi om at informasjonen i dette brevet blir gjort kjent for personer i politidistriktene som kan få befattning med begjæringer om utlevering som reguleres av utleveringsloven av 1970.»

Ombudsmannen skrev deretter følgende i brev til direktoratet:

«Jeg legger til grunn at politimestrene etter dette sørger for at det er tilstrekkelig bevissthet i politidistriktene både om bestemmelsen om vedtaksmyndighet og de nærmere saksbehandlingsreglene som gjelder i slike saker.

På bakgrunn av brevet som nå er sendt til politimesterne, finner jeg ikke grunn til videre oppfølging overfor Politidirektoratet.»

## Skatt, ligning, toll og avgifter

### 67.

#### Tilbakegående avgiftsoppgjør ved overgangen til strengere innvilgelsespraksis i mai 2006

(Sak 2008/1199)

*I vedtak i klagesak av slo Finansdepartementet As søknad 17. februar 2005 om tilbakegående avgiftsoppgjør lenger tilbake i tid enn tre år.*

*Etter å ha undersøkt saken, kom ombudsmannen til at det kunne reises begrunnet tvil om det hadde vært riktig å la være å ta hensyn til at det tok ett år og ni måneder før søknaden ble avgjort i henhold til den nye og strengere innvilgelsespraksis som ble gjort gjeldende med øyeblikkelig virkning 18. mai 2006.*

*På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse revurderte Finansdepartementet avslaget, og innvilget det tilbakegående avgiftsoppgjøret A hadde søkt om.*

A AS (A) ble fra 3. termin 2002 frivillig registrert i avgiftsmanntallet etter forskrift nr. 117. Virksomheten fikk innvilget tilbakegående avgiftsoppgjør for merverdiavgift forbundet med rehabilitering og utvidelse av et verneverdig bygg tilbake til 1. juli 2001, som var det tidspunkt forskrift nr. 117 trådte i kraft.

Deretter, og under henvisning til forskrift nr. 80, søkte A i februar 2005 også om tilbakegående avgiftsoppgjør for rehabiliteringskostnader på det samme prosjektet før 1. juli 2001. Samtidig ble det også søkt om fritak etter merverdiavgiftsloven § 70 for vilkåret i forskrift nr. 80 § 1 om at bygget skulle vært «oppført» (nybygg). Den 6. mai 2005 oversendte Oslo fylkesskattekontor sin innstilling i saken til Skattedirektoratet. Fylkesskattekontoret la til grunn at det var grunnlag for å innvilge søknaden fullt ut. Fylkesskattekontoret hadde særlig lagt vekt på at det aktuelle bygget sto på Byantikvarens gule liste, og at det var arkitektoniske og kulturelle hensyn som had-

de ført til at bygget ikke var blitt revet og bygget opp på nytt.

I brev 3. august 2005 fra Oslo fylkesskattekontor ble så As advokat bedt om ytterligere dokumentasjon for at minst 25 % av bygget var utleid til registrert virksomhet. Denne henvendelsen ble besvart 28. november 2005.

I mellomtiden - 26. september 2005 - sendte Skattedirektoratet, på oppdrag av Finansdepartementet, et fellesskriv til fylkesskattekontorene vedrørende «Fradragsrett for inngående merverdiavgift – etter Hunsbedt- og Porthuset-dommene». Punkt 5 i dette fellesskrivet omhandlet «Krav om fradrag tilbake i tid – spørsmål om foreldelse mv og rentegodtgjørelse». I punkt 5 nest siste avsnitt het det:

«Spørsmål knyttet til registrering tilbake i tid etter refusjonsordningen i den tidligere forskrift nr 80 (vedrørende bygg som var under oppføring per 1. juli 2001 eller som er fullført før denne dato), er til nærmere vurdering. Inntil denne vurdering foreligger, må fylkesskattekontorene avvente behandlingen av søknader om dette.»

I e-brev fra Skattedirektoratet 20. desember 2005 ble As advokat stilt ytterligere spørsmål om arealfordelingen i bygget. Disse ble besvart i e-brev 3. februar 2006.

I brev til Skattedirektoratet 18. mai 2006 besluttet så Finansdepartementet å stramme inn den inntil da gjeldende praksis som i realiteten hadde gått ut på at søknader om tilbakegående avgiftsoppgjør var blitt innrømmet uten tidsbegrensning tilbake i tid. Innstrammingen innebar at tilbakegående avgiftsoppgjør ikke skal kunne innrømmes lenger tilbake i tid enn tre år regnet fra søknadstidspunktet.

30. november 2006 ble As søknad 17. februar 2005 avslått av Skattedirektoratet under henvisning til Finansdepartementets instruks om praksisendring i brevet 18. mai 2006. A påklaget avslaget. Klagen var begrunnet med at saken, på grunn av saksbehandlerskifte i Skattedirektoratet, var blitt liggende der ubehandlet fra 3. februar 2006 til september 2006, fordi den nye saksbehandleren på grunn av utilstrekkelig registrering i datasystemet ikke tidligere var blitt klar over at han hadde overtatt saken. Etter As oppfatning førte denne feilen til at vedtaket om å avvise kravet om tilbakegående avgiftsoppgjør, fordi saken ikke var avgjort før 18. mai 2006, ble vilkårlig og urimelig.

Finansdepartementet tok ikke As klage til følge, og begrunnet det i hovedsak slik:

«Det er departementets oppfatning at verken endringen eller innholdet i den nye praksisen er rettsstridig. A vil derfor etter departementets oppfatning kun ha rett til tilbakegående avgiftsoppgjør tre år tilbake i tid fra søknadstidspunktet. Etter departementet syn kan A ikke anses å ha fått noen

annerledes behandling enn andre sammenlignbare saker. Det vises i denne forbindelse til at saksbehandlingstiden i dette tilfellet også må anses å skyldes forhold på As side. Etter at saken var oversendt til Skattedirektoratet ble det fra direktoratets side høsten 2005 stilt flere spørsmål. De siste ble besvart ved e-post i februar 2006. Departementet kan for øvrig ikke se at det er særlige omstendigheter i den konkrete saken som i tilstrekkelig grad tilsier at det gjøres et unntak i forhold til gjeldende praksis for tilbakegående avgiftsoppgjør.»

På vegne av A brakte så Advokatfirmaet B v/advokat C saken inn for ombudsmannen. Klagen hit var i hovedsak begrunnet med at det var uforholdsmessig lang saksbehandlingstid i Skattedirektoratet som gjorde at As søknad ble avgjort etter den nye og strengere praksis for å innrømme tilbakegående avgiftsoppgjør. Det var derfor i strid med det ulovfestede forbud mot myndighetsmisbruk, spesielt forbudet mot vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, at avgiftsmyndighetenes nye praksis, innført med øyeblikkelig virkning ved Finansdepartementets brev til Skattedirektoratet 18. mai 2006, også ble gjort gjeldende for As søknad.

Klagen fra A ble tatt opp med Finansdepartementet. I brevet herfra ble det lagt til grunn at Oslo fylkesskattekontors forberedende behandling av søknaden fra A syntes avsluttet i god tid før Skattedirektoratets fellesskriv 26. september 2005 ble sendt til fylkesskattekontorene. Videre ble det lagt til grunn at det ikke virket som om det hadde vært avgiftsmyndighetenes intensjon høsten 2005 å stille As søknad i bero per 26. september 2005 i påvente av Finansdepartementets vurdering av rammene for tilbakegående avgiftsoppgjør for de frivillig registrerte. Dette fordi saksdokumentene viste at A var tilskrevet med spørsmål om det aktuelle bygget oppfylte utleievilkårene for frivillig registrering etter forskrift nr. 80 først i brev 3. august 2005 fra Oslo fylkesskattekontor og deretter i e-post 19. desember 2005 fra Skattedirektoratet.

Finansdepartementet ble derfor bedt om å gi sitt syn på hvorvidt det i henhold til god forvaltnings-skikk kunne forsvares å tillegge datoen for fellesskrivet 26. september 2005 avgjørende betydning i forhold til behandlingen av As søknad, når dette først skjedde lenge i ettertid (i Skattedirektoratets brev 5. juni 2007 da klagesaken ble oversendt Finansdepartementet).

I brevet herfra ble det videre lagt til grunn at det ikke syntes bestridt av avgiftsmyndighetene at Skattedirektoratets behandling av As søknad stoppet helt opp i tiden fra begynnelsen av februar 2006 til september 2006 på grunn av forhold som A ikke kunne lastes for. Det syntes derfor nærliggende at det var avgiftsmyndighetenes ansvar at søknadsbehandlingen ikke var avsluttet da praksisendringen ble gjort

gjeldende ved Finansdepartementets brev 18. mai 2006.

I Finansdepartementets svarbrev het det blant annet:

«I Skattedirektoratets fellesskriv 26. september 2005 bes fylkesskattekontorene om 'avvente' behandlingen av søknader om tilbakegående avgiftsoppgjør mv. Slik departementet ser det, kan dette ikke leses som en instruks om å stanse vurderingen av alle saker om tilbakegående avgiftsoppgjør, men kun om ikke å fatte vedtak i denne type saker. Departementet kan ikke se at det var kritikkverdig av Skattedirektoratet å behandle søknaden fra A selv om Finansdepartementet hadde spørsmålet om tilbakegående avgiftsoppgjør mv. på generelt grunnlag til vurdering. Snarere tvert imot, jo større undersøkelser som ble gjort i forkant, jo raskere kunne direktoratets avgjørelse komme i etterkant av departementets vurdering. Det vises her også til Skattedirektoratets nærmere begrunnelse i vedlagte brev for hva slags behandling som ble foretatt.

...  
Departementet viser til at omleggingen av praksis med frafallelse av foreldelsesinnsigelse og tilbakegående avgiftsoppgjør mv. ble gjort gjeldende med virkning også for krav som lå til behandling hos avgiftsmyndighetene og som ikke var avgjort på det tidspunkt praksis ble endret.

I dette tilfellet ble søknad framsatt 17. februar 2005. Saken var imidlertid ikke tilstrekkelig opplyst før tidligst 3. februar 2006 da klager kom med flere opplysninger i saken. Praksis for frafallelse av foreldelsesinnsigelse var da allerede lagt om og praksis med tilbakegående avgiftsoppgjør ble endret kun tre måneder senere. Departementet minner for øvrig om at avgiftsmyndighetene ikke har tatt endelig standpunkt til om vilkårene i forskrift nr. 80 er oppfylt og at det dersom en slik vurdering skal foretas, kan være behov for ytterligere opplysninger.

Departementet er i likhet med Skattedirektoratet, ikke kjent med at det er innvilget tilbakegående avgiftsoppgjør ut over tre år etter 26. september 2005. Som påpekt av Skattedirektoratet kan denne saken ikke sammenlignes med eventuelle andre tilfeller der det ikke har vært nødvendig å søke om dispensasjon fra kravene i forskriften. På denne bakgrunn kan departementet ikke se at A har vært utsatt for usaklig forskjellsbehandling.»

I Skattedirektoratets brev som var vedlagt Finansdepartementets svarbrev hit het det blant annet:

«Det er helt på det rene at As søknad ikke kunne vært innvilget etter 26. september 2005, men det ble altså først klart 18. mai 2006. Vi kan derfor ikke se at saksbehandlingen fra avgiftsmyndighetene burde vært annerledes på noe punkt i denne saken.

...  
Som vi har redegjort for tidligere, har saksbehandlingen etter 26. september 2005 ikke hatt noen selvstendig betydning i forhold til spørsmålet om innvilgelse av tilbakegående avgiftsopp-

gjør, idet det uansett ikke kunne vært innrømmet etter 26. september 2005.

Skattedirektoratet er ikke kjent med at vi i andre tilfeller har truffet vedtak i tiden etter 26. september 2005 om å innrømme tilbakegående avgiftsoppgjør på tvers av treårsregelen av 18. mai 2006.

Hvorvidt andre samtidige søknader hvor faktum i forhold til arealkravet på 25 % har vært på det rene og det ikke har vært nødvendig å søke Skattedirektoratet om dispensasjon etter mval § 70 fra oppføringskravet i § 1 pga vernehensyn, har vært avgjort før 26. september 2005, kan ikke være relevant i forhold til spørsmål om usaklig og vilkårlig forskjellsbehandling av søkeren i vår sak.»

Advokat C fastholdt at avgiftsmyndighetenes saksbehandling hadde vært sendrettig og at avslaget var vilkårlig og innebar urimelig forskjellsbehandling. Finansdepartementet kommenterte disse anførselene fra advokat C i hovedsak slik:

«Departementet kan ikke se at saksbehandlingstiden var så lang at det foreligger brudd på forvaltningsloven § 11 a første ledd. Skattedirektoratet har opplyst at det i dette tilfellet ikke ble sendt foreløpig melding, jf forvaltningsloven § 11 tredje ledd. Dette er isolert sett et brudd på nevnte bestemmelse og et forhold vi beklager. Vi kan likevel ikke se at feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf forvaltningsloven § 41.

Som departementet ga uttrykk for i brev 16. januar 2009 ser vi at klager kunne hatt interesse av å kjenne til Skattedirektoratets fellesskriv 26. september 2005. As eventuelle kunnskap om fellesskrivet ville imidlertid ikke, slik vi ser det, ha endret vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

Departementet har ikke foretatt nærmere undersøkelser for å bringe på det rene om avgiftsmyndighetene i enkelte tilfeller kan ha truffet vedtak om å innvilge tilbakegående avgiftsoppgjør i saker som kom inn til direktoratet etter søknaden fra A. Departementet er imidlertid ikke kjent med at det foreligger slike saker, men kan ikke utelukke at slike finnes. At eventuelle andre saker er behandlet raskere enn As, kan etter departementets oppfatning ikke innebære usaklig forskjellsbehandling. Det kan ikke være i strid med god forvaltningsskikk at saksbehandlingstiden varierer noe, for eksempel etter sakens kompleksitet, om det er behov for ytterligere opplysninger mv. - slik som i dette tilfellet.»

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«I. I svarbrevene til ombudsmannen synes Finansdepartementet i denne saken å ha lagt vesentlig vekt på retningslinjene i punkt 5 i Skattedirektoratets fellesskriv 26. september 2005 til fylkesskattekontorene vedrørende «Fradragsrett for inngående merverdiavgift – etter Hunsbedt- og Porthuset-dommene». I svarbrevet 16. januar 2009 het det blant annet:

«Innledningsvis vil departementet påpeke at instruksene til fylkesskattekontorene [26. september 2005] om å avvente behandlingen av saker om tilbakegående avgiftsoppgjør ble utformet på bakgrunn av Porthuset-dommen for at avgiftsmyndighetene skulle kunne vurdere de nærmere konsekvenser av dommen. På bakgrunn av dette sakskompleksets prinsipielle betydning for flere sider av merverdiavgiftsregelverket, og fordi det her var ønskelig med en mest mulig lik behandling av disse spørsmål innen avgiftsforvaltningen, mener vi det var riktig å gå ut med dette rundskrivet.

.....

Slik departementet ser det, var det avgjørende at praksis med tilbakegående avgiftsoppgjør ble lagt om 18. mai 2006. Av de grunner som er nevnt ovenfor, ble det imidlertid besluttet å avvente behandlingen av denne type saker allerede 26. september 2005. Etter den nye praksis om tilbakegående avgiftsoppgjør, som domstolene har akseptert at avgiftsmyndighetene hadde adgang til å innføre, gis det ikke fradrag for inngående merverdiavgift mer enn tre år tilbake i tid, regnet fra søknadstidspunktet.

I dette tilfellet ble søknad framsatt 17. februar 2005. Ettersom søknaden ikke var avgjort per 26. september 2005 er utgangspunktet at søkeren rammes av beslutningen om å avvente saksbehandlingen. Spørsmålet er da om det må anses som uforsvarlig lang saksbehandlingstid når det ikke var fattet vedtak innen dette tidspunkt. Etter departementets oppfatning kan saksbehandlingstiden ikke anses som uforsvarlig lang. Det vises til at saken ikke var tilstrekkelig opplyst og at det var behov for ytterligere opplysninger i saken, jf. brev 3. august 2005 fra Oslo fylkesskattekontor. Det vises videre til at det også etter 26. september 2005 var behov for nærmere informasjon, jf. Skattedirektoratets e-post 19. desember 2005. Denne ble besvart 3. februar 2006, dvs. kun tre måneder før praksis ble lagt om.»

Punkt 5 i fellesskrivet 26. september 2005 med overskriften «Krav om fradrag tilbake i tid – spørsmål om foreldelse mv og rentegodtgjørelse» omhandlet som kjent ikke bare «[s]pørsmål knyttet til registrering tilbake i tid etter refusjonsordningen i den tidligere forskrift nr 80 ...». De to første avsnittene i punkt 5 lød slik:

«Hunsbedt- og Porthuset-dommen har gitt og vil gi opphav til en rekke krav om fradrag for inngående avgift, ikke bare for aktuelle anskaffelser, men også for anskaffelser som er foretatt tilbake i tid.

I relasjon til det siste vil det for det første måtte vurderes om kravet er foreldet. ... Spørsmål knyttet til foreldelse, bl. a. om ... foreldelsesinnsigelse skal frafalles, er nå til nærmere vurdering i Finansdepartementet. Inntil denne vurdering foreligger må fylkesskattekontorene avvente behandlingen av krav som ligger mer enn tre år tilbake i tid.»

Avgiftsmyndighetenes frafallelsespraksis i forhold til foreldelsesinnsigelser ble så vesentlig inn-

strammet i Finansdepartementets brev 7. desember 2005 til Skattedirektoratet.

2. Som Finansdepartementet vil være kjent med, fikk ombudsmannen i løpet av 2006 flere klager på avslag fra departementet på anmodninger om frafall av foreldelsesinnsigelser som alt lå til behandling hos avgiftsmyndighetene 7. desember 2005. Tre av disse sakene, jf. Finansdepartementets saksnumre 04/4017 SL, 06/531 SL og 06/4377 SL ble forelagt for departementet herfra. I alle disse sakene fant departementet så grunn til å frafalle foreldelsesinnsigelsen i tråd med de retningslinjer som var gjeldende før 7. desember 2005. Ved samtlige avgjørelser så Finansdepartementet hen til avgiftsmyndighetenes tidsbruk i den konkrete saken.

I Finansdepartementets brev 29. juni 2007 som innrømmet frafall av foreldelsesinnsigelsen i sak 06/4377 SL het det således:

«Når det gjelder søknaden av 21. juni 2005 [avslått 7 måneder senere, 16. januar 2006] mener departementet at saksbehandlingstiden som utgangspunkt ikke kan anses å være urimelig lang. Sett i forhold til at slike saker i denne perioden hadde høy prioritet nettopp for å forhindre at praksisendringen fikk urimelige konsekvenser i forhold til saker som var under behandling på dette tidspunktet, kan det imidlertid hevdes at det bør stilles strengere krav enn normalt til saksbehandlingstiden.»

I brevet 4. februar 2008 der departementet frafalt foreldelsesinnsigelsen i sak 06/531 SL vurderte departementet avgiftsmyndighetenes tidsbruk slik:

«Departementet anser en saksbehandlingstid på ti måneder [10. februar 2005 – 16. desember 2005] for å være innenfor det normale og akseptable. Det vises her til at to forvaltningsnivåer har vært involvert (fylkesskattekontoret og Skattedirektoratet), noe som nødvendigvis vil medføre at saksbehandlingens tar noe tid. Departementet viser også til at tidsbruken skyldes forhold både på avgiftsmyndighetenes side (Skattedirektoratet brukte 6 uker på å be om ytterligere dokumentasjon) og ... sin side (... brukte 4 1/2 mnd på å svare). Departementet kan ikke se at denne tidsbruken kan kritiseres eller at det er grunnlag for å hevde at avgiftsmyndighetene har nedprioritert saken.»

Etter en helhetsvurdering, hvor Finansdepartementet, i følge det som fremgår av brevet 4. februar 2008, la avgjørende vekt på ombudsmannens uttalelse 15. november 2007, kom departementet likevel til at foreldelsesfristen kunne frafalles i tråd med retningslinjene som gjaldt før 7. desember 2005. Jeg vil derfor understreke at min uttalelse i sak 2006/1028, departementets saksnummer 06/531 SL, vanskelig kan etterlate noen tvil om at jeg i den saken fant spørsmålet om saken hadde vært tilstrekkelig priori-

tert av helt avgjørende betydning for min anmodning til departementet om å behandle saken på nytt.

Jeg forstår Finansdepartementets redegjørelse og argumentasjon i brevet hit 16. januar 2009 slik at en vesentlig intensjon med retningslinjene i punkt 5 i fellesskrivet 26. september 2005 var å sikre at søknader om tilbakegående avgiftsoppgjør og søknader om frafall av foreldelsesinnsigelser ble behandlet ut fra de samme premisser og hensyn både hva gjaldt materielle regler og saksbehandlingen. Ut fra de prinsipper som ligger til grunn for kravene som stilles til god forvaltningsskikk, fremstår en slik intensjon som den eneste forsvarlige løsning.

I forbindelse med undersøkelsene herfra har Finansdepartementet i svarbrevene i en viss utstrekning referert og henvist til avgiftsmyndighetenes behandling av andre søknader om tilbakegående avgiftsoppgjør i det aktuelle tidsrommet. Det er også opplyst at Finansdepartementet ikke kjenner til andre saker som fullt ut er sammenlignbare med foreliggende sak. Departementets henvisninger og referanser på dette punkt synes så vidt lite konkrete at jeg vanskelig kan tillegge dem vekt av betydning for min vurdering av saken til A.

På denne bakgrunn er det mest nærliggende å vurdere avgiftsmyndighetenes behandling av As sak opp mot de normer som jeg kjenner til at Finansdepartementet i praksis la til grunn for behandlingen av noenlunde samtidige søknader til avgiftsmyndighetene om frafallelse av foreldelsesinnsigelsen, jf. ovenfor. Etter en slik vurdering, kan det spørres om intensjonen om likebehandling i det aktuelle tidsrommet, av disse to forskjellige søknadstypene på sakfelt som innbyrdes har sterke likhetstrekk, har vært konsekvent fulgt opp i praksis.

3. Ikke i noen av de sammenlignbare sakene jeg har kjennskap til har avgiftsmyndighetene påberopt datoen for fellesskrivet 26. september 2005 i stedet for avgjørelsesdatoen for søknaden som avgjørende skjæringstidspunkt for vurderingen av saksbehandlingstiden i forvaltningen. Ut fra de likhetsbetraktninger som Finansdepartementet selv synes å legge til grunn, kan det settes et spørsmålstegn ved riktigheten av å legge 26. september 2005 til grunn som skjæringstidspunkt for medgått saksbehandlingstid ved behandlingen av søknader om tilbakegående avgiftsoppgjør i samme tidsintervall.

Når det spesielt gjelder saken til A, må det etter min vurdering også tillegges betydelig vekt at avgiftsmyndighetene ikke gjorde A kjent med datoen 26. september 2005 som angivelig skjæringstidspunkt for så vel avgjørelse av kravet etter de tidligere retningslinjene som for vurdering av forvaltningens tidsbruk i saken, før hans advokat fikk tilsendt kopi av Skattedirektoratets oversendelsesbrev 7. juni 2007 til Finansdepartementet i klagesaken. Finansdeparte-



mentets egne vurderinger i klagevedtaket 9. april 2008 kan vanskelig oppfattes slik at departementet da la avgjørende vekt på 26. september 2005 som skjæringsstidspunkt.

Av Finansdepartementets brev 29. juni 2007 til den avgiftspliktiges advokat i sak 06/4377 SL, jf ovenfor, går det frem at det, når det gjaldt behandlingen av søknader om frafall av foreldelsesinnsigelsen høsten 2005, ikke bare ble sett bort fra avvertningsretningslinjene i punkt 5 i fellesskrivet 26. september 2005. Sensommeren og høsten 2005 [frem til 7. desember 2005] hadde slike saker også «*høy prioritet nettopp for å forhindre at praksisendringen fikk urimelige konsekvenser i forhold til saker som var under behandling på dette tidspunktet*». (Min utheving.) Derfor, erkjente departementet i samme brev at det kunne «*hevdes at det bør stilles strengere krav enn normalt til saksbehandlingstiden*». (Min utheving.)

As søknad om tilbakegående avgiftsoppgjør og dispensasjon i henhold til merverdiavgiftsloven § 70 fra «nybygg-vilkåret» i forskrift nr 80, ble sendt Oslo Fylkesskattekontor 17. februar 2005. Den ble ferdigbehandlet og avslått av Skattedirektoratet ett år og ni måneder senere, i vedtak 30. november 2006. I brev hit 6. mai 2009 kommenterte Finansdepartementet saksbehandlingstiden i de innledende fasene av saksbehandlingen slik:

«Skattedirektoratet opplyser at tiden fra søknaden 17. februar 2005 og fram til man begynte å behandle saken, ikke var lang i forhold til den alminnelige saksbehandlingstiden i direktoratet. Direktoratet uttaler videre at saken ikke ble lagt til side uten oppfølging.

Departementet mener at den tid som gikk fra søknaden ble mottatt hos Oslo fylkesskattekontor til direktoratet begynte å behandle den, er innenfor det akseptable og forsvarlige. Departementet kan ikke se at saksbehandlingstiden var så lang at det foreligger brudd på forvaltningsloven § 11 a første ledd.»

Det synes nærliggende at det særlig var Porthuset-dommen 30. juni 2005 som var utslagsgivende for at Finansdepartementet startet arbeidet med å vurdere innstramming av avgiftsmyndighetenes dagjeldende praksis for å frafalle foreldelsesinnsigelse og å innvilge tilbakegående avgiftsoppgjør. Jeg legger derfor til grunn at det var først etter 30. juni 2005 at Finansdepartementet fant grunn til å gi tidligere innkomne, men ikke ferdigbehandlede søknader om frafall av foreldelsesinnsigelser, høy prioritet. Det er nærliggende å anta at det samme gjaldt for søknader om tilbakegående avgiftsoppgjør. Imidlertid antar jeg, dog under noe tvil, at det var innenfor rammene for forsvarlig tidsbruk at det gikk to og en halv måned – 17. februar til 6. mai 2005 – fra fylkesskattekontoret mottok As søknad, til søknaden og fylkesskatte-

kontorets innstilling i dispensasjonssaken ble oversendt Skattedirektoratet. At jeg er i noe tvil på dette punkt skyldes både at det ikke ble sendt foreløpig svar i saken, og at dispensasjonsspørsmålet ikke syntes å ha vært særlig komplisert.

Jeg stiller meg mer kritisk til at avgiftsmyndighetene så brukte tre måneder - 6. mai til 3. august 2005 - på neste ledd i saksbehandlingen. Flere konkrete forhold ved saken tilsier at rammene for forsvarlig saksbehandlingstid da ble overskredet. Igjen har jeg sett hen til at det ikke var sendt foreløpig svar i saken. Betydelig mer vekt har jeg lagt på at det er vanskelig å akseptere at søknader om tilbakegående avgiftsoppgjør, innkommet vinteren/våren 2005, men ikke ferdigbehandlet i løpet av sommeren 2005, skulle prioriteres lavere enn samtidig innkomne søknader om frafall av foreldelsesinnsigelsen. Følgelig er det ikke tilfredsstillende når Skattedirektoratet i brev 27. mars 2009 til Finansdepartementet, og med departementets tilslutning i brevet hit 6. mai 2009, nøyde seg med å vurdere saksbehandlingstiden i As sak i forhold til «den alminnelige saksbehandlingstiden i direktoratet», og at saksbehandlingstiden da ikke fremsto som lang.

Ut fra de underliggende årsakene til tidsbruken i perioden 6. mai 2005 til 3. februar 2006 kan jeg til en viss grad være enig i departementets uttalte oppfatning i klagevedtaket 9. april 2008 om at saksbehandlingstiden også måtte anses å skyldes forhold på As side. På den annen side er det vanskelig å akseptere Skattedirektorats oppfatning i brevet 18. desember 2008, og som Finansdepartementet har sluttet seg til i brevet hit 16. januar 2009, om at saksbehandlingstiden etter 26. september 2005 «ikke har hatt noen selvstendig betydning i forhold til spørsmålet om innvilgelse av tilbakegående avgiftsoppgjør ...».

Jeg finner også grunn til å påpeke at det ikke synes bestridt at fra 3. februar 2006 til ut i september 2006 stoppet saksbehandlingen i Skattedirektoratet opp av grunner som Skattedirektoratet alene må bære ansvaret for.

4. Sammenfatningsvis har jeg derfor kommet til at det foreligger en begrunnet tvil om riktigheten av å la være å ta hensyn til tidsbruken i dette tilfellet. Jeg ber på denne bakgrunn om at Finansdepartementet behandler søknaden fra A på nytt i lys av mine synspunkter og merknader ovenfor.»

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse revurderte Finansdepartementet sitt tidligere avslag, og innvilget det tilbakegående avgiftsoppgjøret som A hadde søkt om. Det ble tatt forbehold om at kravet kunne dokumenteres på betryggende måte.

Etter dette ble saken avsluttet her.

## 68.

**Etterberegnet avgift på båtmotorer – avgiftsgrunnlaget**

(Sak 2008/1601)

*Saken gjaldt etterberegnet avgift på båtmotorer. Etter ordlyden i særavgiftsforskriften § 3-15-2 første ledd er avgiftsgrunnlaget «båtmotorens effekt målt i hestekrefter». Et av de to sentrale spørsmålene i saken var om avgiftsgrunnlaget etter denne bestemmelsen også omfatter den økte motoreffekt som kjøper kan oppnå ved eventuelt å gjøre noen endringer i motoren etter levering, så fremt slik endring ikke forutsetter at motoren måtte tilføres ekstra deler.*

*Ombudsmannen fant at avgiftsgrunnlaget i særavgiftsforskriften § 3-15-2 første ledd ikke kunne forstås som noe mer enn det høyeste oppgitte antall hestekrefter båtmotoren kan yte, forutsatt at den var i lovmessig stand på uttaks- eller leveringstidspunktet, jf. særavgiftsforskriften § 2-1 første ledd bokstav a). På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse fant Toll- og avgiftsdirektoratet grunn til å omgjøre deler av vedtaket om etterberegnet avgift på båtmotorer.*

I etterkant av Tollregion Sør-Norges virksomhetskontroll for årene 2004, 2005 og første halvår i 2006 hos A AS (A), som blant annet driver med salg av utenbordsmotorer, ble det skrevet en kontrollrapport og sendt varsel om etterberegning av avgift på båtmotorer, forsinkelsesrenter og eventuell ileggelse av tilleggsavgift. Det ble inngitt tilsvarende fra A. Tollregion Sør-Norge traff vedtak om etterberegning av avgift på båtmotorer, forsinkelsesrenter og ileggelse av 10 % tilleggsavgift med et samlet beløp på kr 2 353 046. Vedtaket ble delvis påklaget da A mente at avgiftsmyndighetene ikke hadde hjemmel i avgiftsregelverket for å bruke et avgiftsgrunnlag på 15 hestekrefter (hk) for 9,9 hk båtmotorer. Selskapet påklaget også at avgiften for en del andre båtmotorer var blitt etterberegnet på grunnlag av deres effekt (motorstyrke) omregnet fra kilowatt (kW) til hk med bakgrunn i at denne omregningen ga høyere antall hk enn den effekt (motorstyrke) som var oppgitt i produktkatalogen i hk. Toll- og avgiftsdirektoratet fant ikke grunn til å endre tollregionens vedtak. Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak ble så brakt inn for ombudsmannen.

A mente fortsatt at avgiftsmyndighetene ikke hadde hjemmel i avgiftsregelverket for å bruke et avgiftsgrunnlag på 15 hk for 9,9 hk båtmotorer. Det ble i hovedsak anført at avgiftsplikten i henhold til forskrift 11. desember 2001 nr. 1451 om særavgifter (særavgiftsforskriften) §§ 3-15-1 og 3-15-2 oppstår ved uttak fra godkjent lokale, jf § 2-1 første ledd bokstav a), og at avgiftsmyndighetene ikke har hjemmel til å beregne avgiften på grunnlag av en eventuell effektøkning som kjøper vil kunne foreta etter at båtmotoren er levert fra den avgiftspliktige. For så vidt

gjaldt Toll- og avgiftsdirektoratets syn på avgiftsberegningen for en annen type båtmotorer der motorstyrken var oppgitt både i hk og kW i selskapets produktkatalog, var A av den oppfatning at avgiften skulle beregnes på grunnlag av oppgitte hk, og ikke omregnet fra kilowatt til hk når omregnet effekt ga høyere antall hk enn den effekt (motorstyrke) som var oppgitt i produktkatalogen i hk.

Toll- og avgiftsdirektoratet ble i brev herfra bedt om en noe nærmere redegjørelse for etterberegningen tilknyttet de to forholdene som var påklaget hit. Det ble for det første vist til at direktoratet i sitt vedtak hadde uttalt at det anså kommentarene gitt i rundskrivet for å være i overensstemmelse med særavgiftsforskriften og at henvisningen til «båtmotorens effekt» i forskriften måtte bety at det er «den effekt motoren kan oppnå uten ekstra deler» som skal legges til grunn for avgiftsberegningen. Direktoratet ble bedt om en nærmere redegjørelse for det grunnlag direktoratet mente å ha for i vurderingen av avgiftsplikten å vektlegge kjøpers eventuelle manipulasjon av motoren etter at avgiftsplikten har oppstått, jf. særavgiftsforskriften § 2-1 første ledd bokstav a). Det ble videre bedt om en nærmere begrunnelse for hvorfor direktoratet mente at skjæringspunktet for hva som faller inn under forskriftens ordlyd «båtmotorens effekt» går ved tilføring av ekstra deler. Videre ble det bedt om direktoratets merknader til anførselen om at avvikene mellom oppgitt effekt i hk og omregnet effekt fra kW til hk var ubetydelige, sett hen til avviket målt i prosent og utregnet i kroner. Direktoratet ble også bedt om eventuelle andre merknader til As klage.

Toll- og avgiftsdirektoratets svarbrev inneholdt blant annet en redegjørelse for direktoratets oppfatning av hva som er gjeldende rett på dette området og for hvordan tollvesenet praktiserer dette regelverket. Direktoratets svar er nærmere referert nedenfor.

Etter dette kom As advokat med merknader til direktoratets svar, og Toll- og avgiftsdirektoratet med tilleggsmerknader.

**Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«Med hjemmel i lov 19. mai 1933 nr. 11 om særavgifter og Stortingets årlige vedtak om avgift på båtmotorer, er det i særavgiftsforskriften kapittel 3-15 gitt nærmere bestemmelser om båtmotoravgiftens anvendelsesområde, avgiftsgrunnlag og avgiftsberegning. Avgiftsplikten omfatter båtmotorer med minst ni hk, jf. § 3-15-1 første ledd. Særavgiftsforskriften § 3-15-2 om avgiftsgrunnlag og avgiftsberegning lyder:

«(1) Avgiftsgrunnlaget er båtmotorens effekt målt i hestekrefter, jf. ICOMIA STANDARD nr. 28. Komplette hekkaggregater, utenbordsmotorer og andre båtmotorer med fremdriftsenhet,

måles på propellaksel. Båtmotorer uten fremdriftsenhet måles på veivaksel. For løs motorblokk beregnes avgiften på veivaksel etter effekten på den båtmotor den er produsert for.

(2) Ved avgiftsberegningen skal effekten ikke settes lavere enn den høyeste motorstyrke som oppgis ved salg eller reklame her i landet.»

Toll- og avgiftsdirektoratet har i det årlige rundskrivet knyttet til avgift på båtmotorer kommentert denne forskriftsbestemmelsen slik:

«Dersom båtmotorens effekt kan økes uten at ekstra deler er nødvendig (f.eks. ved å fjerne en plombe), skal den effekten legges til grunn for avgiftsberegningen. Når motoreffekten oppgis i kW, kan antall hestekrefter beregnes slik: 1 kW = 1,3596 hk.»

1. *Avgiftsgrunnlaget når båtmotoren er lovlig innrettet slik at det uten tilførsel av ekstra deler er teknisk mulig å foreta endringer som gjør at den vil kunne oppnå en høyere effekt enn den høyeste oppgitte effekt som motoren har på uttaks- eller leveringstidspunktet.*

Båtmotoravgift skal i henhold til særavgiftsforskriften § 3-15-2 første ledd første punktum beregnes av «båtmotorens effekt målt i hestekrefter». Det er i denne saken ikke bestridt at avgiftsplikten til A oppstod ved «uttak fra virksomhetens godkjente lokaler», jf. særavgiftsforskriften § 2-1 første ledd bokstav a. Det sentrale spørsmålet er hvilken «effekt» de aktuelle båtmotorene, som var oppgitt til 9,9 hk i alle selskapets spesifikasjoner, skal anses å ha hatt i henhold til særavgiftsforskriften § 3-15-2 ved uttaket fra lageret til A. Dette fordi disse motorene kunne oppnå en effekt på 15 hk hvis en fjernet en restriktorplate som var montert mellom forgasser og innsugsmanifold og som begrenset lufttilførselen til sylindere og dermed effekten på motoren.

Toll- og avgiftsdirektoratet har i svarbrevet opplyst at det av hensyn til alderskravet for førere av fritidsbåter med motor større enn 10 hk (jf. forskrift 3. mars 2009 nr. 259, tidligere forskrift 11. desember 1981 nr. 3807 om minstealder mv. for førere av fritidsbåt) ikke er uvanlig at det settes en sperre på motoren på 9,9 hk. Ifølge direktoratet er det på grunn av bestemmelsen i særavgiftsforskriften § 3-15-2 annet ledd enkelte saker hvor spørsmålet om økning av motoreffekt ikke kommer på spissen. Dette fordi denne bestemmelsen sikrer at om det i reklame angis den høyeste effekten som kan oppnås, vil denne effekten bli lagt til grunn for avgiftsberegningen uavhengig av fremgangsmåten for å oppnå denne effekten. Direktoratet skrev videre:

«Direktoratet har lagt til grunn at dersom en båtmotor kan yte høyere effekt uten at det må benyttes ekstra deler, skal den høyere effekten legges til grunn for avgiftsberegningen. Denne forståelse

sen kommer til uttrykk i direktoratets kommentarer i rundskriv nr. 17/2008 S. Kommentaren ble første gang tatt inn i tilsvarende rundskriv for 1998. Direktoratet har ikke kjennskap til saker før denne tid hvor en annen forståelse er lagt til grunn, men dette kan ikke utelukkes all den tid det ikke har vært mulig å gjennomgå alle saker i de daværende tolldistrikter eller i direktoratet.

Direktoratets forståelse bygger på at motorene er bygget for å kunne oppnå en høyere effekt og at det er denne ytelseevnen som bør avgiftsbelegges når eier uten ekstra deler kan dra nytte av effekten. Her kan det også nevnes at for løs motorblokk beregnes avgiften på veivaksel etter effekten på den båtmotor den er produsert for, jf. § 3-15-2 første ledd, siste punktum. Dette viser at det er den potensielle effekt motorblokken er bygget for som avgiftsbelegges.

Det fremgår riktignok ikke uttrykkelig av ordlyden i dagens regelverk at det er den høyeste effekt motoren kan yte uten ekstra deler som skal legges til grunn ved avgiftsberegningen. Direktoratet kan imidlertid ikke se at regelverket kan forstås på annen måte når reglene leses i lys av hvordan avgiftsregelverket er bygget opp, og når de generelle hensyn som gjør seg gjeldende for avgiftene, herunder særlig kontrollhensynet og hensynet til at det ikke skal være enkelt å omgå avgiftsplikten, tas i betraktning.

De aktuelle motorene som fanges opp av direktoratets forståelse er av en slik stand at de i utgangspunktet kan yte mer selv om det er satt sperrer eller gjort justeringer som hindrer full utnyttelse av ytelseevnen. Dersom regelverket skulle forstås på annen måte enn den direktoratet legger til grunn, ville omgåelsesfaren øke. Avgiftsgrunnlaget ville da relativt enkelt kunne reduseres ved at motoreffekten på ulike måter ble begrenset. Etter at avgiftsplikten hadde oppstått, kunne motoreffekten igjen økes. Så lenge handlingen ikke ble utført av en avgiftspliktig, ville ikke Tollvesenet kunne kreve avgift for den økte effekten.»

I høringsbrev 28. juli 2009 har Toll- og avgiftsdirektoratet foreslått å tilføye et nytt tredje ledd i særavgiftsforskriften § 3-15-2 som lyder slik:

«Dersom båtmotorens effekt kan økes uten at ekstra deler er nødvendig, skal den høyere effekten legges til grunn for avgiftsberegningen.»

Dette endringsforslaget har således langt på vei samme ordlyd som kommentaren til særavgiftsforskriften § 3-15-2 i direktoratets årlige rundskriv tilknyttet båtmotoravgiften, og som etter det opplyste har stått uforandret siden den ble tatt inn i dette rundskrivet første gang i 1998. Bakgrunnen for endringsforslaget er oppgitt å være at direktoratet har funnet at det, av hensyn til de avgiftspliktige, bør «komme klarere frem i regelverket hva som skal være grunnlaget for avgiftsberegningen når effekten kan økes uten ekstra deler».

I høringsbrevet er det presisert at den foreslåtte endringen ikke er en materiell endring sammenlignet

med dagens praksis, men at det er ønskelig at det kommer klarere frem i regelverket hva som skal være grunnlaget for avgiftsberegningen når effekten kan økes uten ekstra deler.

Som Toll- og avgiftsdirektoratet skriver i svarbrevet hit, fremgår det ikke «uttrykkelig av ordlyden i dagens regelverk at det er den høyeste effekt motoren kan yte uten ekstra deler som skal legges til grunn ved avgiftsberegningen». På avgiftsrettens område tilsier legalitetsprinsippet at ordlyden som hovedregel skal tillegges stor vekt. Også kravene som de avgiftspliktige bør kunne stille til at omfanget av avgiftsplikten er forutberegnelig tilsier at ordlyden skal tillegges stor vekt. Jeg legger da til grunn at det i utgangspunktet er de avgiftspliktige som selv fullt ut skal ta stilling til egen avgiftsplikt. Som denne saken viser er konsekvensene av å ta feil på dette punkt relativt strenge. Den avgiftspliktige får i henhold til særavgiftsforskriften § 6-4 automatisk renteplikt, og vil også kunne bli ilagt tilleggsavgift i henhold til særavgiftsloven § 3.

I kommentaren til særavgiftsforskriften § 3-15-2 (1) første punktum i direktoratets årsskriv (og nå også i direktoratets endringsforslag til denne bestemmelsen i særavgiftsforskriften) heter det at den høyere effekten utgjør avgiftsgrunnlaget «[d]ersom båtmotorens effekt kan økes...» (min utheving). Etter min oppfatning underbygger denne forskriftskommentaren, og det tilnærmet tilsvarende endringsforslaget til forskriften, at den naturlige forståelse av «båtmotorens effekt» i den gjeldende forskriftsbestemmelsen er den yteevne båtmotoren har på leveringstidspunktet, i dette tilfellet 9,9 hk. Potensiell økning i effekt utover yteevnen på leveringstidspunktet fremstår følgelig som et mer vidtrekkende beregningsgrunnlag enn det som etter en naturlig språklig forståelse kan innfortolkes i særavgiftsforskriftens ordlyd.

Til støtte for sin utvidende regelforståelse, har Toll- og avgiftsdirektoratet vist til hensyn som å hindre omgåelse av regelverket og viktigheten av å ha regler som er lett kontrollerbare, samt fast og langvarig praksis. Direktoratet viste videre til rettspraksis (Høyesteretts dommer publisert i Rt. 1986 s. 826 og Rt. 2005 s. 117) og juridisk teori (Frederik Zimmer, Lærebok i skatterett (2. utgave) side 50-59) som direktoratet mente viste at hensynene bak skatte- og avgiftsregelverket skal vektlegges ved tolkningen av regelen.

Jeg kan i noen utstrekning være enig med direktoratet at i helt spesielle tilfeller kan omgåelsesfaren være et viktig moment ved vurderingen av omfanget av avgiftsplikten på et nærmere bestemt område. På skatte- og avgiftsrettens område kan det likevel ikke være tvilsomt at det i hovedsak og generelt først og fremst er en viktig oppgave for lovgiver, eller for de

som med hjemmel i loven utformer tilhørende forskrifter, å gi regler som så langt som mulig ikke etterlater utilsiktede hull i regelverket som så kan gi åpning for omgåelser. Som As advokat har henvist til i klagen hit, har jeg i en uttalelse 19. april 2002 (ikke publisert) i sak 2000/1838 uttalt at det på avgiftsrettens område bør utvises forsiktighet med å tette hull i regelverket gjennom fortolkninger med særlig vekt på formålsbetraktninger. Eventuelle tvilsomme tilfeller eller hull i regelverket, bør avgiftsmyndighetene henholdsvis klargjøre eller rette opp først og fremst gjennom lov- eller forskriftsendring. Når regelens ordlyd synes så klar som i dette tilfellet, må toll- og avgiftsetaten således være avskåret fra å fortolke bestemmelsen utvidende til den avgiftspliktiges ugunst ut i fra formålsbetraktninger. Det må like fullt gjelde selv om disse formålsbetraktningene nå har vært lagt til grunn for direktoratets forståelse av regelen i særavgiftsforskriften § 3-15-2 (1) første punktum gjennom langvarig praksis.

I tilknytning til dette vil jeg også særskilt bemerke at det vanskelig kan anses å innebære en omgåelse av avgiftsgrunnlaget etter særavgiftsforskriften § 3-15-2 om en båtmotorprodusent fullt lovlig, slik som i dette tilfellet, tilpasser en type båtmotor til alderskravet for førere av fritidsbåter med motor større enn 10 hk. Som kjent følger det av gjeldende forskrift 3. mars 2009 nr. 259, om minstealder mv. for førere av fritidsbåt, som er en videreføring av alderskravet i tidligere forskrift 11. desember 1981 nr. 3807, at føreren som hovedregel skal være fylt 16 år hvis båtmotoren har større yteevne enn 10 hk.

Jeg kan heller ikke se at den rettspraksis direktoratet har vist til, kan tillegges særlig vekt i denne saken. Dommen publisert i Rt. 1986 s. 826 gjaldt spørsmålet om en bedrift, som leide uregistrerte campingtilhengere til bruk som arbeidsbrakker, kunne gjøre fradrag for inngående merverdiavgift i utgående merverdiavgift. Et sentralt vurderingstema i saken var forståelsen av merverdiavgiftsloven 19. juni 1969 nr. 66 § 22 første ledd, jf. § 14 annet ledd nr. 5. Høyesterett fant at ordlyden i dagjeldende bestemmelse i merverdiavgiftsloven § 14 annet ledd nr. 5 var klar, og at denne forståelsen var støttet av forarbeidene, forvaltningens praksis og reelle hensyn. I denne saken er det ingen som har hevdet at det går klart frem av ordlyden i særavgiftsforskriften § 3-15-2 (1) første punktum at avgiftsgrunnlaget også omfatter den økte effekt båtmotoren kan yte om det gjøres endringer i motoren, men dog uten at motoren tilføres ekstra deler. Det synes snarere å være tilsynelatende enighet om at det nærmest går klart frem at det ikke følger av en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd at avgiftsgrunnlaget omfatter en slik potensiell økning av båtmotorens effekt.

Den andre saken, publisert i Rt. 2005 s. 117, gjaldt gyldigheten av et vedtak vedrørende beregning av merverdi- og båtmotoravgift for fartøyer som ble returnert til Norge etter reparasjonsarbeider utført i utlandet med midlertidig avgiftsfritak. Et av vurderingstemaene i saken var om begrepet «vareeier» i den tidligere tolloven § 1 nr. 3. Høyesterett fant at dette ikke uten videre var klart av lovens ordlyd, og så derfor hen til lovens forarbeider, sammenhengen med tollovens bestemmelser for øvrig og reelle hensyn.

Jeg har etter dette kommet til at Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak om å etterberegne A for et avgiftsgrunnlag på 15 hk for 9,9 hk båtmotorer, med den begrunnelse at motorene (senere) kan oppnå den høyere effekten ved å fjerne en restriktorplate montert mellom forgasser og innsugsmanifold, er i strid med gjeldende bestemmelse i særavgiftsforskriften § 3-15-2 (1) første punktum og derfor er ugyldig.

## 2. Avgiftsberegning med utgangspunkt i båt motorens effekt oppgitt i kW i salgsmateriell

I Stortingets årlige vedtak om avgift på båt motorer heter det i § 1 at det skal betales avgift til statskassen ved import og innenlandsk tilvirkning av båt motorer. Avgiften skal beregnes per hk etter en sats som Stortinget fastsetter særskilt for det enkelte budsjettår. Det heter videre at avgiftsplikten gjelder båt motorer på minst 9 hk. Etter særavgiftsforskriften § 3-15-2 annet ledd skal båt motorens effekt ved avgiftsberegningen «ikke settes lavere enn den høyeste motorstyrke som oppgis ved salg eller reklame her i landet».

Båt motoravgift ble innført i 1978. I St.prp. nr. 80 (1977-78) side 2 punkt 4 som omhandler avgiftsgrunnlaget fremgår blant annet:

«Departementet har vurdert om avgiften bør baseres på et verdigrunnlag eller på motorstyrken målt i hk.

Departementet er kommet til at avgiften i alle fall i denne omgang bør baseres på motorstyrken.

...

I noen tilfeller kan det være tvil om hva som er motorens reelle motorstyrke, særlig fordi fabrikanten kan basere hk-angivelsen på forskjellige målenormer, men også fordi det ut fra salg fremmende årsaker opereres med såkalte «reklamehestekrefter». Inntil det blir nyttet mer enhetlige målenormer, finner departementet at en som regel bør legge det høyeste oppgitt hk-antall til grunn for avgiftsberegningen. En slik fremgangsmåte vil sannsynligvis motvirke systemet med å angi «reklamehestekrefter». Skulle på den andre siden avgiftshensyn føre til at det oppgis lavere hk for motorer i Norge enn for samme motorer i andre land, vil dette ikke bli akseptert».

As advokat har anført at disse forarbeidene til kapittel 3-15 i særavgiftsforskriften viser at regelen er begrunnet i en form for forbrukervern og at det er oppgitte hk som skal hensyntas ved avgiftsberegningen. Videre ble det anført at det går tydelig frem av forarbeidene at «et høyere antall hk enn faktisk ytelse må ha vært oppgitt i reklameøyemed for å kunne legges til grunn.»

Jeg forstår de ovenfor refererte forarbeidene til båt motoravgiften noe annerledes enn det som er anført av As advokat. Det kan vanskelig være tvilsomt at Finansdepartementet la vekt på at reglene burde være lett å praktisere, og blant annet av den grunn foreslo et beregningsgrunnlag basert på oppgitte hk og ikke motorens verdi. Forarbeidene omtaler ikke det tilfellet at motorens effekt kunne være oppgitt i andre måleenheter enn hk, men det går klart frem at avgiftsgrunnlaget skal være motorens reelle styrke. Det ble likevel ansett mest hensiktsmessig å basere avgiftsberegningen på «det høyeste oppgitte hk-antall», for på den måten å søke å hindre at båt motorer ble markedsført med høyere hk enn reell motorkraft. Dette kan vanskelig forstås på annen måte enn at det er den høyeste effekten som er oppgitt som skal legges til grunn for avgiftsberegningen.

Da avgiften således skal beregnes av den høyeste oppgitte effekt for båt motoren målt i hestekrefter, må effekten omregnes til hestekrefter, hvis denne (også) er oppgitt i annen måleenhet i produktbeskrivelse, salgsmateriell eller andre foreliggende produkt opplysninger som direkte eller indirekte kan knyttes til den avgiftpliktiges salg av båt motoren. I denne saken var det i produktkatalogen (salgsbrosjyrene) for de aktuelle utenbords motorene oppgitt effekt både i kW og i hk. Ved kontroll av den innberettede hk-avgiften fant toll- og avgiftsetaten at ved omregning av oppgitt effekt i kW til effekt i hk ble effekten noe høyere enn den hk-effekten som var oppgitt i produktkatalogen, og som hadde dannet grunnlag for den avgiftspliktiges innberetning av båt motoravgift.

Særavgiftsforskriften § 3-15-2 (2) kan etter min vurdering vanskelig forstås slik at det kun er der importøren/selgeren aktivt har markedsført motoren med høyere effekt enn det som var oppgitt i hk, at den høyere effekten skal legges til grunn for avgiftsberegningen.

I toll- og avgiftsetaten er det etter det som er opplyst utviklet en praksis for at det kan sees bort fra ubetydelige avvik mellom oppgitt effekt i hk og omregnet effekt fra kW til hk. Toll- og avgiftsdirektoratet har i svarbrevet opplyst at denne praksisen må «forstås som en form for praktisk sikkerhetsventil for å unngå at Tollvesenet må bruke ressurser på å gjennomføre etterberegninger i saker der det etterberegnete beløpet vil bli svært lavt». Etter direktoratets oppfatning kan det ved denne vurderingen ikke bare

ses hen til avvik i antall hestekrefter per avgiftspliktig motor, det må og ses hen til det antall motorer avviket gjelder, og således også avviket mellom innberettet og riktig beregnet avgift.

I denne saken var direktoratet enig med A i at angivelsen av effekt i kW hadde en underordnet plassering i salgsmateriellet, men anførte at avviket samlet sett ikke var ubetydelig, og viste til at etterberegningen av avgift på grunnlag av dette avviket beløp seg til kr 417 884. Jeg kan vanskelig på et rettslig grunnlag kritisere Toll- og avgiftsdirektoratet for den praksis som ligger til grunn for etterberegningen i dette tilfellet. Likeledes har jeg heller ingen rettslige innvendinger til at vurderingen av om et avvik er ubetydelig eller ikke, gjøres i forhold til hva avviket beløper seg til i pliktig avgift.

Jeg er således enig med Toll- og avgiftsdirektoratet i at avviket som i denne saken beløp seg til kr 417 884 ikke var ubetydelig. Jeg kan følgelig heller ikke kritisere at A ble etterberegnet for dette beløpet.

3. Under henvisning til mine merknader under punkt 1 ovenfor, vil jeg anmode Toll- og avgiftsdirektoratet om å vurdere den delen av vedtaket som gjelder etterberegningen av båtmotorene på 9,9 hk på nytt. Jeg ber om å bli underrettet om direktoratets videre behandling av saken.»

På bakgrunn av ombudsmannens uttalelse fant Toll- og avgiftsdirektoratet grunn til å omgjøre den delen av vedtaket som gjaldt etterberegning av avgift for den typen båtmotorer som denne saken gjaldt og der en ved å fjerne en restriksjonsplate kan øke motoreffekten til 15 hk. Toll- og avgiftsdirektoratet omgjorde også de tilhørende krav om renter og administrativt tillegg.

## 69.

### Oppdatering på internett av skattelister publisert av pressen

(Sak 2009/531)

*En klage til ombudsmannen ga inntrykk av at det for personlige skattytere kunne være vanskelig å vinne frem med en anmodning om retting av skattelisteopplysninger som var offentliggjort på Internett, men som viste seg å være feil når klage- eller endringssak hadde ført til at den ordinære ligningen ble satt til side. Ombudsmannen tok av eget tiltak dette spørsmålet opp med Skattedirektoratet på generelt grunnlag.*

*Ut fra de formålsbetraktninger som lå til grunn for offentligjøringen av skattelistedene, kom ombudsmannen til at det fremsto som en mulig mangel ved ligningsloven § 8-8 nr. 3 at bestemmelsen ikke hjemlet rett og plikt for skattemyndighetene til å pålegge pressen å respektere at brukstiden/publikasjonstiden for opplysningene i bestilt og mottatt skattelite («ut-*

*leggsliste») ville være utløpt straks det forelå en nyere versjon av samme skattelite.*

*Finansdepartementet ble derfor bedt om å vurdere om det burde fremmes forslag om å gi hjemmel til skattemyndighetene i ligningsloven § 8-8 nr. 3 til å pålegge pressen å påse at de skattelistene som pressen publiserer på Internett alltid er i samsvar med skattetatens sist oppdaterte versjon av de samme skattelistene.*

En klage til ombudsmannen ga inntrykk av at det for personlige skattytere kan være vanskelig å vinne frem med en anmodning om retting av skatteliteopplysninger som er offentliggjort på Internett, men som viser seg å være feil når klage- eller endringssak har ført til at den ordinære ligningen er blitt satt til side. Ombudsmannen tok derfor av eget tiltak dette spørsmålet opp med Skattedirektoratet på generelt grunnlag.

I Skattedirektoratets svar ble det blant annet redegjort for skattekontorenes rettelses- og endringspraksis. For skattytere som får skatteoppgjør i juni, kan eventuelle rettelser/endringer bli tatt hensyn til alt ved produksjonen av skattelistene, som etter lovendring 28. mai 2004 først skjer utpå høsten, når skatteoppjøret for de øvrige skattytere også er ferdig. De fysiske skattelistene som ligger ute hos skattekontorene i tre uker, blir ikke oppdatert med rettelser eller endringer som foretas etter utleggsperioden. Dette ble forklart med at slik oppdatering ville by på en del praktiske utfordringer fordi endringssakene ofte behandles ved et annet skattekontor enn det som har ansvaret for den ordinære ligningen. Anmodninger om skatteliteopplysninger etter utleggsperioden følges derfor opp ved at skattekontoret henter opplysninger om den til enhver tid gjeldende ligning fra etatens systemer, slik at eventuelle endringer da vil være tatt hensyn til.

For så vidt gjaldt Skattedirektoratets utlevering av skatteliteopplysninger, ble det opplyst at skatteetaten, etter lovendringen 29. juni 2007 nr. 52 av ligningsloven § 8-8 nr. 3, som ble gitt virkning fra og med skattelistene for inntektsåret 2006 som ble lagt ut høsten 2007, nå kan utlevere fullstendige skattelistene til pressen i elektronisk form.

Skattedirektoratet skrev videre:

«Skattelistene som utleveres til pressen, skal være identiske med de lister som ligger ute hos skattekontorene og de lister som offentliggjøres på skatteetaten.no i utleggsperioden.

Når det gjelder pressens bruk av skattelistene, følger det av forarbeidene til ligningsloven, jf. Ot.prp. nr. 61 (2006-2007) pkt. 2.2.3.5, at Ligningslova inneholdt ingen føresegner om mottakerens bruk av opplysninger fra skattelistene etter at dei er utleverte. Reglane om bruken av skatteliteopplysningar følgjer av personopplysningslova. Dette regelverket høyrer inn under Da-

tatilsynets ansvarsområde. Dette innebærer mao at Skattedirektoratet ikke har hjemmel til å bestemme hvordan pressen skal behandle skattelisteopplysningene de mottar fra direktoratet, herunder å pålegge pressen ajourhold av skattelisteopplysningene de offentliggjør på Internett.

I forbindelse med at pressen har fått adgang til å kjøpe skattelister, har de også mulighet til å kjøpe oppdaterte skattelister. Skattelisten for personlige skattytere oppdateres kvartalsvis frem til utlegg for etterfølgende inntektsår.

Da det bare er et fåtall bestillere som har kjøpt oppdateringer, besluttet Skattedirektoratet tidligere i år at det fra og med inntektsåret 2007 skal tilrettelegges enda bedre for oppdatering av skattelistene ved at alle oppdateringer sendes vederlagsfritt til de som har bestilt 'utleggslister'.»

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Offentlige skattelister har lang tradisjon i Norge. Ordningen har vært vurdert av lovgiver flere ganger. I de første forarbeidene til ligningsloven, Ot.prp. nr. 29 (1978-79) het det blant annet:

«Etter departementets mening vil det få uheldige virkninger om ordningen opphørte slik at det ikke forelå noen adgang til å gjøre seg kjent med fastsettingene for andre skattytere. En fullstendig hemmeligholdelse ville kunne skape grunnlag for spekulasjoner omkring ligningsarbeidet i sin alminnelighet og om fastsettingene for enkeltpersoner eller grupper av skattytere. Det er riktignok så at fastsettingene ikke gir uttrykk for skattyterens virkelige formue og inntekt. (...) Stort sett vil imidlertid fastsettingene gi et noenlunde riktig uttrykk for de virkelige forhold, og i alle tilfeller gir listene et riktig uttrykk for hva den enkelte betaler i direkte skatter. Offentlig utlegging av skattelistene (...) blir av mange sett som en form for skattemessig kontroll. (...) For øvrig vil det også kunne være av interesse at det kommer frem forhold som avdekker uoverensstemmelser mellom det virkelige og det skattemessige forhold. (...)»

I forarbeidene til lovendringen 28. mai 2004 nr. 30, Ot.prp. nr. 34 (2003-2004) pkt. 2.1, heter det så blant annet:

«Den teknologiske utviklinga har ført til at opplysningar som blir offentleggjorde – til dømes frå skattelistene – kan få ei heilt anna kraft og eit mykje vidare nedslagsfelt enn tidlegare. (...)»

(...) Fleire av dei omsyna som ligg til grunn for prinsippet om innsyn for ålmenta, veg så tungt at ein ikkje vil gå inn for at opplysningar om likninga skal vere hemmelege. Departementet foreslår likevel nokre innstrammingar når det gjeld *omfanget* av opplysningar som blir tekne inn i skattelistene, og når det gjeld *måten* likningsstyresmaktene gjer opplysningane kjende på. Slik departementet ser det, kan ein gjennomføre visse innstrammingar utan at ein kjem i konflikt med dei omsyna som grunnleggjend ordninga med utlegging av skattelistar.»

Innstrammingen i offentliggjøringsmetodene, gjennomført ved lovendringen 28. mai 2004 nr. 30, ble som kjent delvis reversert ved lovendringen 29. juni 2007 nr. 52. Av forarbeidene til denne lovendringen, Ot.prp. nr. 61 (2006-2007), fremgår i pkt. 2.1 blant annet:

«Departementet foreslår at det opnast for at pressa igjen kan få tilgang til fullstendige skattelistar. Dette vil styrkje den kritiske debatten om skattesystemet, for eksempel om samanhengen mellom økonomisk evne og skattlegging.»

Offentliggjøring av skattelistene antas således etter forarbeidene til gjeldende bestemmelse i ligningsloven § 8-8 å ha tre hovedformål: Samfunnsmessig kontroll både med ligningsmyndighetene og med skattesystemet, og i tillegg sikre allmennheten mulighet til innblikk i hvorvidt skattleggingen av den enkelte skattyter står i forhold til vedkommendes angivelige faktiske innteks- og formuesforhold.

I den utstrekning skattelisten inneholder uriktige innteks- formues- eller skatteopplysninger, som er blitt rettet opp ved endrings- eller klagesak, vil særlig kontrollen av om den enkeltes skattebyrde står i forhold til vedkommendes skatteevne skje på sviktende grunnlag. Kontroll på grunnlag av ikke lenger gjeldende ligning vil kunne gi gale resultater/konklusjoner og følgelig også være ineffektiv. I tillegg vil de feilaktige eller foreldede opplysningene kunne ha uheldige konsekvenser for skatteyterne, særlig personlige skattytere, og følgelig kunne innebære urimelige belastninger for disse.

Jeg har derfor merket meg at eventuelle rettelser eller endringer i skatteoppgjøret for skattytere som har fått skatteoppgjør i juni, kan bli tatt hensyn til alt ved utarbeidelsen av skattelistene. Det hadde likevel vært ønskelig med en nærmere redegjørelse for hva det innebærer at dette er angitt som en «kan-regel» og ikke som et påbud internt i skatteetaten.

I brevet hit er det opplyst at de fysiske skattelistene som ligger ute hos skattekontorene i tre uker, ikke blir oppdatert med rettelser eller endringer som foretas *etter* utleggsperioden. Det er nærliggende å reise spørsmål om Skattedirektoratet her har ment at de fysiske skattelistene som ligger ute hos skattekontorene i tre uker, ikke blir oppdatert med rettelser eller endringer som foretas *i* utleggsperioden. Dette fordi Skattedirektoratet har opplyst at anmodninger om skattelisteopplysninger etter utleggsperioden følges opp ved at skattekontoret henter opplysninger om den til enhver tid gjeldende ligning fra etatens systemer. Jeg har derfor litt vanskelig for å se annen bruksverdi av de fysiske skattelistene etter at utleggsperioden er over enn den av ren «historisk» betydning. For meg synes det knapt forsvarlig om eventuelle skattelisteanmodninger, som kommer fra pressen *etter* at utleggsperioden er over, blir fulgt opp av

Skattedirektoratet med kvalitetsmessig dårligere opplysningsmaterieell enn det som etter utleggsperioden fremskaffes av skattekontorene ved henvendelsene til disse.

Jeg har videre merket meg at skattelisten for personlige skattytere oppdateres kvartalsvis frem til utlegg for etterfølgende inntektsår, og at direktoratet nylig har besluttet at fra og med inntektsåret 2007 vil alle oppdateringer bli sendt vederlagsfritt til de som har bestilt «utleggslisten». Dette for blant annet å legge forholdene bedre til rette for oppdatering av skattelisteopplysningene som pressen har offentliggjort på Internett.

Etter dette finner jeg i utgangspunktet liten grunn til å kritisere skatteetatens någjeldende praksis med hensyn til å oppdatere og ikke minst vederlagsfritt sende ut ajourførte skattemønstre til de som tidligere har bestilt og mottatt «utleggslisten». Et annet og i praksis vesentlig spørsmål for denne sak er i hvilken utstrekning og eventuelt hvor raskt «utleggslistene» som er offentliggjort av pressen på Internett vil bli byttet ut med disse senere tilsendte og oppdaterte skattemønstrene.

Skattedirektoratet har, under henvisning til Ot.prp. nr. 61 (2006-2007) pkt. 2.2.3.5, påpekt at direktoratet ikke har hjemmel til å pålegge pressen ajourhold av skattelisteopplysningene de offentliggjør på internett. Det er vist til at reglene om bruken av skattelisteopplysninger følger av personopplysningsloven, og at dette regelverket hører inn under Datatilsynets ansvarsområde. Etter gjeldende rett må dette utvilsomt være riktig. På den annen side synes det ikke åpenbart at personopplysningslovens regelverk er tilstrekkelig egnet som hjemmelsgrunnlag for best mulig å sikre at de skattemønstre, som deler av pressen til enhver tid lar ligge offentlig tilgjengelig på Internett, er skatteetatens sist tilgjengelige oppdaterte versjon av de aktuelle listene. Det vises til redegjørelsen i Ot.prp. nr. 34 (2003-2004) pkt. 2.3.4.4 der det fremgår at pressens organer selv synes å mene at også publisering av skattemønstre på Internett må anses å være «journalistisk virksomhet» i henhold til personopplysningsloven § 7. Denne oppfatningen til pressens egne organer kan det synes som om Datatilsynet finner det riktigst ikke å overprøve. For ordens skyld bemerkes at jeg vanskelig kan kritisere dette standpunktet til Datatilsynet på rettslig grunnlag. Det innebærer at personopplysningsloven antas bare å ha begrenset anvendelse i forhold til pressens publisering av skattemønstre på Internett, jf. personopplysningsloven § 7 som lyder:

*«Forholdet til ytringsfriheten*

For behandling av personopplysninger utelukkende for kunstneriske, litterære eller journalistiske, herunder opinionsdannende, formål gjelder

bare bestemmelsene i §§ 13-15, § 26 §§ 36-41 jf. kapittel VII.»

Det kan vanskelig være tvil om at formålene med offentliggjøring av skattemønstrene tilsier at listenes opplysninger bør være så riktige som overhodet mulig. På den annen side synes det stadig uunngåelig at den ordinære ligningen, som i all hovedsak danner grunnlaget for opplysningene i de offentliggjorte skattemønstrene, samlet sett hvert år kan være bygget på et ikke ubetydelig antall rettslige og/eller faktiske feil. Som det går frem ovenfor, legger jeg til grunn at personopplysningsloven bare får begrenset anvendelse i forhold til pressens publisering av skattemønstrene på Internett. Ut fra de formålsbetraktninger som ligger til grunn for offentliggjøringen av skattemønstrene, fremstår det derfor for meg som en mulig mangel ved ligningsloven § 8-8 nr. 3, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 11, at denne bestemmelsen ikke også hjemler rett og plikt for skattemyndighetene til å pålegge pressen å respektere at brukstiden/publikasjonstiden for opplysningene i bestilt og mottatt skattemønstre («utleggsliste») er utløpt straks det foreligger ny(ere) versjon av samme skattemønstre. Det må særlig gjelde så snart skatteetatens har gjort den nyere oppdaterte versjonen vederlagsfritt tilgjengelig for de som tidligere har bestilt «utleggslisten».

Jeg rettet også en anmodning til Finansdepartementet om å vurdere om det burde fremmes forslag om endring av ligningsloven § 8-8 nr. 3 i tråd med min oppfatning i uttalelsen til Skattedirektoratet. I brevet til departementet skrev jeg blant annet:

«Som det fremgår av mitt brev i dag til Skattedirektoratet, er jeg av flere grunner i tvil om personopplysningslovens regelverk er tilstrekkelig egnet som hjemmelsgrunnlag for best mulig å sikre at de skattemønstre som deler av pressen til enhver tid lar ligge offentlig tilgjengelig på Internett er skatteetatens sist tilgjengelige oppdaterte versjon av de aktuelle listene.

Det kan vanskelig være tvil om at formålene med offentliggjøring av skattemønstrene tilsier at de offentliggjorte opplysningene bør være så riktige som overhodet mulig. På den annen side synes det stadig uunngåelig at den ordinære ligningen, som i all hovedsak danner grunnlaget for opplysningene i den første versjonen av de offentliggjorte skattemønstrene, samlet sett hvert år erfaringsmessig vil bygge på et ikke ubetydelig antall rettslige eller faktiske feil. For meg fremstår det derfor, ut fra de formålsbetraktninger som ligger til grunn for offentliggjøringen av skattemønstrene, som en mulig mangel ved ligningsloven § 8-8 nr. 3, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 11, at denne bestemmelsen ikke også hjemler rett og plikt for skattemyndighetene til å pålegge pressen å respektere at brukstiden/publikasjonstiden for opplysningene i bestilt og mottatt skattemønstre («utleggsliste») er utløpt straks det foreligger ny(ere) versjon av samme skattemønstre. Dette fordi opplysningene i en offentliggjort skattemønstre ikke



bør brukes av pressen eller andre medier, etter at det foreligger ny(ere) oppdatert versjon av samme skattemåte. Det må særlig gjelde så snart skatteetaten har gjort den nyere oppdaterte versjonen vederlagsfritt tilgjengelig for de som tidligere har bestilt 'utleggslisten'.

Finansdepartementet bes derfor om å vurdere om det bør fremmes forslag om endring av ligningsloven § 8-8 nr. 3 i tråd med min oppfatning ovenfor.»

## 70.

### Import av varer – spørsmål om markedsføringsutgifter skal medtas i «tollverdien»

(Sak 2008/345)

*Saken gjaldt hvorvidt en markedsføringsutgift som den norske importøren betalte til eksportøren i Danmark, skulle legges til prisen for varene. Etter det som fremkom gjennom undersøkelsen av saken, konkluderte ombudsmannen med at det for årene 2001 og 2002 – da avgiften rent faktisk ikke ble innbetalt selgeren i Danmark – ikke var rettslig grunnlag for å medta markedsføringsavgiften i verdigrunnlaget for varene. Toll- og avgiftsdirektoratet ble derfor bedt om å vurdere denne siden av vedtaket på nytt. Etter en fornyet vurdering opphevet direktoratet etterberegningen for årene 2001 og 2002, og tilleggsavgiften ble halvert.*

Klagen ble fremmet av advokat A på vegne av et selskap og gjaldt et vedtak fra Toll- og avgiftsdirektoratet om etterberegning av toll og innførselsmerverdiavgift samt ileggelse av tilleggsavgift i forbindelse med import av sko i årene 2001-2005. Bakgrunnen for etterberegningen var at selskapet hadde unnlatt å ta med i verdigrunnlaget for varene en såkalt «marketingavgift» som ble betalt til eksportøren i Danmark. Selskapet mente at marketingavgiften skulle holdes utenfor tollverdien siden dette var et separat kjøp av markedsføringstjenester, noe som i alle fall måtte være tilfellet for årene 2001 og 2002 da avgiften ikke engang ble innbetalt selgeren i Danmark.

Selskapet driver import av sko til Norge for videre salg til ulike butikker/detaljister her i landet. Både de enkelte butikkene og selskapet er medlemmer av en mer omfattende skokjede. Selskapet kjøper skoene fra sitt danske morselskap og har ingen ansatte idet selskapet kjøper inn alle nødvendige funksjoner fra morselskapet i Danmark. På bakgrunn av avholdt virksomhetskontroll i tidsperioden august 2005 til august 2006, vedtok Tollregion Sør-Norge å etterberegne selskapet for toll og merverdiavgift for årene 2001 til 2005 samt ilegge tilleggsavgift som følge av at selskapet ved deklareringsavskrift ikke hadde tatt med i verdigrunnlaget markedsføringsbidrag som ble betalt særskilt til morselskapet i Danmark for reklameaktiviteter som skulle utføres i Norge. I Tollregion

Sør-Norges vedtak ble det vist til en tidligere kontroll avholdt i selskapet i 1996 som endte med Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak 8. juni 2000 om at markedsføringsbidraget skulle inngå i transaksjonsverdien. Denne saken ble brakt inn for Oslo tingrett som i dom 28. juni 2002 opprettholdt direktoratets vedtak. Tollregion Sør-Norge kunne ikke se at saken stilte seg annerledes i dag, eller at den senere rettsutviklingen tilsa et annet utfall nå. Tollregion Sør-Norges avgjørelse ble stadfestet av Toll- og avgiftsdirektoratet i vedtak 9. mai 2007.

Den omstridte marketingavgiften utgjør 3 % av selskapets bruttoomsætning i Norge. Avgiften innbetales til morselskapet for at morselskapet skal besørge markedsføring i Norge av de varer som selskapet har enerett til å omsette i Norge. Også de enkelte kjedebutikkene blir av selskapet fakturert for markedsføringsbidrag som utgjør 3 % av butikkens omsætning i Norge. Av «regler for kædeprofilen» punkt 3.1 fremgår det at både de enkelte kjedebutikkene og selskapet er forpliktet til å delta i den felles markedsføring, og av punkt 5.2 samme sted følger at denne altså finansieres gjennom et markedsføringsbidrag fra butikkene på 3 % av den samlede detaljomsetningen.

I årene 2001 og 2002 ble selskapet ikke belastet markedsføringsbidrag fra morselskapet i Danmark. I stedet var markedsstrategien i disse to årene at selskapet selv kjøpte inn reklametjenester fra norske reklameleverandører. Medlemsbutikkene ble imidlertid også i disse to årene avkrevd marketingavgift til dekning av selskapets reklamekostnader.

I brev herfra ble Toll- og avgiftsdirektoratet bedt om å ta stilling til noen av selskapets anførsler for så vidt gjaldt situasjonen i årene 2001 og 2002. I disse årene ble selskapet ikke fakturert for marketingavgift, og det ble heller ikke innbetalt noen slik avgift til morselskapet i Danmark. I stedet hadde selskapet kostnader i forbindelse med innkjøp av reklametjenester fra en norsk reklameleverandør. Det ble anført at dette dreide seg om et rent innenlandsk kjøp av tjenester i Norge som selskapet betalte merverdiavgift av på vanlig måte. I og med at vederlaget for tjenestekjøpet ikke på noen måte tilfalt vareselger, var det ikke grunnlag for å betrakte det som en del av betalingen til morselskapet for kjøp av varer. Det ble i denne forbindelse vist til merknadene til tollverdiforskriften som etter selskapets oppfatning klart ga uttrykk for at markedsføring som kjøper forestår på egen regning, aldri skal inngå i transaksjonsverdien.

Etter selskapets syn måtte Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak 9. mai 2007 bygge på et resonnement om at siden kjøper var forpliktet til å delta i den felles markedsføring i henhold til «regler for kædeprofilen», var selskapets kostnader til markedsføring i Norge i realiteten å anse som betaling av marketingavgift til morselskapet i Danmark. Kostnadene til

markedsføring var dermed en del av det totale vederlaget til selger for å bli eier av varene. Selskapet hevdet at et slikt resonnement ikke var rettslig holdbart, og viste blant annet til uttalelser fra en kommentarutgave til GATT-avtalen som ble tatt til inntekt for at selskapets eget kjøp av markedsføringstjenester i Norge ikke skulle legges til prisen for varene *selv* i tilfeller der selskapet skulle være forpliktet til å besørge slik markedsføring etter uttrykkelig avtale med selger.

Endelig ble det anført at direktoratets regelforståelse i denne saken medførte at kjøper for årene 2001 og 2002 måtte betale toll på et rent innenlandsk kjøp av markedsføringstjenester samt at selskapet måtte betale norsk merverdiavgift to ganger for samme kjøp; først til den norske tjenesteyteren, dernest ved at verdien av denne tjenesten ble lagt til verdigrunnlaget for varene. Selskapet mente at en slik regelforståelse var sterkt urimelig, og stred mot grunnleggende hensyn bak merverdiavgiftssystemet som tilsa at borgerne ikke skulle belastes med dobbel merverdiavgift for samme kjøp.

I svarbrev hit viste Toll- og avgiftsdirektoratet innledningsvis til at etter tollverdiforskriften § 2 skal tollverdien av innførte varer være «transaksjonsverdien», dvs. den pris som faktisk er betalt eller skal betales for varene ved salg for eksport til Norge, justert i samsvar med bestemmelsen i § 9. Direktoratet presiserte i denne forbindelse at det ikke anså marketingavgiften som et *tillegg* etter § 9, men som del av elementet «prisen for varen», dvs. «*det totale vederlaget som kjøper er forpliktet til å yte selger for å bli eier av varen*». Mens det i de fleste tilfeller var kurant å fastslå denne størrelsen på grunnlag av utstedt faktura, hendte det at partene innrettet seg med avtaler som ikke ga uttrykk for forholdets realitet, og da var det selvsagt *realiteten* som skulle legges til grunn. Etter direktoratets oppfatning hadde partene i den angjeldende sak innrettet seg på en slik måte at realitetene ikke kom klart til uttrykk, og i svarbrevet hit het det:

«Måten man i dette tilfellet har innrettet seg på, er etter vår vurdering et motregningsoppgjør i 'det totale vederlaget som kjøper yter selger for å bli eier av varen'.

Alle vederlag som kjøperen må yte for å bli eier av varen, inngår i prisen. Dette kan omformuleres som et spørsmål om hvilke betingelser selgeren har stilt for å levere varen. Verdien av alle betingelser som er stilt for å levere varen, anses som en del av prisen for varen. Som allerede påpekt, fremgår det av 'regler for kædeprofilen' i punkt 3.1, at kjøper plikter å delta i den felles markedsføringen. Kostnader til markedsføring (marketingavgift) er normalt innkalkulert i varens salgspris. Slik direktoratet ser det, er det faktisk å avtalefeste markedsføringsplikt, i realiteten å innkalkulere kostnader til markedsføring i varens salgspris.»

For så vidt gjaldt anmerkningene til tollverdiforskriftens § 2 nr. 1 bokstav b som selskapet hadde vist til, uttalte direktoratet at disse måtte ses på bakgrunn av den omleggingen som fulgte av at Norge i 1980 tiltrådte Tollverdiavtalen av 1979. Mens tollverdien tidligere ble fastsatt på grunnlag av en *normalpris* for de angjeldende varer, skulle en heretter legge den *faktiske* prisen eller transaksjonsverdien til grunn. Det innebar at dersom en importør hadde kjøpt en vare til redusert pris, skulle denne prisen legges til grunn, dvs. at den ikke ble oppjustert til en «normalpris». Direktoratet understreket at anmerkningen ble inntatt både i Tollverdiavtalen og tollverdiforskriften nettopp for å få frem denne forskjellen. Videre uttalte direktoratet:

«Anmerkningene tar imidlertid sikte på en annen situasjon enn den vi står overfor i angjeldende sak. Anmerkningene tar sikte på en situasjon hvor selger vanligvis selger en vare for kr 100, og hvor prisen inkluderer markedsføring. Dersom kjøper forhandler seg frem til en pris på kr 90 mot å markedsføre varen for egen regning, skal selvsagt ikke prisreduksjonen legges til i prisen for varen når tollverdien skal fastsettes. Prisen er da kr 90, uansett hvilket beløp selger bruker på markedsføringen.

I angjeldende sak står vi etter vårt syn overfor en situasjon hvor selgeren i utgangspunktet selger varen for kr 100 inkludert markedsføring, men så avtaler med kjøper at han skal betale kr 90 til selger og så bruke kr 10 til markedsføring. Kjøper står med andre ord ikke fritt til å bruke det han vil til markedsføring. Den reduserte prisen og kjøpers forpliktelse til å bruke penger for markedsføring er koblet sammen slik at dette i realiteten inngår i kjøpekontrakten for varen.

Direktoratet kan således vanskelig se at man i dette tilfellet har utført markedsføring 'for egen regning'. Etter vår vurdering er det et motregningsoppgjør som i realiteten finner sted ved måten man har innrettet seg på.»

Til utdragene fra kommentarutgaven til GATT-avtalen som selskapet hadde vist til, hevdet direktoratet at disse omhandlet tilfeller der importøren kjøpte markedsføringstjenester «for egen regning». Som det fremgår av det ovennevnte, var dette etter direktoratets oppfatning ikke tilfellet her. Derimot fremhevet direktoratet et annet avsnitt hentet fra samme sted til støtte for sitt syn.

Til selskapets innvending om at direktoratets regelforståelse medførte at selskapet måtte betale merverdiavgift to ganger for samme kjøp, mente direktoratet at merverdiavgift ved innførsel av varer og merverdiavgift påløpt ved innenlands omsetning var to «helt forskjellige system». Innenlandsavgift var således betaling for en ytelse som selskapet hadde kjøpt i Norge. Direktoratet kunne ikke se at «det innenlandske systemet tilsier en innskrenkende tolkning av tollverdi bestemmelsen».

Direktoratets svarbrev ble forelagt selskapet, som kom med en del innsigelser. Direktoratet hadde ikke ytterligere merknader til denne siden av saken.

Det ble deretter besluttet å undersøke nærmere noen spørsmål vedrørende tilleggsavgiften. I vedtak 9. mai 2007 hadde direktoratet lagt til grunn at overtredelsen av tollverdiforskriften – dvs. at selskapet ved deklarereringen hadde unnlatt å legge marketingavgiften til prisen for varene – var forsettlig for hele perioden. Dette ble begrunnet med at selskapet etter direktoratets første vedtak i juni 2000 hadde en klar oppfordring om å innrette seg, og dette måtte særlig gjelde etter at tingretten to år senere fastslo at vedtaket var gyldig. Kjøper hevdet på sin side at forretningskonseptet var helt annerledes i 2001 og 2002, og at man således ikke hadde hatt noe insentiv til å ta med egne kostnader til markedsføring i Norge i tollverdien ved deklarerering av varekjøp fra morselskapet. Dersom marketingavgiften likevel skulle tillegges tollverdien, måtte selskapet i alle fall kunne høres med at det hadde vært i rettslig unnskyldelig villfarelse i den angjeldende perioden. For årene 2003, 2004 og 2005 mente selskapet at skyldgraden for eventuelt brudd på regelverket neppe kunne karakteriseres som mer enn simpel uaktsomhet ettersom feilen berodde på en misforståelse. Etter det opprinnelige bokettersynet ble som nevnt forretningskonseptet lagt om i årene 2001 og 2002 slik at morselskapet faktisk ikke oppkrevede marketingavgift. Når en så gikk tilbake til den tidligere ordningen hadde selskapet nytt styre og marketingavgiften ble ved en feil ikke tatt med i tollverdien. I brev herfra ble Toll- og avgiftsdirektoratet bedt om å gi en noe mer utfyllende begrunnelse for hvorfor overtredelsen ble ansett forsettlig også for årene 2001 og 2002 da forretningskonseptet påviselig var et annet i disse årene.

Direktoratet gjorde i svarbrev hit rede for at det etter en nærmere vurdering hadde kommet til at overtredelsen måtte anses grovt uaktsom i årene 2001 og 2002. Det het i brevet:

«Etter vedtaket av 8. juni 2000, hadde selskapet et klart incitament til å ta rede på de tollmessige forholdene når selskapet valgte et forretningskonsept som var noe annerledes enn hva som var tilfellet under det første bokettersynet. Sett ut fra forhistorien med den tidligere kontrollen, burde selskapet tatt kontakt med tollvesenet for å avklare om dette var korrekt måte å tolldeklare på. Når selskapet velger å ikke kontakte tollvesenet, kan dette vanskelig ses å være annet enn et bevisst valg om ikke å avklare situasjonen. En slik handlemåte er etter vårt syn grovt uaktsomt.

Vi gjør for ordens skyld oppmerksom på at det forhold at direktoratet etter en ny vurdering av saken finner forholdet grovt uaktsomt, får ingen innvirkning hva angår tilleggets størrelse.»

Selskapet kom deretter med noen innsigelser til direktoratets svar. Det ble sterkt fremholdt at impor-

tører av varer er underlagt et selvdeklareringsystem der importøren *selv* forutsettes å vurdere hva som skal inkluderes i tollverdien på bakgrunn av gjeldende regelverk. Selskapet hevdet at det ikke kunne lastes for å ha forholdt seg til en klar ordlyd i anmerkningene til tollverdiforskriften og den faktiske situasjonen var en helt annen enn den som lå til grunn for det første vedtaket 8. juni 2000.

Innsigelsene ble forelagt direktoratet som i brev hit oppsummerte sitt syn på denne måten:

«Selv om kontraktspartene i de påfølgende årene endret noe på avtalene og oppgjørsmåten, har realiteten vært den samme. Nemlig at kjøperen på en eller annen måte skulle yte vederlag til selgeren for de varene som ble levert, og hva som skulle være omfanget av vederlaget.

Etter vårt syn har endringene av avtalene et visst preg av avgiftsplanlegging. I tillegg kan det være andre forretningsmessige årsaker til endringene. Ingenting av dette er i seg selv ulovlig. Men i en slik situasjon må det stilles ekstra høye krav til aktsomheten når man på et slikt grunnlag deklarerer toll og avgifter.

Vi registrerer at selskapet ikke kontaktet tollmyndighetene ved denne anledningen. Etter vårt syn ville en slik kontakt være en naturlig del av aktsom fremferd. Velger man bevisst ikke å gå inn i forholdene, må dette anses grovt uaktsomt.»

Selskapet hadde ingen ytterligere merknader i saken.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Saken har hovedsakelig dreid seg om hvorvidt verdien av markedsføringstjenestene skal legges til prisen for varene også for årene 2001 og 2002, da kjøper faktisk ikke ble fakturert for slik avgift av selgeren i Danmark, men istedenfor selv kjøpte tjenestene fra norske reklameleverandører. Først kan det være hensiktsmessig å redegjøre noe nærmere for rettskildet bildet på området, som umiddelbart kan fremstå som nokså vanskelig tilgjengelig.

Det følger av merverdiavgiftsloven (mval.) § 62, jf. § 1 samt Stortingets årlige avgiftsvedtak at det skal svares merverdiavgift av varer som innføres til Norge fra utlandet. Ved import av visse varetyper skal det dessuten betales toll, jf. tolltariffens innledende bestemmelser (tib.) § 2 nr. 1. Toll på sko ble fjernet med virkning fra 1. januar 2003. Både merverdiavgift og toll beregnes i samsvar med de reglene som gjelder om fastsettelse av varers tollverdi ved verdifortolling.

I medhold av tib. § 8 er det bestemt at tollverdien skal fastsettes på grunnlag av de forskrifter som Finansdepartementet har gitt i samsvar med bestemmelsene i Avtalen om gjennomføring av artikkel VII i Generalavtalen om tolltariffer og handel (GATT). Forskrift om fastsettelse av varers tollverdi ble, som følge av den forpliktelse som lå i GATT-avtalen, ut-

ferdiget 3. desember 1980 nr. 4917 (tollverdiforskriften). Forskriften har inntil 2009 vært det sentrale nasjonale regelverk om tollverdi.

I forbindelse med opprettelsen av WTO i 1994 ble det inngått en ny avtale om tollverdi. Gjennomføringsavtalen av 1979 ble noe revidert og fikk nytt navn; Gjennomføringsavtalen av 1994. Sistnevnte er praktisk talt identisk med 1979-avtalen.

Til de fleste paragrafene i tollverdiforskriften er det knyttet en anmerkning. Anmerkningene tilsvarer «interpretative notes» i Gjennomføringsavtalen 1979/1994. I henhold til artikkel 14 i Gjennomføringsavtalen utgjør «interpretative notes» en integrerende del av selve avtalen. Anmerkningene til paragrafene i tollverdiforskriften er derfor rettslig sett en del av forskriften og vil trinnhøydemessig være på linje med forskriften selv, jf. Toll- og avgiftsdirektoratets veileder om tollverdi av februar 2009 s. 5.

«Decisions» er betegnelsen på avgjørelser tatt av WTOs tollverdikomite. Disse avgjørelsene er folkerettslig bindende på samme måte som Gjennomføringsavtalen. I tillegg avgir den tekniske tollverdikomiteen i WCO (World Customs Organization) uttalelser som skal sikre lik tolking og anvendelse av Gjennomføringsavtalen. I motsetning til det som gjelder for «decisions», er disse uttalelsene kun rådgivende for avtalepartene.

Det er – etter de undersøkelser som er gjort – ikke fremkommet norsk juridisk teori av betydning på området. Internasjonalt er standardverket Sherman/Glashoff, «Customs Valuation Commentary on the GATT Customs Valuation Code» som utkom første gang i 1980. De senere år har omfanget av internasjonal litteratur økt.

Tolloven av 2007 (i kraft fra 1. januar 2009) er først og fremst en teknisk revisjon, blant annet ved at de fleste bestemmelsene fra tib. er innarbeidet i loven slik at Stortingets årlige tollvedtak blir kortere og mer oversiktlig. Loven viderefører i all hovedsak gjeldende tollverdirett. Denne fremstillingen bygger primært på reglene slik de fremstår i tollverdiforskriften.

Hovedprinsippet i tollverdiforskriften er at beregningsgrunnlaget for toll og merverdiavgift skal være transaksjonsverdien, jf. § 2 nr. 1:

«§ 2. *Transaksjonsverdien av innførte varer*

1. Tollverdien av innførte varer skal være transaksjonsverdien, det vil si den pris som faktisk er betalt eller skal betales for varene ved salg for eksport til Norge og justert i samsvar med bestemmelsene i § 9 ...»

Det er enighet om at § 9 ikke får anvendelse i saken. Toll- og avgiftsdirektoratet har istedenfor fremholdt at verdien av markedsføringstjenestene må anses som del av elementet «prisen for varen», dvs. *det*

*totale vederlaget som kjøper er forpliktet til å yte selger for å bli eier av varen.* Direktoratet synes å anføre at kjøpet av markedsføringstjenester var en *betingelse* for salget siden det følger av «regler for kædeprofilen» punkt 3.1 at kjøper plikter å delta i den felles markedsføringen. Videre hevder direktoratet at verdien av alle slike betingelser som er stilt for å levere varen, må anses som en del av prisen for varene.

At verdien av ulike salgsvilkår legges til prisen er ikke ukjent i tollverdiretten, jf. for eksempel tollverdiforskriften § 9 nr. 1 bokstav c. I Oslo tingretts dom 28. juni 2002 som stadfestet Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak 8. juni 2000 i denne saken, drøftet retten – med henvisning til en dom fra Borgarting lagmannsrett 12. mars 2002 (LB 2001-1742-1) – om det kan stilles krav om «absolutte salgsvilkår». Resonnementet synes i så fall å være at dersom en betingelse må anses som et absolutt vilkår for salget, skal verdien av den legges til prisen. Tingretten er tilsynelatende tilbakeholden med å adoptere en generell lære med dette innhold. Det som hittil er sagt, forutsetter at et salgsvilkår kan verdifastsettes. Dersom salget er gjenstand for vilkår som det ikke kan fastsettes en verdi for, følger det direkte av tollverdiforskriften § 2 nr. 1 litra b at transaksjonsverdien ikke kan godtas overhodet. Forutsetningen her er at selskapets kjøp av markedsføringstjenester i Norge i årene 2001 og 2002 kan verdifastsettes. Videre må selskapet ha rett i at den kjøpsrettslige situasjonen må være utgangspunktet.

Imidlertid blir det for enkelt kun på et slikt grunnlag generelt å utelukke at det kan tenkes situasjoner der vederlag til en tredje part – som følge av et eller annet vilkår i salgssavtalen – kan influere på tollverdien.

Istedenfor å generalisere til en overordnet lære om «absolutte salgsvilkår», kan det være formålstjenlig å sondre mellom hvilke betingelser det er tale om. En gjennomgang av det foreliggende rettskildematerialet synes å vise at vilkår som går på markedsføringen av varene, havner i en særstilling. Det følger av anmerkningene til tollverdiforskriften § 2 nr. 1 bokstav b som selskapet sterkt har fremholdt til støtte for sin sak:

«Betingelser eller vederlag som har med fremstilling eller markedsføring av de innførte varer å gjøre, skal imidlertid ikke medføre at transaksjonen blir forkastet ... *Om kjøperen for egen regning påtar seg, også når det skjer etter avtale med selgeren, å markedsføre de innførte varer, er heller ikke verdien av slike ytelser del av tollverdien og skal ikke medføre at transaksjonsverdien blir forkastet.*»

Jeg er enig i at denne ordlyden – især det kursiverte – isolert sett peker i retning av at verdien av markedsføringstjenestene skal holdes utenfor tollver-

dien. Et selvdeklareringsystem forutsetter klare, forutberegnlige regler og ordlyden må derfor tillegges vesentlig vekt. Samtidig er bestemmelsen ikke entydig, jf. passusen «også når det skjer etter avtale med selgeren». Det kan hevdes at et (absolutt) vilkår for salget om at selskapet plikter å kjøpe markedsføringstjenester i Norge – kanskje til en bestemt pris – er noe annet og langt mer enn en hvilken som helst løssaktig avtale/samforståelse med tilsvarende innhold. Slik sett løser ikke ovennevnte anmerkning saken direkte.

En mer presis beskrivelse gir uttalelsene fra juridisk teori som selskapet også har vist til, jf. Sherman/Glashoff, «Customs Valuation Commentary on the GATT Customs Valuation Code» (1988) s. 76, avsnitt 104:

«Advertising, warranty costs and similar expenses are excluded from the Transaction Value if paid by the importer, even if he is obliged to make the expenditures under his agreement with the seller and even though the activities benefit the foreign seller».

Det er vanskelig å lese uttalelsen på noen annen måte enn at det her hevdes at kostnader til markedsføring skal holdes utenom transaksjonsverdien dersom de er betalt av kjøper, og dette gjelder selv i tilfeller der kjøper skulle være *forpliktet* til slike kostnader etter den underliggende salgsavtalen og selv der markedsføringen kommer den utenlandske selger til gode. Uttalelsen fremstår som direkte overførbar på situasjonen i selskapet i årene 2001 og 2002 slik saken er opplyst her. På den annen side er dette kun et synspunkt som er hevdet i juridisk teori – uten nærmere begrunnelse – og slik sett utgjør det ingen tung rettskilde.

Synspunktet knyttet til en særlig ordning for markedsføringskostnader synes også å ha forankring i EUs tollregelverk. Selv om dette ikke får direkte anvendelse her i landet, har likevel tollovgivningen i Norge det til felles med tollunionens regler at begge i stor grad er bestemt av multilaterale avtaler, især WTO-avtalens bestemmelser om toll og vareførsel som setter rammer for hvordan partenes toll- og vareførselslovgivning skal utformes. I Ot.prp. nr. 58 (2006-2007) om ny tollovgivning kapittel 9.3 heter det at i «stor grad vil derfor det materielle innholdet i henholdsvis EUs og Norges tollovgivning være sammenfallende». På denne bakgrunn må det kunne oppstilles en presumsjon om at norsk tollovgivning er i harmoni med EU-regelverket, i alle fall på et så sentralt punkt som tollverdiretten. Også lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen taler med tyngde for at Norge bør legge samme rettsoppfatning til grunn på dette området som den som er gjeldende i tollunionen.

Den sentrale rettskilden på EU-nivå er rådsforordning (EØF) nr. 2913/92 av 12. oktober 1992 om

indførelse af en EF-toldkodeks, publisert i EF-Tidende 1992 L 302/1. Tollkodeksen samlet en rekke spredte forordninger og direktiver i ett og samme dokument, og utgjør således en regelsamling som innholdsmessig kan sammenlignes med tradisjonelle tollover i en rekke land. Tollkodeksen detaljeres ytterligere i de såkalte gjennomføringsbestemmelsene som er gitt av Kommisjonen, jf. kommisjonsforordning (EØF) nr. 2454/93 av 2. juli 1993 om visse gjennomføringsbestemmelser til tollkodeksen publisert i EF-Tidende 1993 L 253/1. Gjennomføringsbestemmelsene er meget detaljrike og har omfattende regler blant annet om tollverdi.

Hovedregelen følger av tollkodeksens artikkel 29 nr. 1, som er nær identisk med tollverdiforskriften § 2:

#### «Artikkel 29

1. Toldvaerdien af indfoerte varer er transaktionsvaerdien, dvs. den pris, som faktisk er betalt eller skal betales for varerne ved salg til udfoersel til Faelleskabets toldomraade, i givet fald justeret i henhold til artikel 32 og 33 ...»

Interessant for denne saken er samme artikkels nr. 3, der hovedregelen presiseres:

«3. a) Den pris, der faktisk er betalt eller skal betales, er den fulde betaling, som koebere yder eller skal yde saelgeren eller yde til fordel for denne, for de indfoerte varer, og som omfatter alle de betalinger, som er erlagt eller skal erlaegges som betingelse for salget af de indfoerte varer af koebere til saelgeren eller af koebere til en tredjepart for at opfylde en af saelgerens forpligtelser ...»

Av dette følger altså at prisen som utgangspunkt omfatter alle betalinger som er foretatt eller skal foretas som betingelse for salget fra kjøperen til selgeren eller fra kjøperen til en tredjepart for å oppfylle en av selgerens forpliktelser. Deretter finnes en spesialregel i litra b:

«b) De aktiviteter, herunder markedsfoering, koebere udfoerer for egen regning bortset fra saadanne, for hvilke der sker justering i henhold til artikel 32, betragtes *ikke* som indirekte betaling til saelgeren, selv om det kan anses, at saelgeren drager nytte af dem, eller at de er blevet udfoert med hans godkendelse, og omkostningerne ved disse aktiviteter laegges *ikke* til den pris, der faktisk er betalt eller skal betales ved de indfoerte varers toldvaerdiansaettelse.» (min uth.)

Disse reglene i tollkodeksen sier imidlertid lite om tilfeller der kjøperen etter salgsavtalen *plikter* å besørge markedsføring. Dette reguleres imidlertid i detalj i gjennomføringsbestemmelsene, jf. artikkel 148 og 149:

## «Artikkel 148

Naar det i medfoer af kodeksens artikel 29, stk. 1, litra b), godtgoeres, at salget af eller prisen paa de indfoerte varer er betinget af vilkaar eller ydelser, hvis vaerdi kan bestemmes med hensyn til de varer, som vaerdiansaettes, anses denne vaerdi som en indirekte betaling fra koebere til saelgeren og som en del af den pris, der er betalt eller skal betales, *saafremt vilkaaret eller ydelsen ikke vedroerer:*

a) en aktivitet, der er omfattet af kodeksens artikel 29, stk. 3, litra b) ... [dvs. markedsføring]» (min uth.)

Og så i påfølgende artikkel:

## «Artikkel 149

1. I kodeksens artikel 29, stk. 3, litra b), forstås ved «aktiviteter, herunder markedsføring» alle aktiviteter vedroerende annonsering af og salg fremmende foranstaltninger for de paagaeldende varer samt enhver aktivitet vedroerende garantier for disse.

2. *Saadanne aktiviteter fra koerberens side skal anses for at være foretaget for koerberens egen regning, selv om det udfoeres som en forpligtelse for koebere i henhold til en aftale med saelgeren.*» (min uth.)

Når EU-retten på denne måten trekker i samme retning som synspunktene som er hevdet i juridisk teori, åpner dette for å tillegge synspunktet større vekt. Mye taler da for at norsk rett må forstås på samme måte, jf. det som allerede er nevnt. Den foreløpige konklusjonen blir dermed at verdien av markedsføringstjenestene skal holdes utenfor transaksjonsverdien, noe som også må gjelde dersom en legger til grunn at selskapet var forpliktet til å kjøpe tjenestene etter salgavtalen med morselskapet.

Hva som etter dette ligger i at kjøpet av markedsføringstjenestene må være utført for selskapets «egen regning», må bygges på det mest sannsynlige faktum slik saken er opplyst her. Jeg kan ikke se at det ligger noe mer i dette vilkåret enn at selskapet bærer den økonomiske risikoen ved transaksjonen, dvs. at kjøpet foretas i selskapets eget navn og med selskapets egne midler. At kjøpet av markedsføringstjenester finansieres gjennom de enkelte kjedebutikkens innbetalinger eller at selger og kjøper er henholdsvis mor- og datterselskap, kan neppe ha noen særlig rettslig relevans i denne sammenheng. Det er ikke fremkommet holdepunkter verken i «regler for kædeprofilen» eller noe annet sted for direktoratets påstand om at selskapet var bundet til å bruke en bestemt sum på markedsføringen. Ovennevnte gjennomgang viser at svaret på dette spørsmålet heller ikke får noen betydning for resultatet i saken. En beløpsbegrensning kan etter forholdene være en indikasjon på at kjøper har gjort opp selgers gjeld overfor en tredjepart, noe som det finnes uttrykkelige bestemmelser om i regelverket. Dette er imidlertid ikke tilfellet i vår sak. Det er

ingen holdepunkter for at markedsføringsselskapet i Norge hadde et krav mot morselskapet i Danmark.

Også formålsbetraktninger synes å tale til selskapets fordel i denne saken. Det er på det rene at innførselsmerverdiavgift blant annet er begrunnet i nøytralitetshensyn, dvs. at varer som innføres fra utlandet skal undergis samme avgiftsbelastning som ved innenlands omsetning. På denne bakgrunn er det vanskelig å si seg enig i direktoratets syn om at innførselsmerverdiavgift og merverdiavgift ved innenlands omsetning er «to forskjellige systemer». Tvert imot synes formålet med innførselsavgiften å vise at de henger nøye sammen. Selskapets kjøp av markedsføringstjenester i Norge var undergitt innenlands avgiftsplikt på vanlig måte. Dersom verdien av denne tjenesten legges til tollverdien av varene, innebærer det i realiteten at tjenesten også undergis innførselsavgift. Det strider mot formålet med avgiften siden tjenesten allerede er underlagt innenlands avgiftsplikt. På dette grunnlag kan det være noe i selskapets syn om at «[e]n slik regelforståelse er sterkt urimelig og strider mot grunnleggende hensyn bak merverdiavgiftssystemet som bl.a. tilsier at borgerne ikke skal belastes med dobbel merverdiavgift for samme kjøp».

I årene 2003, 2004 og 2005 vendte kjøper – etter det som fremgår – tilbake til den tidligere ordningen der selskapet ble fakturert av selger for såkalt markedingavgift. Direktoratet har hevdet at en uttalelse fra Sherman/Glashoff, «Customs Valuation Commentary on the GATT Customs Valuation Code» (1988) side 76, avsnitt 105 er beskrivende for situasjonen i årene 2001 og 2002. Mye kan tvert i mot tale for at uttalelsen beskriver situasjonen i selskapet i årene etterpå (og forut) da morselskapet i Danmark hadde kostnadene knyttet til markedsføringen:

«If the exporter chooses to pay for the advertising and recover the expense through his pricing, the cost is included in his price, and there is no provision in the Code for excluding it from Transaction Value. The result is the same if the exporter bills the importer separately for the advertising expense, which would then be an indirect payment for the goods. We are speaking here, of course, about advertising which clearly relates to the imported product being valued...»

For så vidt gjelder tilleggsavgiften, er det vanskelig å se at selskapet kun har utvist simpel uaktsomhet i disse årene. Når man vendte tilbake til den tidligere ordningen, måtte man forholde seg til vedtaket 8. juni 2000 samt Oslo tingretts dom 28. juni 2002 der vedtaket ble stadfestet. Selskapet kan neppe høres med innvendingen om at det forelå nytt styre. Dommen må ha vært gjort kjent for de ledende organer i selskapet i 2002, og dette bør være tilstrekkelig for å fastslå at selskapet som sådan hadde «kunnskap» om at mar-

ketingavgiften skulle tas med i tollverdien. I så fall er den senere overtredelsen forsettlig. Selskapet har også selv innrømmet at det var en «feil» at marketingavgiften ikke ble medtatt. Hvorvidt man karakteriserer overtredelsen som forsettlig eller grovt uaktsom, har heller ikke hatt betydning for tilleggsavgiftens størrelse, slik at det ikke er nødvendig å gå nærmere inn på dette. Det er på det rene at det i et selvdeklareringsystem må stilles strenge krav til importørens aktsomhet. Et vedtak som domstolene har sanksjonert gyldigheten av, pliktet selskapet å rette seg etter.

Jeg ber etter dette Toll- og avgiftsdirektoratet om å vurdere denne saken på nytt, og orientere meg om utfallet av den fornyede vurderingen.»

Etter en fornyet gjennomgang av saken opphevet direktoratet etterberegningen for årene 2001 og 2002, samt at tilleggsavgiften ble redusert fra kr 200.000 til kr 100.000.

## 71.

### **Eiendomsskatt i Kragerø kommune – ulike takseringsmetoder for fritidseiendom og boligeiendom**

(Sak 2009/717)

*Saken gjaldt vedtak om eiendomsskatt på fritidseiendom i Kragerø kommune, herunder klage over at fritidseiendommen var verdsatt ved bruk av skjønn, mens boligeiendommer i kommunen var verdsatt ved sjabloner.*

*Ombudsmannen fant ikke grunn til å kritisere Kragerø kommune for å ha taksert fritidseiendommen ved skjønn, og hadde heller ikke grunnlag for å si at det forelå brudd på likhetsprinsippet ved at det ble benyttet ulike takseringsmetoder for de to eiendomstypene. Den sakkyndige klagenemnden skulle imidlertid ha begrunnet vedtaket noe nærmere, sett hen til As konkrete anførsler.*

A og øvrige sameiere ble i vedtak 14. februar 2008 for eiendom X i Kragerø kommune ilagt eiendomsskatt med kr 6 300 basert på en takst pålydende kr 6 000 000. Vedtaket ble påklaget i brev 26. februar 2008 og utfyllende anførsler ble gitt i brev 5. og 30. mars 2008 og brev 18. september 2008 fra A. Den sakkyndige klagenemnden fastsatte i vedtak 13. november 2008 taksten til kr 7 000 000 og skrev i merkningen: «Praktfull beliggenhet ved sjøkant. Stor hytte og anneks. Omsetningsverdi for lavt satt.» Skattebetalerforeningen brakte saken inn for ombudsmannen i brev 20. mars 2009.

I brev 8. april 2009 ba ombudsmannen om en nærmere redegjørelse fra Kragerø kommune i saken. Det ble for det første vist til at ombudsmannen i sin

praksis har lagt til grunn at eiendomsskattevedtak skal kort begrunnes og kommunen ble bedt vurdere om det var feil av den sakkyndige klagenemnden ikke å kommentere As anførsler, særlig sett hen til at klagenemnden hadde satt opp taksten i stedet for ned. Kommunen ble bedt om å vurdere om anførselene skulle ha fått betydning for taksten på eiendommen og om særlig å vurdere anførselen om at eiendommer som A mente kunne sammenlignes med hans, var taksert lavere. Videre ble det bedt om kommunens vurdering av tilleggsbyggets karakter, da A mente dette var et 15 m<sup>2</sup> uthus, mens kommunen i vedtak 13. november 2008 hadde lagt til grunn at dette var et anneks, og derfor ble taksert som fritidsbygg.

Det andre hovedforholdet som ble tatt opp herfra var Kragerø kommunes praksis med å bruke ulike prinsipper for fastsettelse av eiendomsskattetaksten for boligeiendom og for fritidseiendom. Kragerø kommune ble bedt om å gi sitt syn på Skattebetalerforeningens anførsel om at bruk av forskjellige måter å verdsette fritidseiendommer og boligeiendommer på, strider med grunnleggende likhetsprinsipper og medfører «unødig høy risiko for at de ulike eiendommene ikke likebehandles». Kommunen ble også bedt om å gi sine merknader til om rettssikkerheten til eiere av fritidseiendommer i kommunen ivaretas når taksten på deres eiendom kun fastsettes ved skjønn uten noen tilsynelatende objektive og etterprøvbare kriterier. Til sist ble Kragerø kommune på generell grunnlag bedt om å gi en uttalelse om omsetningsverdien på fritidseiendommer og boligeiendommer, som ellers er tilnærmet like, er ulik i Kragerø kommune, og om den eventuelle ulike omsetningsverdien i tilfellet kun skyldes boplikt.

Advokat B svarte på vegne av Kragerø kommune i brev 5. juni 2009, og ga først en generell redegjørelse for eiendomsskattetakseringen i Kragerø kommune. Svaret er nærmere referert nedenfor under mitt syn på saken.

Skattebetalerforeningen kom med merknader til Kragerø kommunes redegjørelse i brev 29. juni 2009 og fastholdt at bruk av ulik takseringsmetode for de to eiendomsgruppene førte til brudd på likhetsprinsippet og at det gjorde at fritidseiendommer i det øvre sjiktet av eiendomsmarkedet gjennomgående har kommet dårligere ut. Dessuten mente Skattebetalerforeningen at det ble ulovlig forskjellsbehandling når kommunen hadde basert kvadratmetersatsene i sjablonene på en gjennomsnittspris per kvadratmeter oppnådd ved omsetninger i perioden 2005 til 2007, mens den skjønsmessige vurderingen av fritidseiendommer ble foretatt i årsskriftet 2007/2008 og derfor inkluderte prisstigningen i området fullt ut. Videre ble det anført at det ved en skjønsmessig taksering var fravær av objektive kriterier som gjør det «svært vanskelig å etterprøve takstene i større skala».

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Jeg har merket meg at Kragerø kommune etter henvendelsen herfra har funnet at tilleggsbygget på As eiendom må takseres som et uthus da det kun er godkjent oppført et uthus på eiendommen, og ikke et annekts, og at den sakkyndige klagenemnden i nytt vedtak 26. mai 2009 har omgjort tidligere vedtak 13. november 2008 slik at ny takst på eiendommen er satt ned med kr 1 000 000 til kr 6 000 000.

#### 1. Begrunnelse av vedtak

Jeg har i tidligere uttalelser lagt til grunn at det under henvisning til de generelle forvaltningsrettslige prinsippene om forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk kan oppstilles et krav om «stutt grunngeving» i eiendomsskattesaker (selv om lov 6. juni 1975 nr. 29 om eiedomsskatt til kommunane (eiendomsskatteloven) § 22 ikke er trådt i kraft, jf. § 33 og selv om det fremgår uttrykkelig av eiendomsskatteloven § 31 at forvaltningsloven ikke gjelder for «førehaving av saker etter denne lova»). Begrunnelsen kan være generell, og begrunnelsesplikten gjør seg særlig gjeldende om det er konkrete anførsler i klagen som det er nærliggende å kommentere. Det kan være tilstrekkelig å vise til at klagers anførsler har blitt særskilt vurdert da utskrivning av eiendomsskatt er en form for masseforvaltning, og effektivitetshensyn vil derfor også gjøre seg gjeldende.

A viste i sine skriv til kommunen til flere forhold ved eiendommen som han mente tilsa en lavere takst, og han viste til eiendommer han mente var sammenlignbare med hans og som hadde fått lavere takst.

I et skriv (ikke datert) med tittelen «Skattetaksering av hytter i skjærgården» som A fikk tilsendt fra kommunen i forbindelse med sin klagesak, sto det at følgende faktorer i tillegg til areal på bygningene og tomt, ble vektlagt ved takseringen:

«*Tomt:* Her vil takstmann vurdere hva eiendommen består av. Svaberg, stein, sand, jord, osv. Dette, i riktige kombinasjoner i forhold til et marked, kan være avgjørende for verdifastsettelsen. Følgende faktorer er viktige:

- Beliggenhet
- Beskaffenhet
- Opparbeidelse
- Tilkost
- Brygge (grunt eller dypt vann)
- Solforhold
- Værforhold (bølger, vind osv)
- Innsyn, privatliv

*Bygninger* og eiendom vurderes sammen som en enhet. Følgende faktorer kan være viktige:

- Beliggenhet
- Alder
- Teknisk standard

- Størrelse
- Sanitære forhold

Området eiendommen ligger i kan ha betydning for taksten. Forhold som vil kunne ha innvirkning er for eksempel reguleringsplaner, utbygging, trafikk, støy etc.»

I vedtaket 13. november 2008 fra den sakkyndige klagenemnden sto det at As klage var forelagt dem og at de hadde befart hans eiendom. Videre sto det at «[t]aksten økes til 7.000.000,-. Praktfull beliggenhet ved sjøkant. Stor hytte og annekts. Omsetningsverdi for lavt satt.»

Kragerø kommune mente at vedtaket fra den sakkyndige klagenemnden oppfylte kravene til «stutt grunngeving», og skrev i denne sammenheng i brev 5. juni 2009:

«Som det fremgår i den overstående redegjørelsen er takseringen basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering av eiendommens omsetningsverdi. Det er på det rene at klagenemnda hadde gjennomgått As klage og kjente til hans innsigelser. Klagenemnda ga en kort begrunnelse som viser at klagen er prøvet i sin helhet.»

Den sakkyndige klagenemnden må forutsettes å ha vært kjent med As anførsler, og A ble også orientert om hvilke faktorer som ville inngå i den skjønnsmessige takseringen av eiendommen. Videre er utskrivning av eiendomsskatt masseforvaltning, slik at det må langt på vei godtas at vedtakene blir noe generelle, grovmaskede og uten et spesifikt grunnlag for å tallfeste de enkelte elementene som inngår i den skjønnsmessige totalvurderingen. A har imidlertid i sin sak påpekt flere konkrete forhold ved eiendommen som han mente tilsa en lavere takst. Dertil har han vist til flere eiendommer som hadde fått lavere takst og som han mente kunne sammenlignes med hans. Rettsikkerhetshensyn taler da for at den sakkyndige klagenemnden burde ha uttrykkelig referert til hans hovedanførsler og kort begrunnet hvorfor nemnden ikke var enig med ham. På denne måten ville han bedre kunne se at anførselene var vurdert i klageomgangen.

Jeg kan vanskelig sette mitt skjønn over den sakkyndige ankenemndens vedrørende den konkrete vurderingen av omsetningsverdien av As eiendom, da vurderingen er gjort på et takstfaglig grunnlag og etter befarig med kjennskap til tomtens «beskaffenhet, anvendelighet og beliggenhet». På denne bakgrunn kan jeg vanskelig overprøve takstnemndenes taksering av As eiendom og de eiendommene han mener kan sammenlignes med hans og som har fått lavere takst. Ved eiendomsskattetaksering, må det godtas en noe grovmasket taksering, enten takseringen skjer ved skjønn, slik som her, eller ved bruk av sjabloner. Jeg vil også påpeke at enkelte av de mo-



mentene som A har påberopt for at eiendommen er for høyt taksert er subjektive oppfatninger som en ikke kan vente at en takstnemnd skal vektlegge når den skal finne eiendommens omsetningsverdi.

## 2. Ulik takseringsmetode for boligeiendommer og fritidseiendommer

Skattebetalerforeningen mener at taksering ved skjønn av fritidseiendommer og ved bruk av sjabloner for boligeiendommer har ført til usaklig forskjellsbehandling og at takseringen av fritidseiendommene er ulovlig.

Kragerø kommune redegjorde imidlertid i svarbrev 5. juni 2009 for bakgrunnen for at det ble valgt ulik takseringsmetode for de to eiendomstypene. Det ble opplyst at takstnemnden hadde vurdert å bruke sjabloner også for taksering av fritidseiendommer, men at det viste seg at det var vanskelig å lage sjabloner som ville gi tilnærmet riktig verdivurdering av disse eiendommene fordi det er store variasjoner i omsetningsverdien for fritidseiendommer i kommunen. Det ble også opplyst at boplikt var av stor betydning for omsetningsverdien, men at det også var andre ulikheter mellom fritidseiendommer og boligeiendommer og at dette til sammen gjorde at det i praksis ble to separate markeder med forskjellige kjøpegrupper for de to eiendomsgruppene. Skattetakstnemnden vedtok å takserer fritidseiendommer ved skjønn og at taksten skulle reflektere et «forsiktig anslag av omsetningsverdien» for å få en «buffer» mot at taksten i individuelle tilfeller oversteg omsetningsverdien. Kommunen ga videre denne begrunnelsen:

«Omsetningsverdien for fritidseiendommer i Kragerø er i vesentlig grad knyttet til eiendommens beliggenhet, herunder solforhold, innsyn, veitilknytning, tilgang til brygge, eventuell strandlinje (herunder kvaliteten på strandlinjen, bunnforhold, trafikk mv.). Ikke minst er også plasseringen av bygninger i terrenget og nærhet til strandlinjen viktige verdifaktorer. Dette er subjektive faktorer hvor helhetsinntrykket er avgjørende, og som er svært vanskelig å overføre til elementene i sjabloner med fastsatte satser.

Det følger videre av bestemmelsene til kommuneplanens arealdel at eksisterende hytter på bestående fritidseiendommer i Kragerø kommune kan utvides til inntil 100 kvm. Eksisterende annekser, på minst 10 kvm, kan utvides til inntil 30 kvm. Tillatelse til oppføring av ny fritidsbebyggelse på ubebygde tomter innenfor 100 meter beltet fra strandlinjen, krever dispensasjon etter bestemmelsene i plan- og bygningsloven. Slik dispensasjon gis i praksis ikke. Det gis heller ikke dispensasjoner fra kommuneplanens arealdel i LNF områder til nye hytter.

Dette innebærer blant annet at kjøpere av fritidseiendommer står relativt fritt til å oppgradere og utvide eksisterende bygninger på eiendommen innenfor fastsatte normer. Omsetningsverdien på en fritidseiendom er derfor i mindre grad knyttet til bygningenes størrelse og beskaffenhet,

og i større grad til eiendommens potensial. Således kan små hytter med oppgraderingsbehov oppnå høye priser i markedet dersom tomten er attraktiv og hytta har en gunstig plassering i terrenget og til strandlinjen. På den annen side kan store hytter med høy standard oppnå langt lavere markedspriser om eiendommen har en mindre attraktiv plassering.

Det følger av det overstående at omsetningsverdien av fritidseiendommer i skjærgården i Kragerø, ikke uten videre reflekteres gjennom standard og størrelse på bebyggelse og grunn. Til orientering vedlegges oversikt over reelle omsetninger i perioden 2005 til 2007, som ble fremlagt for takstnemnda.»

Lovens utgangspunkt er taksering ved bruk av skjønn: Takstverdien på eiendommen skal settes «til det beløp, som eiendommen efter sin beskaffenhet, anvendelighet og beliggenhet antages at kunne avhændes for under sedvanlige omsætningsforhold ved frit salg», jf. byskatteloven 18. august 1911 § 5 første ledd jf. eiendomsskatteloven § 33 annet ledd. I praksis er det godtatt et betydelig sjablonement i takseringssystemet blant annet på grunn av det store omfanget av takseringsarbeidet. Bruk av skjønn i takseringsarbeidet vil ikke i seg selv være en fare for rettsikkerheten til skattyterne, da vedtakene skal gis en kort begrunnelse, vedtakene kan påklages og som Kragerø kommune påpeker, så legges vedtakene ut til offentlig gjennomsyn. I Kragerø kommune har også eiere av fritidseiendommer fått tilsendt et skriv der det er angitt hvilke momenter som vektlegges i takseringen. Etter det jeg kan se, ligger det konkrete og saklige grunner bak valget av ulik takseringsmåte for fritidseiendommer og boligeiendommer og avgjørelsen synes å være fattet på et forsvarlig grunnlag. Ulik takseringsmetode for boligeiendommer og fritidseiendommer kan ikke generelt sies å være i strid med reglene om taksering i byskatteloven § 5. Ordningen med ulike takseringsmåter kan likevel innebære en fare for ubegrunnet forskjellsbehandling i enkelte tilfeller. Dette er det viktig å være klar over og skattetakstnemndene bør være oppmerksomme på dette ved taksering.

Spørsmålet er så om valg av ulike takseringsmåter for fritidseiendommer og boligeiendommer i seg selv er et brudd på likhetsprinsippet. Finansdepartementet har i et brev 19. juni 2007 til Skattebetalerforeningen gitt sine merknader til praksis med ulik taksering av boligeiendommer og fritidseiendommer ved bruk av sjabloner. Finansdepartementet har der vist til en tidligere uttalelse i brev 9. november 1995, der departementet uttalte blant annet følgende om kommuners bruk av sjabloner for å finne frem til en eiendoms omsetningsverdi:

«Et grunnleggende hensyn bak eiendomsskatteloven er likhetshensynet; eiendommer av samme karakter innen samme kommune skal behandles

likt. Dette innebærer at kommunen må legge de samme verdsettelsesprinsippene til grunn ved taksering av likeartede eiendommer beliggende i forskjellige deler av kommunen.»

Finansdepartementet ga videre uttrykk for i brevet 19. juni 2007 at en kommune i sjablonene kunne ta hensyn til typiske forskjeller i omsetningsverdi mellom like store enheter av fritidseiendommer og boligeiendommer. En begrensning måtte likevel være at det ikke ble brukt ulike kvadratmetersatser i tillegg til ulike sonefaktorer som begge skulle ta hensyn til ulik omsetningsverdi for fritidseiendommer og boligeiendommer, da dette ville være et brudd på likhetsprinsippet.

I svarbrevet 17. august 2009 har Kragerø kommune hevdet at det generelt

«ikke [kan] anses som brudd på et likhetsprinsipp i forvaltningen, at eiendommer som er undergitt forskjellig krav til bruk, takseres etter ulike metoder, så lenge ingen av metodene medfører at takstresultatet blir i strid med loven.»

Jeg deler ikke denne rettsforståelsen. Likhetsprinsippet må forstås strengere enn det Kragerø kommune her legger til grunn. Også ved bruk av ulike takseringsmetoder, må momenter som fører til gunstige takster innbakt i den ene takseringsmetoden også få utslag på taksten der den andre takseringsmetoden benyttes. Det er ikke tilstrekkelig for å utelukke forskjellsbehandling at det kan dokumenteres at alle takstene ligger under omsetningsverdien.

Spørsmålet i denne saken er om det ved utarbeidelsen av sjablonene til bruk for taksering av boligeiendommene er innarbeidet komponenter som kommer boligeierne til gode i form av gunstigere takst, men som eiere av fritidseiendommer ikke har fått tatt del i da deres eiendommer er skjønntaksert, slik at det gjennomgående er et større avvik mellom skatte- takst og omsetningsverdi for boligeiendommer enn for fritidseiendommer.

Jeg har merket meg Kragerø kommunes redegjørelse av at eiendommer i øvre sjikt vil kunne komme noe gunstigere ut ved bruk av sjabloner enn ved skjønnsfastsettelse. Kommunen skrev om dette i svarbrevet 5. juni 2009:

«Som det fremgår i punkt 2 vurderte takstnemnda at nivået på boligeiendommer ligger på ca 85 % - 90 % av omsetningsverdi, mens fritidseiendommer er taksert til en forsiktig antatt omsetningsverdi. Det er dermed ikke grunnlag for å hevde at sjablongreglene innebærer at boligeiendommer takseres vesentlig under omsetningsverdi og at det foreligger forskjellsbehandling mellom boligeiendommer og fritidseiendommer.

Bruk av sjablongregler vil kunne medføre at eiendommer som ligger i øvre sjikt i omsetningsverdi, kommer gunstig ut i takstene ved at sjablongregler normalt gir et jevnere nivå på takste-

ne for hele eiendomsmassen. Det er imidlertid ikke grunnlag for å hevde at det foreligger brudd på likhetsprinsippet når verdifulle eiendommer 'går glipp' av denne fordelene, fordi kommunen foretar skjønnsmessig verdsetting av samtlige fritidsboliger.»

At enkelte eiendommer i øvre sjiktet av prisskalaen kan oppnå en noe gunstigere takst ved sjablon- taksering enn ved skjønntaksering er etter min mening ikke tilstrekkelig til å slå fast at bruk av ulike takseringsmetoder medfører et brudd på likhetsprinsippet.

Skattebetalerforeningen har trukket frem noen eksempler på at boligeiendommer har fått vesentlig lavere eiendomsskattetakst enn oppgitt prisantydning eller omsetningssum. Kragerø kommune har vist til at det kan være kjøpers spekulasjoner om å få omregulert eiendommen til fritidseiendom som blant annet kan være bakgrunnen for dette store avviket. I alle tilfelle er det slik at eiendomsskattetakseringen nødvendigvis vil bli noe grovmasket både ved bruk av skjønn og ved bruk av sjabloner, og at det nok må aksepteres at det vil finnes noen eiendommer som etter takseringen av alle eiendommene i kommunen har kommet noe gunstigere ut enn andre, uten at dette kan lede til den konklusjon at det er en vesentlig mangel ved den takseringsmetoden kommunen har valgt å bruke.

Kragerø kommune har opplyst at sjablonene for boligeiendommene ble «kalibrert» ved prøvetaksering, og at prøvetakseringen deretter ble sammenlignet med reelle omsetninger av eiendommer i det aktuelle området. Takstnemnden ble i denne sammenheng forelagt en oversikt over reelle omsetninger i perioden 2005 til 2007, og takstnemnden mente at nivået på eiendomsskattetaksten av boligeiendommer lå på ca 85 % - 90 % av omsetningsverdi. Taksten for fritidseiendommer ble ved takseringen i årsskiftet 2007-2008 satt til et forsiktig anslag av omsetningsverdien. På denne bakgrunn har Skattebetalerforeningen i brev 29. juni 2009 anført at dette har ført til usaklig forskjellsbehandling. Dette er begrunnet med at Skattebetalerforeningen antar «at det i perioden fra 2005 til årsskiftet 07/08 har vært en ikke ubetydelig prisstigning i området, både for fritidseiendommer og boligeiendommer ...[og at] denne prisstigningen ikke fullt ut har blitt fanget opp ved utarbeidelsen av sjablongreglene for bolig, ved at de har sett på et gjennomsnitt oppnådd ved salg for hele perioden», men at prisstigningen er hensyntatt fullt for fritidseiendommer da disse eiendommene er taksert i årsskiftet 2007-2008.

Jeg oppfatter Kragerø kommunes beskrivelse av arbeidet med å utarbeide sjablonene for boligeiendommer noe annerledes enn Skattebetalerforeningen. Etter det jeg forstår, har skattetakstnemnden prøve-

taksert en eiendom (som har blitt omsatt i perioden 2005-2007) og så sammenlignet dette med den reelle omsetningsverdien, og jeg mener dette må være en forsvarlig måte å kontrollere sjablonene på. Omsetningsverdiene takstnemnden har sammenlignet sjablonene med er fra frem til mai 2007, slik at tidsrommet frem til fritidseiendommene ble taksert i årsskiftet 2007-2008 kan ikke sies å være langt. Taksten på fritidseiendommene ble satt til et forsiktig anslag av omsetningsverdien, og dette er et element som også må antas å fange opp en eventuell prisstigning i månedene før takseringen. Jeg har etter dette ikke grunnlag for å mene at ulik takseringsmetode for de to eiendomstypene har vært ulovhjemlet.»

## 72.

### Vedtak om eiendomsskatt – manglende grunngivning

(Sak 2009/406)

*Saka gjeld vedtak om eiendomsskatt på bustadeiendom i Hjelmeland kommune. Eiendomsskattegrunnlaget (taksten) på eiendommen var fastsett ved bruk av sjablonar, men ved ny handsaming etter klage i den sakkunnige ankenemnda blei taksten sett opp etter ei skjønnsmessig heilskapsvurdering.*

*Under tilvising til ombodsmannspraksis, krava til forsvarleg sakshandsaming og til å opptre i samsvare med god forvaltningsskikk, meinte ombodsmannen at Hjelmeland kommune si sakkunnige ankenemnd burde ha grunnlagt vedtaket om eiendomsskatt til skatteytars ugunst noko nærare.*

I vedtak 31. mars 2008 blei A og B pålagt eiendomsskatt på eiendommen sin X i Hjelmeland kommune. Taksten blei sett til kr 1 127 000. Med eit botnfrådrag på kr 100 000 og skattesats på to promille, blei eiendomsskatten utrekna til kr 2 054. I brev 27. april 2008 klaga A og B på vedtaket der dei mellom anna viste til at eiendommen ligg opp mot ein kommunal lagerplass/industriområde, og at eiendommen ikkje ligg i eit bustadområde med kommunal veg og kloakk. Dei meinte at dette burde ha gitt ein redusert ytre faktor og på den måten fått innverknad for eiendomsskattetaksten. I vedtak 27. oktober 2008 sette den sakkunnige ankenemnda taksten til kr 1 300 000 då den meinte at taksten på bustadhuset skulle vere monaleg høgare enn det den sakkunnige nemnda var komen fram til gjennom bruk av sjablonar. I brev 16. februar 2009 klaga A og B til ombodsmannen og innvende at ytre faktor skulle ha vore sett lågare og at dei i alle høve burde ha fått ei grunngivning for at taksten blei sett opp i den sakkunnige ankenemnda. Dei meinte vidare at dei sjølve burde ha fått avgjort om saka skulle sendast til den sakkunnige ankenemnda, etter at den sakkunnige nemnda hadde sett på saka på nytt.

A og B meinte også at inndeling i soner i kommunen ga unaturleg store variasjonar i taksten, og at inndeling førde til brot på likskapsprinsippet.

Hjelmeland kommune blei i brev 6. mai 2009 bedt om ei utgreiing i saka. For det fyrste blei kommunen bedt om å opplyse bakgrunnen for at den sakkunnige ankenemnda hadde nytta skjøn ved verdsetjinga. Det blei vist til Hjelmeland kommune sine «Rammer og retningslinjer for takseringa» der det går fram av punkt 5 at verdifastsetjinga av den einstilte eiendomen skal baserast på sjablonverdiar for ulike eiendomsgrupper og soner for ulike delar av kommunen, samt til at den sakkunnige nemnda hadde nytta sjablonane for å fastsetje taksten for eiendommen. Kommunen blei vidare bedt opplyse om det var feil av ankenemnda ikkje å kommentere A og B sine merknader om ytre faktor på eiendomen, særleg fordi ankenemnda hadde sett opp taksten i staden for ned. Hjelmeland kommune blei bedt særskild vurdere om grunnivinga til ankenemnda oppfylte krava oppstilt i vedtektene til kommunen § 5-8. Til sist blei kommunen bedt vurdere om merknaden om lokaliseringa til eiendomen skulle ha fått innverknad for taksten på eiendomen.

Hjelmeland kommune svarte i brev 4. juni 2009. Svaret frå kommunen er referert nærare nedanfor under mitt syn på saka.

Ombodsmannen er gjord kjent med at Fylkesmannen i Rogaland på bakgrunn av klagar frå skatteytarane i Hjelmeland kommune, har opna ei sak for å utføre lovlegkontroll med Hjelmeland kommune sitt vedtak om eiendomsskatt, jf. kommunelova 25. september 1992 nr. 107 § 59. Min kontroll med forvaltninga er etterfølgjande forvaltninga sin. Fylkesmannen i Rogaland har konsentrert undersøkingane sine til bakgrunnen for dei ulike sjablonverdiene, særskilt knytta til dei funksjonsbaserte sjablonverdiene som er gitt utslag i ulik kvadratmeterpris for fritidsbustader og bustadeiendommar og ulike soneverdiar for fritidsbustader og bustadeiendommar. Fylkesmannen har vidare bedt Hjelmeland kommune om ei utgreiing om takseringssystemet si vektlegging av registrerte data vurdert opp mot synfaringa av den einstilte eiendomane, kommunen sitt system og praksis for å fange opp feilprising som kan oppstå i eit sjablonbasert takseringssystem og korleis klagen reint formelt er behandla. Eg kan på denne bakgrunnen ikkje sjå at fylkesmannen sine undersøkingar vil kome i strid med dei sidene som det er funne grunn til å undersøkje herifrå i denne konkrete saka.

### Ved avslutninga av saka uttalte ombodsmannen:

#### «1. Takseringa av eiendomen

Skatteverdien til grunnlag for eiendomsskatten blir fastsett ved taksering, jf. skattelov for byane 18. au-

gust 1911 nr. 9 (byskattelova) § 4, jf. lov 6. juni 1975 nr. 29 om eigedomsskatt til kommunane (eigedomsskattelova) § 33 andre ledd. Takseringa er regulert av byskattelova § 5. Byskattelova § 5 fyrste ledd lyder:

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

I praksis er det godtatt ulike former for sjablonar for å finne frem til eigedomens omsetningsverdi, på grunn av mellom anna det store omfanget takseringsarbeidet har. Inndelinga av kommunen i takstsoner, vil vere basert på kommunen sitt skjøn der takstfaglege vurderingar er sentrale. Likskapsprinsippet – noko som er eit grunnleggjande omsyn bak eigedomsskattelova – inneber at eigedomar av same karakter innan same kommune skal handsamast likt. Ved bruk av sjablonar, må kommunen derfor leggje dei same verdsetjingsprinsippa til grunn ved taksering av likearta eigedomar som ligg i forskjellige delar av kommunen, medan soneinndelinga med ulike faktorar skal reflektere skilnader i omsetningsverdien i dei ulike delane av kommunen. I praksis har eg vore noko tilbakehalden med å overprøve takstfaglege vurderingar, og generelt har eg ingen rettslege innvendingar mot at Hjelmeland kommune har delt kommunen inn i ulike takstsoner. Eg har heller ikkje funne grunnlag for å overprøve Hjelmeland kommune si vurdering av at den aktuelle eigedomen ligg i ei sone med sonfaktor 1,0. I vurderinga av kommunen sitt arbeid må det også takast omsyn til at utskriving av eigedomsskatt er masseforvaltning slik at det nok må godtakast at inndelinga av takstsoner blir noko grovmaske.

Spørsmålet er dernest om den sakkunnige ankenemnda hadde høve til å nytte skjøn ved takseringa av eigedomen. Utgangspunktet i byskattelova er som nemnt at taksering skjer ved bruk av skjøn. Hjelmeland kommune har i «Vedtekter for eigedomsskatt» (vedteke av kommunestyret 12. desember 2007) i § 3-2 tredje ledd fastsett at

«[d]en sakkunnige nemnda kan vedta sjabloner til bruk i takseringa. Sjablonene skal vera eit hjelpemiddel for å koma fram i eigedommane sin omsetjingsverdi, og skal ta høgde for eigedommane sin verdi/karakter, kor anvendeleg den er, og at kor den ligg kan verke inn på verdien.»

Slike sjablonar er fastsette i «Rammer og retningslinjer for takseringa» i punkt 5 der det er bestemt at verdifastsetjinga av den einskilde eigedomen skal baserast på sjablonverdiar for ulike eigdomsgrupper og sonfaktorar for ulike delar av kommunen.

Den sakkunnige takstnemnda nytta sjablonane for å fastsette taksten på eigedomen, medan den sakkunnige ankenemnda valde i denne saka å bruke skjøn. Hjelmeland kommune har i brev 4. juni 2009 skrive om dette:

«I visse høve gir ikkje alltid det fastsette regelverket ein skjønsmessig mest mogeleg korrekt takst og i slike høve er det m.a. sakkunnig ankenemnd sitt ansvar å føreta slike skjønsmessige justeringar for å oppnå ein mest mogeleg tilpassa marknadsverdi.

I dette høvet er det slik sett det skjønsmessige faktagrunnlaget (regelverket) og tilhøyrande spesifisert takst som ankenemnda meiner ikkje fører fram til ein mest mogeleg korrekt marknadspris. Ankenemnda har ikkje trekt fram spesielle verdielement som grunnlag for ein noko auka takst, men har føreteke ei totalvurdering av alle verdielement som regelverket ikkje får fram i endeleg takst.»

Klagarar vil ha ei forventning om at takseringa av eigedomen vil skje på same måte i den sakkunnige ankenemnda som i den sakkunnige nemnda. Likevel skal den sakkunnige ankenemnda gjere ei sjølvstendig vurdering etter ei føregåande synfaring, jf. byskattelova § 4 anna ledd tredje punktum. Dette inneber at den sakkunnige ankenemnda også kan endre vedtaket frå den sakkunnige nemnda til klagar si ugunst. Vidare er byskattelova sitt utgangspunkt – som nemnt – at taksten blir fastsett ved skjøn. Eg har på denne bakgrunnen ikkje funne haldepunkt for på eit rettsleg grunnlag å kritisere den sakkunnige ankenemnda sitt vedtak så langt gjeld valet av å bruke skjøn i staden for bruk av sjablonar.

## 2. Grunngeving

Eg har i min praksis (sjå mellom anna sak 2006/143, publisert i ombodsmannen sin årsmelding for 2006 side 219 (Somb-2006-55)) lagt til grunn at det ut frå dei generelle forvaltningsrettslege prinsippa om forsvareleg sakshandsaming og god forvaltningsskikk kan stilles eit krav om «stutt grunngeving» i eigedomsskattesak (sjølv om eigedomsskattelova § 22 ikkje er i kraft, jf. § 33 og sjølv om det går uttrykkelig fram av eigedomsskattelova § 31 at forvaltningslova ikkje gjeld for «førehaving av saker etter denne lova»). Grunngevinga kan vere generell, og grunngevingsplikta gjer seg særleg gjeldande om det er konkrete merknader i klaga som det er nærliggjande å kommentere. Det kan vere tilstrekkeleg å vise til at merknadene til klagaren har blitt særskilt vurdert då utskriving av eigedomsskatt er ei form for masseforvaltning, og effektivitetsomsyn derfor også gjer seg gjeldande.

Hjelmeland kommune har i vedtektene for eigedomsskatt § 5-8 bestemt følgjande:

«Den sakkunnige ankenemnda utarbeider ein overtakstprotokoll med ei kort grunngiving for overtaksten. Protokollen skal angi kva faktum og rettsanvending overtaksten byggjer på og kva verdisettingsprinsipp som er nytta. Overtakstprotokollen må ta stilling til klagaren sine merknader.»

I telefonsamtale 24. april 2009 opplyste C ved eiendoms-skattekontoret i Hjelmeland kommune at overtakstprotokollen ikkje hadde ytterlegare opplysningar enn det som kom fram av vedtaket frå den sakkunnige ankenemnda.

I vedtak 27. oktober 2008 er det fyrst referert frå handsaminga i den sakkunnige nemnda. Her er A og B sine merknader kort summerte. Vidare står det:

*«Vurderingar av forhold klagen omhandler*

Eiendommen har fått en indre faktor på 0,75 som gjenspeiler standard og kvalitet på eiendommen ut fra en totalvurdering. Nemnda mener denne vurderingen er riktig og opprettholder indre faktor på 0,75:

Eiendommen grenser mot kommunal lagerplass. Eiendommen har fått ytre faktor 1,0. Ut fra en totalvurdering av eiendommens beliggenhet der en har vurdert både naboskap til lagerplass og til omliggende naturområder. Nemnda opprettholder ytre faktor.

Når det gjelder klagefristen, er den i samsvar med fristen lovverket trekker opp og som benyttes av alle kommuner.

*Vedtak i sakkyndig nemnd*

Takst på 1.127.000 kr på eiendommen X opprettholdes.

Saken oversendes sakkyndig ankenemnd til endelig behandling.

*Vedtak i sakkyndig ankenemnd*

Etter behandling i sakkyndig ankenemnd settes taksten til kr 1 300 000. Endringen er gjort ut fra en skjønsmessig totalvurdering (med grunnlag i 'Rammer og retningslinjer for takseringa') med sikte på å sette en takst som gjenspeiler eiendommens markedsverdi.»

Kommunen svarte i brev 4. juni 2009 at A og Bs merknader og vurderinga til den sakkunnige nemnda av klaga hadde vore ein del av saksgrunnlaget for den sakkunnige ankenemnda si handsaming og derfor ein del av ankenemnda sitt vurderingsgrunnlag. Vidare skreiv Hjelmeland kommune:

«Elles må det vera klart at oversendt og spesifisert opprinneleg takst samstundes er hovudgrunnlaget for handsaminga i begge nemndene.»

Det blei herifrå også stilt spørsmål om ankenemnda si grunngiving oppfylte krava oppstilt i kommunen sine vedtekter § 5-8. Til det svarte kommunen:

«Det må for det første vera rimeleg klart at ankenemnda har samanfallande syn med referert formulering, vurdering og vedtak i sakkunnig nemnd gjeldande skatteytar sin merknad.

Vidare grunnlag for ankenemnda sin overtakst byggjer elles på detaljert spesifikasjon av opprinneleg takst som igjen byggjer på eit skjønsmessig fastsett regelverk med sjablonar m.v.

...

Ankenemnda har ikkje trekt fram spesielle verdielement som grunnlag for ein noko auka takst, men har føreteke ei totalvurdering av alle verdielement som regelverket ikkje får fram i endeleg takst.»

Eg deler ikkje kommunen si oppfatning om at den sakkunnige ankenemnda har gitt ei tilstrekkeleg grunngiving for vedtaket sitt. Vurderinga av klaga framstår som grunnlaget for den sakkunnige nemnda si nye vurdering av saka og den sakkunnige nemnda kom til at det var riktig å oppretthalde taksten som fyrst var fastsette. Når den sakkunnige ankenemnda så kjem til eit anna resultat og som er til klagar si ugunst, samt når den sakkunnige ankenemnda vel å nytte skjøn for å finne omsetnadsverdien til eiendommen, har klagar ein rimeleg forventning om at dette blir grunngitt noko nærare. Ei grunngiving vil betre vareta rettstryggleiken til skatteytaren og skatteytaren vil uttrykkeleg sjå at også ankenemnda har sett merknadene hans. Vidare skaper kommunen sine vedtekter § 5-8 ei forventning om ei kort, men konkret grunngiving då det står at «[o]vertakstprotokollen må ta stilling til klagaren sine merknader.» Ikkje minst vil det vere i samsvar med god forvaltnings-skikk å gi ei grunngiving i dei sakene der ankenemnda nyttar skjøn, mens den sakkunnige takstnemnda har nytta sjablonar, fordi det då bør synleggjerast for skattytar kvifor den sakkunnige ankenemnda meiner taksering ved bruk av vedtekne sjablonar ikkje gir ein riktig omsetnadsverdi av eiendomen.

*3. Klage over for høg ytre faktor*

Hjelmeland kommune meinte at det var teke omsyn til plasseringa til eiendomen ved fastsetjinga av ytre faktor:

«Opprinneleg fastsetjing av ytre faktor ved synfaringa skal vera påverka av m.a. naboskapen til ein kommunal lagerplass på lik line med andre negative og positive verdiar.»

Gjennomgangen av saka har ikkje gitt haldepunkt for å rette avgjerande kritikk på eit rettsleg grunnlag av vedtaket kva gjeld bruk av ytre faktor på 1,0. Takstfastsetjing er i stort mon basert på skjøn, sjølv om skjønnet blir bunde opp noko ved bruk av sjablonar. I praksis har ombodsmannen generelt vore noko tilbakehalden med å overprøve takstfaglege vurderingar, og med den skriftlege sakshandsaminga

her er det også vanskeleg å overprøve ankenemnda si konkrete verddivurdering knytta til bruk av mellom anna eigedomens ytre faktorar, slik som plassering, solforhold med meir. Den sakkunnige ankenemnda har også synfare eigedomen før ny takst blei fastsette, i samsvar med byskattelova § 4 anna ledd tredje punktum, og vedtektene for utskriving av eigedomsskatt i Hjelmeland kommune § 5-6. På denne bakgrunnen har eg ikkje rettsleg grunnlag for å kritisere Hjelmeland kommune for at det ikkje fekk utslag for den ytre faktoren at eigedomen ligg ved ein kommunal lagerplass og at eigedomen har privat veg og kloakk. Når det i «Rammer og retningslinjer for taksering» punkt 5.1 står at «1,0 i ytre faktor avspeglar ein situasjon der eigedomar ligg i eit opparbeidd tomteområde (tomtetechnisk tilrettelagt)» må dette gjelde uavhengig av om det er kommunal veg og kloakk eller private ordningar. Vidare kan det nok neppe bety at ytre faktor på 1,0 berre skal nyttast for eigedomar i bustadfelt.

#### 4. Oversending av klage til sakkunnig ankenemnd

Hjelmeland kommune har informert om praksisen sin ved handsaming av klagar i informasjonsbrevet «Nå er eigedomen din taksert» 1. april 2008 punkt 3, der det mellom anna står:

«Dersom du ikkje får medhald (eller berre delvis medhald) i første klageinstans (sakkunnig nemnd), vert saka oversendt til endeleg klageinstans (sakkunnig ankenemnd) som slutthandsamar klagen».

Eg ser at ordvalet i kommunen sitt informasjonskriv kan vere eigna til å misforstå då kommunen skriv «første klageinstans» og «endeleg klageinstans», og at det på denne måten kan oppfattast at saka vil sendast over til den sakkunnige ankenemnda fyrst etter en ny klage. Eigedomsskattelova jf. byskattelova byggjer på ein toinstansordning, der vedtak frå den sakkunnige nemnda kan påklagast og då skal handsamast av den sakkunnige ankenemnda etter ei føregåande synfaring, jf. byskattelova § 4 anna ledd tredje punktum. Som hovudregel vil skattetakstnemnda ved klagar førebu saka for den sakkunnige ankenemnda, og vil også kunne rette opp feil i taksten. Etter eigedomsskattelova § 16 kan eigedomsskattekontoret vidare rette feil i skatteutskrivinga så lenge skatteåret ikkje er ute. I tillegg kjem det fram av Hjelmeland kommune sine vedtekter kapittel V og av «Rammer og retningslinjer for taksering etter lov om eigedomsskatt» punkt 8.2 at sakkunnig nemnd skal sende saka til den sakkunnige ankenemnda der klager ikkje får medhald, eller berre delvis medhald, og at den endelege overprøvinga av eigedomsskattevedtaka skjer i den sakkunnige ankenemnda. Det står uttrykkeleg i vedtektene § 5-7 at den sakkunnige an-

kenemnda kan prøve alle sider av saka og også endre taksten til skatteytaren sin ugunst. Etter dette kan kommunen ikkje kritiseras for å ha sendt A og B sin klage til den sakkunnige ankenemnda utan at dei blei orientert om dette på førehand.»

### 73.

#### Eigedomsskattesatsar – første gongs utskriving

(Sak 2009/305)

*I ein kommune hadde det vore skrive ut eigedomsskatt på verk og bruk med høgste sats på sju promille då kommunen vedtok å utvide området for eigedomsskatt til å gjelde heile kommunen. Etter eigedomsskattlova § 13 skal skattesatsen det første året ikkje overstige to promille, men ombodsmannen meinte det ikkje var nokon urett når eit hotell, ved innføringa av eigedomsskatt i heile kommunen, vart skattlagd etter same sats som alt var nytta for verk og bruk. Det vert ikkje rekna som første gongs utskriving når ein kommune alt har skrive ut eigedomsskatt på verk og bruk og seinare utvidar området for eigedomsskatten.*

A klaga til ombodsmannen over at hotell Y i X kommune vart ilagt eigedomsskatt etter ein høgare sats enn to promille, enda hotellet aldri før hadde vore skattlagd, og ho bad om ombodsmannen si vurdering.

#### Ved avslutninga av saka uttalte eg:

«Det går fram av X kommune sin heimeside at kommunestyret i møte ... vedtok å innføre generell eigedomsskatt for heile kommunen med verknad frå 1. januar 2008, og at det frå før var eigedomsskatt for verk og bruk i heile kommunen. Retten for kommunane til å skrive ut eigedomsskatt for heile kommunen vart innført ved lov 16. juni 2006 nr. 25 med verknad frå og med skatteåret 2007.

Etter eigedomsskattelova 6. juni 1975 nr. 29 § 11 første leden skal «[e]igedomsskatten ... vera minst kr 2 og ikkje meir enn kr 7 for kvar kr 1.000 av takstverdet». Og vidare går det fram av § 13 første leden første punkt at «[f]ørste året det vert utskrive eigedomsskatt i ein kommune, må skatten ikkje vera større enn kr 2 av kvart kr 1.000 av takstverdet». Det sentrale i forhold til di sak er kva som skal reknast som første gongs utskriving i X kommune.

Finansdepartementet har uttala seg om dette i Ot.prp. nr. 77 (2005-2006) om lov om endringar i skatte- og avgiftslovgivinga mv. pkt 14.4.4.3 om val av eigedomsskattesatsar ved utskrivinga (som du også, for så vidt gjeld dei tre første avsnitta, har vist til i brevet 1. juli 2008 til X kommune):

«Kommunestyret fastset kvart år i samband med budsjettet kva satsar og reglar som skal nyttast ved utskriving av eigedomsskatt for det komande skatteåret. I samsvar med eigedomsskattelova § 11 skal eigedomsskatten vere minst 2 promille og maksimum 7 promille av takstverdien.

Det første året det vert utskrive eigedomsskatt i ein kommune eller ein del av kommunen, må skatten ikkje vere større enn 2 promille av takstverdien, jf. eigedomsskattelova § 13.

Seinare kan skatten ikkje i noko år aukast med meir enn 2 promille. For huslause eigedomar og bustaddelen i eigedomar med sjølvstendige bustaddelar kan skatten likevel aukast med 3 promille.

Desse reglane gjeld som nemnd når det ikkje vert skriven ut eigedomsskatt året før i kommunen. Departementet har lagt til grunn at det ikkje vert rekna som slik første gongs utskriving når kommunen utvidar området for eigedomsskatten. Eit døme på dette er når kommunen tidlegare berre har skreve ut eigedomsskatt i einskilde delar av kommunen, men seinare vel å skrive ut eigedomsskatt også på nye område som har utvikla seg til å vere utbygd på byvis. Departementet legg difor til grunn at kommunane vil kunne nytte same skattesats på dei eigedomane som kjem til som følgje av at alternativet med å skrive ut eigedomsskatt i heile kommunen vert nytta. Dette er også i samsvar med prinsippet i siste ledd i § 13, som fastsett at kommunen kan bruke same sats som tidlegare også i område som kjem til gjennom ei utviding av kommunegrensane. Departementet ser difor ikkje behov for å fatsette noko særskild overgangsregel om dette. Om kommunen til dømes skriv ut eigedomsskatt med høgaste sats i dag, jf. eigedomsskattelova § 11, vil dette òg gjelde eigedom i det nye geografiske verkeområdet, dersom kommunen vel å ta dette nye verkeområdet inn i skatteutskrivinga. Generelt lågare sats kan likevel veljast, om kommunen skulle finne det ønskjeleg i samband med val av utvida verkeområde.»

Finansminister Kristin Halvorsen svarte i brev til Stortinget 13. mai 2008 på spørsmål 1023, som gjaldt vedtaking av skattesats på eigedomar som kjem til som følgje av at alternativet med å skrive ut eigedomsskatt i heile kommunen vert nytta. Ho viste her til Ot.prp. nr. 77 (2005-2006) slik det går fram av siste avsnitt ovanfor, og sa så mellom anna dette:

«Hensynet til forutsigbarhet og de skattepliktiges økonomi, som er grunnlaget for regelen i eigedomsskattelova § 11 om en gradvis økning av eiendomsskattesatsen, må i disse tilfellene vike for hensynet til likebehandling av skattyterne. Jeg anser det verken som rettfærdig eller i tråd med gjeldende rett at nye områder som kommer til beskatning i kommunene skal undergis en lavere skattesats enn de som også tidligere har vært pålagt eiendomsskatt.»

Eit liknande spørsmål har vore omtalt i juridisk teori, og konklusjonen har også der vore at likskapsprinsippet fører til at det ikkje vert rekna som første

gongs utskriving når kommunen utvidar området for eigedomsskatten. Det går fram av boka til Mattis Stavang, *Eigedomsskatt*, 1994, s.76 at:

«Lite praktisk, men mogeleg, er det også at tettstaden i ein kommune får eigedomsskatt seinare enn verk og bruk utanfor tettstaden. Kommunestyret treng då ikkje starte på eit lægre nivå for skattesatsen i tettstaden enn det som alt gjeld for verk og bruk. Likskapsprinsippet fører til denne tolkinga.»

Gjennomgangen av saka gjev etter dette ikkje haldepunkt for at ytterlegare undersøkingar herifrå vil kunne føre til rettslege innvendingar mot at hotell Y, ved innføringa av eigedomsskatt i heile X kommune, vert skattlagd etter ein høgare sats enn to promille.

Eg kan etter dette diverre ikkje vere til vidare hjelp med denne saka.»

## 74.

### Utskriving av eiendomsskatt i Vågsøy kommune

(Sak 2009/1793)

*På bakgrunn av en artikkel i media som reiste spørsmål om eiendomsskatten var utskrevet rettidig i Vågsøy kommune, ble saken undersøkt nærmere av eget tiltak. Ombudsmannen fant å kunne la saken bero med den forklaring og de redegjørelser som ble gitt av kommunen.*

På bakgrunn av en artikkel publisert 3. august 2009 på NRKs nettsider, som reiste spørsmål om eiendomsskatten var utskrevet rettidig i Vågsøy kommune, ble det funnet grunn til av eget tiltak å undersøke saken noe nærmere. De foreløpige undersøkelsene herfra viste at det i brosjyren «Informasjon om taksering for eiendomsskatt, Vågsøy kommune 18. mai 2009», under overskriften «Nå takseres eiendommen din», fremgikk at eiendommene skulle besiktiges i løpet av mai/juni 2009 og at takst og beregnet eiendomsskatt skulle legges ut til offentlig ettersyn i juli 2009.

Ved første gangs utskriving av eiendomsskatt i en kommune «må alminnelig taksering, herunder dog ikke mulige overtakster, være avsluttet innen utgangen av juni i det år skatt etter takstverdien første gang skal svares», se lov 4. mars 1960 om tillegg til skattelover for landet og for byene av 18. august 1911, I § 2, jf. eiendomsskatteloven 6. juni 1975 § 33 annet ledd. Dersom det er utskrevet eiendomsskatt tidligere i kommunen, skal skatten «så langt råd er vera utskreven før 1. mars i skatteåret», jf. eiendomsskatteloven § 14.

I brev herfra ble Vågsøy kommune bedt om å opplyse hvorvidt kommunen hadde hatt eiendoms-

skatt på enkelte eiendommer også før 2009. Kommunen ble også bedt om å opplyse når den alminnelige takseringen faktisk ble avsluttet. For det tilfellet at kommunen ikke hadde hatt eiendomsskatt på noen eiendommer tidligere, og takseringen ble avsluttet etter utgangen av juni 2009, ble kommunen bedt om å redegjøre for grunnen til det.

I svarbrevet opplyste Vågsøy kommune at det ikke hadde vært utskrevet eiendomsskatt i kommunen før i 2009. Videre opplyste kommunen at «[a]lminnelig taksering var avsluttet, og skatteliste lagt ut til offentlig ettersyn på kommunens nettside og i servicekontoret den 30. juni 2009».

### **I mitt avsluttende brev til Vågsøy kommune uttalte jeg:**

«Ved første gangs utskrivning av eiendomsskatt i en kommune er det den *alminnelige takseringen* som må være avsluttet innen utgangen av juni, mens for senere års utskrivning av eiendomsskatt må eiendomsskatten så langt råd er være *utskrevet* før første mars i skatteåret. Vågsøy kommune har fullført takseringen og lagt ut skattelistene til offentlig gjennomsyn innen 30. juni 2009. Ut fra ordlyden i tilleggsløven til byskatteloven § 2, er det da uten betydning at vedtakene er datert noen dager ut i juli måned. Jeg har ikke tatt stilling til om vurderingen blir den samme dersom eiendomsskattevedtakene blir sendt ut flere uker etter 30. juni i skatteåret.

På denne bakgrunn har jeg funnet å kunne la saken bero med den orientering som Vågsøy kommune har gitt, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 fjerde ledd.»

## **75.**

### **Eiendomsskatt – saksbehandlingen i Tranøy kommune**

(Sak 2009/1230)

*Saken gjaldt vedtak om eiendomsskatt på fritidseiendom i Tranøy kommune, herunder saksbehandlingen tilknyttet utskrivning og klage over eiendomsskatt.*

*Ombudsmannen kritiserte Tranøy kommune for manglende journalføring, saksbehandlingen i forbindelse med endring av eiendomsskattetakst, og for at det ikke var gitt oppreisning for oversittelse av klagefrist. Saken reiste også spørsmål om lovmessigheten av bruk av ulike sjabloner for fritidseiendommer og boligeiendommer.*

A og hennes fire søsken ble for eiendom X i Tranøy kommune ilagt eiendomsskatt på bakgrunn av en eiendomsskattetakst som først ble satt til kr 278 000, senere endret til kr 557 000. Vedtak om eiendomsskatt skal ha blitt sendt ut før 30. juni 2008. I brev 21. april 2009 klaget A over blant annet økningen i eien-

domsskattetaksten på bakgrunn av tilsendte fakturaer fra Tranøy kommune. I brev 29. april 2009 svarte økonomisjefen i Tranøy kommune på klagen og opplyste blant annet at grunnen til at taksten var økt var at eiendommen først var taksert som helårsbolig, men at taksten ble endret da det ble oppdaget at eiendommen var en fritidseiendom. I brev 26. mai 2009 klaget A til ombudsmannen på vegne av alle sameierne av eiendommen og skrev at de var svært lite tilfredse med saksbehandlingen av deres eiendomsskattesak. Det ble anført at de ikke hadde fått tilsendt informasjon og vedtak om eiendomsskatt, og at de ikke hadde blitt varslet før eiendommen ble taksert.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken, og i brev 15. juli 2009 ble Tranøy kommune bedt om å redegjøre noe nærmere for saksbehandlingen av eiendomsskattesaker. Av de oversendte saksdokumentene fremgikk det at eiendommen første gang ble besikttet 10. april 2008, men ikke om og eventuelt når eiendommen ble taksert i klageomgangen. Videre fremgikk det ikke når vedtak ble truffet, om vedtaket var oversendt sameierne, om det ble orientert om klagefrist, om saken var behandlet i overtakstnemnda eller om når endelig vedtak om eiendomsskatt på eiendommen ble truffet. Det ble på denne bakgrunn uttrykt tvil om alle dokumentene knyttet til saken var oversendt hit, og Tranøy kommune ble på nytt bedt oversende alle saksdokumentene i saken. Videre ble det bedt om at kommunen redegjorde for eierforholdet på eiendom X, og opplyste om informasjon om utskrivning av eiendomsskatt og eiendomsskattevedtakene var sendt noen av de andre sameierne. Dessuten ble kommunen bedt om å redegjøre for saksgangen tilknyttet utskrivning av eiendomsskatt på eiendommen og generelt for hvilken informasjon som ble sendt ut til skattyterne i forkant av utskrivningen av eiendomsskatten i kommunen i 2008. Tranøy kommune ble også bedt om å opplyse om klagen 21. april 2009 fra A ble ansett å være sendt rettidig i forhold til klagefristen, og om klagen var behandlet av den sakkyndige ankenemnda. Videre ble kommunen bedt om å gi en begrunnelse for at taksten på eiendommen tilsynelatende var økt fra kr 278 000 i 2008 til kr 557 000 i 2009, og om å gi en redegjørelse for om det var benyttet ulike sjabloner for helårsboliger og fritidseiendommer i kommunen. I tillegg ble det bedt redegjort for kommunens rutiner for å registrere innkomne og utgående dokumenter i eiendomsskattesaker.

Tranøy kommune svarte i brev 16. juli 2009. Svaret er nærmere referert nedenfor under mitt syn på saken.

Det ble herfra funnet nødvendig å be kommunen utdype svaret noe. Under henvisning til byskatteloven 18. august 1911 nr. 9 § 5 og Finansdepartementets uttalelse i brev 19. juni 2007, ble Tranøy kommune bedt om å gi sin vurdering av om kommunens



praksis, ved bruk av ulike ytre faktor for fritidseiendommer og boligeiendommer i samme område, var i tråd med gjeldende lov og med de presiseringer som Finansdepartementet hadde gitt. Kommunen ble også bedt om å opplyse om de ulike ytre faktorene for de to eiendomstypene er ment å reflektere forskjeller i markedsverdi på fritidseiendommer og boligeiendommer, og om mulig dokumentere eventuelle forskjeller i markedsverdien mellom de to eiendomstypene.

Tranøy kommune ga et utfyllende svar i brev 31. august 2009 og vedla prospekt med påført salgssum for tre eiendommer i Tranøy kommune. Svaret er nærmere referert nedenfor.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. *Journalføring av saksdokumenter i eiendomsskattesaker*

I medhold av lov 4. desember 1992 nr. 126 om arkiv (arkivloven) og forskrift 11. desember 1998 nr. 1193 om offentlege arkiv § 2-6 skal

«[e]it offentlig organ ... ha ein eller fleire journalar for registrering av dokument i dei sakene organet opprettar. I journalen skal ein registrere alle inngåande og utgåande dokument som etter offentliglova § 4 må reknast som saksdokument for organet, dersom dei er gjenstand for saksbehandling og har verdi som dokumentasjon.»

Et dokument er i lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentliglova) § 4 første ledd definert som et

«logisk avgrensa informasjonsmengd som er lagra på eit medium for seinare lesing, lytting, framsyning, overføring eller liknande.»

Et saksdokument er i offentliglova § 4 annet ledd definert som et

«dokument som er komne inn til eller lagde fram for eit organ, eller som organet sjølv har oppretta, og som gjeld ansvarsområdet eller verksemda til organet. Eit dokument er oppretta når det er sendt ut av organet. Dersom dette ikkje skjer, skal dokumentet reknast som oppretta når det er ferdigstilt.»

Videre er det krav om at innføringen i journalen skal skje på en måte som gjør det mulig å identifisere dokumentet, og at følgende føres inn i journalen ved registreringen (jf. arkivforskriften § 2-7 første og annet ledd):

- a) journalføringsdato,
- b) saks- og dokumentnummer (journalnummer i papirbaserte journalar),
- c) sendar og/eller mottakar,
- d) opplysningar om sak, innhald eller emne,
- e) dateringa på dokumentet.

I tillegg skal journalen innehalde arkivkode (etter arkivnøkkelen), ekspedisjons- eller avskrivingsdato og avskrivingsmåte.»

Tranøy kommune opplyste i brev 16. juli 2009 at kommunen hadde forholdt seg til en av sameierne på eiendommen (A) og at kommunen brukte fagsystemet KomTek til arbeidet med utskrivning og oppfølging av grunnlag for eiendomsskatt og kommunale gebyrer og systemet ESA – Elektronisk Saksbehandlings- og Arkivsystem til «skriftlig kommunikasjon». Videre skrev kommunen om saksgangen i eiendomsskattesaker:

«Når det gjelder saksgangen i forkant av utskrivning av eiendomsskatt i Tranøy kommune er det gjort vedtak i kommunestyret i desember 2007 om dette (vedlegg 5). Kunngjøring er foretatt 31.12.07 (vedlegg 6). Dermed er det i januar 2008 sendt brev til skatteyterne med informasjon om hvilke opplysninger vi hadde på eiendommene der kommunen ba om tilbakemelding om våre opplysninger var uriktige (vedlegg 7). 25.01.08 ble 'Forslag til vedtekter og retningslinjer' (tidligere oversendt Sivilombudsmannen) kunngjort lagt ut for offentlig ettersyn (vedlegg 8). 26.03.08 ble det i tillegg utsendt informasjonsbrev om at eiendommene skulle besiktes (vedlegg 9). Skattemåte for offentlig ettersyn ved innføring av eiendomsskatt i Tranøy kommune følger vedlagt (vedlegg 10).»

Etter det jeg forstår, ble det utsendt skatteseddel til skattyterne samtidig som skattemåtene ble lagt ut til offentlig ettersyn. A opplyste imidlertid i brev 12. august 2009 at hun og hennes søsken kun hadde mottatt fakturaer vedrørende eiendomsskatt i kommunen, og ingen annen informasjon eller vedtak/skatteseddel. Kommunen har oversendt sakens dokumenter hit 25. juni 2009 og 16. juli 2009. Blant disse ligger ikke skatteseddelen på den aktuelle eiendommen. Det må derfor legges til grunn at skatteseddelen ikke er journalført som et dokument på saken. Skatteseddelen i eiendomsskattesaker er forvaltningsvedtaket der skattyteren orienteres om den sakkyndige nemndas avgjørelse og det gis orientering om klageadgang og klagefrist. Det er på det rene at det etter arkivloven med forskrift er krav om at et slikt dokument skal journalføres. Det samme gjelder vedtak fra den sakkyndige ankenemnda etter klage og skjema med kommunens opplysninger om eiendommen, utsendt som vedlegg til et generelt brev til alle skattytere og datert januar 2008, da disse dokumentene må sies å være saksdokumenter som «er gjenstand for saksbehandling og har verdi som dokumentasjon», jf. arkivforskriften § 2-6.

Blant annet fordi Tranøy kommune ikke har journalført skatteseddelen og de øvrige brevene om varsel om utskrivning av eiendomsskatt, kan jeg vanske-

lig ta stilling til om Tranøy kommune har sendt informasjonen og vedtakene til A.

Jeg må etter dette rette kritikk mot Tranøy kommune for ikke å ha lovmessige rutiner for å registrere og journalføre alle inngående og utgående dokumenter i eiendomsskattesaker. Det er viktig at dokumenter i eiendomsskattesaker lett kan identifiseres til gnr og bnr og eierrepresentant for blant annet å sikre at den enkelte skattyter enkelt skal få tilgang til alle saksdokumentene tilknyttet sin eiendom. Det er også viktig for etterprøvbarheten og kontrollhensynet generelt at alle inngående og utgående dokumenter vedrørende eiendomsskatt tilknyttet en eiendom registreres på samme sak. Jeg må anmode Tranøy kommune om å gå igjennom sine journalføringsrutiner og foreta nødvendige endringer slik at arkivet i eiendomsskattesaker blir i samsvar med arkivlov og forskrift.

## 2. Endring av eiendomsskattetakst

Da Tranøy kommune oppdaget at gjeldende eiendom feilaktig var taksert som boligeiendom i stedet for fritidseiendom, ble dette rettet uten at eierne ble varslet. Takseringsfeilen ble gjort selv om eiendommen var klassifisert som fritidseiendom i skjema for besiktigelse 10. april 2008 som lå til grunn for den sakkyndige nemndas behandling. Jeg må legge til grunn at det var eiendomsskattekontoret som foretok endringen, da kommunen ikke har vedlagt dokumentasjon på at saken ble behandlet på nytt i den sakkyndige nemnda.

I medhold av lov 6. juni 1975 nr. 29 om eiendomsskatt i kommunane (eiendomsskatteloven) § 17 «skal utskrivninga rettast i samsvar med dei skattesatsane og reglane som galdt for vedkomande år» dersom det «i strid med føresegnene i denne lova ikkje [er] skrive ut eiendomsskatt, eller det [er] skrive ut for liten skatt av andre grunnar enn dei som er nemnde i § 16». I denne saken har det ikke skjedd en ren skrive- eller regnefeil som kan endres av eiendomsskattekontoret i medhold av § 16 og tilfellet faller ikke inn under unntaksbestemmelsene i § 17 tredje til femte ledd, (§ 17 annet ledd er kun trådt i kraft med virkning for anlegg for produksjon av elektrisk kraft). Det fremgår ikke av eiendomsskatteloven hvem som har myndighet til å foreta endringer i medhold av § 17. Dette må da avgjøres ut fra hvilken feil som skal rettes. I dette tilfellet var eiendommen feilaktig taksert som boligeiendom, og ut fra kommunens vedtatte sjabloner skulle ytre faktor endres fra 0,6 til 1,2 som gjaldt fritidseiendommer. Sjablonene er imidlertid bare retningsgivende og den sakkyndige nemnda skal foreta en vurdering av om utregnet takst etter sjablonene avspeiler omsetningsverdien som skal legges til grunn, jf. § 5, se eiendomsskatteloven § 33 annet ledd. Dette er en vurdering som er tillagt den sakkyndige nemnda, og ikke eiendomsskattekon-

toret. Da kommunen oppdaget at eiendommen var taksert feil, skulle saken ha blitt behandlet på nytt i den sakkyndige nemnda.

Spørsmålet blir så om denne feilen har hatt innvirkning på avgjørelsen. Ved gjennomgangen av beregningen av eiendomsskattetaksten for eiendommen, sett opp mot kommunens vedtatte retningslinjer for taksering, kan det synes som fritidseiendom skal ha dobbel verdi sammenlignet med tilsvarende boligeiendom. Imidlertid, da kommunen ikke har vedlagt en detaljert oversikt over hvordan eiendomsskatten etter sjablonene er beregnet, er det vanskelig å si noe sikkert om beregningen. Dette, sett sammen med at den sakkyndige nemnda skal foreta en selvstendig vurdering, gjør at jeg har funnet grunn til å anmode Tranøy kommune om å sørge for at saken behandles av den sakkyndige nemnda, at vedtaket gis en kort begrunnelse og at det gis ny klagefrist på vedtaket.

## 3. Behandling av klage over eiendomsskatt – klagefrist

Tranøy kommune opplyste i brev 16. juli 2009 at klagen fra A ikke var behandlet i den sakkyndige ankenemnda, og begrunnet dette slik:

«Det påpekes at Tranøy kommune har lagt ut eiendomsskatt for offentlig ettersyn innen lovpålagt frist 30. juni 2008. Det er også innen denne dato utskrevet skattesedler hvor det fremkommer rettigheter i forbindelse med klageadgang, takstgrunnlag og utregnet eiendomsskatt for 2008. Det var 3 uker klagefrist fra mottak av skatteseddel. Klagen [21. april 2009] fra A er derfor ikke kommet rettidig og derved ikke behandlet i takstnemnda. Takstnemnda har vedtatt takstene 27.06.08 (vedlegg 1).»

A har opplyst at hun og hennes søsken kun har mottatt fakturaer med krav om innbetaling av eiendomsskatt, men ingen informasjonsbrev og heller ikke skatteseddelen med eiendomsskattevedtaket. Videre opplyste hun at det var på bakgrunn av den siste fakturaen der eiendomsskatten var satt opp, at hun innsendte en klage over eiendomsskatt på eiendommen. Jeg legger til grunn at Tranøy kommune utsendte skattesedlene innen 30. juni 2008, men har ikke grunnlag for å uttale meg om A eller hennes søsken særskilt ble tilsendt skatteseddelen. Klagefristen var oppgitt til tre uker fra mottatt skatteseddel. Etter dette er As klage 21. april 2009 innkommet for sent.

Spørsmålet er om A og hennes søsken burde ha fått oppreisning for fristoversittelse. Eiendomsskattelovens bestemmelser om klage i §§ 19-22 er ikke trådt i kraft, jf. § 33 første ledd. Byskatteloven §§ 4 og 5 som gjelder i stedet, jf. eiendomsskatteloven § 33 annet ledd, regulerer ikke det forhold at klagefristen er oversittet. Videre gjelder ikke forvaltningslovens generelle regler, jf. eiendomsskatteloven § 31.

Spørsmålet må da vurderes ut fra alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk. Gode grunner taler da for å se hen til bestemmelsen i forvaltningsloven § 31 som lyder:

«Selv om klageren har oversittet klagefristen, kan klagen tas under behandling såfremt

- a) parten eller hans fullmektig ikke kan lastes for å ha oversittet fristen eller for å ha drøyd med klage etterpå, eller
- b) det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.

Ved vurderingen av om klagen bør tas opp til behandling, skal det også legges vekt på om endring av vedtaket kan medføre skade eller ulempe for andre.

Klagen kan ikke tas under behandling som klagesak dersom det er gått mer enn ett år siden vedtaket ble truffet.»

Det fremgår også av kommunens vedtekter for eiendomsskatt § 5-3 at «[v]ed fristoversittelse kan fristutsettelse innvilges når skattyter ikke kan bebreides for fristoversittelsen eller det er av særlig stor betydning å få behandlet begjæringen». Etter det jeg er kjent med, har ikke kommunen ved mottak av klagen vurdert om det skulle gis oppreisning for fristoversittelse.

På grunn av manglene ved kommunens journalføring er det usikkert om skattevedtaket ble sendt og til hvem av de fem søsknene kommunen sendte vedtaket til. Selv om kommunen har opplyst i brev hit at den har forholdt seg til en av søsknene ved korrespondanse om eiendommen, verserer flere av søsknernes navn i de øvrige saksdokumentene. Videre ble søsknene ikke informert om at taksten ble endret da det ble oppdaget at eiendommen skulle takseres som fritidseiendom i stedet for boligeiendom. Riktignok burde søsknene ha etterlyst skatteseddelen og eiendomsskattevedtaket ved mottak av første faktura på innbetaling av eiendomsskatt, men jeg har funnet at det ikke kan legges avgjørende vekt på dette.

Etter en samlet vurdering av saksbehandlingen av saken, med den usikkerheten om søsknene har mottatt noen informasjon i saken, og ettersom Tranøy kommune skulle ha truffet et nytt vedtak om eiendomsskatt da det ble oppdaget at eiendommen var feil taksert, har jeg kommet til at det forelå særlige grunner som ga rimelig grunn for kommunen til å ta klagen under behandling og anmode den sakkyndige ankenemnda om å vurdere saken.

#### 4. Ulike sjabloner for boligeiendommer og fritidseiendommer

Tranøy kommune har i «Retningslinjer for alminnelig taksering», vedtatt av kommunestyret 26. februar

2008, under punkt 5.2.4 Sonefaktor bestemt følgende:

«Omsetningsverdien kan være forskjellig i ulike deler av kommunen, men vil slå forskjellig ut for boliger og fritidsboliger. Det foreslås at det ikke nyttes sonefaktor. Sakkyndig nemnd vil heller bruke ytre faktor for å hensynta variasjon i omsetningsverdi.»

Ved taksering av eiendomsskatt skal takstverdien på eiendommen settes «til det beløp, som eiendommen etter sin beskaffenhet, anvendelighet og beliggenhet antages at kunne avhændes for under sedvanlige omsætningsforhold ved frit salg», jf. byskatteloven § 5. Byskattelovens utgangspunkt er taksering ved bruk av skjønn, men i praksis har det vært godtatt et betydelig sjablonement i takseringssystemet blant annet på grunn av det store omfanget av takseringsarbeidet. Finansdepartementet har i et brev 19. juni 2007 til Skattebetalerforeningen gitt sine merknader til praksis med ulik taksering av boligeiendommer og fritidseiendommer ved bruk av sjabloner. Finansdepartementet har der vist til en tidligere uttalelse i brev 9. november 1995 der departementet uttalte blant annet følgende om kommuners bruk av sjabloner for å finne frem til en eiendoms omsetningsverdi:

«Et grunnleggende hensyn bak eiendomsskatte- loven er likhets hensynet; eiendommer av samme karakter innen samme kommune skal behandles likt. Dette innebærer at kommunen må legge de samme verdsettelsesprinsippene til grunn ved taksering av likeartede eiendommer beliggende i forskjellige deler av kommunen.»

Finansdepartementet ga videre uttrykk for i brevet 19. juni 2007 at en kommune i sjablonene kunne ta hensyn til typiske forskjeller i omsetningsverdi mellom like store enheter av fritidseiendommer og boligeiendommer. Verdsettelsen skulle likevel ikke bli slik at det ble brukt ulike kvadratmetersatser i tillegg til ulike sonefaktorer som begge skulle ta hensyn til ulik omsetningsverdi for fritidseiendommer og boligeiendommer, da dette ville være et brudd på likhetsprinsippet. Disse prinsippene trukket opp av Finansdepartementet må også gjelde der en ønsker å avspeile forskjeller i omsetningsverdien gjennom ulik ytre faktor, slik som Tranøy kommune har valgt.

I «Mal for faktorvurdering» har kommunen vedtatt et skjema med ulike ytre faktorer for beliggenhet, fare eller sjenanse i nærmiljøet, spesielle forhold i området og kvaliteter i nærmiljøet, og også disse faktorene er til dels ulike for boligeiendommer og fritidseiendommer. Etter det jeg forstår, er det benyttet en multiplisert faktor, slik at der flere faktorer samvirker er disse multiplisert. For området der søsknernes fritidsbolig ligger, er ytre faktor beliggenhet satt til 0,6 for boligeiendom, mens 1,2 for fritidseiendom.

Skjema for besiktigelse 10. april 2008 har ikke oppført noen ytre faktor, men Tranøy kommune har oppgitt at eiendommen først fikk ytre faktor 0,6 og så 1,2. Ved bruk av multiplisert faktor antas det at de andre ytre faktorene for eiendommen er satt til 1,0.

Tranøy kommune begrunnet valget med å ha ulik ytre faktor for helårsboliger og fritidseiendommer i brev 31. august 2009:

«Tranøy kommune er en liten kommune og en typisk 'hyttekommune' med mange fritidseiendommer (600 av 1400 boliger er fritidsboliger). Det er særlig i sørlige del av kommunen det er populært med fritidsboliger, noe som gjenspeiles i faktorverdi for fritidsboliger i sørlige del av kommunen med 1,2.

Samtidig er det vanskeligere å omsette helårsboliger i sørlige del av kommunen enn i nord, som faktorverdi på 0,6 gjenspeiler.

I henhold til Byskatteloven skal skattegrunnlaget tilsvare omsetningsverdi ved fritt salg. Vi mener at retningslinjene gjenspeiler omsetningsverdien i kommunen. Vedlagt følger eksempler på forskjell i takst og omsetningsverdi.

Tranøy kommune er således av den oppfatning at kommunens faktorverdivurdering ikke er i strid med Finansdepartementets uttalelse.»

Videre har Tranøy kommune lagt ved tre prospekter, to for fritidseiendommer og en for boligeiendom, der informasjon om eiendommen og salgssum fremgår. Eiendommene er tilnærmet like i størrelse, mens brutto boareal varierer og det fremgår lite om standard, beliggenhet m.v. som vil være av betydning for omsetningsverdien.

Jeg må etter dette legge til grunn at forskjellene i omsetningsverdi for fritidseiendom og boligeiendom kun er hensyntatt ved en faktor, ytre faktor (da de forskjellige ytre faktorene er multiplisert til en felles faktor), og at det eksisterer en forskjell i omsetningsverdien ved de to eiendomstypene. Ved gjennomgangen av sakens dokumenter og på bakgrunn av de undersøkelser som har vært gjort, har jeg ikke funnet holdepunkter for at det er rettslig grunnlag for å kritisere Tranøy kommune for å hensynta forskjeller i omsetningsverdien gjennom ulik ytre faktor for boligeiendommer og fritidseiendommer. Imidlertid vil jeg fremheve at sjablonene uansett kun kan være et utgangspunkt, og at den sakkyndige nemnda skal se hen til lovens regel om at det er omsetningsverdien som skal legges til grunn for eiendomsskattetaksten.»

## 76.

### Forsinkelsesgebyr ved for sent innlevert årsregnskap

(Sak 2008/1730)

*En stiftelse som ble ilagt forsinkelsesgebyr på grunn av for sent innlevert årsregnskap mente at betingelsene for å ilegge gebyret ikke var til stede. Stiftelsen*

*klaget over at verken Regnskapsregisteret eller Kredittilsynet hadde behandlet stiftelsens henvendelser som en sak om manglende hjemmel for gebyrileggelse, men i stedet som en sak om ettergivelse av gebyret.*

*Ombudsmannen mente at det ikke var tvil om at stiftelsens henvendelser til Regnskapsregisteret og Kredittilsynet gjaldt manglende hjemmel for gebyrileggelse. Det var grunn til å kritisere Regnskapsregisteret og Kredittilsynet for ikke å ha behandlet spørsmålet om manglende hjemmel. Videre kom ombudsmannen til at Regnskapsregisteret ikke hadde hjemmel for ileggelse av forsinkelsesgebyr i denne saken. Ved innsendelsen av stiftelsens årsregnskap m.v., var det kun oversendelsesbrevet som manglet. Regnskapsloven eller tilhørende forskrift gir ikke hjemmel for å ilegge forsinkelsesgebyr på grunn av en slik feil. Regnskapsregisteret ble derfor bedt om å behandle saken på nytt.*

Regnskapsregisteret besluttet å ilegge stiftelsen X forsinkelsesgebyr, idet det ble vist til at stiftelsen ikke hadde sendt inn komplett årsregnskap, årsberetning og revisjonsberetning for stiftelsen, jf. regnskapsloven 17. juli 1998 nr. 56 § 8-3 første ledd. Advokat A påklaget avgjørelsen, men verken Regnskapsregisteret eller Kredittilsynet tok klagen til følge.

I klagen til ombudsmannen klaget stiftelsen, ved advokat A, på vedtaket om forsinkelsesgebyr. A mente at innsendingen av årsregnskap m.v. var komplett da det ble innsendt første gang, slik at Regnskapsregisteret ikke hadde hjemmel for å ilegge forsinkelsesgebyret på grunn av for sent innlevert årsregnskap. Det ble også klaget på at Kredittilsynet ikke hadde tatt uttrykkelig stilling til anførselen om at Regnskapsregisteret manglet hjemmel for å ilegge gebyret, men i stedet hadde behandlet klagen som en sak om ettergivelse av det ilagt gebyret.

Saken ble tatt opp med Kredittilsynet og det ble vist til sakens dokumenter, der det var gitt ulike begrunnelser for årsaken til at innsendingen fra X ikke ble ansett som komplett. Det ble stilt spørsmål ved om det var andre mangler ved den første innsendingen fra X den 2. juli 2007 enn at oversendelsesbrevet manglet. Det ble videre spurt om de manglende opplysningene eventuelt kunne finnes andre steder i dokumentene, og det ble bedt om en redegjørelse for bakgrunnen for kravet om oversendelsesbrev og for hvilken funksjon et slikt oversendelsesbrev tar sikte på å ha.

Videre ble det påpekt herfra at styrets årsmelding, revisjonsberetningen og årsregnskapet fulgte med den første innsending fra X. Under denne forutsetningen ble det stilt spørsmål om det forelå hjem-

mel for å ilegge gebyr etter regnskapsloven § 8-3 første ledd.

Det ble også bedt om en kommentar til at både Regnskapsregisteret og Kredittilsynet ut fra de tilsendte dokumentene syntes å ha behandlet klagesaken som en søknad om ettergivelse av allerede ilagt forsinkelsesgebyr, jf. regnskapsloven § 8-3 tredje ledd, til tross for at A i to brev hadde presisert at han mente Regnskapsregisteret manglet hjemmel for å ilegge gebyret. Kredittilsynet ble spurt om hvorfor klagen ble behandlet som en søknad om ettergivelse, og om hvilken betydning dette hadde hatt for behandlingen av saken og de vurderingene som var gjort.

Vedlagt svaret fra Kredittilsynet fulgte en uttalelse som Kredittilsynet hadde innhentet fra Regnskapsregisteret. Kredittilsynet anførte at tilsynets kompetanse var begrenset til å være klageorgan i saker om ettergivelse av forsinkelsesgebyr etter regnskapsloven § 8-3 tredje ledd, jf. forskriften § 8-3-3. Det ble videre vist til uttalelsen fra Regnskapsregisteret, om at innsendingen av dokumenter til Regnskapsregisteret ifølge regnskapsforskriften § 8-2-1 annet ledd skal vedlegges et oversendelsesbrev som blant annet angir dato for fastsettelsen av regnskapet, og at regnskapsregisteret ifølge forskriften § 8-2-3 kan fastsette nærmere krav til oversendelsen av regnskapet, herunder krav til undertegning av oversendelsesbrevet.

Regnskapsregisteret opplyste videre at det forelå praksis for å godta innsendinger selv om oversendelsesbrevet manglet, dersom opplysningene fremgikk andre steder i innsendingen. Det ble opplyst at det ikke var andre mangler ved den første innsending fra X, enn oversendelsesbrevet. Da det vedlagte brevet var undertegnet av A, var det kun datoen for fastsettelsen av årsregnskapet som manglet.

I brevet fra Regnskapsregisteret het det videre:

«Ileggelse av forsinkelsesgebyr er ikke et enkeltvedtak som kan påklages jf. regnskapsloven § 8-3 siste ledd siste punktum. Av det innsendte brevet fra A datert 27. september 2007 fremgår det ikke helt klart hva han mener, men han viser uttrykkelig til at det ikke er berettiget å ilegge forsinkelsesgebyr. Det tyder på at han mente å klage på denne ileggelsen. Regnskapsregisterets erfaring viser at de aller fleste som uttrykker seg på den måten egentlig mener å søke om å få forsinkelsesgebyret ettergitt. Regnskapsregisteret tolket derfor brevet slik at han mente å søke om å få ettergitt gebyret ... »

Regnskapsregisteret viste også til at det etter deres oppfatning foreligger hjemmel til å ilegge forsinkelsesgebyr så lenge det ikke er registrert et godkjent årsregnskap innen fristen, og at § 8-3 første ledd må ses i sammenheng med § 8-2 første ledd annet punktum om at det skal opplyses når årsregnskapet er fastsatt. Det ble også opplyst at selv om klagen fra A had-

de blitt behandlet som en klage over hjemmelen for ileggelse, så ville den ikke ha ført frem, da også brudd på forskriftene er tilstrekkelig til å ilegge gebyr etter loven.

I et senere brev viste Kredittilsynet til at årsaken til at tilsynet hadde behandlet As klage som en ettergivelsessak, var at de hadde fått oversendt saken som klageinstans etter at Regnskapsregisteret ikke hadde funnet grunn til å ettergi gebyret, og gebyrileggelse ikke er enkeltvedtak.

A viste i senere brev bl.a. til at både styrets årsberetning og regnskapet, som fulgte den første innsendingen, var datert og undertegnet av styret, samt at revisors beretning var undertegnet og datert av revisor. Han pekte også på at selv om stiftelsesloven § 36 generelt gir adgang til at andre organer enn styret kan være stiftelsens øverste organ, hadde ikke X noen bestemmelser i sine vedtekter som satte inn et annet organ enn styret.

Spørsmålet om det foreligger hjemmel for å ilegge forsinkelsesgebyr utelukkende på grunn av bruddene på regnskapsforskriften §§ 8-2-1 og 8-2-3 ble deretter av prinsipielle grunner tatt opp med Finansdepartementet. Det ble i denne forbindelse vist til at disse forskriftsbestemmelsene er gitt med hjemmel i regnskapsloven § 8-2 fjerde ledd annet punktum, mens regnskapsloven § 8-3, som gir hjemmelen for å ilegge forsinkelsesgebyr, ikke har noen henvisning til krav om oversendelsesbrev.

Finansdepartementet svarte bl.a. at:

«Av regnskapsloven § 8-3 første ledd første punktum følger at forsinkelsesgebyr kan ilegges dersom årsregnskap, årsberetning og revisjonsberetning som skal sendes til Regnskapsregisteret ikke er avsendt før 1. august i året etter regnskapsåret. Det følger av regnskapsforskriften § 8-3-1 annet ledd tredje punktum at gebyr også kan ilegges dersom de innsendte dokumentene har mangler som gjør at de ikke kan godkjennes som årsregnskap mv. Bestemmelsen er fastsatt i medhold av regnskapsloven § 8-3 første ledd fjerde punktum.

Det er Finansdepartementets vurdering at formuleringen "*de innsendte dokumenter*" i regnskapsforskriften § 8-3-1 annet ledd tredje punktum også omfatter oversendelsesbrev som nevnt i regnskapsforskriften § 8-2-1 og nærmere krav til oversendelsesbrevet fastsatt av registerfører i medhold av regnskapsforskriften § 8-2-3.»

Departementet viste videre til at Brønnøysundregistrene er forutsatt å føre en begrenset kontroll med de dokumentene som sendes inn til Regnskapsregisteret, og at de opplysningene som kreves i oversendelsesbrevet etter forskriftsbestemmelsene utgjør en vesentlig forutsetning for den begrensede formalkontrollen. Det ble opplyst at regelverket ble endret for nettopp å dekke behovene ved en formalkontroll. Departementet opplyste at bestemmelsen imidlertid

ikke er til hinder for at det innsendte regnskapet registreres dersom Brønnøysundregistrene finner manglene så ubetydelige at de innsendte dokumentene likevel «kan godkjennes som årsregnskap».

Videre redegjorde departementet for behovet for sanksjoner når innsendingsplikten ikke overholdes. Dersom sanksjonsreglene skulle vise seg å få urimelige utslag i det enkelte tilfelle, var det departementets syn at dette heller burde repareres ved adgangen til helt eller delvis å ettergi det ilagte gebyret av særlige rimelighetsgrunner, heller enn å innsnevre virkeområdet til reglene om forsinkelsesgebyr.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Hovedspørsmålene i saken er om Regnskapsregisteret hadde tilstrekkelig hjemmel for å ilegge forsinkelsesgebyr, og om forvaltningen skulle tatt stilling til klagerens anførsel om at Regnskapsregisteret manglet hjemmel for gebyrileggelse.

#### 1. Behandlingen av klagen

I klagen hit er det anført at verken Regnskapsregisteret eller Kredittilsynet tok stilling til anførselen om at det ikke forelå hjemmel for ileggelse av forsinkelsesgebyr.

Som forklaring på at henvendelsene ikke ble behandlet som en klage over manglende hjemmel for gebyrileggelse, har Regnskapsregisteret i brev 14. oktober 2008 vist til at det ikke fremgikk helt klart i brevet 27. september 2007 hva klageren mente. Kredittilsynet har på sin side vist til at tilsynet ikke har formell kompetanse til å ta stilling til hjemmelsspørsmål, fordi tilsynet bare er klageorgan i saker som gjelder ettergivelse av forsinkelsesgebyr.

Hvorvidt klageren hadde krav på behandling av spørsmålet om manglende hjemmel beror på om det gikk tilstrekkelig klart frem av hans henvendelser til Regnskapsregisteret og Kredittilsynet at det var dette spørsmålet henvendelsene hans gjaldt.

Selv om klagerens første formulering om at det «ikke er berettiget å ilegge forsinkelsesgebyr», isolert sett kan tolkes på forskjellige måter, må anmodningen forstås i lys av senere henvendelser fra klageren. I klagen 22. november 2007 het det for eksempel i punkt 4 på side 2 at:

«Jeg kan ikke se at Regnskapsregisteret har hjemmel til i denne sak å ilegge noe forsinkelsesgebyr, all den stund et fullstendig regnskap for stiftelsen er kommet inn i god tid før fristens utløp».

Samlet sett etterlater ikke henvendelsene fra klageren noen tvil om at det er eventuell manglende hjemmel for gebyrileggelse hans henvendelser gjelder. Det er derfor kritikkverdigg at Regnskapsregisteret uten videre antok at klageren mente å søke om et-

tergivelse fordi de fleste henvendelsene til registeret gjelder dette spørsmålet. Kredittilsynet må også kritiseres for ikke å ha oppfattet hva henvendelsene fra A gjaldt. Verken Regnskapsregisteret eller Kredittilsynet har gitt noen plausibel forklaring på denne feiltolkningen.

I svaret til ombudsmannen har Regnskapsregisteret også vist til regnskapsloven § 8-3 siste ledd siste punktum, der det fremgår at ileggelse av forsinkelsesgebyr ikke er et enkeltvedtak som kan påklages. Jeg forstår denne anførselen slik at Regnskapsregisteret mener at det på grunn av manglende klagerett heller ikke har noen plikt til å behandle en henvendelse om at gebyrileggelsen mangler hjemmel.

Dette er ingen holdbar tilnærming til spørsmålet. Dersom en borger som blir ilagt et gebyr stiller spørsmål ved selve grunnlaget for gebyrileggelsen, må forvaltningsorganet klart nok ha plikt til å ta stilling til dette, uavhengig av om det er tale om et enkeltvedtak med klagerett eller ikke. Dersom et gebyr ilegges uten at det finnes hjemmel for gebyret, vil gebyret uten videre falle bort. Alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling tilsier at forvaltningsorganet i et slikt tilfelle har plikt til å ta selvstendig stilling til hjemmelsspørsmålet. Eventuelt må organet henvende seg til det forvaltningsorganet som er ansvarlig for lovgivningen på området for å få veiledning. Det er grunn til å kritisere Regnskapsregisterets manglende behandling av hjemmelsspørsmålet.

Kredittilsynet har på sin side vist til at tilsynets rolle er begrenset til å være klageorgan i saker om ettergivelse. Dette forstår jeg slik at tilsynet mener at det ikke hadde kompetanse til å ta stilling til hjemmelsspørsmålet, og i brevet hit opplyser Kredittilsynet at riktig myndighet eventuelt må være Finansdepartementet som forskriftsmyndighet.

Det er riktig at Kredittilsynet ikke er klageorgan for vedtak som gjelder ileggelse av forsinkelsesgebyr, jf. regnskapsloven § 8-3 siste ledd siste punktum, der det fastslås at ileggelse av forsinkelsesgebyr ikke regnes som enkeltvedtak. Denne begrunnelsen kan imidlertid ikke gis som forklaring på hvorfor Kredittilsynet i stedet behandlet saken som en klage over manglende ettergivelse. Kredittilsynet har et selvstendig ansvar for sakens opplysning og for at saker som blir lagt frem for organet får en forsvarlig behandling. Slik jeg ser det, skulle Kredittilsynet i et tilfelle som dette ha sørget for å sende saken tilbake til Regnskapsregisteret med en anmodning om at hjemmelsspørsmålet ble behandlet på nytt, idet det ikke fremgikk at Regnskapsregisteret hadde tatt stilling til dette spørsmålet. Eventuelt burde Kredittilsynet av eget tiltak henvist spørsmålet videre til Finansdepartementet. Kredittilsynets behandling av saken må kritiseres.

## 2. Hjemmelen for ileggelse av forsinkelsesgebyr

Det følger av regnskapsloven § 8-3 første ledd første punktum, at dersom årsregnskap, årsberetning og revisjonsberetning, som skal sendes Regnskapsregisteret, ikke er avsendt før 1. august året etter regnskapsåret, skal den regnskapspliktige betale forsinkelsesgebyr inntil innsendingsplikten er oppfylt. Det er uomtvistet at den innsendingen X foretok innen fristen, oppfylte kravene om innsending av årsregnskap, årsberetning og revisjonsberetning.

Etter at klageren under behandlingen av saken fikk stadig skiftende begrunnelser for hvorfor innsendingen likevel ikke ble ansett komplett, har Regnskapsregisteret i brev hit 14. oktober 2008 bekreftet at det ikke var andre mangler ved innsendingen fra X enn at det manglet oversendelsesbrev. Det vedlagte brevet, datert 2. juli 2007, var imidlertid underskrevet av advokat A, og det var derfor bare opplysning om datoen for fastsettelsen av årsregnskapet som manglet i det vedlagte brevet.

Det sentrale spørsmålet er om regnskapsloven med tilhørende forskrift gir hjemmel for å ilegge forsinkelsesgebyr på grunn av mangler ved oversendelsesbrevet.

Offentlige inngrep i borgernes rettsstilling, herunder ileggelse av forsinkelsesgebyrer, krever hjemmel i lov, eller i bestemmelse gitt i medhold av lov (legalitetsprinsippet). Hvor strengt hjemmelskravet er, beror på vedtakets betydning, hvilket rettsgode det gripes inn i og hva formålet med inngrepet er. Forsinkelsesgebyr løper i inntil 26 uker, jf. regnskapsloven § 8-3 første ledd første punktum. Størrelsen på gebyret er knyttet til rettsgebyret, jf. regnskapsforskriften § 8-3-1, og kan maksimalt beløpe seg til 52 R, dvs. beløp av en ikke ubetydelig størrelse. Gebyrene har dessuten som formål å sikre at de regnskapspliktige sender inn regnskapene innenfor fristen, og er således ment som en sanksjon. Slike gebyrer må anses å ligge i kjernen av legalitetsprinsippet, og det må følgelig oppstilles et strengt hjemmelskrav.

Regnskapsloven § 8-2, som gir regler om innsending til Regnskapsregisteret, gir i fjerde ledd departementet hjemmel til å gi nærmere regler om innsending av regnskap. Slike regler er gitt i regnskapsforskriften § 8-2-1, der det blant annet heter at det ved innsending av regnskapet skal vedlegges et oversendelsesbrev med visse opplysninger. Ifølge Finansdepartementet er reglene om oversendelsesbrev en vesentlig forutsetning for den begrensede formalkontrollen med de dokumentene som sendes inn, som Regnskapsregisteret skal foreta.

Reglene om oversendelsesbrev må regnes som en ordensforskrift. Det er nok slik at overholdelse av plikten til å sende inn oversendelsesbrev er viktig for Regnskapsregisterets arbeid. Behovet for at oversen-

delsesbrev sendes inn er likevel klart nok ikke tilstrekkelig grunnlag for fastsettelse av forsinkelsesgebyr. Regnskapsloven § 8-2 inneholder ingen henvisning til at brudd på innsendingsreglene skal kunne føre til forsinkelsesgebyr, og denne bestemmelsen gir derfor ikke hjemmel for gebyrileggelsen.

Finansdepartementet har anført at det er regnskapsforskriften § 8-3-1 annet ledd tredje punktum, gitt med hjemmel i regnskapsloven § 8-3 første ledd fjerde punktum, som gir Regnskapsregisteret hjemmel for å ilegge forsinkelsesgebyr på grunn av mangler ved oversendelsesbrevet.

Regnskapsloven § 8-3 første ledd har slik ordlyd:

### «§ 8-3. Forsinkelsesgebyr

Dersom årsregnskap, årsberetning og revisjonsberetning som skal sendes til Regnskapsregisteret ikke er avsendt før 1. august i året etter regnskapsåret, skal den regnskapspliktige betale forsinkelsesgebyr inntil innsendingsplikten er oppfylt, men ikke for mer enn 26 uker. Er regnskapsåret avsluttet på en dato fra 1. januar til 30. juni, er fristen etter første punktum 1. februar. Forsinkelsesgebyr ved innsendingsplikt etter § 8-2 annet ledd påløper ikke før tidligst en måned etter at det utenlandske foretaket skal offentliggjøre årsregnskapet i henhold til reglene for dette i hjemstaten. Departementet kan i forskrift utsette fristene etter første og annet punktum med inntil en måned, og gi andre regler om forsinkelsesgebyr.»

Med hjemmel i regnskapsloven § 8-3 første ledd fjerde punktum er det i regnskapsforskriften gitt følgende bestemmelse:

### «§ 8-3-1. Beregning av forsinkelsesgebyr

Forsinkelsesgebyret fastsettes til ett eller flere rettsgebyr (R) etter følgende satser:

1. ett R pr. uke de første åtte uker
2. to R pr. uke de neste ti uker
3. deretter tre R pr. uke de neste åtte uker

Gebyret ilegges for hele uker slik at del av en uke regnes som full uke. Gebyr ilegges til årsregnskapet, årsberetningen og revisjonsberetningen er mottatt av Regnskapsregisteret, men ikke for mer enn 26 uker. Dersom de innsendte dokumentene har mangler som gjør at de ikke kan godkjennes som årsregnskap mv., ilegges gebyr til manglene er rettet opp.»

Finansdepartementet har vist til at forskriften § 8-3-1 annet ledd tredje punktum gir adgang til å ilegge gebyr dersom «de innsendte dokumentene har mangler som gjør at de ikke kan godkjennes som årsregnskap mv.». Det er anført at bestemmelsen kan tolkes slik at begrepet «dokumenter» ikke bare omfatter de dokumentene som eksplisitt er nevnt i regnskapsloven 8-3 første ledd første punktum, men at begrepet også omfatter bl.a. oversendelsesbrev, jf. regnskapsforskriften § 8-2-3.

Jeg er ikke enig i at regnskapsforskriften § 8-3-1 gir hjemmel for å ilegge forsinkelsesgebyr på grunn av mangler ved oversendelsesbrevet. Regnskapsloven § 8-3 første ledd fjerde punktum må forstås slik at departementets adgang til å gi «andre regler om forsinkelsesgebyr», gjelder utfyllende bestemmelser. Regnskapsforskriften § 8-3-1 er da også plassert i regnskapsforskriftens kapittel om «[u]tfillende bestemmelser til regnskapsloven § 8-3». Overskriften til § 8-3-1 er «[b]eregning av forsinkelsesgebyr», og bestemmelsen for øvrig gjelder måten gebyret skal beregnes. Den naturlige tolkningen av forskriften § 8-3-1 annet ledd tredje punktum, er at denne delen av bestemmelsen også gjelder beregningen av gebyret. En naturlig lesning av bestemmelsen er at gebyret slutter å løpe dersom mangler ved årsregnskapet, årsberetningen eller revisjonsberetningen rettes opp.

Som nevnt vil ileggelse av forsinkelsesgebyr kreve klar hjemmel i lov eller forskrift. Regnskapsforskriften § 8-3-1 annet ledd tredje punktum er under enhver omstendighet ikke tilstrekkelig klar til å kunne tjene som hjemmel for ileggelse av forsinkelsesgebyr på grunn av mangler ved oversendelsesbrevet.

Det er min konklusjon at Regnskapsregisteret ikke hadde hjemmel i regnskapsforskriften § 8-3-1 annet ledd tredje punktum, jf. regnskapsloven § 8-3 første ledd fjerde punktum, til å ilegge gebyr når den eneste feilen ved innsendingen var at det var mangler ved oversendelsesbrevet. Gebyrileggelsen må derfor kritiseres. Jeg ber om at Regnskapsregisteret behandler saken på nytt.

Dersom Finansdepartementet mener at det er behov for en bestemmelse om forsinkelsesgebyr på grunn av mangler ved for eksempel oversendelsesbrev, må regelverket eventuelt endres.

### 3. Konklusjon

Det er grunn til å kritisere saksbehandlingen i saken, idet verken Regnskapsregistret eller Kredittilsynet har forstått eller tatt stilling til anførselen om at det ikke var hjemmel for å ilegge X forsinkelsesgebyr.

De reglene som Regnskapsregisteret, Kredittilsynet og Finansdepartementet har vist til, kan ikke anses å gi hjemmel for å ilegge forsinkelsesgebyr på grunn av mangler ved oversendelsesbrevet.

Regnskapsregisteret må behandle saken på nytt, og må under den nye behandlingen ta hensyn til mitt syn på hjemmelsspørsmålet. Jeg ber om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede behandlingen».

## Plan og bygg

### 77.

#### **Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen**

(Sak 2007/2262)

*Sande kommune inngikk utbyggingsavtale før reguleringsplanen for området var ferdig behandlet og vedtatt. Det ble også inngått avtale om at utbyggeren skulle dekke store deler av kommunens kostnader ved behandlingen av utbyggerens forslag til reguleringsplan. Saken reiste spørsmål både om betydningen av at utbyggingsavtalen ble inngått før vedtakelsen av planen og om betydningen av den private finansieringen av saksbehandlingen.*

*Ombudsmannen kom til at begge forholdene innebar mangler ved vedtaket.*

Firmaet B inngikk 14. desember 2005 en utbyggingsavtale med Sande kommune. Avtalen gjaldt et større utbyggingsprosjekt i kommunen, og ble inngått på bakgrunn av et privat reguleringsforslag som B hadde utarbeidet for området. Prosjektet omfattet 1 600 boenheter, hotell og næring, samt småbåthavn for 1 000 båter.

To år tidligere var det inngått avtale om at B skulle finansiere deler av kommunens behandling av reguleringsforslaget. Det ble avtalt at B skulle bidra med en million kroner til en ekstra konsulent-/saksbehandlerstilling i kommunen. Av referat fra møte 9. januar 2003 mellom representanter for kommunen og utbygger fremgikk det blant annet:

«B ønsker en langt raskere fremdrift enn det SK [Sande kommune] har mulighet for. For om mulig å få til en noe raskere fremdrift, samt tettere oppfølging under hele prosessen, er B villig til å avhjelpe SK's kapasitetsproblemer gjennom finansiering av en prosjektstilling over 2 år. Utarbeiding av fremdriftsplan avtales nærmere mellom B og areal- og byggesaksleder i SK.»

I referat fra møte 15. august 2003 het det:

«Stillingen som samfunns-/arealplanlegger, et to-årig engasjement, er utlyst ... Planleggeren vil inngå i en plangruppe, der også areal- og byggesaksleder, ordfører og rådmann vil representere kommunen.»

Sande kommune inngikk 25. november 2003 en avtale med firmaet C om rådgivning i forbindelse med reguleringsarbeidet. Konsulentprosjektet ble i avtalen benevnt «Areal- og samfunnsplanlegger i Sande». Oppdraget skulle utføres i perioden 21. oktober 2003 til 21. oktober 2006, honoreres etter medgått tid og ble beskrevet slik:



«Innleie for å bistå kommunen i prosesser rundt utbygging på ... tidligere industriområde

- Konsekvensutredning
- Regulerings- og/eller bebyggelsesplan
- Utredning av konsekvenser for kommunen»

I utbyggingsavtalen kommunen og B inngikk 14. desember 2005 het det blant annet:

#### «1.2 Tiltak – avtalens omfang

...  
B kan kreve at denne avtalen skal opphøre uten ansvar dersom det vedlagte reguleringsforslaget vedtas med endringer som B ikke godkjenner. ...

Denne avtalen med vedlegg er bestemmende for partenes rettigheter og plikter.

Partene er derfor enige i at dersom [kommunen] vedtar endringer i reguleringsplanen, kan dette utløse erstatningsansvar for [kommunen] i henhold til de alminnelige reglene om mislighold i kontraktsforhold.

...

#### 2.1 Ansvar

B har ved å oppfylle nærværende avtale rett til å foreta den utbygging reguleringsplanen gir adgang til, så sant reguleringsplanens bestemmelser, samt øvrig lovgivning, overholdes.

...  
Mislighold mellom partene utløser vanlige rettsvirkninger så som krav på erstatning for tap, og vesentlig mislighold gir hevingsrett.»

Det fremgikk at det private reguleringsforslaget fra B var vedlagt avtalen, og således inngikk blant de dokumentene som etter avtalens punkt 1.2 var «bestemmende for partenes rettigheter og plikter».

Etter inngåelsen av utbyggingsavtalen, ble planforslaget lagt ut til offentlig ettersyn. Det ble deretter gjort enkelte endringer i planforslaget. Av rådmannens innstilling til kommunestyrets godkjenning av reguleringsplanen, fremgikk det at endringene var «akseptert av utbygger og avklart uten konsekvenser for utbyggingsavtalen».

Kommunestyret vedtok 5. april 2006 reguleringsplanen for området, på bakgrunn av reguleringsforslaget. Kommunens vedtak ble påklaget av A – en av grunneierne i området. I klagen anførte hun blant annet at kommunen ikke hadde anledning til å inngå utbyggingsavtalen før reguleringsplanen var vedtatt.

Fylkesmannen i Vestfold stadfestet 21. juni 2006 kommunens planvedtak. I stadfestelsesvedtaket viste fylkesmannen til plan- og bygningsloven § 64c, der det heter:

«Kommunen kan ikke inngå bindende utbyggingsavtale om et område før arealplanen for området er vedtatt.»

Fylkesmannen påpekte at bestemmelsen ikke var trådt i kraft da utbyggingsavtalen ble inngått, men la til grunn at «det gjaldt en tilnærmet lik regel også før

§ 64 c ble vedtatt». Fylkesmannen mente at utbyggingsavtalen ikke innebar en absolutt binding av kommunens reguleringsmyndighet, men at den likevel representerte en saksbehandlingsfeil:

«Slik Fylkesmannen ser det innebærer ikke [utbyggingsavtalen punkt 1.2] en absolutt binding av reguleringsmyndigheten. Imidlertid kan det stilles spørsmålstegn ved hvorvidt kommunen vurderer reguleringsforslaget på fritt grunnlag etter å ha inngått en avtale med slikt innhold. I utgangspunktet mener Fylkesmannen at avtalen er av en slik karakter at den skaper fare for en udemokratisk prosess. Dette ved at hensynet til utbygger, bevisst eller ubevisst, vil kunne vektlegges i større grad enn de øvrige relevante hensyn.

Slik Fylkesmannen ser det må det karakteriseres som en feil ved saksbehandlingen å inngå utbyggingsavtale før reguleringsplanen var endelig vedtatt. Spørsmålet blir således hvorvidt feilen kan ha hatt innvirkning på vedtakets innhold jf. fvl § 41.

Utbyggingsavtalen ble inngått 14.12.05. Reguleringsplanen ble vedtatt 05.04.06. Følgelig ble utbyggingsavtalen undertegnet relativt nær avslutningen av planprosessen. Etter avtaletidspunktet ble det også gjort endringer i planen på bakgrunn av innkomne høringsuttalelser. Slik Fylkesmannen ser det er det beklagelig at utbyggingsavtale ble inngått før reguleringsplanen var vedtatt. Etter en helhetsvurdering mener imidlertid Fylkesmannen at hensynene til en forsvarlig planprosess i tilstrekkelig grad er ivaretatt. Det legges bl.a. vekt på nærhet i tid og endringer i etterkant av avtaleinngåelsen. Fylkesmannen kan følgelig ikke se at feilen kan ha hatt innvirkning på vedtakets innhold jf. fvl § 41.»

A brakte deretter saken inn for ombudsmannen. Hun anførte at reguleringsplanen var ugyldig hva gjelder reguleringen av hennes eiendom, fordi planen ble vedtatt etter at utbyggingsavtale var inngått. Det ble videre fremholdt at «stillingen som kommunens saksbehandler for prosjektet» ble finansiert av utbygger og at dette forholdet var egnet til «ytterligere å svekke tilliten til kommuneadministrasjonensupartiskhet».

Saken ble tatt opp med Fylkesmannen i Vestfold. Det ble vist til at fylkesmannen i sitt vedtak hadde lagt til grunn at inngåelsen av utbyggingsavtalen utgjorde en saksbehandlingsfeil. Fylkesmannen ble anmodet om å redegjøre nærmere for hvorfor den saksbehandlingsfeilen ikke kunne ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Fylkesmannen ble også bedt om å redegjøre for hvorvidt avtalenes erstatningsklausul i realiteten la bånd på kommunen i forbindelse med reguleringsplanen og hvordan hensynene bak plan- og bygningsloven § 64c var blitt ivaretatt i saken. Videre ble fylkesmannen bedt om å kommentere As opplysning om at saksbehandlerstillingen var blitt finansiert av utbygger.

Henvendelsen ble besvart med en redegjørelse fra Sande kommune, som fylkesmannen sluttet seg

til. I redegjørelsen ble det blant annet gitt uttrykk for at utbyggingsavtalen ikke hadde hatt noen betydning for As eiendom, og at avtalen dessuten måtte forstås slik at kommunens reguleringsmyndighet ikke var bundet under planprosessen eller vedtakelsen av reguleringsplanen. Det ble bekreftet at utbyggeren hadde bidratt med en million kroner til kommunens kjøp av konsulentbistand til saksbehandlingen og vurderinger i planarbeidet knyttet til prosjektet. Om dette uttalte kommunen:

«Vi kan ikke se at kommunen ved å motta slik refusjon av kostnader til kjøpte tjenester kan gi grunnlag for å stille spørsmål ved kommuneadministrasjonens upartiskhet.»

Både A og fylkesmannen utdypet deretter sine synspunkter i flere brev til ombudsmannen.

Etter dette ble kommunen bedt om å opplyse om hvor mye B eventuelt hadde betalt i gebyr for behandlingen av forslaget til reguleringsplan. Kommunen opplyste at det ikke var blitt betalt gebyr, ettersom «kommunen vurderte det slik at det ikke var rimelig å fakturere behandlingsgebyr for selve reguleringsplanen når utbygger bidro med 1. mill. kr. til dekning av kostnader til prosjektstilling/konsulentbistand».

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Saken reiser to hovedproblemstillinger. Den ene er om det har betydning for planvedtaket at utbyggingsavtalen ble inngått før vedtaket ble truffet. Den andre er om det har betydning at utbyggeren finansierte deler av saksbehandlingen.

#### *Utbyggingsavtalen*

På bakgrunn av undersøkelsene herfra, deler spørsmålet om utbyggingsavtalens betydning seg i to. For det første er det et spørsmål om kommunen hadde adgang til å inngå en utbyggingsavtale før planen var vedtatt, og videre hvilken betydning det eventuelt har at avtalen ble inngått før planvedtaket ble fattet.

Plan- og bygningsloven § 64c siste ledd bestemmer at kommunen ikke kan «inngå bindende utbyggingsavtale om et område før arealplanen for området er vedtatt». Bestemmelsen var vedtatt, men ikke trådt i kraft da planvedtaket ble truffet, og kommer dermed ikke direkte til anvendelse i denne saken. En tilsvarende regel følger imidlertid av alminnelige ulovfestede prinsipper om forvaltningens adgang til å inngå avtaler om bruk av offentlig myndighet, og gjaldt også før bestemmelsen i § 64c trådte i kraft.

Reguleringsplaner vedtas av kommunens folkevalgte organ – kommunestyret, som skal foreta en fri vurdering av de relevante reguleringsmessige hensynene som gjør seg gjeldende i saken. Behandlingen av planforslaget forut for kommunestyrets vedtak, er

underlagt særlige saksbehandlingsregler i plan- og bygningsloven. Disse reglene skal sikre en grundig og demokratisk prosess, der berørte parter skal få anledning til å uttale seg om forslaget og mulighet til å påvirke planvedtaket. For at denne prosessen skal være reell, er det viktig at kommunen, helt frem til vedtaket treffes, står fritt til å endre eller forkaste planforslaget. Det vil derfor ikke være forenlig med plan- og bygningslovens regler om kommunen på forhånd har forpliktet seg til å vedta en reguleringsplan med et bestemt innhold.

At en slik begrensning gjaldt også før plan- og bygningslovens bestemmelser om utbyggingsavtaler trådte i kraft 1. juli 2006, kom til uttrykk i bestemmelsenes forarbeider. I Ot.prp nr. 22 (2004-2005) kapittel 2 om «Gjeldende rett» het det i punkt 2.3.2:

«Det er ikke anledning for kommunen å binde kommunestyrets endelige vedtakskompetanse ved å inngå forpliktende forhåndsavtaler med en utbygger. Heller ikke er det gjennom noen form for forhåndsavtaler anledning til å binde opp myndigheten til det faste utvalget for plansaker til fritt å avgjøre om et privat planforslag skal fremmes for videre behandling etter plan- og bygningsloven.»

Miljøverndepartementet og Kommunal- og regionaldepartementet ga i et felles rundskriv i 2002 (rundskriv H-5/02) uttrykk for et tilsvarende syn:

«Dersom kommunen inngår en utbyggingsavtale i forkant av en reguleringsplanprosess, er det en fare for at muligheten for offentligheten til å påvirke resultatet ikke blir reell. Kommunen må sørge for at den ikke blir bundet til noen bestemt løsning uten å ha foretatt en slik helhetsvurdering som reglene for vedtagelse av reguleringsplan foranlediger.

Kommunen må ved behandlingen og vedtaket av reguleringsplan følge bestemmelsene i plan- og bygningslovens regler for saksbehandling, bl.a. om høring og medvirkning. Det er derfor ikke anledning til for kommunen å binde kommunestyrets endelige vedtakskompetanse ved å inngå forpliktende forhåndsavtaler med en utbygger. Kommunestyret skal, etter fullført behandlingsprosess, på fritt grunnlag kunne ta standpunkt til om planen skal vedtas eller forkastes.»

Plan- og bygningsloven § 64c siste ledd må regnes som en kodifisering av det som allerede var gjeldende rett da bestemmelsen ble vedtatt. Det har dermed ikke betydning for denne saken at reguleringsplanen ble vedtatt før bestemmelsens ikrafttredelse. Slik forstår jeg også fylkesmannens vedtak i saken.

Etter dette må det foretas en vurdering av om den utbyggingsavtalen kommunen inngikk med B var i strid med den regelen det er redegjort for ovenfor.

Utbyggingsavtaler kan ikke påklages i forvaltningen. Dette følger i dag av plan- og bygningsloven

§ 64d, men var utgangspunktet også før lovens bestemmelser om utbyggingsavtaler trådte i kraft, jf. rundskriv H-5/02. Spørsmål om avtalens gyldighet og innhold, avgjøres med bindende virkning av domstolene. Avtalen er imidlertid av offentligrettslig karakter, idet den er nært knyttet til utøvelsen av offentlig myndighet, nå i henhold til lov. Avtalens virkninger har betydning for spørsmålet om planprosessen har vært i samsvar med plan- og bygningslovens regler og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

I fylkesmannens vedtak ble det lagt til grunn at utbyggingsavtalen punkt 1.2 ikke innebærer «en absolutt binding av reguleringsmyndigheten». Det er noe uklart hva som ligger i dette forbeholdet. Fylkesmannen siterte i sitt vedtak fra kommunens klagebehandling, der det blant annet ble uttalt:

«Heller ikke utbyggingsavtalen innebærer noen absolutt binding av reguleringsmyndighet. Tvert imot fremgår det av pkt 1.2 at "B kan kreve at denne avtalen skal opphøre uten ansvar dersom det vedlagte reguleringsforslaget vedtas med endringer som B ikke godkjenner." Avtalen forutsetter med andre ord at reguleringsmyndigheten ikke er bundet opp, men gir B en oppsigelsesrett dersom det vedtas endringer som utbygger ikke godtar. Riktignok er det fastsatt i siste avsnitt i samme bestemmelse at Sande kommune kan bli erstatningsansvarlig dersom det vedtas endringer i reguleringsplanen. Etter vår vurdering vil imidlertid ikke dette i seg selv medføre at reguleringsplanen blir ugyldig på det grunnlag at utbyggingsavtalen er inngått før reguleringsplanen, såfremt kommunen ellers har oppfylt de alminnelige krav til saksbehandling ved slike planer.»

Forbeholdet om at avtalen ikke innebærer en «absolutt binding av reguleringsmyndigheten» kan på den ene siden forstås slik at det siktes til en eventuell offentligrettslig binding, der kommunen har innskrenket sin reguleringsmyndighet, slik at et planvedtak som avviker fra avtalen vil være ugyldig. På den annen side kan forbeholdet sikte til en avtalerettslig binding, der kommunen har sin reguleringsmyndighet i behold, men har forpliktet seg på en slik måte at det vil utløse kontraktsrettslige misligholdsvirkninger dersom reguleringsmyndigheten ikke benyttes i samsvar med avtalen.

I denne saken fremstår det som klart at kommunen ikke har innskrenket sin reguleringsmyndighet, og at det således ikke foreligger noen «absolutt binding» i offentligrettslig forstand. Dette har heller ikke vært anført av klageren. Kommunen har uansett neppe kompetanse til, ved avtale, å fraskrive seg eller innskrenke den reguleringsmyndigheten som Stortinget har tildelt gjennom plan- og bygningsloven. Kommunen kan imidlertid ha påtatt seg en avtalerettslig forpliktelse, uten å innskrenke sin reguleringsmyndighet. Det sentrale spørsmålet i denne sa-

ken er om det foreligger en avtalerettslig binding som innebærer en risiko for tilsidesettelse av de hensynene plan- og bygningslovens regler er satt til å ivareta. Fylkesmannen har i sitt vedtak lagt til grunn at utbyggingsavtalen medfører en slik risiko.

Sande kommune og B har i denne saken inngått en utbyggingsavtale som partene, da den ble inngått, mente var bindende. Avtalen ble signert av begge parter 14. desember 2005, og det fremgår av dens punkt 1.2 tredje ledd at «Denne avtalen med vedlegg er bestemmende for partenes rettigheter og plikter». Det private reguleringsforslaget fra B var blant avtalens vedlegg. Av avtalens punkt 2.1 niende ledd fremgår det at mislighold utløser vanlige rettsvirkninger, herunder krav på erstatning. Spørsmål om hvilke nærmere rettigheter og plikter partene mente avtalen innebar, beror på avtaletolkning. Jeg har merket meg uenigheten mellom kommunen og A når det gjelder forståelsen av bestemmelsen i avtalens punkt 1.2 fjerde ledd om kommunens erstatningsansvar ved «endringer i reguleringsplanen». Kommunen har hevdet at bestemmelsen kun kommer til anvendelse dersom reguleringsplanen endres etter at den er vedtatt, mens A har anført at bestemmelsen gjelder endringer i forhold til Bs reguleringsforslag. Det fremstår som uklart hvordan bestemmelsen skal forstås. Jeg kan imidlertid ikke se at det har noen avgjørende betydning for saken om avtalen på dette punktet forstås slik at kommunen har forpliktet seg til ikke å endre planen etter at den er vedtatt. For min vurdering av saken, er det tilstrekkelig å konstatere at kommunen har inngått en avtale om utbyggingen av området før reguleringsprosessen var fullført og som partene mente var bindende. En slik avtale medfører en risiko for en udemokratisk prosess og tilsidesettelse av de hensynene plan- og bygningslovens regler er satt til å ivareta. Dette endres ikke av at avtalen på enkelte punkter kan fremstå som uklar. Inngåelsen av avtalen representerer derfor en mangel ved vedtaket.

Fylkesmannen har lagt til grunn at det her var tale om en «saksbehandlingsfeil», men kunne ikke se at den kunne ha påvirket vedtakets innhold, og mente således at vedtaket var gyldig, jf. forvaltningsloven § 41. Hun la vekt på at utbyggingsavtalen ble «undertegnet relativt nær avslutningen av planprosessen» og at det ble «gjort endringer i planen på bakgrunn av innkomne høringsuttalelser». Uansett hva mangelen kalles, har jeg vanskelig for å se at den ikke kan ha hatt betydning for vedtaket.

Utbyggingsavtalen ble inngått før reguleringsforslaget ble lagt ut til offentlig ettersyn. Formålet med offentlig ettersyn er at de som vil bli berørt av reguleringsplanen skal få anledning til å inngi merknader til forslaget og at kommunen skal kunne ta hensyn til merknadene ved å tilpasse planen. Offentlig ettersyn og kommunens behandling av de merknadene som

innkommer, utgjør således en sentral del av saksbehandlingsprosessen for reguleringsplaner. Når avtalen er inngått allerede før dette viktige trinnet i saksbehandlingen, som nettopp skal åpne og tilrettelegge for en tilpasning av planens innhold, er det vanskelig å se at feilen ikke kan ha hatt innvirkning på planvedtakets innhold. Jeg kan derfor heller ikke se at det har avgjørende betydning at det faktisk ble gjort endringer i planforslaget etter offentlig ettersyn. Avtalen åpnet for at det kunne gjøres endringer som B godtok. Som det fremgår av kommunens saksdokumenter, ble endringene «akseptert av utbygger og avklart uten konsekvenser for utbyggingsavtalen». Så lenge avtalen forelå, kan det imidlertid ikke ses bort fra at denne hadde innvirkning på hvilke endringer kommunen foreslo for B.

Det er under enhver omstendighet problematisk at avtalen ble inngått før planen var endelig vedtatt. Som nevnt ovenfor, forutsetter plan- og bygningsloven at kommunestyret skal ta stilling til reguleringsforslaget ut fra en fri vurdering av de relevante hensynene som foreligger i saken. Når en bindende utbyggingsavtale er inngått før kommunestyrets endelige vedtak, vil det, uavhengig av den forutgående saksbehandlingen, foreligge en nærliggende mulighet for at avtalen kan påvirke kommunestyrets vurdering.

Jeg er enig med fylkesmannen i at avtalen skaper en fare for en udemokratisk prosess, ved at hensynet til utbygger vil kunne vektlegges i større grad enn de øvrige relevante hensynene i saken. I dette ligger det nettopp en mulighet for at planen, som følge av feilen, har fått et annet innhold enn den ellers ville ha fått. Jeg kan dermed ikke se at bestemmelsen i forvaltningsloven § 41 medfører at reguleringsvedtaket er gyldig.

#### *Finansieringen av saksbehandlingen*

B finansierte deler av kommunens behandling av reguleringsforslaget ved å dekke en million kroner av kommunens utgifter til bistand som ble innleid fra C. Kommunen har opplyst at «tilstrekkelige ressurser ikke var tilgjengelig i kommunens organisasjon» til «et slikt gigantprosjekt» og at det derfor ble inngått avtale med B om dekning av kostnadene ved behandlingen.

A har anført at finansieringen medførte at C var inhabil ved kommunens behandling. Det har i denne forbindelse blitt fremhevet at saksbehandlingen var gjort direkte avhengig av utbyggers betaling. Ifølge A er en slik ordning mindre egnet til å sikre nøytralitet i saksbehandling enn plan- og bygningslovens ordning, der utbyggerens økonomiske ytelse i anledning saken reguleres av reglene om behandlingsgebyr. Fylkesmannen har opplyst at C ikke foresto hele behandlingen av planen, og fra og med annen gangs

behandling av planen hadde en begrenset rolle. Ifølge fylkesmannen må det dessuten ha vært likegyldig for C om kommunen dekket sine utgifter ved bruk av gebyrinntekter, skatteinntekter eller bidrag fra en privat utbygger.

Etter bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd er en offentlig tjenestemann inhabil når «særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Det følger av lovens § 10 at bestemmelsen gjelder tilsvarende for «enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan». De innleide konsulentene fra C var således underlagt lovens habilitetsregler.

I denne saken er det Bs bidrag til finansieringen av saksbehandlingen som eventuelt utgjør et særegent forhold etter forvaltningsloven § 6. Bidraget fra B oversteg i vesentlig grad det som kommunen kunne ha krevet med hjemmel i reglene om behandlingsgebyr for reguleringsplaner. Ifølge kommunens gebyrregulativ var behandlingsgebyret for private reguleringsforslag i underkant av kr 30 000. Kommunen har imidlertid opplyst at B ikke betalte vanlig gebyr for behandlingen av sitt reguleringsforslag. Det ble ikke vurdert som rimelig å fakturere slikt gebyr når B bidro med en million kroner til dekning av utgifter i forbindelse med saksbehandlingen.

Kommunens gebyrregulativ, samt reglene i plan- og bygningsloven § 109 og lovens saksbehandlingsforskrift setter en øvre grense for hvor mye kommunen kan kreve at en utbygger betaler for saksbehandlingen. Det kan stilles spørsmål om den samme grensen også bør gjelde for hvor mye kommunen kan akseptere av frivillig betaling fra utbyggeren. Etter plan- og bygningsloven er arealreguleringen en offentlig oppgave som kommunene har primæransvaret for. Behandling av reguleringsplaner er en lovpålagt oppgave for kommunene, og lovens regler forutsetter at en privat forslagsstiller har krav på å få sitt forslag behandlet mot å betale gebyr i henhold til gebyrreglene. I denne saken har kommunen opplyst at den ikke hadde tilstrekkelige ressurser tilgjengelig til behandling av forslaget, slik at utbyggers økonomiske bidrag til saksbehandlingen var nødvendig. Jeg kan imidlertid ikke se at plan- og bygningsloven åpner for at kommunen kunne ha gjort behandlingen av reguleringsforslaget avhengig av utbyggers finansiering.

Dersom kommunene gis anledning til å akseptere slike tilbud fra forslagsstillere om å finansiere saksbehandlingen i større utstrekning enn det som følger av gebyrreglene, kan dette medføre en risiko for at kommunens lovpålagte oppgaver ikke utføres, med mindre forslagsstilleren tilbyr slik finansiering. Dette vil samsvare dårlig med plan- og bygningslovens regler om kommunens ansvar for reguleringsarbeidet og kan dessuten medføre en uheldig forskjellsbe-

handling av forslagsstillere ut fra betalingsevne. Det fremstår som tvilsomt om en slik frivillig finansiering er forenlig med plan- og bygningslovens regler. Under enhver omstendighet avviker den finansieringsordningen som er benyttet i denne saken markant fra lovens normale ordning, og må derfor regnes som et særegent forhold i henhold til bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd.

Spørsmålet er videre om dette særegne forholdet er egnet til å svekke tilliten til saksbehandlerne upartiskhet. Det er *tilliten* til tjenestemennenes upartiskhet som er avgjørende etter bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd, ikke hvorvidt behandlingen eller avgjørelsen av saken faktisk har blitt påvirket av forholdet. Bestemmelsen legger opp til at det skal foretas en objektiv vurdering av hvordan forholdet fremtrer utad.

I likhet med de fleste utbyggere som fremmer et forslag til reguleringsplan, hadde B en klar interesse i sakens utfall. Bs interesse lå ikke bare i å få planforslaget behandlet, men også å få det godkjent. Å få forslaget behandlet, ville B hatt krav på ved å betale vanlig saksbehandlingsgebyr. Når utbyggeren frivillig betaler ca. en million kroner mer enn han hadde behøvd etter lovens regler for å få forslaget behandlet, kan dette skape et inntrykk av at han har betalt for noe mer enn bare å få forslaget behandlet. Dette kan medføre en større velvilje hos kommunen enn utbyggeren ellers ville blitt møtt med. Dersom forslaget ikke i det vesentlige godkjennes av kommunen, kan både saksbehandlerne og utbyggeren mer eller mindre bevisst oppleve dette som at utbyggeren ikke får det han har betalt for, ettersom den betydelige frivillige betalingen i så fall langt på vei vil være bortkastet. Og selv om kommunens behandling ikke skulle påvirkes av finansieringen, vil det lett oppstå en mistanke blant utenforstående om at det er betalt for noe utover selve behandlingen. Det er naturlig at det stilles spørsmål om den finansieringsordningen som er valgt kan ha påvirket behandlingen av reguleringsforslaget. Slik ordningen fremtrer utad, er dermed betalingen i seg selv egnet til å svekke den alminnelige tilliten til saksbehandlingens upartiskhet. Dette gjelder både den saksbehandlingen som ble foretatt av innleide konsulenter fra C og av kommunens egne ansatte.

Til fylkesmannens anførsel om at det må ha vært likegyldig for C om kommunen dekket sine utgifter ved bruk av gebyrinntekter, skatteinntekter eller bidrag fra en privat utbygger, vil jeg bemerke at kommunen har opplyst at den ikke hadde tilstrekkelige ressurser tilgjengelig for behandling av reguleringsforslaget. Jeg forstår dette slik at reguleringsforslaget ikke kunne ha blitt behandlet på den tiden det ble fremlagt, uten utbyggers økonomiske bidrag til behandlingen. En finansiering ved bruk av gebyrinntek-

ter og skatteinntekter synes ikke å ha vært aktuell. I så fall var Cs oppdrag direkte avhengig av Bs økonomiske bidrag. På bakgrunn av kommunens redegjørelse for nødvendigheten av Bs bidrag, er det vanskelig å se at den valgte finansieringen har vært likegyldig for C. Dette bidrar ytterligere til å svekke tilliten til de innleide konsulentenes upartiskhet.

Etter dette må både de innleide konsulentene fra C og kommunens egne saksbehandlere anses som inhabile etter bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd.

#### *Oppsummering*

Inngåelsen av utbyggingsavtalen før vedtakelsen av reguleringsplanen, var ikke forenlig med plan- og bygningslovens saksbehandlingsregler og alminnelige ulovfestede prinsipper om forvaltningens adgang til å inngå avtaler om bruk av offentlig myndighet. Avtaleinngåelsen må dermed regnes som en mangel i vedtaket. Jeg kan ikke se at forvaltningsloven § 41 medfører at reguleringsvedtaket er gyldig til tross for feilen.

Bs frivillige bidrag til finansieringen av saksbehandlingen medførte at både de innleide konsulentene fra C og kommunens egne saksbehandlere var inhabile etter bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 annet ledd.

Jeg ber fylkesmannen vurdere saken på ny i lys av de synspunktene jeg har gitt uttrykk for her. B har ikke vært part i ombudsmannssaken. Jeg forutsetter derfor at fylkesmannen sørger for at B får anledning til å uttale seg og ivareta sine interesser ved den fornyede behandlingen.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet av den fornyede behandlingen.»

#### 78.

#### **Behandling av søknad om byggetillatelse – «Småhusplanen» i Oslo kommune**

(Sak 2009/1191)

*Saken gjaldt Oslo kommunes behandling av en søknad om byggetillatelse for enebolig. Behandlingen hadde foreløpig pågått over tre år og ført til to avslag fra plan- og bygningsetaten, som begge var blitt opphevet som ugyldige av Fylkesmannen i Oslo og Akershus. Klagen gjaldt blant annet tidsbruken og etatens «overprøving av vedtak fattet av overordnet myndighet». Etter at ombudsmannen oversendte saken til kommunen med spørsmål, varslet den nedleggelse av midlertidig bygge- og deleforbud for eienommen.*

*Ombudsmannen uttalte at saksbehandlingen gjennomgående var preget av brudd på reglene om saksbehandlingstid og informasjon om når vedtak kunne ventes, samt plikten til å følge instruks fra*

overordnet forvaltningsorgan. En sak som er til ny behandling etter at fylkesmannen har opphevet kommunens vedtak som ugyldig, må kunne prioriteres av kommunen. Det er videre et spørsmål om borgeren, i hvert fall til en viss grad, har krav på å få behandlet sin sak uavhengig av forvaltningens ønske om å få «prinsippavklaringer» når det foreligger såpass klare føringer fra overordnet organ i saken. Kommunen ble bedt om å holde ombudsmannen løpende orientert om den videre behandlingen av saken. Han forutsatte at forslaget om midlertidig bygge- og deleforbud ble fremmet raskt for byutviklingskomiteen, og at behandlingen av byggesaken ble gitt høy prioritet dersom det ikke ble flertall for bygge- og deleforbud.

Etter uttalelsen fra ombudsmannen ble saken prioritert av kommunen. Forslaget om midlertidig bygge- og deleforbud ble forkastet, og rammetillatelse for eneboligen ble gitt. Plan- og bygningsetaten bemerket at den vil ta uenigheten med fylkesmannen videre «på prinsipielt grunnlag og ikke under gjeldende sak».

A søkte 22. mai 2006 om byggetillatelse for enebolig i X vei, etter forhåndskonferanse avholdt 27. september 2005. Kommunen avsto søknaden 7. mai 2007, begrunnet i plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 31 nr. 1, jf. § 6 i reguleringsbestemmelser for småhusområder i Oslos ytre by – S-4220, vedtatt 15. mars 2006 (heretter Småhusplanen). Plan- og bygningsetaten opprettholdt og utdypet avslaget under klagebehandling 25. juli 2007. Den 3. desember 2007 opphevet Fylkesmannen i Oslo og Akershus avslagsvedtaket som ugyldig. Miljøverndepartementet (MD) avsto 30. januar 2008 en begjæring fra en nabo om omgjøring av fylkesmannens vedtak.

I februar og mars 2008 ble saken drøftet internt i Oslo kommune.

Den 25. februar 2008 klaget A saken, særlig saksbehandlingstiden, inn for ombudsmannen (ombudsmannssak 2008/471). Den 6. mars 2008 opplyste etaten at vedtak ville bli fattet «innen et par uker». Ombudsmannssaken ble på denne bakgrunn avsluttet 7. mars 2008.

Da vedtak fortsatt ikke forelå en måned senere, ble det på ny tatt kontakt med etaten. Det ble da opplyst at søknaden var avhengig av dispensasjon, og at dette ville innebære ytterligere forsinkelser. A omarbeidet 21. mai 2008 søknaden for å unngå dispensasjonskrav, etter møte med etaten 16. april 2008.

Den 23. mai 2008 ba kommunen MD om en avklarende uttalelse vedrørende Småhusplanen.

Plan- og bygningsetaten ga nytt avslag i saken 11. juni 2008, begrunnet i reguleringsbestemmelsene §§ 3, 6 og 7. Kommunen opprettholdt avslaget i oversendelsesbrev til fylkesmannen 25. juli 2008.

Det ble avholdt et møte mellom representanter fra kommunen, fylkesmannen og departementet 15. september 2008. Den 16. februar 2009 besvarte MD henvendelsen fra Oslo kommune 23. mai 2008 skriftlig.

Fylkesmannen opphevet 14. april 2009 kommunens avslagsvedtak 11. juni 2008 som ugyldig og ga retningslinjer for kommunens videre behandling av saken. Av fylkesmannens vedtak fulgte blant annet:

«Som nevnt ovenfor kan ikke bestemmelsenes § 6 nyttes som hjemmel for å nekte den omsøkte plassering, slik at tema for kommunens nye behandling kun knytter seg til hvilke materialer, vinduer og takform som kan godtas.

---

... Fylkesmannen godkjenner med dette den omsøkte plasseringen.

... det omsøkte tiltak [har] et volum som samsvarer med det som er vanlig i nærområdet. Dette er altså endelig avklart av Fylkesmannen. Fylkesmannen kan imidlertid ikke se av kommunens begrunnelse hva som må til mht. materialvalg, vinduer og takform, for at tiltaket skal kunne godkjennes. Kommunen bes avklare dette i lys av Fylkesmannens bemerkninger ovenfor. Når dette er avklart, kan Fylkesmannen vanskelig se at det foreligger grunnlag for å avslå søknaden

...

Fylkesmannen anmoder kommunen om å gi den videre behandling av saken høy prioritet.

---

Kommunen bes foreta de nødvendige avklaringer i samråd med tiltakshaver i lys av Fylkesmannens bemerkninger.» (ombudsmannens uthevinger)

På denne bakgrunn ba A 21. april 2009 kommunen om en forhåndskonferanse. Henvendelsen ble purret opp skriftlig 4. og 7. mai 2009, samt i følge A flere ganger muntlig.

Plan- og bygningsetaten utarbeidet et «tolknings- og praksisnotat» om Småhusplanen som ble forelagt Byrådsavdeling for byutvikling 29. april 2009 og senere også fylkesmannen.

Ombudsmannen mottok en ny klage fra A 19. mai 2009 (ombudsmannssak 2009/1191). Klagen gjaldt en rekke forhold ved kommunens saksbehandling, blant annet plan- og bygningsetatens tidsbruk, samt «PBEs overprøving av vedtak fattet av overordnet myndighet», som er de forhold som er undersøkt herfra.

Et møte mellom A og plan- og bygningsetaten ble avholdt 3. juni 2009. I etterkant av møtet etterlyste A referat gjentatte ganger.

Saken ble 23. juni 2009 forelagt Oslo kommune, byrådsavdeling for byutvikling med spørsmål fra ombudsmannen. Byrådsavdelingen ble spurt om kommunen i denne saken hadde fulgt reglene om saksbehandlingstid og opplyst A om når det kunne ventes at vedtak ville bli fattet, jf. lov 10. februar

1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (fvl.) § 11a. Den ble spurt når vedtak i saken kunne ventes. Kommunen ble videre bedt om å opplyse om det ble avholdt en forhåndskonferanse 3. juni 2009, jf. plbl. § 93a. Den ble anmodet om å oversende eventuelt referat fra konferansen, samt kommentere forholdet til bestemmelsen om at forhåndskonferanse «skal avholdes senest 2 uker etter den dato tiltakshaver har fremmet krav» om det.

Kommunen sendte 30. juni 2009 et varsel til A om «midlertidig forbud mot deling og byggearbeider» for X vei «fordi omsøkte tiltak strider med hensikten med reguleringsplan», jf. plbl. § 33 første ledd.

Den 3. juli 2009 skrev Oslo kommune et brev til Kommunal- og regionaldepartementet (KRD) og ba om «overprøving av vedtakenes holdbarhet». Brevet ble sendt uten kopi til A. KRD oversendte brevet til MD som rett adressat.

Byrådsavdelingen besvarte 6. juli 2009 ombudsmannens henvendelse. Vedlagt fulgte et referat fra møtet med A 3. juni 2009. På bakgrunn av kommunens svar, fant ombudsmannen det nødvendig å stille visse tillegsspørsmål. Kommunen og A fikk deretter anledning til gjensidig å kommentere hverandres bemerkninger. Korrespondansen i saken er omfattende, og det er ikke funnet hensiktsmessig å gjengi mer av denne her. Kommunens syn på spørsmålene fremgår imidlertid under gjennomgangen nedenfor.

Den 17. september 2009 avslo MD Oslo kommunes begjæring 3. juli 2009 om å omgjøre fylkesmannens vedtak 14. april 2009. Departementet skrev blant annet:

«Vi viser ellers til at fylkesmannen, som klageinstans, kan foreta en fullstendig realitetsvurdering i saken, eller sende den tilbake til kommunen til ny behandling ... I sistnevnte tilfelle er kommunen pliktig til å legge fylkesmannens retningslinjer og direktiver til grunn så langt de direkte har fått uttrykk i klageinstansens vedtak.»

Ombudsmannen tok deretter saken opp til avslutning.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### «1. Saksbehandlingstid

##### *Regelverket*

Etter fvl. § 11 a første ledd og alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling, skal forvaltningen forberede og avgjøre saker «uten ugrunnet opphold». Hvorvidt fremdriften i den enkelte sak oppfyller dette kravet, avhenger blant annet av sakens omfang og art, samt arbeidsbelastningen og de ressurser som står til disposisjon i vedkommende forvaltningsorgan. For byggesaker er det imidlertid gitt egne regler om saksbehandlingstid i plbl. § 95 nr. 1 og i forskrift 24. juni

2003 nr. 749 om saksbehandling og kontroll i byggesaker (SAK).

Søknader etter plbl. § 93 for tiltak som ikke krever dispensasjon skal behandles av kommunen innen tolv uker, jf. SAK § 23 nr. 1 bokstav d) første ledd. Hvor søknaden er oppdelt gjelder fristen kun for rammetillatelsen. Tidsfristen gjelder fra søknaden er mottatt og til vedtak er sendt, jf. SAK § 24 første ledd. Etter SAK § 23 annet ledd kan kommunen forlenge fristen der tiltaket krever ekstra politisk avklaring, men ny frist skal da meddeles tiltakshaver og ansvarlig søker så snart det er klart at fristen vil bli overskredet. Nødvendig tidsbruk for feilretting eller supplering av opplysninger kommer i tillegg til fristen, jf. SAK § 24 siste ledd.

#### *Første gangs behandling av søknaden*

Søknaden ble registrert mottatt av kommunen 1. juni 2006. Saken ble behandlet som en ordinær søknad, ettersom kommunen ikke fant grunn til å ta tak i spørsmålet om dispensasjon. Fra søknaden var komplett 29. august 2006, da tinglyste erklæringer vedrørende vei innkom, gikk det 36 uker til vedtak ble fattet 7. mai 2007. Fra komplett søknad forelå, tok således behandlingen 24 uker lenger enn – og tre ganger så lang tid som – de 12 ukene SAK foreskriver. Kommunen har opplyst at den lange saksbehandlingstiden skyltes «en stor økning av innkomne saker i perioden, og at sakene i henhold til forvaltningslovens krav ble behandlet i den tur de innkom».

I 2006 tok jeg av eget tiltak og på generelt grunnlag opp visse forhold knyttet til saksbehandling ved plan- og bygningsetaten i Oslo kommune, jf. sak gjengitt i årsmeldingen for 2007 s. 279 (Somb 2007-78). Kommunen oppga her at gjennomsnittlig saksbehandlingstid for «ettrinnsøknader» uten dispensasjon fra plan lå innenfor fristen på 12 uker i første halvår 2006. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for «totrinnsøknader» uten dispensasjon ble oppgitt å være 12,5 uker for samme periode. Selv om kommunen i den generelle saken opplyste at saksbehandlingstiden var økende, viser dette at den aktuelle saken også avvek fra det kommunen har oppgitt var gjennomsnittlig behandlingstid i perioden. Første gangsbehandlingen av søknaden innebærer etter dette et klart brudd på reglene om saksbehandlingstid.

#### *Annen gangs behandling av søknaden*

Etter at fylkesmannen opphevet kommunens vedtak 3. desember 2007, måtte kommunen avvente MDs behandling av en omgjøringsbegjæring. Fra MDs avslag 30. januar 2008 til kommunen fattet nytt vedtak 11. juni 2008, gikk det 19 uker.

Plan- og bygningsetaten forela for byrådsavdelingen en redegjørelse knyttet til saken 6. mars 2008, det vil si en drøy måned etter MDs avslag. Det ble

samtidig opplyst til saksbehandler hos ombudsmannen at vedtak ville bli fattet «innen et par uker». En måned senere oppga kommunen at tiltaket krevde dispensasjon. Etter et møte mellom etaten og A 16. april 2008, sendte han 21. mai 2008 inn en revidert søknad for å unngå dispensasjonskrav. Etter dette ble nytt vedtak fattet 11. juni 2008.

Oslo kommune har beklaget at spørsmålet om dispensasjon ikke ble tatt opp med A i forbindelse med søknaden og den forsinkelse dette har medført i saksbehandlingen. Kommunen har også beklaget at ombudsmannen feilaktig fikk opplyst at vedtak ville bli fattet «innen et par uker». Beklagelsene er på sin plass.

Kommunen har ellers begrunnet saksbehandlingstiden i annen runde med stor saksmengde hos etaten, samt at «saken har vært en vanskelig prinsipp-sak». Kommunen har vist til at det var nødvendig med prinsippavklaringer med byrådsavdelingen. Videre at det etter kommunens mening var viktig å avklare en del prinsipielle spørsmål som hadde oppstått i forbindelse med plan- og bygningsetaten og fylkesmannens praktisering av Småhusplanen med MD. Kommunen ba derfor om et møte med departementet 23. mai 2008. Da det tok tid å få berammet et slikt møte, ble nytt vedtak, som nevnt, truffet 11. juni 2008.

I sak gjengitt i ombudsmannens årsmelding for 2008 s. 391 (Somb-2008-100) uttalte jeg:

«Forvaltningen må foreta prioriteringer av sakene etter hvert som de innkommer, og løpende vurdere om den til enhver tid gjeldende prioritering er i overensstemmelse med de alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling. Dette innebærer at forvaltningen ikke ubetinget kan behandle sakene i den rekkefølge de kom inn, men blant annet må foreta nærmere vurderinger av sakenes karakter og, i de tilfeller der det skjer saksbehandling i flere ledd, se hen til allerede medgått saksbehandlingstid.»

En sak som er til behandling for annen gang etter at fylkesmannen har opphevet kommunens vedtak som ugyldig, må kunne prioriteres etter disse retningslinjene. Kommunen var allerede godt kjent med saken gjennom førstegangsbehandling og klagebehandling, forhold som burde tilsi en rask behandling av saken på dette stadium. Det er videre et spørsmål om borgeren, i hvert fall til en viss grad, har krav på å få behandlet sin sak uavhengig av etatens ønske om å få «prinsippavklaringer» til å underbygge dens tolkning av regelverket når det foreligger såpass klare føringer fra overordnet organ i saken.

Under annen gangs behandling burde denne saken etter min mening blitt behandlet på et tidligere tidspunkt enn det som ble tilfelle.

*Tredje gangs behandling av søknaden – herunder spørsmålet om «forhåndskonferanse»*

I vedtaket 14. april 2009 instruerte fylkesmannen kommunen om å avklare «i samråd med tiltakshaver» «hva som må til mht. materialvalg, vinduer og takform, for at tiltaket skal kunne godkjennes» og å gi den videre behandling av saken «høy prioritet».

I ombudsmannssak 2008/163 uttalte jeg 18. februar 2009, jf. vedlagte kopi:

«I sak 2007/21, uttalte jeg at «underordnede organer som utgangspunkt har plikt til å rette seg etter de instruksjer/føringer som blir gitt av overordnet instans». Fylkesmannen ble der kritisert for ikke å «ha rettet seg etter den faglige vurdering/føring som fremkom av tilsendt kopi av direktoratets brev».

---

Jeg ser det slik at kommunen har plikt til, som underordnet instans, å rette seg etter fylkesmannens syn. Dersom kommunen er uenig med fylkesmannen, må uenigheten søkes løst enten ved lovendring eller gjennom avklaring med Miljøverndepartementet som ansvarlig fagdepartement. ...»

I utgangspunktet erkjenner kommunen fylkesmannens adgang til å overprøve alle sider av en sak, men er av den oppfatning at fylkesmannen går for langt i å overprøve kommunens skjønnsutøvelse. Kommunen er videre uenig i fylkesmannens tolkning av Småhusplanen. I stedet for å behandle saken for tredje gang, etter fylkesmannens retningslinjer, varslet derfor kommunen – tre år etter at søknaden første gang innkom – igangsetting av arbeid med midlertidig bygge- og deleforbud, samt oversendte saken til departementet for ny overprøving. Kommunen har for øvrig beklaget at A ikke mottok kopi av brevet der hans sak ble oversendt departementet, en beklagelse som er på sin plass.

Oslo kommune har også beklaget at det tok seks uker fra A 21. april 2009 ba om et møte, til dette fant sted 3. juni 2009. Grunnen til at det tok så lang tid, var ifølge plan- og bygningsetaten at det på bakgrunn av tiltakshaverens anmodning ble ansett avgjørende at etatsdirektøren deltok. Etaten har videre opplyst at den i ettertid kan «se at tiltakshaver også kunne vært informert bedre om fremdriften vedrørende avtale om møte». Beklagelsen er på sin plass, men er på langt nær dekkende for forholdet.

Kommunen har fremholdt at det dreide seg om «et orienterende møte om hvordan situasjonen var da kommunen var i ferd med å ferdigstille et praksisnotat» og at A i møtet ble orientert om at «vedtak ville kunne bli vurdert holdt tilbake inntil det nevnte praksisnotatet var avklart i kommunen». Den fant det ikke «hensiktsmessig» å behandle henvendelsen som et ønske om forhåndskonferanse etter plbl. § 93a.



En ubetinget rett for tiltakshaver til å kreve «forhåndskonferanse» etter plbl. § 93a et ubegrenset antall ganger og på et hvert stadium i saken, vil kunne påføre plan- og bygningsmyndighetene en stor arbeidsbyrde. I denne saken hadde imidlertid fylkesmannen opphevet kommunens avslag (for annen gang) og sendt saken tilbake med instruks om å avklare de tre gjenstående vurderingstemaene i samråd med tiltakshaveren under «høy prioritet». Fvl. § 11d første ledd første punktum bestemmer at i den utstrekning en forsvarlig utførelse av tjenesten tillater det, skal en part som har saklig grunn for det, gis adgang til å «tale muntlig med en tjenestemann ved det forvaltningsorgan som behandler saken». I lys av sakens forhistorie, fylkesmannens vedtak og As anmodninger, er det ikke tvil om at kommunen pliktet å avholde et møte med ham raskt etter fylkesmannens vedtak med sikte på å avklare de gjenstående temaene. Hvorvidt dette møtet skal betegnes «forhåndskonferanse» eller ikke er ikke avgjørende.

God forvaltningsskikk tilsier for øvrig at dersom etaten mente A ikke hadde krav på et møte med det innhold han ba om – eller at den ikke hadde til hensikt å diskutere de nevnte temaene – skulle den umiddelbart informert A om dette.

Også under tredje gangs behandling av saken har kommunen brutt reglene om saksbehandlingstid. Den har videre unnlatt å følge opp klare instruksjoner fra overordnet forvaltningsorgan vedrørende sakens videre behandling.

## 2. Informasjon om når vedtak kan ventes

Fvl. § 11a annet og tredje ledd (saksbehandlingstid, foreløpig svar) bestemmer:

«Dersom det må ventes at det vil ta uforholdsmessig lang tid før en henvendelse kan besvares, skal det forvaltningsorganet som mottok henvendelsen, snarest mulig gi et foreløpig svar. I svaret skal det ... såvidt mulig angis når svar kan ventes.

...

I saker som gjelder enkeltvedtak, skal det gis foreløpig svar ... dersom en henvendelse ikke kan besvares i løpet av en måned etter at den er mottatt.»

Plan- og bygningsetaten har i svaret hit oppgitt at den i brev 6. juni 2006 opplyste A at «den som følge av svært stor pågang av byggesaker ikke hadde mulighet til å overholde de lovpålagte tidsfrister, og at oppdatert informasjon om saksbehandlingstider var å finne på etatens nettsider». Hva gjelder sakens videre gang, har kommunen opplyst at «opplysning til parten om når vedtak i saken kunne forventes, ble ... ivarettatt ved at forventede saksbehandlingstider løpende ble publisert på etatens hjemmeside, og at søker ble opplyst om dette». Når det gjelder etatens opplysningsplikt under annen gangs behandling av

søknaden, har kommunen oppgitt at A var «i kontakt med kommunen gjentatte ganger i perioden».

I sak gjengitt i ombudsmannens årsmelding for 2004 s. 166 (Somb-2004-41) uttalte jeg blant annet at i «en situasjon med til dels lange saksbehandlingstider vil rutinene for hvordan informasjon gis til brukerne være helt avgjørende». Videre uttalte jeg at «[g]od forvaltningsskikk tilsier at parten orienteres dersom de opplysninger om forventet saksbehandlingstid som er angitt i det foreløpige svaret, ikke kan overholdes».

I den generelle saken om saksbehandlingen ved plan- og bygningsetaten i Oslo kommune, gjengitt i årsmeldingen for 2007 s. 279 (Somb-2007-78), uttalte jeg blant annet:

«Basert på den informasjonen jeg har fått, legger jeg til grunn at søkeren ikke blir informert om reell forventet saksbehandlingstid (konkret for saken eller gjennomsnittlig for sakstypen) i det foreløpige svaret. ... Ettersom jeg ikke har mottatt korrigerende opplysninger etter brevet herfra 14. november 2006, legger jeg også til grunn at informasjon om gjennomsnittlig saksbehandlingstid for de ulike sakstypene heller ikke har vært rutinemessig tilgjengelig for brukerne av etatens hjemmesider.

Dette innebærer brudd på fvl. § 11a og reglene for god forvaltningsskikk. Det er ikke tilstrekkelig å opplyse om de lovpålagte saksbehandlingstidene, samt at disse for tiden ikke overholdes. I det foreløpige svaret bør i det minste den gjennomsnittlige reelle saksbehandlingstiden for gjeldende sakstype angis, sammen med informasjon om at behandlingstiden i den konkrete saken kan avvike fra dette. Dersom det blir klart at behandlingstiden for saken kommer til å avvike (mer enn bagatellmessig) fra det som er angitt, bør det straks sendes en melding til søker om dette, med korrigert estimert saksbehandlingstid (forsinkelsesmelding).»

Kommunen har etter dette gjennomgående brutt kravene til informasjon om når vedtak kan ventes i denne saken. Dette blir særlig alvorlig i en sak som har pågått over så lang tid og som har vært til behandling hos kommunen hele tre ganger.

Ombudsmannen har bedt om å få opplyst når vedtak i saken nå kan ventes. Kommunen har vist til at den nå har varslet midlertidig bygge- og deleforbud for X vei. Jeg er kjent med at byutviklingsråden til Aften 24. september 2009 har opplyst at saken snart skal behandles i byutviklingskomiteen. Et eventuelt forbud kan påklages videre til fylkesmannen. A ble i brev herfra 7. juli 2009 orientert om at denne klageadgangen om nødvendig må nyttes før denne saken eventuelt bringes inn for ombudsmannen. Jeg viser til at ombudsmannens kontroll med forvaltningen skal være etterfølgende, og jeg må derfor være varsom med å gå inn i spørsmål som fortsatt er under behandling i forvaltningen. I sak inntatt i årsmeldin-

gen for 2008 s. 290 (Somb-2008-75) der Oslo kommune i to år hadde unnlat å behandle en søknad i påvente av et eventuelt slikt midlertidig forbud, uttalte jeg imidlertid følgende:

«Forberedelser til vedtak om midlertidig forbud, herunder forhåndsvarsling av berørte parter, bør ... gjøres nokså umiddelbart etter at spørsmålet har aktualisert seg.

---

... At lovgiveren har ansett to år som det tidsrommet tiltakshaver må finne seg i å vente på en avklaring, er et selvstendig argument for at forbudet må nedlegges straks etter at søknaden er motatt. ... »

### 3. Avslutning

Kommunens behandling av saken har gjennomgående vært preget av brudd på reglene om saksbehandlingstid og informasjon om når vedtak kan ventes, samt plikten til å følge instruks fra overordnet forvaltningsorgan.

Jeg ber om å bli holdt løpende orientert om den videre behandling av saken. Jeg legger til grunn at saken, som opplyst av byutviklingsbyråden, nå blir fremmet raskt for byutviklingskomiteen. Dersom det ikke blir flertall for nedleggelse av eventuelt bygge- og deleforbud, forutsetter jeg at behandlingen av As byggesak gis høy prioritet i kommunen.»

Byrådsavdeling for byutvikling skrev i brev 16. oktober 2009 at den «ser alvorlig på Sivilombudsmannens uttalelse og følger denne opp videre». Byutviklingskomiteen forkastet, i samsvar med innstilling fra byrådet, forslaget fra plan- og bygningsetaten om midlertidig bygge- og deleforbud for eiendommen i møte 28. oktober 2009. Rammetillatelse for eneboligen ble gitt 30. oktober 2009. I vedtaket bemerket plan- og bygningsetaten at den nå har valgt å ta uenigheten med fylkesmannen videre «på prinsipielt grunnlag og ikke under gjeldende sak».

## 79.

### Vurderingen av anførsel om usaklig forskjellsbehandling i sak om dispensasjon etter plan- og bygningsloven

(Sak 2007/1783)

*Saken gjaldt søknad om dispensasjon fra LNF-formål i kommuneplanens arealdel for oppføring av bolig. Fylkesmannen hadde i klagevedtaket unnlat å ta stilling til en anførsel om usaklig forskjellsbehandling under henvisning til at det uansett ikke forelå «særlige grunner» til å dispensere, jf. plan- og bygningsloven § 7.*

*Ombudsmannen uttalte at fylkesmannen her hadde lagt en feilaktig rettsoppfatning til grunn. En anførsel om usaklig forskjellsbehandling har relevans både ved vurderingen av om særlige grunner forelig-*

*ger og om dispensasjon skal gis. Ombudsmannen mente også at dispensasjonsvurderingen hadde andre svakheter, og ba fylkesmannen om å vurdere saken på nytt.*

Klagerne søkte om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for oppføring av en bolig nummer to samt garasje på sin eiendom. Eiendommen lå i et område som i kommuneplanens arealdel var avsatt til LNF-formål. Det forelå ingen naboprotester.

Eiendommen var på 4 daa og lå i et kjerneområde for jordbruk. Omtrent 3170 m<sup>2</sup> av eiendommen besto av fulldyrket jord. Jorden var bortforpaktet. Eiendommen var ifølge kommunens jordbrukssjef for liten til å kunne understøtte jordbruksproduksjon av et visst omfang.

Eiendommen ble utskilt fra hovedbruket som boligtomt i 1954 og er bebygd med bolig (våningshus) og garasje. Bebyggelsen ble oppført på 1960-tallet.

Klagerne ønsket å oppføre en lavenergibolig samt ny garasje på eiendommen. De ønsket verken å oppgradere eller rive den eksisterende bebyggelsen.

Ettersom området der eiendommen lå var avsatt til LNF-område i kommuneplanens arealdel, var det nødvendig med dispensasjon etter plan- og bygningsloven (plbl.) § 7.

Formannskapet behandlet saken første gang i april 2006. Det vedtok å anbefale at dispensasjon ble gitt. Saken ble deretter forelagt Fylkesmannen i Rogaland og Rogaland fylkeskommune for uttalelse. Fylkesmannen anbefalte at det ikke ble gitt dispensasjon.

Formannskapet vedtok å gi dispensasjon i juni 2006. Det ble vist til at eiendommen ikke var å anse som en landbrukseiendom. Formannskapet la vekt på at jordbruksarealet er lite og at omdisponering derfor etter en samlet vurdering kunne anbefales.

Fylkesmannen i Rogaland påklaget vedtaket. I klagen ble det vist til at det i kommuneplanen var lagt til rette for boligbygging i et område (B11) like sør for det omsøkte området. Området avsatt til boligbygging krevde omdisponering av jordbruksareal. Innvilgelse av dispensasjon ville dermed forsterke arealavgangen på dyrket mark. Videre var det anført at innvilgelse av dispensasjon ville være i strid med intensjonene da område B11 ble tillatt. Til slutt gjorde fylkesmannen gjeldende at bygging var i strid med landbruksinteressene. Fylkesmannen viste til at disse skal ivaretas selv for mindre enheter.

Formannskapet behandlet klagen i oktober 2006. Dispensasjonsvedtaket ble opprettholdt, og klagen oversendt fylkesmannen for avgjørelse.

Fylkesmannen i Vest-Agder, som ble oppnevnt som settefylkesmann i saken, omgjorde kommunens vedtak og avslo søknaden om dispensasjon. Fylkesmannen understreket at de særlige grunner som kan

begrunne en dispensasjon i første rekke er knyttet til areal- og ressursdisponeringshensyn. Fylkesmannen fant at slike hensyn («særlige grunner») ikke forelå.

Fylkesmannen la vekt på at området var avsatt til LNF-formål og at tomta var avsatt til kjerneområde landbruk. Selv om tomta var liten og landbrukssjefen hadde anbefalt dispensasjon, la fylkesmannen vekt på at deler av den ble brukt som fulldyrket jord som blir slått og at tomta var omkranset av dyrket mark. Fylkesmannen anså derfor at tiltaket ville komme i konflikt med hensynene bak arealformålet. Ved denne vurderingen ble det sett hen til at Fylkesmannen i Rogaland hadde frarådet dispensasjon.

Klageres anførsel om usaklig forskjellsbehandling ble ikke tatt til følge. Klagerne hadde i forbindelse med fylkesmannens klagebehandling vist til delingstillatelser for en rekke andre eiendommer.

Fylkesmannen fremholdt at en vurdering av om det foreligger usaklig forskjellsbehandling først vil kunne finne sted dersom vilkåret «særlige grunner» er oppfylt og det skal vurderes om dispensasjon bør gis («kan»-vurderingen).

For øvrig bemerket fylkesmannen at dersom dispensasjon er gitt i saker uten at «særlige grunner» foreligger, kan en annen søker ikke bygge rett på dette i den forstand at det kan anføres at det er usaklig forskjellsbehandling ikke å gi dispensasjon.

Saken ble brakt inn for ombudsmannen. Klagerne ba ombudsmannen undersøke om de var utsatt for usaklig forskjellsbehandling. De påberopte seg som særlig grunn at parsellen ble fradelt for boligformål allerede i 1954.

Etter å ha innhentet og gjennomgått sakens dokumenter, ble det besluttet å undersøke saken nærmere med Fylkesmannen i Vest-Agder. Fylkesmannen ble bedt om å besvare noen spørsmål knyttet til vedtaket.

Ettersom fylkesmannen i sitt vedtak syntes å være av den oppfatning at en påstand om usaklig forskjellsbehandling kun er relevant ved vurderingen av om dispensasjon bør gis, og ikke ved vurderingen av vilkåret «særlige grunner», ble fylkesmannen spurt når og på hvilken måte hun mente en slik påstand er relevant ved vurderingen av dispensasjon etter plbl. § 7. I den forbindelse ble det bedt om fylkesmannens syn på om den praksis som har utviklet seg i andre dispensasjonssaker kan være relevant for den rettslige vurderingen av om lovens krav til «særlige grunner» er oppfylt. Redegjørelsen ble bedt knyttet opp mot sakene inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2002 på side 320 og 2006 på side 279. Fylkesmannen ble også bedt om å vurdere om Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2007 s. 257 («Trallfa-dommen») hadde betydning for spørsmålet, og eventuelt på hvilken måte. Fylkesmannen ble spurt på hvilken måte hun anså at hensynet til likebehandling får betydning for om et moment er relevant og hvilken relativ vekt et

moment skal tillegges ved «særlige grunner»-vurderingen. Svaret ble bedt gitt i lys av ombudsmannens uttalelser inntatt i årsmeldingen for 2006 på side 279 og 2007 på side 314. Fylkesmannen ble deretter bedt om å vurdere hvorvidt spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling skulle vært nærmere utredet.

For det andre ble fylkesmannen spurt om foreliggende praksis kan ha gitt klagerne forventninger om at dispensasjon ville bli gitt. Det ble vist til at Eigersund kommune i løpet av 2006 hadde gitt dispensasjon i flere delingssaker. Felles for disse sakene var at Fylkesmannen i Rogaland ikke hadde benyttet seg av sin klagerett, selv om fylkesmannen, som statlig planmyndighet, hadde uttalt seg negativt til tiltakene forut for at formannskapet traff selve dispensasjonsvedtaket, jf. plbl. § 7 tredje ledd. Det ble bedt om fylkesmannens syn på om de sakene klagerne hadde vist til var sammenlignbare med deres sak og relevante for anførselen om usaklig forskjellsbehandling. Fylkesmannen ble i den forbindelse bedt om å redegjøre for spørsmålet om hvilken praksis (dvs. fra hvilke forvaltningsinstanser) som skal legges til grunn ved likhetsvurderinger og spørsmål om forskjellsbehandling.

For det tredje ble fylkesmannen spurt om vilkåret for dispensasjon var tilstrekkelig vurdert. Fylkesmannen ble spurt om det var vurdert om og i hvilken utstrekning det var av betydning for dispensasjonsvurderingen at tomta allerede var bebygget og ble benyttet til boligformål. Det ble stilt spørsmål om det var foretatt en konkret vurdering av eiendommens størrelse i forhold til formålene i jordlova. Dette under henvisning til at kommunale jordbruksmyndigheter hadde innstilt på dispensasjon fordi eiendommen etter deres syn ikke var å anse som en landbrukseiendom. Ut fra fylkesmannens vedtak syntes det uklart på hvilken måte fylkesmannen mente det hadde negativ betydning for dispensasjonsvurderingen at tomta skulle være omgitt av dyrket mark, særlig sett i lys av innstillingen fra kommunale jordbruksmyndigheter, bruken av eiendommen til boligformål og det forhold at eiendommen allerede er bebygget. På denne bakgrunn ble fylkesmannen bedt om å kommentere vektleggingen av dette argumentet.

Fylkesmannen bemerket i sitt svar innledningsvis:

«På bakgrunn av Rt-2007-257, legger Fylkesmannen til grunn at det beror på en avveining etter fritt skjønn om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. Herunder sluttet Høyesterett seg til lagmannsrettens uttalelse om at *'hvis en overvekt av hensyn taler for dispensasjon, er det vanskelig å forestille seg at bygningsmyndighetene vil ha en holdbar begrunnelse for å avslå søknaden etter fritt skjønn. Alminnelige saklighetskrav innebærer at bygningsmyndighetene har plikt til å avgjøre saken i samsvar med den avveining man kommer til'*. Hensynet til det kommunale selvstyre

ret skal tillegges vekt ved Fylkesmannens prøving av kommunens utøvelse av fritt skjønn, jf. forvaltningsloven § 34, annet ledd.

Videre kreves at plan- og bygningsmyndighetene på en uttømmende måte løfter frem og vurderer de saklige hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Når det er gjort, vil det ved spørsmålet om det foreligger særlige grunner måtte være et visst spillerom i forhold til den vekt de ulike momentene skal tillegges i dispensasjonsvurderingen, jf. Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2004/1243.»

Fylkesmannen svarte følgende på spørsmålet om når og på hvilken måte en påstand om usaklig forskjellsbehandling er relevant ved vurderingen av dispensasjon:

«En påstand om usaklig forskjellsbehandling vil kunne være relevant for vurderingen av lovens vilkår om 'særlige grunner' er oppfylt. I den grad de saker klager har vist til som grunnlag for forskjellsbehandlingen, kan si noe om tolkingen av 'særlige grunner', og praktiseringen av dispensasjonsbestemmelsen, vil klageinstansen måtte vurdere hvilke konsekvenser dette kan få for klagers sak. Ved vurderingen av hensynets relative vekt, legger Fylkesmannen til grunn at likebehandlingshensynet vil kunne tillegges større vekt ved dispensasjon fra arealplan enn fra lovbestemmelser som bæres av nasjonale hensyn, for eksempel pbl. § 17-2. På den annen side anses det viktig at kommunens arealplan skal være et reelt, rettslig styringsredskap for arealbruken, og at en utstrakt bruk av dispensasjonsbestemmelsen for å oppnå en annet arealbruk, vil uthule kommuneplanens virkning og forutsigbarhet i strid med pbl. § 20-6.

Idet klager i denne saken har vist til flere saker der dispensasjon er gitt, vil det være et forhold av rettslig relevans, som må tas i betraktning ved den konkrete dispensasjonsvurderingen. Fylkesmannen ser det derfor som uheldig at det i vedtak av 3. september 2007 er uttalt at en vurdering av om det foreligger usaklig forskjellsbehandling først vil kunne finne sted dersom vilkåret 'særlige grunner' er oppfylt.»

Fylkesmannen uttalte videre:

«Det bemerkes imidlertid at en forutsetning for at en anførsel om usaklig forskjellsbehandling skal kunne føre frem, er at det dreier seg om like/sammenlignbare saker i forhold til faktiske og rettslige forhold. De saker som er anført av klager i angjeldende sak, er til dels ulike mht faktiske forhold. Vektleggingen av hensynene bak kommuneplanen vil således kunne ha ulik vekt. Kommunens administrasjon har innstilt på at vilkåret for dispensasjon ikke er til stede, men søknadene er ved politisk behandling blitt innvilget, med ulik begrunnelse. Fylkesmannen ser imidlertid at anførselen om at Fylkesmannen i Rogaland har unnlatt å påklage andre lignende dispensasjonsvedtak innen samme planformål i området, samt at klager er trukket i en lignende dispensasjons sak, burde vært undersøkt nærmere herfra. Dette på bakgrunn av at referansesakene i utgangs-

punktet er relevante for spørsmålet om det foreligger usaklig forskjellsbehandling, jf. Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2003-0431 og i uttalelse inntatt i årsmelding 2004 s. 53. Til spørsmålet om hvilken praksis om skal legges til grunn ved likhetsvurderinger og spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling, legger Fylkesmannen til grunn at forvaltningen må bedømmes under ett og at det er den samlede behandlingen sakene har fått i de lokale/regionale/sentrale instans som må legges til grunn, jf. også Eckhoff/Smith Forvaltningsrett (8. utgave) side 384.»

Til spørsmålet om betydningen av at tomte allerede var bebygd og ble brukt til boligformål, svarte fylkesmannen at hun i sin vurdering hadde «tatt hensyn til at det på omsøkte eiendom eksisterer en bolig som ble godkjent i 1968 og en garasje som ble godkjent i 1970». Til spørsmålet om eiendommens størrelse i forhold til formålene i jordlova, bemerket fylkesmannen at «eiendommens størrelse har vært en del av sakens opplysning». Når det gjaldt vektleggingen av at tomte skal være omgitt av dyrket mark, fremholdt fylkesmannen at hun hadde «lagt vekt på at deler av eiendommen brukes som fulldyrket jord som blir slått, og at eiendommen i stor grad er omkranset av dyrket mark». Fylkesmannen mente at en ny bolig vil komme i konflikt med hensynene bak kommuneplanens LNF-formål, og at disse hensynene blir skadelidende. For øvrig viste fylkesmannen til at landbrukssjefen hadde uttalt at samtykke kunne gis etter jordlova, men at vurderingen etter plan- og bygningsloven vel måtte veie tyngst. Fylkesmannen bemerket at landbruksmyndighetenes uttalelse og behandling etter jordlova var vektlagt, men at dispensasjonsvurderingen etter pbl. § 7 i forhold til kommuneplanens arealformål er «videre og mer omfattende» enn vurderingen fra lokale jordbruksmyndigheter.

Klagerne fremholdt at fylkesmannen svarte «avvikende og unøyaktig» på spørsmålene herfra. De var ikke enige i fylkesmannens oppfatning om at de påberopte referansesakene «er til dels ulike mht faktiske forhold» og fremholdt at den største ulikheten var at det i de syv referansesakene også var søkt om deling etter jordlova § 12. Videre bemerket klagerne at det hadde vært ønskelig om fylkesmannen «hadde veid alle de sju andre sakene sine særlige grunner opp mot vår sak som ikke hadde nok særlige grunner». Klagerne kunne ikke se at fylkesmannen hadde gjort annet enn å bekrefte at vurderingene som etterspurt i spørsmål tre herfra var foretatt. Når det gjaldt fylkesmannens konkrete argumenter, presiserte klagerne at det ikke er riktig at eiendommen blir brukt til fulldyrket jord som blir slått. De bekreftet at det er gress på den delen av eiendommen som ikke er bebygd, men dette blir ikke brukt til landbruksformål og de har heller ingen planer om å bruke det til slikt formål. Videre opplyste de at eiendommen ligger helt i utkanten

av kjerneområdet for landbruk. Klagerne kommenterte at fylkesmannen hadde lagt til grunn at eiendommen er «omkranset» av dyrket mark. De opplyste i den forbindelse at eiendommen på to sider grenser til andre privat bebygde eiendommer, at en side grenser til hovedveien og at den siste siden, som grenser mot sjøen, distanseres fra dyrket mark med en bratt skrent. Slik klagerne så det, var det ikke grunnlag for å si at eiendommen «omkranses av dyrket mark». Klagerne kunne videre ikke se at fylkesmannen hadde konkretisert hvilke konflikter som vil oppstå eller hvilke hensyn som blir skadelidende dersom tiltaket godkjennes.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Tiltaket er søknadspliktig etter plan- og bygningsloven (plbl.) 14. juni 1985 nr 77 § 93. Tiltak nevnt i denne bestemmelsen må ikke være i strid med arealbruk eller bestemmelser fastlagt i endelig arealplan, jf. plbl. § 20-6 annet ledd. Tiltaket skal gjennomføres i et område avsatt til LNF-formål. Tiltaket skal benyttes til ordinært boligformål, og er derfor i strid med LNF-formålet i arealdelen. Derfor kreves det dispensasjon fra kommuneplanen etter plbl. § 7. En forutsetning for å gi dispensasjon er at det foreligger «særlige grunner».

Fylkesmannen har tatt et korrekt rettslig utgangspunkt når hun legger til grunn at de særlige grunner som kan begrunne en dispensasjon i første rekke er knyttet til areal- og ressursdisponeringshensyn. Fylkesmannen har konkludert med at slike hensyn ikke foreligger, og at vilkåret «særlige grunner» derfor ikke er oppfylt. Videre har fylkesmannen lagt vekt på at området er avsatt til LNF-formål og at tomte er avsatt til kjerneområde landbruk. Selv om tomte er liten, har fylkesmannen vektlagt at deler av den brukes som fulldyrket jord som blir slått og at tomte er omkranset av dyrket mark. Fylkesmannen har derfor ansett at tiltaket vil komme i konflikt med hensynene bak arealformålet. Ved denne vurderingen er det sett hen til at Fylkesmannen i Rogaland frarådet dispensasjon.

Fylkesmannen har ikke tatt klagerens anførsel om usaklig forskjellsbehandling til følge. I vedtaket har fylkesmannen lagt til grunn at en vurdering av om det foreligger usaklig forskjellsbehandling først vil kunne finne sted dersom vilkåret «særlige grunner» er oppfylt og det skal vurderes om dispensasjon bør gis («kan»-vurderingen).

I den offentlige forvaltningen gjelder det ulovfestede prinsippet at like saker skal behandles likt. Usaklig forskjellsbehandling kan medføre at et vedtak anses ugyldig. For at en anførsel om forskjellsbehandling skal føre frem, er det en forutsetning at det dreier seg om like saker både i faktisk og rettslig henseende. Likhetsprinsippet bygger på rettferdighetsbe-

traktninger og innebærer at de forvaltningsavgjørelser som fattes må bygge på en objektiv og saklig vurdering som sikrer likhet og rettssikkerhet. Når det skal tas stilling til spørsmålet om forvaltningen har utøvet forskjellsbehandling, er det ikke nødvendigvis noe galt med den enkelte avgjørelsen. Feilen kan bestå i at forvaltningen ikke kan gi noen saklig grunn for ikke å følge en konsekvent praksis.

Et sentralt spørsmål i denne saken er om vurderingen av usaklig forskjellsbehandling først skal foretas etter vurderingen av om særlige grunner foreligger. Til grunn for fylkesmannens avgjørelse ligger en oppfatning om at vurderingen av usaklig forskjellsbehandling er knyttet til situasjonen når «særlige grunner» først anses å foreligge. Fylkesmannen legger her en feilaktig rettsoppfatning til grunn. Jeg har uttalt meg om dette spørsmålet tidligere, jf. blant annet saken inntatt i årsmeldingen for 2002 på side 320. Synspunktene er gjentatt i saken inntatt i årsmeldingen for 2006 på side 279. I den første saken fremholdt jeg at en påstand om usaklig forskjellsbehandling i en sak om dispensasjon har relevans både ved vurderingen av forvaltningens frie skjønn og ved den rettslige vurderingen av om lovens krav til særlige grunner er oppfylt. I en sak om dispensasjon etter plbl. § 7, vil spørsmålet om det foreligger en usaklig forskjellsbehandling først og fremst ha relevans ved vurderingen av forvaltningens frie skjønn, det vil si spørsmålet om dispensasjon bør gis når det er slått fast at særlige grunner foreligger. Den praksis som har utviklet seg i andre dispensasjonssaker, kan imidlertid 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 lys av dette. I praksis må forvaltningen etter omstendighetene prøve anførselen om usaklig forskjellsbehandling i forhold til vurderingen av «særlige grunner» i tidligere sammenlignbare saker. Slik jeg ser det, vil dette kunne gjelde desto mer etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s. 257, hvor det fastslås at det er en glidende overgang mellom vurderingen av om særlige grunner foreligger og vurderingen av om dispensasjon kan gis. Ettersom fylkesmannen i brevet hit 29. februar 2008 opplyser at hun ser det som «uheldig at det i vedtak av 3. september 2007 er uttalt at en vurdering av om det foreligger usaklig forskjellsbehandling først vil kunne finne sted dersom vilkåret «særlige grunner» er oppfylt», er det ikke grunn for meg til å problematisere dette ytterligere. Fylkesmannen må vurdere klagerens anførsel på nytt. I den nye vurderingen er det naturlig at fylkesmannen nærmere tar stilling til om de sakene klagerne har vist til er sammenlignbare i rettslig og faktisk henseende. Jeg viser for så vidt til klagerens brev hit 29. februar 2008, der de sier seg uenige i fyl-

kesmannens oppfatning om at de påberopte referansesakene «er til dels ulike mht faktiske forhold» og fremholder at den største ulikheten er at det i de syv referansesakene også var søkt om deling etter jordlova § 12.

Det neste spørsmålet er om fylkesmannen for øvrig på en tilstrekkelig måte har vurdert om vilkåret for å dispensere er oppfylt. I vedtaket har fylkesmannen ikke funnet å kunne legge vekt på at eiendommen ble fradelst som boligtomt i 1954. Dette under henvisning til at kommunen senere «har valgt at området skal disponeres som LNF-formål». Fylkesmannen har blant annet vist til at kommunen har ønsket at boligbygging skal skje i område B11. Synspunktene er gjentatt i svarbrevet hit. Jeg har ikke innvendinger mot at det som utgangspunkt ikke kan vektlegges at eiendommen ble fradelst som boligtomt når kommunen senere har bestemt at den skal reserveres for LNF-formål. At et nærliggende område B11 er avsatt til boligbygging, kan imidlertid vanskelig i seg selv avskjære muligheten for dispensasjon på klagerens tomt.

Videre har fylkesmannen vurdert om de hensynene som begrunnet innføringen av gjeldende arealavendelse blir skadelidende ved at det gis dispensasjon. Her har fylkesmannen, for det første, lagt til grunn at deler av tomta brukes til fulldyrket jord som blir slått. For det andre, har fylkesmannen forutsatt at eiendommen i stor grad er «omkranset av dyrket mark». Sammen med det forhold at Fylkesmannen i Rogaland frarådet kommunen å dispensere, har fylkesmannen konkludert med at «ny bolig som omsøkt vil komme i konflikt med hensynene bak arealformålet». Fylkesmannen mener at det ikke foreligger «en overvekt av hensyn som taler for at dispensasjon skal kunne innvilges». Til dette har klagerne innvendt at det ikke er riktig at eiendommen blir brukt til fulldyrket jord som blir slått. De bekrefter at det er gress på den delen av eiendommen som ikke er bebygget, men opplyser at dette ikke blir brukt til landbruksformål og at de ikke har planer om å bruke det til slikt formål. Videre opplyser de at eiendommen ligger helt i utkanten av kjerneområdet for landbruk. De hevder også at det ikke er grunnlag for å si at eiendommen «omkranses av dyrket mark» og har nøye beskrevet hvordan tomta ligger i forhold til nabotomter, hovedvei med videre. Fylkesmannen har ikke funnet grunn til å kommentere disse opplysningene fra klagerne og saken fremstår derfor som ufullstendig opplyst i forhold til hva som er riktig faktum. Jeg er også enig med klagerne i at det er vanskelig å se at fylkesmannen har vært særlig konkret når det gjelder hvilke konflikter hun mener vil oppstå eller hvilke hensyn som blir skadelidende dersom tiltaket godkjennes sett på bakgrunn av at tomta allerede er i bruk til boligformål.

Samlet sett er det etter dette slike svakheter ved vedtaket 3. september 2007 at jeg må be fylkesmannen vurdere saken på nytt. Slik jeg ser det, har ikke fylkesmannen foretatt en tilstrekkelig konkret og reell vurdering av hvorvidt det foreligger «særlige grunner» til å dispensere. Fylkesmannen har videre unnlatt å ta stilling til betydningen av de referansesakene klagerne har vist til. Heller ikke har fylkesmannen i tilstrekkelig grad vurdert hvordan hensynene bak LNF-formålet eventuelt blir skadelidende ved at det dispenseres. I forbindelse med fylkesmannens fornyede vurdering må klagerens innvendinger mot påstanden om at eiendommen blir brukt til fulldyrket jord som blir slått undersøkes nærmere. Det samme må innvendingene knyttet til fylkesmannens påstand om at eiendommen omkranses av dyrket mark.

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

## 80.

### Beregning av avstand til nabogrense

(Sak 2008/1325)

*I en sak om oppføring av tilbygg og terrasse, og beregning av avstandskravet i plan- og bygningsloven (plbl.) § 70 nr. 2, la fylkesmannen i et omgjøringsvedtak til grunn at terrassen var å anse som et «fremspring», jf. TEK § 4-3.*

*Ombudsmannen kom til at det forelå begrunnet tvil om fylkesmannen hadde rettslig grunnlag for vedtaket og ba fylkesmannen om å vurdere saken på nytt.*

Lillehammer kommune ga rammetillatelse til oppføring av tilbygg med terrasse på eiendommen ... i Lillehammer. Naboen A henvendte seg til kommunen og mente at den oppførte terrassen ikke var i samsvar med søknaden og lå nærmere enn 4 meter fra hennes eiendom. Kommunen kom i vedtak til at tilbygget var oppført i tråd med plan- og bygningslovens krav til avstand. A klaget til Fylkesmannen i Oppland og krevde at terrassen ble fjernet. Fylkesmannen stadfestet 22. november 2004 kommunens vedtak «for så vidt gjelder tegninger som omsøkt», men kom samtidig til at den oppførte terrassen ikke samsvarte med den tillatelsen som var gitt, og at tiltaket var i strid med plan- og bygningsloven (plbl.) § 70 nr. 2.

Kommunen var uenig i fylkesmannens anvendelse av avstandsregelen og ba om at fylkesmannen vurderte saken på nytt. Fylkesmannen fastholdt 8. juni 2006 konklusjonen i vedtaket 22. november 2004 og skrev blant annet:

«Det opplyses at det i ettertid har kommet fram at den omtalte terrasse ikke kan defineres som terrasse, men som platting på mark. Dette fordi den-

ne fremstår som egen konstruksjon uavhengig av den øvrige bygningsmasse.

...  
Fylkesmannen la ved sin behandling av klagen fra ... [A] til grunn at terrassen var forbundet med huset og at avstanden til nabogrense av den grunn skulle regnes fra terrassens yttervegg. Det ble fra Fylkesmannens side vist til REN § 4-3 og veileder til denne, der det heter at: *'Er tilbygg, utbygg eller lignende forbundet med bygningen skal avstanden måles fra disse'*. Vi viser til bilde av terrassen, som var vedlagt kommunens brev, og kan ikke se at dette gir grunnlag for en annen konklusjon. En mindre glippe mellom vegg og terrasse vil ikke endre dette.»

A henvendte seg til ombudsmannen og anførte at fylkesmannens vedtak måtte omgjøres. Det ble vist til at det som var oppført, ikke var en plattform, men en veranda. I brev herfra ble A meddelt at ombudsmannen ikke kunne undersøke saken så lenge den fortsatt var under behandling i kommunen.

Kommunen oversendte i 2006 målsatte tegninger av terrassen til Statens bygningstekniske etat og ba blant annet om en vurdering av hvordan teknisk forskrift § 4-3 var å forstå. I svaret fra etaten het det følgende:

«Teknisk forskrift eller veiledningen til denne inneholder ikke definisjoner av begreper som balkong, terrasse eller plattform. Av betydning for praktisering av målreglene i teknisk forskrift blir om konstruksjonen blir å anse som et utspring fra bygningens fasade. Dersom konstruksjonen konstruksjonsmessig henger sammen med bygningens fasade anser vi det mest korrekt å se på denne som et utspring. Etter dette skal avstand fra nabogrense være minimum 3 meter. Dette synes å være ivaretatt i den aktuelle byggesaken.»

Kommunen ba på nytt fylkesmannen om en fornyet vurdering av saken. På denne bakgrunn besluttet fylkesmannen 5. september 2007 å omgjøre vedtaket som var truffet 22. november 2004, slik at As klage ikke ble tatt til følge og kommunens vedtak ble opprettholdt fullt ut. Fylkesmannen begrunnet omgjøringen på følgende måte:

«Spørsmålet har vært om en terrasse/veranda, som den aktuelle, faller inn [under] det unntaket som i forskriften er gjort for byggverk med gesims eller andre fremspring. I disse tilfellene er det uttalt at for byggverk med gesims eller andre fremspring økes avstanden tilsvarende det fremspringet overskrider 1 m. BE har sett på saken konkret og uttalt at den støtter kommunen sin vurdering i denne saken. BE er faginstans på området og har gitt ut veiledningene SAK og TEK. Fylkesmannen legger etter dette til grunn kommunen og BE sin forståelse som innebærer at den aktuelle terrassen ikke er i strid med avstandskravet i plan- og bygningsloven § 70, jf. TEK § 4-3.»

A brakte saken på nytt inn for ombudsmannen. Det ble anført at kommunen forsøkte å «tone ned det store ulovlige byggverk 86 m<sup>2</sup> til noen paragrafer om avstandsberegning», og at tilbygget utover «35m<sup>2</sup> inkl. terrasse» måtte rives.

I brev herfra ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for spørsmålet om den aktuelle terrassen falt naturlig inn under ordlyden «gesims eller andre fremspring» i § 4-3 i forskrift 22. januar 1997 nr. 33 om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK), samt den tilsvarende ordlyden «takutspring, gesims, balkonger etc.» i veiledningen til forskriften. Det ble også spurt om fylkesmannen hadde foretatt en selvstendig vurdering av hvorvidt den aktuelle terrassen var i strid med avstandskravet i plbl. § 70 nr. 2, jf. TEK § 4-3.

I svarbrevet skrev fylkesmannen innledningsvis om vedtaket 22. november 2004:

«Dette vedtaket ble fattet etter at Fylkesmannen hadde vurdert det slik at den aktuelle terrassen ikke naturlig falt inn under forskriftens ordlyd og dermed særbestemmelsen i forskriften for gesims og andre fremspring. Fylkesmannen la i denne vurderingen bl.a. vekt på størrelsen på terrassen og mente at denne ikke naturlig fremstår som et fremspring fra fasadeliv slik som de eksemplene som er nevnt i forskrift og veileder.»

Fylkesmannen skrev videre:

«Etter at kommunen hadde innhentet skriftlig uttalelse fra Statens bygningstekniske etat (BE), drøftet vi problemstillingen vedrørende den rettslige forståelsen av forskriften med Kommunal- og regionaldepartementet pr. telefon. KRD viste da til at det var BE som ga veiledning om dette. Fylkesmannen fant å legge den overordnede instans sin rettslige forståelse til grunn for den videre behandling av saken og omgjorde sitt tidligere vedtak den 5. september 2007. Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken, men fatter samtidig vedtak på grunnlag av delegert myndighet fra departementet. Slik Fylkesmannen ser det, vil BE sin veiledning om lovforståelse og hvordan bestemmelsene skal praktiseres, være en rettskilde. For at regelverket skal praktiseres nøyaktig i ulike kommuner og fylker, er det etter Fylkesmannens oppfatning viktig at regelverket praktiseres i tråd med overordnede organers veiledning når bestemmelsene er så vidt uklare og inneholder så vidt mange tekniske/arkitektoniske begrep som i dette tilfellet. Da Fylkesmannen fant å kunne legge BEs forståelse til grunn for den videre behandling av saken la Fylkesmannen også vekt på kommunens forståelse og praksis og at det i forskriften og veilederen dreier seg om begreper som ikke har noen legaldefinisjon.

Videre er det slik at noen av disse bygningstekniske tiltak endres over tid pga. endrede ønsker med hensyn til komfort, standard osv. Blant annet er det i dag vanlig å utvide balkonger, bygge disse inn med glass og lignende. Dette vil endre inntrykket av balkonger i forhold til fasaden

vesentlig, men det faller likevel inn under unntakene nevnt i veilederen.

Fylkesmannen la videre vekt på at pbl. § 70 skal ivareta en rekke hensyn. Formålet med bestemmelsen var opprinnelig brannvern hensyn og behovet for å sikre lys og luft mellom bygg og en viss avstand mellom nabobebyggelse. Med endringene i bestemmelsen i 1983 ble blant annet også hensynene til terrengtilpasning av bygningskroppen understreket som viktig.

Med bakgrunn i at disse forhold ikke i avgjørende grad talte mot å opprettholde 4 meter som avstand til nabogrense, endret Fylkesmannen sitt vedtak og la BE sitt syn på forståelsen av bestemmelsen til grunn.

2. Når det gjelder spørsmålet om den aktuelle terrassen faller naturlig inn under veilederens ordlyd viser Fylkesmannen til det som er sagt ovenfor under pkt. 1. Med bakgrunn i de formål som pbl. § 70 skal ivareta, manglende legaldefinisjon når det gjelder de aktuelle begrep og at opprimsingen i veilederen ikke er uttømmende, mente Fylkesmannen at det i denne saken var naturlig å legge samme beregningsmåte til grunn for terrassen som balkonger.»

A kom med merknader til svarbrevet og fastholdt at byggesøknaden etter hennes mening var «falsk», og at det utførte arbeidet var ulovlig.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Statens byggt tekniske etat har lagt til grunn at byggesaken gjelder et «mindre tiltak» som kommunen kan «unnta fra reglene om saksbehandling». Jeg forstår fylkesmannens vedtak 5. september 2007 slik at fylkesmannen er av den oppfatning at avstandskravet i pbl. § 70 nr. 2 uansett kommer til anvendelse. Spørsmålet er hvordan avstanden skal beregnes.

Hvis ikke annet er bestemt i plan, skal bygning ha en avstand fra nabogrense som minst svarer til bygningens halve høyde og ikke under fire meter, jf. plan- og bygningsloven (pbl.) § 70 nr. 2 første ledd. Avstandskravet er særlig begrunnet i branntekniske forhold og hensynet til lys og utsikt.

Beregningen av avstand er nærmere regulert i forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK) 22. januar 1997 nr. 33 § 4-3:

«Avstanden måles som korteste avstand horisontalt mellom byggverkets fasadeliv og nabobyggverkets fasadeliv eller nabogrense. For byggverk med gesims eller andre fremspring økes avstanden tilsvarende det fremspringet overskrider 1 m.»

Avstanden skal med andre ord regnes fra bygningens fasade, og eventuell «gesims» eller «andre fremspring» får ikke betydning for beregningen så lenge fremspringet ikke overskrider 1 m. Stikker fremspringet lengre ut enn en meter, må avstanden til nabogrensen økes tilsvarende overskridelsen, dvs. med fremspringets dybde minus en meter.

I veiledningen til TEK, 3. utgave april 2003, står det i kap. IV:

«I første ledd fastslås det at avstandene skal måles horisontalt fra fasadeliv. Er tilbygg, utbygg eller lignende forbundet med bygningen, skal avstanden måles fra disse. Annet ledd åpner for at avstanden fortsatt kan måles fra fasadelivet når bygningen har mindre utspring, inntil 1 m dype. Dette gjelder for takutspring, gesims, balkonger etc. Etter ordlyden vil bestemmelsen også kunne omfatte mindre karnapper. Har utspringet større dybde enn 1 m, skal avstanden økes med tilsvarende det utspringet overskrider 1 m.»

Etter veiledningen til TEK er «gesims og andre fremspring» i TEK § 4-3 også «mindre utspring» som «takutspring, [...] balkonger etc.». Fylkesmannen la i svarbrevet til grunn at Statens byggt tekniske etats veiledning til TEK er «en rettskilde», og jeg har ikke rettslige innvendinger mot dette. Veiledningen vil være et relevant bidrag ved tolkningen av TEK § 4-3. Den nærmere avveiningen mellom forskriften og veiledningen må følge alminnelige tolkningsprinsipper. Bestemmelsen om «gesims og andre fremspring» inneholder en særregel i forhold til hovedregelen for beregning av avstand. Man bør derfor være forsiktig med å tolke forskriftens ordlyd på dette punkt utvidende på bakgrunn av veiledningen, særlig hvis dette skjer i strid med hensynene bak avstandskravet i pbl. § 70 nr. 2 første ledd.

Fylkesmannen viste i svarbrevet til telefonsamtale med Kommunal- og regionaldepartementet, der «problemstillingen vedrørende den rettslige forståelsen av forskriften» ble drøftet. Departementet skal ifølge fylkesmannen ha vist til at «det var BE som ga veiledning om dette». På denne bakgrunn fant fylkesmannen «å legge den overordnede instans sin rettslige forståelse til grunn for den videre behandling av saken». Det fremstår som noe uklart hva fylkesmannen her mener. Fylkesmannens uttalelse gir imidlertid grunn til å understreke at Statens byggt tekniske etat ikke er fylkesmannens overordnede organ. Skal fylkesmannen legge særlig vekt på etatens forståelse, må det være på grunnlag av at dette organet har særlig sakkyndighet og dessuten en samordnende funksjon (slik fylkesmannen også har vist til). Det var verken Statens byggt tekniske etat eller Kommunal- og regionaldepartementet som skulle treffe vedtak i saken, men derimot fylkesmannen i henhold til delegert myndighet etter pbl. § 15. Fylkesmannen pliktet derfor å foreta sin egen selvstendige vurdering ut fra de konkrete omstendighetene.

Når det i svarbrevet er opplyst at fylkesmannen «la BE sitt syn på forståelsen av bestemmelsen til grunn for den videre behandling», og fylkesmannen i omgjøringsvedtaket kun viser til at «kommunen og BE sin forståelse» legges til grunn, levner det tvil om



fylkesmannen har foretatt en slik selvstendig vurdering som han plikter.

I svarbrevet 9. september 2008 la fylkesmannen til grunn at det var «naturlig å legge samme beregningsmåte til grunn for terrassen som balkonger». Det er imidlertid ikke gitt at enhver balkong er å anse som et «fremspring» etter TEK § 4-3. Spørsmålet må vurderes konkret med utgangspunkt i loven, TEK § 4-3 og veiledningen. Siden «balkong» er nevnt i veiledningen, vil hensynet til forutsigbarhet og likebehandling kunne veie tungt i den vurdering som skal foretas. Dette hensynet gjør seg likevel ikke gjeldende på samme måte for terrasser, da terrasser ikke er tatt med i veiledningens opprøp. I alle fall dersom terrassen slik som i saken her, ligger på bakkeplan og har sin egen fundamentering, kan det synes mindre naturlig å likestille den med en «gesims» eller annet «fremspring». Veiledningen anviser dessuten at det er ved «mindre utspring» avstanden kan måles fra fasadelivet. Ordlyden er ikke helt klar, men det synes naturlig å forstå veiledningen slik at det kun er aktuelt å måle fra fasadelivet når fremspringet har begrenset størrelse, både i seg selv og i forhold til det bygget det er knyttet til.

Så vidt jeg kan se, har fylkesmannen i det opprinnelige klagevedtaket foretatt en begrunnet vurdering av terrassen ut fra tilsvarende linjer som jeg her har påpekt. Omgjøringsvedtaket mangler derimot en tilsvarende redegjørelse. Også av denne grunn stiller jeg spørsmål om fylkesmannens omgjøring av det opprinnelige vedtaket var utslag av en tilstrekkelig grundig og selvstendig vurdering. Mangelen på begrunnelse kan være egnet til å skape tvil om resultatet materielt sett er riktig.

Jeg må etter dette be fylkesmannen om å se på saken på nytt.

Tiltakshaveren har ikke vært part i ombudsmannssaken. Dersom det er aktuelt å gå tilbake på det som er gjort, må han derfor forelegges denne uttalelsen og gis anledning til å uttale seg. Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.

Jeg har med uttalelsen ikke ment å ta stilling til om det i denne saken er adgang til å gi dispensasjon fra avstandskravet.»

## 81.

### Dispensasjon fra reglene om minste avstand til nabogrense

(Sak 2009/1336)

*Saken gjaldt påbygging av ytterligere en etasje på en bolig som lå 3 meter fra nabogrensen. Klagerne mente at det ikke forelå «særlige grunner» til dispensasjon fra reglene om minste avstand til nabogrense.*

*Et forbud i loven mot bygging nærmere enn 4 meter fra nabogrensen innebar at lovgiver allerede had-*

*de foretatt en avveining av interesser. Utgangspunktet er at borgerne skal kunne innerette seg i tiltro til dette byggeforbudet. Skal det gis dispensasjon fra lovregelen, er det ikke tilstrekkelig at hensynene bak bestemmelsen ikke blir skadelidende. Søkeren må i tillegg påvise positive grunner for dispensasjon. At tiltaket ikke ellers er i strid med lov eller plan utgjør ikke noen «særlig grunn» til dispensasjon fra avstandskravet. Det fremsto som usikkert om fylkesmannen hadde foretatt en tilstrekkelig vurdering av hvorvidt det forelå «særlige grunner» til dispensasjon i saken, og om alle hensynene fylkesmannen hadde vektlagt under dispensasjonsvurderingen var relevante. Fylkesmannen ble derfor bedt om å vurdere saken på nytt.*

Tomten Y skal opprinnelig ha blitt skilt ut fra nabotomten X og overført til eierens sønn for å bygge bolig. Etter samtykke fra eieren av tomt X, ble boligen på tomt Y bygget bare 3 meter fra nabogrensen. En annen sønn overtok tomt X. Eiendommen Y ble senere solgt ut av familien, og de nye eierne søkte om «påbygg av 1. etg.» og «endring av fasade». Saken ble behandlet flere ganger i kommunen, som i sitt siste vedtak avsto å gi dispensasjon fra reglene om minste avstand til nabogrense, jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) §§ 7 og 70 nr. 2. Etter klage fra tiltakshaver, ga imidlertid Fylkesmannen i Vestfold dispensasjon. Av vedtaket fulgte:

«Ved avgjørelsen legges vekt på at det kun er en svært liten del av det nye tiltaket (nederste del av takkonstruksjonen) som vil ligge innenfor 4-meters grensen. Denne delen ligger lavt i terrenget og vil ikke ha noen betydning for naboens utsiktsforhold. Videre legger vi vekt på at tiltaket ellers ikke er i strid plan- og bygningsloven eller kommuneplan. Tiltaket avviker ikke i fra andre boliger i området i forhold til høyde eller utforming. Ved å kreve en annen arkitektonisk løsning ved for eksempel å legge takoppløftet i øst-vest retning, eller utvidelse i ett plan mot vest, slik planutvalget antyder, vil dette være en mindre praktisk løsning som vil påføre tiltakshaver betydelige merutgifter. ... Fylkesmannen har selvsagt forståelse for nabo som mister sin sjøutsikt fra uteplassen. Nabo har imidlertid sjøutsikt fra andre deler av tomtene, og fra boligen og boligens terrasse. Nabo har også mulighet til å opparbeide ny uteplass med utsikt nærmere boligen. I et boligområde må en påregne en viss utvikling slik at eksisterende forhold som utsikt og solforhold endres.

Fylkesmannen vil bemerke at dersom takoppløftet i sin helhet legges 4 meter fra nabogrensen, noe som fullt ut er mulig, vil tiltaket ikke kunne anses å komme ytterligere i strid med avstandsbestemmelsene og således ikke kreve dispensasjon. Omsøkte løsning er valgt av hensyn til det estetiske inntrykk av bygget, samtidig som virkningen mot nabo i øst vil være den samme.

Dersom Fylkesmannen hadde sluttet seg til planutvalgets vedtak om ikke å gi dispensasjon

ville tiltakshaver kunne endre sin søknad slik at tiltaket ikke krever dispensasjon. Saken måtte da behandles etter plan- og bygningsloven § 70 nr. 1. ...

Ut fra de momenter som er nevnt foran vil tiltaket ikke kunne avslås etter denne bestemmelsen. Ved avgjørelsen om dispensasjon legges også dette til grunn. Vi ser ingen grunn til å påføre tiltakshaver en ny søknadsprosess hvor resultatet er på det rene.»

På vegne av eierne av tomt X, klaget en advokat saken inn for ombudsmannen.

Saken ble oversendt fylkesmannen med spørsmål herfra, knyttet til hvilke «særlige grunner» til dispensasjon som forelå og hvordan disse var vurdert opp mot ulempene for naboen. Fylkesmannen ble også spurt hvorvidt det hadde betydning for saken at det ikke ble foretatt noen dispensasjonsvurdering da huset opprinnelig ble tillatt bygget nærmere nabogrensen enn 4 meter, ettersom dette var basert på samtykke fra naboen.

I svaret gjentok fylkesmannen vedtakets begrunnelse. Videre fremgikk:

«Avgjørende for Fylkesmannen var som det fremgår at utsiktstapet var fra klagers uteplass forholdsvis langt nord for boligen. Tiltaket berører ikke utsikten fra nabos bolig med terrasse. Samlet sett kom Fylkesmannen ut fra dette at det forelå slike "særlige grunner" at dispensasjon kunne gis.

... Dersom dispensasjon ikke ble gitt ville tiltakshaver, ifølge egen uttalelse, fremmet ny søknad hvor den nederste delen som ligger innenfor 4 meters grensen tas bort. Den nye boligdelen ville således i sin helhet ligge 4 meter fra nabogrensen og ikke kreve dispensasjon. Fylkesmannen har ikke lagt nevneverdig vekt på dette idet en slik løsning krever ny byggesøknad, men nevner det som en orientering for å belyse at det er fullt mulig å heve bygningen uten at det krever dispensasjon. Vi har vanskelig for å se at en slik ny søknad kunne avslås.

... Boligen overstiger bl.a. ikke krav til utnyttelsesgrad, høyde eller estetikk. Vi mener at dette er et relevant hensyn som kan legges til grunn når en skal ta stilling til om det samlet sett kan anses å foreligge "særlige grunner".

... En kan ikke forvente å beholde full sjøutsikt fra alle deler av sin eiendom i et etablert boligområde. Fylkesmannen fant ut fra dette at hensynet til tapt sjøutsikt ikke kunne få avgjørende betydning i vurderingen om det forelå "særlige grunner".

... Tiltakshavers bygning ble opprinnelig godkjent plassert nærmere nabogrense enn 4 meter. Dette ble gjort etter samtykke fra nabo. En forutsetning for godkjenningen var imidlertid at bygningen ikke ble høyere enn 4,5 meter og således ikke førte til tapt utsikt for nabo. Fylkesmannen har således ikke lagt vekt på dette samtykket i sin vurdering av å godkjenne takoppløftet.»

Fylkesmannens svar ble kommentert av klagerens advokat.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Reglene om bygningens plassering fremgår av plbl. § 70:

«1. Bygningens plassering, herunder høydeplassering, ... skal godkjennes av kommunen. ...

2. Hvis ikke annet er bestemt i plan ... skal bygning ha en avstand fra nabogrense ... ikke under 4 meter.

Kommunen kan godkjenne at bygning plasseres nærmere nabogrense enn nevnt i første ledd eller i nabogrense

a) Når eier (fester) av naboeiendommen har gitt skriftlig samtykke ... »

For tilbygg og påbygg kommer loven til anvendelse på «de deler av byggverket som tiltaket omfatter», jf. plbl. § 87 nr. 2 annet ledd jf. første ledd bokstav c. Ettersom den omsøkte påbygningen er i strid med regelen om minste avstand til nabogrense, kreves dispensasjon fra avstandsregelen for at byggetilsetelse skal kunne gis.

Plbl. § 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 regelen om minste avstand til nabogrense, må det således foreligge «særlige grunner». Dette innebærer som utgangspunkt at ingen har krav på å få innvilget en dispensasjonssøknad. I forarbeidene (Ot.prp. nr. 56 (1984-85) s. 101), er 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. ...

---

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. ...

Hensynet bak planvurderingene og de ulike bestemmelser vil også være av betydning for praktiseringen av dispensasjonsbestemmelsen. ...»

I dom 15. februar 2007 la Høyesterett til grunn at «avgjørelsen beror på om det etter en konkret og reell

vurdering av de faktiske forhold i saken er en overvekt av hensyn som taler for dispensasjon». Under henvisning til de foran siterte forarbeidene, la retten videre til grunn at «'særlige grunner' må vurderes i forhold til de hensyn som ligger bak planen».

Et forbud i loven mot bygging nærmere enn 4 meter fra nabogrensen innebærer at lovgiver allerede har foretatt en avveining av interesser. Det må da utvises tilbakeholdenhet med å dispensere fra dette. Når ingen mothensyn gjør seg gjeldende og det heller ikke foreligger forhold som taler for dispensasjon, bør det legges avgjørende vekt på at det er tale om dispensasjon fra et lovbestemt forbud. Skal det gis dispensasjon fra plbl. § 70 nr. 2, er det ikke tilstrekkelig at hensynene bak bestemmelsen ikke blir skadelidende. Søkeren må i tillegg påvise positive grunner for dispensasjon. En slik grunn må være tilstrekkelig spesifisert og klart angitt, og den må ligge innenfor de rammene plan- og bygningsloven setter.

I en sak gjengitt i ombudsmannens årsmelding for 1995 s. 224, om dispensasjon fra minste avstand til nabogrense for oppføring av terrasse, uttalte jeg:

«Jeg er således ikke enig med fylkesmannen i at «det må kunne foretas en avveining mellom den sjenansen den ene parten eventuelt vil bli påført mot de fordelene som dispensasjonssøkeren vil kunne oppnå». Siden det er tale om å dispensere fra lovbestemte avstandskrav, kan det vanskelig bli tale om en ren interesseavveining. I denne konkrete saken måtte således *utgangspunktet* etter min mening være at A hadde krav på å få beholde den lovbestemte 4 meters avstand til naboen, selv om fylkesmannen skulle mene at bygging nærmere ikke ville være til sjenanse. Jeg viser til at loven oppstiller et positivt vilkår for dispensasjon og at det er dispensasjonssøker som må kunne påberope seg «særlige grunner» for å få innvilget tillatelse. Det er videre grunn til å vise tilbakeholdenhet med å dispensere til fordel for utbygging på naboens bekostning når det gjelder forhold som det klart er tatt stilling til i loven.»

Tiltakshaver må kunne påvise relevante, klare og positive «særlige grunner» som taler for dispensasjon fra avstandsbestemmelsen. At tiltaket ikke påfører naboen tap av utsikt – eller bare påfører slikt tap fra uteplassen – utgjør ingen slik «særlig grunn». Dette vil bare være et moment ved vurderingen av om dispensasjon bør gis, når tiltakshaver har påvist at det foreligger positive grunner for dispensasjon. Det samme gjelder det forhold at det kun er en mindre del av det nye tiltaket som vil ligge nærmere nabogrensen enn 4 meter.

I vedtaket la Fylkesmannen i Vestfold til grunn at i «et boligområde må en påregne en viss utvikling slik at eksisterende forhold som utsikt og solforhold endres». Av svaret hit fremkom at en ikke kan «forvente å beholde full sjøutsikt fra alle deler av sin ei-

endom i et etablert boligområde» og at fylkesmannen ut fra dette fant at «hensynet til tapt sjøutsikt ikke kunne få avgjørende betydning i vurderingen om det forelå 'særlige grunner'». At man må påregne en viss utvikling i boligområder slik at utsikt og solforhold endres, kan være et greit utgangspunkt når det gjelder fortetning innenfor de rammene som er stilt opp i lov og plan. Utgangspunktet blir imidlertid det motsatte når det gjelder bygging i strid med et lovfestet forbud. Da er det klare utgangspunkt at borgerne skal kunne innerette seg i tiltro til byggeforbudet som fremgår av loven.

At huset opprinnelig ble tillatt bygget nærmere nabogrensen enn 4 meter var basert samtykke fra naboen. Forvaltningen kan dermed ikke legge til grunn at det tidligere er blitt foretatt noen helhetlig vurdering etter plbl. § 7 av «særlige grunner» for å legge boligen nærmere nabogrensen opp mot de ulempene dette påfører naboen.

Fylkesmannen har lagt til grunn at en alternativ søknad, der den delen av det omsøkte tiltaket som ligger nærmere nabogrensen enn 4 meter blir «kuttet», ville måtte bli godkjent etter plbl. § 70 nr. 1. Det fremstår som noe uklart hvor sentralt dette momentet var for fylkesmannens avgjørelse. Ut fra følgende uttalelse i vedtaket, kan jeg imidlertid vanskelig legge til grunn at fylkesmannen bare nevner dette som en orientering:

«... tiltaket [vil] ikke kunne avslås etter denne bestemmelsen. Ved avgjørelsen om dispensasjon legges også dette til grunn. Vi ser ingen grunn til å påføre tiltakshaver en ny søknadsprosess hvor resultatet er på det rene.»

En slik alternativ søknad ville også måtte vurderes etter «skjønnhetsparagrafen» i plbl. § 74 nr. 2. Etter denne bestemmelsen må tiltaket tilfredsstillende «rimelige skjønnhetshensyn både i seg selv og i forhold til omgivelsene», og det «skal ha en god estetisk utforming ... med respekt for naturgitte og bygde omgivelser». Det fremgår av vedtaket at «[o]msøkte løsning er valgt av hensyn til det estetiske inntrykk av bygget» og at «[t]iltaket avviker ikke i fra andre boliger i området i forhold til ... utforming». Det er på denne bakgrunn ikke åpenbart at en slik alternativ løsning ville måtte bli godkjent etter plbl. § 74 nr. 2.

At tiltaket ikke ellers er i strid med lov eller plan utgjør ikke noen «særlig grunn» til å gi dispensasjon fra avstandskravet. Dersom det hadde vært i strid med andre bestemmelser, ville derimot ytterligere dispensasjoner vært påkrevd.

Ut fra det som fremgår ovenfor, kan det stilles spørsmål om fylkesmannen har foretatt en tilstrekkelig vurdering av hvorvidt det foreligger klare og positive «særlige grunner» til å dispensere i saken. Videre fremstår ikke alle hensynene som fylkesmannen

har vektlagt under dispensasjonsvurderingen som relevante.

Etter gjennomgangen 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 mine synspunkter, med sikte på å klarlegge om det var rettslig grunnlag for å gi dispensasjon.

Tiltakshaverne har ikke vært part i ombudsmannssaken. De må derfor forelegges ombudsmannens uttalelse og gis anledning til å uttale seg. Ved en eventuell omgjøring av vedtaket, må reglene i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltnings saker (fvl.) § 35 følges.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.»

## 82.

### Dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 70 nr. 2

(Sak 2008/2545)

*Naboen klaget på at myndighetene hadde gitt dispensasjon fra avstandskravet i plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 70 nr. 2 for oppføring av et 25 m<sup>2</sup> påbygg over eksisterende garasje to meter fra nabogrensen.*

*Fylkesmannen hadde knyttet deler av dispensasjonsvurderingen til spørsmålet om tiltaket ville påføre naboen «betydelig ulempe», som er et skjønnskriterium etter plbl. § 70 nr. 1. Det fremsto derfor som tvilsomt om fylkesmannens rettsanvendelse var korrekt. Ombudsmannen ba fylkesmannen om å vurdere saken på nytt.*

*Fylkesmannen opphevet etter dette vedtaket og avslo dispensasjon.*

A hadde søkt om byggetillatelse og dispensasjon fra firemetersregelen i plbl. § 70 nr. 2 for oppføring av 25 m<sup>2</sup> påbygg over eksisterende garasje to meter fra nabogrensen. Garasjen var oppført som tilbygg til boligen. Påbygget skulle inneholde to soverom. Begrunnelsen for dispensasjonssøknaden var at boligen ikke hadde nok soverom til familien på to voksne og fire barn, og at omsøkte påbygg var det eneste alternativet på grunn av vanskelige grunnforhold og konstruksjonen av eksisterende bolig. A mente tiltaket ikke ville medføre økt innsyn eller redusert sol for naboene.

Naboene i nordøst protesterte mot tiltaket. Begrunnelsen var bl.a. at bygget ville ligge for høyt i terrenget, at det ville medføre økt innsyn, skygge og tap av sol på deres tomt. De hadde dessuten selv planer for å utnytte den delen av tomta der det omsøkte tiltaket ville kaste skygge. Videre viste de til at det forelå en alternativ utbyggingsmulighet ved å innre-

de eksisterende garasje til soverom og bygge ny garasje i innkjørsel.

Planutvalget ga dispensasjon. Det ble bl.a. vist til at påbygget ikke vil komme nærmere nabogrensen enn eksisterende bygning. Naboene påklaget vedtaket, men Fylkesmannen i Nordland stadfestet 9. september 2008 kommunens dispensasjon.

Klageren ba fylkesmannen om å foreta en fornyet vurdering av saken, idet de ikke kunne se at bygningsmyndighetene hadde foretatt en selvstendig vurdering av om det forelå særlige grunner for dispensasjon. Fylkesmannen fant ikke grunnlag for omgjøring og viste bl.a. til at tiltaket ikke «var i strid med de hensyn som ligger til grunn for firemetersregelen og anførte nabo-ulemper – i så stor grad, at mothensynene veide tyngre enn hensynet for tiltaket».

Saken ble brakt inn for ombudsmannen. Det ble anført at det ikke forelå «særlige grunner» for å dispensere, og at søknaden derfor burde vært avslått. Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og klagen ble forelagt Fylkesmannen i Nordland. Da fylkesmannen i dispensasjonsvedtaket bl.a. hadde vist til og drøftet begrepet «betydelig ulempe» samt henvist til rundskriv H-19/80, ble det stilt spørsmål om det var riktig å ta utgangspunkt i plbl. § 70 nr. 1 når det omsøkte tiltaket var avhengig av dispensasjon. Det ble spurt om ikke begrepet «særlige grunner» etter plbl. § 7 var et annet og strengere vurderingstema enn «betydelig ulempe» i § 70. Fylkesmannen ble videre bedt om å redegjøre for hvilke særlige grunner som forelå. Klagers anførsel om at tiltakshavers ønske om flere rom normalt ikke er en særlig grunn, ble bedt kommentert.

Fylkesmannen forklarte nærmere hvorfor det i vedtaket var vist til plan- og bygningsloven § 70 nr. 1 og 2 første ledd og uttrykket «betydelig ulempe/avgjørende grunner». Det ble redegjort for fylkesmannens hensvisning til tiltakshavers behov for flere rom, og at han hadde «argumentert overbevisende for at andre løsningsalternativer ikke ville gi et bedre totalresultat». Fylkesmannen mente tiltaket bl.a. ut fra høydeforskjell ville «medføre ulemper ved redusert sollys og økte skyggevirksomheter for naboeiendommen», men kun i en kortere periode midt på dagen på våren og høsten. Videre ble det fremholdt at påbyggets mønehøyde på 6,7 meter ikke ville gi nevneverdig større ulemper vedrørende redusert sol og økte skyggevirksomheter enn om påbygget hadde blitt oppført innenfor firemetersgrensen og innenfor gjeldende reguleringsplan. Alternativet klagerne hadde foreslått, om å flytte garasjen ned langs tomtegrensen ved innkjørselen, ville også medføre nabo-ulemper i form av lys- og skyggevirksomheter i visse perioder.

Avslutningsvis redegjorde fylkesmannen nærmere for hvordan begrepet «særlige grunner» var for-

stått, herunder hvilke hensyn som ble ansett som relevante og hvilken vekt de hadde.

Klageren opplyste deretter bl.a. at nabosamtykket fra 1994 kun gjaldt garasje og ikke det omsøkte tilbygget. Videre redegjorde hun for påståtte skyggevirkninger og innsynsspørsmålet, og fremholdt at fylkesmannens brev inneholdt faktafeil.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«For å kunne oppføre tilbygget er det nødvendig med dispensasjon fra regelen i plan- og bygningsloven § 70 nr. 2 om at bygning må ha en avstand fra nabogrense som minst svarer til bygningens halve høyde og ikke under fire meter. Ifølge lovens § 7 første ledd første punktum må det foreligge «særlige grunner» for å kunne gi dispensasjon. For at dette vilkåret skal være oppfylt, må det foreligge klare, spesifiserte grunner som etter en konkret vurdering tillegges slik vekt at de slår igjennom overfor de hensyn som bestemmelsen det skal dispenseres fra, skal ivareta. Avstandsbestemmelsen i § 70 nr. 2 er først og fremst begrunnet ut fra brannsikringsmessige hensyn samt hensynet til naboer, ved at den sikrer rom, utsikt og lys til den enkelte eiendom.

I denne saken har klagerne i hovedsak fremholdt at tiltaket vil gi «svært negative virkninger» for deres eiendom. Det er vist til at garasjen er søkt påbygd med 2,6 meter, og at dette vil føre til økt skygge på deres eiendom og minske innslippet av lys gjennom stuevindue. Klagerne har opplyst at deres hus ligger lavere i terrenget enn tiltakshavers, noe som «forsterker den negative virkningen inn i stua». De har videre et ønske om å sette opp et lysthus på den delen av tomta som blir liggende i skyggen, og har i den forbindelse opplyst at det ikke finnes alternative plasseringer for dette. Det er videre fremholdt at tiltakshaver vil kunne stå i de nye soveromsvinduene og ha direkte innsyn til deres stuevinduer mot sørvest. Klagerne har sagt seg villige til å samtykke i alternativ plassering av ny garasje.

I klagevedtaket og senere brev hit har fylkesmannen vist til hensynene bak § 70. Dette må være et korrekt utgangspunkt for vurderingen av om det skal gis dispensasjon fra firemetersregelen i § 70 nr. 2. Samtidig har imidlertid fylkesmannen også vurdert om tiltaket er å anse som en «betydelig ulempe» for klagerne, og herunder vist til rundskriv H-18/90 fra Kommunaldepartementet. Rundskrivet tar utgangspunkt i prinsippet om at byggherrens ønske normalt skal følges. Ut fra dette har fylkesmannen lagt til grunn at det som «utgangspunkt ikke bør gis dispensasjon om tiltaket medfører betydelig ulempe for naboer».

I foreleggelsen herfra ble fylkesmannen stilt spørsmål om det er riktig å ta utgangspunkt i pbl. § 70 nr. 1 når det omsøkte tiltaket er avhengig av dispensasjon fra avstandsbestemmelsen i § 70 nr. 2. Fyl-

kesmannens svar forstås slik at han mener det er korrekt å ta utgangspunkt i 70 nr. 1 og vurderingstemaet «betydelig ulempe» for «å forsøke å analysere egenvekten av hensynene sett opp mot hensynene bak firemetersregelen», og at dette både vil kunne «belyse relevante argumenter for dispensasjonsvurderingen og i tillegg kunne gi holdepunkter for lovgivers vektning av disse hensynene i pbl. § 70 – en vektning som kan være overførbar til vektningen av de samme hensyn under dispensasjonsvurderingen». Fylkesmannen skriver at han ved en slik fremgangsmåte har forsøkt «å synliggjøre at det skal mer til for å gi dispensasjon i de tilfeller tiltaket vil medføre en betydelig ulempe for naboer enn om tiltaket medfører mindre grad av ulempe».

Jeg har vanskelig for å følge fylkesmannen her. Selv om hensynet til eventuelle berørte naboer er relevant både i en dispensasjonsvurdering etter lovens § 7 og ved godkjenningen av en bygnings plassering etter § 70, er det tale om temmelig ulike vurderinger. Når det daværende Kommunaldepartementets rundskriv foreskriver at byggherrens ønske som utgangspunkt skal følges, forutsetter det at plasseringen oppfyller avstandskravet i § 70 nr. 2. I dispensasjonssaker er utgangspunktet det motsatte: Tiltaket søkes plassert i strid med avstandskravet (og/eller andre regler), og byggherren har som utgangspunkt ikke krav på å få sitt ønske oppfylt. Også i saker der bygning plasseres nær nabogrense etter en såkalt forenklet godkjenningsordning ifølge lovens § 70 nr. 2 annet ledd, gir departementet anvisning på et konkret skjønn, men skjønnstemaet er et annet enn i dispensasjonssakene. Departementet uttaler uttrykkelig om dette skjønn at det vil være å gå for langt å kreve «at det skal foreligge slike særlige grunner som § 7 gir anvisning på for å kunne godkjenne bygget plassert nærmere enn 4 meter fra nabogrensen». Fylkesmannens argumentasjon om at det er nødvendig og hensiktsmessig å gå veien om § 70 nr. 1 og unntakene i § 70 nr. 2 i vurderingen av om det foreligger særlige grunner etter § 7, kan derfor ikke være riktig. Det korrekte ville vært å ta direkte utgangspunkt i § 7 for så å avveie de relevante hensyn som gjør seg gjeldende.

Fylkesmannens hjemmelshenvisning og begrunnelse er vanskelig å følge, og slik saken er opplyst er jeg i tvil om fylkesmannens dispensasjonsvurdering bygger på en korrekt rettsforståelse. Tvilen gjelder ikke minst fordi avgjørelsen i betydelig grad synes basert på en vurdering av om klagerne påføres «betydelig ulempe». Dette er i departementets rundskriv fremhevet som et sentralt skjønnstema for plassering av bygning etter lovens § 70 nr. 1, men gir et uriktig utgangspunkt når det er tale om dispensasjon etter § 7. Virkningene for naboene som fylkesmannen har påpekt – blant annet redusert sollys og økt skygge-

virksomheter, økt innsyn, og redusert mulighet til å utnytte hele tomten - er riktignok relevante også i en dispensasjonsvurdering, men da er ikke skjønnsstemmet om naboen påføres ”betydelig ulempe”, men om det foreligger ”særlige grunner”.

Jeg finner etter dette å måtte be fylkesmannen om å vurdere saken på nytt ut fra den rettsoppfatningen som jeg har gitt uttrykk for ovenfor. Det vil ikke være riktig av meg å ha noen mening om hvordan vurderingen nærmere bør foretas, og heller ikke hva resultatet bør bli. Det vedtaket fylkesmannen alt har truffet, gir imidlertid grunn til et par kommentarer:

Klagerne har sagt seg villige til å samtykke i en alternativ plassering. Fylkesmannen har bemerket at også en slik plassering vil føre til skyggevirksomheter, og synes å ha brukt dette som et moment mot at deres klage blir tatt til følge. Hvis dette er riktig oppfattet, synes fylkesmannen med andre ord å ha overprøvd naboenes oppfatning av hvilken plassering som er til deres eget beste. Jeg ber fylkesmannen særlig ha for øye om en slik prøving er en oppgave for vedtaksorganet.

Fylkesmannen har også fremhevet søkerens behov for mer plass, og har vist til faren for at familien eventuelt må flytte, behovet for sikring av soverom til barna, trygghetshensyn, stabilitet og barnas tilknytning til stedet og andre barn i området. Som kjent kan tiltakshaverens personlige ønske om større plass normalt ikke tillegges avgjørende vekt når det er tale om dispensasjon etter plbl. § 7. Dersom et slikt hensyn unntaksvis skal kunne tillegges vekt, må det foreligge særlige behov, utover det vanlige. Hvis fylkesmannen opprettholder vurderingen på dette punkt, må det eventuelt begrunnes særskilt hvorfor det i nettopp denne saken blir gjort unntak fra hovedregelen. Det skal foreligge slike forhold som kan forankres i de hensyn plan- og bygningsloven skal fremme, og subjektive behov vil i tilfelle bare helt unntaksvis kunne være relevante.

Tiltakshaveren har ikke vært part i saken for ombudsmannen, men er kjent med klagebehandlingen her. Fylkesmannen bes sørge for tilstrekkelig varsel av berørte parter i forbindelse med sin fornyede vurdering. Eventuell omgjøring må skje innenfor rammen av gjeldende lovgivning, uten at jeg som nevnt vil ha noen mening om hva resultatet av behandlingen bør bli.

Jeg ber om å bli orientert om utfallet.»

Etter en fornyet vurdering opphevet fylkesmannen sitt tidligere vedtak 9. september 2008 og avsto dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 70 nr. 2. Det ble lagt til grunn at det forelå alternative plasseringsmuligheter som ville løse tiltakshaverens behov for flere soverom og dessuten være bedre for klageren.

### 83.

#### **Mangelfull vurdering ved dispensasjon fra avstandsregelen i plan- og bygningsloven § 70 nr. 2**

(Sak 2009/752)

*Saken gjaldt spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven (plbl.) § 7 fra avstandsregelen i plbl. § 70 nr. 2, for oppføring av levegg med skråtak som tilbygg til eksisterende naustbygning. Leveggen ble tillatt plassert 20 cm fra eiendomsgrensen. Flekkefjord kommune godkjente dispensasjonssøknaden og ga tillatelse til omsøkte plassering. Fylkesmannen stadfestet dispensasjonsvedtaket etter klage fra nabo.*

*Ombudsmannen kom til at det var flere svakheter ved fylkesmannens begrunnelse og at det forelå tvil om fylkesmannen i tilstrekkelig grad hadde vurdert og vektlagt de ulike relevante hensyn som gjorde seg gjeldende i saken. Fylkesmannen ble bedt om å vurdere saken på nytt.*

Flekkefjord kommune ble høsten 2006 oppmerksom på at det var under oppføring levegg og skråtak som tilbygg til eksisterende naust. Med bakgrunn i at arbeidene ikke var omsøkt, ble de krevd stanset og det ble innsendt søknad for tiltakene. Grunnet tiltakets plassering 20 cm fra nabogrense ble det søkt om dispensasjon fra plbl. § 70 nr. 2. Som begrunnelse for dispensasjonssøknaden ble det anført at leveggen skulle sikre eiendommen mot at det oppsto personskader som følge av høydeforskjell i terrenget ned mot sjøen.

Flekkefjord kommune godkjente søknaden og ga dispensasjon fra firemetersregelen i plbl. § 70 nr. 2. Vedtaket ble påklaget av nabo (A) i nordøst. Sammenfattet gikk klageanførselene ut på at tiltaket var oppført i strid med tidligere forutsetninger for tillatelse til oppføring av naust og støttemur og at bygging av levegg og tak over denne vil være til betydelig sjenanse for lysforhold og bruk av klagernes sjøbod.

Utvalg for samfunn i Flekkefjord kommune tok ikke klagen til følge og saken ble oversendt Fylkesmannen i Vest-Agder, som stadfestet kommunens dispensasjonsvedtak.

A brakte saken inn for ombudsmannen. I klagen ble det vist til at leveggen hadde ført til at de mistet «nærmest all utsyn og viktig dagslys». Det ble videre anført at det ikke var avklart hva som var lovlig status for bygningen (nauset/sjøboden) som leveggen var oppført i tilknytning til, og at bygningsmyndighetene måtte avklare bygningens lovlige status før det eventuelt kunne tas stilling til søknaden om dispensasjon for oppføring av levegg/tak. A mente videre at kommunen og fylkesmannen ikke hadde lagt et korrekt faktum til grunn ved avgjørelsen av dispensasjonssøknaden og klagen over vedtaket om dispensasjon. Det ble anført at det virket urimelig av forvaltningen

å vektlegge tiltakshaverens (Bs) behov for usjenert uteplass sett i lys av at han hadde alternative plasseringsmuligheter og at omsøkte uteplass/levegge var oppført på en tidligere ulovlig, men ettergodkjent støttemur. A påpekte i den sammenheng at leveggen var gitt en plassering som medførte at eventuelt vedlikehold måtte utføres fra hans eiendom og han oppfattet det som urimelig at plasseringen av leveggen ikke var vektlagt som betydelig ulempe for hans eiendom.

Det ble besluttet å undersøke saken nærmere, og saken ble tatt opp med Fylkesmannen i Vest-Agder. I henvendelsen til fylkesmannen ble det gitt uttrykk for at fylkesmannen i liten grad hadde gått inn på hvilke konsekvenser plasseringen av leveggen ville medføre for A, og det ble bedt om en nærmere redegjørelse for dette. Fylkesmannen ble videre spurt om det kun var sett hen til As faktiske bruk av eiendommen og om det ikke var tatt i betraktning en fremtidig bruk – i samsvar med fastsatt arealbruk i kystsoneplanen. Fylkesmannen ble videre bedt om en vurdering av hvorvidt det var relevant i en vurdering av om det skulle dispenseres fra pbl. § 70 nr. 2 at B hadde behov for en usjenert uteplass og om det i så fall var grunnlag for å vektlegge dette behovet i en slik grad som her var gjort. Avslutningsvis ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for på hvilken måte byggeskikken i området hadde betydning i dispensasjonsvurderingen.

I svarbrevet redegjorde fylkesmannen for hvordan konsekvensene for klageren var vurdert. Fylkesmannen skrev i den forbindelse at klagerne ikke hadde konkretisert hvilke ulemper tiltaket hadde i forhold til bruk, og at fylkesmannen derfor fant det vanskelig å tillegge denne anførselen særlig vekt. Videre uttalte fylkesmannen at det ved dispensasjonsvurderingen ble lagt til grunn at As sjøbod/uthus ble brukt til dette formålet, men at det var konkrete planer om bruksendring av 2. etasje til bolig. Fylkesmannen gjentok deretter at det uten en nærmere utdyping eller begrunnelse av anførselen om ulempe for klagerne var vanskelig å ta stilling til konsekvensene for dem. Til spørsmålet om relevansen av tiltakshaverens ønske om usjenert uteplass i vurderingen av om det er grunnlag for å dispensere fra firemetersregelen i pbl. § 70 nr. 2 uttalte fylkesmannen:

«Fylkesmannen forstår pbl. § 70 slik at det i tillegg til brannvern hensyn vil være relevant å legge vekt på bl.a. tiltakets tilpasning til terreng og bebyggelse, tiltakshavers ønske om disponering av tomt, hensynet til lys, luft og utsikt, og ikke minst naboens interesse i å beholde kvaliteter som sol, luft og utsikt. Ved dispensasjonsvurderingen la Fylkesmannen til grunn at tiltaket vil medføre noe lystap for klager. Denne ulempen ble imidlertid etter en konkret vurdering ansett slik at hensynet bak bestemmelsen ikke kunne sies å bli skadelidende i særlig grad. Deretter ble

tiltakshavers argumenter for søknaden vurdert, og hans behov for en usjenert uteplass ble i dette tilfellet ansett som særlig grunn. Vilkaene for dispensasjon etter pbl. § 7 ble ansett oppfylt. Under henvisning til fv. § 34, annet ledd, fant ikke Fylkesmannen grunn til å overprøve kommunens skjønnsutøvelse.»

Fylkesmannen uttalte avslutningsvis at det ble sett hen til at tiltaket var i samsvar med byggeskikken i området, uten at dette var avgjørende i dispensasjonsvurderingen.

#### Ved avslutning av saken uttalte jeg:

«For å kunne godkjenne den omsøkte levegge med tak er det nødvendig med dispensasjon fra regelen i pbl. § 70 nr. 2 om at bygning skal ha en avstand fra naboegrense som minst svarer til bygningens halve høyde og ikke under fire meter. Ifølge lovens § 7 første ledd første punktum må det foreligge «særlige grunner» for å kunne gi dispensasjon. For at dette vilkåret skal være oppfylt, må det foreligge klare, spesifiserte grunner som etter en konkret vurdering tillegges slik vekt at de slår igjennom overfor de hensyn som bestemmelsen det skal dispenseres fra, skal ivareta.

Avstandsbestemmelsen i § 70 nr. 2 er først og fremst begrunnet ut fra brannsikringsmessige hensyn samt hensynet til naboer, ved at den sikrer rom, utsikt og lys til den enkelte eiendom.

Fylkesmannen har i vedtaket 9. juni 2008 begrunnet dispensasjonen slik:

«Fylkesmannen er etter en konkret vurdering av sakens dokumenter og forholdene på stedet, kommet til at leveggen vil gi noe lystap for As sjøbod, idet leveggen skjermer for noe lys inn i sjøbodens østlige vindu i 2. etasje. Klager har ikke konkretisert nærmere hva sjenansen ift. bruk vil innebære, og Fylkesmannen finner det således vanskelig å kommentere dette nærmere. Hensynet til brannsikring anses ivaretatt ved kommunens vedtak (kommunen bes påse at vinduet i leveggen tas ut/erstattes med brannsikret vindu).

Etter en vurdering av saken, er Fylkesmannen kommet til at de hensyn avstandsbestemmelsen er ment å skulle ivareta, i liten grad blir berørt dersom det gis dispensasjon for tiltaket. En ren interesseavveining, der en finner at sjenansen for A er liten i forhold til Bs fordeler ved å få tillatelse, er likevel normalt ikke tilstrekkelig til å oppfylle lovens vilkår om "særlige grunner" for å gi dispensasjon fra 4-metersregelen.

Søker har anført behov for å sikre mot personskader idet det er en stor høydeforskjell fra uteplassen og ned til klagers eiendom, samt behov for å sitte usjenert. Når det gjelder behov for sikring, slutter Fylkesmannen seg til klagers anførsel om at behovet kan ivaretas ved oppsetting av et lavere gjerde.

Arealet sydøst for Bs naust er opparbeidet som uteplass, og Fylkesmannen ser behovet for en usjenert uteplass her. Skråtaket vil gi anledning til å kunne sitte ute ved evt. regn og gi mu-

lighet for å oppbevare utemøbler ute. Under henvisning til eiendommens arealformål og tiltakets art, finner Fylkesmannen å måtte tillegge disse argumentene stor vekt. Omsøkte sted er naturlig i forhold til tomtens beskaffenhet og solforhold. Fylkesmannen vil for øvrig bemerke at leveggen vil ha en funksjon som skjerming mellom Bs uteplass til sjøboden og klagers sjøbod. Videre finner Fylkesmannen å kunne slutte seg til kommunens vurdering om at tiltaket er i samsvar med byggeskikken i området – som innebærer at det har vært tradisjon å sette opp småbygninger relativt tett og i mange tilfeller helt i nabogrensen.

Fylkesmannen finner etter dette å kunne slutte seg til kommunens vurdering at kravet i pbl. § 7 om at det må foreligge "særlige grunner" for å kunne dispensere anses til stede.»

Fylkesmannen synes å ha lagt avgjørende vekt på tiltakshavers behov for en usjenert uteplass på boligeiendommen sin. Dette hensyn fremstår som et personlig hensyn som i utgangspunktet ikke skal tillegges avgjørende vekt i en dispensasjonsvurdering. Det vises i denne forbindelse til Ot.prp. nr. 56 (1984-85) s. 101. Et ønske om eller behov for en bestemt plassering av et byggetiltak skal i henhold til rundskriv H-18/90 tillegges stor vekt i en situasjon der tiltaket er søkt plassert i samsvar med lovens hovedregel om 4 meters avstand. Omsøkte tiltak ligger imidlertid 20 cm fra nabogrensen og slik saken er opplyst vil det være til stor sjenanse/ulempe for klagers eiendom. I As klage 11. februar 2008 over dispensasjonsvedtaket er det uttalt på s. 3:

«A nevner at A har nyttet både 1. og 2. etasjer i sjøboden på sin eiendom i tilknytning til hans virksomhet som fisker, til reparasjon av redskap m.v., hvilket krever gode lysforhold. Slik jeg forstår det har A også inne planer om bruksendring når det gjelder 2. etasje, der forstøtningsmuren og bygging av levegg og tak over denne, vil være til betydelig sjenanse for lysforhold og bruk.»

Ut fra fotografier sammenholdt med den siterte klageanførsel, synes det klart at leveggen vil medføre konkrete ulemper i form av tap av lys og utsyn fra vinduene i sydvestfasaden på klagers bygning. Det må derfor kunne settes spørsmålsteget ved fylkesmannens standpunkt om at det var vanskelig å tillegge As anførsel om ulemper vekt, fordi disse ulempene ikke var konkretisert nok. Det forhold at bygningen inklusiv leveggen etter det opplyste til sammen utgjør en lengde på 17 meter og at leveggen kun kan vedlikeholdes fra klagers eiendom, synes også relevant å vektlegge i en sak som denne.

Dersom tiltakshavers behov for en usjenert overbygd uteplass i det hele tatt er et hensyn som kan tillegges vekt, bør det også i saken foretas en vurdering av om det finnes alternative plasseringsmuligheter for en slik usjenert uteplass, fortrinnsvis med en plassering i samsvar med lovens hovedregel om fire me-

ters avstand til nabogrense. Det kan her vises til Pedersen, Sandvik, Skaaraas, Ness og Os, Plan- og bygningsrett (Oslo 2000), s. 225 der det blant annet uttales: «Hvis det tiltakshaveren ønsker kan oppnås på en annen måte som ikke nødvendiggjør dispensasjon, vil det være et sterkt moment som taler mot at dispensasjon gis.» Det er ut fra begrunnelsen som er gitt i fylkesmannens vedtak, vanskelig å se at det er foretatt en slik vurdering av alternative plasseringer.

Ved vurderingen av om det bør godkjennes bygninger nærmere nabogrensen enn fire meter, bør det tas stilling til om den samlede effekten av flere slike tiltak innenfor firemetersgrensen kan tilsi at ulempene for nabo overstiger de hensyn som kan tilsi dispensasjon. Ut fra kommunens eller fylkesmannens begrunnelse kan det ikke ses at det er foretatt en slik samlet vurdering av de ulike tiltak; naust, støttemur og levegg med tak. Klagers anførsler vedrørende støttemuren og den prosess som lå til grunn for godkjennelsen av denne tilsier at fylkesmannen foretok en slik vurdering av de samlede ulempene for A.

Ut fra den foreliggende dokumentasjonen er det vanskelig å få full klarhet over hva som er lovlig status for den eksisterende bygningen på tiltakshaverens eiendom. Disse spørsmål synes ikke å ha fått en endelig forvaltningsmessig avklaring, slik at ombudsmannen i henhold til ombudsmannsinstruksen § 5 er avskåret fra å ta stilling til dette. Det kan synes hensiktsmessig om spørsmål rundt lovlig status for denne bygningen avklares i forkant av en ny vurdering i saken om levegg/skråtak.

På flere punkter er det svakheter ved fylkesmannens vedtak, og jeg er i tvil om fylkesmannen i tilstrekkelig grad har vurdert og vektlagt de ulike relevante hensyn som gjør seg gjeldende i saken. Jeg ber fylkesmannen vurdere saken på ny i lys av mine merknader, og ber om å bli holdt orientert om sakens utfall. Tiltakshaveren har ikke vært part i saken for ombudsmannen. Ved den fornyede behandlingen av saken ber jeg om at fylkesmannen sørger for at hans interesser blir ivaretatt. »

#### 84.

#### **Riving og gjenoppføring av tilbygg i Grimstad kommune – private rettsforholds betydning for bygningsmyndighetens saksbehandling**

(Sak 2008/2767)

*En tiltakshaver ønsket å oppføre tilbygg til et eksisterende næringsbygg som strakk seg delvis inn på naboens tomt. Fylkesmannen i Aust-Agder omgjorde Grimstad kommunes vedtak og ga byggetillatelse som omsøkt. Sakens tema var om bygningsmyndighetene burde ha avvist søknaden under henvisning til at det privatrettslige forholdet ikke var avklart.*



*Ombudsmannen kom til at tiltakshaveren i dette tilfellet burde ha ansvaret for å avklare det privatrettslige før byggesaken ble behandlet, og at bygningsmyndighetene derfor burde ha avvist saken. Fylkesmannen ble bedt om å behandle saken på nytt.*

Grimstad kommune ga i 2004 tiltakshaveren tillatelse til å rive en vinterhage (glassveranda) som var plassert på X i Grimstad. Tiltakshaveren ønsket å oppføre en åpen terrasse, som delvis ville bli liggende på naboeiendommen Y, tilhørende A (grunneieren/klageren). Tillatelsen ble bl.a. gitt på vilkår om at det sivilrettslige forholdet mellom naboene var avklart. I 2006 søkte tiltakshaveren om oppføring av tilbygg med en annen takkonstruksjon enn tidligere. Kommunen avslo søknaden fordi den var i strid med en privatrettslig avtale inngått i 1993. Etter klage fra tiltakshaveren stadfestet Fylkesmannen i Aust-Agder 27. februar 2007 kommunens vedtak, idet det var grunnlag for å avvise søknaden under henvisning til privatrettslige forhold. Tiltakshaveren sendte deretter inn ny søknad om oppføring av en vinterhage. Kommunen godkjent søknaden på vilkår om at tiltaket måtte endres dersom det ble framlagt dokumentasjon på at tilbyggets utforming ikke var i tråd med den inngåtte avtalen mellom naboene. Grunneieren påklaget vedtaket og anførte at det var tiltakshaveren og ikke grunneieren som måtte dokumentere at oppføring av det omsøkte tilbygget var innenfor den inngåtte sivilrettslige avtalen. Kommunen tok klagen til følge i vedtak 16. august 2007. Dette vedtaket ble påklaget av tiltakshaveren, og i vedtak 27. februar 2008 omgjorde fylkesmannen kommunens vedtak og ga byggetillatelse som omsøkt uten vilkår.

A (grunneieren) brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble anført at tilbygget klart var i strid med den privatrettslige avtalen. I den sammenheng ble det vist til begrensningene i avtalen mht. utnyttelse på As grunn nettopp var inntatt av hensyn til A. Det forhold at tiltakshaveren hadde benyttet en annen kledning som bl.a. hadde medført at tiltaket ble noe større enn det opprinnelige kunne etter klagerens mening ikke føre til et annet resultat. Dette fordi det var bygningens ytre- og ikke indre volum som var av betydning for klageren. Under henvisning til ombudsmannens redegjørelse for privatrettslige forholds betydning for plan- og bygningsmyndighetenes søknadsbehandling i årsmeldingen for 2005 side 30, ble det anført at saken burde vært avvist. Det ble fremhevet at tiltakshaveren hadde bygget på annen manns grunn og at den inngåtte avtalen var klar. Klageren mente videre at kommunen i vedtaket 16. august 2007 hadde avvist søknaden, og at fylkesmannen derfor tok feil da han la til grunn at kommunen hadde fattet et vedtak om byggetillatelse på vilkår om at de privatrettslige kravene ble overholdt. Det ble videre

vist til sak inntatt i ombudsmannens årsmelding fra 2002 side 322. Etter klagerens syn var det irrelevant om overskridelsen var stor eller liten, og det burde ikke være opp til kommunen å vurdere hva private bør tåle av inngrep på sine eiendommer. Klageren mente at det ville være en urimelig byrde for grunneieren å måtte ta ut stevning og bevise sin rett.

Saken ble tatt opp med Fylkesmannen i Aust-Agder. Under henvisning til fylkesmannens vedtak 27. februar 2007 der det bl.a. ble lagt til grunn at den inngåtte avtalen i 1993 «synes å være rimelig presis mht. hva som er tillatt bruk av arealet» ble fylkesmannen bedt om å redegjøre nærmere for sitt standpunkt i vedtak 27. februar 2008 om at det privatrettslige forholdet måtte betegnes som uklart, herunder hvilke undersøkelser som var gjort med sikte på å bringe klarhet i tiltakshaverens rett. Fylkesmannen ble også bedt om å redegjøre nærmere for standpunktet om at «det ikke er grunnlag for å fravike hovedregelen om at kommunen plikter å realitetsbehandle tiltakshavers byggesøknad». Det ble herfra lagt til grunn at det kunne synes som fylkesmannen i sin begrunnelse hadde lagt avgjørende vekt på at tiltaket var oppført og at en avvisning av saken inntil det privatrettslige forholdet var avklart ville innebære risiko for at tiltakshaveren måtte foreta retting/riving før det privatrettslige forholdet var avklart. Disse forhold ble bedt kommentert.

Fylkesmannen svarte bl.a. at han med uttalelsen i vedtak 27. februar 2008 om at det privatrettslige «forholdet» var uklart hadde siktet til «avtalen sett i forhold til de faktiske forhold i saken», mens han i vedtak 27. februar 2007 hadde lagt til grunn at «nevnte avtale synes å være rimelig presis mht. hva som er tillatt bruk av arealet». Han viste videre til at det var tale om ulike byggesaker i de to vedtakene. Det var rimelig klart at det som først var omsøkt var i strid med avtalen, mens det etter hans mening fremsto som uklart om den nye/endrede søknaden i det hele tatt var i strid med avtalen. Dette fordi det var uklart hvor det tidligere bygget var plassert og fordi partene kun var uenige om noen få cm. Det ble videre vist til at partene og kommunen i betydelig grad hadde bidratt med informasjon om tiltakshaverens rettigheter etter avtalen, og at partene hadde ulik forståelse av selve avtalen og vurdering av de faktiske forholdene mht. plassering av det tidligere og det nye tilbygget. Fylkesmannen hadde ikke funnet grunn til å foreta ytterligere undersøkelser i sakens anledning.

Selv om fylkesmannen i det siste vedtaket hadde uttalt at det privatrettslige forholdet måtte betegnes som uklart, var han kommet til at tiltakshaveren hadde sannsynliggjort at det forelå et privatrettslig grunnlag for plasseringen av det omsøkte tiltaket inne på naboeiendommen, slik at søknaden 29. mai 2007 mest sannsynlig var forenelig med avtalen. Det-

te var bakgrunnen for at fylkesmannen kom til at det ikke var grunnlag for å fravike hovedregelen om at kommunen plikter å realitetsbehandle søknaden, selv om det nok også kunne «ha vært adgang til å avvise søknaden». Fylkesmannen skrev videre at han ikke hadde lagt avgjørende vekt på at tiltaket var oppført i henhold til tillatelse eller ment å gi uttrykk for at spørsmålet om ileggelse av eventuelle sanksjoner var relevant å vektlegge i vurderingen av om bygningsmyndighetene hadde adgang til å behandle en søknad om bygging på annen manns grunn. Han mente at det ved vurderingen av om saken kunne/burde avvises var relevant å vektlegge at kommunen hadde realitetsbehandlet saken. Fylkesmannen viste videre til at saken dreide seg om «uenighet om nærmest bagatellmessige byggeforhold, og at det derfor ikke var urimelig å kreve at det var opp til eieren av den tjenende eiendom evt. å forfølge saken ved domstolene. Avslutningsvis mente fylkesmannen at det burde vises tilbakeholdenhet med å pålegge den kommunale bygningsmyndighet å ta stilling til slike vanskelige spørsmål mht. tolkning av en privat avtale og vurderingen av faktiske forhold.

Klageren skrev deretter at dersom det kunne legges til grunn at han hadde akseptert et nytt bygg hadde dette i så fall vært underforstått og formløst. Det måtte da kreves klare holdepunkter dersom man med et slikt utgangspunkt – der grunneieren kunne nekte et nytt bygg overhodet – kom til at det var gitt aksept for et større bygg enn tidligere. Skulle man komme til at grunneieren hadde akseptert et nytt bygg av samme størrelse, lå det omsøkte uansett klart utenfor avtalen. Dette fordi det ikke hadde vært uenighet mellom de private partene om at bygget avvek fra det tidligere bygget, men derimot hvor stort avviket var i antall cm, jf. at tiltakshaverens arkitekt også hadde kommet til at det nye tilbygget var noe større enn det tidligere. Klageren viste til at fylkesmannen med sitt svar hit synes å ha lagt til grunn at «mindre overskridelser vil kunne være i orden». Det ble videre fremholdt at fylkesmannen nå kom med en ny begrunnelse, nemlig at tiltakshaveren hadde sannsynliggjort at tiltaket ikke var i strid med avtalen. Dette i motsetning til fylkesmannens begrunnelse i vedtaket 27. februar 2008 der fylkesmannen konkluderte med at det var uklart om tiltakshaveren hadde rett til å føre opp tilbygget. Klageren uttalte at dersom tiltakshaveren ikke hadde sannsynliggjort sin rett, og forholdet fremsto som uklart, slik fylkesmannen konkluderte i vedtaket 27. februar 2008, burde saken ha vært avvist. Etter klagerens syn hadde ikke størrelsen på inngrepet noen rettslig betydning, men han understreket at sameiet oppfattet overskridelsen som vesentlig. Avslutningsvis fremholdt klageren at «det er ved de inngrep som ikke er av de aller mest dramatiske at plasseringen av søksmålsbyrden ofte er viktig».

Fylkesmannen hadde ikke ytterligere merknader i saken.

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

«Denne saken dreier seg om plan- og bygningsmyndighetenes adgang og eventuelle plikt til å avvise en søknad om oppføring av tiltak på fremmed grunn. Det foreligger en redegjørelse for mitt syn på dette temaet i ombudsmannen årsmelding for 2005 side 30 flg. Utgangspunktet er at plan- og bygningsmyndighetene i følge plan- og bygningsloven (plbl.) § 95 nr 2 skal påse at tiltaket ikke strider mot bestemmelser som er gitt i eller i medhold av denne loven. En nærmere avklaring av forholdet til private rettigheter ligger derfor utenfor bygningsmyndighetens oppgaver, og en eventuell tillatelse vil heller ikke ha noen privatrettslig betydning. Dersom det imidlertid er klart eller sannsynlig at en tillatelse vil stride mot privatrettslige forhold vil det være uheldig om det blir gitt en tillatelse og i slike saker bør derfor søknaden avvises under henvisning til at søkeren ikke har noen rettslig interesse i å få den behandlet. Dette fordi det både vil innebære spill av offentlige ressurser og virke uheldig dersom myndighetene bidrar til gjennomføringen av et rettsstridig tiltak. Dette gjelder ikke bare i de tilfeller der det er klart at det privatrettslige grunnlaget mangler, men også der det fremstår som uklart og usikkert om tiltakshaveren har et slikt grunnlag. I slike tilfeller synes tiltakshaveren å være den nærmeste til å avklare dette før bygningsmyndigheten behandler byggesaken. Plan- og bygningsmyndigheten må da avvise og ikke avslå søknaden, dette fordi et avslag kun kan hjemles i plan- og bygningsloven med tilhørende bestemmelser. Myndighetene skal kun avgjøre om søkeren har sannsynliggjort sin rett i en slik grad at søknaden kan behandles eller om behandlingen må utstå inntil det privatrettslige forholdet er avklart. En avvisning vil således innebære at søksmålsbyrden mellom de private parter avklares, og at denne legges på tiltakshaveren. Dette har betydning for omfanget av bygningsmyndighetenes undersøkelsesplikt. I de tilfeller der det fremstår som uklart om tiltakshaveren har det nødvendige privatrettslige grunnlaget, må avvisningsspørsmålet avgjøres ut fra en konkret vurdering. I saker som gjelder tiltak på annen manns grunn har man i utgangspunktet ikke rett til å disponere over eiendommen og det bør da være den som hevder å ha en slik rett som må sannsynliggjøre denne. I slike tilfeller bør således klarheter med hensyn til det privatrettslige grunnlaget i utgangspunktet medføre avvisning av søknaden.

Utgangspunktet for vurderingen av om byggesøknaden fra mai 2007 burde ha vært avvist er således om det forelå et privatrettslig grunnlag for å bygge på klagerens grunn. Fylkesmannen har i vedtaket 27. februar 2008 uttalt at «det privatrettslige forhold

det må betegnes som uklart». Han konkluderte imidlertid med at forvaltningen ikke har en absolutt plikt til å avvise, men at den bør avvise en søknad i slike tilfeller. Under henvisning til at kommunen hadde tatt søknaden opp til behandling, at bygget nå var oppført, herunder at en avvisning av søknaden inntil det privatrettslige var avklart ville innebære en risiko for at tiltakshaveren ble pålagt å rette/rive før det privatrettslige var endelig avklart og at overskridelsen var liten, omgjorde fylkesmannen kommunens vedtak og ga tillatelse.

Fylkesmannen synes å ha lagt til grunn at kommunens vedtak 16. august 2007 gikk ut på at søknaden ble godkjent på vilkår om at tilbygget må være i samsvar med den sivilrettslige avtalen slik denne var tolket av grunneieren. Klageren er uenig i dette og mener at kommunen i dette vedtaket avviste saken. Det fremstår som uklart om kommunen avviste søknaden eller om det ble gitt byggetillatelse på vilkår. Jeg kan ikke se at det er nødvendig å ta stilling til innholdet i kommunens vedtak, da det ikke kan ha avgjørende betydning for fylkesmannens behandling av saken som klageinstans. Det avgjørende utgangspunktet for fylkesmannens vurdering i forhold til om søknaden skulle ha vært avvist eller ikke vil etter dette være om det privatrettslige forhold fremsto som klart.

I avtalen mellom partene 23. april 1993 står det at «Eierne av Y[klageren] samtykker med dette formelt til at eksisterende bygning på eiendommen X, til en viss grad står på eiendommen Y». Videre heter det at «Det presiseres også at ytterligere påbygg e.l. inn på eiendommen Y, ikke kan gjøres. Tillatelsen innebærer bygningen i den form den i dag har, se vedlagte tegning».

Ut fra avtalens ordlyd kan det ikke være tvilsomt at tiltakshaveren ikke har rett til å foreta ytterligere utbygging på sameiets eiendom enn den bygning som ble revet i 2004. Det er ikke fremlagt dokumentasjon som tilsier at partene skal ha inngått en muntlig avtale som sier noe annet.

Utgangspunktet for vurderingen vil etter dette være om det nye tilbygget strekker seg lenger inn på sameiets eiendom enn det opprinnelige. Det fremgår av de tilsendte saksdokumenter at arkitekt B fikk i oppdrag av tiltakshaveren å vurdere størrelsen på det opprinnelige tilbygget i forhold til det nye. I e-brev 11. juli 2007 til klagerens advokat konkluderte arkitekten bl.a. med at det nye vegglivet lå lenger ute enn det opprinnelige, og «dersom man regner fra ytterste punkt av dekkbordene, så vil vegglivet være på det minste stedet mer enn 10 cm lengre ute enn opprinnelig». Jeg kan etter dette ikke se annet enn at tiltakshaveren på det minste har bygget 10 cm lenger inn på naboens grunn enn det han rent privatrettslig hadde adgang til. Klageren hevder på sin side at overskri-

delsene er 29 cm mot uteplassen i Y, 21 cm mot bryggerhus-bygget og 16 cm mot Y-bygget, jf. e-post 11. juli 2007 til Grimstad kommune.

Det er etter dette vanskelig å følge fylkesmannen når han skriver at «tiltakshaver har sannsynliggjort at det foreligger et privatrettslig grunnlag for plasseringen av [det] omsøkte tiltaket inne på naboeiendommen, og at «søknaden av 29.05.07 mest sannsynlig kan være/er forenelig med avtalen». I og med at partene synes å være enige om at deler av tiltaket er oppført på klagerens grunn uten avtale, kan jeg vanskelig se at fylkesmannens uttalelse om at det bør vises tilbakeholdenhet med å pålegge den kommunale bygningsmyndighet å ta stilling til slike vanskelige spørsmål mht. tolkning av en privat avtale og vurderingen av faktiske forhold, er treffende i denne saken.

Ombudsmannen har ikke mulighet for å ta stilling til hvor store de faktiske overskridelsene er, men slik saken er opplyst, finner jeg å kunne legge til grunn at tiltakshaveren har bygget deler av tiltaket på klagerens grunn uten tillatelse. Uklarheten består i hvor stor overskridelsen er. Fylkesmannen har i sin vurdering lagt til grunn at overskridelsene er små. Hans argumentasjon forstås slik at han mener at dette har betydning for om søknaden burde ha vært avvist eller ikke. I en sak som denne der det dreier seg om bygging på annen manns grunn uten avtale synes det lite relevant å legge vekt på at overskridelsene hevdes å være små. Bygningsmyndigheten bør i denne type saker slippe å måtte foreta en skjønnsmessig vurdering av om saken burde avvises på grunn av tiltakets art. Sakens utvikling, slik den fremgår av saksdokumentene, tyder uansett på at det er av stor betydning for grunneieren at tiltakshaveren ikke foretar ytterligere utbygging enn det avtalen tilsier. Dette må bygningsmyndighetene forholde seg til. Jeg viser i denne sammenheng også til at det aktuelle området er sentrumsnært og at det er trangt mellom bygningene.

Denne saken dreier seg om bygging på annen manns grunn og en opprinnelig tillatelse fra kommunen som senere er omgjort kan ikke gå foran grunneierens rettigheter. I en sak som denne der tiltakshaveren har bygget på annen manns grunn uten å ha sannsynliggjort at det foreligger en privatrettslig avtale synes det rimelig at det er han som har søksmålsbyrden i forhold til det rent privatrettslige og at saken derfor avvises. Jeg mener således at det knytter seg «begrunnet tvil til forhold av betydning for saken», jf. ombudsmannsloven § 10, og jeg ber derfor fylkesmannen vurdere saken på nytt i lys av det som fremgår ovenfor. Tiltakshaveren har ikke vært part for ombudsmannen og fylkesmannen bes derfor om å varsle ham om uttalelsen herfra og om nødvendig trekke ham inn i den fornyede vurderingen av saken. Jeg ber om å bli holdt orientert om fylkesmannens fornyede vurdering.»

## 85.

**Atkomst ved oppføring av garasje –  
privatrettslige forhold**

(Sak 2008/1395)

*Spørsmål om plan- og bygningsloven § 66 nr. 1 kom til anvendelse, slik at Fylkesmannen i Vestfold i en byggesak prejudisielt skulle ha tatt stilling til om vei-forbindelsen til tomta var «sikret».*

*Ombudsmannen kom til at det ikke kunne rettes rettslige innvendinger mot fylkesmannens oppfatning om at bestemmelsen ikke kom til anvendelse, da tomta før omsøkte byggetiltak var sikret atkomst.*

B sendte Svelvik kommune melding om oppføring av carport og vedskjul. Kommunen godkjente oppføringen, på vilkår av at eiendommen til A ikke ble benyttet som snuplass i tilknytning til bruk av omsøkte bygning. A klaget på kommunens vedtak. I klagen ble det gjort gjeldende blant annet at B ikke oppfylte kravet om «sikret lovlig atkomst» jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (plbl.) § 66 nr. 1 fra carporten/vedskjulet da det ikke kunne dokumenteres verken avtalefestet eller hevdet veirett. Det ble også påpekt at B ikke ville kunne oppfylle vilkåret om ikke å benytte As eiendom som snuplass.

Kommunen tok ikke klagen til følge og oversendte saken til Fylkesmannen i Vestfold. Fylkesmannen godkjente bygget og dets plassering. Av fylkesmannens vedtak fremgikk:

«Fylkesmannen er kjent med de vanskelige innkjøringsforholdene til garasjen. Dersom tiltakshaver ikke oppnår en avtale om bruk av nabogrunn til innkjøring kan følgelig ikke garasjen brukes etter sin hensikt. Dette er imidlertid privatrettslige forhold som ligger utenfor vår kompetanse å ta stilling til. Fylkesmannen har følgelig kun godkjent bygget og dets plassering.»

A (heretter klageren) klaget saken inn for ombudsmannen. Det ble gjort gjeldende at fylkesmannens vedtak var ugyldig. Det ble vist til at fylkesmannen ikke hadde vurdert tiltaket opp mot plbl. § 66 første ledd nr. 1, og at vilkåret om «sikret lovlig atkomst» ikke var oppfylt.

Fylkesmannen ble av ombudsmannen bedt om å redegjøre nærmere for saken. Det ble stilt spørsmål om fylkesmannen hadde tatt stilling til As anførsel om at vilkåret i plbl. § 66 nr. 1 om atkomst ikke var oppfylt. Fylkesmannen ble i så fall bedt om å begrunne svaret. Fylkesmannen ble videre bedt om å redegjøre for hvorvidt spørsmålet om atkomsten var «sikret» ble vurdert da tomta første gang ble bebygd, og dersom dette tidligere var vurdert og avgjort, om det etter fylkesmannens mening var adgang til å foreta en ny vurdering av dette.

Av fylkesmannens svarbrev fremgikk bl.a. følgende:

«I foreliggende sak har tomta direkte adkomst til vei x. Det er på tomta fra tidligere oppført et bolighus (1963) og garasje (1987). Området omfattes ikke av noen reguleringsplan. Det nå omsøkte tiltak (garasje/uthus) ligger nord for bolighuset og vil ha de samme adkomstrettighetene som tomta for øvrig, dvs. mot syd ut på vei x. Vedlagte kartskisser belyser situasjonen på en illustrerende måte. Fylkesmannen mener m.a.o. at oppføring av en ekstra garasje/uthus ikke trenger å behandles etter plan- og bygningsloven § 66 nr. 1 når tomta har lovlig adkomst gitt i tidligere byggetillatelse (1963). Nevnte bestemmelse vil kun få anvendelse dersom tiltaket vil betinge ny adkomst, noe som ikke er tilfellet i sak.

Vår sak knytter seg til at tiltakshaver ikke har nødvendig manøvreringsplass på egen eiendom for å kunne benytte omsøkte garasje. Vi viser til vårt vedtak der vi skriver at dersom 'tiltakshaver ikke oppnår en avtale om bruk av nabogrunn til innkjøring kan følgelig ikke garasjen brukes etter sin hensikt. Dette er imidlertid privatrettslige forhold som ligger utenfor vår kompetanse å ta stilling til. Fylkesmannen har følgelig kun godkjent bygget og dets plassering'.

Klageren kom med merknader til fylkesmannens brev, og anførte at:

«Det fremgår med all tydelighet av det vedlagte kartet at adkomstrettigheten til B gjelder direkte adkomst fra/til vei x (markert med blått). Denne saken gjelder adkomstrett/bruksrett til veien [heretter vei y] langs Bs eiendom (skravert med blått).»

Klageren fastholdt også i et senere brev at vei y ble opparbeidet av klageren for tre år siden og at atkomstrettighetene gitt i 1963 kun gjaldt for vei x.

Fylkesmannen forutsatte i et brev til ombudsmannen at tomta hadde atkomstrett til vei x og at det måtte «legges til grunn at garasje (uthus) på tomta har de samme rettigheter til vei x som hovedbygningen».

**Ved avslutningen av saken uttalte jeg:**

«I plbl. § 66 nr. 1 første setning heter det:

«Eiendom kan bare deles eller bebygges dersom byggetomta(ene) enten er sikret lovlig atkomst til veg som er åpen for alminnelig ferdsel eller ved tinglyst dokument eller på annen måte er sikret vegforbindelse som kommunen godtar som tilfredsstillende.»

Bestemmelsen innebærer at det både i bygge- og delesaker skal stilles krav om at byggetomta har lovlig atkomst til vei som er åpen for alminnelig ferdsel. Det første alternativet i plbl. § 66 nr. 1 kommer til anvendelse dersom byggetomta ligger i umiddelbar nærhet til slik vei. Det andre alternativet regulerer de situasjonene der det ligger en eller flere eiendommer mellom byggetomta og frem til veien. Det kreves da at byggetomta «ved tinglyst dokument eller på annen

måte er sikret vegforbindelse» og at kommunen godtar veiforbindelsen som «tilfredsstillende».

For at veiforbindelsen skal være «sikret» etter det andre alternativet, er det ikke et absolutt vilkår at veiretten er tinglyst. Retten må imidlertid være «stedsvarig og tilkomme den som til enhver tid er eier av grunnen», jf. Bygningslovkomiteen 1960 s. 149. Plan- og bygningsmyndigheten må prejudisielt ta stilling til kravet om at veiforbindelsen er «sikret», og plbl. § 66 nr. 1 innebærer slik sett et unntak fra det alminnelige utgangspunktet om at rent privatrettslige forhold er bygningsmyndighetene uvedkommende. Dersom tiltakshaveren ikke kan dokumentere de nødvendige veirettigheter, kan plan- og bygningsmyndighetene ikke godkjenne søknaden.

Fylkesmannen la til grunn at tiltakshaverens tomt har «nødvendige adkomstrettigheter» til vei x sør på eiendommen, og viste til at tomte ble bebygd i 1963, før plan- og bygningsloven trådte i kraft. Klageren synes ikke å ha bestridt denne atkomstretten til tomte. Jeg legger derfor til grunn for den videre vurdering at tiltakshaveren har sikret atkomst fra vei x til tomte sør på eiendommen (veien er markert med blått på klagerens tegninger).

Klagen hit knytter seg fylkesmannens manglende vurdering etter plbl. § 66 nr. 1 av om tiltakshaveren har «sikret» veiforbindelse fra vei x og opp til byggetiltaket (carporten/vedskjulet). For å komme til carporten/vedskjulet må tiltakshaveren kjøre på vei y som går over tredjemanns eiendom (klageren har på tegningene skravert denne veien med blått). Det anføres at tiltakshaveren ikke har noen rett, verken hevdet eller avtalesfestet, til å kjøre på denne veien.

Fylkesmannen har lagt til grunn at byggesøknaden ikke trengte å behandles etter plbl. § 66 nr. 1 «når tomte har lovlig adkomst gitt i tidligere byggetillatelse (1963)».

Det må derfor tas stilling til om plbl. § 66 nr. 1 andre alternativ kom til anvendelse i denne saken.

Spørsmålet blir om det er tilstrekkelig at tomte som sådan ved fradeling eller bebyggelse er «sikret» atkomst etter plbl. § 66 nr. 1, eller om dette kravet også knytter seg til senere byggetiltak. Ut fra sistnevnte forståelse av bestemmelsen måtte også carporten/vedskjulet i denne saken være «sikret» veiforbindelse til vei x, selv om det ikke var omstridt at tomte som sådan var sikret atkomst, og plan- og bygningsmyndighetene skulle prejudisielt ha tatt stilling til dette privatrettslige spørsmålet. Det forutsettes at vei y ikke er åpen for ferdsel.

Kravet om atkomst i plbl. § 66 nr. 1 knytter seg til «byggetomte(ene)». Ut fra ordlyden er det med andre ord tilstrekkelig at tomte er sikret atkomst.

Jeg forstår formålet bak § 66 nr. 1 slik at den skal hindre at det fradeles eller bebygges tomter uten at tiltakshaveren eller andre lovlig kan komme seg til

og fra. At bestemmelsen ikke har til formål å sikre at tiltakshaveren har atkomst til det enkelte byggetiltak inne på tomte, synes å være i samsvar med oppfatningen i juridisk teori, se Odd Jarl Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett (Universitetsforlaget 2000), s. 513, der det legges til grunn at «[i]nne på selve byggetomte får ikke plbl. § 66 nr. 1 anvendelse, men ved bebyggelse kan det i medhold av plbl. § 69 kreves at det på tomte er sikret areal bl.a. for avkjørsel og parkering».

De hensyn som begrunner hovedregelen om at privatrettslige spørsmål er plan- og bygningsmyndighetene uvedkommende, taler også mot en utvidende tolkning av det unntak regelen i plbl. § 66 nr. 1 innebærer. Det skaper forutsigbarhet og ryddighet at plan- og bygningsmyndighetene avklarer forholdet til plan- og bygningsrettslige regler, mens rettighetshaverne selv avklarer det privatrettslige, eventuelt med bistand av domstolene. Saksbehandlingen hos plan- og bygningsmyndighetene er ikke lagt opp til å avklare privatrettslige uenigheter, da det ofte vil kunne kreve bevisvurderinger av et visst omfang. Gode grunner taler med andre ord for at så lenge atkomsten til tomte som sådan er sikret, er det tiltakshaverens - og ikke plan- og bygningsmyndighetenes oppgave - å sørge for å ha det nødvendige privatrettslige grunnlag for å kunne bruke byggetiltakene på tomte som ønsket.

Det legges også i Tyrén m.fl., Plan- og bygningsloven Kommentartutgave, (5. utg. 2004), s. 272, til grunn at «[d]ersom bebygget eiendom er sikret tinglyst veirett vil ny bebyggelse på samme tomt som hovedregel kunne oppføres uten at spørsmålet om veirett tas opp på nytt». Som Tyrén her antyder, kan det tenkes unntak fra utgangspunktet om at plbl. § 66 nr. 1 ikke kommer til anvendelse dersom atkomsten til tomte først er sikret. Etter plbl. § 87 nr. 2 kommer lovens bestemmelser til anvendelse også ved for eksempel «tilbygging, påbygging eller underbygging», jf. bokstav c og «bruksendring, vesentlig utvidelse eller vesentlig endring av tidligere drift», jf. bokstav e. Det innebærer at forvaltningen kan måtte vurdere kravet i plbl. § 66 nr. 1 også ved tiltak på *bestående* byggverk. En bruksendring av et bolighus til en familiebarnehage kan for eksempel medføre økt trafikk av et slikt omfang, at gode grunner kan tale for at § 66 nr. 1 kommer til anvendelse. Det er mulig at plbl. § 66 nr. 1 ut fra en konkret vurdering også vil kunne komme til anvendelse ved søknadsbehandling av nye byggetiltak der tomte fra før er sikret atkomst. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet nå. I denne saken er det snakk om å oppføre en garasje ekstra, til enten en bobil eller en personbil. Jeg kan ikke se at tiltaket medfører noen vesentlig endring av bruken av tomte eller at det gjør

seg gjeldende noen hensyn som skulle tilsi at pbl. § 66 nr. 1 skulle komme til anvendelse i denne saken.

På denne bakgrunn har jeg ikke rettslige innvendinger mot fylkesmannens oppfatning om at pbl. § 66 nr. 1 ikke kom til anvendelse i denne saken, eller mot at fylkesmannen stadfestet Svelvik kommunes byggetillatelse uten å avklare prejudisielt om tiltakshaveren hadde privatrettslig adgang til å bruke vei y. Jeg har med denne uttalelsen heller ikke tatt stilling til dette privatrettslige spørsmålet. Klageren peker på at tiltakshaveren må rygge inn på hans eiendom for å kunne snu når han kjører ut av carporten. Det er i kommunens tillatelse 26. juni 2006 stilt følgende vilkår: «Eiendommen til [A] tillates ikke benyttet som snuplass tilknyttet bruk av omsøkte bygning». Fylkesmannen la i vedtaket 7. desember 2007 til grunn at dersom tiltakshaveren ikke oppnår avtale med klageren om bruk av nabogrunnen til innkjøring, og garasjen følgelig ikke kan brukes etter sin hensikt, så er det et «privatrettslig forhold som ligger utenfor vår kompetanse å ta stilling til». På bakgrunn av min konklusjon om at pbl. § 66 nr. 1 ikke kom til anvendelse i denne saken, har jeg ikke avgjørende rettslige innvendinger mot fylkesmannens standpunkt om at dette er et privatrettslig spørsmål som lå utenfor plan- og bygningsmyndighetenes oppgave å undersøke nærmere. Jeg finner imidlertid grunn til minne om at plan- og bygningsmyndighetene både kan, og ofte bør, vurdere om det ved bygging av garasje er tilstrekkelig snuplass inne på egen tomt, jf. pbl. § 69 (eventuelt i henhold til kommunal vedtekt).»

## 86.

### **Gebyrberegning ved behandling av privat reguleringsforslag var i samsvar med selvkostprinsippet**

(Sak 2007/1890)

*Uttalelsen gjelder gebyrberegningen for behandling av et privat reguleringsforslag i Bærum kommune. Kommunen hadde ilagt gebyr for full behandling. Klageren mente at han bare hadde fått råd om tilpassning av forslaget med sikte på senere godkjenning, og at gebyret derfor skulle vært ilagt etter en vesentlig lavere gebyrsats. Det var også spørsmål om gebyret var i samsvar med selvkostprinsippet.*

*Ombudsmannen hadde ikke innvendinger mot den gebyrsatsen som ble valgt. Det var heller ikke grunn til å anta at gebyret oversteg selvkost.*

Klageren leverte forslag til reguleringsplan for «Riggtoften» på Vestre Jong i Bærum kommune. Reguleringsgebyr på kr 234 000 ble innbetalt i juni 2004.

Reguleringsforslaget ble behandlet i Bærum kommunes plan- og miljøutvalg. Det fremgår av mø-

teprotokollen at forslaget «avslås». Videre står det at «ny plan må ivareta følgende punkter» etterfulgt av en liste på elleve punkter.

I ettertid oppsto det uenighet mellom klageren og kommunen om beregningen av det offentlige gebyret. Kommunen la til grunn at plan- og miljøutvalget («Det faste utvalget for plansaker») hadde avslått å fremme det private planforslaget, slik at det ikke skulle legges ut til offentlig ettersyn etter plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.) § 30 annet ledd. Det skulle dermed betales fullt gebyr. Klageren var uenig. Han mente at utvalget kun hadde behandlet saken etter pbl. § 30 første ledd og gitt råd om tilpasninger av forslaget med sikte på å tilrettelegge for senere politisk godkjenning. Gebyret skulle derfor etter klagerens syn vært beregnet etter gebyrregulativets § 9 bokstav d i stedet for bokstav a. Riktig gebyr var i så fall kr 36 000.

Klageren gjorde sine anførsler gjeldende overfor kommunen, og søkte subsidiært om nedsettelse av gebyret. Kommunen fastholdt gebyret. Vedtaket ble påklaget. Plan- og miljøutvalget tok ikke klagen til følge, og mente det var tale om «vanlig planbehandling som gir vanlig gebyr». Det ble ikke ansett for å være grunnlag for å redusere gebyret etter regulativets § 6 om åpenbart urimelige gebyr. Fylkesmannen stadfestet kommunens vedtak. Fra fylkesmannens vedtak 12. oktober 2006 siteres:

«Det fremgår ikke av opplysningene i saken at forslagsstiller på noe tidspunkt har bedt om at kommunen kun vurderte forslaget i henhold til pbl. § 30, 1. ledd. Det følger derved av 2. ledd at kommunen når de mottar komplett planforslag skal behandle dette snarest mulig. Kommunen fattet vedtak om å avslå planforslaget i møte den 19.08.05. Fylkesmannen er enig med kommunen i at saken må anses behandlet etter pbl. § 30, 2. ledd og at gebyrfastsettelsen derfor skal ta utgangspunkt i dette. At kommunen i vedtaket også gir veiledning til forslagsstiller vedrørende eventuell ny plan og i tillegg ikke gir informasjon om retten til å kreve saken forelagt kommunestyret, har ikke betydning i så måte.»

Når det gjaldt spørsmålet om gebyret var urimelig høyt, sluttet fylkesmannen seg til den begrunnelsen kommunen hadde gitt i vedtaket 20. desember 2005. Det het der:

«Gebyret i den enkelte sak skal være et gjennomsnitt for kostnadene ved å behandle noenlunde likeverdige saker og skal i sum ikke overstige kommunens selvkost. Dette tilsier at noen plansaker i en viss utstrekning blir overpriset og andre saker underpriset. Saksbehandler i den aktuelle sak arbeidet kontinuerlig med denne saken i de uker saksforberedelsen pågikk. Samtidig har annet fagpersonell bidratt. Således var det i forhåndskonferansen 7 personer til stede fra kommunen som i ulik grad har bidratt i saken. Samlet sett mener en at det gebyr som ble beregnet etter

gebyrreglementets regler er ganske treffende for den reelle ressursinnsats i denne saken.»

Fylkesmannen kunne etter dette ikke se at det ilagte gebyr var «åpenbart urimelig sett i forhold til sakstype og kommunens saksbehandling».

Revidert reguleringsforslag ble sendt til kommunen. Plan- og miljøutvalget vedtok i april 2006 å utsette behandlingen av et kommunalt reguleringsforslag for den samme tomte slik at det kunne behandles parallelt med klagerens forslag. Klageren betalte faktura for nytt reguleringsarbeid i juni 2006. Også denne gangen var gebyret kr 234 000. Plan- og miljøutvalget behandlet planforslagene samlet og kom til at klagerens forslag på flere punkter måtte endres før det kunne fattes vedtak om offentlig ettersyn. I senere møte vedtok utvalget å legge begge forslagene ut til offentlig ettersyn. Deretter vedtok utvalget å «avvise» klagerens forslag. Kommunens eget forslag ble samtidig vedtatt. Vedtaket fikk tilslutning i formannskapet og deretter i kommunestyret.

Klageren henvendte seg til ombudsmannen og fastholdt de anførsler han hadde gjort gjeldende overfor kommunen og fylkesmannen.

Ved brev herfra ble Fylkesmannen i Oslo og Akershus bedt om å besvare enkelte spørsmål som saken reiste.

For det første ble fylkesmannen bedt om å kommentere klagerens anførsler om at kommunens plan- og miljøutvalg ikke avsto reguleringsforslaget, men kun ga råd om tilpasninger som måtte gjøres i forslaget om det skulle få politisk godkjenning, jf. plbl. § 30 første ledd.

For det andre ble det spurt om de aktuelle bestemmelsene i gebyrregulativet var i samsvar med det såkalte selvkostprinsippet.

Fylkesmannen ble spurt om han var kjent med om kommunen hadde foretatt konkrete utregninger for å sikre at gebyrene ikke oversteg selvkostprinsippet. I denne forbindelse ble han bedt om å vurdere om det var nødvendig å innhente en uttalelse fra kommunen.

I svaret fra fylkesmannen fulgte en redegjørelse fra Bærum kommune. I redegjørelsen knyttet kommunen først noen bemerkninger til selvkostprinsippet i reguleringssaker. Kommunen presiserte at det foretas etterkalkyler for reguleringssakene. Kalkylen tar utgangspunkt i 50 % av kostnadene ved å behandle private reguleringsforslag, og det legges til grunn at det bare er første fase av planbehandlingen som kan gebyrfinansieres. Første fase regnes frem til det offentlige ettersyn av planen. Deretter anses planbehandlingen å være kommunens egen myndighetsutøvelse som ikke kan gebyrfinansieres. Kommunen fremholdt at det kan stilles spørsmål om en slik 50/50 fordeling av kostnadene mellom fasene er korrekt

fordi den første fasen erfaringsmessig er mest arbeidskrevende. Det faktum at bare første fase gebyrfinansieres, medfører også at gebyret ikke nedsettes dersom planforslaget «avvises» av planutvalget. Kommunens arbeid i perioden er det samme enten planen fremmes eller avvises. Kommunen opplyste at etterkalkylen for 2007 viste at 50 % av kostnadene forbundet med private reguleringsplaner beløp seg til kr 6 755 600 mens gebyrinntektene var på kr 3 474 000. Dette gir en kostnadsdekning på 51,4 %. Kostnadsdekningen tidligere år ble opplyst å ha vært noe mindre. Under henvisning til at det var «såpass god margin» mellom den faktiske kostnadsdekning og den lovlige kostnadsdekning, anså kommunen at gebyret i den enkelte sak ikke oversteg selvkost. Tallmaterialet for 2007 ble brukt som eksempelår fordi materialet var lettest tilgjengelig.

Kommunen hadde sluttbehandlet 15 private reguleringsplaner og seks bebyggelsesplaner i 2007. Kommunen opplyste at bebyggelsesplanene gjennomgående ble ilagt halvparten så stort gebyr som reguleringsplanene. Når bebyggelsesplanene ble holdt utenfor, ville gjennomsnittlig gebyr for reguleringsplanene i 2007 være kr 193 000. Kommunen mente at avviket fra gjennomsnittet i klagerens sak var godt begrunnet i planens størrelse og kompleksitet.

Når det gjaldt det første spørsmålet i henvendelsen herfra, behandlingen av saken etter plbl. § 30 første ledd eller annet ledd, svarte fylkesmannen:

«Planforslaget ble behandlet i Plan- og miljøutvalget 19. august 2004. Klageren mener at utvalgets tilråding i 11 punkter om videre bearbeidelse av det innleverte planforslaget må ha skjedd i medhold av eller basert på en analogisk anvendelse av plan- og bygningsloven § 30 første ledd. Anvisningene i 11 punkter gir ifølge klageren bare mening dersom de forstås som et råd/direktiv om hvordan nytt planforslag bør se ut for at det justerte forslag kan bli utlagt til offentlig ettersyn og vedtatt.

Fylkesmannen vil påpeke at det må skilles mellom faglig bistand og råd gitt av kommunen ut fra plan- og bygningsloven § 30 første ledd og sakens senere behandling. Bestemmelsen angir i første ledd at kommunen kan "gi råd om planen bør utarbeides" og "bistå i planarbeidet". Av annet ledd følger det også at myndighetene plikter å vurdere forslaget med sikte på en realitetsavgjørelse av om forslaget skal fremmes etter reglene i plan- og bygningsloven § 27-1 nr. 2 eller om det skal forkastes slik at forslaget ikke fremmes. Formålet med å legge spørsmålet frem for planutvalget før arbeidet påbegynnes, vil være å få råd om aktualiteten av forslaget slik at forslagsstilleren skal få grunnlag for å kunne foreta en realistisk vurdering av mulighetene til å nå frem med sitt forslag for derved slippe å bruke penger på noe som ikke kan føre frem, se Odd Jarl Pedersen m.fl. Plan- og bygningsrett (Universitetsforlaget 2000) side 444.»

Fylkesmannen refererte følgende fra Bærum kommunes brev:

«Tiltakshaver henvendte seg til kommunen allerede tidlig i 2001 sammen med idrettslaget Jardar og Vennersborg AS om arealutnyttelsen for de aktuelle arealer. Henvendelsen ble kanalisert inn i arbeidet med revisjon av kommuneplanens arealdel og området Bjørnegård/Vestre Jong ble tatt inn i kommuneplanens høringsutkast. Fylkesmannen fremmet innsigelse mot utbyggingsforslaget fordi området lå innenfor byggesonens grøntstruktur. Innsigelsen ble senere trukket etter anmodning fra kommunen. Grunneier kunngjorde oppstart av reguleringsarbeidet på eget initiativ 02.07.03. Til tross for at grunneier hadde fått vurdert sine planer i forbindelse med revisjon av kommuneplanens arealdel, sendte han inn et reguleringsforslag hvor flere forhold avvek fra rammebetingelsene i kommuneplanen. En mener derfor at tiltakshaver gjennom kommuneplanprosessen har vært informert i en slik grad at det ikke var noen grunn til å søke råd hos kommunen etter plan- og bygningslovens § 30, 1. ledd.

En vedlegger møtereferat fra forhåndskonferanse av 19.04.2004 og tiltakshavers beskrivelse av sitt planforslag (utarbeidet av Narud-Stokke-Wiig AS) datert 27.05.2004 og senere forhåndskonferanse av 21.04.2005.

Etter kommunens mening viser dokumentasjonen entydig at man hadde til behandling et fullstendig forslag til reguleringsplan og at siktemålet var en fullstendig behandling etter plan- og bygningslovens § 30, 2. ledd. Kommunen har ikke uttrykkelig gått inn på muligheten til å behandle planspørsmålet etter lovens § 30, 1. Dette var det heller aldri noen grunn til hensett til at tiltakshaver hadde engasjert faglig kompetente rådgivere og sakens forhistorie, jfr. kommuneplanarbeidet. En behandling etter § 30, 1. ledd ville også medført forsinkelser, noe en oppfattet at tiltakshaver ikke så seg tjent med. Prinsipielt vil det også være uholdbart om planfremsettere som får sitt forslag avvist, i ettertid skal kunne hevde at man bare ønsket å få et råd etter lovens § 30, 1. ledd.

Fylkesmannen har stilt spørsmål ved om det forhold at planutvalget ga detaljerte anvisninger på hvordan planforslaget skulle rettes tyder på at man rent faktisk har gitt et reguleringsråd etter lovens § 30, 1. ledd. Dette er kommunen helt ut uenig i. En anser det som helt selvsagt at når et planforslag avvises (ikke fremsettes) må planutvalget kunne gi de råd og føringer for det videre arbeidet som saken foranlediger helt uavhengig av om plansaken fremmes etter lovens § 30 1. eller 2. ledd.»

Deretter fremholdt fylkesmannen:

«Fylkesmannen mener i likhet med kommunen at dokumentasjonen entydig viser at man hadde til behandling et fullstendig forslag til reguleringsplan og at siktemålet var en fullstendig behandling etter plan- og bygningsloven § 30 annet ledd. Det vises i denne sammenheng til vedlagt møtereferat fra forhåndskonferanse av 19. april 2004. Her fremgår at det ble avtalt oversendelse av

komplett planmateriale til kommunen før 27. mai 2004 og 1. gangsbehandling i første møte i Plan- og miljøutvalget over sommerferien 19. august 2004. Det er vanskelig å se at saken fremdeles befant seg på et forberedende stadium da den ble behandlet av Plan- og miljøutvalget. Forslagsstiller sendte inn et komplett planforslag uten at det ble bedt om at saken kun ble fremmet for politisk råd. I innstillingen til Plan- og miljøutvalget uttaler Rådmannen at han ikke finner å kunne anbefale planforslaget lagt ut til offentlig ettersyn. Fylkesmannen viser for øvrig til kommunens redegjørelse for behandlingen av saken i gebyrvedtaket av 20. desember 2005.

Fylkesmannen er dessuten enig med kommunen i at planutvalget må kunne gi de råd og føringer for det videre arbeidet som saken foranlediger helt uavhengig av om plansaken fremmes etter lovens § 30 første eller annet ledd.

Fylkesmannen kan ikke se at det er fremkommet opplysninger som medfører en annen vurdering av klagen. Etter fylkesmannens syn er gebyret riktig fastsatt, jf. gebyrregulativet § 9 bokstav a og b.»

Når det gjaldt spørsmålet om bestemmelsene i gebyrregulativet og deres forhold til selvkostprinsippet, viste fylkesmannen til kommunens redegjørelse:

«Det er bemerket at plangebyrene i Bærum kommune øker relativt lineært med planområdets størrelse, jfr. regulativets § 9a og 9b. Det er stillet spørsmål ved det rettslige grunnlag for slike bestemmelser.

For det første bemerkes at en rekke arealformål holdes utenfor gebyrberegningen. I prinsippet er det arealer som gjennom planen utvikles for en økonomisk utnyttelse som er grunnlaget for beregningen. Gebyrprofilen er heller ikke helt lineær. For de første arealtrinnene øker gebyret med 15M ved arealøkning på 5000m<sup>2</sup> (og deretter 10000m<sup>2</sup>). Deretter dempes økningen til 10M for nye 10000m<sup>2</sup> til man når et tak. Det samme gjelder den delen av gebyret som faller på innregulert bebyggelses bruksareal. En mener at denne dempingen samt at gebyret når et tak tilsier at man ikke står overfor en lineær gebyrprofil. For reguleringsplaner vil det være noenlunde samsvare mellom arbeidsmengde og planens størrelse. Jo større reguleringsplanen er i arealomfang, desto flere parter involveres, og flere problemstillinger må vurderes. En mener således at det er noenlunde parallellitet mellom gebyrøkning og økt arbeidsmengde som følge av at planenes areal økes.»

Fylkesmannen viste til kommunens redegjørelse og hadde ingen avgjørende innvendinger mot utformingen av gebyrregulativet § 9. I tilfelle gebyret skulle overstige selvkost, ville det ikke være lovlig adgang til å kreve dette. Kommunens redegjørelse viste etter fylkesmannens syn at gebyret i saken avspeilet snittkostnadene for reguleringssaker. Fylkesmannen viste videre til at kommunen hadde redegjort for faktisk kostnadsdekning forbundet med private reguleringsplaner og sine gebyrinntekter. Fylkes-



mannen var enig med kommunen i at avviket fra gjennomsnittlig gebyr for reguleringsplaner i klagerens sak var godt begrunnet i planens størrelse og kompleksitet, og kunne ikke se at gebyrileggelsen i den aktuelle saken var i strid med selvkostprinsippet.

Til slutt presiserte fylkesmannen at han oppfattet at klagen delvis var begrunnet med at det var blitt avkrevd «dobbel» behandlingsgebyr. Etter fylkesmannens syn kunne ikke innbetaling av nytt gebyr i juni 2006 få betydning for kommunens gebyrvedtak 20. desember 2005, som fylkesmannen stadfestet 12. oktober 2006. Lovligheten av det siste gebyret måtte eventuelt tas opp i egen klage.

Fylkesmannens redegjørelse ble oversendt klageren for merknader. I brev hit fremholdt klageren at han ikke kunne se at kommunens og fylkesmannens svarbrev inneholdt noe som endret sakens faktum og at han derfor fastholdt sin klage.

Fylkesmannen opplyste deretter at han ikke hadde ytterligere merknader til saken.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Behandlingen etter plan- og bygningsloven § 30 – gebyrregulativet § 9

Selv om det er et offentlig ansvar å utarbeide planer for arealutnyttelsen, kan også private lage forslag til reguleringsplaner og få disse fremmet til behandling av reguleringsmyndighetene. Plan- og bygningsloven (plbl.) 14. juni 1985 nr. 77 § 30 om «Private forslag om regulering» lyder:

«Grunneiere, rettighetshavere eller andre interesserte som ønsker å la utarbeide reguleringsplan bør før planlegging settes i gang forelegge reguleringsspørsmålet for det faste utvalget for plansaker. Det faste utvalget for plansaker kan gi råd om planen bør utarbeides og kan bistå i planarbeidet.

Når det kommer inn private reguleringsforslag, skal det faste utvalget for plansaker selv snarest mulig og innen 12 uker behandle forslaget. Forslagsstiller og kommunen kan avtale en annen frist. Finner ikke det faste utvalget for plansaker selv grunn til å fremme reguleringsforslag for området, skal forslagsstilleren underrettes ved brev. Omfatter forslaget uregulert område eller innebærer det en vesentlig endring av gjeldende reguleringsplan, kan forslagsstilleren kreve at reguleringsspørsmålet skal forelegges kommunestyret.»

Bestemmelsens første ledd er en regel om *forhåndsforeleggelse* for planutvalget. Utvalget kan gi råd om planen bør utarbeides og kan også bistå i planarbeidet. Slik forhåndskontakt er frivillig, og tanken er at den som vurderer å fremme et privat reguleringsforslag, skal kunne få råd om spørsmål som har betydning for utarbeidelsen, herunder muligheten for å nå frem med forslaget. Forslagsstilleren kan på den

måten redusere risikoen for å kaste bort tid og penger på forslag som uansett ikke vil føre frem.

Annet ledd gjelder private forslag som er utarbeidet og leveres inn til kommunen. Her statuerer loven en *behandlingsplikt* for det faste utvalget for plansaker. Utvalget kan beslutte at det skal settes i gang reguleringsarbeid, eller det kan vedta ikke å fremme reguleringsforslaget.

I saken her behandlet plan- og miljøutvalget det private forslaget til regulering av Jong Vestre 19. august 2004. Kommunen mener at utvalget i møtet av slo å fremme forslaget slik at det ikke skulle legges ut til offentlig ettersyn, jf. plbl. § 30 annet ledd. Klageren er uenig i dette og har vist til at utvalget kom med en rekke råd om tilpasninger av forslaget med sikte på å tilrettelegge for senere politisk godkjenning, jf. plbl. § 30 første ledd. Hvorvidt utvalget av slo å legge forslaget ut til offentlig ettersyn, eller forslaget ble forelagt utvalget for råd og bistand, har betydning fordi gebyrene ifølge kommunens gebyrregulativ § 9 varierer vesentlig ettersom det ene eller andre alternativet legges til grunn. Gebyrsatsene i § 9 bokstav a er inndelt i fem arealklasser. Den første klassen er «for arealer inntil 5000 m<sup>2</sup>», og det skal betales 35M, der «M» betegner et minstegebyr på kr 1800. Gebyrsatsen stiger deretter med arealklasse. Den siste klassen gjelder for arealer over 30 000 m<sup>2</sup>, der det skal betales 80M. Deretter heter det i bokstav d:

«Ved foreleggning av reguleringsspørsmålet for det faste utvalget for plansaker med saksbehandling etter pbl. § 30, skal gebyret for arealer inntil 1000m<sup>2</sup> være 10M og for arealer over 10000m<sup>2</sup> være 20M.»

Kommunen har i forbindelse med undersøkelsen herfra mer utførlig begrunnet standpunktet om at utvalget hadde til behandling et fullstendig forslag til reguleringsplan, og mener at blant annet referater fra to forhåndskonferanser og tiltakshavers beskrivelse av planforslaget dokumenterer dette. Videre har kommunen vist til at klageren hadde engasjert faglig kompetente rådgivere og fremholdt at det derfor ikke var noen grunn til å gå inn på muligheten til å behandle planspørsmålet etter plbl. § 30 første ledd. Også det forhold at klageren fikk sine planer vurdert i forbindelse med arbeidet med revisjon av kommuneplanens arealedel i 2001, underbygger etter kommunens syn at han var så godt informert om rammebetingelsene i kommuneplanen at det ikke skulle være noen grunn til å søke råd hos utvalget slik første ledd åpner for.

Jeg er enig i at det er mest naturlig å se det slik at siktemålet med behandlingen i møtet må ha vært å få en fullstendig behandling av reguleringsforslaget. Alternativet i plbl. § 30 første ledd er ment å komme til anvendelse på et tidligere stadium der forslagene gjennomgående må forutsettes å være nokså uferdi-

ge. Forslaget til reguleringsplan datert 27. mai 2004 fremstår som et endelig forslag, mens rådgivningen etter første ledd skal skje før selve planleggingen settes i gang. Behandlingen i kommunen fremstår som en fullstendig realitetsbehandling. At avgjørelsen er omtalt som et «avslag» underbygger dette, selv om slike formelle forhold ikke vil være avgjørende. Det var uheldig – og en klar saksbehandlingsfeil – at kommunen ikke opplyste om muligheten til å få regulerings spørsmålet forelagt for kommunestyret. Unnlåtelsen kan imidlertid ikke forstås som et uttrykk for at utvalget kun mente å gi råd, og ikke å «avslå» forslaget.

Jeg har etter dette ikke noe å innvende mot at kommunen valgte å beregne gebyret etter regulativets § 9 bokstav a.

## 2. Det reviderte reguleringsforslaget

Revidert reguleringsforslag ble sendt til kommunen i april 2006. Plan- og miljøutvalget vedtok 6. april 2006 å utsette behandlingen av et kommunalt reguleringsforslag for den samme tomte, slik at det kunne behandles parallelt med klagerens forslag. Klageren betalte faktura for nytt reguleringsarbeid i juni 2006 – også denne gangen var gebyret kr 234 000. Plan- og miljøutvalget behandlet forslagene samlet 17. august 2006. Utvalget kom til at klagerens forslag på flere punkter måtte endres før det kunne fattes vedtak om offentlig ettersyn. I møte 8. februar 2007 vedtok utvalget å legge begge forslagene ut til offentlig ettersyn. Klagerens forslag ble deretter «avvist» i møte 29. mai 2007. Kommunens eget forslag ble vedtatt. Vedtaket fikk tilslutning i formannskapet 6. juni 2007 og deretter i kommunestyret 13. juni 2007.

Klageren har anført at han er «blitt fakturert og har betalt gebyr to ganger for samme reguleringsforslag». Han mener at kommunen ikke har «adgang til å kreve fullt gebyr to ganger». Gjenstand for min undersøkelse har vært fylkesmannens vedtak 12. oktober 2006. Den siste gebyrileggelsen var ikke til klagebehandling der. Jeg er enig med fylkesmannen i at lovligheten av det siste gebyret eventuelt må tas opp i en egen klage.

## 3. Bestemmelsene i gebyrregulativet og deres forhold til selvkostprinsippet

3.1. Jeg har de siste årene uttalt meg i flere saker som berører selvkostprinsippet i byggesaker. I en uttalelse inntatt i årsmeldingen for 2006 på side 304, la jeg til grunn at det *kan* være en sammenheng mellom bruksarealet for et bygg og kostnadene ved byggesaksbehandlingen, men at det ikke er noen automatikk i dette. I utgangspunktet vil det derfor være for enkelt å operere med en slik lineær sammenheng mellom omsøkte areal og sakens kompleksitet. Uttalelsen gjaldt gebyrberegningen i en byggesak. Jeg skal komme til-

bake til om tilsvarende synspunkter kan overføres på regulerings saker der gebyrets størrelse avhenger av planens areal.

Uttalelsen i årsmeldingen for 2008 på side 350 gjelder kommunenes plikt til å *dokumentere* at byggesaksgebyrene som følger av regulativet, er i samsvar med selvkostprinsippet. Saken gjaldt nettopp Bærum kommunes gebyrregulativ. Jeg konkluderte med at kommunen ikke i tilstrekkelig grad hadde dokumentert gjennomsnittskostnadene for den aktuelle arealkategorien i forhold til selvkostprinsippet.

3.2. Pbl. § 109 gir kommunene hjemmel til å fastsette gebyrregulativ til dekning av utgifter for behandling av søknader om deling, tillatelse, kontroll, utferdigelse av attest og for andre arbeid som det etter plan- og bygningsloven, forskrift eller vedtak ligger til kommunen å utføre. Behandlingen av private reguleringsforslag er «andre arbeid» som det påhviler kommunen å utføre. Beregningen av gebyret i den enkelte sak skal skje i henhold til det regulativet som er fastsatt.

Ved fastsettelse av gebyrregulativ i medhold av pbl. § 109 har ikke kommunen full frihet med hensyn til valg av gebyrnivå. Det er en forutsetning at gebyrene begrenses til kommunens gjennomsnittlige saksbehandlingskostnader. Selvkostprinsippet er ikke direkte uttalt i loven, men fremgår av lovforarbeidene. I Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) som lå til grunn for endringslov 5. mai 1995 nr. 20, heter det på side 26:

«Departementet vil understreke at selvkost er det som maksimalt kan kreves for behandlingen av de enkelte typer saker. Gebyrene bør stå i forhold til det faktisk utførte arbeid i saksbehandlingen.»

På side 27 uttales det deretter:

«Det vil være rimelig at kommunene kartlegger hvor mye ressurser som kreves til de enkelte delene av arbeidet, helst innenfor de forskjellige sakstyper, og legger gebyrbruken opp etter det. Denne ressursfordelingen bør også fremgå av gebyrregulativene. Departementet antar at det særlig er forholdet til planavklaring som vil kunne være arbeidskrevende, og at det bør tas hensyn til det i regulativet, mens for eksempel (gulv)arealet, som gjerne brukes som utgangspunkt for gebyrberegningen, kan slå mer tilfeldig ut. I alle fall må selvkost være en øvre grense for hvor store gebyrene kan være. Departementet tar sikte på å lage veiledning om typebestemmelse av saker, og dermed et utgangspunkt for gebyrberegningen.»

Dette innebærer at kommunene ikke kan kreve mer enn det faktisk koster å behandle sakene. Det aksepteres likevel at kommunene rubriserer sakene i kategorier og beregner selvkost med utgangspunkt i de gjennomsnittlige kostnadene for den enkelte kategori. Samtidig er det imidlertid stilt krav om at kom-

munen kan dokumentere at satsene i regulativet holder seg innenfor selvkost.

3.3. Selvkostprinsippet er blant annet behandlet i en høyesterettsdom inntatt i Rt. 2004 s. 1603 flg. Saken gjaldt fastsettelse av gebyr for en delingsforretning, men retten la til grunn at de samme synspunktene gjorde seg gjeldende for gebyrfastsettelse etter plan- og bygningsloven. Det synes i dommen forutsatt at selvkostprinsippet ikke bare krever at den enkelte sektor drives uten overskudd, men at selvkost også skal tilstrebes i den enkelte sak.

Førstvoterende konkluderte slik:

«Min konklusjon er etter dette at fastsettelsen av gebyret i kart- og delingssaker skal ta utgangspunkt i de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende arealklasse, slik at man kommer så nær de faktiske utgifter for den enkelte arealklasse som mulig. Kommunene må ha et visst spillerom ved beregningen av disse gjennomsnittskostnadene. Men etter mitt syn går det en grense for hvor store gebyrer en arealklasse kan pålegges uten at kommunen tilsvarende kan dokumentere at de gjennomsnittlige utgiftene for vedkommende arealklasse er tilsvarende store». (Premiss 41.)

3.4. Problemstillingen ble også tatt opp med Kommunal- og regionaldepartementet på generelt grunnlag i saken inntatt i årsmeldingen for 2008 på side 275. Departementet skrev i brev 1. oktober 2007 blant annet:

«I tilfeller hvor det hevdes at kommunens gebyrsatser ikke er fastsatt i henhold til selvkostprinsippet, vil en kunne be kommunen dokumentere at selvkostprinsippet er ivaretatt, f. eks. ved å fremlegge for- og etterkalkyler av grunnlaget for sine gebyrsatser. Det vil ikke være tilstrekkelig å vise til at en gebyrberegning som skjer i samsvar med regulativet oppfyller kravet til selvkost. Hvilke kostnader kommunen kan legge til grunn i beregningen, følger av 'Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester' (H-2140).»

3.5. Bærum kommunes gebyrregulativ § 9 baserer seg delvis på en slik lineær sammenheng mellom planens areal og kostnader som jeg i uttalelsen i årsmeldingen for 2006 på side 304 mente det vil være for enkelt å operere med. Kommunen har i sin redegjørelse i saken bemerket om dette at «en rekke arealformål holdes utenfor gebyrberegningen», og at det i prinsippet er de «arealer som gjennom planen utvikles for en økonomisk utnyttelse som er grunnlaget for beregningen». Etter kommunens mening vil det for reguleringsplaner jevnlig være «noenlunde samsvar mellom arbeidsmengde og planens størrelse». Jo større reguleringsplanen er i arealomfang, desto flere parter involveres, og flere problemstillinger må etter kommunens erfaring vurderes. Kommunen konkluderer

deres således med at «det er noenlunde parallellitet mellom gebyrøkning og økt arbeidsmengde som følge av at planenes areal økes».

Videre har kommunen fremholdt at gebyrprofilen uansett ikke er helt lineær. Således reduseres gebyret fra 35 for de første 5000 m<sup>2</sup> til 15M for de neste 5000m<sup>2</sup>, og deretter til 20M for de neste 10 000 m<sup>2</sup> osv. til man når et tak på 80M. Det samme gjelder den delen av gebyret som faller på innregulert bebyggelses bruksareal. Kommunen mener at denne dempingen og det forhold at gebyret når et tak, tilsier at man ikke står overfor en lineær gebyrprofil.

Kommunens redegjørelse som også fylkesmannen har vist til, er oppklarende, og jeg er enig i at sammenhengen mellom areal og kostnader i regulativets § 9 bare delvis er lineær. Jeg har heller ikke grunnlag for å bestride at gebyrberegningen i reguleringsaker kan skille seg noe ut fra byggesakene ved at det i den førstnevnte gruppen oftere vil være parallellitet mellom areal og arbeidsmengde. Saken her gjør det ikke nødvendig å gå nærmere inn på problemstillingen, idet jeg uansett ikke har grunnlag for å anta at gebyrregulativet på dette punkt har rammet klageren på en lovstridig måte – jf. neste avsnitt.

Kommunen har bekreftet at det foretas etterkalkyler for reguleringsakerne. Kalkylen tar utgangspunkt i 50 % av kostnadene ved å behandle private reguleringsforslag, og det legges til grunn at det bare er første fase av planbehandlingen som kan gebyrfinansieres. Dette må være et riktig utgangspunkt.

Kommunen har videre opplyst at etterkalkylen for 2007 viser en kostnadsdekning på 51,4 %. Kostnadsdekningen tidligere år ble opplyst å ha vært noe mindre. Under henvisning til at det er «såpass god margin» mellom den faktiske kostnadsdekning og den lovlige kostnadsdekning, anså kommunen at gebyret i den enkelte sak ikke overstiger selvkost. Jeg har naturlig nok ikke grunnlag for å overprøve tallmaterialet i kommunens beregninger. Det som har vært sentralt herfra, er å kontrollere om kommunen har foretatt beregninger for å oppfylle Kommunal- og regionaldepartementets krav til dokumentasjon. Jeg kan ikke se annet enn at kommunen har oppfylt dette kravet.

I tillegg til å dokumentere grunnlaget for gebyrsatsene generelt, har kommunen også redegjort for arbeidet med denne konkrete reguleringsakeren. Slik saken er opplyst, synes det utmålte gebyr å være godt begrunnet i planens størrelse og kompleksitet. Jeg har derfor verken på generelt grunnlag eller med utgangspunkt i denne konkrete reguleringsakeren grunn til å anta at det utmålte gebyret oversteg selvkost.

Hvorvidt det var riktig at klageren betalte fullt gebyr for det reviderte planforslaget, må som nevnt eventuelt tas opp som egen sak.»

## 87.

**Bygningsmyndighetenes adgang til å unnlate bruk av sanksjoner mot ulovlig byggetiltak**

(Sak 2008/1561)

*Fylkesmannen i Finnmark stadfestet Karasjok kommunes vedtak om å unnlate å forfølge et ulovlig byggetiltak.*

*Ombudsmannen kom til at fylkesmannen ikke hadde rettslig grunnlag for stadfestelsen, og ba fylkesmannen om å foreta en fornyet vurdering.*

Karasjok kommune, ved planutvalget, ga i 2006 dispensasjon fra arealplanens bestemmelse pkt. 2.1.3 om avstand til elvekanten, jf. plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.) § 7, til å plassere en enebolig 7,5 m fra bakkekanten på Bs (heretter tiltakshaveren) eiendom X. Det ble stilt følgende vilkår for dispensasjonen:

«Ved byggetillatelse settes det som vilkår at mønehøyda ikke får overstige kotehøyde ca. 135 m.o.h., jf. pbl's § 70. Dette for å avgrense tap av sikt for Y ved at planlagt bygg ikke blir å rage for høyt.»

Tilsvarende vilkår om høyde fulgte også av kommunens tidligere vedtak fra 2002, der det ble gitt tillatelse til å bruke eiendommen til boligformål. Byggetillatelse ble gitt i 2006. Kommunen foretok senere kontrollmålinger på byggetomta. Tiltakshaveren ble i oktober 2006 varslet om mulig pålegg etter pbl. § 113, på bakgrunn av at bygget syntes å ligge feil plassert og bli for høyt i forhold til hva det var gitt tillatelse til.

I svarbrev til kommunen skrev tiltakshaverens advokat at de påpekte forhold var «av bagatellmessig art». Det ble anført at vilkåret om høyde «i utgangspunktet ikke var helt rimelig», og at han håpet tiltakshaveren kunne komme frem til en løsning med A, eieren av naboeiendommen Y. Dersom kommunen skulle velge ikke å bruke sin kompetanse etter pbl. § 116 b annet ledd, ba advokaten om «at det gis dispensasjoner, jf. pbl. § 7».

Kommunen ga i november 2006 pålegg om stans av byggearbeidene, under henvisning blant annet til at byggets mønehøyde etter innmåling av grunnmurshøyde og måling på byggetegningene ville bli på 136,52 moh., og dermed 1,5 meter for høyt. I brev samme måned fra tiltakshaverens advokat ble det vist til at tiltakshaveren ikke hadde kommet frem til en løsning med A. Det ble anført at huset måtte bygges med flatt tak dersom vilkåret om høyde skulle følges, og at endringer ville medføre store kostnader. På denne bakgrunn ba advokaten om «at vilkåret om maksimal høyde på ca. 135 moh. oppheves».

Planutvalget behandlet i desember 2006 henvendelsen, og vedtok at søknad om «dispensasjon etter

plan- og bygningslovens § 7 for oppheving av vilkåret om maks mønehøyde ca. 135 m.o.h. avslås». I innstillingen het det at planutvalget «bør avslå å oppheve vilkåret på ca. mønehøyde 135 m.o.h. fordi vilkåret ble gitt for å begrense tap av utsikt for Y», og at utvalget som et kompromiss bør kreve at «mønehøyden senkes til maks +135,6 m.o.h.» med en takvinkel på 18 grader. Planutvalget begrunnet avslaget slik:

«Vilkår gitt i dispensasjon av 16. mai 06 er brutt og ble gitt for å avgrense tap av utsikt for eiendommen [Y]. Bygget med påmonterte takstoler er pr. i dag blitt nær 2 meter høyere enn godkjent høyde på ca. 135 moh. Oppsatte takstoler er ikke i hht. byggetillatelsen som er W-takstol, endret av ansvarlig søker p.g.a. sikkerhet mot snølast. Takstolene er blitt løftet 43 cm med staver på sidene og konstruert for loft med hanebjelker. I tillegg er grunnen i området fylt opp en del fordi det var en grop på tomta. Alt dette har til sammen ført til at bygget er blitt for høyt, uten å ta tilstrekkelig hensyn til nabotomta Y.»

Tiltakshaveren klaget over vedtaket, og planutvalget opprettholdt dette på møte i januar 2007. I administrasjonens redegjørelse het det at «løsningen [er] fortsatt som tidligere, å ta ned takstolene, bygge dem om til takvinkel 18 grader og sette dem opp igjen», og at dette «er et arbeid som ikke er for stort og som kan forsvares med hensyn til naboene og innkomne protester».

Saken ble oversendt Fylkesmannen i Finnmark, som i brev til kommunen skrev at det «[er] ikke adgang til å behandle søknad om lemping av vilkår etter reglene om dispensasjon» og at tiltakshavers søknad om opphevelse av vilkåret om høyde skulle vært behandlet «etter reglene om omgjøring uten klage i fvl. § 35». Saken ble sendt tilbake til kommunen for vurdering etter forvaltningsloven § 35, samtidig som fylkesmannen presiserte at dette ikke var å anse som en opphevelse av kommunens beslutning.

Tiltakshaveren ba deretter kommunen om å godkjenne en takvinkel på 28 grader og «en mønehøyde med en kote på 136,52 moh.». Planutvalget behandlet saken på nytt i møte 3. april 2007. Med hjemmel i forvaltningsloven § 35 fant planutvalget det «ikke ... forsvarlig å oppheve vilkåret om at mønehøyda ikke får overstige kotehøyde ca. 135 m.o.h. i gitt dispensasjon av 16. mai 2006». Saken ble deretter tatt opp som tilleggssak på planutvalgets møte 17. april 2007, ved Senterpartiets vararepresentant. Det ble fattet følgende vedtak:

«Vedtatt byggestopp oppheves og bygget kan oppføres slik det pr. i dag fremstår.»

Planutvalget begrunnet vedtaket blant annet med at tomta ikke var fylt opp mer enn det som var «absolutt nødvendig for å sikre fall fra vegg», og at ringmuren måtte ha en høyde «på ca. +131,1». Ifølge planutvalget viste byggesøknaden «et snitt som helt

innlysene vil føre til stort varmetap og tilsvarende fukt og frostskafer i overgang tak/vegg». Det syntes imidlertid «klart at overgurt er hevet mer enn det som anses som absolutt nødvendig», og at takstolene «hever derfor bygget unødig med ca. 200 mm». Ifølge kommunen måtte dette «'brudd' på gitt byggetillatelse anses ... som mindre vesentlig og skal ikke vektlegges». Det ble videre vist til plbl. § 70 og rundskriv H-18/90, og uttalt at «hensynet til tiltakshavers ønske [skal] vektlegges tyngst når man vurderer tiltakshavers interesse i å få utført tiltaket mot de ulemper naboeiendommen påføres», og at tapet av utsikt ikke ble vurdert til å «medføre at klager blir påført økt ulempe i særlig grad».

A påklaget vedtaket. Det ble blant annet anført at saken var ferdigbehandlet i kommunen, samt at Senterpartiets vararepresentant var inhabil. Planutvalget tok ikke klagen til følge, og fastholdt vedtaket 17. april 2007. Rådmannen hadde i sin vurdering anbefalt at klagen ble tatt til følge, og viste til at det er «den prosjekterendes ansvar å planlegge bygningen slik at den tilfredsstiller minstekravene i plan- og bygningsloven», samt at «utsiktstapet ble av Planutvalget avgjort i mai 2006 da dispensasjonen ble behandlet og gitt med vilkår». Rådmannen foreslo å godkjenne en mønehøyde på 135,6 moh., da dette syntes å være akseptert av A. Arbeidet med takstolene ville etter rådmannens oppfatning ta en til to uker.

I brev til tiltakshaveren viste kommunen til at byggestoppen var opphevet, og at «[i]nntil Fylkesmannen i Finnmark har foretatt kontroll av saken og endelig behandling, utføres videre arbeid med bygget på tiltakshavers egen risiko».

Fylkesmannen var i august 2007 på befaringsreise. I vedtak 27. august 2007 opphevet fylkesmannen kommunens vedtak 17. april 2007, og hjemviste saken til ny behandling. I vedtaket la fylkesmannen til grunn at ansvaret for tekniske forhold påhviler byggherren. Fylkesmannen viste videre til plbl. § 70 og rundskriv H-18/90, og stilte spørsmål om «den høyde planutvalget fastsatte var til betydelig ulempe». Det ble uttalt at Bs hus «dekker store deler av As utsikt til elven», og at fylkesmannen «ikke uten videre [kunne] tiltre planutvalgets vurdering». Kommunen hadde etter fylkesmannens syn «fraveket de relevante hensyn til byggherrens nabo som ble nedfelt i den opprinnelige byggetillatelse». Det ble også vist til at kommunen hadde omgjort det opprinnelige vedtaket «med en teknisk begrunnelse som under enhver omstendighet skulle vært tatt i betraktning fra byggherre eller dennes medhjelpere før søknad forelå». Fylkesmannen kom til at vedtaket måtte «anses ugyldig da det ikke oppfyller kravene til begrunnelse, jf. forvaltningsloven §§ 24 og 25».

I planutvalgets møte 2. oktober 2007 ble det fattet følgende vedtak:

«Planutvalget må i prinsippet følge arealplanen. Spesielt gjelder dette i bygda hvor dispensasjoner kan påføre kommunen unødig store ekstra kostnader. Når det gjelder denne saken, er det beklagelig at Planutvalget har kommet skjevt ut. Vedtaket om å stoppe Bs bygging, skulle selvfølgelig ha stått ved lag, slik arealplanen også forutsa, men slik saken står i dag, vil vi ta hensyn til samfunnsmessige og mellommenneskelige forhold. Klage fra naboeie A avvises. ... Byggeprosjektet godkjennes og fullføres.»

A påklaget vedtaket, og anførte at planutvalget hadde lagt vekt på hensyn som ikke var relevante i saken. Klagen ble ikke tatt til følge på planutvalgets møte 18. desember 2007.

Fylkesmannen ba kommunen om en vurdering av kostnadene for tiltakshaveren i forhold til en eventuell tilbakeføring av bygget i samsvar med byggetillatelsen. I rapport ble kostnadene satt til kr 513 078. Fylkesmannen stadfestet 5. juni 2008 kommunens vedtak 2. oktober 2007 med blant annet følgende begrunnelse:

«Etter Fylkesmannens vurdering er plasseringen av, og høyden på Bs hus, uheldig i forhold til omgivelsene. Bygget er ført opp på en smal tomt mellom skråningen ned mot elven og adkomstveien til den øvrige bebyggelse i området. I tillegg er tomten fylt opp med masse og forhøyet, slik at huset dominerer nærmiljøet. ...

Etter Fylkesmannens vurdering er byggets høyde svært nær en betydelig ulempe for særlig en klager. ...

Saken blir dermed å avgjøre på bakgrunn av en avveining mellom hensynet til utbygger og en av klagerne – [A]. Om bygget blir stående fører dette til en konstatert reduksjon av klagers utsikt, og en potensiell verdireduksjon for tomtens vedkommende. Blir bygget krevet endret i samsvar med opprinnelig tillatelse, medfører dette en vesentlig, og umiddelbar kostnad for B. ...

Etter Fylkesmannens vurdering er den fremgangsmåte utbygger har valgt i saken kritikkverdigg. Utbygger tok ikke hensyn til den opprinnelige byggetillatelse, og det oppførte bygg er således høyere enn tillatelsen gav anledning til. ...

Den plan- og bygningsmessige vurdering taler etter dette for å kreve bygget bragt i samsvar med opprinnelig byggetillatelse. Det er liten tvil om at de handlinger tiltakshaver er ansvarlig for, isolert er tilstrekkelig for å kreve dette. Fylkesmannen er likevel kommet til at et vedtak om å bringe det oppførte bygg i samsvar med den opprinnelige byggetillatelse, vil være uforholdsmessig tyngende økonomisk for B. Denne vurdering styrkes også av at en senking av mønehøyde med 280 millimeter til en kostnad på kr 513 078 utgjør lite i praksis. I realiteten fører dette til at spørsmålet i saken reelt sett er om bygget skal fjernes eller ikke. En fjerning av bygget vil medføre ekstra kostnader for B av en slik art at det vil være sterkt urimelig å kreve en slik kostnad erlagt, og Fylkesmannen finner således at hensynet til B må veie tyngre enn hensynet til nabo.

Denne konklusjon styrkes ytterligere av at de signaler [B] har fått fra kommunen, jf. de vedtak planutvalget har gjort, i stor grad ikke har gitt tilstrekkelig oppfordring til å stoppe byggevirk-somheten. Etter Fylkesmannens vurdering har kommunens oppreden gitt et inntrykk av at saken i realiteten var bragt i orden.

Etter Fylkesmannens syn er den minst uheldige løsning å stadfeste planutvalgets vedtak 18. desember 2007. Den økonomiske belastning et krav om tilbakeføring vil forårsake for utbygger, sett i forhold til den begrensede senking av mønehøyde, eventuelt en fjerning av bygget, må således, etter sterk tvil, anses å veie tyngst. Fylkesmannen har etter dette lagt størst vekt på de menneskelige hensyn i saken.

Fylkesmannen finner derfor ikke å ta klagen til følge.

Fylkesmannen finner avslutningsvis grunn til å beklage det faste utvalg for plansakers håndtering av saken, særlig gjelder dette møtet 17. april 2007, der planutvalget på en svært uheldig måte omgjorde sitt to uker gamle vedtak. ...»

A brakte saken inn for ombudsmannen. Det ble blant annet påpekt at dersom tiltakshaveren hadde stanset byggingen til saken var ferdigbehandlet hos fylkesmannen, så ville utgiftene ved en eventuell tilbakeføring blitt lavere. A (heretter klageren) kom i et nytt brev med ytterligere opplysninger. Klageren viste blant annet til at tiltakshaverens hus var 1,52 meter for høyt, og at mellommenneskelige hensyn «ikke er et godt nok argument i denne saken».

Det ble funnet grunn til å undersøke nærmere fylkesmannens vedtak 5. juni 2008. I brev herfra ble fylkesmannen bedt om å redegjøre for om planutvalget hadde adgang til å fatte vedtaket 17. april 2007, herunder en vurdering av forvaltningsloven (fvl.) § 35 første ledd bokstav a, samt for hvilket vedtak kommunen omgjorde. Det ble også bedt om en redegjørelse for hva den rettslige situasjonen var etter fylkesmannens vedtak 27. august 2007, herunder hvilke(t) gyldig(e) vedtak som forelå.

Ombudsmannen ba videre om fylkesmannens syn på hvilket rettslig grunnlag kommunen hadde for vedtaket 2. oktober 2007, og om det ut fra dette var relevant å legge vekt på «samfunnsmessige og mellommenneskelige forhold». Det ble også bedt om en redegjørelse for det rettslige utgangspunktet i fylkesmannens vedtak 5. juni 2008. Dersom fylkesmannen la til grunn at kommunen hadde adgang til å endre/omgjøre vilkåret om mønehøyde, og i vedtaket 5. juni 2008 mente å foreta en ny vurdering av høyden på huset etter pbl. § 70, var det da relevant å legge vekt på «hensynet til sakens avgjørelse», at retting ville være «uforholdsmessig tyngende økonomisk» for tiltakshaveren, samt «menneskelige hensyn»? Dersom fylkesmannen i vedtaket mente å foreta en vurdering etter pbl. § 116 b, ble det bedt opplyst om fylkesmannen la til grunn at bygget var ulovlig oppført fordi vilkåret om høyde ikke var fulgt, om fylke-

mannen i så fall var av den oppfatning at høyden på huset var til «betydelig ulempe» for klageren, jf. rundskriv H-18/90, samt om fylkesmannen hadde vurdert hvorvidt overtredelsen var «bagatellmessig», jf. pbl. § 116 b annet ledd. Det ble også stilt spørsmål om hvordan konklusjonen i vedtaket 5. juni 2008 harmonerte med pbl. § 10-1 første ledd om kommunens tilsynsplikt. Det ble avslutningsvis bedt opplyst hvilken mønehøyde fylkesmannen hadde lagt til grunn at det oppførte bygg hadde.

Fylkesmannen svarte i brev 24. november 2008 at planutvalgets vedtak 17. april 2007 ble opphevet grunnet utilstrekkelig begrunnelse, og at det ikke ble vurdert «om planutvalget hadde rettslig grunnlag for å omgjøre sitt vedtak ... jf. forvaltningsloven (fvl.) § 35 første ledd bokstav a». Fylkesmannen skrev videre at det var kommunens vedtak 17. april 2007 som ble opphevet 27. august 2007, og at «[e]tter opphevelsen gjaldt vedtaket om dispensasjon med de gitte vilkår kommunen vedtok 16. mai 2006». Fylkesmannen uttalte deretter blant annet:

«Den 2. oktober 2007 vurderte Karasjok kommune nok en gang en lemping av vilkåret om høyde - et vilkår som ble satt 16. mai 2006. Det rettslige grunnlaget ble av Fylkesmannen tolket til å være regelen om omgjøring. Om det var rettslig grunnlag for det etter fvl. § 35 første ledd bokstav a, må avgjøres etter en tolkning av bestemmelsens ordlyd. Fylkesmannen tolket ordlyden slik at det rettslige grunnlag for omgjøring var til stede. Fylkesmannen vurderte høyden i vedtaket 5. juni 2008. ... Fylkesmannen konkluderer her med at bygget er for høyt, og at det etter plan- og bygningsloven er grunnlag for å kreve det fjernet. Fylkesmannen har således ansett bygget for å være ulovlig oppført. Etter dette har Fylkesmannen vurdert om det ulovlige tiltaket skal følges opp med reaksjoner, jf. nedenfor.

Fylkesmannen er videre klar over kommunens tilsynsrolle etter pbl. § 10-1 ... Forarbeidene viser til det man i strafferetten betegner som 'opportunitetsprinsippet' noe som betyr at det er opp til myndighetenes skjønn hvorvidt en overtredelse skal ilegges en sanksjon etter at det er konstatert at vilkårene er tilstede. Skjønnet er ikke helt fritt, da det følger av pbl. § 10-1 at kommunen har en plikt til å forfølge ulovlige forhold. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2002 s. 209 viser at Plan- og bygningsmyndighetene har en klar, men ikke ubetinget plikt til å reagere med sanksjoner ved overtredelse av regelverket tilknyttet plan- og bygningsloven, jf. Ot.prp. nr. 39 (1993-1994). Utsagnet er riktignok uttalt av dissenterende dommer, men høyesterettsavgjørelsen, må etter Fylkesmannens vurdering, tolkes slik at pbl. § 116b ikke begrenser plan- og bygningsmyndighetenes alminnelige plikt til å foreta en rimelighetsvurdering utover de bagatellmessige forhold, jf. flertallets uttalelse.

---  
Fylkesmannen tolker dette slik at pbl § 116b annet ledd ikke begrenser domstolenes prøvelsesrett innenfor myndighetsmisbrukslæren. Mot-

setningsvis antar Fylkesmannen at bestemmelsen heller ikke oppad begrenser hvilke ulovligheter plan- og bygningsmyndighetene kan avstå fra å forfølge ved sanksjoner. Høyesterett viser til at plan- og bygningsmyndighetene ikke har noen ubetinget plikt til å reagere med sanksjoner på overtredelser av fastsatte bestemmelser. Kommunen har, slik Fylkesmannen forstod saken, før man ev. igangsatte ulovlighetsoppfølging, vurdert om riving/retting blir et uforholdsmessig inngrep, jf. ordlyden 'samfunnsmessige og mellommenneskelige forhold'. Denne situasjonen omfattes ikke av § 116b, så langt Fylkesmannen kan se, jf. ovenfor. Etter dette gjorde Fylkesmannen et stadfestingsvedtak 5. juni 2008, og dette vedtaket er likeledes gjort etter en forholdsmessighetsvurdering, jf. fremstillingen ovenfor. Da Fylkesmannen ble kjent med saken var huset til tiltakshaver allerede lukket. Det var derfor ikke unaturlig å vurdere forholdsmessighet i vedtaket.

Spørsmålet Fylkesmannen tar stilling til her er hvor meget byggets høyde kan reduseres - ikke om det er 280 millimeter, eller 152 cm for høyt. Med bakgrunn i de dokumenter Fylkesmannen har hatt tilgang til, er mønehøyden 136,4 moh - 140 cm over den i tillatelsen angitte høyde på 135 moh.»

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«1. Kommunens vedtak 17. april 2007 og fylkesmannens vedtak 27. august 2007

Det skal først knyttes noen merknader til kommunens vedtak 17. april 2007 og fylkesmannens vedtak 27. august 2007.

Kommunen vedtok 17. april 2007 at «bygget kan oppføres slik det pr. i dag fremstår». Det står i vedtaket at «overgurt er hevet mer enn det som anses som absolutt nødvendig», men at dette «'brudd' på gitt byggetillatelse anses ... som mindre vesentlig og skal ikke vektlegges». Dette kan tyde på at kommunen vurderte bygget som ulovlig, og at vurderingstemaet var hvorvidt denne ulovligheten kunne aksepteres. Det ble imidlertid ikke gjort rede for hvilket rettslig grunnlag som i så fall ga grunnlag for denne aksepten. Kommunen vurderte imidlertid også bygningens høyde etter plbl. § 70, og konkluderte med at klagerens tap av utsikt ikke medførte «økt ulempe i særlig grad». Kommunens formuleringer kan tyde på at byggets høyde ble ansett som lovlig etter en omgjøring av dispensasjonsvedtaket 16. mai 2006 jf. fvl. § 35.

Når forvaltningen ikke på en tydelig måte gjør rede for hva som er vedtakets rettslige utgangspunkt og vurderingstema, kan det – som i denne saken – føre til uklarheter både i forhold til innholdet av vedtaket, og dermed også dets gyldighet. Fylkesmannen burde ha vurdert og ryddet opp i uklarhetene i vedtaket 27. august 2007. Da fylkesmannen kom til at kommunens vedtak 17. april 2007 måtte oppheves på grunn av utilstrekkelig begrunnelse, finner jeg imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

2. Kommunens vedtak 2. oktober 2007 og fylkesmannens vedtak 5. juni 2008:

#### 2.1 Ulovlig tiltak

Det må først tas stilling til hva som ble vedtatt på planutvalgets møte 2. oktober 2007.

Fylkesmannen la i svarbrevet 24. november 2008 til grunn at planutvalget 2. oktober 2007 «nok en gang [vurderte] en lemping av vilkåret om høyde», og at det rettslige grunnlaget for omgjøring etter fvl. § 35 første ledd bokstav a «var til stede». Jeg har en annen oppfatning av kommunens vedtak 2. oktober 2007. Det står i vedtaket at «det [er] beklagelig at Planutvalget har kommet skjevt ut» og at vedtaket om å stoppe tiltakshavers bygging «skulle selvfølgelig ha stått ved lag». Ut fra ordlyden var kommunen her av den oppfatning at tiltaket var ulovlig. Kommunen skrev videre at «slik saken står i dag, vil vi ta hensyn til samfunnsmessige og mellommenneskelige forhold». Jeg forstår kommunen slik at det ut fra disse hensynene ble tatt en avgjørelse om at ulovligheten ikke skulle følges opp, og at det ikke ble fattet et vedtak om omgjøring av dispensasjonsvilkåret om høyde. Fylkesmannen la da i brevet 24. november 2008 hit også til grunn at byggets høyde var ulovlig, og at det som ble vurdert i vedtaket 5. juni 2008 ikke var spørsmålet om omgjøring, men «om det ulovlige tiltaket skal følges opp med reaksjoner».

Jeg legger fylkesmannens oppfatning om at bygningen var ulovlig, samt at spørsmålet var om ulovligheten skulle følges opp med sanksjoner, til grunn for min videre vurdering av saken.

#### 2.2 Adgangen til å unnlate bruk av sanksjoner mot ulovlig tiltak

Fylkesmannen stadfestet 5. juni 2008 kommunens vedtak 2. oktober 2007. Saken ble avgjort «på bakgrunn av en avveining mellom hensynet til utbygger og én av klagerne – A», der fylkesmannen kom til at «den økonomiske belastning» for tiltakshaveren måtte anses å veie tyngst. Det ble lagt «størst vekt på de menneskelige hensyn i saken». Fylkesmannen synes med andre ord å ha basert unnlatsen av å forfølge ulovligheten på en avveining av interesser, der fylkesmannens resultat ble det mest «menneskelige». Kommunen begrunnet unnlatsen på en tilsvarende måte i vedtaket 2. oktober 2007, ved å vise til «samfunnsmessige og mellommenneskelige forhold». Spørsmålet blir om kommunen og fylkesmannen hadde rettslig adgang til å unnlate å bruke sanksjoner mot det ulovlige byggetiltaket.

Kommunen skal etter plbl. § 10-1 første ledd «føre tilsyn med at plan- og bygningslovgivningen holdes», og har etter dette som hovedregel plikt til å gripe inn overfor ulovlige forhold. Denne rettsoppfatningen har ombudsmannen også tidligere lagt til grunn, se særlig uttalelsene inntatt i ombudsmannens

årsmelding for 2003 s. 301 og årsmeldingen for 2008 s. 355 og s. 357. Det fremgår av lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 39 (1993-94) s. 209, og Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-3/01 at kommuner som klar hovedregel har plikt til å forfølge ulovlige forhold etter plan- og bygningslovgivningen, og dette er også lagt til grunn i Odd Jarl Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, (Oslo 2000), s. 659.

Fylkesmannen skrev i svarbrevet at han «var klar over kommunens tilsynsrolle etter plbl. § 10-1», men uttalte samtidig at det etter forarbeidenes henvisning til opportunitetsprinsippet «er opp til myndighetenes skjønn hvorvidt en overtredelse skal ilegges en sanksjon etter at det er konstatert at vilkårene er tilstede». Det ble deretter vist til Høyesteretts avgjørelse, inntatt i Rt. 2002 s. 209, der mindretallet uttalte at «[p]lan- og bygningsmyndighetene har en klar, men ikke ubetinget plikt til å reagere med sanksjoner over overtredelse av regelverket tilknyttet plan- og bygningsloven, jf. Ot.prp. nr. 9 (1993-1994) side 175 annen spalte og side 209 annen spalte». Fylkesmannen la til grunn at «pbl. § 116 b ikke begrenser plan- og bygningsmyndighetenes alminnelige plikt til å foreta en rimelighetsvurdering utover de bagatellmessige forhold».

Jeg har ikke innvendinger mot fylkesmannens rettslige utgangspunkt om at plan- og bygningsmyndighetenes plikt til å forfølge ulovligheter ikke er ubetinget. Under visse forutsetninger kan plan- og bygningsmyndighetene unnlate å sanksjonere. En slik avgjørelse kan for det første treffes på grunnlag av vedtak om dispensasjon i henhold til plbl. § 7. Hvorvidt det foreligger «særlige grunner» for dispensasjon etter denne bestemmelsen, må bero på en konkret vurdering i den enkelte sak. Plbl. § 116 b annet ledd åpner videre for at bygningsmyndighetene helt kan avstå fra å forfølge ulovligheten dersom overtredelsen er av «bagatellmessig betydning». Sentrale momenter i vurderingen av om en overtredelse er bagatellmessig, vil være overtredelsens art og omfang.

Fylkesmannen synes å mene at plan- og bygningsmyndighetene også har en tredje mulighet til å avstå fra å forfølge en ulovlighet, på grunnlag av en konkret rimelighetsvurdering eller interesseavveining. I svarbrevet 24. november 2008 viste fylkesmannen blant annet til Ot.prp. nr. 39 (1993-94) s. 175, der det står:

«Det bør ikke være noen ubetinget plikt til å forfølge overtredelse. I strafferetten har man det såkalte opportunitetsprinsipp, dvs. at påtalemyndighetene vurderer hvorvidt en overtredelse skal lede til straffeforfølgning eller henleggelse. En tilsvarende ordning foreslås nå innført i plan- og bygningsloven, i § 116 b, for plikten til å reagere med pålegg eller forelegg.»

Det står videre i Ot.prp. nr. 39 (1993-94) på s. 179, i tilknytning til plbl. § 113 og § 114, at dersom «overtredelsen [er] av mindre betydning og en eventuell retting vil medføre store merkostnader for den ansvarlige, vil et slikt pålegg ofte måtte ses på som en for streng reaksjon». Departementet mente at det i slike tilfeller ofte vil «være vanskelig å finne noen passende sanksjon». På s. 180 uttalte departementet at de med dette ville «peke på problemet, men har i denne omgang ikke foreslått noen konkret løsning av det», og er «overtredelsen av bagatellmessig karakter, må det likevel være adgang for myndighetene til å unnlate å gi pålegg eller forelegg, slik det foreslås i § 116 b.»

Henvisningen i Ot.prp. nr. 39 (1993-94) s. 175 til opportunitetsprinsippet må forstås i tilknytning til forslaget om å innføre en adgang til å unnlate å forfølge overtredelser av bagatellmessig betydning. Denne adgangen ble tatt inn i plbl. § 116 b annet ledd ved lov 5. mai 1995 nr. 20. Spørsmålet om det foreligger en skjønnsmessig adgang til å unnlate bruk av sanksjoner (et opportunitetsprinsipp), utover de tilfeller der overtredelsen er av bagatellmessig betydning, ble berørt i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 301. Jeg konkluderte da med at verken loven eller forarbeidene tok endelig stilling til spørsmålet. Dette ble fastholdt i uttalelsen inntatt i årsmeldingen 2008 s. 355, der jeg uttalte at hovedregelen derfor må være at kommunen må forholde seg til de to andre alternative grunnlagene for å unnlate å forfølge en ulovlighet. Jeg kan heller ikke se at Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 2002 s. 209 tok stilling til dette spørsmålet. Saken gjaldt gyldigheten av et forelegg etter plbl. § 114 og underliggende pålegg om riving etter plbl. § 113, og Høyesterett kom etter en vurdering etter de generelle prinsipper om domstolsprøving til at forelegget ikke var av et slikt urimelig innhold at det burde kjennes ugyldig. Foreliggende sak gjelder spørsmålet om plan- og bygningsmyndighetene hadde adgang til å unnlate å forfølge det ulovlige tiltaket ved å vedta pålegg etter plbl. § 113.

Hovedregelen om at plan- og bygningsmyndighetene har plikt til å gripe inn overfor ulovlige forhold skal sikre at kommunene følger plan- og bygningsloven. Skulle det åpnes for en skjønnsmessig adgang, en tredje mulighet, til å unnlate bruk av sanksjoner utover de tilfeller der overtredelsen er av bagatellmessig betydning, vil det kunne føre til en svekkelse av forvaltningens oppfølging av ulovligheter i tråd med hovedregelen. En slik skjønnsmessig adgang uten et klart lovgrunnlag vil også kunne lede til en tilfeldig praksis i forhold til hvilke ulovligheter kommunene finner grunn til å forfølge.

I den nye plan- og bygningsloven (byggesaksdelen trer tidligst i kraft 1. januar 2010), heter det i § 32-1 første ledd at «[k]ommunen skal forfølge overtred-



dels av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven». Av Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) fremgår det på s. 164 at forslaget om å lovfeste en eksplisitt plikt for kommunen til å forfølge ulovligheter skulle «synliggjøre et særskilt ansvar for å forfølge ulovligheter og sikre at plan- og bygningsmyndighetene prioriterer ulovlighetsoppfølging». Også etter den nye loven gjøres det imidlertid unntak fra hovedregelen. Etter § 32-1 annet ledd kan kommunen avstå fra å forfølge overtredelser av «mindre betydning». Departementet skriver i Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 352 som merknad til bestemmelsen at «begrepet 'mindre' innebærer et noe større spillerom for kommunen med hensyn til å velge hvilke ulovligheter som skal følges opp», i forhold til begrepet «bagatellmessig» som var Bygningslovutvalgets forslag i NOU 2005:12. Departementet skriver videre at av § 32-1 annet ledd «følger *den eneste adgang* plan- og bygningsmyndighetene har til å unnlate å forfølge ulovligheter» [min kursivering]. Lovgiver synes med andre ord å stenge for at kommuner skal kunne unnlate å forfølge en ulovlighet utover det den nye lovens § 32-1 annet ledd åpner for.

På bakgrunn av hensynet til å sikre at plan- og bygningsloven følges, samt at lovgiver i den nye loven synes å ha tatt standpunkt til spørsmålet, har jeg kommet til at det *ikke* foreligger en skjønsmessig adgang, en tredje mulighet, til å unnlate bruk av sanksjoner utover de tilfeller der overtredelsen er av bagatellmessig betydning, jf. plbl. § 116 b annet ledd. Jeg er med andre ord uenig med fylkesmannen når han i svarbrevet 24. november 2008 uttaler at plbl. § 116 b annet ledd «ikke begrenser plan- og bygningsmyndighetenes alminnelige plikt til å foreta en rimelighetsvurdering utover de bagatellmessige forhold».

Jeg har derfor kommet til at fylkesmannen ikke hadde rettslig grunnlag i vedtaket 5. juni 2008 til å stadfeste kommunens vedtak 2. oktober 2007 om å unnlate å følge opp det ulovlige bygget. En unnlattelse av å følge opp et ulovlig tiltak kan ikke hjemles i en «avveining» mellom hensynet til tiltakshaveren og klageren, der «menneskelige hensyn» ilegges størst vekt, slik fylkesmannen gjorde i vedtaket 5. juni 2008. Jeg kan heller ikke se at kommunen hadde rettslig grunnlag for sitt vedtak 2. oktober 2007, da unnlattelsen der synes hjemlet i en vurdering av hensyn til «samfunnsmessige og mellommenneskelige forhold».

Når forvaltningen har gått utenfor det den materielt sett har adgang til, foreligger det normalt en feil som fører til at vedtaket blir ugyldig. Dette gjelder selv om ugyldigheten er til ugunst for den vedtaket retter seg mot, her tiltakshaveren.

### 2.3 Nærmere om vurderingen etter plbl. § 116 b

Etter plbl. § 116 b første ledd skal en sanksjon fra plan- og bygningsmyndighetene «stå i rimelig forhold til ulovligheten». Som jeg tidligere har uttalt i sak inntatt i årsmeldingen for 2003 s. 301, legger § 116 b første ledd føringer på hvordan sanksjoner skal anvendes, men den er *ikke* i seg selv et hjemmelsgrunnlag for verken å anvende eller å unnlate å anvende sanksjoner. Bestemmelsen skal imidlertid sikre at de sanksjonene som forvaltningen ilegger står i et rimelig forhold til ulovligheten og ikke overlapper hverandre på en urimelig måte. Det oppstilles med andre ord et krav om forholdsmessighet mellom sanksjonen og ulovligheten. Etter Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) s. 210 kan det i vurderingen av hva som er en rimelig sanksjon tas hensyn til «graden av eventuell uaktsomhet fra overtreders side, samt grovheten og mulige fordeler av overtredelsen», og blant annet «hvor viktig det er at pålegget overholdes, om vedkommende tidligere har unnlatt å etterkomme gitte pålegg, samt hensynet til å skape respekt for lovverket». Selv om kommunens og fylkesmannens vurdering av «mellommenneskelige forhold» og «menneskelige hensyn» ikke kan være hjemmelsgrunnlag for å unnlate å forfølge ulovligheten, antar jeg at disse hensynene indirekte kan tas i betraktning i vurderingen av sanksjonenes rimelighet/forholdsmessighet.

Det kan nok tenkes situasjoner der forvaltningen ikke har hjemmelsgrunnlag for å unnlate å forfølge en ulovlighet, men den eneste mulige sanksjonen som vil kunne bringe ulovligheten til opphør er en sterkt urimelig eller uforholdsmessig sanksjon etter plbl. § 116 b første ledd. Ut fra hovedregelen om at ulovlige tiltak skal forfølges, skal det likevel mye til for at en slik situasjon oppstår. Så lenge et ulovlig forhold ikke er av «bagatellmessig betydning», jf. plbl. § 116 b annet ledd, må tiltakshaver tåle betydelig ulempe, herunder økonomisk tap, før en sanksjon kan anses for å være i strid med plbl. § 116 b første ledd. En annen oppfatning kan føre til en svekkelse av hovedregelen om at plan- og bygningsmyndighetene har en plikt til å forfølge ulovlige forhold.

### 3. Avsluttende kommentar

Etter en gjennomgang av saken har jeg kommet til at det må rettes kritikk mot fylkesmannens vedtak 5. juni 2008, jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10. Jeg må derfor be fylkesmannen om å vurdere saken på nytt.

Fylkesmannen må vurdere om både kommunens vedtak 2. oktober 2007 og fylkesmannens eget vedtak 5. juni 2008 er ugyldige, jf. mine merknader i pkt. 2.2. Dersom fylkesmannen kommer til at vedtakene er ugyldige, må det deretter foretas en helhetlig vurdering av om vedtakene bør omgjøres etter fvl. § 35

første ledd bokstav c, jf. «kan» i første og annet ledd. Jeg har med uttalelsen ikke ment å gi uttrykk for noen mening om hva utfallet av denne vurderingen bør bli.

Dersom fylkesmannen kommer til at både kommunens vedtak 2. oktober 2007 og eget vedtak 5. juni 2008 er ugyldige, blir situasjonen den at fylkesmannens vedtak 27. august 2007 – der kommunens vedtak 17. april 2007 ble opphevet – er det siste vedtaket i saken. Det betyr at kommunen på nytt må vurdere tiltakshaverens søknad 20. mars 2007 om omgjøring/ending av høydevilkåret i dispensasjonsvedtaket 16. mai 2006. Jeg antar at søknaden i så fall må vurderes som en omgjøringsbegjæring etter fvl. § 35, slik også fylkesmannen la til grunn i brev 8. mars 2007 til kommunen.

Skulle kommunen fastholde at byggetiltaket er ulovlig, må fylkesmannen påse at kommunen foretar en vurdering av om det ulovlige tiltaket er en overtredelse av «bagatellmessig betydning», jf. plbl. § 116 b annet ledd. Dersom kommunen ikke finner overtredelse bagatellmessig, må det foretas en vurdering av mulige sanksjoner mot det ulovlige tiltaket, herunder en vurdering av sanksjonenes rimelighet etter plbl. § 116 b første ledd. Jeg viser til mine merknader knyttet til plbl. § 116 b første ledd i pkt. 2.3.

For ordens skyld nevnes at tiltakshaveren ikke har vært part i saken for ombudsmannen. Hun må derfor forelegges ombudsmannens uttalelse og gis anledning til å uttale seg.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den nye vurderingen.»

## Fiske, oppdrettsanlegg

### 88.

#### Reindriftssamers rett til laksefiske i sjøen – betaling til Finnmarkseiendommen

(Sak 2008/450)

*En reindriftssame hevdet at Finnmarkseiendommen – og tidligere Statskog – ikke hadde rett til å kreve avgift ved utvisning av fiskeplass for laksefiske med faststående redskap i sjøen.*

*Under henvisning til uttalelsen i ombudsmannsak 2007/2041 (sak nr. 1 i denne meldingen) ble det lagt til grunn at innkrevningen av avgift var offentlig myndighetsutøvelse og ikke utslag av privat autonomi, slik Finnmarkseiendommen hadde hevdet. Finnmarkseiendommen hadde likevel adgang til å kreve avgift med hjemmel i finnmarksloven § 27. Ombudsmannen tok ikke stilling til avgiftens størrelse, og heller ikke om klageren kunne påberope seg individuelle rettigheter på grunnlag av hevd eller alders tids bruk. Spørsmålet om slike rettigheter forelå, måtte eventuelt bringes inn for Finnmarkskommisjonen.*

A krevde i brev 9. januar 2006 til Statskog SF fritak for avgift for sine lakseplasser i sjøen og klaget over at han «i alle år» hadde måttet betale avgiften. Han mente reindriftsloven ga hjemmel for å unnta fra kravet om avgift, og viste til at laksebruket var festet til land i hans reinbeitedistrikt og til at han har hatt lakseplasser i lang tid (30 år). På denne bakgrunn krevde han tilbakebetalt avgift med renter for de årene han hadde betalt avgiften. Etter noe korrespondanse ble As krav avslått 7. januar 2008. Avslaget ble gitt av Finnmarkseiendommen som fra og med 1. juli 2006 hadde overtatt de faste eiendommer i Finnmark fylke som Statskog SF tidligere hadde grunnbokshjemmel til, jf. lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) § 49 første ledd, jf. § 48 og forskrift 12. mai 2006 nr. 509 om delvis ikrafttredelse av finnmarksloven.

I klagen til ombudsmannen anførte A at reindriftssamer i medhold av reindriftsloven hadde rett til avgiftsfri sjølaksefiske, og at han urettmessig var avkrevd avgift for sine faststående lakseplasser, først av Statskog SF og så av Finnmarkseiendommen.

I brev herfra ble Finnmarkseiendommen bedt om en redegjørelse til klagen. Det ble vist til Finnmarkseiendommens brev til klageren 7. januar 2008 der det bl.a. sto at reindriftsloven § 26 siste ledd, jf. første ledd ikke hjemlet unntak fra «behandlingsgebyr for utvisning av lakseplass», og at «sjølaksefiske [faller] utenfor den aktiviteten det ikke skal betales leie eller kortavgift for». Finnmarkseiendommen ble så stilt spørsmålet om «behandlingsgebyr for utvisning av lakseplass» var det samme som avgift for tillatelse til fiske, jf. finnmarksloven § 27 tredje ledd, og/eller leieavgift for lakseplass i medhold av Finnmarkseiendommens regelverk for tildeling av lakseplasser 11.-12. desember 2006 der det fremgikk at det skulle betales leie for lakseplass, «kr 750,- for dobbeltbruk og kr 400,- for enkeltbruk», jf. reglementets punkt II.

Videre ble det vist til reindriftsloven § 26 siste ledd som fritar reindriftssamer fra å betale leie eller kortavgift for jakt, fangst og fiske innen reinbeiteområdet. I denne sammenheng ble Finnmarkseiendommen bedt om å opplyse om den faktisk krevde avgifter etter finnmarksloven § 27 tredje ledd, og om hvordan det i tilfellet forholdt seg til unntaket i reindriftsloven § 26 siste ledd. Det ble også bedt opplyst om tillatelsen i medhold av finnmarksloven § 27 annet ledd trådte inn i stedet for reglene om innløsning av fiskekort/utvisningsbevis, jf. lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk m.v. (lakse- og innlandsfiskeloven) § 22 første ledd og forskrift 20. august 2007 nr. 987 om jakt og fangst m.v. på statsgrunn.

Finnmarkseiendommen ble bedt om å utdype begrunnelsen for avslaget i vedtak 7. januar 2008. Dette gjaldt utsagnet om at sjølaksefiske med faststående redskap ikke blir ansett som en festnet tradisjon blant reindriftsutøvere flest.

Finnmarkseiendommen svarte i brev 19. september 2008. Innledningsvis ble det reist spørsmål om ombudsmannen hadde myndighet til å føre kontroll med Finnmarkseiendommens virksomhet. Det ble vist til en redegjørelse som tidligere var gitt i ombudsmannssak 2007/2041 vedrørende utvisning av lakseplasser. Svaret fra Finnmarkseiendommen er for øvrig referert nedenfor under punkt 3, ombudsmannens syn på saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«3.1 ...

#### 3.2. Ombudsmannens arbeidsområde

Finnmarkseiendommen har reist spørsmål om dens virksomhet ligger innenfor ombudsmannens arbeidsområde. Denne problemstillingen ble først reist i ombudsmannssak 2007/2041 som gjaldt tildeling av lakseplasser. Finnmarkseiendommen anførte i den saken at tildeling av lakseplasser hører inn under styrets privatrettslige råderett som grunneier, og at Finnmarkseiendommen benytter sin private autonomi når det fordeler tillatelser til å utnytte en begrenset ressurs. Etter å ha tatt problemstillingen opp med Justisdepartementet, konkluderte jeg i en avsluttende uttalelse 19. oktober 2009 med at tildeling av lakseplasser måtte anses som offentlig myndighetsutøvelse, og at Finnmarkseiendommen er en del av den offentlige forvaltning. Finnmarkseiendommens virksomhet faller dermed inn under ombudsmannens arbeidsområde slik det er beskrevet i ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 4. Spørsmålet var også viktig for hvilke saksbehandlingsregler som kom til anvendelse i forvaltningssaken som undersøkelsen gjaldt, dvs. tildeling av lakseplass – jf. uttalelsens punkt 3.

Jeg går etter dette ikke nærmere inn på problemstillingen her, men legger til grunn at Finnmarkseiendommens innkreving av avgift (eller saksbehandlingsgebyr som Finnmarkseiendommen nå kaller det) i forbindelse med tildeling og forvaltning av lakseplasser, også faller inn under ombudsmannens arbeidsområde.

Finnmarkseiendommen har i brev 19. september 2008 skrevet at det ville være naturlig at Kontrollkomiteen vurderte As sak, men at det ikke er gjort fordi A «ikke har henvendt seg til dem». I finnmarksloven § 16 fremgår det at kontrollkomiteen skal føre tilsyn med styrets virksomhet, herunder kontrollere at virksomheten i Finnmarkseiendommen drives i samsvar med finnmarksloven og annen lovgivning, jf. bestemmelsens annet ledd bokstav a. Kontrollkomiteen er ikke et ordinært klageorgan, og oppgavene til kon-

trollkomiteen er uttømmende angitt i lovens § 16 annet ledd. Justisdepartementet har i ombudsmannssak 2007/2041 gitt uttrykk for at kontrollkomiteen er et av Finnmarkseiendommens egne organer. I likhet med det jeg la til grunn i min avsluttende uttalelse i denne saken, kan jeg derfor ikke se at det foreligger noen motsetning mellom komiteens og ombudsmannens funksjoner. Dersom Kontrollkomiteen har eller vil få til behandling en sak som er brakt inn for ombudsmannen, vil ombudsmannen naturlig nok normalt avslutte sin behandling uten ytterligere undersøkelser. Klageren vil kunne sende inn en ny klage etter at Kontrollkomiteen har ferdigbehandlet saken. Denne fremgangsmåten følger av prinsippet om at sakene skal være avsluttet i forvaltningen før de bringes inn for ombudsmannen. I dette tilfellet forstår jeg det imidlertid slik at saken må anses som ferdigbehandlet av Finnmarkseiendommen.

#### 3.3 Anførselen om at det kun er tale om et saksbehandlingsgebyr – hjemmelskravet

De som er bosatt i en kommune i Finnmark fylke, på Finnmarkseiendommens grunn i kommunen, har rett til fiske etter anadrome laksefisk med faststående redskap i sjøen, jf. finnmarksloven § 22 første ledd bokstav b. For jakt, fangst og fiske på Finnmarkseiendommen er «tillatelse alltid nødvendig», jf. lovens § 27 annet ledd første punktum. Finnmarkseiendommen har adgang til å kreve avgift for denne tillatelsen, jf. samme bestemmelse tredje ledd, med den begrensning at det ikke kan kreves avgift ved tildeling av særskilte retter etter finnmarksloven § 24, og at avgiften for personer bosatt i Finnmark ikke skal overstige det dobbelte av avgiften for personer bosatt i kommunen. Om de særskilte rettene bestemmer § 24:

«Enkeltpersoner eller grupper av personer som har tilknytning til en bygd og har sitt livsgrunnlag helt eller delvis knyttet til utnyttelsen av fornybare ressurser i nærheten av bygda, kan av kommunen for inntil 10 år om gangen bli tildelt særskilt rett til å utnytte fornybare ressurser som nevnt i §§ 22 og 23 på nærmere angitte områder i kommunen.»

Om laksefiske med faststående redskap heter det i § 27 fjerde ledd:

«Fiske etter anadrome laksefisk med faststående redskap i sjøen kan bare foregå etter utvisning av fiskeplass av Finnmarkseiendommen.»

Finnmarkseiendommen har i svarbrev 19. september 2008 opplyst at den avgiften som A betalte for lakseplassene, «verken [er] leie eller kortavgift, men et gebyr som skal dekke de administrative kostnader FeFo [Finnmarkseiendommen] har ved å administrere utvisningsordningen». Finnmarkseiendommen skrev videre:

«Med andre ord er dette etter vårt syn ikke en leie/avgift iht. § 27. Til orientering har styret i møte 16.-17 sept. 08 endret ordlyden i utvisningsreglene fra "leie" til "saksbehandlingsgebyr", da hensikten med gebyret hele tiden har vært å dekke de faktiske kostnader FeFo har og ikke en leie eller avgift for utøvelsen/bruk av ressursen. FeFo beklager at ordlyden kan ha ført til misforståelser. Til opplysning viste regnskapet for 2007 at vår forvaltning av sjølaksefisket gikk med 0,6 mill kr i underskudd.»

I «regler for tildeling av lakseplasser», vedtatt av styret i Finnmarkseiendommen 11.-12. desember 2006, er det under punkt II bestemt at årlig gebyr for tildeling av lakseplass «settes til kr 775,- for dobbeltbruk og kr 465,- for enkeltbruk». Ordlyden ble som det fremgår av sitatet ovenfor, endret 16. september 2008. Tidligere lød punktet slik: «Leieavgift for lakseplass. Leien for lakseplass settes til kr 750,- for dobbeltbruk og kr 400,- for enkeltbruk.» Det fremgår av regelverkets romertall I punkt 8 at samtlige tildelinger fornyes hvert tredje år, og ifølge punkt 9 annet ledd kan lakseplassen bli inndratt dersom gebyret ikke betales.

Som det fremgår av fremstillingen ovenfor, jf. min uttalelse i ombudsmannssak 07/2041, mener jeg tildeling og forvaltning av lakseplassene må anses som offentlig myndighetsutøvelse. Det såkalte gebyret for lakseplassene skal betales årlig, selv om tildelingen skjer for tre år av gangen. Når dessuten unnlatt betaling fører til at retten til plassen kan bli trukket tilbake, er det skapt en slik kobling mellom betaling og utøvelse av rettigheten at det kan spørres om ikke gebyret i realiteten fremstår som en årlig leieavgift for å kunne ha lakseplassen. Det synes i denne forbindelse å ha mindre betydning om administreringen av ordningen går med netto overskudd eller ikke, og heller ikke om gebyret er helt nødvendig for å dekke kostnadene.

Med hensyn til saken her er det ikke nødvendig for meg å gå ytterligere inn på denne problemstillingen. Selv om gebyret kun dekker utgiftene med saksbehandlingen, må Finnmarkseiendommen ha en hjemmel for å kreve gebyr av brukerne. Finnmarksloven § 27 gir bestemmelser om «(n)ærmere vilkår for utnyttelse av fornybare ressurser». Jeg går nå over til å behandle spørsmålet om et slikt gebyr som denne saken omhandler, kan anses hjemlet i denne bestemmelsen.

For å fiske på Finnmarkseiendommen er det etter finnmarksloven § 27 annet ledd alltid påkrevd med tillatelse. For fiske etter anadrome laksefisk med faststående redskap i sjøen, er det i tillegg nødvendig å få utvist fiskeplass av Finnmarkseiendommen, jf. bestemmelsens fjerde ledd. I den samme paragrafens tredje ledd er Finnmarkseiendommen gitt adgang til å kreve «avgift» for tillatelse til fiske. Loven omtaler

ikke uttrykkelig adgang til å kreve avgift for utvisning av lakseplasser. I merknaden til bestemmelsen i forarbeidene (Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) side 138 står det foruten omtalen av begrensningene i adgangen til å kreve avgift: «Vurderingen av om det skal kreves avgift eller ikke, samt fastsettelse av avgiftsnivå tilligger Finnmarkseiendommen.» Forarbeidene gir med dette liten veiledning for spørsmålet om det er adgang til å kreve avgift for utvisning av lakseplass. Imidlertid, da utvisning av lakseplass implisitt også gir tillatelse til laksefiske med faststående redskap, og dermed er et nødvendig vilkår for å drive slikt fiske, er det naturlig å forstå lovens § 27 tredje ledd slik at den gir Finnmarkseiendommen adgang til å kreve avgift for utvisning av lakseplasser. En slik forståelse er også i samsvar med de regler som gjaldt før finnmarksloven trådte i kraft. Forskrift om fiskeforvaltning på statsgrunn av 18. desember 1992 nr. 1176 § 3 annet ledd bestemte således: «Prisen på ... utvisning fastsettes av Statens Skoger i samsvar med denne forskrift.»

Jeg har med andre ord kommet til at Finnmarkseiendommen kan kreve avgift for utvisningen av lakseplass med faststående redskap i sjø, med de begrensningene som følger av finnmarksloven § 27 tredje ledd annet og tredje punktum, andre lover og eventuelt internasjonale konvensjoner.

### *3.4 Reindriftssamers fritak for leie og kortavgift – reindriftsloven § 26*

Det fremgår av finnmarksloven § 5 annet ledd at det ikke kan gjøres «inngrep i kollektive og individuelle rettigheter som samer og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk» og heller ikke i «de rettighetene reindriftsutøvere har på slikt grunnlag eller etter reindriftsloven». I medhold av lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven) § 26 er de som er gitt rett til å utøve reindrift i det samiske reinbeiteområdet, også gitt rett til å drive jakt, fangst og fiske på blant annet Finnmarkseiendommen så lenge det skjer i forbindelse med lovlig utøvelse av reindrift, se bestemmelsens første ledd. For slikt jakt, fangst og fiske kan det ikke kreves leie eller kortavgift, jf. bestemmelsens siste ledd. Jeg forstår det slik at også Finnmarkseiendommen legger dette til grunn.

Finnmarkseiendommen har i svarbrevet hit redegjort for tradisjonene med laksefiske i sjø og opplyst at reindriftsutøvere på lik linje med andre fra primærnæringene kan søke om lakseplass, og at laksefiske i sjø med faststående redskap ikke er en rettighet på linje med «fiske i vann og elver [som] følger av "alders tids bruk" og [som] er en integrert del av reindriftsretten». Videre skriver Finnmarkseiendommen:

«Sjølaksefisket er en samisk tradisjonell fangstform, slik det beskrives i NOU 2008:5 retten til fiske i havet utenfor Finnmark. Sjølaksefiske er

og har vært et viktig materielt grunnlag for den sjøsamiske kulturen. Ulike kombinasjoner av sjølaksefiske, fjordfiske, havfiske og jordbruk har fra gammelt av vært viktig for den samiske bosetninga i fjordene i Finnmark. Noen få tilfeller av kombinasjoner mellom reindrift og næringsfiske kan også dokumenteres, men slike kombinasjoner hører med til unntakene. Når fiske omtales i reindriften av 1933, 1978 og 2005, så er det åpenbart innlands- og elvefiske det siktes til, ikke til fiske i havet. Sjølaksefiske på finnmarkseiendommen er ingen rettighet knyttet til utøvelse av reindrift, men en søknadsbasert tilleggssnøring for noen få reindriftsutøvere. Sjølaksefiske er ikke viktig når det gjelder ivaretagelse av reindriftskulturen, men er særdeles viktig for å ivareta den sjøsamiske kulturen i fjordene i Finnmark.

Mange sjøsamer har i generasjoner drevet sjølaksefiske og dette fisket er et viktig grunnlag for sjøsamisk kultur. Det vil være underlig og urimelig dersom en reindriftsutøver som finner ut at vedkommende skal begynne med sjølaksefiske slipper å betale et gebyr, mens sjøsamer som i flere generasjoner har drevet sjølaksefiske må betale gebyret. For øvrig kan det bemerkes at spørsmålet om A, som reindriftsutøver har særskilt rett til sjølaksefiske, er et spørsmål som han kan fremme for Finnmarkskommisjonen, jf. Finnmarksloven, §5.»

Det Finnmarkseiendommen her anfører, samsvarer godt med de beskrivelsene som er gitt i NOU 2008:5 Retten til fiske i havet utenfor Finnmark punkt 7.7 og i NOU 1999: 9 Til laks åt alle kan ingen gjere? punkt 4.1 til 4.3. Beskrivelsene gir uttrykk for at sjølaksefiske har tradisjoner langt tilbake i tid. I NOU 1999: 9 side 54 står det blant annet: «I de samiske områder utgjør sjølaksefiske en betydelig del av den form for kombinasjonsnæring som er vanlig i kyst- og fjordområdene. I tillegg har den stor betydning for samisk kultur.»

Jeg har ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på det rettslige grunnlaget for at sjøsamer blir avkrevd gebyr, slik Finnmarkseiendommen opplyser at de blir. I saken her synes det uansett å måtte legges til grunn at klageren ikke er sjøsamer. Spørsmålet er da om reindriften gir ham beskyttede rettigheter som innebærer at han ikke kan pålegges gebyr.

Dette spørsmålet beror på en tolkning av de ovennevnte bestemmelser i reindriftsloven § 26 jf. finnmarksloven § 5, eventuelt om A kan påberope seg et annet særskilt grunnlag (for eksempel "alders tids bruk"). Finnmarkseiendommen mener sjøfiske ikke er en del av den tradisjonelle reindriften, og at A derfor ikke kan påberope seg reindriftsloven § 26 i denne sammenheng. Reindriftsloven § 26 bygger på en forutsetning om at det er en sammenheng mellom reindriftsutøvelsen og jakten, fangsten eller fisket. Jeg har ikke grunnlag for å gå imot den faktiske beskrivelsen som Finnmarkseiendommen har gitt om forholdet mellom reindrift og sjøfiske, og har da hel-

ler ikke grunnlag for å gå mot det generelle standpunktet som er inntatt i denne saken.

### 3.5 Kan A påberope seg rettigheter på annet grunnlag?

Et spørsmål som da gjenstår, er hvorvidt A på annet grunnlag kan påberope seg å ha rett til laksefiske i sjø, særlig hevd eller alders tids bruk, jf. for øvrig Jon Gauslaa i Norsk lovkommentar (Gyldendal rettsdata), reindriftsloven note 109. Finnmarkseiendommen har opplyst at dette spørsmålet vil bli prøvd særskilt dersom klageren henvender seg til Finnmarkskommisjonen. Dette er en kommisjon som er oppnevnt etter finnmarksloven § 5, og som skal «fastslå omfanget og innholdet av de rettighetene som samer og andre har på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag». Tvister om slike spørsmål skal avgjøres av en særdomstol, jf. § 5 siste setning.

Hvorvidt rettsstiftelse ved hevd og alders tids bruk kan påberopes, beror på faktiske omstendigheter som vanskelig vil kunne undersøkes av ombudsmannen. Når det dessuten er opprettet et særskilt offentlig organ som slike spørsmål kan bringes inn for, har jeg ikke grunn til å gå inn på dette spørsmålet.

### 3.6 Tidligere rett

A har opplyst at han har betalt avgift i en årrekke. Fremstillingen ovenfor er i det vesentlige knyttet til dagens lovgivning. Jeg antar imidlertid at resultatet for hans vedkommende i det vesentlige vil være det samme etter tidligere rett. Således er reindriftsloven § 26 en ren videreføring av den tidligere bestemmelsen i reindriftsloven 9. juni 1978 § 14. I den tidligere nevnte forskrift 18. desember 1992 nr. 1176 om fiskeforvaltning på statsgrunn var det gitt regler om blant annet lakseplasser i sjøen der det var et tilsvarende krav til utvisning som i dag, jf. forskriftens § 13. Hjemmelen til å ta betalt for utvisning fremgikk som anført av forskriftens § 3 annet ledd.

## 4. Konklusjon – oppsummering

Min konklusjon er etter dette at Finnmarkseiendommen (og dens rettsforgjenger) synes å ha hatt rett til å kreve årlig gebyr/avgift så langt saken er undersøkt her. Gebyrets størrelse må det være opp til Finnmarkseiendommen å fastsette til enhver tid. Ut fra det som er opplyst, synes gebyret knapt å ha dekket utgiftene med å administrere ordningen, og jeg går da ikke nærmere inn på dette spørsmålet. Hvorvidt A har kunnet påberope seg en individuell rett til sjøfiske ut fra hevd, alders tids bruk eller annet rettsgrunnlag, vil eventuelt måtte prøves for Finnmarkskommisjonen, dersom spørsmålet fortsatt er aktuelt etter at han har gått bort. Jeg understreker til slutt igjen at jeg

ikke har undersøkt – og dermed ikke har grunnlag for å si noe om – sjøsamers eventuelle plikt til å betale gebyr/avgift.»

### 89.

#### Avkorting i strukturvotetildeling

(Sak 2008/2232)

*I en sak om avkorting i strukturvotetildeling var det spørsmål om «fartøyet» i strukturvoteforskriften § 12 første ledd siste setning skulle forstås som det konkrete fartøyet som ble tatt ut av fiske, eller det fartøyet som deltageradgangen knyttet seg til.*

*Ombudsmannen kom til at saken kunne bero med den forklaring departementet hadde gitt.*

Klageren søkte Fiskeridirektoratet region Møre og Romsdal om tildeling av strukturvotetildeling for konvensjonelle havfiskefartøy til fartøyet A ved at fartøyet B ble trukket ut av fiske og kondemnert. Det ble samtidig søkt om ervervstillatelse for fartøyet B. Søknaden ble sendt til Fiskeridirektoratet sentralt, som kom til at omsøkte strukturvotetildeling kunne tildeles under forutsetning av at visse vilkår ble oppfylt. Fiskeridirektoratet fattet senere et nytt vedtak, jf. forvaltningsloven (fv1.) § 35 første ledd bokstav c der kvotefaktorene tildelt som strukturvotetildeling ble redusert med 20 %. Det ble i vedtaket vist til forskrift 4. mars 2005 nr. 193 om strukturvotetildeling mv. for havfiskeflåten § 12 (strukturvoteforskriften), der det i første ledd heter at dersom det tildeles strukturvotetildeling for fiske med et fartøy som er innført i registeret over fiskefartøy i Sør-Norge på grunnlag av uttak av fartøy registrert i Finnmark, Troms, Nordland, Nord-Trøndelag eller Sør-Trøndelag, skal det foretas avkorting med 20 % av den kvoten som ellers ville blitt tildelt for fiske med det fartøyet som tas ut av fiske. I siste setning står det at «[e]t fartøy anses i forhold til denne bestemmelsen som registrert der hvor fartøyet var innført i registeret over fiskefartøy pr. 1. januar 2000».

Fiskeridirektoratets vedtak om avkorting ble påklaget. I Fiskeridirektoratets oversendelsesbrev til Fiskeri- og kystdepartementet, ble det uttalt at det ikke var skrogets registrering på skjæringstidspunktet som var avgjørende, men om «den omsøkte 'adgangen' til å fiske på skjæringstidspunktet var tilknyttet et fartøy registrert innenfor den aktuelle regionen (Nord-Norge)». Departementet stadfestet Fiskeridirektoratets vedtak. Det ble vist til at deltageradgangen var knyttet til fartøyet C på skjæringstidspunktet, og den ble ikke registrert på B før 21. juni 2003. Departementet fant det videre «klart at den aktuelle bestemmelsen skal forstås slik at det ikke er det konkrete fartøyets registrering på skjæringstidspunktet som er avgjørende i seg selv, men om den aktuelle deltageradgangen på/før skjæringstidspunktet var

tilknyttet et fartøy registrert innenfor den aktuelle regionen (Nord-Norge)», og at det «ikke [er] tvilsomt at situasjonen faller inn under den aktuelle bestemmelsen om avkorting i den tildelte strukturkvoten». Det ble avslutningsvis pekt på at det «påklagede vedtaket handler om nytildeling av strukturkvotetildeling, og ikke om en endring i en tidligere gitt tillatelse».

Klageren brakte saken inn til ombudsmannen og anførte at strukturvoteforskriften § 12 ikke hjemlet en avkorting i dette tilfellet. Det ble vist til at B ikke ble registrert som fiskefartøy før 11. april 2002, og at registreringen dermed fant sted over to år etter skjæringstidspunktet i strukturvoteforskriften § 12. Det ble videre bedt om en vurdering av avkorting i lys av legalitetsprinsippet, samt av om en eventuell fast praksis kunne ha gjennomslagskraft overfor ordlyden.

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere, og departementet ble bedt om en nærmere redegjørelse for hvorvidt forståelsen av strukturvoteforskriften § 12 første ledd siste setning i departementets vedtak kunne anses tilstrekkelig hjemlet i forskriftens ordlyd. Departementet ble videre anmodet om å redegjøre for den praksis Fiskeridirektoratet hadde vist til, herunder praksisens varighet og anvendelse. Det ble også bedt om en kommentar til klagerens anførsel om at «saken gjelder reduksjon av en ervervet rettighet» og at «dette ut fra legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov».

Departementet svarte på spørsmålene i brev 16. februar 2009. Vedlagt fulgte en redegjørelse fra Fiskeridirektoratet om praktiseringen av tilsvarende avkortingsregler, der ikke skrogets registrering på skjæringstidspunktet hadde vært avgjørende. Departementet skrev blant annet følgende om strukturvoteforskriften § 12 første ledd:

«Regelen har en distriktpolitisk bakgrunn og skal gjøre det mer attraktivt å strukturere kvoter mellom fartøy som hører hjemme i Nord-Norge enn fra fartøy i Nord-Norge til fartøy i Sør-Norge. Slik motvirker regelen at kvotegrunnelaget for fartøy hjemmehørende i Nord-Norge over tid forflyttes til Sør-Norge.

- - -

Bestemmelsen har av departementet og direktoratet hele tiden vært forstått, forklart og praktisert slik at skjæringsdatoen gjelder i forhold til det fartøyet som eieren på det aktuelle tidspunktet var tildelt den deltageradgangen/konvensjonen som skal struktureres for (og tilsvarende i forhold til fartøyet som strukturkvotene skal tildeles for). Dette innebærer at skjæringsdatoen ikke alltid vil knytte seg til de samme fartøyene som det senere struktureres i mellom, nemlig hvis fartøyeier mellom skjæringsdatoen og struktureringen skifter ut sitt gamle fartøy med et nytt og lar fisketillatelsene (og dermed kvotene) følge med.

Dersom skrogets registrering skulle være avgjørende, slik som anført av klager, ville det ha

vært enkelt å unngå avkortingsregelen ved å skifte ut fartøyet med et erstatningsfartøy som på skjæringsdatoen enten var uregistrert eller registrert i annen landsdel.»

Departementet skrev videre at det heller ikke var «holdepunkter for å hevde at vedtaket innebærer noen reduksjon av ervervet rettighet som krever hjemmel i lov».

Både klageren og departementet hadde ytterligere kommentarer til saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

Mine undersøkelser har knyttet seg til Fiskeri- og kystdepartementets vedtak og spørsmålet om Fiskeridirektoratet hadde adgang etter strukturkvoteforskriften § 12 til å foreta en avkorting ved tildelingen av strukturkvote, jf. fvl. § 35 første ledd bokstav c.

I strukturkvoteforskriften § 12 første ledd heter det:

«Dersom det tildeles strukturkvote for fiske med et fartøy som er innført i registeret over fiskefartøy i Sør-Norge på grunnlag av uttak av fartøy registrert i Finnmark, Troms, Nordland, Nord-Trøndelag eller Sør-Trøndelag, skal det foretas avkorting med 20% av den kvoten som ellers ville blitt tildelt for fiske med det fartøyet som tas ut av fiske. Et fartøy anses i forhold til denne bestemmelsen som registrert der hvor fartøyet var innført i registeret over fiskefartøy pr. 1. januar 2000.»

Departementet skrev i brev 16. februar 2009 at regelen skal gjøre det «mer attraktivt å strukturere kvote mellom fartøy som hører hjemme i Nord-Norge enn fra fartøy i Nord-Norge til fartøy i Sør-Norge», og slik sett hindre at kvotegrunnlaget for fartøy hjemmehørende i Nord-Norge over tid flyttes til Sør-Norge. Det er i bestemmelsens siste setning satt en skjæringsdato – 1. januar 2000 – for å kunne slå fast hvor fartøyet er registrert, jf. lov 5. desember 1917 nr. 1 om registrering og merking av fiskefartøyer. Ifølge departementet ble skjæringsdatoen satt for å motvirke at fartøyeier omgår avkortingsregelen, enten ved å flytte mellom landsdelene før omstrukturering, eller ved å bytte ut fartøyet med et erstatningsfartøy som på skjæringsdatoen enten var uregistrert eller registrert i en annen landsdel.

Det synes å være enighet om at søknaden gjaldt tildeling av strukturkvote for fiske «med et fartøy som er innført i registeret over fiskefartøy i Sør-Norge» (A). Spørsmålet har vært om tildelingen skjedde på grunnlag av «uttak av fartøy registrert i Finnmark, Troms, Nordland, Nord-Trøndelag eller Sør-Trøndelag» (heretter Nord-Norge).

Klageren har hevdet at det ikke var tilfellet i denne saken, og har vist til at fartøyet som ble tatt ut (B) var registrert i Sør-Norge, og at registreringen fant

sted etter skjæringsdatoen. Klagerens syn er med andre ord at det med «fartøyet» i forskriftens § 12 første ledd siste setning menes det konkrete fartøyet som ved struktureringen skal tas ut av fiske (skroget). Departementet har anført at det med «fartøyet» menes det fartøyet som eieren ble tildelt deltageradgang/konsesjon for. Siden deltageradgangen i dette tilfellet knyttet seg til C, som var registrert i Nord-Norge før skjæringsdatoen, mente departementet at tildelingen skjedde på grunnlag av uttak av fartøy registrert i Nord-Norge.

For å kunne avgjøre om Fiskeridirektoratet hadde adgang til å foreta avkorting i strukturkvoten, må det tas stilling til regelinnholdet av strukturforskriften § 12 første ledd.

Ordlyden i strukturkvoteforskriften § 12 første ledd stenger verken for departementets eller klagerens oppfatning av bestemmelsen. Det kan med «fartøyet» i første ledd siste setning forstås både det konkrete fartøyet som ved strukturering skal tas ut av fiske, og det fartøyet som deltageradgangen knytter seg til. Ordlyden er imidlertid ikke klar, og regelinnholdet må derfor forstås i lys av bestemmelsens formål, forskriftens øvrige bestemmelser, samt forvaltningens praksis.

Formålet med avkortingsregelen er ut fra departementets redegjørelse å hindre at kvotegrunnlaget for fartøy hjemmehørende i Nord-Norge over tid flyttes til Sør-Norge. Dette kommer til uttrykk i flere av strukturkvoteforskriftens andre bestemmelser, slik som i § 8 annet ledd og § 10 første ledd. Formålet ble også redegjort for i høringsnotatet 8. mars 2000 pkt. 5.8 og i statsrådsforedraget til kongelig resolusjon 28. juli 2000 pkt. 5.4 (sak nr. 99/984). Departementet synes å ha hatt en klar oppfatning og vært tydelig på hvordan avkortingsregelen i strukturkvoteforskriften § 12 første ledd skulle forstås, selv om dette ikke klart har kommet til uttrykk i bestemmelsens ordlyd. Avkortingsregelens formål taler slik sett for at strukturkvoteforskriften § 12 første ledd skal forstås slik departementet har anført.

Den praksis departementet viser til for tilsvarende avkortingsregler er av begrenset omfang, men det har heller ikke fremkommet opplysninger om at departementet skal ha fraveket praksisen.

Klageren har anført at avkorting i strukturkvoten er et inngrep, og at legalitetsprinsippets krav om hjemmel til lov kommer til anvendelse. Etter strukturkvoteforskriften § 5 og § 6 «kan» det gis tillatelse til tildeling av strukturkvote, og det følger av § 6 annet ledd at dersom det ikke anses tilstrekkelig å sette vilkår som nevnt i bestemmelsens første ledd, «kan en søknad om strukturkvote avslås». Den som søker om tildeling av strukturkvote har ut fra dette ikke krav på at slik tildeling skjer, en oppfatning også departementet legger til grunn i svarbrevet hit. Selv om

det er til ugunst for en søker at avkortingsregelen kommer til anvendelse, er det derfor ikke snakk om et inngrep i et gode som søkeren har krav på. Avkortingen «skal» foretas ved tildeling av strukturkvote, jf. strukturkvoteforskriften § 12 første ledd, og har dermed ikke preg av å være en etterfølgende sanksjon mot søkeren, men en utregningsregel som kommer til anvendelse samtidig som tildelingen skjer. Avkortingsregelen er da heller ikke begrunnet med et ønske om å sanksjonere, men i distriktpolitiske hensyn. Selv om forskriftens ordlyd er noe uklar, kan jeg ut fra dette ikke se at hensynet til borgernes forutberegnelighet i denne saken gjør seg særlig sterkt gjeldende, sammenlignet med saker der det er snakk om å foreta inngrep i borgerens rettskrav.

Jeg finner etter dette ikke grunn til å rette avgjørende kritikk mot Fiskeridirektoratets og Fiskeri- og kystdepartementets forståelse av innholdet i avkortingsregelen i strukturkvoteforskriften § 12 første ledd, og jeg lar derfor saken bero med de redegjørelser som er gitt.»

## 90.

### Forståelse av fiskekvoteregler og adgang til skjønnsmessig inndragning av fangstverdi

(Sak 2008/513)

*Saken gjaldt inndragning av fangstverdi. Spørsmålet var i hovedsak om saken hadde fått en reell toinstansbehandling, om det var foretatt fiske i strid med gjeldende regler og om det var adgang til å fastsette inndragningen skjønnsmessig.*

*Ombudsmannen la til grunn at klagen hadde fått en reell toinstansbehandling og at det var foretatt fiske i strid med gjeldende regler. Direktoratet ble imidlertid bedt om å foreta en fornyet vurdering av om det forelå hjemmel til å unnlate helt eller delvis inndragning, og om dette i så fall burde skje.*

Norges Sildesalgslag (salgslaget) vedtok 15. februar 2007 inndragning av fangstverdi over 100 tonn fra klagernes fartøyer A og B grunnet overtredelse av «turkvotebestemmelsen» i forskrift 22. desember 2006 om regulering av fisket etter norsk vårgytende sild i 2007 (sildeforskriften) § 13 tredje ledd siste punktum fastsatt av Fiskeri- og kystdepartementet. Bestemmelsen regulerer fiskeadgangen i et nærmere angitt område og lyder:

«Fartøy som fisker innenfor dette området er begrenset av en kvote på 100 tonn losset kvantum per tur for fartøy som fører egen fangst.»

Det var ikke bestridt at A og B fisket ca. 7,5 tonn norsk vårgytende sild (NVG-sild) hver innenfor det aktuelle området. Uten å gå i land for levering fortsat-

te de fisket utenfor området og fisket der ca. 165 tonn hver før de leverte hele fangsten.

Salgslagets vedtak ble påklaget blant annet med anførsel om at fartøyene ikke hadde brutt turkvotebestemmelsen og at bestemmelsen uansett var uklar. Fiskeridirektoratet stadfestet inndragningsvedtaket og avsto senere klagernes omgjøringsbegjæring.

På vegne av rederiene brakte Norges Fiskarlag saken inn for ombudsmannen. Det ble bedt om ombudsmannens vurdering av saken, «herunder om det foreligger et brudd på den aktuelle bestemmelsen og subsidiært om det i så fall er rimelig å foreta inndragning». Klagerne påpekte at en «vesentlig årsak» til henvendelsen hit var at det kunne fremstå som «usikkert om det er foretatt en nøytral og uhildet klagebehandling».

Klagen ble forelagt Fiskeridirektoratet, og direktoratet ble bedt om å kommentere opplysningen i klagernes e-post til direktoratet om at direktoratet hadde instruert salgslaget til å «holde på sitt vedtak».

Det fremgikk av Fiskeridirektoratets forutgående e-post til departementet at direktoratet hadde vurdert spørsmålet om forståelsen av turkvoteregelen i § 13 på Sildesalgslagets oppfordring. På denne bakgrunn ble direktoratet spurt om hvordan hensynet til reell og uhildet klagebehandling var ivaretatt når direktoratet deretter hadde opptrådt som klageinstans vedrørende samme spørsmål. Herunder ble det bedt opplyst på hvilken måte direktoratet eventuelt mente at klagerne hadde fått sine saker uhildet behandlet i to instanser.

Direktoratet ble videre bedt om å kommentere klagernes anførsel om at uttrykket «per tur» i § 13 naturlig må forstås som «per tur innenfor området» og ikke som per tur i betydningen «avgang havn til levering foretas». Det var ønskelig at direktoratet gjorde rede for begrepet «turkvote».

Det ble videre vist til NOU 2005:10 side 168 der begrunnelsen for administrativ inndragning er «å sørge for at den enkelte høster ikke får en uberettiget berikelse på bekostning av andre». Direktoratet ble bedt om å redegjøre for hvilken betydning begrunnelsen for administrativ inndragning hadde for «forståelsen av turkvotebestemmelsen i sildeforskriften». Det ble videre stilt spørsmål om direktoratet mente at A og B ved å fiske til sammen 15 tonn fikk en berikelse på bekostning av andre i det aktuelle området, og hvordan muligheten for liten fangstmengde innen området burde vektlegges ved tolkningen og anvendelsen av § 13. I tillegg ble det bedt kommentert hvordan hensynet til en «økonomisk og rasjonell utnyttning av bestanden», jf. saltvannsfiskeloven 3. juni 1983 nr. 40 § 5 første ledd ble ivaretatt dersom fartøy måtte levere selv svært små fangstmengder før de fisket videre i andre områder.



Fiskeridirektoratet fikk også spørsmål om hvorfor salgslaget «fant det nødvendig å kontakte direktoratet og likeledes at direktoratet kontaktet departementet» vedrørende forståelsen av § 13. Videre ble det stilt spørsmål om Sildesalgslagets behov for konsultering sier noe om «hvor klar og entydig» § 13 er, herunder hvordan legalitetsprinsippets krav om klar lovhjemmel var ivaretatt. Direktoratet ble også bedt om å redegjøre for kravet om at næringsutøver må sette seg inn i og følge gjeldende regler og prosedyrer når forvaltningen selv fant grunn til å avklare disse nærmere.

Under henvisning til at «kontrollhensynet» hadde vært av «stor betydning» for direktoratets forståelse av bestemmelsen, var det ønskelig med kommentarer til klagerens anførsel om at «dersom en korrekt forståelse av en reguleringsbestemmelse medfører at en må vurdere forhold utover ... ordlyden, så er bestemmelsen i seg selv uklar».

Avslutningsvis ble det bedt om en redegjørelse for salgslagets og direktoratets praksis når «reguleringsbestemmelser er uklare etter sitt språklige innhold». I tillegg var det ønskelig med en redegjørelse for en eventuell adgang til å «skjønsmessig unnlate inndragning basert på rimelighetsbetraktninger». Særskilt ble det vist til sak 2002/16599 «der vedtak om inndragning ble omgjort».

Direktoratet viste til uttalelse fra Norges Sildesalgslag, og fremholdt at salgslaget ikke var «instruert» slik klagerne hevdet at de hadde fått opplyst. Det ble fastholdt at det ikke var tatt stilling til den konkrete saken som følge av kontakten mellom Fiskeridirektoratet og Sildesalgslaget, og det ble fremhevet at saken derfor hadde fått en uhildet behandling i to instanser.

Det ble gitt flere eksempler på bruken av turkvotebegrepet, og anført at dette var et kjent begrep i næringen og forvaltningen og at det «språklig sett ikke er åpning for å forstå bestemmelsen slik klager hevder».

Direktoratet skrev at A og Bs fiske på totalt 15 tonn innenfor det aktuelle området ikke nødvendigvis var en berikelse på bekostning av andre, men at det var et brudd på «bestemmelsen om losset kvantum per tur» og at fartøyene dermed fikk «fangst som de etter forskriften ikke hadde krav på».

Videre skrev direktoratet at Sildesalgslaget hadde opplyst at det fant det nødvendig å kontakte direktoratet for å få «en bekreftelse» på sin «forståelse av bestemmelsen». Det var «naturlig» for direktoratet å deretter sende en forespørsel til departementet – da bestemmelsen var fastsatt av departementet – «ikke for å få bistand til å fortolke bestemmelsen» men for å få sin fortolkning bekreftet.

Fiskeridirektoratet mente det var «rimelig å forvente at næringsutøverne la til grunn samme regel-

fortolkning» som direktoratet, og tilbakeviste at direktoratet var usikker på fortolkningen.

Det ble opplyst at kontrollhensynet kun var et moment for forståelsen av bestemmelsen, og direktoratet var uenig i «at det var nødvendig å vurdere forhold utover ordlyden» for å få en riktig forståelse.

Direktoratet gjorde videre rede for at det ikke var adgang til å unnlate inndragning, men at forskrift om inndragning av fangst og anvendelse av inndratte midler 20. november 1989 åpnet for reduksjon av inndragningsbeløpet. Bestemmelsen gjaldt imidlertid ikke NVG-sild.

Klagers henvisning til sak 02/16599 ble ikke funnet relevant, fordi det «ikke var tilstrekkelig dokumentert at den aktuelle bestemmelsen var overtrådt» mens det i herværende sak ikke var tvil om de faktiske forhold eller regelforståelsen.

Klagerne uttalte at det ikke var foretatt en reell toinstansbehandling av inndragningssaken, og det ble anført at det «ideelt sett ikke skal være dialog mellom første og klageinstansen i en sak». De mente det var «betenkelig ... dersom førsteinstansen *som et ledd i sin vurdering av et vedtak*» kontaktet klageinstansen for å avklare rettsoppfatningen. Det ble påpekt at både klageinstansen og Fiskeridepartementet hadde tatt stilling til regelforståelsen før førsteinstansen fattet vedtak om inndragning.

Til direktoratets oppfatning av begrepet «per tur» ble det anført at «det er uvanlig med turkvoter innenfor et lite avgrenset område, og hvor det avhengig av fiskens tilgjengelighet, værforhold og fartøystørrelse kan være naturlig og hensiktsmessig at et fartøy på en og samme tur både fisker innenfor og utenfor et fastsatt område».

Klagerne vurderte sak 02/16599 slik at «Fiskeridirektoratet mente at selv om regelen objektivt *var overtrådt*, så frafalt de likevel inndragning fordi de erkjente at det aktuelle forholdet i sakene burde vært klarere presisert i forskriften, sett hen til at saken gjaldt ulovlig og at inndragning av fangst er en alvorlig reaksjon».

Det ble avslutningsvis vist til flere eksempler der fiskerimyndighetene hadde frafalt vedtak om inndragning, og særlig ble det vist til sak 04/9930 der direktoratet skal ha uttalt at inndragning kan unnlates i «særlige tilfelle».

## Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

### «1. Toinstansbehandling

Klagerne anfører at behandlingen hos Norges Sildesalgslag og direktoratet ikke har vært tilstrekkelig uavhengig av hverandre. Herunder skriver de at det «ideelt» sett ikke bør være kontakt mellom instansene.

For at en klagerett etter forvaltningsloven § 28 skal bli reell og den enkelte part skal være sikret en

ny uhildet vurdering av saken skal en sak behandles av to uavhengige instanser. Dersom det overordnede organet forut for klagesaken kan sies å ha tatt stilling til de spørsmålene saken gjelder, vil det kunne reises spørsmål om klagebehandlingen har vært reell og om det på grunn av inhabilitetsbetraktninger kan anses å stride mot god forvaltningsskikk eller forsvarlig saksbehandling at klageinstansen behandler saken. Dette fordi klageretten skal være en rettsikkerhetsgaranti for borgerne.

Slik saken er opplyst legges det til grunn at Silde-salgslaget som førsteinstans kontaktet Fiskeridirektoratet for å få avklart forståelsen av sildeforskriften § 13. Direktoratet sluttet seg etter det opplyste til salgslagets forståelse. Spørsmålet blir da om saken har fått en reell uhildet toinstansbehandling.

Det synes å fremgå av Fiskeridirektoratets e-post 29. januar 2007 til departementet at Sildesalgslagets henvendelse gjaldt «forståelsen av vilkåret 'per tur'» og at det ikke ble henvist til denne konkrete saken. I brev 25. august 2008 opplyste direktoratet at forespørselen fra salgslaget til direktoratet var muntlig og at det ikke foreligger noe referat fra samtalen. Direktoratet skal videre «også tidligere har fått henvendelser vedrørende ... problemstillingen».

Normalt vil en slik forespørsel om regelforståelse være av generell karakter og ikke være knyttet opp til et konkret faktum i en spesiell sak. Det er vanskelig å se at direktoratet har tatt stilling til spørsmålet om overtredelse av fastsatt kvote og inndragning i denne konkrete saken. Det bemerkes videre at fiskeridirektoratet forutsetningsvis ikke er bundet av sin uttalelse til salgslaget på en slik måte at den ikke kan ta hensyn til klagerens anførsler i klageomgangen.

På denne bakgrunn har jeg ikke funnet at det foreligger tilstrekkelige holdepunkter for å kritisere direktoratets oppfatning om at klagen har fått en reell toinstansbehandling.

## 2. Sildeforskriften § 13 – uttrykket «per tur»

Som det fremgår er det uenighet mellom partene om hvordan sildeforskriften § 13 tredje ledd siste punktum om turkvote skal forstås. Uenigheten knytter seg til om fangstbegrensningen «per tur» innebærer en begrensning «per tur innenfor området» slik klagerne hevder eller «avgang havn til levering foretas» slik fiskeriforvaltningen har lagt til grunn.

I brev 25. august 2008 fremholder direktoratet at det «språklig sett ikke er åpning for å forstå bestemmelsen slik klager hevder». Videre tilbakeviser de at «Fiskeridirektoratet var usikker på forståelsen».

Rent språklig sett kan uttrykket «per tur» forstås på flere måter. Ordlyden gir dermed isolert sett ingen særlige holdepunkter for verken direktoratets eller klagernes fortolkning.

Heller ikke forarbeidene synes å gi noen veiledning for hvordan dette uttrykket skal forstås. I den forbindelse vises det spesielt til departementets e-post 1. februar 2007 til Fiskeridirektoratet hvor det fremgår at det ikke «forefinnes ... forarbeider eller notater i forbindelse med vedtakelsen av § 13, 3. ledd».

Fiskeridepartementet – som har fastsatt sildeforskriften – gir imidlertid i nevnte e-post 1. februar 2007 uttrykk for samme forståelse som direktoratet.

Formålet bak reguleringen av sildefisket i det aktuelle området i «Vestfjorden og innenforliggende fjordsystemer» gir imidlertid en viss tolkningsveiledning i den forstand at dersom fartøy må påregne å losse fangst fra området for å kunne fortsette å fiske mer enn 100 tonn totalt, kan dette medføre at fisket i dette området blir begrenset. Direktoratet har gjort rede for at bakgrunnen for reguleringen nettopp var at fiske etter sild inne i Vestfjorden medførte «fare for nedreping grunnet sildens endrede «vandringsmønster» som gjorde at silden sto «lengre ute i havet enn tidligere». Det ble dermed behov for å regulere adgangen til fiske i det aktuelle området, men samtidig sikre at mindre fartøy uten «den mobilitet og effektivitet som den store fiskeflåten har» fikk mulighet til å «ta sin sildekvote». Av denne grunn var fartøy av A og Bs størrelse utestengt fra området til 30. juni 2006.

Hensynet bak bestemmelsen synes således å være best ivaretatt ved den regelforståelsen fiskeriforvaltningen har lagt til grunn, nemlig at begrensningen på 100 tonn «per tur» gjelder all fangst fra avgang havn til lossing så fremt hele eller deler av fangsten er fra det avgrensede området. Kontrollhensyn taler også for en slik fortolkning.

Direktoratet har i tillegg vist til at begrepet «per tur» er brukt i andre lover og forskrifter, som saltvannsfiskekollen § 5 første ledd, den tidligere deltakerloven av 26. mars 1999 § 27 og forskrift om spesielle tillatelser til å drive enkelte former for fiske og fangst (konsesjonsforskriften) § 2-8 første ledd og § 2-12 første ledd, i tillegg til forskrift om regulering av fiske etter komule i 2007 § 3. Det er også vist til instruks for føring av fangstdagbok gitt med hjemmel i forskrift 26. juli 1993 om oppgaveplikt for fiske og fangstfartøy der det står at «ved ny tur skal det alltid påbegynnes ny side i fangstdagboken og turene skal føres fortløpende fra årets begynnelse» samt at «hver tur regnes som avsluttet når hele fangsten er levert». Etter det opplyste følger det videre av nevnte forskrift fra 1993 § 3 at alle fiskefartøy over 21 meter er pliktig å føre fangstdagbok i tillegg til alle fartøy som har tillatelse til å fiske med trål. Både A og B hadde etter det opplyste rett til å fiske med trål og de var således pliktig å føre fangstdagbok. Direktoratet opplyste videre at kravene for føring av fangstdagbok anses «som godt kjent i næringen», at begrepet «kvote per

tur» er et kjent begrep i næringen og forvaltningen, og at «svært få» fartøy har forstått regelen slik A og B hevder å ha gjort.

Selv om Sildesalgslaget fant grunn til å konsultere direktoratet, som igjen tok kontakt med departementet, har jeg på bakgrunn av ovennevnte ikke rettslig grunnlag for kritisere direktoratets forståelse av begrepet «per tur» som «avgang havn til levering foretas», og den fastsatte kvote må derfor anses overskredet.

### 3. Saltvannsfiskeoven § 7 – hjemmel til skjønnsmessig fastsetting av inndragningen?

Inndragningsvedtaket er hjemlet i sildeforskriften § 13 tredje ledd siste punktum, jf. saltvannsfiskeoven §§ 7 og 5. Selve inndragningsbestemmelsen i saltvannsfiskeoven § 7 første ledd lyder:

«Overskrider et fartøy den fangstmengde som er fastsatt i medhold av § 5, § 5 a og § 6, tilfaller merfangsten eller dens verdi den salgsorganisasjon som førstehåndsomsetningen av fangsten er lagt til. Dette gjelder uten hensyn til om forholdet medfører straffeansvar.»

Verken loven eller sildeforskriften inneholder etter det opplyste dispensasjonsbestemmelser for de tilfeller der et fartøy har overskredet den fangstmengde som er fastsatt i medhold av lovens §§ 5, 5a og 6. Et spørsmål er imidlertid om det likevel er adgang til helt eller delvis å unnlate inndragning på bakgrunn av rimelighetsbetraktninger.

Det fremgår av brev 25. august 2008 at direktoratet tolker «tilfaller» slik at det ikke er noen slik adgang. Klagerne er som nevnt ikke enig i dette, og har vist til at fiskerimyndighetene i tidligere saker har unnlatt å inndra fangstverdi. Det vises i denne sammenheng til sak 2002/16599 der direktoratet «etter en totalvurdering» opphevet vedtak om inndragning med hjemmel i saltvannsfiskeoven § 11 fordi en aktuell regel i den såkalte godkjenningsforskriften fra 2001 «burde vært klarere presisert» og fordi inndragning av ulovlig fangst representerer «en alvorlig reaksjon». Videre vises det til sak 2004/9930 der direktoratet angir at prinsippet om inndragning etter saltvannsløven § 11 kan fravikes i «særlige tilfelle» og at det er en «hovedregel» at fangsten tilfaller salgsorganisasjonen. I ombudsmannsak 2005/402 er det lagt til grunn at inndragningshjemlene i saltvannsfiskeoven §§ 7 og 11 til en viss grad er overlappende, men at de synes å ta sikte på forskjellige situasjoner. § 7 gjelder inndragning av merfangst, mens § 11 gjelder inndragning av fangst som er fisket i strid med bestemmelser i saltvannsfiskeoven eller bestemmelser gitt i medhold av loven.

Nevnte saker kan tyde på at fiskeriforvaltningen tidligere har lagt til grunn at det foreligger hjemmel

til å unnlate inndragning. I lys av at uttrykket «per tur» i sildeforskriften § 13 kan gi rom for tolknings tvil og på bakgrunn av at både Sildesalgslaget og direktoratet kontaktet overordnet instans vedrørende tolkningen av dette begrepet, finner jeg å måtte be direktoratet om å foreta en fornyet vurdering av om det foreligger hjemmel til å unnlate hel eller delvis inndragning i en sak som denne, og om dette i så fall bør skje.

#### 4. Konklusjon

Etter mitt skjønn hefter det begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Direktoratet bes etter dette om å foreta en fornyet vurdering i lys av de bemerkninger jeg har gitt ovenfor.

På bakgrunn av at bestemmelsen i sildeforskriften § 13 tredje ledd siste punktum kan gi rom for misforståelser bes direktoratet vurdere om det bør ta opp med Fiskeridepartementet om bestemmelsen bør klargjøres.

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

## 91.

### Inndragning av fangstverdi og toinstansbehandling av spørsmål om utgiftskompensasjon

(Sak 2008/881)

*Saken gjaldt inndragning av fangstverdi. Spørsmålet var i hovedsak om adgangen til å få 20 % utgiftskompensasjon hadde vært undergitt en reell toinstansbehandling og om det var adgang til å fastsette inndragningen skjønnsmessig.*

*Ombudsmannen uttalte at dersom et overordnet organ forut for klagesaken kunne sies å ha beordret et underordnet organ til ikke å behandle et sentralt spørsmål i klagesaken og dette var etterkommet, ville det kunne reises spørsmål om klagebehandlingen hadde vært reell. Det var vanskelig å se at salgslaget ved kun å vise til direktoratets instruksjon om ikke å innvilge utgiftskompensasjon i saker der det er uenighet om faktisk kvote, hadde foretatt en selvstendig vurdering. Ombudsmannen uttalte også at tidligere saker talte for at det kunne være hjemmel for å unnlate hel eller delvis inndragning i en sak som denne. På denne bakgrunn ble direktoratet bedt om å foreta en fornyet vurdering.*

As fartøy hadde etter det opplyste en fysisk lengde på 22,4 meter og hjemmelslengde mellom 20 og 21 meter. Fiskeri- og kystdepartementet fastsatte i forskrift 21. desember 2006 om regulering av fisket etter torsk, hyse og sei nord for 62°N (kvoteforskriften) § 16 en kvote på 104,8 tonn torsk i 2007 for denne

kategori fartøy. Ved endringsforskrift 12. mars 2007 ble kvoten økt til 110 tonn.

Etter varsel vedtok Norges Råfisklag (heretter kalt salgslaget) «inndragning av kroner 140 166,31 for merfangsten av 8 630,8 kg torsk rund vekt til en verdi av kroner 146 339,88», under henvisning til at «A» hadde fisket utover tillatt fangstmengde på 104,8 tonn. Overfisket fremkom ved innmeldinger.

Vedtaket ble påklaget med hovedanførsel om at det ikke var fisket utover gjeldende kvote. Subsidiært ble det bedt om «20 % av fangstverdien» for «arbeidet ... med fisken» – såkalt utgiftskompensasjon. Fiskeridirektoratet stadfestet salgslagets vedtak.

A begjærte ved flere anledninger omgjøring, men begjæringene ble avslått av direktoratet.

I klagen til ombudsmannen ble det anført at A hadde fisket i god tro og at rimelighetshensyn talte for at muligheten for å «avvike prinsippet om inndragning» ble anvendt. Det ble også anført at det forelå saksbehandlingsfeil ved at spørsmålet om utgiftskompensasjon ved inndragning ikke var vurdert i to instanser.

Det ble funnet grunn til å undersøke enkelte sider av saken. Fiskeridirektoratet ble blant annet bedt om å redegjøre for sitt syn på situasjonen der kvoten i løpet av reguleringsperioden ble økt tilsvarende overfisket etter gammel kvote. Herunder var det ønskelig med en redegjørelse for hensynet bak inndragning når kvotene ble økt slik at den innmeldte fangsten ikke oversteg den nye kvoten.

Direktoratet ble spurt om hvordan det hadde behandlet klagerens anførsel om at kvotereguleringen var svært vanskelig å forstå, og i forlengelsen av dette om en redegjørelse for kvotene i 2006 sammenlignet med 2007.

Det var også ønskelig at direktoratet kommenterte anførselen om at Fiskerikontoret på Sortland hadde oppgitt en kvote på 110 tonn. Det ble spurt om den rettslige betydningen av en slik eventuell feilinformasjon i forhold til næringsutøverens ansvar for å sette seg inn i og følge gjeldende regler.

Videre ble direktoratet bedt om å redegjøre for adgangen til å unnlate eller redusere inndragning etter saltvannsfiskeoven 3. juni 1983 nr. 40 § 7.

Direktoratet ble i tillegg spurt om bakgrunnen for uttalelsen om at Norges Fiskarlag ikke hadde funnet det «godtgjort at merfangsten var åpenbart utilsiktet» og om direktoratet mente at salgslaget hadde foretatt en selvstendig vurdering av spørsmålet om utgiftskompensasjon når salgslaget 13. september 2007 skrev:

«Etter tidligere innspill fra Fiskeridirektoratet ... er salgslaget instruert til ikke å innvilge 20 % der forholdet omhandler uenighet om faktisk kvote. ... Vi vil be Fiskeridirektoratet om å vurdere en eventuell innvilgelse av søknaden om 20 % ved-

erlag samtidig med saksbehandlingen av selve klagen på vedtaket.»

Avslutningsvis ble direktoratet bedt om å kommentere saksbehandlingstiden i saken.

Fiskeridirektoratet gjorde i svarbrevet nærmere rede for systemet for kvoteregulering, og presiserte at på det tidspunktet overfisket ble gjort hadde fartøyet ikke tilstrekkelig kvote i forhold til fisket som ble utøvet. Det ble anført at kontroll og likebehandlingshensyn tilsa at en ved spørsmål om inndragning måtte forholde seg til den kvote det enkelte fartøy hadde til enhver tid, og at dette var helt avgjørende for å kunne drive ressurskontroll.

Direktoratet opplyste at dersom det hadde blitt foretatt ytterligere refordeling i «As» gruppe og «A» etter dette hadde en større kvote enn det som allerede var landet, kunne fartøyet fortsette fisket innenfor den nye kvoten.

Videre ble det fremhevet at et fartøy i fiske er forpliktet til å undersøke og forsikre seg om hvilken kvote det er adgang til å ta med fartøyet til enhver tid.

Direktoratet gjorde rede for endringene fra 2006 til 2007. Det ble opplyst at direktoratet ikke var kjent med at endringen hadde medført store vanskeligheter i forhold til forståelse av regelverket, og direktoratet kunne ikke se at reguleringen av fisket i 2007 var mer komplisert enn øvrige forskrifter og reguleringer den enkelte fiskeren må tilegne seg kunnskap om.

Direktoratet kunne verken bekrefte eller avkrefte at det var kontaktet i forbindelse med denne saken. Det ble imidlertid presisert at slik kontakt i enkeltspørsmål ikke kan utelukke fiskerens eget ansvar for å gjøre seg kjent med gjeldende reguleringer, slik at fiskeren i tillegg til å søke råd hos Fiskeridirektoratet forutsettes å benytte seg av de øvrige kildene som eksisterer.

Videre ble det understreket at inndragning skjer på objektivt grunnlag, og ikke basert på subjektive forhold ved handlingen. Det ble anført at lovhjemmelen for inndragning er utformet slik at den ikke åpner for skjønsmessige vurderinger.

Direktoratet mente for øvrig at spørsmålet om utgiftskompensasjon hadde vært gjenstand for toinstansbehandling. Det ble imidlertid opplyst at salgslaget ikke behandlet spørsmålet om vederlag da vedtaket ble fattet fordi klageren i tilsvaret til utsendt forhåndsvarsel ikke hadde godtgjort at merfangsten var åpenbart utilsiktet, men at det ved klagebehandlingen hadde vurdert kravet om utgiftskompensasjon, men at dette ikke ble innvilget.

Vedrørende saksbehandlingstid ble det i hovedsak vist til at det i enkelte tilfeller er vanskelig å avslutte inndragningssaker innenfor forvaltningslovens krav grunnet omfanget av opplysninger som fremkommer gjennom sluttседler, fangstdagbøker og landingssедler.

Uttalelsen fra Fiskeridirektoratet ble oversendt klageren, som fastholdt at fiskerne i 2007 «hadde problemer med å forstå hvor mye kvote fartøyet kunne fiske ved årets start».

Videre viste klageren til et tilfelle der Fiskeridepartementet hadde lagt til grunn at fiskerimyndighetene hadde gitt feilaktig informasjon, selv om det ikke var dokumentert hva slags informasjon som var gitt.

I tillegg fremla klageren eksempler på at fiskerimyndighetene tidligere har åpnet for skjønnsmessige vurderinger og valgt å unnlate inndragning ved brudd på kvoteregulene.

Avslutningsvis bemerket klageren at forhåndsvarselet ikke ga foranledning til å kommentere spørsmålet om omkostningsfradrag, og det ble fastholdt at salgslaget ved klagebehandlingen ikke hadde foretatt en reell vurdering av spørsmålet om omkostningsfradrag slik at det ikke ble foretatt noen reell toinstansbehandling.

Fiskeridirektoratet hadde ikke ytterligere merknader til saken.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

#### *«1. Toinstansbehandling*

Saltvannsfiskeloven 3. juni 1983 nr. 40 § 7 hjemler inndragning av merfangst. Etter forskrift 20. november 1989 nr. 1185 § 3 (inndragningsforskriften) skal det ved inndragning gis «vederlag for omkostninger ved ilandføring dersom merfangsten eller den ulovlige fangsten åpenbart ikke var tilsiktet». Vederlaget skal som hovedregel «fastsettes til 20 % av merfangstens eller den ulovlige fangstens verdi».

Klageren har anført at det ikke er foretatt en reell toinstansbehandling ved at salgslaget ikke har foretatt en reell og selvstendig vurdering av spørsmålet om utgiftskompensasjon.

Det følger av forvaltningsloven § 28 at et enkeltvedtak kan påklages. Sakens parter har med dette krav på en ny realitetsavgjørelse i saken. For at en klagerett skal være reell og den enkelte part skal være sikret en ny uhildet vurdering, skal en sak behandles av to uavhengige instanser. Det er på det rene at salgslaget som førsteinstans ved inndragningen 29. august 2007 ikke vurderte spørsmålet om utgiftskompensasjon. Fiskeridirektoratet har begrunnet dette med at klageren i tilsvaret til forhåndsvarselet 3. august 2007 om inndragning ikke hadde godtgjort at merfangsten var åpenbart utilsiktet. Klageren viser på sin side til at formuleringen i forhåndsvarselet ikke foranlediget noen kommentarer.

Salgslaget skrev blant annet i forhåndsvarselet:

«Til orientering vil omkostningsfradrag bli innvilget, med mindre Norges Råfisklag finner det godtgjort at merfangsten var åpenbart tilsiktet.»

Det kan vanskelig legges til grunn at nevnte formulering stiller krav om at klageren må godtgjøre at merfangsten var utilsiktet for at utgiftskompensasjon skulle bli vurdert. Ordlyden i varselet antyder tvert i mot at salgslaget vil vurdere spørsmålet, og at kompensasjonen vil bli innvilget med mindre vurderingen viser at «merfangsten var åpenbart tilsiktet».

Direktoratet har vist til at salgslaget uansett vurderte utgiftskompensasjon i forbindelse med klagebehandlingen 13. september 2007. I brevet direktoratet sikter til skriver salgslaget:

«Etter tidligere innspill fra Fiskeridirektoratet ..., er salgslaget instruert til ikke å innvilge 20 % der forholdet omhandler uenighet om faktisk kvote. I denne saken hevder fisker å ha fått uriktige kvoteopplysninger fra Fiskeridirektoratets regionkontor. Vi vil be Fiskeridirektoratet om å vurdere en eventuell innvilgelse av søknaden om 20 % vederlag samtidig med saksbehandlingen av selve klagen på vedtaket.»

Direktoratet har fremholdt at salgslaget ved å henvise til en slik «generell fortolkning av regelverket» har «foretatt en selvstendig vurdering av spørsmålet» og at spørsmålet om utgiftskompensasjon derfor er behandlet i første instans.

Normalt vil en instruks om regelforståelse – som direktoratet mener det er tale om – kunne være av generell karakter og ikke nødvendigvis være knyttet opp til en konkret sak.

Ordlyden i salgslagets brev 13. september 2007 gir imidlertid klart inntrykk av at direktoratet har instruert salgslaget om ikke å foreta en vurdering av det aktuelle spørsmålet. Dersom et overordnet organ forut for klagesaken kan sies å ha beordret et underordnet organ til ikke å behandle et sentralt spørsmål i klagesaken og dette er etterkommet, vil det kunne reises spørsmål om klagebehandlingen har vært reell og om det strider mot forvaltningsloven § 28 at klageinstansen behandler spørsmålet med endelig virkning.

Slik denne saken er opplyst er det vanskelig å se at salgslaget ved kun å vise til direktoratets instruksjon om ikke å innvilge utgiftskompensasjon i saker der det er uenighet om faktisk kvote har foretatt en selvstendig vurdering. Det foreligger ingen begrunnelse i henhold til forvaltningsloven §§ 24 og 25.

På denne bakgrunn har jeg funnet at det er knyttet tvil til om spørsmålet om utgiftskompensasjon har fått en reell toinstansbehandling, og jeg ber direktoratet foreta en ny vurdering av dette.

#### *2. Saltvannsfiskeloven § 7 – hjemmel til skjønnsmessig fastsetting av inndragningen?*

Med hjemmel i saltvannsfiskeloven §§ 4, 5 og 9 blir reguleringen av fiske etter torsk med konvensjonelle redskap i lukket gruppe fastsatt i årlige forskrifter.

Forskrift om regulering av fisket etter torsk, hyse og sei nord for 62°N i 2007 ble vedtatt av Fiskeri- og kystdepartementet 21. desember 2006 (torskeforskriften).

Slik saken er opplyst synes det å være enighet om at «A» ved årets begynnelse fikk en garantert kvote på 104,8 tonn torsk. Ved vedtak 12. mars 2007 ble forskriften imidlertid endret slik at «A» fikk en maksimal torskekvote på 110 tonn. Det legges til grunn som ubestridt at fartøyet landet mer enn den garanterte kvoten før maksimalkvoten ble innført.

Saltvannsfiskeloven § 7 første ledd første punktum lyder:

«Overskrider et fartøy den fangstmengde som er fastsatt i medhold av § 5, § 5 a og § 6, tilfaller merfangsten eller dens verdi den salgsorganisasjon som førstehåndsomsetningen av fangsten er lagt til.»

Fiskeridirektoratet tar utgangspunkt i at kvoten som må overholdes er den som til enhver tid gjelder. Dette er bl.a. begrunnet ut i fra kontroll- og likebehandlingshensyn. Jeg har ingen rettslige merknader til dette. Det objektive vilkåret i saltvannsfiskeloven § 7 første ledd må dermed anses oppfylt. Utover utgiftskompensasjonen inneholder verken loven, reguleringsforskriften eller inndragningsforskriften etter det opplyste, dispensasjonsbestemmelser for de tilfeller der et fartøy har overskredet den fangstmengde som er fastsatt i medhold av lovens §§ 5, 5a og 6. Et spørsmål er imidlertid om det likevel er adgang til helt eller delvis å unnlate inndragning på bakgrunn av rimelighetsbetraktninger.

Det fremgår av brev 8. oktober 2008 at direktoratet tolker «tilfaller» slik at det ikke er en slik adgang. Klageren er som nevnt ikke enig i dette, og har vist til eksempler på at fiskerimyndighetene i tidligere saker har unnlatt å inndra fangstverdi.

I denne sammenheng vises det særlig til sak 2004/9930, der direktoratet angir at prinsippet om inndragning etter saltvannsloven § 11 kan fravikes i «særlige tilfelle» og at det er en «hovedregel» at fangsten tilfaller salgsorganisasjonen. Direktoratet har ikke kommentert denne saken til tross for anmodning i brev 29. september 2008 herfra. For ordens skyld bemerkes at det i ombudsmannsak 2005/402 er lagt til grunn at inndragningshjemlene i saltvannsfiskeloven §§ 7 og 11 til en viss grad er overlappende, men at de synes å ta sikte på forskjellige situasjoner. Paragraf 7 gjelder inndragning av merfangst, mens § 11 gjelder inndragning av fangst som er fisket i strid med bestemmelser i saltvannsfiskeloven eller bestemmelser gitt i medhold av loven. Sak 2004/9930 kan tyde på at fiskeriforvaltningen tidligere har lagt til grunn at det foreligger hjemmel til å unnlate inndragning. Klagerens øvrige referansesaker vedlagt brevet 21. november 2008 synes å tale i samme

retning. For øvrig vises det til ombudsmannsak 2008/513 hvor det ble trukket tilsvarende konklusjon.

På denne bakgrunn finner jeg å måtte be direktoratet foreta en fornyet vurdering av om det foreligger hjemmel til å unnlate hel eller delvis inndragning i en sak som denne, og om dette i så fall bør skje.

Jeg finner etter dette ikke grunn til å kommentere klagerens anførsler knyttet til forvaltningens veiledning eller kompleksiteten i regelverket, da dette vil kunne være relevante hensyn i direktoratets nye behandling.

### 3. Saksbehandlingstid

Fiskeridirektoratets saksbehandlingstid gir ikke grunn til særskilte merknader. Jeg har imidlertid merket meg direktoratets uttalte målsetting om å avslutte «eventuelle inndragningssaker innenfor forvaltningslovens krav». Dersom det er slik at dette viser seg vanskelig å få til, bl.a. på grunn av salgslagenes omfattende kontrolloppgaver, regner jeg med at direktoratet søker å iverksette nødvendige tiltak slik at målsettingen nås.

### 4. Konklusjon

Etter mitt skjønn hefter det begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd. Direktoratet bes etter dette om å foreta en fornyet vurdering i lys av de bemerkninger jeg har gitt ovenfor.

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

## 92.

### Overtredelsesgebyr etter akvakulturloven

(Sak 2008/2349)

*Saken gjaldt gyldigheten av Fiskeridirektoratets vedtak om å ilegge A et overtredelsesgebyr på kr 9 197 684 som følge av biomasseoverskridelse, jf. akvakulturloven § 30 jf. reaksjonsforskriften § 9 og § 10.*

*Ombudsmannen kom til at det var begrunnet tvil knyttet til om Fiskeridirektoratets illeggelse av overtredelsesgebyret var i tråd med Grunnloven § 96, og ba Fiskeridirektoratet om å vurdere saken på nytt.*

Fiskeridirektoratet, Region Nordland vedtok å ilegge foretaket A et overtredelsesgebyr på kr 9 197 684 som følge av biomasseoverskridelse, jf. lov 17. juni 2005 om akvakultur (akvakulturloven) § 30, jf. forskrift 29. mars 2007 nr. 361 om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven (reaksjonsforskriften) § 9 og § 10, jf. forskrift 22. desember 2004 nr. 1785 om drift av akvakulturanlegg § 42. A påklaget vedta-

ket, som ble stadfestet av Fiskeridirektoratet, Kyst- og havbruksavdelingen.

A klaget saken inn for ombudsmannen. Det ble anført at Fiskeridirektoratets vedtak var ugyldig fordi overtredelsesgebyret var å regne som straff etter Grunnloven § 96. Etter advokatens syn forelå det uansett en krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), da ileggelsen av overtredelsesgebyret var en «criminal charge», jf. EMK art. 6 nr. 1. Det ble videre bl.a. anført at A verken hadde opptrådt forsettlig eller uaktsomt, samt at vedtaket var ugyldig etter de ulovfestede reglene om vilkårlighet, sterk urimelighet og forskjellsbehandling.

Det ble funnet grunn til å undersøke enkelte sider av saken nærmere. I brev fra ombudsmannen ble Fiskeridirektoratet bedt om å kommentere klagerens anførsel om at vedtaket var ugyldig på bakgrunn av de ulovfestede reglene om vilkårlighet og sterk urimelighet. Det ble videre stilt spørsmål ved om Fiskeridirektoratet hadde vurdert forholdsmessigheten av overtredelsesgebyret som A ble ilagt, og om det i så fall hadde blitt sett hen til de maksimumsbeløp som fremgikk av reaksjonsforskriften § 10 annet ledd og § 11 første og tredje ledd. Det ble også bedt om en kommentar til anførselen om at vedtaket var ugyldig på grunn av usaklig forskjellsbehandling, samt en vurdering av om overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 10 er straff, jf. Grl. § 96, eller «criminal charge», jf. EMK art. 6 nr. 1.

I brev samme dag ble Fiskeri- og kystdepartementet bedt om en kommentar til Fiskeridirektoratets standpunkt om at den standardiserte utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 hadde hjemmel i akvakulturloven § 30, herunder å gi en nærmere redegjørelse for om utmålingsregelen harmonerte med ordlyden i lovbestemmelsen om at overtredelsesgebyret «skal stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved overtredelsen». Departementet ble videre bedt om en nærmere redegjørelse for de vurderinger som lå bak valget om å innføre en standardisert utmålingsregel i reaksjonsforskriften § 10 første ledd. Det ble stilt spørsmål om det var forsvarlig å anvende en slik utmålingsregel ved beregning av overtredelsesgebyr av den størrelse som i foreliggende sak, samt om hvilke hensyn departementet hadde vurdert effektivitetshensynet opp mot. Departementet ble også bedt om å redegjøre for hvorfor det ikke var angitt et maksimumsbeløp for overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 10 første ledd, og om hvordan Fiskeridirektoratet burde og kunne hensynta det forvaltningsrettslige prinsipp om forholdsmessighet ved anvendelse av bestemmelsen.

Klageren ble ved brev samme dag orientert om at vurderingen av vilkåret om en «forsettlig eller uaktsom» overtredelse, jf. akvakulturloven § 30 første

ledd, berodde på bevisvurderinger som var best egnet for en domstolsbehandling.

Fiskeridirektoratet svarte at det i vedtaket ble vurdert om overtredelsesgebyret skulle beregnes etter reaksjonsforskriften § 10 annet ledd, og at Fiskeridirektoratet «således [hadde] vurdert forholdsmessigheten av ileggelsen av overtredelsesgebyret». Forholdsmessigheten var ifølge Fiskeridirektoratet «dessuten i utgangspunktet ivaretatt ved at det er fortjenesten som utgjør utgangspunktet for utregningen». I tilknytning til klagerens anførsel om usaklig forskjellsbehandling, skrev Fiskeridirektoratet at «[a]v de klagesakene som har vært til vurdering i Fiskeridirektoratet sentralt, er det ingen av overtredelsesgebyrene som er blitt frafalt». Fiskeridirektoratet foretok deretter en vurdering av om ileggelse av overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 var straff, jf. Grl. § 96, og konkluderte med at det ikke var tilfelle. Det ble uttalt at Fiskeridirektoratet aldri hadde bestridt at ileggelse av overtredelsesgebyr etter denne bestemmelsen var å regne som straff i EMKs forstand.

Departementet slo i brev 23. mars 2009 fast at reaksjonsforskriften § 10 hadde hjemmel i akvakulturloven § 30. Departementet skrev videre:

«Departementet har gjennom utmålingsreglene sørget for at det ikke skal være lønnsomt for oppdretter å overtre regelverket. Ved utmålingen av gebyret tas det, til tross for at denne er standardisert, hensyn til overtredelsens omfang fordi utmålingen baseres på antall kilo ulovlig produsert fisk. Det tas videre hensyn til fortjenesten ved at gebyret utmåles etter salgsprisen. På den måten vil gebyret være større eller mindre avhengig av om markedsprisene er høye eller lave på det aktuelle tidspunktet overtredelsen finner sted. Det er markedsprisen som bestemmer hvilken fortjeneste oppdretter har. Gebyret står derfor i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved overtredelsen, jf. akvakulturloven § 30.

Det pønale tillegget vil være de variable kostnadene ved å produsere den ulovlige fisken. De faste kostnadene må anses dekket innenfor den lovlig produserte biomassen, og departementet mener det vil stride mot den alminnelige rettsoppfatningen dersom oppdretter skulle få 'subsidiert' eller dekket hele eller deler av kostnadene ved å bryte regelverket. Reaksjonsforskriften § 10 er derfor i realiteten en inndragningsbestemmelse som rammer den ulovlige delen av produksjonen.

---

Departementet var ved utarbeidelsen av forskriften klar over at det i et fåtall saker kunne oppstå tilfeller som medfører at utmålingen, slik den fremkommer av § 10 første ledd, ikke ville være en passelig reaksjon. Akvakulturreaksjonsforskriften inneholder derfor en sikkerhetsventil. Etter § 10 andre ledd kan overtredelsesgebyret beregnes på en annen måte dersom det foreligger 'særlige grunner'.

---

For øvrig bemerkes det at i de få tilfellene hvor gebyrene nærmer seg 10 millioner kroner og hvor myndighetene ikke har funnet å kunne bruke unntaksbestemmelsen i reaksjonsforskriften § 10 andre ledd, skyldes dette at overskridelsene er meget store. I denne konkrete saken vises det til at overskridelsen på 467 362 kg fisk utgjør om lag 60 % av klagers lovlige tillatte biomasse på selskapsnivå - noe som i volum tilsvarer ca 25 standard trailercontainere med fisk.

Fiskeri- og kystdepartementet ser meget alvorlig på brudd på biomasseregelverket. Alternativet til at Fiskeridirektoratet ilegger et overtredelsesgebyr vil være etterforskning og straffettslig påtale fra politiet. »

Til spørsmålene knyttet til utmålingsregelen, skrev departementet følgende:

«Fiskeri- og kystdepartementet vil først vise til at oppdretters beveggrunner for å overtre regelverket stort sett vil være av økonomisk art, da det kan være store økonomiske incentiver i å produsere mer enn det som er tillatt etter regelverket. Overtredelse av biomasseregelverket er en ensartet type lovovertrødelse som er lett å kvantifisere, og således egnet til å være gjenstand for en standardisert utmåling. Ved at det er antall kg ulovlig produsert fisk som er avgjørende for det reelle gebyrets størrelse, tas det hensyn til alvorlighetsgraden ved den enkelte overtredelse.

Ca 95 % av all laksefisk som produseres i Norge eksporteres til utlandet, og Eksportutvalget for fisk utarbeider statistikker over gjennomsnittelige salgspriser for hver art hver måned. Det er denne salgsprisen som legges til grunn av Fiskeridirektoratet. Ved at antallet kg ulovlig produsert fisk multipliseres med salgsprisen tas det hensyn til fortjenesten. Etersom det kun er de variable kostnadene som utgjør det reelle gebyret, vil også avvikene i gebyrets størrelse pr. kg være små - produksjonskostnadene anses således å være relativt like.

De standardiserte satsene sikrer derfor at alle som overtrer regelverket behandles likt og på en rettfærdig måte, samtidig som det er lett å forutbergne sin rettsstilling.

For forvaltningens del innebærer standardiserte satser at ordningen er enkel å praktisere. Dersom man hadde valgt en ordning basert på en helt individuell utmåling, ville det vært langt mer ressurskrevende for forvaltningen og næringsaktørene. Dette uten at det, etter departementets oppfatning, ville bli kompensert med større rettsikkerhet for oppdrettsselskapene. Departementet har i tråd med Sanksjonslovutvalgets innstilling vedtatt merknader, og Fiskeridirektoratet har utferdiget retningslinjer til regionkontorene for å sikre en enhetlig forvaltning.»

Departementet fant på denne bakgrunn at det var «forsvarlig å ilegge [A] et overtredelsesgebyr basert på en standardisert utmålingsregel». Det ble også bemerket at andre utmålingsalternativer ville ha medført at det ble gitt kompensasjon for de utgifter oppdretter hadde med å produsere ulovlig fisk. Departementet skrev også at gebyrets størrelse i seg selv ikke

var enestående i norsk forvaltningspraksis, og viste til at Tine BA har blitt ilagt et overtredelsesgebyr på kr 45 millioner og SAS et på kr 20 millioner etter konkurranseloven.

Det fremgikk videre av brevet at departementet under utarbeidelsen av forskriften vurderte om det burde settes et maksimumsbeløp i reaksjonsforskriften, men da det ikke ble gjort «var det fordi det ikke skal lønne seg å overtre miljøbestemmelsene i eller i medhold av akvakulturloven». Et maksimumsbeløp ville slik departementet så det «premiere den som overtrer regelverket mest, og ved store nok overtredelser ville det således lønne seg å overtre regelverket». Departementet nevnte at det fremgikk av Fiskeridirektoratets retningslinjer at regionkontorene alltid skal vurdere å anmelde overtredelser av biomasseregelverket, dersom overtredelsen er på 780 tonn eller mer, og at det «for alle praktiske formål [vil] innebære et maksimumsbeløp for myndighetenes bruk av overtredelsesgebyr».

Departementet skrev avslutningsvis at reaksjonsforskriften § 10, slik den var utformet, ivaretok hensynet til forholdsmessighet, og viste til unntaket i annet ledd. Hensynet til forholdsmessighet var etter departementets mening også ivaretatt ved at utmålingen av gebyret etter første ledd tok utgangspunkt i overtredelsens størrelse og overtreders fortjeneste.

Klageren hadde kommentarer til både brevet fra Fiskeridirektoratet og brevet fra departementet. Det ble fastholdt at «så vel lovtekstens ordlyd som forarbeidene må forstås som en bekreftelse på at man her krever utredet en reell fortjeneste etter ordinær regnskapsmessig begrepsbruk» og at en «brutto omsetningsverdi gir ikke det vurderingsgrunnlag som lovgiver har stilt krav om». I tilknytning til departementets henvisning til overtredelsesgebyrets pønale formål, ble det påpekt at de variable kostnadene «er helt dominerende i oppdrettsvirksomhet». Det ble videre vist til at overtredelsesgebyret på kr 45 000 000 som Tine BA ble ilagt hadde blitt kjent ugyldig av Oslo tingrett, og at gebyrene som konkurransemyndighetene hadde utferdiget mot Tine BA og SAS for øvrig rettet seg «mot virksomheter som årlig omsetter for milliardbeløp og hvor man i begge tilfelle hadde sannsynliggjort forretningsmessige nettogevinster i en størrelsesorden som klart overstiger gebyrenes størrelse».

Fiskerimyndighetenes henvisning til inndragning etter deltakerlovens system kunne etter klagerens syn ikke ha relevans for den situasjon som forelå for fiskeoppdretterne etter reaksjonsforskriften § 10 første ledd, da «[b]ruttoprinsippet har vesentlig mer for seg ved overtredelse av fangstkvoter hvor de generelle kostnadene vil være helt dominerende i kostnadsbildet». Klageren viste videre til at «prisene som ble oppnådd ligger til dels betydelig under de normerte



priser som utgjør beregningsgrunnlaget for Fiskeridirektoratets overtredelsesgebyr».

Klageren uttalte videre at reaksjonen i dette tilfellet var av inngripende karakter, og at det begrensede antall klagesaker direktoratet hadde hatt til behandling «bekrefter at man rent håndhevningmessig ikke har et behov for standardisert gebyrbehandling i strafferettens grenseland». Det ble også anført at det krenket selvinkrimineringsvernet når data innhentet fra løpende rapportering fra overtrederen ble benyttet som grunnlag for en «criminal charge».

Det ble funnet grunn til å stille ytterligere spørsmål i saken, og departementet ble bedt om å vurdere om overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30, jf. reaksjonsforskriften § 10 er straff, jf. GrL. § 96. Det ble særlig bedt om en kommentar til betydningen av skyldkravet i reaksjonsforskriften § 9 første ledd, i hvilken grad hensynet til effektiv håndhevelse gjør seg gjeldende i disse sakene, reaksjonens omfang, overtredelsesgebyrets formål, og betydningen av at domstolene har begrenset adgang til å prøve gebyrets størrelse, samt om det foreligger «særlige grunner» etter reaksjonsforskriften § 10 annet ledd. I brev samme dag til Fiskeridirektoratet, ble det bedt om en kort redegjørelse for hvor mange overtredelsesgebyr Fiskeridirektoratet hadde ilagt etter reaksjonsforskriften § 9 jf. § 10 etter at forskriften trådte i kraft.

Departementet svarte i brev 10. juni 2009 at «akvakulturloven § 30 og reaksjonsforskriften §§ 9 og 10 er bygget opp i samsvar med føringene i NOU 2003:15», og at Sanksjonsutvalget har «konkludert med at Grunnloven § 96 ikke sperrer for ileggelse av overtredelsesgebyr». Det ble vist til Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 75, Ot.prp. nr. 70 (2003-2004) s. 35, Innst. O. nr. 99 (2004-2005) og Besl. O. nr. 113 (2004-2005), og bemerket at lovgiver har konkludert med at overtredelsesgebyr som ligger innenfor rammen av akvakulturloven § 30 ikke er straff i Grunnlovens forstand. Departementet skrev videre at Fiskeridirektoratets regionkontorer til sammen hadde gitt ca. 20 overtredelsesgebyr, «men mørketallene kan være betydelige». Etter våren 2008 var det ifølge departementet ikke gitt overtredelsesgebyr for brudd på biomassereglene, og en mulig årsak kunne være «at reaksjonsforskriften har virket preventivt». Det ble uttalt at «[s]elv om hensynet til forenkling ikke gjør seg like sterkt gjeldende i angjeldende type saker som for de typiske masseovertredelsene, mener departementet muligheten til å gi overtredelsesgebyr gir effektivitetsgevinster hos politiet, påtalemyndigheten og domstolene samtidig som saksbehandlingen går raskere».

Departementet skrev at overtredelsesgebyret var ment å ivareta «både individual- og allmennpreventive hensyn». Mens akvakulturloven §§ 27, 28 og 29

etter departementets oppfatning bare hadde til formål å bringe det ulovlige forhold til opphør, ville et overtredelsesgebyr etter § 30 «også ha til formål å hindre fremtidige overtredelser, gjennom sitt pønale preg».

Det ble videre uttalt at begrensningen i domstolenes adgang til å prøve forvaltningens frie skjønn «antagelig [måtte] modifiseres ettersom overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 10 jf. § 9, etter vår oppfatning, vil bli ansett som straff etter EMK». Departementet kunne «[u]nder enhver omstendighet, ... ikke se at en noe begrenset prøvelsesadgang i seg selv skulle gjøre at overtredelsesgebyr etter akvakulturloven blir å anse som straff etter Grunnloven § 96», da ordningen var «saklig begrunnet, bygget opp med gode rettssikkerhetsgarantier og lovgiver har gitt uttrykk for at gebyret ikke skal anses som straff i Grunnlovens forstand».

Departementet kommenterte avslutningsvis klagerens brev, og skrev at formålet med henvisningen til gebyrene som Tine BA og SAS hadde blitt ilagt var «ikke annen enn å vise at det i norsk forvaltningspraksis blir ilagt høye gebyrer, uten at dette er straff i Grunnlovens § 96 sin forstand». Det ble også bemerket at departementet ikke kunne se at GrL. § 96 hadde blitt påberopt i disse sakene.

Fiskeridirektoratet opplyste«[e]tter det vi kjenner til har regionene fattet ca. 20 vedtak om overtredelse for overskridelse av biomasse».

Klageren hadde ytterligere kommentarer til saken. Det ble presisert at det fra klagerens side ikke hadde vært anført at akvakulturloven § 30 i seg selv var uforenlig med Grunnloven. Klageren bemerket videre at det ikke medførte riktighet når departementet anførte at gebyrets størrelse var forankret i virksomhetens gevinst, da fiskerimyndighetene overhodet ikke hadde utredet hvorvidt fortjeneste/gevinst i henhold til akvakulturloven § 30 kunne påvises. Det ble avslutningsvis påpekt at lovgiver «ikke i noen sammenheng [har] vært forelagt reaksjonsforskriftens § 10», og at «reaksjonsforskriften er utferdiget av FKD uten å tilfredsstille de krav lovgiver har fastsatt i akvakulturlovens § 30».

Både Fiskeridirektoratet og klageren hadde ytterligere merknader til saken.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«I akvakulturloven § 30 første ledd heter det:

«Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelse gitt i eller i medhold av denne lov, kan ilegges et overtredelsesgebyr av tilsynsmyndigheten. Gebyret skal stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved overtredelsen. Det kan videre tas hensyn til tilsynsmyndighetens kostnader i tilknytning til kontrolltiltak og behandling av saken.»

Det synes i saken ikke bestridt at A har overtrådt bestemmelser gitt i medhold av akvakulturloven, jf. forskrift 22. desember 2004 nr. 1785 om drift av akvakulturanlegg § 42. Jeg har ikke undersøkt nærmere om denne overtredelsen var «forsettlig eller uaktsom», jf. akvakulturloven § 30.

Overtredelsesgebyret utmåles etter § 10 i reaksjonsforskriften:

«Ved overskridelse av den lovlige biomassen i henhold til forskrift om drift av akvakulturanlegg § 42 eller § 42a, utgjør overtredelsesgebyret det overskredne antall kilo multiplisert med den til enhver tid gjeldende verdi på overtredelsestidspunktet. Verdien fastsettes av Fiskeridirektoratet for en måned av gangen, og skal baseres på brutto salgspris for den aktuelle art.

Overtredelsesgebyret kan beregnes på annen måte dersom det foreligger særlige grunner. Maksimalt overtredelsesgebyr etter annet ledd må ikke overstige folketrygdens grunnbeløp multiplisert med femten.»

Utmålingsregelen i første ledd er standardisert, i den forstand at det ikke er rom for en konkret utmåling av gebyret ved den enkelte overtredelse. Overtredelsesgebyret kan imidlertid beregnes «på annen måte» etter annet ledd, dersom det foreligger særlige grunner. Selv om utmålingsregelen i første ledd er standardisert, tas det til en viss grad hensyn til både overtredelsens omfang og den faktiske fortjeneste ved at «det overskredne antall kilo» skal multipliseres med «gjeldende verdi på overtredelsestidspunktet». Hvorvidt dette er tilstrekkelig for å si at bestemmelsen har hjemmel i akvakulturloven § 30, skal jeg ikke gå nærmere inn på nå.

Jeg skal ta stilling til om Fiskeridirektoratets vedtak om å ilegge A et overtredelsesgebyr på kr 9 197 684 etter akvakulturloven § 30, jf. reaksjonsforskriften § 9 og § 10 var i strid med Grunnloven § 96.

I Grl. § 96 heter det:

«Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom.»

Det er domstolskravet i andre del av setningen som i denne saken er det sentrale. Kravet skal sikre at borgerne bare ilegges straff etter rettergang for en domstol, og skal slik sett hindre vilkårlighet fra forvaltningens side og fremme rettssikkerheten.

Spørsmålet blir om overtredelsesgebyret A ble ilagt var straff etter Grl. § 96, og at ileggelsen dermed skulle ha vært underlagt domstolsbehandling.

I Rt. 1977 s. 1207 la Høyesterett følgende definisjon av straff til grunn (jf. Andenæs' definisjon i Statsforfatningen i Norge, 4. utgave, 1976, s. 352):

«Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertræder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.»

Etter Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 76 har overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 «likhetstrekk med straff, men er ikke å regne som straff og ilegges heller ikke av politi eller domstol», men er «i forhold til straff et enklere og raskere sanksjonsmiddel». Fiskeri- og kystdepartementet konkluderte også i brev hit 10. juni 2009 med at overtredelsesgebyr etter denne bestemmelsen, jf. reaksjonsforskriften § 9 og § 10, ikke er straff i Grunnlovens forstand. Det synes i rettspraksis å ha blitt lagt stor vekt på om den aktuelle sanksjonen fra lovgivers hold er definert som straff eller ikke, se bl.a. Rt. 1973 s. 846. I NOU 2003:15 s. 57 la Sanksjonsutvalget til grunn at det ikke foreligger noen avgjørelser «som endrer den tradisjonelle oppfatningen om at lovgivers karakteristikk av en sanksjon normalt er avgjørende også i forhold til Grunnloven, selv om reaksjonen har et klart pønalt formål, så lenge det ikke er tale om frihetsberøvelse». Sanksjonsutvalget skrev videre at:

«Til tross for dette kan det selvsagt ikke utelukkes at en administrativ sanksjon unntaksvis kan bli bedømt som straff i Grunnlovens forstand. Hensynet ved vurderingen vil være reaksjonens art og omfang, samt hva slags overtredelse den er en reaksjon på. Forholdet til Grunnloven må vurderes for den enkelte sanksjonshjemmel i lovverket og i prinsippet også i forhold til den konkrete sak der en sanksjonshjemmel benyttes.»

Spørsmålet om ileggelse av overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 er straff i Grunnlovens forstand, beror etter dette på en konkret helhetsvurdering. I den vurderingen må det ses hen til overtredelsesgebyrets formål. Etter Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 75-76 er overtredelsesgebyr «en administrativ sanksjon som har et visst pønalt preg ved at den knytter seg til uaktsomme og forsettlige overtredelser ved loven», og som er ment å ivareta «både individual- og allmennpreventive hensyn». Det står videre at mens akvakulturloven § 27 (pålegg om tiltak), § 28 (tvangsmulkt) og § 29 (iverksetting av tiltak for den ansvarliges regning) har til formål å bringe det ulovlige forhold til opphør, vil et overtredelsesgebyr «også ha til formål å hindre framtidige overtredelser, gjennom sitt pønale preg».

Formålet med å ilegge overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 ser etter dette ikke ut til å skille seg nevneverdig fra straffens formål. Ikke bare skal overtredelsesgebyret oppleves som et onde, det skal også virke preventivt. Selv om sanksjonens pønale formål nok ikke er tilstrekkelig for at det er snakk om straff i Grunnlovens forstand, se bl.a. Rt. 1961 s. 1217, er formålet likevel et sentralt moment i vurderingen, jf. Rt. 2008 s. 478. Høyesterett kom i sistnevnte dom til at en tvangsmulkt for brudd på forstansforskriften ikke var straff i Grunnlovens forstand. Det ble i vurderingen lagt vekt på at «mulkten

har ... ikke primært preg av straffesanksjon, men mer av et virkemiddel for å anspore virksomhetene til å overholde kvoten».

Det pønale preget ved overtredelsesgebyret etter akvakulturloven § 30 kan imidlertid bli meget fremtredende, noe som synes å være tilfellet i denne saken. Det kan ikke være tvilsomt at et overtredelsesgebyr på kr 9 197 684 er et dramatisk høyt beløp som utgjør en betydelig byrde for A. Det er i reaksjonsforskriften § 10 første ledd ikke bestemt et maksimum for hvor stort overtredelsesgebyret kan bli. Departementet viste i brev 23. mars 2009 til at det også etter andre lover ilegges høye overtredelsesgebyr, som etter lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 29. Til det vil jeg bemerke at det i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er fastsatt et maksimum for gebyrets størrelse. Etter forskriftens § 2 første og annet ledd kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr på inntil henholdsvis 1 % og 10 % av foretakets omsetning. Jeg viser også, som et eksempel, til forskrift 29. juni 2007 om regulerte markeder (børsforskriften) § 33 der det er fastsatt et maksimumsbeløp på kr 2 500 000 for overtredelsesgebyr etter lov 29. juni 2007 nr. 74 om regulerte markeder (børsloven) § 31.

Selv om det ikke er fastsatt et maksimum for størrelsen på overtredelsesgebyr ilagt etter akvakulturloven § 30, følger det en viss begrensning av reaksjonsforskriften § 10 annet ledd. Det står der at overtredelsesgebyr «kan beregnes på annen måte dersom det foreligger særlige grunner», og at overtredelsesgebyret da ikke må overstige folketrygdens grunnbeløp multiplisert med femten. Departementet viste i brev 10. juni 2009 til denne bestemmelsen som en «sikkerhetsventil», og det fremgår av merknadene til forskriften at bestemmelsen tenkes anvendt i særskilte tilfeller hvor beløpet ellers vil kunne virke uforholdsmessig høyt. Uten å gå inn på spørsmålet om § 10 annet ledd skulle ha kommet til anvendelse i denne saken, vil jeg imidlertid knytte noen generelle merknader til bestemmelsen. Jeg er enig med departementet i at reaksjonsforskriften § 10 annet ledd til en viss grad vil kunne forhindre uforholdsmessige vedtak. Ut fra ordlyden vil imidlertid anvendelsen av dette unntaket være avhengig av forvaltningens skjønn. Det innebærer for det første lite forutberegnelighet for den ansvarlige i forhold til hvor omfattende gebyret kan bli. I tillegg vil det kunne hindre domstolene i å overprøve forvaltningens vurderinger på dette punkt, både i forhold til om det foreligger «særlige grunner» og om «kan-skjønnet» skal benyttes. Departementet la i brev 10. juni 2009 til grunn at utgangspunktet om domstolens begrensede prøvelsesrett når det gjelder forvaltningens frie skjønn «anta-

gelig [må] modifieres» med tanke på at overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 er straff/«criminal charge» etter EMK. Det ble imidlertid ikke konkludert i forhold til domstolenes adgang til å prøve forvaltningens vurderinger av om unntaksbestemmelsen i reaksjonsforskriften § 10 annet ledd kommer til anvendelse. En manglende avklaring fra lovgivers side på dette punkt er særlig betenkelig med tanke på at hensynet bak Grl. § 96 er å hindre administrativ vilkårlighet.

Det forhold at utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 første ledd er standardisert, uten å gi rom for konkrete vurderinger, understreker overtredelsesgebyrets pønale preg. Dette gjelder særlig i de sakene der det blir et betydelig misforhold mellom den faktiske fortjenesten den ansvarlige har hatt ved overtredelsen og den antatte fortjenesten det tas hensyn til ved den standardiserte beregningsregelen. A har anført at det er et slikt misforhold i denne saken, uten at det har blitt begrunnet nærmere. At det har vært lovgivers hensikt å fremheve det pønale grepet på denne måten, stiller jeg meg tvilende til. I Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 76 står det at «gebyret i hvert fall bør settes så høyt at det ikke vil lønne seg økonomisk å overtre vedtaket» og at et «overtredelsesgebyr vil i mange tilfelle i realiteten også fungere som en inndragningsbestemmelse». Jeg forstår dette slik at overtredelsesgebyrets størrelse fra lovgivers side i utgangspunktet var ment å forholde seg til den fortjeneste den ansvarlige faktisk hadde ved overtredelsen, jf. også ordlyden i akvakulturloven § 30 første ledd om at gebyret «skal stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige *har hatt* ved overtredelsen» (min kursivering). Det fremgår videre av forarbeidene at det ved utmålingen bør legges vekt på «momenter som overtredelsens omfang og virkning», samt «om det er tale om gjentatte overtredelser», noe som også trekker i retning av at lovgiver så for seg en utmålingsregel med rom for mer individuell vurdering enn det reaksjonsforskriften § 10 første ledd åpner for. Uten å gå nærmere inn på hvordan § 10 burde ha vært utformet, kan det ikke være tvilsomt at en utmålingsregel som hadde åpnet for konkrete vurderinger, herunder av fortjenesten, i større grad ville kunne ha sikret forholdsmessige overtredelsesgebyr, og samtidig redusert overtredelsesgebyrets pønale preg.

Det er ytterligere ett forhold ved den standardiserte utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 første ledd som etter min mening forsterker overtredelsesgebyrets preg av straff. Departementet skrev i brev 23. mars 2009 at det ved utmåling etter denne bestemmelsen ikke gjøres fradrag for de variable kostnadene ved produksjonen, og at dette utgjør «det pønale tillegget». Det ble uttalt at det ville stride mot den alminnelige rettsoppfatningen dersom oppdretter skulle få dekket deler av eller alle kostnadene ved å

bryte regelverket. Det er i denne saken ikke redegjort for hvor stor del av overtredelsesgebyret som utgjør dette «pønale tillegget», men slik saken er opplyst, forstår jeg det slik at de variable kostnadene generelt kan være betydelige ved oppdrettsvirksomhet. Når det ved utmålingen av overtredelsesgebyret ikke er rom for å ta hensyn til den faktiske fortjenesten ved overtredelsen, kan et slikt bruttoprinsipp ramme den ansvarlige svært hardt. Til sammenligning skal det for eksempel, slik jeg har forstått det, ved utmåling av overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven § 29 legges til grunn en netto salgsinntekt, jf. merknadene til § 2 i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven.

Høyesterett synes i flere saker å ha godkjent at mindre inngripende sanksjoner og bestemmelser om tilleggsbetaling ikke er straff etter Grl. § 96, jf. Rt. 1973 s. 846 og Rt. 1961 s. 1217. Det synes som at hensynet til effektivitet og hensiktsmessige løsninger, samt at det ved tilleggsbetalinger allerede foreligger en betalingsforpliktelse, her har blitt tillagt vekt i vurderingen. Sanksjonsutvalget uttaler i NOU 2003:15 s. 57 at det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for å anta at det bare er bagatellmessige sanksjoner eller sanksjoner på helt spesielle områder som vil gå klar av skrankene i Grl. § 96. Det vises i denne sammenheng til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2002 s. 1298. Høyesterett kom der til at en ilagt tvangsmulkt på kr 600 000 ikke var hjemlet i oppdrettsloven § 17. Det ble i vurderingen lagt vekt på at tvangsmulkten ble ilagt etter at det ulovlige forhold var opphørt og at den dermed fikk «karakter av en straffereaksjon». En tvangsmulkt har ikke overtredelsesgebyrets pønale formål, men er et middel for å sikre oppfyllelse av et offentligrettslig pålegg. Jeg har derfor vanskelig for å se at Rt. 2002 s. 1298 kan anvendes som et argument for at overtredelsesgebyr ikke er straff i Grunnlovens forstand, slik Sanksjonsutvalget synes å gjøre i NOU 2003:15 s. 56-57. I en annen dom om tvangsmulkt, inntatt i Rt. 2008 s. 478 synes Høyesterett heller å ha inntatt det motsatte standpunkt, nemlig at forholdet til Grl. § 96 blir ytterligere problematisk dersom sanksjonen er en etterfølgende reaksjon, slik tilfellet er for overtredelsesgebyr. Høyesterett uttaler der at Grl. § 96 har en selvstendig kjerne «for reelle straffesanksjoner som retter seg mot allerede utførte handlinger eller unnlatelser». Jeg har likevel ikke rettslige innvendinger mot Sanksjonsutvalgets standpunkt på s. 58 om at «også ... større overtredelsesgebyr» kan være forenlig med Grunnloven, forutsatt at ordningen er «saklig begrunnet» og «bygget opp med gode rettsikkerhetsgarantier – herunder klageadgang og adgang til domstolsprøvelse».

Allerede ut fra den betydelige størrelsen på det overtredelsesgebyret A er ilagt, og dets pønale for-

mål, stiller jeg meg tvilende til om ileggelsen av overtredelsesgebyret skjedde i tråd med domskravet i Grl. § 96. Det avgjørende blir slik jeg ser det, likevel om adgangen til å ilegge overtredelsesgebyret etter akvakulturloven § 30, jf. reaksjonsforskriften § 9 og § 10 var tilstrekkelig saklig begrunnet og om As rettssikkerhet ble godt nok ivaretatt.

Departementet viste i brev 23. mars 2009 til Ot.prp. nr. 61 (2004-2005), og påpekte at biomassereguleringen er en viktig del av myndighetenes virkemiddelapparat for å ivareta hensynet til miljøet i akvakulturproduksjon, bevare rene økosystemer og en bærekraftig utvikling av næringen. Jeg ser at ileggelse av overtredelsesgebyr kan være et hensiktsmessig middel for å kunne ivareta disse formålene; som jeg også finner saklige.

Før jeg ser nærmere på hvordan regelverket ivaretar hensynet til rettsikkerheten, må jeg understreke at dette hensynet må vurderes opp mot hensynet til effektivitet. Jeg ser at overtredelsesgebyr generelt sett kan være et hensiktsmessig middel for forvaltningen, og at det ikke er nødvendig å kreve at ethvert overtredelsesgebyr skal ilegges ved dom i første instans. Jeg ser også at en standardisert utmålingsregel er enklere å praktisere og krever mindre ressurser enn en utmålingsregel som krever konkrete og individuelle vurderinger. Slik saken er opplyst her, synes imidlertid behovet for effektivt å kunne ilegge overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 å være langt fra påtrengende. I brev 10. juni 2009 opplyste departementet at Fiskeridirektoratets regionkontorer til sammen har ilagt kun ca 20 overtredelsesgebyr etter denne bestemmelsen. Departementet uttaler da også at hensynet til forenkling «ikke gjør seg like sterkt gjeldende i angjeldende type saker som for de typiske masseovertredelsene».

Slik jeg ser det, kan effektivitetshensynet på denne bakgrunn neppe tillegges særlig, om noe vekt. Det blir da desto viktigere å vurdere i hvilken grad den ansvarliges rettssikkerhet blir ivaretatt ved den ordning som er valgt i akvakulturloven § 30, jf. reaksjonsforskriften § 9 og § 10. Det er særlig domstolens adgang til å kunne prøve saken som etter min mening vil kunne være avgjørende i forhold til spørsmålet om ileggelsen var i strid med Grl. § 96.

Departementet viste i brev 10. juni 2009 til at et vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 kan påklages og at det er adgang til å prøve saken for domstolene. Det ble også påpekt at overtredelsesgebyr etter denne bestemmelsen er straff/«criminal charge» etter EMK, noe som vil gi den ansvarlige de rettsikkerhetsgarantier som følger av konvensjonens bestemmelser. Jeg har ikke rettslige innvendinger mot dette, og er enig i at det langt på vei vil ivareta As rettssikkerhet.

Det er imidlertid to forhold ved domstolsprøvelsen som svekker rettssikkerheten. For det første er det den ansvarlige som har søksmålsbyrden, uten at det i seg selv kan være avgjørende. For det andre er det lite tilfredsstillende at det synes å være uavklart i hvilken utstrekning domstolene kan overprøve Fiskeridirektoratets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr. Dersom overtredelsesgebyret hadde blitt ilagt av en domstol i første instans, hadde domstolen kunnet prøve alle sider av saken. Selv om det er hensiktsmessig at forvaltningen kan ilegge overtredelsesgebyr, er det ut fra et rettssikkerhetsperspektiv, samt ut fra hensynet til vern mot forvaltningens vilkårlighet, uheldig når det samtidig fører til begrensninger i domstolenes prøvelsesrett. Det er ikke tatt stilling til spørsmålet om prøvelsesretten verken i loven eller i forarbeidene. Som nevnt, skrev departementet i brev 10. juni 2009 at utgangspunktet om domstolenes begrensede prøvelsesrett når det gjelder forvaltningens frie skjønn «antagelig [må] modifiseres». Sanksjonsutvalget har i NOU 2003:15 s. 197 lagt til grunn at hvorvidt en sanksjon skal ilegges vil bero på et fritt skjønn etter opportunitetsprinsippet, og domstolene vil som utgangspunkt ikke kunne overprøve dette spørsmålet med mindre det har foregått myndighetsmisbruk. Til spørsmålet om domstolene kan overprøve selve utmålingen av sanksjonen, skriver Sanksjonsutvalget følgende:

«I tilfeller der beløpets størrelse følger av faste satser fastsatt i forskrift, kan domstolene ikke overprøve nivået i en enkeltsak. Det kan for eksempel gjelde parkeringsgebyrer eller forsinkel-sesavgift etter ligningsloven. I andre tilfelle, der det dreier seg om et gebyr der forvaltningen har foretatt et individuelt skjønn, er det mer nærliggende at domstolene overprøver nivået. Som i straffesaker der det idømmes bøter, vil domstolene da ha en rolle i å fastsette eller bekrefte et nivå for sanksjonene for overtredelser på det aktuelle feltet.» (Min kursivering)

Utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 første ledd er standardisert, og Sanksjonsutvalgets uttalelse underbygger den uklarhet som foreligger knyttet til omfanget av domstolenes prøvelsesrett. Når forvaltningen gis adgang til å ilegge et så omfattende overtredelsesgebyr som i denne saken, og formålet med ileggelsen er at den skal oppleves som et onde, finner jeg det problematisk i forhold til Grl. § 96 at domstolenes prøvelsesrett ikke er avklart. Uten at jeg skal gå nærmere inn på det, vil jeg dessuten tro at en begrenset domstolskontroll i dette tilfellet vil være i strid med EMK art. 6 nr. 1.

På bakgrunn av overtredelsesgebyrets størrelse, dets formål om å virke pønalt og preventivt, samt uklarheten rundt domstolenes prøvelsesrett, har jeg kommet til at det knytter seg «begrunnet tvil», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10, til om over-

tredelsesgebyret A ble ilagt var straff etter Grl. § 96. Jeg må derfor be Fiskeridirektoratet om å vurdere saken på nytt, i lys av det jeg har fremholdt, og ta stilling til om ileggelsen skjedde i strid med domskravet i Grl. § 96.

Jeg finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til spørsmålet om reaksjonsforskriften § 10 har tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30.

Jeg ber om å bli orientert om Fiskeridirektoratets fornøyede vurdering.»

## Sakskostnader og erstatning

### 93.

#### Avslag på krav om sakskostnader etter frafallelse av vilkår om løsning fra tidligere statsborgerskap

(Sak 2008/694)

*Saken gjaldt Utlendingsnemndas avslag på krav om dekning av sakskostnader i forbindelse med frafallelse av vilkår om løsning fra tidligere statsborgerskap. Vilkåret ble frafalt av Utlendingsdirektoratet under klagesaksbehandlingen.*

*Ombudsmannen kom til at Utlendingsdirektoratets tilsagn om statsborgerskap på vilkår om løsning fra eksisterende statsborgerskap måtte anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b. En frafallelse av løsningsvilkåret var dermed i utgangspunktet en endring av vedtaket til gunst for søkeren. Grunnvilkåret for dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 første ledd var dermed oppfylt. Utlendingsnemnda ble bedt om å behandle sakskostnadskravet på nytt, og i denne forbindelse også vurdere de øvrige vilkårene.*

*Utlendingsnemnda opprettholdt sitt syn i saken og pekte på de økonomiske, administrative og rettslige konsekvensene ved å legge ombudsmannens syn til grunn. Under henvisning til konsekvensene ut over den konkrete saken, oversendte nemnda spørsmålene til Arbeids- og inkluderingsdepartementet for nærmere vurdering. Departementet sa seg enig med Utlendingsnemnda i at tilsagn om statsborgerskap ikke var å anse som et enkeltvedtak, og la i vurderingen avgjørende vekt på reelle hensyn og statsborgerlovens system for innvilgelse av statsborgerskap etter forutgående tilsagn.*

A fikk 21. februar 2007 tilsagn fra Utlendingsdirektoratet om norsk statsborgerskap på vilkår av at han innen ett år ble løst fra sitt daværende statsborgerskap. Vilkåret om løsning fra eksisterende statsborgerskap ble påklaget og senere frafalt av direktoratet

i klageomgangen fordi det ble ansett urimelig tyn- gende. Bakgrunnen for dette var at direktoratet hadde blitt kjent med at myndighetene i søkerens hjemland krevde et løsningsgebyr som oversteg maksimums- beløpet på kr 6 000, som gjaldt etter den tidligere statsborgerrettsloven 8. desember 1950 nr. 3.

As advokat fremsatte 25. april 2007 krav om dek- ning av sakskostnader påløpt i forbindelse med kla- gesaken etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 36. Kravet ble avslått av Utlendingsdirektoratet 5. juni 2007 under henvisning til at omgjøringen av det opprinnelige vilkåret om løsning skyldtes forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll. Utlen- dingsnemnda v/sekretariatet opprettholdt avslaget 20. desember 2007, men med en annen begrunnelse enn direktoratet. Nemnda begrunnet avslaget med at direktoratets tilsagn om statsborgerskap 21. februar 2007 ikke kunne anses som et vedtak etter forvalt- ningsloven § 2, og at det således ikke forelå noe ved- tak som var endret til gunst for søkeren. Det fremkom ikke noen nærmere begrunnelse for konklusjonen.

I brev 24. mars 2008 klaget advokaten hit på veg- ne av A over Utlendingsnemndas avslag. Det ble blant annet anført at tilsagnet om statsborgerskap 21. februar 2007 måtte anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. I denne forbindelse ble det vist til at tilsagnet ga søkeren rett til statsborgerskap dersom vilkåret om løsning fra ek- sisterende statsborgerskap ble oppfylt innen fristen på ett år.

Etter å ha innhentet og gjennomgått sakens doku- menter, ble det besluttet å undersøke saken nærmere. I brev 4. juni 2008 ble Utlendingsnemnda bedt om å redegjøre nærmere for sitt standpunkt om at direkto- ratets tilsagn om statsborgerskap ikke er et enkelt- vedtak i forvaltningslovens forstand. Dersom nemn- da eventuelt hadde endret syn på enkeltvedtaksspør- målet, ble det bedt om å få en redegjørelse for om det etter nemndas oppfatning var andre vilkår for dek- ning av sakskostnader som ikke kunne anses oppfylt.

Utlendingsnemnda besvarte spørsmålene i brev 2. juli 2008. Innholdet i svaret er nærmere omtalt un- der de respektive punktene nedenfor.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte ombudsman- nen:**

*5. Er Utlendingsdirektoratets tilsagn om statsborger- skap 21. februar 2007 et enkeltvedtak?*

Det følger av statsborgerloven 10. juni 2005 nr. 51 § 7 første ledd at enhver har rett til norsk statsborger- skap etter søknad dersom søkeren på vedtakstids- punktet oppfyller nærmere angitte vilkår. Ett av vil- kårene som oppstilles er løsning fra annet statsbor- gerskap etter lovens § 10, jf. § 7 første ledd bokstav h. Løsning fra eksisterende statsborgerskap er såle- des et lovfestet vilkår for norsk statsborgerskap. Di-

rektoratet kan avslå en søknad om statsborgerskap dersom vilkåret ikke er oppfylt og unntaksbestem- melsene i statsborgerloven § 10 ikke kommer til an- vendelse.

Direktoratets beslutning 21. februar 2007 er et tilsagn om at positivt vedtak med hensyn til statsbor- gerskap vil bli fattet dersom vilkåret om løsning fra eksisterende statsborgerskap blir oppfylt. Til grunn for dette ligger en vurdering om at de øvrige vilkåre- ne er ansett oppfylt.

Et enkeltvedtak er ifølge forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b en avgjørelse som er truffet under utøving av offentlig myndighet og som er «be- stemmende for rettigheter eller plikter» for en eller flere bestemte private personer. Spørsmålet i denne saken er om et forhåndstilsagn med vilkår kan anses å være «bestemmende for» søkerens rettigheter eller plikter og derfor må anses som et enkeltvedtak.

I svaret hit har Utlendingsnemnda blant annet ut- talt følgende til enkeltvedtaksspørsmålet:

«UNE har sett det slik at tilsagn om norsk stats- borgerskap ikke har umiddelbar innvirkning på partens rettsstilling, jf. forvaltningslovens § 2, men at parten ved tilsagnet er gitt en handlings- oppfordring, på lik linje med handlingsoppfor- dringen om å dokumentere at andre vilkår i stats- borgerloven er oppfylt.

Formålet med tilsagnet er at søkeren skal ha mulighet til å bli løst fra sitt nåværende statsbor- gerskap. Konsekvensene av ikke å følge denne handlingsoppfordringen er at vedkommendes rettsstilling ikke endres; vedkommende får ikke norsk statsborgerskap. Det samme vil være tilfel- le dersom søkeren etter å ha blitt løst ikke sender inn dokumentasjon på dette til UDI. Av denne grunn har UNE ment at tilsagnet ikke er bestem- mende for partens rettigheter eller plikter.

Videre vises det til at saksbehandlingen i første instans ikke er ferdig på det tidspunktet til- sagnsbrevet utstedes. Man blir ikke norsk stats- borger kun ved å følge oppfordringen i tilsagns- brevet. Direktoratet skal foreta ytterligere be- handling av saken, herunder vurdere om den do- kumentasjon som eventuelt fremlegges kan god- kjennes.

En innvilgelse av søknad om statsborger- skap anses å få rettsvirkning fra vedtakstidspunk- tet, og ikke fra tidspunktet for tilsagnet eller løs- ningen.

I den perioden tilsagnet er gyldig, er forvalt- ningen bundet av dette. Blir søkeren løst som føl- ge av tilsagnet fra norske myndigheter, kan det ikke stilles ytterligere vilkår for innvilgelse av norsk statsborgerskap. Dersom tilsagnsfristen ikke overholdes, er forvaltningen ikke lenger bundet av tilsagnet.

Et tilsagn kan ikke påklages til klageinstan- sen. Et eventuelt etterfølgende avslag på søknad kan påklages, jf. forvaltningslovens regler.

UNE mener at det finnes støtte for denne løs- ningen i juridisk teori. Woxholth uttaler at det beror på et tolkningsspørsmål om tilsagn som en prosessledende beslutning kan anses som be-

stemmende for rettigheter og plikter for parten eller ikke.

Det fremgår av Forvaltningsrett, 6. utgave av Eckhoff/Smith, (s. 314): 'Typisk forhåndsvedtak har en når myndighetene, før alle betingelser er oppfylt, treffer det vedtak parten er interessert i – eventuelt med en tilføyelse om at det manglende må bringes i orden for at vedtaket skal tre i kraft.' Det eksempelet som belyser forfatterens poeng er hentet fra de betingende byggetillatelser som kommunen kan gi når den har funnet søknaden i orden, men de nødvendige samtykker fra andre myndigheter ennå ikke er kommet. Det tas da forbehold i vedtaket om at arbeidet ikke må settes i gang før disse samtykkene foreligger.

---

Et tilsagn vil etter UNEs vurdering ikke være noen realitetsavgjørelse, da det ikke har noen umiddelbar innvirkning på partens rettsstilling.

UNEs oppfatning av at tilsagnet ikke er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand er også i tråd med fast praksis både i henhold til tidligere lov av 1950 og statsborgerloven av 2005.»

I hvilken grad forvaltningen kan binde seg rettslig ved forhåndstilsagn om hvordan den skal utøve sin myndighet, kan ikke fullt ut anses avklart. I statsborgerkapssaker er det imidlertid et klart behov for at norske utlendingsmyndigheter skal kunne avgi tilsagn om at statsborgerskap vil bli gitt dersom søkeren blir løst fra tidligere statsborgerskap. Slike tilsagn er nødvendige i forhold til land som ikke tillater løsnings alene på grunnlag av at det er fremsatt en søknad om norsk statsborgerskap. Disse situasjonene er som regel oversiktlige og det knytter seg få betenkeligheter til at forvaltningen binder seg gjennom forhåndstilsagn.

Det er på det rene at et tilsagn om statsborgerskap med vilkår om løsnings innebærer rettslige bindinger for utlendingsmyndighetene. I Ot.prp. nr. 41 (2004-2005) heter det blant annet følgende på side 119:

«Tilsagnet gis gyldighet i ett år. Dersom søkeren innen ett år fra Utlendingsdirektoratets tilsagn dokumenterer løsnings, innvilger Utlendingsdirektoratet statsborgerskap. Blir søkeren løst som følge av tilsagnet fra norske myndigheter, kan det ikke stilles ytterligere vilkår for innvilgelse av norsk statsborgerskap. Statsborgerskap kan derfor ikke nektes innvilget selv om det etter at tilsagnet ble gitt er oppstått nye forhold, for eksempel når det gjelder søkerens vandel, som ellers ville medført avslag på søknad.»

At utlendingsmyndighetene er bundet av tilsagnet i gyldighetsperioden fremgår også av Utlendingsnemndas svar hit 2. juli 2008. For Utlendingsdirektoratets del fremgår det av RS 2008-040 pkt. 4.3 at det ikke er adgang til å stille ytterligere vilkår for innvilgelse av statsborgerskap dersom søkeren innen fristens utløp fremlegger nødvendig dokumentasjon.

Nemnda har i svaret hit vist til at tilsagn om norsk statsborgerskap ikke har umiddelbar innvirkning på partens rettsstilling. Det er i denne forbindelse vist til at dersom løsnings ikke skjer, vil vedkommende heller ikke bli norsk statsborger, og hans rettsstilling er i så fall ikke endret. Denne betraktningen kan jeg ikke uten videre si meg enig i. Tilsagnet innebærer en binding av forvaltningsmyndighet og etablerer en rett for søkeren til å få norsk statsborgerskap dersom løsningsvilkåret oppfylles, herunder at dette dokumenteres. Det er således tale om noe mer enn en «handlingsoppfordring», slik Utlendingsnemnda formulerer det. At den rett som etableres er tidsbegrenset, og eventuelt vil falle bort etter en periode dersom vilkåret ikke oppfylles, kan etter min mening ikke være avgjørende for hvordan tilsagnet skal vurderes rettslig. Det avgjørende for om forhåndstilsagnet er å anse som et enkeltvedtak er etter min mening ikke om saksbehandlingen i forvaltningen er endelig avsluttet når tilsagnet gis, slik nemnda gir uttrykk for, men om forvaltningen er bundet til å gi den omsøkte tillatelsen dersom det oppsatte vilkåret oppfylles. En slik binding foreligger i disse tilfellene ettersom utlendingsmyndighetene ikke kan sette ytterligere vilkår for innvilgelse av norsk statsborgerskap.

Etter min mening må tilsagnet om statsborgerskap på vilkår av løsnings fra tidligere statsborgerskap anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd. Frafallelsen av det fastsatte løsningsvilkåret innebærer i utgangspunktet en endring av vedtaket til gunst for søkeren. Grunnvilkåret for dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 første ledd er dermed oppfylt.

#### *6. Er frafallelse av løsningsvilkåret grunnet størrelsen på løsningsgebyret et forhold utenfor forvaltningens kontroll?*

Det fremgår av statsborgerforskriften 30. juni 2006 nr. 756 § 6-1 at det er gjort unntak fra kravet om løsnings i en del tilfeller der dette fremstår som rettslig eller praktisk umulig, eller av andre grunner fremstår som urimelig. Dette gjelder blant annet dersom gebyret som kreves av løsningslandets myndigheter overstiger fire prosent av søkerens inntekt, jf. § 6-1 nr. 5. En lignende praksis ble fulgt i forhold til løsningsbestemmelsen i den opphevede statsborgerrettsloven § 6 tredje ledd. I Justis- og politidepartementets rundskriv til loven (G-28/99) pkt. 9.2 fremgikk det at løsningsgebyr på kr 6 000 eller mer ga grunnlag for unntak fra løsningskravet. As søknad er fremsatt før den nye statsborgerloven trådte i kraft 1. september 2006, og søknaden må vurderes etter de tidligere bestemmelsene i den grad dette er mest gunstig for ham, slik det også er gjort i dette tilfellet.

Utlendingsdirektoratet la til grunn for sitt avslag på kravet om sakskostnader at frafallelsen av løsningskravet skyldtes forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll. Det ble ikke stilt konkrete spørsmål om dette i brevet til nemnda, men dersom nemnda så annerledes på enkeltvedtaksspørsmålet, ble det bedt om å få opplyst om det eventuelt er andre vilkår som etter nemndas mening ikke er oppfylt. I svaret har nemnda kommet med følgende generelle merknad:

«Spørsmålet om hvorvidt det er andre vilkår for dekning av sakskostnader som ikke er oppfylt, er ikke konkret vurdert i UNEs vedtak av 21.12.2007. På generelt grunnlag vil UNE i saker angående størrelsen og endringer av løsningsgebyrer, anføre at dette er et forhold utenfor forvaltningens kontroll, jf. forvaltningsloven § 36. Fastsettelsen av gebyr for løsning er bestemt av det enkelte lands myndigheter. Størrelsen på gebyr må vurderes opp mot partens lønnsinntekt, jf. statsborgerforskriften § 6-1. Kunnskap om ethvert lands løsningsgebyrer, herunder endringer i disse, samt partens lønnsinntekt, ligger etter UNEs vurdering ikke innenfor det som kan kreves opplyst av forvaltningen før vedtak treffes, jf. forvaltningsloven § 17.

Det vises også i denne sammenheng til at vilkår om løsning fra opprinnelig statsborgerskap er ett av flere vilkår, jf. statsborgerloven § 7, og at det er parten som skal sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt. Det vises til statsborgerloven § 29.»

Ettersom nemnda i sitt vedtak ikke har vurdert spørsmålet om endringen skyldtes forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, er det ikke grunn for meg til å gå nærmere inn på den konkrete vurderingen av dette på det nåværende tidspunkt. Jeg finner likevel grunn til å bemerke at det nemnda har uttalt ovenfor knytter seg til den vurderingen som må foretas etter dagens regelverk, der blant annet søkerens inntekt spiller inn og må holdes opp mot løsningsgebyrets størrelse. As tilfelle må derimot vurderes etter de reglene som gjaldt tidligere, der det var en ordning med et fast beløp som gebyret skulle vurderes i forhold til.

Det er videre grunn til å fremheve forvaltningens utredningsplikt etter forvaltningsloven § 17, sett i sammenheng med veiledningsplikten etter lovens § 11. Selv om søkeren skal sannsynliggjøre at vilkårene for statsborgerskap er oppfylt, har også utlendingsmyndighetene en plikt til å gi veiledning om hvilken dokumentasjon som må legges frem. I søknadsskjemaet som A benyttet var det gitt en viss orientering om løsning fra tidligere statsborgerskap, men det synes ikke å ha fremkommet noe om unntaket fra løsningskravet eller fremleggelse av dokumentasjon for løsningsgebyrets størrelse.

Det kan for øvrig i alle tilfelle stilles spørsmål om det er utlendingsforvaltningen, som behandler en stor

mengde statsborgerskapssøknader fra de ulike landene som søkerne kommer fra, eller den enkelte borger, som i utgangspunktet bare søker en gang, som er nærmest til å kjenne til hvilke løsningsgebyr som gjelder. Jeg har i denne forbindelse merket meg at utlendingsmyndighetene bare i 2007 innvilget norsk statsborgerskap til mer enn 1000 personer fra X, og formodentlig i tillegg behandlet en god del saker som endte med avslag.

### 7. Oppsummering

På bakgrunn av de merknadene jeg har kommet med ovenfor, ber jeg Utlendingsnemnda vurdere saken på nytt. Jeg ber videre om å bli holdt orientert om utfallet av den fornyede vurderingen.»

Utlendingsnemnda opprettholdt sitt syn og tok derfor ikke saken opp til ny behandling. Det ble vist til at en omlegging av praktiseringen av regelverket ville ha flere økonomiske og administrative konsekvenser, og dessuten reise flere nye rettslige spørsmål. I sin redegjørelse til ombudsmannen uttalte nemnda blant annet:

«Etter UNEs vurdering fremstår det ikke som riktig at en slik omlegging foretas innen rammene av et enkeltvedtak om sakskostnader, idet konsekvensene strekker seg langt ut over den enkelte sak.»

På denne bakgrunn sendte Utlendingsnemnda en henvendelse til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, hvor det blant annet ble redegjort for konsekvensene av en eventuell praksisendring.

Ombudsmannen ba deretter om Arbeids- og inkluderingsdepartementets vurdering av saken. Departementet viste til at dagens praksis er en videreføring av praksisen etter den tidligere statsborgerloven, og uttalte videre:

«Arbeids- og inkluderingsdepartementet mener at mye taler for at et tilsagn om statsborgerskap er en prosessledende beslutning som ikke er bestemmende for rettigheter og plikter, og at det dermed ikke er et enkeltvedtak. Et tilsagn er ikke et vedtak om innvilgelse av norsk statsborgerskap. En innvilgelse av søknad om statsborgerskap anses å få rettsvirkning fra vedtakstidspunktet, og ikke fra tidspunktet for tilsagnet eller løsningen. Saksbehandlingen i første instans er ikke ferdig på det tidspunktet tilsagnsbrevet utstedes. UDI skal foreta ytterligere behandling av saken, herunder vurdere om den dokumentasjon som eventuelt fremlegges kan godkjennes. På den annen side så er et tilsagn om statsborgerskap bindende i den forstand at forvaltningen ikke kan stille ytterligere vilkår til søkeren dersom vedkommende løser seg innen fristen. Departementet mener likevel at reelle hensyn taler for at tilsagn om statsborgerskap ikke skal anses som enkeltvedtak. Oppbygningen av statsborgerlovens system for innvilgelse av statsborgerskap etter forutgående tilsagn taler for dette. Tilsagn er en



forutsetning for at søkeren skal kunne løse seg fra annet statsborgerskap før norsk statsborgerskap innvilges. Søkeren er pålagt en opplysningsplikt i statsborgerloven § 29 og kan således pålegges å legge fram dokumentasjon på at vedkommende er løst fra annet statsborgerskap, eller på hvorfor vedkommende eventuelt skal unntas fra løsningskravet. Søkeren har videre en klageadgang jf. statsborgerloven § 27 tredje ledd når endelig vedtak er fattet i statsborgerskapssaken. Søkeren kan da også klage over at det eventuelt er stilt krav om løsning fra annet statsborgerskap.»

Videre påpekte departementet at en følge av å anse tilsagn som enkeltvedtak vil være at det gis klageadgang på tilsagnet. Dette vil medføre juridiske problemstillinger som ifølge departementet ikke nødvendigvis vil være til søkerens gunst.

Under henvisning til forvaltningens utrednings- og veiledningsplikt etter forvaltningslovens §§ 11 og 17 viste departementet til at «UDI bruker å informere om løsningskravet og unntakene fra dette i tilsagnet.»

Det er fortsatt under vurdering hvordan saken skal følges opp videre fra ombudsmannens side.

#### 94.

#### **Spørsmål om hva som kunne anses som «nødvendige» saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36**

(Sak 2008/1603)

*Statens landbruksforvaltning (SLF) tilkjente delvis dekning av saksomkostninger som var pådratt i forbindelse med klage på et vedtak i en bopliksak. I klagen hit ble det anført at SLFs avkortning i omkostningskravet var i strid med bestemmelsen i forvaltningsloven § 36, som gir krav på dekning av vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret et forvaltningsvedtak.*

*Ombudsmannen kom til at SLFs vedtak bygget på en korrekt forståelse av nødvendighetskriteriet i forvaltningsloven § 36.*

Bopliksaken som omkostningene skrev seg fra, gjaldt søknad fra A om fritak fra boplikt på en eiendom i Lindesnes kommune. Søknaden ble avslått av kommunen. Etter klage ble vedtaket omgjort av Fylkeslandbruksstyret i Vest-Agder.

Etter fylkeslandbruksstyrets omgjøringsvedtak fremsatte As advokat krav om dekning av omkostninger på kr 72 875,50 som var pådratt i forbindelse med klagen på kommunens avslag. Fylkeslandbruksstyret vedtok å dekke kr 10 000 av omkostningskravet. Vedtaket ble påklaget til SLF, som vedtok å dekke kr 34 350 av kravet. SLF mente at deler av omkostningene var relatert til arbeid som ikke hadde vært nødvendig for å få endret kommunens vedtak, og at disse omkostningene derfor ikke kunne kreves

dekket. Nødvendig arbeid ble i vedtaket skjønnsmessig beregnet til 40 timer med en timesats på kr 687 pluss merverdiavgift.

I brev herfra ble SLF bedt om å redegjøre nærmere for enkelte sider av vedtaket og å kommentere klagen hit. SLFs svarbrev ble deretter kommentert av As advokat.

#### **I mitt avsluttende brev til As advokat het det blant annet:**

«Når et forvaltningsvedtak blir endret til gunst for en part, følger det av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 36 første ledd at parten som hovedregel har krav på å få dekket de omkostningene som var nødvendige for å få endret vedtaket. I denne saken er det klart at fylkeslandbruksstyrets omgjøringsvedtak i bopliksaken innebar en endring til gunst for A. SLF har lagt til grunn at ingen av unntakene i forvaltningsloven § 36 er aktuelle. A har dermed krav på full dekning av nødvendige omkostninger. Spørsmålet i denne saken er i hvilken grad de aktuelle omkostningene var nødvendige for å få endret vedtaket.

Etter hovedregelen i forvaltningsloven § 36 foreligger det ikke noen skjønnsmessig adgang til å foreta reduksjon i dekningen på grunnlag av rimelighetsbetraktninger eller av andre grunner. Hvis omkostningene har vært nødvendige, har parten et rettskrav på å få dem dekket. Dette betyr imidlertid ikke at avgjørelsen av omkostningsspørsmålet er fri for skjønnsvurderinger. Hvorvidt omkostningene kan anses som nødvendige, vil i stor grad kunne bero på slike vurderinger.

SLF har etter en konkret vurdering kommet til at deler av omkostningene ikke var nødvendige for å få endret vedtaket. I klagen og de øvrige brevene hit, har du rettet flere innvendinger mot SLFs vurdering.

På bakgrunn av dine anførsler, vil jeg i det følgende redegjøre for min forståelse av enkelte sider av bestemmelsen i forvaltningsloven § 36.

Du har anført at SLFs vedtak er i strid med prinsippet om at nødvendighetsvurderingen skal være subjektiv, dvs. at det skal legges vekt på partens subjektive oppfatning av hva som var nødvendig for å få endret vedtaket.

Spørsmålet om hvilke kostnader som har vært nødvendige, må avgjøres etter en konkret vurdering med utgangspunkt i hva parten og dennes advokat med rimelighet har oppfattet som naturlige tiltak for å få endret vedtaket. Det er altså ikke avgjørende om utgiftene objektivt sett har vært nødvendige. Dette innebærer imidlertid ikke at det fullt ut er opp til parten eller dennes advokat å avgjøre hvilke utgifter som er nødvendige og dermed dekningsberettigede. I så fall ville begrensningen til «nødvendige» kostnader mistet mye av sin reelle betydning. Dekningsadgangen omfatter kun utgifter til tiltak som med rimelig-

het kan ha vært oppfattet som naturlige. Den nærmere avgrensningen av dekningsberettigede utgifter, beror på en konkret vurdering av skjønnsmessig karakter. Partens eller advokatens oppfatning av situasjonen, er bare ett av flere momenter som kan være av betydning i denne vurderingen. Når parten har benyttet advokat, vil blant annet alminnelige forventninger til advokaters kunnskap om regelverket og forvaltningssystemet, kunne innvirke på vurderingen av hvilke tiltak som med rimelighet kan ha blitt oppfattet som naturlige.

SLF har i sitt vedtak vist til at nødvendigheten skal vurderes med utgangspunkt i den subjektive forståelsen til parten og advokaten, men at det går en grense for hva som skal anses som naturlige tiltak for å få endret et vedtak. Etter en konkret vurdering har SLF deretter kommet til at ikke hele det utførte arbeidet var nødvendig for å få endret vedtaket til gunst for parten. Denne vurderingen har tatt utgangspunkt i din presentasjon av arbeidet, og din oppfatning av hvilken bistand som var nødvendig, ser ut til å være tillagt vekt. Jeg har vanskelig for å se at vedtaket strider mot prinsippet om at det skal legges vekt på partens subjektive oppfatning av situasjonen.

I hvilken grad arbeidet med en klage etter en konkret vurdering anses nødvendig, vil blant annet kunne avhenge av sakens vanskelighetsgrad og sannsynligheten for at de ulike innvendingene mot vedtaket vil føre frem. Du har anført at nødvendigheten må vurderes på hvert enkelt trinn i saksbehandlingen, og ikke i ettertid når det endelige resultatet foreligger.

I praksis vil nødvendigvis vurderingen foretas i ettertid, i og med at saksomkostningsspørsmålet normalt avgjøres etter at det foreligger et endelig vedtak i den underliggende saken. At etterpåklokskap likevel ikke er avgjørende for vurderingen, følger av det som er sagt ovenfor om at det skal legges vekt på hva parten med rimelighet har oppfattet som naturlige tiltak, selv om tiltakene objektivt sett ikke var nødvendige for å få endret vedtaket. Samtidig kan det etter omstendighetene være grunnlag for å avslå dekning av utgifter til arbeid med anførsler som ikke har hatt betydning for endringen av vedtaket. En slik forståelse av forvaltningsloven § 36 har vært lagt til grunn i en rekke tidligere saker her, og kommer også til uttrykk i flere uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling. Nødvendigheten av arbeidet med å angripe vedtaket på et bestemt grunnlag, vil således kunne avhenge både av sannsynligheten for å nå frem på det aktuelle grunnlaget og av sannsynligheten for å nå frem på de alternative grunnlagene som er anført.

I brevene hit har du gitt uttrykk for at det må legges vekt på at det ble satset på et grundig arbeid overfor kommunen, for dermed å unngå senere saksomkostninger ved behandling i fylkeslandbruksstyret og en eventuell prosess for domstolene. Du har opplyst

at saken ville ha blitt brakt inn for domstolene dersom fylkeslandbruksstyret ikke hadde tatt klagen til følge.

Jeg deler ikke denne forståelsen av nødvendighetskriteriet. Det avgjørende må være hva som etter en faglig vurdering fremstår som nødvendig for å få endret førsteinstansens vedtak, ikke den enkelte klients vilje til å bringe et eventuelt negativt klagesaksvedtak inn for domstolene. Det bør være opp til forvaltningen selv å vurdere risikoen for ytterligere saksomkostninger ved en eventuell senere prosess.

Hvor mye arbeid som er nødvendig å legge i klagen, må også vurderes i lys av forvaltningens plikt til selv å sørge for at saken er godt nok opplyst før den avgjøres, jf. forvaltningsloven § 17. Du har gitt uttrykk for at SLF viser liten forståelse for hvordan en advokat plikter å arbeide for en klient, og at en advokat ikke har rett til å stole på at verken en domstol eller et forvaltningsorgan av eget initiativ finner frem til alt som er faktisk og rettslig relevant.

Forvaltningsprosessen skiller seg fra domstolsprosessen når det gjelder hvem som har ansvaret for sakens opplysning. I saker med fri rådighet for domstolene, er det partene som har hovedansvaret for saksopplysningen, jf. tvisteloven 17. juni 2008 nr. 90 kapittel 11. I forvaltningsprosessen har imidlertid forvaltningsorganet selv ansvaret for å fremskaffe grunnlaget for å treffe en avgjørelse. Det følger av forvaltningsloven § 33 siste ledd at klageinstansen har et selvstendig ansvar for saksopplysningen ved behandlingen av klagen, og ikke uten videre kan bygge på de opplysningene som førsteinstansen har lagt til grunn.

Forvaltningens plikt til å sørge for sakens opplysning, begrenser dermed hvilket arbeid som er nødvendig fra partens side. Med mindre det foreligger holdepunkter for noe annet, må det legges til grunn at klageinstansen vil oppfylle sin plikt etter loven og fremskaffe de opplysningene som kreves før saken avgjøres. Det vil normalt ikke være nødvendig at klageren eller dennes advokat også utfører det samme arbeidet. I hvilken grad det er nødvendig for klageren å fremskaffe supplerende opplysninger, varierer sterkt fra sak til sak og må avgjøres konkret.

Det er forståelig at en privat part som har fått et negativt vedtak i førsteinstansen kan ha et ønske om å være på den sikre siden i klagerunden, og derfor legger mye arbeid i de ulike grunnlag som kan anføres mot vedtaket og også selv utfører oppgaver som påhviler forvaltningen etter forvaltningsloven §§ 17 og 33. Det avgjørende for dekningsadgangen etter § 36 er imidlertid om arbeidet har vært nødvendig. Dette innebærer at parten i slike tilfeller kan bli nødt til selv å bære deler av omkostningene knyttet til en vellykket klage.

Du har anført at SLF har utvist et vilkårlig skjønn ved vurderingen av om kostnadene har vært nødvendige. I ditt siste brev har du dessuten gitt uttrykk for at SLF erkjenner «at timelistene i utgangspunktet er i orden og at saksomkostningskravet er tilstrekkelig dokumentert», og at dette «er noe oppsiktsvekkende når en ser på den ganske omfattende korrespondansen SLF initierte vedr. dette før avgjørelse ble truffet».

Etter anmodning fra SLF under klagesaksbehandlingen, redegjorde du i brev 3. april 2008 nærmere for grunnlaget for omkostningskravet. SLF ba deretter om en ytterligere spesifisering og konkretisering av det fakturerte arbeidet i saken. I ditt svarbrev 28. mai 2008 ga du uttrykk for at omkostningskravet var tilstrekkelig dokumentert. Du fant en videre diskusjon lite hensiktsmessig og ba SLF treffe en avgjørelse i saken.

I svaret på henvendelsen herfra, uttalte SLF:

«SLF mener i utgangspunktet at timelistene er i orden og at det er riktig som det påpekes av advokat ... at saksomkostningskravet er tilstrekkelig dokumentert. Men når kravet er såpass mye høyere enn det som er normalt, bør det kunne forventes en noe bedre dokumentasjon på hvorfor det er blitt så høyt.»

Jeg forstår uttalelsen slik at SLF har lagt til grunn at omkostningskravet er reelt og dekker arbeid som er fakturert klienten i anledning klagesaken, men samtidig har etterlyst dokumentasjon som viser at tidsbruken har vært nødvendig i henhold til forvaltningsloven § 36.

I klagevedtaket og i svarbrevet hit har SLF redegjort for de vurderingene som er gjort av i hvilken grad det fakturerte arbeidet har vært nødvendig. SLF har både vist til at det er brukt mer tid enn nødvendig på visse typer arbeidsoppgaver og til at bestemte brev og lignende fremstår som unødvendige. Det er vanskelig å si noe generelt om hvor spesifikt forvaltningen må angi det arbeidet som anses unødvendig i tilfeller der omkostningskravet ikke dekkes fullt ut. Det kan imidlertid ikke kreves at en eventuell avkortning er mer spesifikt og konkret angitt enn det fremsatte omkostningskravet med tilhørende dokumentasjon. SLF har i sine redegjørelser begrunnet avkortningen ut fra de opplysningene som forelå i saken. Jeg kan dermed ikke se at det skjønnet som er utøvd ved nødvendighetsvurderingen fremstår som vilkårlig.

...

Så vidt jeg kan se, bygger SLFs vedtak på en korrekt forståelse av forvaltningsloven § 36, og SLF har, på bakgrunn av de tilgjengelige opplysningene som forelå, foretatt en konkret vurdering av i hvilken grad omkostningene var nødvendige for å få endret vedtaket. Utover dette er det vanskelig for meg å prøve den konkrete skjønnsvurderingen i saken. Opplysningene

i saken gir heller ikke grunnlag for å karakterisere vedtaket som klart urimelig.

...

Jeg har etter dette ikke funnet grunn til å rette avgjørende rettslige innvendinger mot SLFs vedtak.»

## 95.

### Statens erstatningsansvar for ugyldige vedtak – midlertidig bruk av utenlandsregistrert motorvogn

(Sak 2008/2300)

*Saken gjaldt statens erstatningsansvar for ugyldige vedtak. Spørsmålet kom opp i forbindelse med krav om erstatning etter omgjøring av vedtak om illeggelse av merverdiavgift, tilleggsavgift og renter for bruk av utenlandsregistrert motorvogn i Norge. Toll- og avgiftsdirektoratet fant at A likevel oppfylte midlertidigforskriftens vilkår om familiemessig tilknytning til utlandet da det måtte sees hen til avstanden mellom Norge og landet der familien var bosatt, besøkenes regularitet og varighet. Ombudsmannen kom til at tollregionens vedtak ikke kunne anses å skyldes unnskyldelig rettsvillfarelse og at staten derfor ble erstatningsansvarlig for påregnelig økonomisk tap som A ble påført som følge av tollregionens ugyldige vedtak.*

*Etter en ny vurdering av saken tok Toll- og avgiftsdirektoratet ombudsmannens uttalelse til følge, og fant at det forelå ansvarsgrunnlag.*

Tollregion Vest-Norge etterberegnet i vedtak 6. april 2006 A for engangsavgift, merverdiavgift, renter og tilleggsavgift, til sammen kr 81 257, for urettmessig bruk av utenlandsregistrert motorvogn i Norge. Vedtaket ble påklaget. Toll- og avgiftsdirektoratet omgjorde 17. juli 2007 vedtaket til As gunst da det ble funnet at han likevel oppfylte kravene om familiemessig tilknytning i utlandet, og derfor hadde rett til toll- og avgiftsfri innførsel og midlertidig bruk av motorvognen i Norge, jf. forskrift 20. juni 1991 nr. 381 om avgiftsfri innførsel og midlertidig bruk av utenlandsregistrert motorvogn i Norge (midlertidigforskriften) § 3 første ledd nr. 2 jf. § 2 første ledd. Kravet om familiemessig tilknytning til utlandet i henhold til forskriften, er oppfylt når en «bor sammen med ektefelle eller barn under 18 år, som han oppsøker jevnlig, normalt minst 1 gang hver måned», jf. bestemmelsens annet ledd. A var registrert bosatt i Slovakia sammen med ektefelle og barn og hadde i løpet av en periode på fire måneder i Norge hatt et besøk hos familien i Slovakia som hadde vart i ca. 4 uker. Direktoratet så hen til avstanden mellom Norge og Slovakia og at dette tilsa en lavere besøksfrekvens enn det som ville vært naturlig ved kortere avstander. Videre mente direktoratet at det avgjøren-

de var at besøkene skjer med en viss regularitet og viss varighet, og fant at A oppfylte kravene. Etter dette fremsatte B på vegne av A i brev 12. desember 2007 krav om å få erstattet parkeringsavgift til X der bilen ble tilbakeholdt, erstatning for finansielt tap forårsaket av valutakursforandringer, erstatning for begrensede bevegelsesmuligheter og oppreisning for tillitstapet hos arbeidsgiver, til sammen kr 66 959. Toll- og avgiftsdirektoratet vurderte kravet i forhold til skadeserstatningsloven 13. juni 1969 nr. 26 § 2-1, men fant at det ikke forelå erstatningsbetingende ansvarsgrunnlag i form av uaktsomhet, og avslo kravet i brev 19. mai 2008. B ba direktoratet vurdere erstatnings- og oppreisningskravet på nytt i brev 4. juni 2008, mens direktoratet fastholdt avslaget i brev 9. juni 2008. Saken ble brakt inn for ombudsmannen.

Toll- og avgiftsdirektoratet ble i brev herfra bedt vurdere As erstatningskrav i forhold til forvaltningens ulovfestede objektive ansvar for ugyldige vedtak. Direktoratet ble videre bedt om å gi sitt syn på tollregionens forståelse av forskriften og rettsanvendelse i denne saken skyldtes unnskyldelig rettsvillfarelse. Det ble også vist til at direktoratets forståelse av midlertidigforskriftens vilkår om familiemessig tilknytning som ble lagt til grunn i denne saken, syntes først å fremgå av det årlige rundskrivet om engangsavgift på motorvogner mv. for 2007, (rundskriv nr. 1 2007, 22. desember 2006). På den bakgrunn ble direktoratet bedt opplyse om direktoratet hadde lagt tolkningen som det ble gitt uttrykk for i vedtak 17. juli 2007 til grunn i vedtak som stammer fra før tollregionens vedtak 6. april 2006. Til sist ble direktoratet bedt opplyse om A var opplyst om adgangen til å kreve dekning av sakskostnader i medhold av forvaltningsloven § 36.

Toll- og avgiftsdirektoratet svarte, og ga først en redegjørelse for avgiftsregelverket på generelt grunnlag. Direktoratets svar er nærmere referert nedenfor, under mitt syn på saken.

#### Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

«Det er i rettspraksis og ombudsmannspraksis, i tillegg til i juridisk teori, lagt til grunn at forvaltningsorganer kan bli erstatningsansvarlig (ut over arbeidsgiveransvaret) for uriktig rettsanvendelse ved myndighetsutøvelse/ugyldige vedtak. Det har tidligere vært omstridt om ansvarsgrunnlaget er objektivt, eller om det er et strengt subjektivt ansvar, det vil si ansvar for en rettstridig rettsanvendelse med mindre feilen har oppstått på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse. I en dom fra Høyesterett (Rt. 2009 s. 354), som gjaldt gyldigheten av fylkesmannens vedtak etter plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 § 113 om å stanse anleggsarbeider for oppgradering av kraftanlegg og anlegg for vannbehandling, synes det

imidlertid å være lagt til grunn at det gjelder et erstatningsansvar for staten for ugyldige vedtak, så fremt rettsvillfarelsen ikke er unnskyldelig.

Spørsmålet i denne saken er om Tollregion Vest-Norges forståelse av midlertidigforskriften § 3 første ledd nr. 2 jf. § 3 annet ledd og rettsanvendelse skyldtes unnskyldelig rettsvillfarelse. Midlertidigforskriften § 3 første ledd nr. 2 lyder:

«§ 3. Fast oppholdssted utenfor Norge.

En person anses å ha fast oppholdssted utenfor Norge når han faller inn under ett eller flere av følgende tilfelle:

... 2. Person som har sin familiemessige tilknytning utenfor Norge. Dette gjelder selv om han har ervervsmessig og/eller personlig tilknytning til Norge.»

I bestemmelsens annet ledd er det definert hva som menes med «familiemessig tilknytning»:

«En person anses å ha familiemessig tilknytning til det land hvor han bor sammen med ektefelle eller barn under 18 år, som han oppsøker jevnlig, normalt minst 1 gang hver måned.»

Tollregionen skrev følgende i vedtak 6. april 2006 i forhold til vurderingen av familiemessig tilknytning til Slovakia:

«§ 3 nr 2 gjelder for person som har familiemessig tilknytning utenfor Norge, det vil si person som bor sammen med ektefelle eller barn i utlandet under 18 år som han besøker jevnlig, normalt minst hver måned, jf. § 3 andre ledd. Dette gjelder selv om han har ervervsmessig og/eller personlig tilknytning til Norge.

I vårt varsel informerte vi derfor om, at dersom De hadde oppsøkt Deres familie utover den ene gangen som fremkom i kontrollrapporten, ba vi om å få dokumentert øvrige hjemreiser til Slovakia. Av uttalelsen og fremlagt dokumentasjon gikk det frem, at De kun har besøkt familien i forbindelse med jul/nyttår 2005/06. Bruken av bilen har dermed ikke vært berettiget etter § 3 nr 2.»

Fra og med utgaven for 2007, har det i tollvesenets årlige hovedrundskriv stått hva som menes med «jevnlig»:

«Med jevnlig menes at besøket må være regelmessig og av en viss hyppighet. Eksempel på hva som kan sies å være jevnlig, er minst 4-5 besøk i hjemlandet i året. Det vil bli foretatt en helhetsvurdering av antall besøk og varigheten dersom det er tale om sjeldnere besøk enn 1 gang pr. måned.»

Til spørsmål herfra om Toll- og avgiftsdirektoratet hadde lagt tolkningen som det ble gitt uttrykk for i vedtak 17. juli 2007 til grunn i vedtak som stammer fra før tollregionens vedtak 6. april 2006, og om direktoratet mente at Tollregion Vest-Norges forståelse av forskriften og rettsanvendelse skyldtes unnskyldelig rettsvillfarelse, svarte direktoratet:

«Tolkningen som først fremgår av det årlige hovedrundskrivet for 2007, ble lagt til grunn ved vurderingen av tollregionens vedtak fra 2006. På vedtakstidspunktet for tollregionens avgjørelse var det ingen fast praksis for å kreve et bestemt antall besøk i løpet av ett år. På den annen side hadde midlertidigforskriften § 3 annet ledd de samme skjønnsmomentene, jf ordlyden "besøker jevnlig, normalt minst 1 gang hver måned" både i 2006 og i 2007. I det årlige rundskrivet for 2007 nevnes det at det må foretas en helhetsvurdering av antall besøk og varigheten dersom det er tale om sjeldnere besøk enn 1 gang pr. måned. Denne vurderingen måtte foretas både i 2006 og i 2007. Det kan imidlertid bemerkes at rundskrivet fra 2007 angir at med jevnlig menes eksempelvis minst 4 - 5 besøk i hjemlandet i året. Dette er ment å være generelle retningslinjer for vurderingen. I nærværende sak besøkte A først sin familie etter fire måneder. Hvis en legger til grunn denne besøkhypptigheten vil A besøke familien i utlandet 3 ganger i året, som er mindre enn den hypptigheten rundskrivet angir. Som det fremgår av midlertidigforskriftens ordlyd er det derimot åpnet for skjønn. Videre er det foretatt en viss oppmykning i forvaltningspraksis over tid i kravet til hvor ofte en person må besøke sin familie i utlandet for at vedkommende skal anses for å ha fast oppholdssted i utlandet på grunnlag av familiemessig tilknytning.

---

Direktoratet vil være tilbakeholdne med å konstatere rettsvillfarelse hos tollregionen på vedtakstidspunktet til regionen. Som nevnt ovenfor mener direktoratet at det er skjedd en rettsutvikling, og en oppmykning av regelverket. Regelverket legger også opp til skjønnsutøvelse fra forvaltningens side.»

Om staten kan ha et rent objektivt ansvar for ugyldige vedtak på grunn av uriktig rettsanvendelse i en sak av denne karakter tar jeg ikke stilling til. Jeg har kommet til at tollregionens forståelse av forskriften og anvendelse i denne saken ikke kan anses som grunnet i unnskyldelig rettsvillfarelse. Det må sees hen til at aktsomhetsnormen er streng, slik at det skal mye til for at staten kan frifinnes på grunnlag av unnskyldelig rettsvillfarelse ved myndighetsutøvelse. Som direktoratet skriver i svarbrevet hit, legger forskriftens ordlyd i § 3 annet ledd opp til en helhetsvurdering. Tollregionens vedtak gir imidlertid inntrykk av at tollregionen har tolket bestemmelsen slik at det er et absolutt krav om minst et besøk per måned. Ved vurderingen av den familiemessige tilknytningen og de jevnliggjette familiebesøkene, ville det være naturlig å se hen til blant annet avstanden mellom Norge og Slovakia og varigheten av besøket. Dessuten burde det også ha vært drøftet betydningen av at perioden tollregionen hadde for å vurdere As jevnliggjette familiebesøk, kun var fire måneder. Etter dette kan jeg ikke se at tollregionens vurdering er tilstrekkelig grundig. Jeg har merket meg at direktoratet opplyser at det har skjedd en rettsutvikling og en oppmykning av regel-

verket, men kan ikke se at dette får avgjørende betydning her, da tollregionen etter forskriftens ordlyd burde ha foretatt en mer konkret vurdering av As sak. I alle tilfelle var det et relativt kort tidsintervall mellom tollregionens vedtak og endringen i rundskrivets ordlyd, en endring som det må forutsettes at kom for å gjenspeile allerede gjeldende praksis.

Jeg har etter dette kommet til at det foreligger et erstatningsgrunnlag for tollvesenet for påregnelig økonomisk tap som A ble påført som følge av Tollregion Vest-Norges vedtak.

På denne bakgrunn vil jeg anmode Toll- og avgiftsdirektoratet om å vurdere avgjørelsen 19. mai 2008 om avslag på krav om erstatning på nytt. Jeg overlater til direktoratet å vurdere As krav i forhold til vilkårene om økonomisk tap og årsakssammenheng. Imidlertid ber jeg om å bli underrettet om utfallet av direktoratets fornyede behandling av saken.»

Etter en ny vurdering av saken, var Toll- og avgiftsdirektoratet enig med ombudsmannen i at det forelå ansvarsgrunnlag. Direktoratet vurderte deretter hvorvidt det forelå påregnelig årsakssammenheng for de enkelte tapspostene. Kravet ble funnet delvis dokumentert, og direktoratet tilstod klageren erstatning med kr 26 959.

## 96.

### **Erstatning i bidragssak for tapt motregningsadgang som følge av saksbehandlingsfeil**

(Sak 2009/14)

*Bidragspliktige hadde betalt for mye i bidrag og satte frem krav om motregning i fremtidig bidrag. På grunn av lang saksbehandlingstid hos bidragsmyndighetene gikk motregningskravet tapt, fordi barnet i mellomtiden hadde fylt 18 år, og det ikke lenger var løpende bidrag. Bidragsmyndighetene avslø bidragspliktiges krav om erstatning.*

*Ombudsmannen kom til at avslaget på kravet om erstatning som følge av feilen, fremsto som klart urimelig og ba om at saken ble behandlet på nytt.*

*Nav Klageinstans Sør tilkjente senere erstatning, da det på tidspunktet for den nye vurderingen ble ansett å foreligge et økonomisk tap for bidragspliktige. Begrunnelsen var at kravet mot bidragsmottakeren var blitt foreldet. Vilkårene for erstatning var da oppfylt.*

A hadde betalt for mye i bidrag for sin datter i en periode i 2005 og 2006. Bidraget var blitt redusert etter klagebehandling. Han satte frem krav om å få motregne i fremtidig bidrag. Arbeids- og velferdsetatens innkrevingsentral (Navi) avslø kravet om motregning, fordi datteren på dette tidspunktet hadde fylt 18 år, og det ikke var løpende bidrag som det kunne motregnes i. Nav Drift og utvikling stadfestet etter klage fra bidragspliktige Navis vedtak.

I brev til Arbeids- og velferdsdirektoratet krevet A erstatning med kr 1 235, som var det beløpet han ikke kunne få motregnet. I svarbrev informerte Nav Drift og utvikling om at saken om erstatning ville bli behandlet av Nav Klage og anke Sør, som etter ansvarsfordelingen i Nav behandler krav om erstatning. Kravet om erstatning ble avslått.

Nav Klage og anke Sør la til grunn at det var den lange saksbehandlingstiden i Nav som førte til at muligheten for motregning ble tapt. Det ble ikke tatt stilling til om det skyldtes behandlingen ved Nav Frogner trygd eller Navi, da det uansett ble ansett å foreligge en kumulativ feil fra Navs side.

Det ble likevel gitt avslag på kravet om erstatning fordi vilkåret om økonomisk tap ikke kunne ses å foreligge. Tilbakebetalingskravet var fortsatt i behold, og dette måtte rettes til datteren, som etter fylte 18 år var part i bidragsaken. Med hensyn til mulighetene for å få beløpet tilbakebetalt, ble det henvist til å forsøke å få til en privat avtale eller å fremme kravet for namsmannen.

Bidragspliktige brakte saken inn for ombudsmannen, og anførte at når det gjaldt Navs henvisning til å kreve beløpet tilbake fra datteren, så kunne det ikke være adgang til å påføre henne, som mindreårig, slik gjeld.

Saken ble herfra tatt opp med Nav Klage og anke Sør. Det ble bedt redegjort for den rettslige vurderingen som lå til grunn for standpunktet om at beløpet kunne kreves tilbake fra datteren. Det ble stilt spørsmål om hva det ble bygget på da det ble lagt til grunn at datteren, som var mindreårig da bidragsmottakeren fikk for mye utbetalt bidrag, var ansvarlig for et slikt beløp.

Nav Klage og anke Sør svarte at det følger av barneloven 8. april 1981 nr. 7 § 67 tredje ledd at det er barnet som er berettiget til bidraget, men at det betales ut til den som barnet bor fast hos, som igjen forvalter bidraget. Når barnet blir 18 år, blir det part i egen bidragssak, hvilket innebærer at når bidragspliktige nedbetaler bidragsgjeld, betales det ut til barnet, selv om bidragsgjelden er opparbeidet på et tidligere tidspunkt. Bidrag som er fastsatt ut over fylte 18 år, vil også utbetales til barnet.

Videre viste Nav Klage og anke til at det av bidragsinnkrevingsloven 29. april 2005 nr. 20 § 26 første ledd følger at beløp som innkrevingscentralen har utbetalt til personer som ikke hadde krav på utbetalingen, skal kreves tilbake dersom den som har fått utbetalingen, forsto eller burde ha forstått at den skyldtes en feil.

Nav Klage og anke viste til at det følger av ordlyden i bidragsinnkrevingsloven § 26 første ledd at det er mottakeren av utbetalingen det kan rettes krav om tilbakebetaling mot. Det innebærer at før barnet er fylt 18 år, er det den som har mottatt og forvaltet bi-

draget det kan fremmes krav om tilbakebetaling mot, vanligvis en av foreldrene. Når barnet fyller 18 år, vil et tilbakebetalingskrav ikke overføres fra faktisk mottaker til barnet, slik at for mye utbetalt bidrag før barnet fylte 18 år, som kreves tilbake etter at barnet er fylt 18 år, må fremsettes overfor den reelle mottakeren.

Av dette fulgte det ifølge Nav Klage og anke at det ikke var riktig, slik det fremgikk i avslagsbrevet 18. juli 2008 om erstatning, at et tilbakebetalingskrav skal rettes mot barnet. Det skal fremsettes for reell mottaker.

Nav Klage og anke redegjorde også for at Nav ikke har hjemmel til å kreve tilbake for mye utbetalt bidrag av mottakeren av eget tiltak, men at kompetansen knytter seg til for mye utbetalt bidragsforskudd og tilgodehavende staten eventuelt måtte ha. Eventuelt for mye betalt bidrag vil måtte gjøres opp ved reduksjon i bidragsgjeld. Dersom det ikke er slik gjeld, rådes partene etter praksis å gjøre opp privat. Der dette ikke er mulig, kan bidragspliktige kreve at tilgodehavende motregnes i fremtidige utbetalinger. Dersom dette ikke fører frem, kan bidragspliktige fremsette krav om at for mye betalt bidrag skal kreves tilbake gjennom Nav, jf. bidragsinnkrevingsloven § 26.

I denne saken viste Nav Klage og anke til at det ikke er mulig å foreta motregning. Dersom partene ikke kunne bli enige om å gjøre opp tilgodehavendet privat, var derfor bidragspliktige henvist til å fremme krav om tilbakekreving, eventuelt anlegge sak mot tidligere bidragsmottaker.

Bidragspliktige kom med merknader til Nav Klage og ankes brev. Han pekte blant annet på at Nav Drift og utvikling, Navi og Nav Klage og anke Sør tidligere hadde ment at tilbakekreving måtte rettes mot barnet. Han uttrykte tvil om dette kunne være riktig. Videre viste han til at det var umulig for ham å få drevet inn utestående fra bidragsmottakeren. Selv om han formelt sett kunne inndrive pengene fra henne, mente han at saken innebar et tap for ham. Da Nav var ansvarlig for den situasjonen som hadde oppstått, mente han derfor at Nav burde betale ham beløpet og drive det inn selv, eventuelt gi erstatning.

Nav Klage og anke hadde kommentarer og viste til at det var beklagelig at Nav hadde gitt motstridende informasjon om muligheten for og vilkårene for å motregne for mye betalt bidrag i fremtidige bidrag. Imidlertid er det et vilkår for å kunne gi erstatning at det var påvist et økonomisk tap. Det innebar at beløpet om nødvendig, måtte forsøkes inndrevet gjennom namsmannsapparatet. Først når det forelå et uerholdelig krav, ville det være grunnlag for å vurdere om de øvrige vilkårene for erstatning var oppfylt.

Med hensyn til tidligere informasjon fra Nav Klage og anke om at bidragspliktige kunne fremme

krav i medhold av bidragsinnkrevingsloven § 26, ble det vist til at det etter bestemmelsen er et vilkår at bidragsmottakeren forsto eller burde ha forstått at utbetalingen skyldtes en feil.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

Bakgrunnen for at saken ble tatt opp herfra med Nav Klage og anke Sør var at det i avgjørelsen av kravet om erstatning var lagt til grunn at krav om tilbakebetaling av for mye utbetalt bidrag måtte rettes til datteren.

Nav Klage og anke har nå redegjort for at dette ikke er riktig, men at kravet må rettes til bidragsmottakeren, barnets mor. Dette står i motstrid til det som tidligere er lagt til grunn av Nav Klage og anke selv, Navi og Nav Drift og utvikling, som er overordnet etat når det gjelder barnebidrag. Det kunne derfor vært grunn til å få Nav Drift og utviklings syn på dette rettslige spørsmålet. Med bakgrunn i den begrunnelsen Nav Klage og anke har gitt, antar jeg at det må være riktig at et krav om for mye utbetalt bidrag, som følge av endring etter klage, må rettes til bidragsmottakeren. Jeg finner det likevel ikke nødvendig å ta uttrykkelig stilling til dette spørsmålet.

Avgjørende for Nav Klage og ankes avgjørelse av erstatningsspørsmålet var at det ikke er dokumentert et økonomisk tap. Dette innebærer at det stilles krav om at bidragspliktige i første omgang skal forsøke, om nødvendig ved bruk av namsapparatet, å inndrive sitt tilgodehavende fra bidragsmottakeren. Tidligere har han vært henvist til å inndrive beløpet fra datteren.

Nav Klage og anke har lagt til grunn at saksbehandlingen i saken om motregning har vært kritikkverdig, og at det på grunn av svikt i kommunikasjonen mellom Nav Frogner trygd og Navi tok altfor lang tid å behandle kravet om motregning, noe som resulterte i at motregning ikke kunne foretas. Til dette er det nødvendig å vise til at ombudsmannen i november 2006 behandlet en klage fra bidragspliktige over manglende svar på søknaden om motregning i fremtidig bidrag. Det ble herfra tatt kontakt med både Nav Frogner trygd og Navi om saken. Nav Frogner trygd opplyste at det derfra ville bli tatt kontakt med Navi for å avklare hvilken informasjon som krevdes for ferdigbehandling av søknaden og at det deretter ville det bli fattet vedtak i saken. Begge ble tilsendt brev 24. november 2006 herfra, der det ble redegjort for undersøkelsene som var gjort. Til tross for dette ble vedtak først fattet 23. april 2007, over ett år etter at søknaden ble fremmet og etter at barnet fylte 18 år tidligere i april 2007. Den lange saksbehandlingstiden kunne dermed ikke bare skyldes kommunikasjonssvikt. Oppfølgingen av henvendelsen herfra var heller ikke tilfredsstillende.

Det er mulig at det rettslig ikke er grunnlag for innvendinger mot Nav Klage og ankes standpunkt i kravet om erstatning. Forholdet er imidlertid at behandlingen i Nav av kravet om motregning fremstår som svært kritikkverdig. Nav har videre først henvist bidragspliktige til å fremme kravet overfor datteren, men har nå funnet at dette ikke er riktig, men mener at kravet må fremmes overfor bidragsmottakeren. Beløpet som kreves tilbakebetalt, ble betalt i perioden høsten 2005 til våren 2006. En inndrivning av kravet gjennom namsapparatet er kostbart, og beløpet det er tale om, er på kr 1 235. Jeg finner det derfor etter en samlet vurdering klart urimelig av Nav å avslå å dekke beløpet og viser til ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10 annet ledd tredje punktum. Det kan også stilles spørsmål om avgjørelsen strider mot god forvaltningsskikk.

Jeg ber derfor Nav Klage og anke Sør i lys av dette om å behandle saken på nytt.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av den fornyede behandlingen av saken, ved oversendelse av kopi av brevet til bidragspliktige.

#### 97.

#### Deltakelse i veterinærvaktordning – erstatning som følge av lang saksbehandlingstid

(Sak 2007/2091)

*Det tok over to år fra A første gang søkte Mattilsynet om å få delta i en veterinærvaktordning til han fikk mulighet til deltakelse på lik linje med de øvrige deltakerne i vaktområdet. Det lange tidsforløpet skyldtes bl.a. at det i løpet av prosessen måtte fattes flere enkeltvedtak, som alle ble påklaget. Mattilsynet hadde dessuten ved flere anledninger forsøkt å få A og de øvrige deltakerne i ordningen til å bli enige om en vaktliste, men uten at dette hadde lyktes.*

*Ombudsmannen kom til at saksbehandlingstiden klart lå utenfor de rammer som følger av forvaltningsloven § 11 a og alminnelige prinsipper for forsvarelig saksbehandling. Mattilsynet hadde ikke sørget for en tilfredsstillende fremdrift i saken, og iallfall deler av den lange saksbehandlingstiden syntes å ha sin årsak i erstatningsbetingende feil fra Mattilsynets side.*

*Mattilsynet opplyste senere at A var tilkjent kompensasjon.*

A søkte i mars 2005 om å få delta i veterinærvaktordningen for vaktområdet Overhalla og Høylandet. Søknaden ble rettet til Mattilsynet regionkontoret for Trøndelag, Møre og Romsdal, som i juli 2005 avslø søknaden. Avslaget ble i august 2005 påklaget til Mattilsynet hovedkontoret, som i november 2005 fastslo at A hadde rett til å delta i vaktordningen.

Kort tid etter hovedkontorets vedtak henvendte regionkontoret seg til A og ba ham kontakte de øvri-

ge deltakerne i veterinærvaktordningen for å bli enige om en vaktliste. Denne oppfordringen ble fulgt opp fra As side, men uten at det lot seg gjøre å komme frem til en frivillig vaktfordelingsordning. I desember 2005 ba derfor A om at regionkontoret selv fastsatte en vaktliste. Etter dette skjedde det ikke noe mer i saken før regionkontoret i september 2006 kontaktet de øvrige deltakerne i veterinærvaktordningen og presiserte at A hadde rett til deltakelse på lik linje med de øvrige deltakerne. Deltakerne ble på nytt oppfordret om å komme til enighet om en vaktliste. Dersom slik enighet ikke var oppnådd innen 2 uker, ville regionkontoret selv fastsette en vaktliste.

Som følge av oppfordringen fra regionkontoret, sendte A et forslag til vaktliste til regionkontoret og de øvrige vakt deltakerne, som på sin side forholdt seg passive. Regionkontoret foretok seg likevel ikke noe ytterligere i saken før det i desember 2006 gjorde et vedtak om foreløpig vaktliste. Det ble opplyst at regionkontoret var i ferd med å utarbeide generelle kriterier for fastsetting av vaktlister, og at det i denne sammenheng var ønskelig å gjennomføre en høring i regionen. I den foreløpige vaktlisten ble A gitt halvparten så mange vakter som det den enkelte av de øvrige deltakerne fikk.

A påklaget regionkontorets vedtak, noe som førte til at regionkontoret i februar 2007 selv omgjorde vedtaket. I omgjøringsvedtaket la regionkontoret til grunn at A hadde krav på en like stor andel av vaktene som de øvrige deltakerne. Regionkontoret fastsatte imidlertid ingen ny liste, men ba om at vakt deltakerne ble enige om en vaktliste som skulle gjelde fra og med mars 2007.

En av de øvrige deltakerne i veterinærvaktordningen påklaget etter dette regionkontorets omgjøringsvedtak til Mattilsynet hovedkontoret, som i august 2007 besluttet å avslå klagen. I hovedkontorets vedtak ble det vist til at regelverket ikke åpnet for å fastsette forskjellige vaktandeler for deltakerne i en vaktordning. Hovedkontoret sendte samtidig et brev til regionkontoret, der det ble bedt om at regionkontoret fastsatte en vaktliste med lik vaktfordeling med virkning fra midten av august 2007.

Etter dette fikk A mulighet til å delta i veterinærvaktordningene for Overhalla og Høylandet på lik linje med de øvrige deltakerne. Det var da gått over to år siden han fremmet sin opprinnelige søknad om å få delta i vaktordningen. A henvendte seg på denne bakgrunn hit og ba om at Mattilsynets håndtering av saken ble undersøkt nærmere.

Som følge av klagen fra A ble dokumentene i saken innhentet fra Mattilsynet hovedkontoret. Etter en gjennomgang av saksdokumentene ble det besluttet å be hovedkontoret om å gi en skriftlig redegjørelse for det lange tidsforløpet i saken. Det ble i denne forbindelse spurt om hovedkontoret mente at fremdriften i

saken hadde vært tilfredsstillende, og om Mattilsynet eventuelt kunne være erstatningsansvarlig overfor A som følge av lang saksbehandlingstid.

I sitt svarbrev hit sa Mattilsynet hovedkontoret seg enig i at det hadde tatt lang tid før saken om As deltakelse i veterinærvaktordningen hadde fått en tilfredsstillende løsning. Hovedkontoret viste imidlertid til at prosessen hadde omfattet flere vedtak og knyttet seg til regler som var vedtatt forholdsvis kort tid før As opprinnelige søknad om deltakelse i vaktordningen. Videre fremholdt hovedkontoret at det var i tråd med daværende praksis at regionkontoret for Trøndelag, Møre og Romsdal hadde forsøkt å få deltakerne i vaktordningen til selv å bli enige om en vaktliste. Det hadde ikke umiddelbart vært klart for regionkontoret at deltakerne i vaktordningen ikke ville klare å komme til en slik enighet i As sak. Hovedkontoret viste dessuten til at saksbehandlingstiden i Mattilsynet generelt var forholdsvis lang, noe som skyldtes kapasitetsbegrensninger. Etter hovedkontorets syn forelå det derfor ingen saksbehandlingsfeil, og under enhver omstendighet ikke en feil som kunne påføre Mattilsynet et erstatningsansvar overfor A. Et slikt erstatningsansvar ville bare være aktuelt dersom det forelå en klar saksbehandlingsfeil. Hovedkontoret viste i denne sammenheng til Ot.prp. nr. 52 (1998-1999) s. 13.

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

#### *«1. Saksbehandlingstiden*

Saken gjelder rett til deltakelse i veterinærvaktordning etter tidligere forskrift 9. mars 2005 nr. 224 om veterinærvakt § 3, som var gitt med hjemmel i dyrepersonelloven 15. juni 2001 nr. 75. Verken forskriften eller hjemmelsloven inneholder egne bestemmelser om saksbehandlingstid. Det følger da av forvaltningsloven 10. februar 1967 § 11 a og alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling at Mattilsynet skulle ha ferdigbehandlet saken «uten ugrunnet opphold». Som påpekt i Ot.prp. nr. 75 (1993-94) s. 22, vil spørsmålet om hva som er forsvarlig saksbehandlingstid kunne variere fra sak til sak og fra forvaltningsorgan til forvaltningsorgan, avhengig av sakens betydning og omfang, tilgjengelige ressurser m.v. Spørsmålet er om forvaltningen, alle forhold tatt i betraktning, har sørget for en forsvarlig fremdrift gjennom hele saken.

I As tilfelle tok det rundt to og et halvt år fra han søkte om å få delta i vaktordningen for Overhalla og Høylandet til han rent faktisk fikk mulighet til dette. Det samlede tidsforløpet fremstår som svært langt. Riktignok ble det i løpet av denne perioden fattet to enkeltvedtak, som begge var gjenstand for klager. Det ligger i sakens natur at en forvaltningsprosess vil bli forlenget som følge av at en part eller annen med rettslig klageinteresse benytter seg av klageretten et-



ter forvaltningsloven § 28 første ledd. Også ved klagebehandling gjelder imidlertid prinsippet om at saken må avgjøres uten ugrunnet opphold. I vurderingen av hvilken prioritet en klagesak skal gis, vil det også kunne være nødvendig å se hen til hvor lang tid det tok å fatte vedtak i saken i første omgang. I den foreliggende saken brukte Mattilsynet rundt syv måneder på å behandle As søknad om deltakelse i veterinærvaktordningen og den påfølgende klagesaken. Videre tok det til sammen over seks måneder å behandle As klage over regionkontorets første vedtak om vaktfordeling og klagen over det påfølgende omgjøringsvedtaket. Sett hen til at begge sakene i første rekke synes å ha reist spørsmål om forståelsen av gjeldende regelverk, og at det ikke synes å ha vært behov for omfattende undersøkelser knyttet til faktiske forhold, har jeg vanskelig for å se at det samlede tidsforløpet i disse vedtaksprosessene var nødvendig av hensynet til partene. I den siste av vedtaksprosessene tilsa dessuten det forhold at saken allerede hadde versert svært lenge at klagebehandlingen burde vært gitt særlig prioritet både hos regionkontoret og hovedkontoret.

I tillegg til saksbehandlingstiden knyttet til klagebehandling, kommer tidsforløpet på over 13 måneder fra hovedkontorets første vedtak, som ga A rett til deltakelse i veterinærvaktordningen, til regionkontoret fattet sitt første vedtak om vaktfordeling. Jeg lar det stå hen om det var formålstjenlig at regionkontoret i første omgang anmodet A og de øvrige vakt deltakerne om å bli enige om en vaktfordeling på egen hånd. Ettersom A ikke deltok i vaktordningen, måtte det likevel være naturlig at regionkontoret satte en kort frist for å komme til enighet, og at kontoret også grep inn og selv fastsatte en vaktliste dersom enighet ikke ble oppnådd innen denne fristen. Det fremgår av sakens dokumenter at A allerede etter kort tid gjorde regionkontoret oppmerksom på at det ikke lot seg gjøre å komme til enighet om en vaktliste. At regionkontoret etter dette brukte over elleve måneder før det grep inn, må anses som en klar tilsidesettelse av regionkontorets overordnede ansvar for å påse at A fikk realisert sin rett til deltakelse i vaktordningen.

Mattilsynets totale saksbehandlingstid må etter dette sies å ligge klart utenfor de rammer som følger av forvaltningsloven § 11 a og alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Konsekvensen av dette er at A over flere år ble forhindret i å delta i veterinærvaktordningen for Overhalla og Høylandet på lik linje med de øvrige vakt deltakerne, til tross for at han etter Mattilsynets egen vurdering hadde en rett til dette.

## 2. Erstatning

Det er ikke tvilsomt at lang saksbehandlingstid kan medføre erstatningsansvar for det økonomiske tap en part har hatt som følge av at saken ikke ble avgjort

tidligere. Derimot er rettskildebildet mer uklart med hensyn til hvilke krav til subjektiv skyld som gjelder for at forvaltningen skal bli erstatningsansvarlig. I Ot.prp. nr. 52 (1998-99) s. 13, som Mattilsynet har vist til, gir Justis- og politidepartementet uttrykk for at erstatningsansvar forutsetter uaktsomhet. Om innholdet i aktsomhetsnormen, heter det videre:

«For at relevant uaktsomhet skal foreligge kreves normalt at det foreligger en klar feil på forvaltningsorganets side, som har ført til at saken har tatt så lang tid. Dersom den lange saksbehandlingstiden derimot skyldes forhold som forvaltningsorganet ikke kan lastes for, for eksempel saksmengden generelt, sykdom hos personalet, eller at saken er dårlig opplyst fra søkerens side, vil det ikke foreligge erstatningsplikt på det offentlige side. Det samme gjelder antagelig der den lange saksbehandlingstiden kunne vært unngått med en bedre organisering av arbeidet i forvaltningsenheten, men uten at det kan sies å foreligge noen konkret feil på forvaltningens side.»

De nevnte uttalelsene kan ikke anses som lovforarbeider i relasjon til erstatningsansvar som følge av lang saksbehandlingstid. Departementets standpunkt er heller ikke underbygget med henvisning til andre rettskildefaktorer. Rettspraksis tegner ikke noe klart bilde av hva som er det alminnelige ansvarsgrunnlaget ved brudd på kravene til saksbehandlingstid og andre saksbehandlingsregler, og heller ikke av hva som eventuelt kreves for å konstatere uaktsomhet. Også i juridisk teori synes oppfatningene noe delte. Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (4. utg. 2006) s. 225 uttaler at «ansvar normalt må forutsette at det har vært en forholdsvis klar feil som har ført til at saken er utsatt, og at dette kan bebreides det offentlige som uaktsomt». Det er i denne sammenheng vist til ombudsmannens uttalelse i årsmeldingen for 1983 s. 123 (Somb-1983-63), som imidlertid ikke gjelder spørsmålet om ansvarsgrunnlag. Graver, Alminnelig forvaltningsrett (3. utg. 2007) s. 623 flg. synes å holde det åpent hvorvidt det gjelder et alminnelig krav om uaktsomhet for at feil begått av forvaltningen skal medføre erstatningsansvar. Om innholdet i en slik eventuell uaktsomhetsnorm, heter det imidlertid (s. 625):

«Selv om ansvaret for øvrig forutsetter skyld, er skyldregelen nokså objektivisert i den forstand at avvik fra kravene til en forsvarlig saksbehandling og en forsvarlig vurdering i seg selv i utgangspunktet vil bli ansett som uaktsomme. Dette er en naturlig følge av at slike avvik som regel også vil være avvik fra det samfunnet må kunne kreve av en forsvarlig og omsorgsfull forvaltning. Saksbehandlingsreglene og kravene til forsvarlig skjønn er jo *minimumskrav* også i den forstand at de representerer minstemaålene til hva som kreves av forvaltningen. Derfor nøyer domstolene seg ofte med å konstatere slike avvik for å anse kravet til ansvarsgrunnlag oppfylt.»

Det må etter dette kunne fastslås at den rettsoppfatning det er gitt uttrykk for i Ot.prp. nr. 52 (1998-99) s. 13 iallfall ikke har noen entydig støtte i øvrige rettskildedefaktorer. Som påpekt hos Graver, *op.cit.* s. 625, vil trolig også kravene til ansvarsgrunnlaget kunne variere etter hva slags saksforhold det dreier seg om. I foreliggende sak finner jeg det ikke nødvendig å ta stilling til hva som prinsipielt kreves av uaktsomhet for at den lange saksbehandlingstiden skal virke ansvarsbetingende for Mattilsynet. Regionkontorets manglende inngripen i perioden fra hovedkontorets første vedtak til det første vedtaket om vaktfordeling fremstår under enhver omstendighet som klart uaktsom, slik at kravet til ansvarsgrunnlag er oppfylt. Når det gjelder tidsforbruket knyttet til behandlingen av søknader og klager, har jeg ikke tilstrekkelige opplysninger til å ta stilling til om og i hvilken grad det foreligger ansvarsgrunnlag. På bakgrunn av de forhold som er påpekt under pkt. 1, anser jeg det imidlertid ikke usannsynlig at også deler av dette tidsforløpet skyldes forhold som må anses ansvarsbetingende.

Spørsmålet om hvilket økonomisk tap A har hatt som følge av den lange saksbehandlingstiden hos Mattilsynet har ikke vært gjenstand for behandling her, og jeg har følgelig heller ikke grunn til å ta stilling til størrelsen på en eventuell erstatning.

### 3. Konklusjon

Saksbehandlingstiden i saken synes klart å ligge utenfor de rammer som følger av forvaltningsloven § 11 a og alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Slik saken er opplyst, synes iallfall deler av den lange saksbehandlingstiden å skyldes erstatningsbetingende feil fra Mattilsynets side.

Mattilsynet bes på denne bakgrunn om å gå gjennom saken på nytt og vurdere hvorvidt det er grunnlag for å tilkjenne A økonomisk kompensasjon. Jeg ber om å bli holdt orientert om den videre utviklingen.»

Mattilsynet opplyste senere at Landbruks- og matdepartementet hadde besluttet å tilkjenne A kompensasjon.

## 98.

### Beregning av rovviltskadeerstatning

(Sak 2008/1516)

*A klaget på at Fylkesmannen i Oppland og Direktoratet for Naturforvaltning i to saker om rovviltskadeerstatning ikke la til grunn hans beregning av normaltapeset. Han klaget også på at myndighetene ved beregningen av normaltapeset tok med i besetningstallet dyr som gikk på innmark.*

*Ombudsmannen påpekte at det ut fra vedtakene alene var vanskelig å lese hvordan erstatningene var utmålt, og han understreket plikten til å gi individuelle og dekkende begrunnelser. Etter loven hadde eieren krav på «full erstatning» for rovviltskade, og dersom eieren fremla tilfredsstillende dokumentasjon på normaltapeset, skulle den legges til grunn. Dette gjaldt uavhengig av om det i perioden var rovdyr i området eller ikke. Ombudsmannen uttalte avslutningsvis at i den grad det var aktuelt å gi erstatning for rovdyrskade for husdyr på innmark etter rovviltforskriften § 8, måtte det følge direkte av prinsippet i § 9 at det også for disse skulle gjøres et fradrag for normaltapeset.*

A søkte i 2006 om rovviltskadeerstatning for én sau og 17 lam (heretter sak 1). Fylkesmannen i Nord-Trøndelag vedtok å erstatte ni lam. Vedtaket ble påklaget av A. Han anførte blant annet at det ved utregningen av normaltapeset skulle brukes antall dyr han slapp på fjellet/utmarksbeite, og at hans normaltaps-satser var 0,5 % for sau og 3 % for lam. Fylkesmannen fastholdt vedtaket. I begrunnelsen ble det vist til at A ikke hadde lagt ved tilstrekkelig dokumentasjon for normaltapeset, og at normaltapsverdiene på 2 % for sau og 5 % for lam derfor ble benyttet. Fylkesmannens vedtak ble stadfestet 3. juli 2007 av Direktoratet for naturforvaltning.

A søkte også i 2007 om rovviltskadeerstatning, da for ni lam og fem sauer (heretter sak 2). Fylkesmannen i Nord-Trøndelag vedtok å erstatte to sauer og ett lam. Vedtaket ble påklaget av A. Det ble blant annet anført at det ved beregning av normaltapeset skal gjøres fradrag i besetningstallet for de dyrene som går på innmark. Fylkesmannen fastholdt vedtaket, og dette ble stadfestet 3. juni 2008 av Direktoratet for naturforvaltning.

Norges Bondelag brakte sakene inn for ombudsmannen på vegne av A ved brev 2. juli 2008. Klagen knyttet seg til forvaltningens beregning av normaltapeset, jf. forskrift 2. juli 1999 nr. 720 om erstatning for tap og følgekostnader når husdyr blir drept eller skadet av rovvilt (heretter forskriften) § 9 jf. § 8. Det ble også klaget på saksbehandlingen. I tilknytning til sak 1 ble det anført at det ved beregningen av normaltapeset skulle trekkes fra sauer og lam som det tidligere var utbetalt rovdyrskadeerstatning for. Det ble også klaget over vedtakets begrunnelse og vist til at det ikke var mulig å lese ut av vedtaket hva fylkesmannen og direktoratet bygget tapsprosentene på. Endelig stilte bondelaget spørsmål ved «kor grundig og konkret kvar einskild søknad om rovviltskadeerstatning vert handsama». Også i tilknytning til sak 2 klaget Norges Bondelag over manglende begrunnelse. Ombudsmannen ble bedt om å undersøke nærmere om «normaltapeset skal reknast ut i frå heile buskapen

til den enkelte dyreeigaren eller om det er buskapen innanfor det enkelte beiteområde som skal leggjast til grunn».

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere, og Direktoratet for Naturforvaltning ble i brev 6. oktober 2008 bedt om å svare på flere spørsmål. I tilknytning til vedtaket 3. juli 2001 (sak 1) ble det stilt spørsmål om hvilken normal tapsprosent direktoratet hadde lagt til grunn. Det ble også bedt om en nærmere redegjørelse for den vurdering direktoratet, eventuelt fylkesmannen, hadde foretatt for å komme frem til normal tapsprosenten, og om vedtaket på dette punkt var i samsvar med forvaltningslovens krav til begrunnelse, jf. §§ 24 og 25.

Det ble videre bedt om direktoratets syn på Norges Bondelags anførsel om at fylkesmannens beregninger av normal tapet i sak 1 var i strid med forskriftens § 2 bokstav b, da det ved beregningen ikke ble trukket fra sauer og lam som det tidligere var utbetalt rovdyrerstatning for. Det ble spurt om det kunne være en aktuell beregningsmåte å gjøre fradrag for de dyr det var gitt erstatning for etter forskriftens § 7, men ikke for de dyr det var gitt erstatning for etter § 8. Direktoratet ble også bedt om å redegjøre for om fylkesmannens vedtak i sak 1 bygget på en konkret og individuell vurdering i samsvar med god forvaltningsskikk, samt om å kommentere spørsmålet fra Norges Bondelag om det var utbetalt erstatning etter forskriftens § 7 for fire lam som var tatt av jerv i 2006.

I tilknytning til direktoratets vedtak 3. juni 2008 (sak 2), ble det bedt om en redegjørelse for uttalelsen om at det «ikke [er] funnet sannsynlighetsvekt for at alt tap utover normal tap skyldes rovvilt i denne besetningen». Det ble videre vist til at direktoratet syntes å beregne normal tapet i vedtaket 3. juni 2008 på grunnlag av besetningstallet, og ikke på grunnlag av antallet sauer som var sluppet på beite, og det ble bedt om direktoratets syn på om denne beregningsmetoden samsvarte med forskriftens § 9 jf. § 2 bokstav d.

Direktoratet svarte ved brev 17. desember 2008. Det ble opplyst at direktoratet i sak 1 hadde lagt til grunn «en normal tapsprosent på 2 % for sau og 5 % for lam». Denne normal tapsprosenten var «basert på gjennomsnittet for Organisert beitebruk og etter samarbeid mellom miljøvern avdelingen og landbruksavdelingen hos fylkesmannen». Direktoratet skrev videre:

«Det tallgrunnlag som søkeren sendte inn for de siste åtte år, med rovdyr tap, ble ikke vurdert som godt nok til å dokumentere et annet normal tap for han. Det er søkerens eget ansvar å legge frem dokumentasjon for annet normal tap i sin besetning.

Dette er kort den begrunnelse som er lagt til grunn for beregningen av søkers normal tapspro-

sent. Vi tar til etterretning at dette ikke har kommet klart nok frem i begrunnelsen.»

Til spørsmålet om beregning av normal tapet, skrev direktoratet:

«Norges Bondelag anfører at fylkesmannen har regnet ut normal tapet fra 1996 til 2006 ved å ta gjennomsnitt av total tapet pr år i perioden, og at DN har sluttet seg til denne måten å regne på i vedtaket av 3. juli 2007.

Dette medfører ikke riktighet. Fylkesmannen har i sin oversendelse av 10. mai 2007 vist til søkers oppsett over normal tapet, men det slås i vedtaket fast at denne beregningsmåten ikke tas til følge. DN har i sin behandling av klagesaken lagt fylkesmannens normal tapsprosent til grunn, 2% for sau og 5% for lam. Enten må man holde seg til det erfaringstall som det er redegjort for på bakgrunn av tall fra Organisert beitebruk eller så må søker få godkjent dokumentasjon om annet normal tap i sin besetning.

Den beregning det spørres om er søkers tall, og ikke fylkesmannens. Fylkesmannen har redegjort for at søkers normal tap i saken er fastsatt til 2% for sau og 5% for lam.

DN kan ikke annet enn å slå fast at den beregningsmåte som Norges Bondelag har trukket frem ikke er i samsvar med hvordan regelverket skal forstås og praktiseres. Når det gjelder beregningen av normal tapet er det kun to muligheter. Den første er at man bruker erfaringstall fra Organisert beitebruk for det tap av husdyr som erfaringmessig inntreffer i besetningen på utmarksbeite uten forekomst av rovvilt. Dette er gjort i denne saken. Den andre muligheten er at søker får godkjent dokumentasjon om annet normal tap i egen besetning. Dette har ikke skjedd i denne saken. I den delen av tapet som er erstattet i medhold av forskriftens § 8 skal normal tapet trekkes fra. Dette er gjort korrekt i denne saken.

Det er ikke aktuelt å gå inn på en praksis som innebærer å gjøre fradrag for de dyr erstattet i medhold av § 7, men ikke de dyr som er erstattet etter § 8. Dette blir noe annet enn å benytte seg av forskriftens to muligheter for beregning av normal tap, som er dagens praksis.»

Spørsmålet om fylkesmannens vedtak i sak 1 var undergitt en konkret og individuell behandling ble kommentert slik:

«Direktoratet ser av sakens dokumenter at søker fikk erstatning for 9 lam. Dette innebærer erstatning for alt tap ut over normal tapet. Dette er registrert i Rovbasen og erstatningen er utbetalt.

Henvisningen til forskriften § 4 om at dyreeier har en selvstendig plikt til å avdekke skader og tap i egen besetning, kan vi ikke skjønne annet enn at beror på en ren feil som må ha sammenheng med at mange like klagesaker behandles under en intensiv periode. For øvrig kan ikke direktoratet se at saken ikke er godt behandlet sett i forhold til forvaltningslovens regler for saksbehandling.»

Direktoratet opplyste videre at «ett lam er registrert som jerveskade og utbetalt erstatning for.» Til sak 2 skrev direktoratet følgende:

«Direktoratet slår fast at det etter opplysningen i Rovbasen fremkommer at søker ikke hadde dokumenterte tap til rovvilt denne beitesesongen. Erstatningen for 2 sau og 1 lam har derfor blitt tilkjent etter en skjønsmessig vurdering. Direktoratet fant ikke grunnlag for å fravike fylkesmannens konkrete utøvelse av skjønn på dette punkt. Det er slik at når man ikke har noen konkret dokumentasjon på at rovvilt har forvoldt skade i besetningen må man vurdere alle kriterier for på skjønsmessig grunnlag å eventuelt tilkjenne erstatning.

Det er direktoratets forståelse av regelverket og innarbeidet praksis at normaltapet skal beregnes av hele besetningstallet. Fradraget i erstatningen av et normaltap bygger på den erfaring at det i enhver besetning vil inntre en viss prosentdel tap av lam og voksen sau. Tapene skjer fra lam fødes til de er sanket inn, de skjer i utmark og de skjer på innmark. Dette 'normaltapet' som skal gå i fradrag i erstatningen er tap som inntre i hele besetningen uavhengig av forekomsten av rovvilt, og tapet har mange ulike årsaker som sykdom, forgiftning, fluemark, skår feste, fall, drukning med mer. Vi viser her til Ot.prp. nr 62 (1998-1999) side 25. Det fremgår her at normaltapsprosenten fastsettes av erstatningsmyndigheten på bakgrunn av generelle data i vedkompende sankelag, kommune eller region, fortrinnsvis basert på data fra Organisert beitebruk. Dette er de erfaringstall man har data for over hele landet. Dette 'bunnfradraget' i erstatningen fastsettes på bakgrunn av erfaringstall fra Organisert beitebruk når sauen har beitet i utmark i en situasjon med fravær av rovvilt.

Unntaksregelen om at annet normaltap kan anvendes, har vi for å kunne rette opp skjjevheter der en bruker åpenbart kan dokumentere at det i hans besetning vil være rimelig å bruke en lavere prosent for normaltapet.»

Direktoratets redegjørelse ble oversendt Norges Bondelag som kom med kommentarer i brev hit 16. februar 2009. Det ble vist til Ot.prp. nr. 62 (1998-1999) s. 25 og s. 31, og anført at «normaltapet som hovedregel skal reknast ut i frå dyreeigaren sine tal om buskapen». Vedrørende beregning av normaltapet ble det uttalt:

«Det er her viktig å hugsa på at tap som skuldast andre årsaker enn rovvilt, har gått nedover med auka fokus på betre dyrehelse, betre vaksinar og medisinar mot ulike parasittar. Tala frå Organisert beitebruk er totaltap innanfor eit beiteområde. Skal styresmaktene nytta data frå Organisert beitebruk, må dei difor minst trekkja i frå dyra det er utbetalt rovdyrskadeerstatning for, for at normaltapet skal koma fram. Me fekk også opplyste frå landbruksavdelinga at eit beitelag i fylket systematisk hadde gått igjennom tala frå Organisert beitebruk for område sitt og trekt i frå dei dyra dei hadde fått rovdyrskadeerstatning for. På denne måten hadde dei klart å dokumentera eit lågare normaltap og fått dette lagt til grunn ved handsa-

minga av rovdyrskadeerstatningssaker frå det aktuelle beiteområdet.»

Norges Bondelag viste vidare til direktoratets uttalelse om at søkers tallmateriale ikke var nok til å kunne dokumentere et annet normaltap, og påpekte at forvaltningen etter forvaltningsloven § 11 har en alminnelig veiledningsplikt og at «dei burde ha opplyst kva type dokumentasjon dei trong og gje [A] sjansen til å leggja fram denne dokumentasjonen». Til direktoratets opplysninger om at det var gitt erstatning for ett lam på grunn av jervskade, viste Norges Bondelag til fradragsregelen i forskriftens § 8, og påpekte at det er «heilt naudsynt at det går tydeleg fram av vedtaket kor mange dyr som er dokumentert tekne av jerv og erstatta etter forskrifta § 7, og kor mange det eventuelt er grunnlag for å erstatta etter § 8». Avslutningsvis viste Norges Bondelag til Ot.prp. nr. 62 (1998-1999) s. 31, og kommenterte spørsmålet om besetningstallet eller det aktuelle beiteområdet skal legges til grunn ved beregning av normaltapet slik:

«Etter vårt syn vil det ha lita interesse å knyta tapa opp til beiteområde, dersom alt tap utanom rovdyr tap, skal trekkjast i frå. Tapsårsakene som er lista opp kan variera mykje frå beite til beite. Til dømes har alveld samanheng med klimaet og finst berre i deler av landet. Faren for ulukker vil også vera svært varierende i høve til type beite og i enkelte beiteområde vil påkjørsle av bil vera utelukka. Det sentrale må vera å finna tapet på det aktuelle beitet utan at det var rovvilt tilstade. Sauer i buskapen som ikkje er på dette beitet og ikkje er utsette for rovvilt, har ikkje noko med erstatningsspørsmålet å gjera.

Me er vorte kjente med at Direktoratet for naturforvaltning i fjor, opna for at ein bonde fekk delt buskapen sin i høve til utrekning av normaltap. Den aktuelle bonden skal ha hatt deler av buskapen innanfor rovdyrskikkert gjerde. Me meiner differensiering av beiteområde er riktig i høve til utrekning av normaltap, men tykkjer denne forståinga av regelverket rimar dårleg med det synet som direktoratet har lagt til grunn i denne saka.»

Direktoratet hadde i brev 12. mars 2009 ikke ytterligere kommentarer i saken, bortsett fra en merknad om at «det i Rovbasen fremkommer at det er 4 sauer i alt som er dokumentert tatt av rovvilt i 2006, og derved erstattet i medhold av forskriftens § 7».

Det ble herfra funnet nødvendig å avklare enkelte generelle spørsmål med Miljøverndepartementet. I spørsmålsskrivet til departementet 7. september 2009 het det blant annet:

«1. Etter § 2 bokstav b er normaltap «[d]et tap av husdyr som erfaringsmessig inntreffer i besetningen på utmarksbeite uten forekomst av rovvilt.» (Ombudsmannens kursivering.) Spørsmålet er om normaltapsprosenten etter forskriften skal beregnes på grunnlag av gjennomsnittlig totaltap hvert år, eller om det ved beregningen skal gjøres

et fradrag i totaltapstallet for de dyr som blir erstattet etter forskriften. (Det forutsettes at forvaltningen ved søknadsbehandlingen legger søkerens dokumentasjon av normaltapet til grunn.)

Eksempel: A søker i 2007 om erstatning for tap av x sauer og lam, og legger frem dokumentasjon for tapene de siste 15 årene. Det følger av dokumentasjonen at det i ett av årene (f. eks. år 2000) ble søkt om erstatning for tap av 5 sauer, at det totalt ble sluppet 200 sauer på beite, samt at A for det året fikk erstattet tapet av 2 sauer jf. forskriftens § 8. Når tapsprosenten for år 2000 (samt de andre dokumenterte årene) skal beregnes, skal det i henhold til forskriften gjøres slik:

- a) Totaltapet på 5 sauer utgjør 2,5 % av 200 sauer? Eller slik:
- b) Tapet på 3 sauer (5 tapte sauer minus 2 erstattede) utgjør 1,5 % av 200 sauer?

2. Dersom søkeren ikke tilstrekkelig har dokumentert et normaltap, synes myndighetene å legge til grunn tall fra organisert beitebruk. Har departementet kjennskap til om normaltapsprosentene i slike tilfeller er basert på tall fra organisert beitebruk beregnet som i pkt. 1 a) eller i b)?

3. Etter § 2 bokstav b er normaltap «[d]et tap av husdyr som erfaringsmessig inntreffer i besetningen på utmarksbeite uten forekomst av rovvilt.» (Ombudsmannens kursivering) Skal normaltapsprosenten - uavhengig av om tallene stammer fra søkeren eller organisert beitebruk - etter forskriften beregnes på grunnlag av besetningstallet eller ut fra antallet dyr på det aktuelle beiteområdet?»

Departementet svarte i brev 2. november 2009 slik:

«Miljøverndepartementet har ved brev av 28. september 2009 bedt Direktoratet for naturforvaltning om innspill til sivilombudsmannens spørsmål i brev av 7. september 2009. Departementet er enig i direktoratets vurderinger, og har derfor valgt å legge direktoratets svar til grunn for departementets tilbakemelding til sivilombudsmannen.

Punkt 1: Hvordan normaltap skal beregnes er nærmere beskrevet i kommentarene til erstatningsforskriften:

”Normaltap beregnes primært på bakgrunn av besetningsdata som oppgis av dyreeier, jf. § 2, bokstav d. Det må her forutsettes at dyreeieren kan framlegge dokumentasjon for slike data for en periode på minst 8-10 foregående år. Det kan imidlertid også benyttes satser for normaltap for et enkelt beiteområde, eller ved bruk av gjennomsnittlig tap for fylket, regionen eller kommunen basert på data fra organisert beitebruk. Erstatningsmyndigheten har anledning til å beregne normaltapet på andre måter der dette er hensiktsmessig og rettfærdig.”

Fylkesvis/kommunevis tall er ment brukt i de tilfeller brukeren selv ikke kan legge fram egne besetningsdata for en periode på 8-10 år. Når slike beregninger av normaltap skal gjøres, må det tas utgangspunkt i en sammenhengende periode på 8-10 år med ’normale tap’. Beregning-

gene vil normalt være basert på data fra organisert beitebruk (fylke, region, kommune eller enkeltbesetning) for en periode før rovviltbestandene vokste og skadene økte utover det normale for området. Dette betyr at flere fylker legger til grunn tapsprosent (totale tap) fra 1970- og 1980-årene for beregning av normaltapet. På denne tiden var bestandene av fredet rovvilt mindre enn i dag, og rovviltskader var et svært begrenset problem.

Etter departementets vurdering er beregninger som legger til grunn totaltap i en periode med rovviltskader eller fradrag for erstattede tall i samme periode ikke i tråd med hvordan forskriften skal praktiseres.

Punkt 2: Se svar under punkt 1.»

Til spørsmål tre viste departementet til direktoratets redegjørelse for dette i brev hit 17. desember 2008. Det het videre:

«Det er gjennomgående i hele erstatningsregelverket at det er hele besetningstallet som legges til grunn. Erstatning for følgekostnader knyttet til det enkelte dyr og erstatning for følgekostnader i besetningen er regulert i erstatningsforskriften §§ 11 og 12, og beregningene som her legges til grunn tar utgangspunkt i hele besetningstallet. Hvis andre tall skal legges til grunn for beregning av normaltapet, må det også gjøres nye vurderinger knyttet til beregninger etter §§ 11 og 12. Den samlede erstatning som tilstår den enkelte søker er avhengig av både tapsomfanget som sådan og tapsomfanget relatert til besetningsstørrelse.

Departementet viser til at spørsmålet knyttet til beregning av normaltapet ble nøye gjennomgått i forbindelse med utarbeidelsen av nye erstatningsregler i 1999. I arbeidet med denne forskriften ble et forslag til forskrift og tilhørende retningslinjer utarbeidet av en arbeidsgruppe nedsatt av det sentrale rovviltutvalget (SRU). Tallmateriale og beregninger knyttet til ordningen ble utarbeidet av Norsk Institutt for landbruksøkonomisk forskning. Sauenæringens organisasjoner var representert i arbeidsgruppen, herunder også Norges Bondelag. Etter at arbeidsgruppen avsluttet sitt arbeid ble forslag til forskrift sendt på ordinær høring til berørte parter.

Avslutningsvis vil Miljøverndepartementet vise til regjeringens politiske plattform, Soria Moria II, hvor det framgår at dagens erstatningsordning for husdyr skal endres.»

I e-post hit 8. desember 2009 fra Miljøverndepartementet, sto det:

«Miljøverndepartementet viser til vårt svarbrev ... på Sivilombudsmannens henvendelse (ref 2008/1516) vedrørende beregning av rovviltskadererstatning.

Departementet viser til punkt 1 siste avsnitt i vårt svarbrev hvor det står følgende: ’Etter departementets vurdering er beregninger som legger til grunn *totaltap* i en periode med rovviltskader eller *fradrag* for erstattede tall i samme periode ikke i tråd med hvordan forskriften skal praktiseres.’

Etter henvendelsen fra Norges Bondelag gjør departementet følgende presisering av innholdet i dette avsnittet: 'Etter departementets vurdering er beregninger som legger til grunn *totaltap* i en periode med rovviltskader ikke i tråd med hvordan forskriften skal praktiseres. Heller ikke dersom det gjøres *fradag* for erstattet tapstall, vil slike beregninger være i tråd med hvordan forskriften skal praktiseres.'

Norges Bondelag hadde ikke ytterligere merknader til saken.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«I lov 29. mai 1981 nr. 38 om jakt og fangst av vilt (heretter viltloven) § 12 a heter det:

«Når husdyr og tamrein blir drept eller skadet av rovvilt, yter staten full erstatning for tapet og følgekostnadene i samsvar med forskrift gitt av Kongen. Kongen kan også gi forskrift om tilbakeføring av uriktig utbetalt beløp.»

Etter rovviltforskriften 2. juli 1999 nr. 720 § 7 (heretter forskriften) skal det ytes erstatning til dyreeier når husdyr er «gjenfunnet», og det er sannsynlighetsovervekt for at dyret er drept eller skadet av rovvilt. Det skal etter forskriftens § 8 ytes erstatning «også i øvrige tilfeller der omstendighetene tilsier at husdyr er tapt som følge av rovvilt».

Dersom det ytes erstatning til dyreeier i henhold til forskriftens § 8, skal det «minst gjøres fradrag for normaltap i denne delen av tapet» jf. § 9. Normaltapet er i forskriftens § 2 bokstav d beskrevet slik:

«*Normaltap*: Det tap av husdyr som erfaringsmessig inntreffer i besetningen på utmarksbeite uten forekomst av rovvilt.»

I kommentaren til forskriftens § 2 bokstav d i vedlegg 2 til Ot.prp. nr. 62 (1998-1999) «Retningslinjer til forskrift om erstatning for tap og følgekostnader når husdyr blir drept eller skadet av rovvilt» (heretter kommentaren til forskriften) heter det:

«Bokstav d: Normaltapet er det tapet av husdyr som erfaringsmessig inntreffer i en besetning på utmarksbeite uten forekomst av rovvilt. Det er søkerens ansvar å dokumentere normaltap i egen besetning. Der slik dokumentasjon fra brukeren ikke foreligger, fastsetter erstatningsmyndigheten normaltapet på bakgrunn av generelle data i vedkommende sankelag, kommune eller region, fortrinnsvis basert på data fra Organisert beitebruk. Det henvises også til merknader til § 9.»

Saken reiser to problemstillinger knyttet til beregningen av normaltapet, se pkt. 2 og 3. Først vil jeg vurdere klagers anførsler knyttet til Fylkesmannen i Nord-Trøndelag og Direktoratet for naturforvaltnings saksbehandling i de to innklagede sakene.

#### 1. Saksbehandlingen

Klageren har blant annet anført at begrunnelsen i vedtakene levner tvil om myndighetene har foretatt en tilstrekkelig konkret og individuell behandling.

Direktoratet skrev i brev 3. juli 2007 (sak 1) at det ikke var grunnlag for å dekke alt tap utover normaltapet, jf. forskriftens § 8. Det ble i vedtaket også vist til forskriftens § 4 om at dyreeier har en selvstendig plikt til å bidra til at tapsårsaken i egen besetning avdekkes. I direktoratets brev hit 17. desember 2008 ble det presisert at alt tap utover normaltapet i denne saken ble dekket, og det ble opplyst at henvisningen til forskriftens § 4 måtte «bero på en ren feil som må ha sammenheng med at mange like klagesaker behandles under en intensiv periode». I brev 17. desember 2008 ble det dessuten opplyst hvor mange lam som ble registrert tatt av jerv i 2006, noe som ikke fremgikk av fylkesmannens eller direktoratets vedtak i sak 1.

I tilknytning til sak 2 anførte klageren i henvendelsen hit blant annet at det ut fra begrunnelsen var vanskelig å se hvordan forvaltningen hadde kommet frem til et sannsynlig tap etter forskriftens § 8. Direktoratet skrev i brev hit 17. desember 2008 at «når man ikke har noen konkret dokumentasjon på at rovvilt har forvoldt skade i besetningen må man vurdere alle kriterier for på skjønnsmessig grunnlag å eventuelt tilkjenne erstatning». Hvilke momenter som må tas hensyn til i en slik skjønnsmessig vurdering, ble det imidlertid ikke redegjort nærmere for.

Det følger av forvaltningsloven § 24 første ledd at enkeltvedtak skal begrunnes og at forvaltningsorganet skal gi begrunnelsen samtidig med at vedtaket treffes. Begrunningsplikten skal sikre at de berørte partene i saken kan se at forvaltningen har hatt den nødvendige og tilstrekkelige informasjon i saken, samt at de skal kunne forstå hvorfor forvaltningen eventuelt ikke etterkom deres krav, klage eller ønske. Når det, som i denne saken, avdekkes feil og unøyaktigheter i begrunnelsen, svekker det tilliten til forvaltningen og gjør det vanskeligere å forstå og akseptere sakens resultat. Den knappe redegjørelsen for den skjønnsmessige vurderingen foretatt etter forskriftens § 8, kan også levne tvil om fylkesmannen og direktoratet har sett og vektlagt alle relevante momenter.

Selv om både fylkesmannen og direktoratet nok behandler mange like søknader om rovviltskadeerstatning i året, innebærer begrunnelsesplikten i forvaltningsloven §§ 24 og 25 likevel at forvaltningen må gi både korrekt og tilstrekkelig informasjon, slik at klageren ut fra begrunnelsen kan forstå vedtaket, ha tillit til at saken er blitt vurdert på en forsvarlig måte, og kunne vurdere om vedtaket gir grunnlag for en eventuell klage.

Gjennomgangen av dokumentene i sak 1 og 2 gir som det fremgår grunnlag for kritiske merknader. De forklaringer som er gitt i ettertid, er imidlertid oppklarende, og jeg lar det derfor være med denne påpekningen. Jeg vil likevel be direktoratet for fremtiden være oppmerksom på plikten til å gi individuelle og dekkende begrunnelser i saker om rovviltskadeerstatning.

## 2. Beregning av normaltapet

Det er i saken reist spørsmål om det ved beregning av normaltapsprosenten skal gjøres fradrag for de dyr som tidligere er erstattet etter forskriften. Norges Bondelag har anført at det må gjøres et slikt fradrag, og har vist til forskriftens ordlyd i § 2 bokstav d om at normaltapet er det tap av husdyr som erfaringsmessig inntreffer i besetningen på utmarksbeite «uten forekomst av rovvilt».

Miljøverndepartementet viste i brev 2. november 2009 til kommentaren til forskriftens § 9:

«Normaltap beregnes primært på bakgrunn av besetningsdata som oppgis av dyreeier, jf. § 2 bokstav d. Det må her forutsettes at dyreeieren kan framlegge dokumentasjon for slike data for en periode på minst 8-10 foregående år. Det kan imidlertid også benyttes satser for normaltap for et enkelt beiteområde, eller ved bruk av gjennomsnittlig tap for fylket, regionen eller kommunen basert på data fra Organisert beitebruk. Erstatningsmyndigheten har anledning til å beregne normaltapet på andre måter der dette er hensiktsmessig og rettferdig.»

Det ble presisert at fylkesvise/kommunevise tall var ment brukt dersom søkeren ikke kunne legge frem egne besetningsdata for en periode på 8-10 år, og at det måtte tas utgangspunkt i en sammenhengende periode med «normale tap». Beregningene ville normalt være basert på «data fra organisert beitebruk ... for en periode før rovviltbestandene vokste og skadene økte utover det normale for området». Etter departementets vurdering var beregninger der det legges til grunn et totaltap «i en periode med rovvilt-skader» ikke i tråd med hvordan forskriften skal praktiseres. Heller ikke en praksis der det blir gjort fradrag for erstattet tapstall, ville etter departementets syn være i tråd med forskriften.

Norges Bondelag, direktoratet og departementet synes å være enige om at normaltapet enten kan beregnes på grunnlag av dokumentasjon fra søkeren, eller på grunnlag av lokale erfaringstall (gjærne fra Organisert beitebruk). I sak 1 har klageren fremlagt dokumentasjon på det han mener er normaltapet i hans besetning, uten at dette ble lagt til grunn av fylkesmannen eller direktoratet. Slik jeg forstår departementet, er departementet av den oppfatning at forskriften ikke åpner for at søkers dokumentasjon på et normaltap i sin besetning skal kunne legges til grunn

når det gjøres fradrag etter forskriftens § 9 jf. § 8 dersom det i den dokumenterte perioden har vært rovvilttap. Direktoratet synes i brev hit 17. desember 2008 å være av samme oppfatning. Det uttales der at normaltapet, «bunnfradraget» i erstatningen, fastsettes på bakgrunn av erfaringstall fra Organisert beitebruk når sauene har beitet i utmark «i en situasjon med fravær av rovvilt».

Den rettslige vurderingen må etter mitt skjønn ta utgangspunkt i at dyreeierne har en lovfestet rettighet til «full erstatning». Rettigheten utløses når «husdyr og tamrein blir drept eller skadet av rovvilt», jf. lovens § 12 a. Det vil naturlig nok måtte pålegge eieren å dokumentere hvilke tap som oppstår. Hvorvidt tapene skyldes rovviltskade eller andre forhold, vil måtte bero på en sannsynlighetsvurdering. Forskriften kapittel III gir nærmere retningslinjer for sannsynlighetsvurderingen. Dersom rovdryrtap er sannsynliggjort etter disse reglene, har eieren et ubetinget krav på erstatning.

Sannsynlighetsvurderingen volder størst problemer der dyr ikke blir gjenfunnet, eller det av andre grunner ikke er mulig med sikkerhet å fastslå dødsårsaken. I den vurderingen som da må foretas, må man naturlig nok holde utenfor det tapet som erfaringsmessig oppstår uavhengig av rovdryrskade, jf. forskriften §§ 9 og 2 d. Jeg forstår retningslinjene i Ot. prp. nr. 62 (1998-1999) slik at man i utgangspunktet skal tilstrebe en individuell beregning av normaltapet, og benytte søkerens egen dokumentasjon dersom slike tall foreligger. I motsatt fall benyttes historiske data, gjerne fra Organisert beitebruk.

Dersom søkeren fremlegger tilfredsstillende dokumentasjon på normaltapet, har han krav på at den legges til grunn. Dette følger av at lovens § 12 a er en rettighetsbestemmelse. Etter mitt skjønn må en slik rett til å dokumentere normaltapet i prinsippet gjelde uavhengig av om det i perioden er rovdryr i området eller ikke. Jeg kan derfor ikke dele Miljøverndepartementets oppfatning dersom departementet legger til grunn at dokumentasjon av normaltap er utelukket etter forskriften når det i perioden foreligger rovvilt-skade.

En annen sak er at det vil kunne være svært vanskelig å fremlegge den nødvendige dokumentasjon for «normaltapet» i områder der det allerede eksisterer rovdryr. «Normaltapet» vil i slike tilfeller lett kunne bli et hypotetisk begrep som ikke lar seg dokumentere. Dette er imidlertid et metodisk problem, og ikke noe som følger av regelverket i seg selv.

Jeg er for øvrig enig med direktoratet og departementet i at det blir for enkelt, slik klageren har gjort, å la normaltapet være differansen mellom totaltapet og det antallet dyr staten har dekket gjennom rovdryrerstatningsordningen det enkelte år. Dokumentasjon av tapstall må skje på et selvstendig grunnlag ut fra

tellinger og undersøkelser i marken. De vedtak som treffes etter erstatningsordningen har et annet formål enn å tjene som dokumentasjon for hvilke tap som faktisk har oppstått. Avgjørelser om erstatning etter forskriftens § 8 vil dessuten normalt bygge på det normaltapes som alt er registrert i Organisert beitebruk eller andre historiske kilder. Man kan ikke da bruke disse avgjørelsene som dokumentasjon for at normaltapes likevel er et annet.

Jeg har i lys av dette ikke avgjørende rettslige innvendinger mot at fylkesmannen i vedtaket 10. mai 2007 ikke la til grunn klagerens fremlagte normaltapsprosent.

### 3. Beregningsgrunnlaget

Norges Bondelag har reist spørsmål om normaltapes skal beregnes av hele besetningstallet, eller om det skal beregnes på grunnlag av antallet dyr på det aktuelle beiteområdet.

Etter erstatningsforskriftens § 2 d er normaltapes som nevnt «[d]et tap av husdyr som erfaringsmessig inntreffer i besetningen på utmarksbeite uten forekomst av rovvilt» (min kursivering). Ordlyden indikerer slik sett at normaltapes kun skal beregnes på grunnlag av de dyrene som faktisk slippes ut på beite.

Direktoratet la i brev hit 17. desember 2008 til grunn at normaltapes skal beregnes av hele besetningstallet. Det ble vist til at fradraget i erstatningen for et normaltapes «bygger på den erfaring at det i enhver besetning vil inntre en viss prosentdel tap av lam og voksen sau», og at «tapene skjer fra lam fødes til de er sanket inn, de skjer i utmark og de skjer i innmark». Departementet var i brev 2. november 2009 av samme oppfatning, og påpekte at det også ved beregning av erstatning etter forskriftens §§ 11 og 12 blir hele besetningstallet lagt til grunn.

Den praksis departementet og direktoratet legger til grunn, er ikke uten videre lett å forene med ordlyden i forskriftens § 2 bokstav d, jf. uttrykket «på utmarksbeite». På den annen side må det være riktig som direktoratet skriver at det også i en situasjon uten rovdyr er normalt med tap både på utmark og innmark. I den grad det er aktuelt å gi erstatning for rovdyrskade for husdyr på innmark etter forskriften § 8, mener jeg det følger direkte av prinsippet i § 9 at det må gjøres fradrag for normaltapes også her. Så langt har jeg derfor ikke grunnlag for å si at direktoratet og departementets oppfatning om at hele besetningstallet skal legges til grunn ved beregning av normaltapes, er i strid med forskriften. Jeg går imidlertid da ut fra at dyrene på innmarksbeite ikke bare blir tatt med ved tallfestingen av tap, men også i totalantallet som det prosentvise normaltapes skal regnes ut fra. Idet det prosentvise normaltapes for dyr på innmarksbeite presumptivt er lavere for dyr på innmarksbeite enn i utmark, er det slik jeg har oppfattet situasjonen, van-

skelig å se annet enn at det vil være en fordel for søkerne at også dyrene på innmark tas med ved beregningen av en normaltapsprosent når det søkes om erstatning for rovviltskade på dyr i utmark.

Hvordan utregningsgrunnlaget for øvrig bør deles inn i ulike beiteområder, er til dels et faglig spørsmål som jeg ikke har grunnlag for å ha noen mening om. Myndighetene må for øvrig her ha en viss frihet til å anvende regelverket slik at det blir forutsigbart og enkelt å praktisere.»

## Vann- og avløp, vei og renovasjon

### 99.

#### Kommunens vedlikeholdsplikt for kommunale veier

(Sak 2009/57)

*Saken gjaldt omfanget av kommuners plikt til vedlikehold av kommunale veier uten fast bosetting, jf. veglova. Lyngdal kommunen hadde i en årrekke utført minimalt vedlikehold av slike kommunale veier, og hadde bl.a. belaget seg på brukerbidrag for det vedlikeholdet som ble gjort.*

*Ombudsmannen uttalte at så lenge det var tale om en kommunal vei, hadde ikke kommunen adgang til å oppfylle vedlikeholdsplikten ved å kreve praktiske bidrag fra brukerne av veien. Veglova åpner for en skjønnsmessig vurdering med hensyn til omfanget av vedlikeholdsplikten, men det må antas å være en nedre grense for hva som kan anses å oppfylle denne plikten.*

Eieren av en hytte i Lyngdal kommune (A) hadde atkomst til hytta via en kommunal vei fra gamle E39 til Gauvik. Veien var uten fast bosetting, men fungerte etter det opplyste som atkomstvei for ca. 30 hytter, et forsamlingslokale og to nedlagte bruk. I flere år skal A ha trodd at veien var privat fordi det ble samlet inn penger til snøbrøyting og annet vedlikehold blant hytteeierne. Han kontaktet kommunen vinteren 2005, og fikk da opplyst at veien var kommunal, men at den ikke ble brøytet av kommunen uten at det forelå egen avtale om betaling fra hytteeierne.

Hovedutvalget for plan og drift i Lyngdal kommune fattet vedtak om innsparing 16. november 2004 (sak 118/04), herunder «[n]edlegging eller 0 vedlikehold av veier uten fast bosetting». Det fremgår av dokumentene i saken at dette hadde vært fast praksis i kommunen siden 1960-tallet. A klaget i 2007 til Fylkesmannen i Vest-Agder over vedtaket og over kommunens praksis for vedlikehold av kommunale veier. I svarbrevet fra fylkesmannen ble det vist til at fylkesmannen ikke har vegmyndighet i denne type saker.



A kontaktet også Vegdirektoratet, som vurderte den beskrevne situasjonen. I svarbrevet ble de grunnleggende reglene for vedlikehold av offentlig vei gjengitt. På bakgrunn av As opplysninger, uttalte direktoratet videre at det kunne synes som den aktuelle veien var nedlagt, og A ble oppfordret til å undersøke saken nærmere.

Hovedutvalget for miljø, plan og drift i Lyngdal tok, på bakgrunn av henvendelser fra hytteeiere i kommunen, på nytt opp spørsmålet om vedlikehold av kommunale veier uten fast bosetting. Utvalget vedtok at det tidligere vedtaket om «nedleggelse eller 0 vedlikehold» bl.a. for veien fra gamle E39 til Gauvik skulle opprettholdes.

Etter dette vedtaket anmodet A fylkesmannen om å foreta lovlighetskontroll. Fylkesmannen tok kontakt med Lyngdal kommune og ba om en redegjørelse for hvorvidt veien fra gamle E39 til Gauvik var kommunal, og således omfattet av vedlikeholdsplikten. Kommunen opplyste at veien til Gauvik ikke var nedlagt som kommunal vei, men at kommunale veier uten fast bosetting i «praksis [er] uten vedlikehold eller det som utføres er av minimal karakter», og at det for enkelte andre veier var samarbeid mellom brukerne av veien og kommunen. På bakgrunn av dette ba fylkesmannen Vegdirektoratet gjøre rede for om «veglovens bestemmelser åpner for at kommunen etter en skjønnsmessig vurdering kan innstille vegvedlikeholdet om vinteren». Vegdirektoratet viste til direktoratets brev til Samferdselsdepartementet i anledning en tidligere ombudsmannssak 2004/3264 (Somb-2005-86). Videre ble det uttalt at «[e]t vilkår for å definere en veg som offentlig kommunal veg, er at kommunen har påtatt seg hele vedlikeholdsansvaret for vegen» og at utgangspunktet er at veien skal være åpen for alminnelig ferdsel, men at omfanget av vedlikeholdet bygger på en skjønnsmessig vurdering.

Fylkesmannen ba deretter Lyngdal kommune på nytt svare på om veien ble ansett å være omfattet av vedlikeholdsplikten. Kommunen bekreftet at veien ikke var nedlagt, og at den derfor var omfattet av kommunens vedlikeholdsplikt. Videre ble det vist til at omfanget av vedlikeholdet var differensiert på grunnlag av om det var fast bosetting eller ikke på de aktuelle veistrekningene. På fylkesmannens spørsmål om «kommunen faktisk driver/vil drive vedlikehold av veier uten fast bosetting» svarte kommunen at «kommunen driver – og vil drive vedlikehold, men for tiden på et svært lavt nivå. Brøyting av private veier ligger bl.a. som del av budsjettet i dag». Fylkesmannen konkluderte etter dette med at undersøkelsene ikke hadde avdekket forhold som tilsa at kommunens vedtak som opprettholdt vedtaket om «nedleggelse eller 0 vedlikehold» for veier uten fast bosetting var ugyldig.

A ba ombudsmannen undersøke saken. Lyngdal kommune ble bedt om å redegjøre for hva som lå i uttrykket «nedleggelse eller 0 vedlikehold» og hvordan vedtaket i hovedutvalget for miljø, plan og drift var fulgt opp i praksis. Videre ble kommunen bedt om å gjøre greie for hva som var reelt vedlikehold av veien fra gamle E39 til Gauvik på helårsbasis, og forklare betydningen av at brøyting av private veier også lå i kommunens budsjett.

Kommunen opplyste at den med «0-vedlikehold» hadde ment «minimalt vedlikehold, men ikke totalt fravær av vedlikehold». Det ble videre vist til at det ikke hadde vært vedtatt å nedlegge veien, og at nedleggelse krevde en plan for oppgradering av veien før den overføres til ny status. Av somervedlikehold pekte kommunen på at i 2007 hadde den utført kantslått på veien og i 2008 ble innkjøringen utbedret, samt at kommunen hadde betalt to lass med grus og brøytepinner som var blitt satt ut av private. Det var ikke opplyst noe om brøyting for kommunens regning i 2007, men i 2008 skulle dette ha blitt gjort «bare» to ganger ut fra «en skjønnsmessig vurdering».

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

«I veglova 21. juni 1963 nr. 23 § 1 første ledd er offentlig vei definert slik:

«Offentlig veg er veg eller gate som er åpen for allmenn ferdsel og som blir halden ved like av stat, fylkeskommune eller kommune etter reglene i kap. IV. Alle andre vegar eller gater blir i denne lova å rekne for private.»

I bestemmelsen oppstilles det to hovedkriterier for at en vei anses å være offentlig: Den må være åpen for allmenn ferdsel og holdes ved like av vedkommende offentlige myndighet etter reglene i lovens kapittel IV. Det synes ikke å være tvilsomt i denne saken at veien fra gamle E39 til Gauvik i utgangspunktet er ment å være åpen for allmenn ferdsel. I Arnulf/Gauer, *Vegloven med kommentarer*, 3. utg., 1997, side 33 heter det at «[d]ersom vedkommende veg rent faktisk ikke vedlikeholdes av vedkommende myndighet, er vegen ikke offentlig, selv om det er på det rene at den er åpen for allmenn ferdsel». Spørsmålet er således hvorvidt Lyngdal kommune, ved det vedlikeholdet som utføres på veien per i dag, oppfyller vedlikeholdsplikten.

#### *1. Kommunens adgang til å oppfylle vedlikeholdsplikten ved å kreve bidrag fra brukerne*

Det følger av veglova § 1 første ledd at kommunal vei er definert ved at kommunen har vedlikeholdsplikten. I dette ligger det at vedlikeholdet må forestås av kommunen og det må gjøres i henhold til reglene i vegloven kapittel IV, herunder § 20.

Vegloven § 20 første ledd lyder:

«Staten ber utgiftene til planlegging, bygging, utbetring, vedlikehold og drift av riksvegar, her og utgiftene til egedomsinngrep. Fylkeskommunen ber disse utgiftene for fylkesvegar og kommunen for kommunale vegar.»

Kommunen bærer derfor det økonomiske ansvaret for planlegging, bygging, vedlikehold og drift av de kommunale veiene, jf. også Arnulf/Gauer, *Vegloven med kommentarer*, 3. utg., 1997, side 33. I en tidligere ombudsmannssak, (Somb-2005-86), som bl.a. gjaldt spørsmål om vegmyndighetene kunne legge deler av utgiftene for vedlikehold av vei over på brukerne, uttalte Vegdirektoratet følgende i brev til Samferdselsdepartementet 30. mai 2005:

«Etter vegloven § 20 annet ledd er det angitt at regelen i paragrafens første ledd ikke er til hinder for at vegmyndighetene kan avtale en fordeling av utgiftene til planlegging, bygging og utbetring av veg.

Bestemmelsene om utgiftsfordeling etter annet ledd gjelder imidlertid ikke for utgifter til vedlikehold og drift av vegen. Det er i henhold til vegloven ikke rom for fordeling av vedlikeholdsansvar. Et vilkår for å definere en veg som en offentlig kommunal veg, jfr. vegloven § 1, er at kommunen har påtatt seg hele vedlikeholdsansvaret for vegen.

På denne bakgrunn antar vi at loven også setter grenser for kommunen i retning av å kreve refusjon eller avgifter av private for vedlikehold av vegen.

Vi er ikke kjent med i hvilken grad det inngås slike avtaler mellom kommunen og grunneiere. Vi har hatt muntlige forespørsler om en slik avtale vil være i tråd med vegloven. Vi har da svart at kommunen ikke kan kreve brukerbidrag til vedlikeholdet.»

Jeg er enig i Vegdirektoratets uttalelse om at kommunens vedlikeholdsplikt må oppfylles uten at det er adgang til å kreve økonomisk bidrag fra brukerne av veien. Det samme må gjelde for praktiske bidrag, for eksempel krav om at private brukere forestår konkrete vedlikeholdssoppgaver.

Lyngdal kommune har opplyst at kommunen i 2007 utførte sommervedlikehold på veien i form av kantslått, mens rensking av grøfter ble gjort av en privatperson. I 2008 betalte kommunen for to lass med grus og brøytepinner som begge deler ble kjørt/satt ut av private. Forutsatt at dette var nødvendig vedlikehold, kan jeg vanskelig se at kommunen, ved å betale for materialet, hadde adgang til å kreve at brukerne av veien utførte flere av de praktiske oppgavene knyttet til vedlikeholdet, jf. veglova § 20, jf. § 1.

## 2. Omfanget av kommunens vedlikeholdsplikt på helårsbasis

Veglova slår fast at veimyndighetene har vedlikeholdsplikt for offentlige veier, jf. § 1, jf. § 20. Verken

loven eller forarbeidene inneholder imidlertid noen nærmere definisjon av hva innholdet i vedlikeholdsplikten er, utover det som følger av utgangspunktet i § 1 om at offentlige veier skal være åpne for «allmenn ferdsel». I teori og praksis er det likevel utformet noen kriterier som er av betydning ved vurderingen av om det vedlikeholdet Lyngdal kommune utfører i dag tilfredsstillende lovens krav.

I teorien er det tatt utgangspunkt i at det tilligger kommunen som vegmyndighet «etter en skjønnsmessig vurdering å avgjøre hvilke vedlikeholdstiltak som skal utføres, hensett til vegens betydning som transportåre, til dens trafikkmengde og til de disponible bevilgninger», jf. Arnulf/Gauer, *Vegloven med kommentarer*, 3. utg., 1997, side 101. I ombudsmannsuttalelsen, inntatt i årsmeldingen for 2005 side 309 (Somb-2005-86), heter det at «omfanget av vedlikeholdsplikten i betydelig grad [må] bero på en skjønnsmessig vurdering av hva som alt i alt utgjør et hensiktsmessig og forsvarlig vedlikeholdsnivå». Momenter i denne vurderingen vil være kommunens økonomiske situasjon, politiske prioriteringer, hensynet til fastboende og brukerintensiteten.

Lyngdal kommunes økonomiske situasjon og politiske prioriteringer har ikke vært gjenstand for særlige undersøkelser herfra. Med hensyn til brukerintensiteten er det opplyst at veien fra gamle E39 til Gauvik ikke har fastboende, men at veien benyttes som atkomst til ca. 30 hytteeiendommer, to nedlagte bruk og et forsamlingslokale.

Kommunen har presisert både overfor Fylkesmannen i Vest-Agder og mitt kontor at veien ikke er lagt ned, jf. veglova § 7, men fremdeles er kommunal. Til kommunens redegjørelse på dette punktet bemerkes det at etter veglova § 7 fjerde, jf. tredje ledd, er det ikke krav om opprusting av kommunal vei før den eventuelt legges ned, slik Lyngdal kommune synes å legge til grunn.

Når det gjelder omfanget av vedlikeholdsplikten, har kommunen opplyst at, til tross for formuleringen i vedtak 9. april 2008 som opprettholdt vedtak 16. november 2004 om «nedleggelse eller 0 vedlikehold», driver kommunen noe vedlikehold av veien.

Fordi det ikke er gitt særlige bestemmelser i veglova om omfanget av vedlikeholdsplikten, kan det vanskelig utledes noen bestemt minstestandard for vedlikeholdet. I lys av at offentlige veier skal være åpne for «allmenn ferdsel» må det likevel antas å være en nedre grense for hva som kreves for å oppfylle vedlikeholdsplikten. Kommunen har karakterisert det som utføres som «minimalt vedlikehold», men mener likevel at den oppfyller vedlikeholdsplikten. A har på sin side fremholdt at veien til ulike tider på året har vært vanskelig fremkommelig.

Ombudsmannens kontroll med forvaltningen er i første rekke knyttet til rettslige spørsmål, og undersø-

kelsene herfra bygger på dokumentene i saken. Jeg kan derfor vanskelig ta stilling til om den aktuelle veien er tilstrekkelig fremkommelig til at vedlikeholdsplikten er oppfylt eller ikke. Omfanget av vedlikeholdet kommunen utfører på veien vil videre bygge på politiske og økonomiske vurderinger som ombudsmannen bare i begrenset grad kan overprøve. Ut fra de opplysningene som er gitt i saken synes det vedlikeholdet som er utført på veien fra gamle E39 til Gauvik de siste to årene likevel å ligge i nedre del av hva som kan aksepteres for å oppfylle vedlikeholdsplikten.

Kommunen har opplyst at det nå er satt av midler til oppgradering av kommunale veier, og til bedring av årlig vedlikehold i årene fremover.

Slik saken ligger an, lar jeg saken bero med disse generelle rettslige betraktningene om saksforholdet.»

### 100.

#### **Tilknytningsavgift som følge av påbygg – spørsmål om det forelå tilstrekkelig hjemmel**

(Sak 2007/2090)

*Ifølge Fræna kommunes regelverk for vann- og kloakkavgift skulle tilknytningsavgiften for en eiendom beregnes ut fra bebyggelsens størrelse. Det skulle imidlertid ikke tas hensyn til «separate» bygg som ikke var tilknyttet vann og kloakk. A hadde opprinnelig hatt en separat garasje. En utvidelse av hovedbygget førte imidlertid til at hovedbygget og garasjen ble fysisk sammensluttet. Kommunen krevde ekstra tilknytningsavgift for det samlede arealet av påbygget og garasjen. A mente avgiftskravet manglet hjemmel i det kommunale forskriftsverket.*

*Ombudsmannen kom til at kravet om ekstra tilknytningsavgift hadde tilstrekkelig hjemmel. Kommunens tolkning var forenlig med ordlyden i det kommunale forskriftsverket, og dessuten i tråd med kommunens praksis i lignende saker. Ombudsmannen la også vekt på kommunens behov for å ha et regelverk som var enkelt å håndheve.*

A eide en eiendom i Fræna kommune. Bebyggelsen på eiendommen besto opprinnelig av en hovedbygning og en garasje. Ved oppføringen ble det betalt tilknytningsavgift, som ble beregnet ut fra størrelsen på hovedbygget. I henhold til Fræna kommunes forskrifter for vann- og kloakkavgift, ble det derimot sett bort fra arealet av garasjen. Dette skyldes at garasjen ble ansett som et «separat» bygg, og at den dessuten ikke var tilknyttet vann- og kloakknettet.

I 2005 fikk A tillatelse til å utvide hovedbygningen med ca. 6 m<sup>2</sup>. Denne utvidelsen var i seg selv ikke tilstrekkelig til å utløse plikt til å svare ekstra tilknytningsavgift til kommunen. Utvidelsen medførte

imidtledt at hovedbygget ble fysisk sammensluttet med garasjen. Kommunen mente derfor at garasjen ikke lenger kunne anses separat fra hovedbygget, og krevde ekstra tilknytningsavgift for det samlede arealet av påbygget og garasjen. Det samlede avgiftskravet var på kr 6900.

A brakte saken inn for ombudsmannen, og gjorde gjeldende at kravet om ekstra tilknytningsavgift ikke hadde hjemmel i de kommunale vann- og kloakkforskriftene. Det ble vist til at det, etter pålegg fra kommunen, var oppført en brannmur mellom boligenheten og garasjen, og at det derfor ikke var noen inndørs gjennomgang mellom de to enhetene. Etter As syn måtte derfor garasjen fortsatt betraktes som et separat bygg som ikke var tilknyttet vann og kloakk.

Kommunen fremholdt på sin side at garasjen ikke lenger kunne anses «separat» når den hadde felles sammensluttende vegger med boligenheten. Denne tolkningen var også i tråd med kommunens praksis i lignende saker som den foreliggende. Kommunen fremholdt dessuten at kravet om ekstra tilknytningsavgift lå innenfor rammene av det sentrale lov- og forskriftsverket.

#### **Ved avslutningen av saken uttalte jeg bl.a.:**

«Etter vass- og kloakkavgiftslova 31. mai 1974 nr. 17 § 1 første ledd første punktum plikter eieren av en eiendom som har tilknytning til kommunal vann- eller kloakkledning å svare tilknytningsavgift til kommunen. Avgiften skal etter § 2 første ledd være engangsutgift for tilknytningen og årlige avgifter. Bestemmelsens annet ledd gir statsforvaltningen fullmakt til å fastsette nærmere rammeforskrifter. Av forurensningsforskriften 1. juni 2004 nr. 931 § 11-3 siste punktum, slik bestemmelsen lød frem til 1. juli 2007, følger det at det kan beregnes tilleggsgebyr ved tilbygg eller påbygg.

Forurensningsforskriften § 11-1 annet ledd gir den enkelte kommune myndighet til å vedta forskrifter om beregningen av vann- og avløpsgebyr, herunder tilknytningsavgift. Bestemmelsens første ledd presiserer at kommunens samlede vann- og avløpsgebyrer ikke skal overstige kommunens nødvendige utgifter til henholdsvis vann og avløp. Derimot gjelder det ikke noe absolutt selvkostprinsipp med hensyn til den enkelte eiendom. Dette har også støtte i Ot.prp. nr. 58 (1972-73) s. 8 flg., der det bl.a. uttales:

«Som utgangspunkt skal kostnadene fordeles slik at de gjenspeiler nettopp hvor mye det koster å føre vann og kloakk til den enkelte eiendom. – Dette utgangspunktet kan ikke følges helt kategorisk, idet beregningen av hva den enkelte måtte betale, i så fall ville medføre ordninger som vanskelig ville la seg gjennomføre i praksis. Departementet finner det derfor viktig å tilgodese kommunenes sterke ønsker om å få en ordning som er relativt kurant å anvende. En har på denne bak-

grunn foretatt en avveining mellom målsettingen om en mest mulig rettferdig fordeling av kostnadene og målsettingen om å etablere en ordning som er administrativt enkelt å anvende for kommunene.»

Fræna kommunes forskrifter om vann- og kloakkavgift, slik de lød på det aktuelle tidspunktet, knyttet størrelsen på tilknytningsgebyret opp mot bygningsmassen på den enkelte eiendom. Forurensningsforskriften § 11-2 foreskriver at beregningen da skal skje for eiendommen under ett, eller for den enkelte boenhet. Derimot er det ikke noe vilkår at den enkelte bygning rent faktisk er tilknyttet vann- eller kloakkledning. Dette er også lagt til grunn i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1980 s. 232. Jeg kommer tilbake til denne avgjørelsen nedenfor.

Spørsmålet blir derfor om det lokale forskriftsverket ga kommunen tilstrekkelig hjemmel for sitt krav om ekstra tilknytningsavgift som følge av utbyggingen på As eiendom i 2005.

Det følger av Fræna kommunes forskrift for vann- og kloakkavgift 23. november 1992 pkt. 7.1 at:

«Tilknytningsavgift for vann- og/eller kloakk skal betales ved nybygg eller ved utvidelse av eksisterende bygg, dersom utvidelsen er større enn 20 m<sup>2</sup>.»

Om tilknytningsavgiftens størrelse heter det i pkt. 7.2:

«Tilknytningsavgiften fastsettes i forhold til bebyggelsens størrelse. For nybygg gjelder en minimumsavgift som tilsvarer 200 m<sup>2</sup>.»

Nærmere bestemmelser om hvordan bygningsmassens størrelse skal beregnes finnes i forskriftens pkt. 6:

«I den utstrekning avgiftsberegningen gjøres avhengig av bebyggelsens størrelse, skal avgiftspliktig areal utrekna etter NS 3940 – bruksareal. Det totale bruksareal for eiendommen legges til grunn for avgiftsberegningen. Dette gjelder likevel ikke for separate garasjer/boder uten innlagt vann.»

Slik saken er opplyst, legger jeg til grunn at både garasjen og påbygget fra 2005 er å anse som bebygd areal etter NS 3940. Jeg legger videre til grunn at garasjen frem til 2005 ble regnet som et «separat» bygg, og at det i henhold til vann- og kloakkforskriften pkt. 6 derfor ikke tidligere har vært beregnet tilknytningsavgift for dette arealet.

Kommunens tolkning av forskriften synes å innebære at arealet av en separat garasje må anses som en del av et nybygg etter pkt. 7.1 dersom den som følge av ombygging ikke lenger omfattes av unntaket i pkt. 6. Jeg legger til grunn at denne tolkningen er i sam-

svar med kommunens tidligere praktisering av forskriften. Også reelle hensyn, og da særlig hensynene til likebehandling og å motvirke omgåelser av forskriften, taler for den oppfatning kommunen her har lagt til grunn. Det springende punktet i saken blir derfor om ombyggingen på As eiendom i 2005 medførte at den eksisterende garasjen ikke lenger kunne anses som «separat» fra hovedbygget, slik at den måtte anses som en del av utvidelsen av hovedbygget i relasjon til pkt. 7.1 i den kommunale vann- og kloakkavgiftsforskriften. Jeg legger til grunn at den øvrige utvidelsen av hovedbygget var på under 20 m<sup>2</sup>, og at denne derfor isolert sett var for liten til å utløse plikt til å svare tilleggsavgift.

Rent språklig sett fremstår det mest nærliggende å tolke «separat» bebyggelse slik kommunen har lagt til grunn, nemlig at det dreier seg om fysisk atskilte bygg. Også den forståelse som A bygger på, nemlig at en funksjonell atskillelse er tilstrekkelig, må imidlertid anses forenlig med ordlyden i forskriften. Det antatte formålet med bestemmelsen, nemlig at det ikke skal betales tilknytningsavgift for bebyggelse som ikke medfører noen belastning på det kommunale vann- og avløpsanlegget, synes isolert sett også å støtte opp om denne tolkningen. Jeg har også forståelse for at det for klagerne opplevdes lite rimelig å bli avkrevd tilleggsavgift når sammenbyggingen ikke medførte at selve garasjeenheten fikk direkte tilknytning til vann og avløp.

De ovennevnte betraktninger om forskriftens konsekvenser i det konkrete tilfellet, må veies opp mot kommunens behov for å ha et forskriftsverk som er enkelt å håndheve. Dette hensynet taler for at spørsmålet om når en bygning er «separat» bør avgjøres etter generelle og enkelt konstaterbare kriterier, og ikke på bakgrunn av en mer konkret vurdering av det funksjonelle forholdet mellom de ulike delene av en bygningsmasse som utad fremstår som én bygning. At enkelte deler av bygningsmassen ikke er tilknyttet vann og kloakk, innebærer heller ikke nødvendigvis at disse delene er uten betydning for den totale belastningen på vann- og kloakknettet. Jeg viser i denne sammenheng også til Rt. 1980 s. 892, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg bl.a. uttaler (s. 983):

«[F]orskriften [bygger] på at tilknytningsavgiftens størrelse skal stå i forhold til størrelsen av bebyggelsen på eiendommen, og dette må i forhold til loven være et naturlig kriterium. Det kan ikke da være nødvendig at de enkelte deler av bebyggelsen er tilknyttet ledningsnett. Også bruken av de deler av bebyggelsen som mangler slik tilknytning, vil ofte måtte føre til at ledningsnettet utsettes for økt belastning. Hvorvidt dette er tilfellet for det lagerskur denne sak gjelder ... kan ikke være avgjørende. At slik økt belastning på ledningsnettet inntreffer i det konkrete tilfelle, kan ikke være noe vilkår for tilknytningsavgift etter loven eller forskriftene. Selv om den kjærende

part i utgangspunktet kan ha rett i at loven bygger på et prinsipp om ”ytelse mot ytelse”, må dette prinsipp nødvendigvis gjennomføres med regler som fordeler avgiftsbyrden ut fra generelle kriterier basert på lovens formål.»

Jeg har forståelse for at kravet om ekstra tilknytningsavgift som følge av ombyggingen kom overraskende på A. Imidlertid kan jeg verken se at ordlyden i den kommunale forskriften eller andre tungtveiende rettskildefaktorer taler mot den tolkning kommunen har lagt til grunn, nemlig at sammenslutningen utløste plikt til å svare tilleggsavgift for det samlede arealet av nybygget og garasjen. Det må også legges vekt på at denne tolkningen er i samsvar med kommunens praksis i tilsvarende saker. Jeg viser i denne sammenheng også til Rt.1997 s. 374, hvor Høyesterett la vekt på Bergen kommunes forvaltningspraksis ved tolkningen av kommunens regelverk for beregning av tilknytningsavgift. Etter en helhetsvurdering er jeg derfor kommet til at kravet om ekstra tilknytningsavgift hadde tilstrekkelig hjemmel.»

### 101.

#### **Hytterrenovasjon – krav om fritak fra tvungen renovasjon**

(Sak 2008/1975)

*To hytteeiere i Kvinesdal kommune, med husholdningsabonnement i renovasjonsdistriktet, fikk avslag på sin søknad om fritak fra hytterrenovasjon. Klagerne mente at kommunens forskrift om hytterrenovasjon innebar en usaklig forskjellsbehandling fordi den ga fritidseiendommer innenfor et bestemt geografisk område adgang til fritak fra renovasjonsavgift dersom eierne samtidig hadde husholdningsabonnement i renovasjonsdistriktet, mens fritidseiendommer utenfor dette geografiske området ikke kunne få fritak fra renovasjonsavgiften med den samme begrunnelsen.*

*Ombudsmannen mente at kommunens forskrifts bestemte ordning verken var i strid med forurensningsloven eller innebar noen usaklig forskjellsbehandling. Ordningen var begrunnet i objektive forskjeller mellom de to områdene. Ombudsmannen la også til grunn at kommunen var innforstått med plikten etter forurensningsloven § 30 annet ledd annet punktum til å foreta en konkret vurdering av søknader om fritak og at det skulle tas stilling til om det forelå objektive trekk ved eiendommen som tilsa slikt fritak.*

A og B fikk avslag på søknad om fritak fra hytterrenovasjon for sin eiendom i Kvinesdal kommune. Avslaget ble opprettholdt av klagenemnda, og A og B klaget kommunens avgjørelse inn for ombudsmannen. Klagerne, som hadde hytte innenfor det geografiske

området nevnt i «[f]orskrift for hytterrenovasjon i Kvinesdal» § 1 første ledd, anførte at forskriften innebar en forskjellsbehandling av ulike fritidseiendommer. Det ble vist til at hytter i det geografiske området nevnt i § 1 annet ledd var fritatt fra hytterrenovasjon hvis eierne hadde et husholdningsabonnement i IRS-regionen (Kvinesdal – Flekkefjord – Sirdal – Lund), mens hytter som falt inn under forskriften § 1 første ledd hadde tvungen hytterrenovasjon, uavhengig av annet husholdningsabonnement i regionen. Klagerne viste til at de tok hytteavfallet med hjem og derfor ikke hadde behov for hytterrenovasjon.

Ombudsmannen besluttet å ta saken opp, og kommunen ble bedt om å redegjøre for bakgrunnen for at det ikke var innført tvungen renovasjon for alle hytteeiendommene i kommunen. Det ble stilt spørsmål til sontringen mellom hytteeiere som hadde og ikke hadde husholdningsabonnement i regionen, og hvorfor det ikke var innført en likelydende sontring for hytter som falt inn under forskriften § 1 første ledd.

Videre ble det vist til at ombudsmannen i tidligere saker hadde lagt til grunn at generelle fritaksordninger for hytteeiere med fast bostedsadresse i en kommune i et interkommunalt samarbeid, samtidig som andre hytter ikke kunne få fritak, ikke var i samsvar med dispensasjonsadgangen i forurensningsloven 13. mars 1981 nr. 6 § 30 annet ledd annet punktum. Kommunen ble bedt om å kommentere hvordan kommunens forskrift harmonerte med denne lovforståelsen.

Det ble også spurt om hvordan kommunen praktiserte en eventuell fritaksordning for hytter som falt inn under forskriften § 1 første ledd.

Kommunen redegjorde for renovasjonsordningen. Det ble opplyst at hytter innenfor det geografiske området i forskriften § 1 første ledd kun hadde ett tjenestetilbud, noe som innebar at avfall skulle leveres i container på anvist tømme punkt. I dette området var det pliktig hytterrenovasjon. For hytter i øvrige deler av kommunen, der eierne allerede hadde et husholdningsabonnement i regionen, kunne hytteeierne som alternativ velge å avgi erklæring om at de forpliktet seg til å deponere hytteavfallet på innsamlingspunkt for husholdningsavfall. Kravet om et eget hytterrenovasjonsabonnement falt da bort.

Kommunen viste til forurensningshensyn som begrunnelse for at det var pliktig hytterrenovasjon for hytter i området innenfor forskriften § 1 første ledd. Det ble redegjort for at dette var avgrensede områder med stor tetthet av hytter og fritidshus, og at det var utplassert det nødvendige antall containere med forholdsvis høy tømme frekvens. I dette området var forurensningshensynene så tungtveiende at det ikke var aktuelt å gi hytteeierne noe alternativt tjenestetilbud.

Det ville ikke bli vurdert å gi hytter i dette området et alternativt tjenestetilbud, selv om eierne hadde husholdningsabonnement innenfor renovasjonsdistriktet.

I de øvrige delene av kommunen ble det opplyst at hytter og fritidshus lå så spredt at det å innføre en tilsvarende ordning som for hytter innenfor området i forskriftens § 1 første ledd, ville innebære utbygging av flere tømmeplasser og høyere kostnader for hytteeierne. I disse områdene hadde heller ikke kommunen hatt problemer med forurensning fra hytter og fritidshus. Kommunen mente at den med nåværende ordning oppnådde intensjonen om at alle skulle være tilknyttet renovasjonsordningen i kommunen på en betryggende måte.

Kommunen opplyste videre at den ikke sondret mellom hytteeiere som hadde bosted innenfor og utenfor renovasjonsdistriktet. Den sondringen som ble gjort, var at alle skulle ha minst ett abonnement, og kommunen anså dette fornuftig i forhold til kontrollmulighet og oversiktighet.

Til spørsmålet om dispensasjonspraksisen opplyste kommunen at det i ett tilfelle var gitt dispensasjon fra tvungen hytter renovasjon for et fritidshus som var i en slik forfatning at det ikke var egnet for overnatting.

#### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Forurensningsloven kap. 5 gir kommunene rett og plikt til å ha en renovasjonsordning. Renovasjonsavgift, gitt med hjemmel i forurensningsloven § 34, kan pålegges alle eiendommer og avgiften skal være betaling for renovasjonstilbudet, ikke for hvilken faktisk bruk den enkelte eiendom gjør seg av tilbudet. Hvorvidt klagerne i denne saken benytter seg av renovasjonstilbudet eller velger å ta med hytteavfallet hjem, har derfor i utgangspunktet ingen betydning for deres plikt til å betale for hytter renovasjon.

Spørsmålet i saken har vært om Kvinesdal kommunes ordning for hytter renovasjon er ulovlig eller innebærer usaklig forskjellsbehandling av ulike hytteeiere. Ordningen innebærer at hytteeiendommer i bestemte geografiske områder kan få fritak fra tvungen hytter renovasjon dersom eierne har et husholdningsabonnement i distriktet. For andre geografiske områder er det innført tvungen hytter renovasjon uten samme fritaksgrunn.

Kvinesdal kommune har forklart forskjellen i renovasjonsordningen med at det for de geografiske områdene nevnt i forskriften § 1 første ledd er nødvendig med tvungen hytter renovasjon. I disse områdene er det tett bebyggelse av hytter og fritidshus, og det er problemer med forurensning. I de geografiske områdene som faller inn under § 1 annet ledd, der bebyggelsen av hytter og fritidshus er mer spredt, er det ikke problemer med forurensning.

Det følger av forurensningsloven § 30 første ledd, at kommunal renovasjon i utgangspunktet skal gjelde for hele kommunen. Kommunene er imidlertid gitt adgang til å begrense området for kommunal innsamling. Det fremgår av forurensningsloven § 30 annet ledd, annet punktum, at kommunen kan gi forskrifter om at den kommunale innsamlingen bare skal gjelde i tettbygd strøk osv. På bakgrunn av dette legger jeg til grunn at kommunen også har adgang til å ha ordninger for hytter renovasjon i de spredtbyggede delene av kommunen som atskiller seg fra den ordningen som gjelder for tettbygde strøk.

Spørsmålet er imidlertid om det innebærer usaklig forskjellsbehandling at hytteeiendommer som faller inn under Kvinesdal kommunes renovasjonsforskrift § 1 første ledd, ikke er gitt en tilsvarende mulighet som hytteeiendommer i forskriften § 1 annet ledd, til å få fritak fra renovasjonsordningen når eierne allerede har et husholdningsabonnement i distriktet.

I forurensningsloven § 30 annet ledd annet punktum, heter det at;

«... Kommunen kan etter søknad frita bestemte eiendommer fra den kommunale innsamling».

I juridisk teori er denne bestemmelsen forstått slik at det er objektive trekk ved eiendommen som kan gi grunnlag for fritak i enkelte tilfelle, og ikke spesielle forhold ved den enkelte eier eller bruker av eiendommen. Ombudsmannen har i flere saker lagt til grunn at dette vurderingstemaet er i samsvar med forurensningsloven. I sak Somb-1996-69 uttalte jeg at en generell fritaksordning for hytteeiere med fast bostedsadresse i en kommune i et interkommunalt samarbeid, samtidig som det ikke var etablert noen fritaksordning for andre hytteeiere, ikke var i samsvar med forurensningsloven § 30 om adgang til å gjøre unntak for «bestemte eiendommer» og det likhetsprinsippet som gjelder for offentlig forvaltning.

I denne saken har Kvinesdal kommune forklart forskjellen i renovasjonsordningen for de ulike geografiske områdene med at områdene som dekkes av forskriften § 1 første ledd er tettbygde, mens områdene som omhandles i § 1 annet ledd består av mer spredt bebyggelse. Det er altså objektive forhold ved områdene som hytteeiendommene ligger i, som begrunner den ulike muligheten til å få fritak etter første og annet ledd. Da det i denne saken er avgjørende hvor hytteeiendommen ligger, og ikke hvor hytteeieren har fast bostedsadresse, må kommunens ordning sies å være i samsvar med kommunens adgang til å frita bestemte «eiendommer» i forurensningsloven § 30 annet ledd annet punktum, og den kan heller ikke sies å innebære noen usaklig forskjellsbehandling.

Som jeg har påpekt i tidligere uttalelser, se bl.a. ombudsmannens årsmelding for 1995 side 209

(Somb-1995-54), har kommunen en plikt etter forureningsloven § 30 annet ledd til å vurdere om det foreligger slike objektive trekk ved den eiendommen det er søkt om fritak fra renovasjonsordningen for, at det er grunnlag for å gi fritak. Det følger av dette at Kvinesdal kommune ikke kan avslå søknader om fritak for hytterenasjon for hytteeiendommer i området i forskriftens § 1 første ledd, utelukkende ved en henvisning til at eiendommen faller inn under § 1 første ledd. Den må også vurdere om de fritaksgrunnene som er anført er knyttet til forhold ved den konkrete eiendommen.

Slik denne konkrete saken er opplyst, legger jeg til grunn at kommunen ikke foretok noen nærmere vurdering av klagerens søknad om fritak, utover en konstatering av at hytteeiendommen ikke falt inn under forskriften § 1 annet ledd. Det er imidlertid på det rene at klagerens grunnlag for å be om fritak var at de allerede hadde et husholdningsabonnement i renovasjonsdistriktet, og at de derfor ikke brukte hytterenasjonsordningen. De har ikke, verken i klagen til kommunen, eller i brevet til ombudsmannen, vist til objektive forhold ved eiendommen som skulle tilsi at det var grunnlag for å vurdere fritakssøknaden annerledes. Videre har kommunen overfor ombudsmannen opplyst at det i et konkret tilfelle er gitt fritak fra den tvungne renovasjonsordningen for en eiendom som ikke var egnet for overnatting. På denne bakgrunn legger jeg til grunn at kommunen er kjent med kravet i forureningsloven § 30 annet ledd annet punktum om at søknader må vurderes individuelt. Jeg forutsetter at kommunen også praktiserer reglene på denne måten. På bakgrunn av dette foreligger det ikke grunn til å be kommunen om å vurdere saken på nytt.

Etter dette har jeg kommet til at det ikke er rettslig grunnlag for å kritisere Kvinesdal kommunes behandling av klagen fra A og B».

## 102.

### Manglende hjemmel ved fastsetting av abonnementsgebyr

(Sak 2008/1450)

*A klaget til ombudsmannen over Stryn kommunes beregning av vann- og avløpsgebyr for en eiendom som inneholder både butikklokaler og leiligheter. Klageren anførte at det ikke var adgang til å kreve abonnementsgebyr for hver enkelt boenhet.*

*Ombudsmannen uttalte at det ikke var hjemmel i kommunens forskrift om vann- og avløpsgebyr for å kreve abonnementsgebyr for useksjonerte boenheter i kombinasjonsbygg av typen som A eier.*

*De innbetalte gebyrene ble etter ombudsmannens uttalelse tilbakebetalt til klager.*

Klagen fra A gjaldt illeggelsen av abonnementsgebyr for hans eiendom i Stryn kommune. Etter at kommunen hadde vedtatt nye forskrifter for vann- og avløpsgebyr ble han avkrevd abonnementsgebyr for hver boenhet i bygningen. Han fremholdt at hele bygget var et næringsbygg, og ikke en blandingseiendom slik kommunen hadde lagt til grunn. Dersom den skulle regnes som blandingsbygg måtte de enkelte leilighetene være seksjonerte.

Ombudsmannen ba kommunen om å redegjøre for bruken av uttrykket «kombinasjonsbygg med seksjonerte sjølveigerbustadar» i forskriftens punkt om abonnementsgebyr, og hvorfor punktet ble definert ulikt i forskriftens punkt 7 og punkt 8. Det ble også bedt om en redegjørelse for kommunens syn på adgangen til å kreve abonnementsgebyr for hver boenhet i kombinasjonsbygg der de enkelte boenhetene ikke var seksjonerte.

Kommunen opplyste at bygningen på eiendommen inneholder butikklokaler og leiligheter og derfor ble definert som kombinasjonsbygg i henhold til vann- og avløpsforskriften. Det skulle være definisjonen i forskriftens punkt 7.2 om tilknytningsgebyr som skulle komme til anvendelse i dette tilfellet, og det var den definisjonen det ble vist til i kunngjøringen da saken var ute til offentlig høring. Dette var årsaken til at kommunen hadde sett bort fra kravet om seksjonering som var nevnt i forskriftens punkt 8.1. Det ble avslutningsvis nevnt at kommunen ville endre punkt 8.1 for å fjerne tvil om hvordan tilsvarende bygg skulle klassifiseres.

### Ved avslutningen av saken uttalte jeg:

«Det følger av lov om kommunale vass- og kloakkavgifter 13. mai 1974 nr. 17 § 1, at kommunen kan kreve vann- og avløpsgebyr. Av § 3 følger det at kommunen «fastset i forskrift storleiken på avgiftene i kommunen og gjev nærare reglar om gjennomføringa av avgiftsvedtaket og innkrevjing av avgiftene». I forureningsforskriften 1. juni 2004 kap. 16 er det gitt nærmere regler om kommunale vann- og avløpsgebyrer. Etter § 16-2 er det kommunen som i forskrift fastsetter regler for beregning og innkreving av vann- og avløpsgebyrene, samt gebyrenes størrelse. De kommunale forskriftene må ligge innenfor rammene av forureningsforskriften, herunder selvkostprinsippet.

Stryn kommune vedtok 19. desember 2006 ny forskrift for vann- og avløpsgebyr for kommunen, og saken her gjelder anvendelsen av denne forskriften.

I den kommunale forskriften punkt 8 er det gitt regler om beregning av årsgebyr for vann og avløp. I punkt 8.1, avsnittet om abonnementsgebyr heter det bl.a.:

«Abonnementsgebyr for bustad gjeld for bustad og fritidshus og skal betalast per eining. For eine-

bustad med inntil ei ekstra bueining, skal det likevel betalast berre eitt abonnementsgebyr. For borettslag, bustadsameige og kombinasjonsbygg med seksjonerte sjølveigarbustadar, skal det betalast abonnementsgebyr for kvar bueining...

...

Abonnementsgebyr for næring, som er alle andre bygg/eigedomar enn reine bustadseigedomar, vert gjort avhengig av dimensjon på inntaksleidning for vatn og dimensjon på avlaupsleidning for avlaup etter slik fordeling...»

I høringsbrevet som ble sendt ut 4. desember 2003, forut for vedtakelsen av denne forskriften, het det bl.a:

«Blandingseigedomar med forretning, kontor og bustadar, vil få eitt fastledd for næringsdelen, avhengig av kapasitet på inntak. I tillegg vil kvar bueining få eit fastledd på 0,5 x fastledd for ein bustad. ... For reine næringseigedomar og driftsbygningar i jordbruk vil fastleddet bli utreikna på grunnlag av dimensjon/kapasitet på inntak».

Høringsbrevet gir med andre ord ikke uttrykk for noe skille mellom blandingseiendom der de ulike enhetene er seksjonert eller de tilfellene det ikke foreligger seksjonering.

Stryn kommune har definert As eiendom som kombinasjonsbygg, og har lagt til grunn at forskriften punkt 8.1 om borettslag, boligsameie og kombinasjonsbygg med seksjonerte selveierboliger kommer til anvendelse ved utregning av abonnementsgebyret. Det er blant annet vist til ordlyden i høringsbrevet.

Det er på det rene at As eiendom ikke inneholder seksjonerte boenheter, og at eiendommen kun har ett gårds- og bruksnummer. Slik jeg leser forskriften fremgår det eksplisitt av ordlyden at betalingsplikt for hver enkelt boenhet kun gjelder for borettslag, boligsameier og blandingseiendommer der boligenhetene er seksjonert.

Bestemmelsen omfatter med andre ord ikke eiendommer av den typen A eier.

Det er lovens eller forskriftens ordlyd som er bestemmende for hvilke plikter som kan pålegges borgerne. At kommunen i høringsbrevet synes å ha gitt uttrykk for en videre betalingsplikt for såkalte blandingseiendommer, kan ikke få betydning for tolkningen av forskriften når ordlyden er så klar som i dette tilfellet.

Forskriften som ble vedtatt i 2006 kan derfor ikke anses å gi hjemmel for å ilegge As eiendom abonnementsgebyr som kombinasjonsbygg etter bestemmelsens punkt 8.1. Etter denne bestemmelsen kan det bare kreves gebyr for hver enkelt boenhet når boenhetene er seksjonert. Ettersom klagerens eiendom ikke er en ren boligeiendom, og heller ikke kan defineres som kombinasjonsbygg etter den dagjeldende forskriften, skulle abonnementsgebyret for eiendommen vært utregnet etter bestemmelsene om «næring,

som er alle andre bygg/eigedomar enn reine bustadseigedomar».

Jeg ber kommunen foreta en ny vurdering av As klage på utregning av abonnementsgebyret.

Kommunen har nå revidert forskriftene for vann- og avløpsgebyr. Jeg presiserer at denne saken kun gjelder tolkning av den forskriften som gjaldt da betalingsplikten oppsto, og ikke tar stilling til avgiftsplikten for As eiendom etter den reviderte forskriften.»

De innbetalte gebyrene ble etter ombudsmannens uttalelser tilbakebetalt til klager.

Klageren kom deretter tilbake til saken, og anførte at den nye forskriften heller ikke ga kommunen hjemmel til å ilegge vann- og avløpsgebyr for hver enkelt boenhet. Etter å ha gjennomgått saken på nytt, konkluderte jeg med at ytterligere undersøkelser av saken ikke ville kunne føre til rettslige innvendinger mot den reviderte forskriften, og saken ble avsluttet.

## Annet

### 103.

#### Tilbakekall av ordensvaktgodkjenning – skikkethetsvurderingen

(Sak 2008/1855)

*A ble dømt etter straffeloven § 127 for å ha dyttet en parkeringsbetjent. Pga. dommen vedtok politidistriktet å tilbakekalle As ordensvaktgodkjenning. Politidirektoratet opprettholdt vedtaket og viste i tillegg til to nye uavgjorte forhold.*

*Ombudsmannen kom til at skikkethetsvurderingen som lå til grunn for tilbakekallet, var mangelfull. Det var ikke foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering av grovheten av overtredelsen av straffeloven § 127. Videre var det tatt utenforliggende hensyn da et uavgjort forhold ble tillagt vekt. I tillegg gjorde tre tilfeller av skrivefeil at det knyttet seg usikkerhet til Politidirektoratets vurdering. Direktoratet ble bedt om å vurdere saken på nytt. Ombudsmannen ba også direktoratet om å gjennomgå interne saksbehandlingsrutiner for å kvalitetssikre vedtakene.*

A ble fratatt ordensvaktgodkjenningen blant annet fordi han ble dømt for overtredelse av straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 127 første ledd, første straffalternativ, § 228 første ledd og § 326 nr. 1 til betinget fengsel i 21 dager og en bot på kr 12 000. Han ble dømt for å ha dyttet en parkeringsvakt, slik at hun mistet gebyrblokken, og hun dro til legevakten på grunn av ømhet i brystregionen. Politidistriktet viste til at klageren på grunn av det ovennevnte forholdet etter en konkret helhetsvurdering «for tiden ikke



innehar de nødvendige kvalifikasjonene og den skikkethet som kreves for å inneha en slik godkjenning».

I klagen fra A ble det anført at det ikke var foretatt en tilstrekkelig helhetsvurdering, at det var lagt for liten vekt på at lovbruddet var beskjedent og at dette ikke ble begått i forbindelse med stillingen som ordensvakt, samt at det forelå forskjellsbehandling sammenlignet med en tilsvarende sak.

Politidirektoratet opprettholdt politidistriktets vedtak. Opprettholdelsen ble hovedsakelig begrunnet i overtredelsen av § 127. Det avgjørende for tilbakekallet var handlingens karakter og dens betydning for den nødvendige tillit og skikkethet som ordensvakt, og ikke om forholdet knyttet seg til utøvelsen av jobben som ordensvakt. Det forholdet klageren var dømt for, var en handling som alltid ble ansett uforenlig med rollen som ordensvakt. I tillegg ble det vist til to nye uavgjorte forhold bestående i overtredelse av vegtrafikkloven 18. juni 1965 nr. 4 § 31 første ledd, jf. § 3 første ledd, og straffeloven § 127 (senere rettet til § 227), der særlig det sistnevnte forholdet ble ansett som uforenlig med ordensvaktrollen.

A brakte saken inn for ombudsmannen. I tillegg til det som ble anført i klagen til Politidirektoratet, hevdet A at de nye uavgjorte forholdene ikke var relevante i den konkrete helhetsvurderingen som skulle foretas.

I brev herfra ble Politidirektoratet bedt om å redegjøre for om skikkethetsvurderingen praktiseres forskjellig i saker om godkjenning som ordensvakt og i saker om tilbakekall, og hvilken rettslig betydning det har i enkeltsaker at skikkethetsvurderingen ikke er lov- eller forskriftsregulert. Videre ble direktoratet bedt om å vurdere lovbruddets grovhet og relevansen av anførselen om at klageren aldri hadde fått noen anmerkninger i sitt arbeid som ordensvakt. Da det ikke fremgikk av direktoratets vedtak hva de nye uavgjorte sakene dreide seg om, ble direktoratet også bedt om å redegjøre for disse. Det ble også bedt om at direktoratet tok stilling til anførselen om forskjellsbehandling.

Videre ble det stilt spørsmål ved direktoratets rutiner ved klagesaksbehandlingen. Det ble bedt opplyst om det er vanlig praksis at vedtakene undertegnes av saksbehandleren alene, og om dette i tilfelle anses tilfredsstillende i saker av så vidt stor rettssikkerhetsmessig betydning for den saken gjelder.

Forholdet mellom godkjenning og tilbakekall ble av direktoratet kommentert slik:

«Forhold som, dersom de hadde foreligget på godkjenningstidspunktet, ville medført avslag, vil langt på vei også være avgjørende ved spørsmål om tilbakekall, selv om terskelen for tilbakekall også her er noe høyere enn for å nekte godkjenning».

Om skikkethetsvurderingen generelt ble det uttalt:

«I tillegg til krav om vandel kreves, foruten gjennomført ordensvaktkurs godkjent av politiet, at vedkommende evner å samarbeide med politiet og for øvrig innehar den nødvendige tillit og skikkethet. Det betyr at selv plettfri vandel og gjennomført ordensvaktkurs ikke nødvendigvis medfører godkjenning som ordensvakt, såfremt vedkommende utviser manglende forståelse for hvordan konfliktsituasjoner bør håndteres, eller for øvrig begår handlinger eller har en væremåte som gir grunnlag for tvil med hensyn til vedkommendes skikkethet».

Til spørsmålet om betydningen av at denne vurderingen ikke var regulert i lov eller forskrift svarte direktoratet:

«Selv om skikkethetsvurderingen ikke er regulert i lov eller forskrift, vil den nødvendigvis være et relevant moment i politiets godkjenningsfullmakt etter serveringsloven § 16».

Lovbruddets grovhet og anførselen om at hendelsen med parkeringsvakten ikke er relevant for godkjenning som ordensvakt, ble kommentert slik:

«Direktoratet har gjennom sin praksis lagt til grunn at det skal stilles strenge krav til vandel og skikkethet ved godkjenning som ordensvakt. Det skal legges vekt på ethvert straffbart forhold som er egnet til å belyse søkerens evne og vilje til å etterfølge lover og regler generelt, dog slik at overtredelser knyttet til vold, narkotika, vinning, alkohollovgivningen osv., som må anses uforenlig med rollen som ordensvakt, bør tillegges særlig vekt.

Vedrørende lovbruddets grovhet ..., fremgår det at retten under noe tvil har kommet til at dommen skal settes til betinget fengselsstraff. Politidirektoratet har i sin vurdering lagt vekt på at handlingen rettet seg mot offentlig tjenestemann under utøvelse av en offentlig tjenestehandling og at det ved krav om godkjenning som ordensvakt vil være et avgjørende moment hvorvidt vedkommende evner å løse konfliktsituasjoner og provokasjoner uten bruk av fysisk makt eller forulepende skjellsord. Det er da også lagt til grunn at klager ved tidligere anledninger er dømt for tilsvarende forhold».

Direktoratet uttalte videre at ti år som ordensvakt uten anmerkninger, ikke er avgjørende så lenge klageren begår handlinger som gjør at han anses uskikket. Det ble vist til at en yrkessjåfør vil kunne miste førerretten ved et engangstilfelle av fartsoverskridelse, selv om sjåføren har kjørt plettfritt i alle år.

Til anmodningen om å redegjøre for de to nye forholdene, ble det oversendt kopi av henholdsvis utstedt forelegg og anmeldelse. Anførselen om usaklig forskjellsbehandling ble tilbakevist under henvisning

til at den påberopte saken hadde en annen problemstilling.

A tilbakeviste særlig parallellen til yrkessjåføren. I tillegg ble det anført at direktoratets begrunnelse i vedtaket var mangelfull og lite konkret om hva som er tillagt vekt. Det fremsto ikke som en forsvarlig overprøving av politiets vurderinger, og A mente at hans rettssikkerhet ikke var tilfredsstillende ivaretatt. Direktoratet burde dessuten lagt vekt på at tilbakekallet var svært inngripende og av grunnleggende personlig og velferdsmessig betydning for klageren, som sto i fare for å miste sitt arbeid.

### Ved avslutningen av saken uttalte ombudsmannen:

#### «1. Hjemmelen for tilbakekall

Det fremgår av serveringsloven 13. juni 1997 nr. 55 § 16 første ledd:

«Når politiet finner det påkrevet, skal det ved serveringsstedet holdes ordensvakter godkjent av politiet».

I forarbeidene til serveringsloven uttaler departementet, jf. Ot.prp. nr. 55 (1996-1997):

«Blant de kriterier det bør legges vekt på ved godkjennelsen, er ordensvaktensandel samt om vedkommende synes å ha de fysiske og psykiske forutsetningene som er nødvendig for å utføre arbeidet som ordensvakt».

Justis- og politidepartementet har i rundskriv G-112/2000 gitt nærmere retningslinjer for ordensvaktgodkjenninger og tilbakekall av disse. Om skikket-hetsvurderingen er det skrevet:

«Departementet finner det vanskelig å kunne gi en uttømmende opplisting av hvilke typer kriminalitet som kan gi grunnlag for å nekte å godkjenne en søknad som ordensvakt etter serveringsloven § 16, eventuelt tilbakekalle en godkjenning p.g.a. dette. Det straffbare forholdet må imidlertid være av en slik karakter at vedkommende anses uskikket til å være ordensvakt. Herunder må det foretas en vurdering av lovbruddets grovhet, antall overtredelser og hvor langt tilbake i tid overtredelsen ligger».

Om tilbakekall av ordensvaktgodkjenning står det i rundskrivet:

«Spørsmålet er ikke direkte regulert i loven, men departementet mener at problemet må løses med utgangspunkt i forutsetningslæren.

Dette innebærer at ordensvakter som, etter å ha blitt godkjent, er blitt ilagt straffereaksjon for forhold som nevnt ovenfor kan få sin godkjenning tilbakekalt, etter en nærmere vurdering foretatt av politimesteren».

Under redegjørelsen for sakens bakgrunn har jeg vist til vurderingstemaet direktoratet la til grunn ved skikket-hetsvurderingen. Det ble fra direktoratets side ikke påpekt noen betenkeligheter ved at denne vurderingen ikke er lov- eller forskriftsregulert.

Kompetansen til å innvilge søknader om ordensvaktgodkjenninger ligger hos politiet. Det følger av serveringsloven at vedtakene ikke er lovbundne, men at politiet er tillagt en skjønnsmessig kompetanse. Ved skjønnsmessig myndighetsutøvelse er det på sedvanerettslig grunnlag adgang til å stille vilkår for begunstigende forvaltningsvedtak. Det er ikke nødvendig at adgangen til å oppstille vilkår for vedtak følger uttrykkelig av loven. Ved vedtak om ordensvaktgodkjenning er det derfor adgang til å oppstille visse forutsetninger for å inneha godkjenningen. Det er antakelig dette departementet legger til grunn i rundskrivet når det uttales at spørsmålet om tilbakekall av godkjenningen «må løses med utgangspunkt i forutsetningslæren».

Det følger av serveringsloven § 16 at politiet som grunnlag for godkjenning kan kreve at det er gjennomført et kurs. Det må antas at kursdeltagerne, etter å ha deltatt på et slikt kurs, vil ha fått informasjon om hvilke typer lovbrudd som ikke er forenlig med rollen som ordensvakt, og hvilke personlige egenskaper som kreves for å få godkjenning. Klageren har gjennomført slikt kurs og er dermed gjort oppmerksom på de forutsetninger godkjenningen er gitt på, og således også hva som kan medføre at godkjenningen vil bli vurdert tilbakekalt.

Politidirektoratet skriver i brevet 6. november 2008 at terskelen for tilbakekall likevel er noe høyere enn for å nekte godkjenning. Under henvisning til betydningen for den tilbakekallet retter seg mot, må man her sies å være på legalitetsprinsippets område. Et tilbakekall av en godkjenning vil oppleves mer inngripende enn en nektelse, og mye taler for at det må kreves en klarere hjemmel for tilbakekall enn for godkjenning. Da vedtaket bygger på vilkårlæren, vil legalitetsprinsippets krav til klar hjemmel for vedtak om tilbakekall, komme til uttrykk gjennom synligheten av forutsetningene som godkjenningsvedtaket er bygget på. Forutsetningene må anses synliggjort for en som har deltatt på det omtalte kurset. Det legges derfor til grunn at vedtaket her har tilstrekkelig hjemmel.

#### 2. Vurderingen av lovbruddets grovhet

Det følger av rundskrivet at for at straffbare forhold kan gi grunnlag for tilbakekall, må disse være:

«... av en slik karakter at vedkommende anses uskikket til å være ordensvakt. Herunder må det foretas en vurdering av lovbruddets grovhet, antall overtredelser og hvor langt tilbake i tid overtredelsen ligger.

Som hovedregel må det legges til grunn at bagatellmessige forhold og forhold som ligger tilbake i tid ikke tillegges avgjørende betydning».

Dommen som var bakgrunnen for tilbakekallet, gjaldt dytting av en parkeringsbetjent som var i ferd med å utstede et parkeringsgebyr til klageren.

Advokatfullmektigen hevdet i klagen hit at direktoratet ikke har vurdert momentet om at volden var «så beskjedne at retten reagerte med betinget fengselsstraff, selv om utgangspunktet etter rettspraksis er at det skal gis ubetinget fengselsstraff for overtredelser av § 127». Det ble herfra bedt om en redegjørelse for hvordan dette hensynet var vurdert. Direktoratet svarte i brevet 6. november 2008 slik:

«Vedrørende lovbruddets grovhet ..., fremgår det at retten under noe tvil har kommet til at dommen skal settes til betinget fengselsstraff. Politidirektoratet har i sin vurdering lagt vekt på at handlingen rettet seg mot offentlig tjenestemann under utøvelse av en offentlig tjenestehandling ...».

Slik jeg forstår direktoratet, ble lovbruddet ansett grovt alene fordi handlingen rettet seg mot en offentlig tjenestemann under utøvelsen av en offentlig tjenestehandling. Med dette er det ikke sagt noe om graden av grovhet; blant annet er det ikke tatt i betraktning hva slags tjenestehandling og tjenestemann handlingen rettet seg mot.

Straffeloven § 127 om straff for vold mot offentlig tjenestemann er satt til å verne offentlige interesser, og det offentliges adgang til å utøve myndighet overfor borgerne. Selv om enkeltmennesker også rammes ved overtredelser av § 127, vil disse vernes gjennom at den samtidige krenkelsen forfølges etter andre straffebud, i denne saken § 228 som i dommen ble anvendt i konkurrans med § 127.

I Rt. 1983 s. 868, hvor rekkevidden av begrepet «offentlig tjenestemann» kom på spissen i forhold til bussjåfører, uttalte retten at «sjåfører er en yrkesgruppe som ... ikke hører med til de tjenestemenn som § 127 ... sentralt tar sikte på». Det samme legges indirekte til grunn i strafferettslitteraturen, som viser til at det i første rekke er polititjenestemenn som omfattes av bestemmelsen. Dette tilsier at typen tjenestemann og tjenestehandling må vurderes for å kunne si noe om lovbruddets grovhet.

Momenter i vurderingen vil etter min mening være samfunnets behov for tjenestehandlingen som utføres, graden av tjenestemannens behov for vern mot vold pga. risikoen som følger med tjenestehandlingen, den antatte allmenne oppfatningen av at vedkommende er offentlig tjenestemann og ikke privat, og hertil i hvilken grad vedkommende bør stilles i en strafferettslig særstilling sammenlignet med private aktører som utfører lignende arbeidsoppgaver. Det

sistnevnte momentet må ses på bakgrunn av at det i dag, mer enn før, er en mer glidende overgang mellom offentlig og privat virksomhet. Et eksempel er i forhold til førere av offentlige kommunikasjonsmidler, som trekkes frem i NOU 1992:23 Ny straffelov s. 66:

«For eksempel betraktes bussjåfører som er direkte ansatt i stat eller kommune som offentlige tjenestemenn, mens bussjåfører som er ansatt i privat eller offentlig eiet firma ikke går inn under begrepet. En slik forskjell vil være vanskelig å begrunne, jf. Rt-1983-868 hvor førstvoterende pekte på at det for den enkelte lovbrøyer kunne være vanskelig å forstå at det skulle være avgjørende om en bussjåfør som hans handling er rettet mot, er ansatt i et privat eller offentlig eiet selskap».

Jeg mener at sjåføreksempelet kan tjene som en parallell til denne saken, og at det er mye som taler for at de samme hensynene i stor grad gjør seg gjeldende overfor parkeringsbetjenter, selv om det er sikker rett at offentlig ansatte parkeringsbetjenter er å anse som offentlige tjenestemenn.

Etter dette konkluderer jeg med at direktoratet ikke har foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering av grovheten av overtredelsen av straffeloven § 127.

Til punktet om lovbruddets grovhet har direktoratet vist til at rundskrivet er av veiledende karakter. Jeg er enig i at et rundskriv rettskildemessig sett innebærer retningslinjer fra et overordnet organ. Det er likevel ikke forhold som tilsier at de alminnelige retningslinjene ikke skal følges her, særlig når rettsområdet ikke er regulert på annen måte.

### *3. De andre straffbare forholdene som ble lagt til grunn for tilbakekallet*

Det er i rundskrivet oppstilt en liste over ulike former for kriminalitet som kan anses «uforenlig med rollen som ordensvakt.» Det sies at «eksemplifiseringen ikke er ment å være uttømmende, men kun en retningslinje for politiet». Det sies ellers ingenting i rundskrivet om at andre lovbrudd ikke kan vektlegges.

Betydningen av den prosessuelle statusen i saken er kommentert slik i rundskrivet:

«Utgangspunktet for vandelsvurderingen vil være forhold som er avgjort ved en straffereaksjon. Hensynet bak loven tilsier imidlertid at det også må være anledning til å legge vekt på en verserende sak, dersom denne er av en slik karakter at politiet finner at den ville hatt betydning i forhold til spørsmål om godkjenning og det er overveiende sannsynlig at handlingen er begått og/eller det foreligger tilståelse.»

Det ble i vedtaket lagt vekt på et vedtatt forelegg for forulemping av tjenestemann i 2003 (straffeloven

§ 326 nr. 1 og 2), uten at det er gitt opplysninger om detaljene i saken. Dette er et forhold som uansett kan vektlegges på lik linje med andre lovbrudd. I vedtaket fremstår det som dette ble tillagt begrenset betydning.

I Politidirektoratets brev hit 6. november 2008 het det blant annet: «Det er da også lagt til grunn at klager ved tidligere anledninger er domfelt for tilsvarende forhold». Jeg kan ikke se at det er gitt opplysninger i saken som bekrefter at dette er tilfelle, og det ble da heller ikke vist til tidligere domfellelser verken i politiets eller direktoratets vedtak.

Det ble i direktoratets vedtak 24. juni 2008 vist til at klageren var under etterforskning for to nye forhold; overtredelse 1. februar 2008 av straffeloven § 127 (senere rettet til § 227) og overtredelse av vegtrafikkloven § 3 med anført personskaide.

I klagen hit ble det anført at direktoratet, ved å ha lagt vekt på at klageren var under etterforskning for to nye forhold, hadde tatt utenforliggende hensyn. Det ble vist til at overtredelsen 9. mai 2008 av vegtrafikkloven § 31 første ledd, jf. § 3 første ledd, og forholdet fra 1. februar 2008 om mulig overtredelse av straffeloven § 227, ikke kunne legges til grunn ved vurderingen om tilbakekall.

I brevet 6. november 2008 skrev direktoratet:

«Det skal [ved godkjenning som ordensvakt og tilbakekall av godkjenningen] legges vekt på ethvert straffbart forhold som er egnet til å belyse søkerens evne og vilje til å etterfølge lover og regler generelt ...».

Jeg mener derfor at det kan være relevant å legge vekt på brudd på vegtrafikkloven. Det er opplyst at klageren har vedtatt forelegg for dette, slik at saken er avgjort og dermed kunne tas med i vurderingen.

Fremsettelse av trusler, jf. § 227, står på den ovennevnte listen i rundskrivet. Imidlertid skiller «trusselsaken» her seg fra overtredelsen av vegtrafikkloven, da saken ikke er straffeprosessuelt avgjort. Det går frem av klagen hit at klageren ikke har vært underrettet om forholdet fra 1. februar 2008, og det foreligger derfor heller ingen tilståelse. For at forholdet skal kunne legges til grunn ved vurderingen, må det være overveiende sannsynlig at handlingen er begått. Da det på tidspunktet for direktoratets vedtak ikke forelå noen anmeldelse (denne var trukket tilbake), eller, etter det som er opplyst, heller ikke var åpnet etterforskning begrunnet i mulig offentlig påtale, foreligger det bare en forklaring til politiet om forholdet.

Direktoratet skrev i brevet 6. november 2008 at anmeldelsen hadde vært med i helhetsvurderingen. Etter min mening har direktoratet her lagt vekt på et utenforliggende forhold, da jeg ikke kan se at vilkårene for å vektlegge en verserende sak er oppfylt.

#### 4. Klagerens adferd i stillingen som ordensvakt

Klageren har vist til at han har arbeidet som ordensvakt i 10 år uten anmerkninger. Direktoratet fant ikke dette avgjørende, og har som en parallell vist til at en yrkessjåfør kan bli fratatt førerkortet til tross for tidligere plettfri kjøring.

Parallellen får ikke frem alle relevante forskjeller i sakstypene, selv om den er delvis betegnende for saken. En særlig forskjell er at tilbakekall av ordensvaktgodkjenning skjer etter en bred skjønnsmessig vurdering, mens fratakelse av føreretten grunnet fartsoverskridelse skjer etter klare regler. Det er derfor vanskeligere for en ordensvakt å på forhånd kunne skille ut hvilke typer handlinger som automatisk vil føre til tilbakekall av ordensvaktgodkjenningen. Dette kan by på problemer, da kjernen i ordensvaktyrket er mer uklar enn for en yrkessjåfør. Det hefter etter min mening likevel ikke en feil ved skjønnen på dette punktet, da det går frem av vedtaket at momentet er ansett relevant, men ikke avgjørende.

#### 5. Den velferdsmessige betydningen for klageren

Tilbakekallets velferdsmessige betydning for klageren har av ham vært anført som relevant. Momentet er som påpekt tidligere, sentralt ved avgrensningen av legalitetsprinsippets virkeområde, men er etter min mening ikke et relevant moment i den konkrete vurderingen om tilbakekall. Det følger av forarbeidene til serveringsloven at ordensvaktordningens hensikt er å forebygge og begrense kriminaliteten (særlig vold) i tilknytning til serveringssteder. En ordensvaktgodkjenning er således ikke primært en ytelse/rettighet den enkelte mottar, selv om det å inneha en godkjenning vil gi tilgang til et arbeid som ikke alle kan utføre.

#### 6. Forskjellsbehandling

For at det skal foreligge usaklig forskjellsbehandling, kreves det at tilfellene som sammenlignes er helt like. Det er også adgang for et forvaltningsorgan til å endre praksis over tid, og på den måten behandle to like tilfeller ulikt. Ut fra de begrensede opplysninger som er gitt om den andre saken, er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for å gå nærmere inn på om tilbakekallet av ordensvaktgodkjenningen her innebar usaklig forskjellsbehandling.

#### 7. Skrivefeilene

I vedtaket 24. juni 2008 er det to skrivefeil, som direktoratet i brevet 6. november 2008 redegjorde for.

Det ble i vedtaket skrevet at «klager for tiden er under etterforskning for ... overtredelse av straffeloven § 127 fra 1.2.2008 ...». Riktig paragrafhenvising skulle være § 227, ikke § 127.

Jeg finner grunn til å påpeke at feilhenvisningen fører til usikkerhet om det faktisk bare foreligger en skrivefeil eller om direktoratet ved klagebehandlingen 24. juni 2008 faktisk la til grunn at saken gjaldt § 127, og at direktoratet ikke var kjent med realiteten i forholdet 1. februar 2008. Dersom det ble lagt til grunn at det forelå en gjentatt overtredelse av § 127, bare to måneder etter dommen i tingretten, ville dette vært et moment som med rette kunne blitt tillagt vekt i vurderingen om tilbakekall.

Videre ble det gjort en skrivefeil i konklusjonen, der tilbakekallet ble begrunnet i «de forhold som klager nå er anmeldt for og tidligere avgjorte forhold». I følge direktoratet skulle det egentlig ha stått «de forhold som klager nå er domfelt for og tidligere avgjorte forhold».

Forvekslingen av anmeldt/domfelt innebærer også en realitetsforskjell, da det i forholdet fra 1. februar 2008 ikke foreligger noen avgjørelse, og forholdet derfor ikke kan henføres under «forhold som klager nå er domfelt for og tidligere avgjorte forhold». Selv om det går frem av brevet 6. november 2008 at forholdet ikke har vært ansett avgjørende, etterlater skrivefeilen usikkerhet om vektleggingen og avveiningen i vedtaket 24. juni 2008.

Under punkt 3 har jeg også påpekt at det må være feil i direktoratets brev 6. november 2008, da det ble gitt uttrykk for at klageren «ved tidligere anledninger er domfelt for tilsvarende forhold».

#### 8. Rutiner for klagesaksbehandlingen

Under henvisning til at direktoratets vedtak var undertegnet av saksbehandleren alene, ble det i brev herfra 10. oktober 2008 også stilt spørsmål om direktoratets rutiner ved klagesaksbehandling. Det ble vist til at dette er saker av stor rettsikkerhetsmessig betydning for dem sakene gjelder.

Direktoratet svarte i brev 6. november 2008 at det langt på vei er hovedregelen at vedtak blir underskrevet av saksbehandleren alene. For å sikre at avgjørelser som treffes, er i samsvar med gjeldende praksis, blir imidlertid saker som denne, ofte diskutert i seksjonen, hvor problemstillingen blir behørlig vurdert.

På bakgrunn av de feilene som er påpekt ovenfor, mener jeg mye kan tyde på at rutinene for klagesaksbehandlingen ikke i tilstrekkelig grad ivaretar de rettsikkerhetsmessige viktige hensyn som gjør seg gjeldende i slike saker. Jeg ber derfor om at direktoratet gjennomgår sine rutiner for å kvalitetssikre vedtakene.

#### 9. Konklusjon

Politidirektoratet bes om å behandle saken på nytt i lys av bemerkningene foran. I den nye vurderingen bør det blant annet komme frem hvilke momenter som er ansett relevante og hvilke som ikke er det.

Jeg ber også om at direktoratet gjennomgår sine rutiner for klagesaksbehandling.

Jeg ber om å bli underrettet om utfallet av direktoratets oppfølging av saken, ved oversendelse av kopi av brev til klageren, og om utfallet av gjennomgangen av de interne rutinene».

### 104.

#### **Kautokeino kommunes dispensasjonspraksis i saker om motorferdsel i utmark**

(Sak 2008/163)

*Naturvernforbundet i Finnmark klaget til ombudsmannen over Kautokeino kommunens dispensasjonspraksis i saker om motorferdsel i utmark. Forbundet anførte at kommunen misbrukte lovens adgang til å gi dispensasjon, i strid med bl.a. fylkesmannens retningslinjer.*

*Ombudsmannen uttalte at Kautokeino kommunens dispensasjonspraksis ikke var i tråd med fylkesmannens retningslinjer og kommunen ble bedt om å endre sin praksis.*

Klagen fra Naturvernforbundet gjaldt Kautokeino kommunes praksis for å gi dispensasjoner etter lov om motorferdsel i utmark. Naturvernforbundet anførte at kommunen misbrukte sin adgang til å gi dispensasjoner til motorferdsel i utmark, og at det ble gitt en rekke ulovlige dispensasjoner, i strid med fylkesmannens signaler.

Ombudsmannen ba Kautokeino kommune om å redegjøre for omfanget av dispensasjonssaker etter motorferdselsloven 10. juni 1977 nr. 82 § 6. Kommunen ble også bedt om å gjøre rede for hvorvidt kommunens praksis var i tråd med signaler fra fylkesmannen, gitt gjennom en rekke klagevedtak og de føringerne for lovtolkningen som følger av Miljøverndepartementets rundskriv T-1/96 om motorferdsel i utmark. Det ble også spurt om kommunen anså det som en rettslig plikt å innrette sin dispensasjonspraksis i samsvar med fylkesmannens klagevedtak i tilsvarende saker.

Kommunen opplyste at i perioden 2005-2007 ble det behandlet 2247 søknader om dispensasjon fra motorferdselsloven, og det ble gitt avslag i 6 % av sakene. Kommunen presiserte at Kautokeino er et kjerneområde hvor mange lever av utmarkshøsting og en stor del av befolkningen driver utmarkshøsting til eget bruk. Ved behandlingen av dispensasjonssøknader tok kommunen hensyn til ILO-konvensjonen og folkeretten, som tillater bruk av nye hjelpemidler for å høste av naturen. Kommunen ønsket ikke å åpne flere barmarksløyper, ettersom de da ville være åpne for alle. Kommunen valgte å gi dispensasjoner til lokalbefolkningen som aktivt drev

med innhøsting i områdene, ettersom de burde ha bedre tilgang enn den øvrige befolkningen.

Kommunen ga uttrykk for at det var «meget beklagelig at Fylkesmannen i disse sakene overprøver kommunens skjønn» og at det var feil av fylkesmannen å ikke ta hensyn til at «vedtakene også bygger på ILO-konvensjonen og folkeretten». Det ble gitt uttrykk for at kommunen og fylkesmannen er uenige om hvilke hensyn som særlig gjør seg gjeldende i dispensasjonssaker. Kommunen anførte at dens dispensasjonspraksis var innenfor Miljøverndepartementets rundskriv og den skjønnsmargin som var delegert til kommunene i lovens § 6.

Kautokeino kommune anså «det som svært problematisk at det i loven ikke foretas en nærmere distinksjon mellom næringsvirksomhet, husbehovsmessig utnyttelse eller selvforsørgingsbruk og fritidskjøring». Loven tar etter kommunens oppfatning ikke hensyn til utmarkshøsting til eget bruk som er praktisert av mange, og særlig i kjernesamiske områder. Det var videre «åpenbart at en ikke bare kan bygge på en norsk forståelse av begrepet næring» ved vurderingen av om utmarkshøstingen er næringsvirksomhet i motorferdselslovens forstand. Endelig hevdet kommunen at fylkesmannen ikke tar hensyn til samiske lokalsamfunns tradisjonelle bruk og nye former for praksis ved vurderinger av dispensasjonssaker. Dette medførte at fylkesmannen «med denne behandlingen vil bryte Folkeretten og ILO Konvensjonen».

I Naturvernforbundets kommentarer ble det fremholdt at kommunen må følge overordnet myndighets fortolkning av motorferdselsloven, og at den ikke kan legge sin egen forståelse av loven til grunn der den ikke samsvarer med fylkesmannens tolkning. Det ble også anført at en rekke av kommunens argumenter for å gi dispensasjon, som blant annet ILO-konvensjonen og lokale kulturtradisjoner, ikke kunne tillegges avgjørende vekt eller brukes som hjemmel for den tolkningen av regelverket som kommunen tok til orde for. Naturvernforbundet viste også til en rekke enkeltsaker som de hevdet var i strid med gjeldende regelverk.

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

*«1. Kommunens dispensasjonspraksis – forholdet til føringer fra fylkesmannen og Miljøverndepartementet*

Etter lov om motorferdsel i utmark og vassdrag § 6 (motorferdselsloven) kan en kommune «når særlige grunner foreligger ... gi tillatelse til bruk av motorfartøy eller luftfartøy som ellers ikke kan finne sted etter denne lov eller med hjemmel i loven». Miljøverndepartementet har med hjemmel i motorferdselsloven § 4a gitt forskrift 15. mai 1988 nr. 356 om bruk av motorkjøretøy i utmark og på islagte vass-

drag. Etter forskriften § 5 kan kommunestyret gi tillatelse til bruk av snøscooter for blant annet «fastboende som i ervervsmessig øyemed vil påta seg transport etter dispensasjon i medhold av denne forskriftens § 6» eller for «kjøring i utmarksnæring for fastboende». Forskriften § 6 åpner for at det kan gis dispensasjoner. Bestemmelsen lyder:

«I unntakstilfelle kan kommunestyret – eller et annet folkevalgt organ som kommunestyret bestemmer – etter skriftlig søknad gi tillatelse til kjøring utover § 2 - § 5, dersom søkeren påviser et særlig behov som ikke knytter seg til turkjøring, og som ikke kan dekkes på annen måte. Før eventuell tillatelse gis, skal transportbehovet vurderes mot mulige skader og ulemper i forhold til et mål om å redusere motorferdselen til et minimum.»

Miljøverndepartementet har i rundskriv T-1/96 punkt 7.3 gitt utfyllende kommentarer til forskriften §§ 5 og 6 om godkjenning av motorferdsel etter søknad. Det blir blant annet presisert at tillatelse til kjøring i utmarksnæring for fastboende etter forskriften § 5 «må dreie seg om ren næringsmessig virksomhet, for salg og videreføring». Videre skal det «stilles meget strenge krav til ”særlig behov”» for at det skal kunne gis dispensasjon etter § 6. Der søknaden om dispensasjon gjelder barmarkskjøring, skal praksisen være «spesielt restriktiv».

At kommunen, på visse vilkår, har en adgang til å gi dispensasjoner til motorferdsel i utmark er ikke omtvistet. Om de dispensasjonene Kautokeino kommune har gitt er i strid med regelverket, har heller ikke vært gjenstand for behandling her. Spørsmålet for ombudsmannen er hvilken vekt kommunen må legge på de føringer som er gitt gjennom Miljøverndepartementets rundskriv og gjennom fylkesmannens tidligere avgjørelser i tilsvarende saker.

Fylkesmannen synes ikke å ha gitt en konkret instruks til kommunen om adgangen til å gi dispensasjon eller hvordan den bør praktisere dispensasjonsadgangen. Miljøverndepartementet har imidlertid i nevnte rundskriv gitt klare føringer på hvordan forskriften skal forstås og hvordan dispensasjonsadgangen skal praktiseres. Et rundskriv som beskriver etter hvilke retningslinjer skjønnsmessige vurderinger skal gjøres, må regnes som en klar instruks til kommunene om å legge praksisen så nært rundskrivet som mulig. Selv om et rundskriv ikke skulle være rettslig bindende, må likevel underinstansen anse seg bundet av den lovtolkningen som rundskrivet gir uttrykk for.

Kommunen har i brevet hit anført at kommunens dispensasjonspraksis er i tråd med Miljøverndepartementets rundskriv. Det er vanskelig å se at kommunen stiller «meget strenge krav» for å gi dispensasjon, eller at praksisen for å gi dispensasjoner til

barmarkskjøring er «spesielt restriktiv» når bare om lag 6 % av alle dispensasjonssøknader avslås. Videre er det grunn til å peke på at statistikk fra Statistisk sentralbyrå viser at fylkesmennene på landsbasis omgjør i overkant av 90 % av alle dispensasjonsvedtak etter motorferdselsloven som blir klaget inn for fylkesmennene. Det er på bakgrunn av dette grunn til å anta at Kautokeino kommune har en dispensasjonspraksis som klart avviker fra Miljøverndepartementets rundskriv.

I sak 2007/21, uttalte jeg at «underordnede organer som utgangspunkt har plikt til å rette seg etter de instruksjer/føringer som blir gitt av overordnet instans». Fylkesmannen ble der kritisert for ikke å «ha rettet seg etter den faglige vurdering/føring som fremkom av tilsendt kopi av direktoratets brev».

I saken her har Fylkesmannen i Finnmark flere ganger uttalt til Kautokeino kommune at kommunens dispensasjonspraksis er lovstridig. I brev 24. september 2007, i ombudsmannens klagesak 2007/1170, opplyste fylkesmannen at kommunen er «gjentatte ganger, både i møter og gjennom behandling av klagesaker, blitt gjort oppmerksom på at deres dispensasjonspraksis ikke er i samsvar med motorferdselloven». Omgjøringsvedtakene, herunder fylkesmannens begrunnelser, må sees som klare føringer for hvordan kommunen skal behandle senere søknader om dispensasjon etter motorferdselsloven § 6. Kommunen kan ikke overse disse føringene ved behandlingen av nye, tilsvarende saker.

Kommunen har påberopt skjønnsfriheten etter motorferdselsloven § 6 som grunnlag for dispensasjonspraksisen. ILO-konvensjon nr. 169 fra 1989 og folkeretten generelt er brukt som argument for at praksisen er lovlig. Uten nærmere kjennskap til de enkelte dispensasjonssakene, er det vanskelig å si noe mer om vektleggingen av dette argumentet ved behandlingen av konkrete søknader om dispensasjon. Det er likevel grunn til å påpeke at en generell henvisning til folkeretten og ILO-konvensjon nr. 169 neppe oppfyller lovens krav til «særlige grunner» i motorferdselsloven § 6. Samerettsutvalget ga i NOU 1997:4 en utredning om naturgrunnlaget for samisk kultur. Utvalget bygget blant annet utredningen på de forpliktelser som kan utledes av nevnte ILO-konvensjon. Om dispensasjoner etter motorferdselsloven § 6 uttrykte utvalget i kapittel 5.7.3.4:

«Det skal dermed en del til før en søknad om tillatelse etter § 6 kan innvilges, men det hevdes likevel at en del kommuner i Finnmark har ført en forholdsvis liberal praksis på dette punktet. Etter som noe av hensikten med å legge myndigheten etter § 6 til kommunen, er å gi et visst spillerom for lokalt skjønn, er en slik praksis ikke nødvendigvis ulovlig. Men har loven f.eks. vært praktisert slik at alle søkere har fått dispensasjon uansett begrunnelse, har kommunen trukket sin

skjønnsmyndighet langt ut over de rammer som er gitt gjennom uttrykket 'særlige grunner'. I den grad det forekommer praksis av den type som er antydnet ovenfor, vil dette dermed være en ulovlig praksis som kommunens overordnede organer (fylkesmannen og Miljøverndepartementet) vil kunne gripe inn mot.»

Etter forvaltningsloven 10. februar 1967 § 34 annet ledd tredje punktum skal fylkesmannen som overordnet instans «legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn». Bestemmelsens anvendelsesområde presiseres i Kommunal- og regionaldepartementets rundskriv H-2103 – retningslinjer for statlig klagebehandling – gitt i 1998. Bestemmelsens anvendelse på motorferdselslovens område er omtalt i rundskrivets kapittel 10.2 der det heter:

«Hensynet til det kommunale selvstyret kommer ikke inn ved fylkesmannens vurdering av om kriteriene for å gi tillatelse (dispensasjon) er til stede. Det innebærer at hensynet til det kommunale selvstyret ikke kommer inn ved vurderingen av om det foreligger 'særlige grunner' for å gi dispensasjon for bruk av motorfartøy eller luftfartøyer etter lovens § 6, eller ved vurderingen av om det foreligger et 'særlig behov' etter forskriftens § 6. Tilsvarende gjelder for vurderingen av om vilkårene for å gi dispensasjon for bruk av snøscooter etter forskriftens § 5 er oppfylt. Men dersom først vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, vil det bero på en skjønsmessig helhetsvurdering om dispensasjon skal gis. Ved denne vurderingen vil kommunens standpunkt være av betydning. Utgangspunktet må likevel tas i de nasjonale hensyn bak motorferdselregelverket, slik de har kommet til uttrykk i motorferdsellovens formål. Formålet er nedfelt i lovens § 1 som lyder:

'Formålet med denne lov er ut fra et samfunnsmessig helhetshensyn å regulere motorferdselen i utmark og vassdrag med sikte på å verne om naturmiljøet og fremme trivselen.'

Ved den skjønsmessige vurdering vil derfor målet om å begrense motorferdselen mest mulig veie tungt.»

Kommunen synes selv å erkjenne at dens dispensasjonspraksis er i strid med fylkesmannens retningslinjer for lovtolkningen, men har uttrykt at den akter å fortsette samme dispensasjonspraksis som tidligere.

Jeg ser det slik at kommunen har plikt til, som underordnet instans, å rette seg etter fylkesmannens syn. Dersom kommunen er uenig med fylkesmannen, må uenigheten søkes løst enten ved lovendring eller gjennom avklaring med Miljøverndepartementet som ansvarlig fagdepartement. Slik saken er opplyst for meg, kan Kautokeino kommunes dispensasjonspraksis og uttrykte holdninger til overordnet forvaltningsorgan ikke aksepteres.

## *2. Konsekvensene av at fylkesmannens føringer ikke følges*

Naturvernforbundet har i klagen hit stilt spørsmål om hvilke konsekvenser det har at kommunen ikke tar hensyn til klare føringer fra overordnet myndighet. I NOU 2004:17 om statlig tilsyn med kommunesektoren fremheves det at statlig tilsynsmyndighet ikke kan bruke sanksjoner mot en kommune uten hjemmel i lov eller i medhold av lov. Dette følger også av det generelle legalitetsprinsippet.

Etter dagens motorferdselslov har fylkesmannen ikke adgang til å iverksette tiltak overfor kommuner som gir dispensasjoner i strid med fylkesmannens regelforståelse. Fylkesmannen har heller ingen alminnelig instruksjonsmyndighet overfor kommunen i denne typen saker, og det eneste virkemidlet for å sikre at loven følges er i dag gjennom omgjøring av vedtak av eget tiltak eller gjennom klagebehandling. Det er uheldig at fylkesmannen må bruke ressurser på å følge opp kommuner som ikke retter seg etter de klare tolkningssignalene som gis.

I det forslaget som foreligger til ny lov om motorferdsel i utmark og vassdrag er det flere bestemmelser som vil bøte på problemer av den art som er avdekket i saken her. Som ledd i tilsynsmekanismen er det i forslag til ny lov § 23 fjerde ledd satt som krav at blant annet fylkesmannen skal motta kopi av tillatelsen. Videre er det i § 28 foreslått at fylkesmannen gis adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ved «forhold i strid med denne lov, og som ikke rettes opp innen angitt frist». Dersom kommunen fortsetter med «tilsvarende overtredelser som det tidligere er ilagt overtredelsesgebyr for» kan fylkesmannen inndra kommunens myndighet til å gi dispensasjoner.

Under henvisning til det nye lovforslaget hvor det er foreslått å gi fylkesmannen virkemidler for å iverksette tiltak overfor kommuner som ikke følger regelverket, er det for øvrig funnet å kunne la denne delen av saken bero. Jeg legger imidlertid til grunn at Kautokeino kommune umiddelbart vil rette seg etter fylkesmannens syn på adgangen til å gi dispensasjoner til motorferdsel i utmark.»



## Emne- og stikkordregister<sup>1</sup>

<b>Alminnelig forvaltningsrett</b>			
begrunnelse.....	109, 232		
enkeltvedtak			
avslag på permisjonssøknad .....	66		
leieavtale for båtplass .....	64		
tilsagn om statsborgerskap .....	369		
klagerett .....	76		
foreløpig svar .....	62, 95		
forskjellsbehandling .....	84		
forskrift			
om merknad til forskrift var egen forskrift.	60		
politianmeldelse før endt klagebehandling.	67		
forvaltningslovens virkeområde.....	158		
habilitet.....	308		
vennskapsforhold.....	147		
instruks fra overordnet forvaltningsorgan .....	313		
klagebehandling .....	187		
kontradiksjon .....	93		
legalitetsprinsippet .....	87		
partsinnsyn .....	95, 90, 91		
saksbehandling			
forsvarlighet – plikt til å behandle			
partens anførsel .....	304		
saksbehandlingstid			
informasjon om forventet			
saksbehandlingstid.....	79, 95, 313		
sen saksbehandling .....	62, 229, 313, 379		
sakskostnader			
nødvendighetskravet.....	373		
taushetsplikt			
privat bankkontonummer.....	100		
næringsopplysninger.....	102, 108, 112		
personopplysninger.....	108, 137, 221		
utredningsplikt.....	151, 82, 187, 198, 235		
veiledningsplikt .....	230, 232, 249		
<b>Arbeids- og tjenesteforhold</b>			
arbeidsgivers styringsrett.....	144		
frabeordring av forsvarspersonell.....	167		
ordensstraff			
adgangen til å sette ned lønn .....	161		
tjenstlig tilrettevisning for kommunalt ansatt....	165		
tilretteleggingsplikt.....	149		
<b>Avgifter og gebyrer</b>			
avgift på båtmotorer .....	278		
forsinkelsesgebyrer etter regnskapsloven			
hjemmel for ileggelse .....	304		
manglende oversendelsesbrev .....	304		
fritak for renovasjonsavgift .....	393		
merverdiavgift			
avslag på tilbakegående avgiftsoppgjør.....	273		
overtredelsesgebyr etter akvakulturloven.....	362		
toll			
tollverdi.....	285		
vann- og kloakk			
fastsetting av abonnementsgebyr.....	395		
tilknytningsavgift.....	391		
<b>Barnebidrag, se Underholdsbidrag</b>			
<b>Barnevern</b>			
partsinnsyn.....	90		
<b>Bo- og driveplikt, se også Konesesjon</b>			
lemping av vilkår .....	200		
<b>Bygge- og plansaker</b>			
atkomst			
privatretslige forhold .....	336		
dispensasjon			
avstand til nabogrense.....	322, 325, 328, 330		
likebehandlingshensynet .....	318		
gebyr			
selvkostprinsippet .....	338		
private rettsforholds betydning.....	332		
unnlattelse av å forfølge et ulovlig tiltak .....	344		
utbyggingsavtale.....	308		
<b>Erstatning</b>			
beregning av rovviltskadeerstatning.....	382		
lang saksbehandlingstid.....	379		
statens erstatningsansvar for ugyldige vedtak ...	375		
tapt motregningsadgang i barnebidragssak .....	377		
<b>Fengselsforhold, se Kriminalomsorg</b>			
<b>Fiske og fangst</b>			
Finnmarkseiendommen			
omgjøring av tildeling av lakseplass.....	52		
betaling for reindriftssamers laksefiske .....	350		
inndragning av fangstverdi .....	356, 359		
strukturkvote.....	354		
<b>Gebyr, se Avgifter og gebyrer</b>			
<b>God forvaltningskikk, se Alminnelig forvaltningsrett</b>			
<b>Helsevesen</b>			
driftstilskudd.....	66, 187		
<b>Innsyn, se Offentlighet i forvaltningen</b>			
<b>Kjøretøy</b>			
underkjøringshinder.....	60		
<b>Klage, se Alminnelig forvaltningsrett</b>			
<b>Konesesjon og næring, se også Bo- og driveplikt</b>			
avslag på søknad om drift av sjøflyplass.....	190		
kjøp av landbrukseiendom.....	193		
tildeling av radiofrekvens .....	180		
<b>Kriminalomsorg</b>			
aktivitetstilbud .....	238		
helsetilbud.....	238		
mattilbud ved fremstilling til rettsmøter.....	246		

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.

permisjon			
velferdspolisjon .....	243		
prøveløslatelse .....	259		
rett til å benytte samisk .....	238		
<b>Landbruk, se Bo- og driveplikt og Konesjon</b>			
<b>Ligning, se Skatt og ligning</b>			
<b>Lotteri</b>			
tilbakekall av godkjenning som lotteriverdig organisasjon .....	67		
<b>Menneskerettigheter</b>			
forbud mot diskriminering .....	226		
<b>Merverdiavgift, se Avgifter og gebyr</b>			
<b>Motorferdsel i utmark</b>			
dispensasjoner .....	401		
<b>Offentlig eiendom</b>			
salg og utleie .....	64		
utleie av torgplass.....	76		
<b>Offentlighet i forvaltningen</b>			
innsyn			
allmenngjøringsbegjæring .....	108		
formelle krav til innsynsbejæringen.....	100		
forretningshemmeligheter .....	112		
interne dokumenter.....	93, 115, 120, 124, 126		
miljøinformasjon .....	102		
råd innhentet utenfra.....	120		
søkerliste.....	129, 132		
journalføring.....	177		
lovens virkeområde .....	177		
meroffentlighet			
forhåndsilsagn om konfidensialitet .....	102		
interne dokumenter.....	120		
møteoffentlighet			
møtebok.....	139		
lukking av møte.....	139		
folkevalgte kommunale organer.....	139		
tilsetning av rådmann .....	142		
partsinnsyn, se alminnelig forvaltningsrett			
saksbehandling			
journalføring av dokumenter i innsynssaker	100		
saksbehandlingstid .....	112, 135		
<b>Ombudsmannens arbeidsområde</b>			
Finnmarkseiendommen – omgjøring av tildeling av lakseplass .....	52		
<b>Personvern</b>			
sletting av billedmateriale fra overvåkningskamera.....	255		
<b>Plansaker, se Bygge- og plansaker</b>			
<b>Politi og påtalemyndighet</b>			
tilbakekall av ordensvaktgodkjenning .....	396		
utlevering			
politiets saksbehandling.....	266		
<b>Psykisk helsevern, se Helsevesen</b>			
<b>Sakskostnader, se Alminnelig forvaltningsrett</b>			
<b>Skatt og ligning</b>			
oppdatering av skatteliste publisert på internett	282		
eiendomsskatt .....	298, 299		
begrunnelse.....	295		
takseringsmetoder.....	291		
verdsettelsesprinsipper .....	300		
<b>Skole og universitet, se Utdanning</b>			
<b>Soningsforhold, se Kriminalomsorg</b>			
<b>Studiefinansiering, se Utdanningsstøtte</b>			
<b>Taushetsplikt, se Alminnelig forvaltningsrett</b>			
<b>Tillatelse, se Konesjon</b>			
<b>Tilrettevisning, se Arbeids- og tjenesteforhold</b>			
<b>Tilsetning</b>			
forbigåelse .....	158		
fortrinnsrett			
redusert arbeidsevne .....	149		
kunngjøring			
intern utlysning .....	144		
unnlatt kunngjøring .....	145		
kvalifikasjonsvurderingen .....	151		
vektlegging av personlig egnethet.....	156, 158		
usaklig hensyn .....	154		
saksbehandlingen			
innsyn i utvidet søkerliste.....	158		
intern utlysning.....	149		
intervju.....	158		
manglende intervju/innhenting av referanser .....	151		
skriftlighet i tilsettingsprosessen .....	151		
<b>Tjenesteforhold, se Arbeids- og tjenesteforhold</b>			
<b>Underholdsbidrag</b>			
skjønnsfastsetting av inntekt .....	235		
<b>Utdanning</b>			
skole			
standpunkt karakter .....	216		
skoleskiss .....	203, 208, 215		
<b>Utdanningsstøtte</b>			
bostipend .....	84, 223		
<b>Utlendingssaker</b>			
bortfall av bosettingstillatelse.....	249		
dokumentasjon av identitet.....	263		
fjernsynsovervåkning i ventemottak .....	255		
statsborgerskap .....	369		
<b>Vei og vegtrafikk</b>			
kommunens vedlikeholdsplikt for kommunale veier .....	399		
tapsperiode for førerrett .....	87		

# Lovregister<sup>1</sup>

## 1. Lover

17.5.1814 Grunnloven		§ 11 første ledd .....	298
§ 110 b.....	198	§ 13 første ledd .....	298
18.8.1911 byskatteloven		§ 17 .....	300
§ 5 .....	291	§ 22 .....	291, 295
22.6.1962 nr. 8 ombudsmannsloven		§ 33 .....	299
§ 4 .....	52	10.6.1977 nr. 82 motorferdselsloven	
21.6.1963 nr. 23 veglova		§ 6 .....	401
§ 20 .....	388	13.6.1980 nr. 24 ligningsloven	
10.2.1967 forvaltningsloven		§ 8-8 nr. 3 .....	282
§ 1 annet pkt. ....	158	13.3.1981 nr. 6 forurensningsloven	
§ 2 .....	64, 66, 76, 369	§ 30 annet ledd.....	393
§ 2 annet ledd .....	158, 165	22.5.1981 nr. 25 straffeprosessloven	
§ 3 .....	151	§ 92 .....	246
§ 6 .....	308	29.5.1981 nr. 38 viltloven	
§ 6 annet ledd .....	147	§ 12 a .....	382
§ 10 .....	108	4.3.1983 nr. 3 tjenestemannsloven	
§ 11 .....	95, 230, 232, 249	§ 14 .....	161
§ 11 a .....	62, 313, 379	3.6.1983 nr. 40 saltvannsfiskeloven	
§ 13 .....	100, 102, 108, 112, 137	§ 7 .....	356, 359
§ 13 a .....	108, 221	14.6.1985 nr. 77 plan- og bygningsloven	
§ 17 .....	151, 198, 216	§ 7 .....	325, 328, 330
§ 18 .....	91, 95	§ 10-1 .....	344
§ 24 .....	216	§ 64 c .....	308
§ 25 .....	190, 216, 232	§ 66 nr. 1 .....	336
§ 27 .....	216	§ 70 nr. 2 .....	322, 325, 328, 330
§ 28 .....	216	§ 93 første ledd .....	332
§ 33 .....	216	§ 93 a .....	313
§ 33 femte ledd .....	235	§ 95 nr. 1 .....	313
§ 36 .....	369, 373	§ 109 .....	338
§ 41 .....	216, 308	§ 116 b .....	344
5.6.1970 lov om utlevering for å få iverksatt vedtak om frihetsinngrep truffet av myndighet i annet nordisk land		12.6.1987 nr. 56 sameloven	
§ 5 .....	266	§ 3-4 .....	238
19.6.1970 nr. 69 offentlighetsloven		24.6.1988 nr. 64 utlendingsloven	
§ 2 .....	100, 135, 401	§ 8 første ledd .....	263
§ 3 .....	177	§ 12 .....	249
§ 5 .....	126	17.7.1992 nr. 100 barnevernloven	
§ 5 første ledd .....	124	§ 6-3 annet ledd .....	90
§ 5 a .....	108	25.9.1992 nr. 107 kommuneloven	
§ 6 .....	102, 112, 132	§ 30 .....	139
§ 6 nr. 4 .....	129	§ 31 .....	139, 142
31.5.1974 nr. 17 vass- og kloakkavgiftslova		§ 32 .....	139
§ 1 .....	391, 395	4.6.1993 nr. 58 allmenngjøringsloven	
§ 3 .....	395	§ 6 .....	108
6.6.1975 nr. 29 eidegdomsskattelova		11.6.1993 nr. 101 luftfartsloven	
		§ 7-6 .....	190
		24.2.1995 nr. 11 lotteriloven	
		§ 14 .....	67

1. Lovregister over saker referert i meldingene 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 registre.

28.2.1997 nr. 19 folketrygdloven	
§ 21-1 .....	230
§ 21-10 .....	229
13.6.1997 nr. 55 serveringsloven	
§ 16.....	396
17.7.1998 nr. 56 regnskapsloven	
§ 8-2 første ledd .....	304
§ 8-2 fjerde ledd .....	304
§ 8-3 første ledd .....	304
17.7.1998 nr. 61 opplæringslova	
§ 7-1 .....	203
§ 7-2 .....	208, 215
2.7.1999 nr. 61 spesialisthelsetjenesteloven	
§ 2-1a.....	187
2.7.1999 nr. 63 pasientrettighetsloven	
§ 8-5 .....	62
14.4.2000 nr. 31 personopplysningsloven	
§ 11.....	255
§ 40.....	255
18.5.2001 nr. 21 straffegjennomføringsloven	
§ 33.....	243
§ 42.....	259
9.5.2003 nr. 31 miljøinformasjonsloven	
§ 11.....	102
§ 12.....	102
4.7.2003 nr. 83 ekomloven	
§ 6-4 .....	180
28.11.2003 nr. 98 konsesjonsloven	
§ 9.....	193
§ 11.....	200
2.7.2004 nr. 5 forsvarspersonelloven	
§ 7.....	167
29.4.2005 nr. 20 bidragsinnkrevingsloven	
§ 26.....	377
10.6.2005 nr. 51 statsborgerloven	
§ 10.....	369
17.6.2005 nr. 62 arbeidsmiljøloven	
§ 4-6 .....	149
17.6.2005 nr. 79 akvakulturloven	
§ 30.....	362
17.6.2005 nr. 85 finnmarksloven	
§ 27.....	52, 350
19.5.2006 nr. 16 offentleglova	
§ 11.....	120
§ 14.....	120
§ 15.....	115
§ 15 tredje ledd jf. annet ledd.....	120
§ 24 tredje ledd.....	120
§ 28.....	100
15.6.2007 nr. 40 reindriftsloven	
§ 26.....	350
29.6.2007 nr. 74 børsløven	
§ 14.....	112
20.6.2008 nr. 42 diskriminerings- og tilgjengelig-	
hetsloven	
§ 4.....	226
§ 11.....	226

## 2. Konvensjoner

4.11.1950 Den europeiske menneskeretts-	
konvensjon (EMK)	
artikkel 5.....	259
16.12.1966 FN-konvensjonen om sivile og	
politiske rettigheter (SP)	
artikkel 10.....	246
13.12.2006 FN-konvensjonen om rettighetene	
til mennesker med nedsatt funksjonsevne	
artikkel 9.....	226

## 3. Forskrifter og vedtekter

3.12.1980 nr. 4917 tollverdiforskriften	
§ 2.....	285
20.11.1989 nr. 1185 forskrift om inndragning	
av fangst og anvendelse av inndratte midler	
§ 3.....	359
21.12.1990 nr. 1028 utlendingsforskriften	
§ 12 tredje ledd.....	263
§ 49 annet ledd .....	249
20.6.1991 nr. 381 forskrift om avgiftsfri innførsel	
og midlertidig bruk av utenlandsregistrert	
motorvogn i Norge	
§ 2 første ledd.....	375
§ 3 første ledd.....	375
4.10.1994 nr. 918 kjøretøysforskriften	
§ 33-2.....	60
11.12.1998 nr. 1193 forskrift om offentlege arkiv	
§ 2-6.....	100
14.12.2000 nr. 1265 personopplysningsforskriften	
§ 8-4.....	255
11.12.2001 nr. 1451 særavgiftsforskriften	
§ 3-15-2 .....	278
22.2.2002 nr. 183 forskrift til lov om straffe-	
gjennomføring	
§ 3-41.....	259
15.1.2003 nr. 123 forskrift om fastsetjing og	
endring av fostringstilskot (bidragsforskriften)	
§ 4 sjette ledd.....	235
24.6.2003 nr. 749 forskrift om saksbehandling	
og kontroll i byggesaker (SAK)	
§ 23 .....	313
19.12.2003 nr. 1660 forskrift om tap av retten	
til å føre motorvogn m.v.	
§ 1-4 første ledd.....	87
4.3.2005 nr. 193 strukturvoteforskriften	
§ 12 .....	354
9.3.2005 nr. 224 forskrift om veterinærsvakt	
§ 3.....	379
23.6.2006 nr. 724 forskrift til opplæringslova	
§ 5-12.....	216
§ 10-2.....	208
§ 10-3.....	215
7.9.2006 nr. 1062 regnskapsforskriften	
§ 8-2-1 annet ledd.....	304
§ 8-2-3 .....	304
§ 8-3-1 annet ledd.....	304

15.12.2006 nr. 1456 forvaltningslovforskriften		29.3.2007 nr. 361 reaksjonsforskriften	
§ 15.....	158	§ 10.....	362
22.12.2006 nr. 1618 sildeforskriften		25.2.2008 nr. 190 forskrift om tildeling	
§ 13.....	356	av utdanningsstøtte	
		§ 17-2.....	84, 223

**Vedlegg 1****Ombudsmannens kontor – personaloversikt**

Ombudsmannens kontor hadde per 31. desember 2009 følgende avdelingsinndeling og personalsammensetning. Avdelingens saksområder fremgår av organisasjonskartet i kapittel I og som vedlegg 2.

*Avdeling 1:*

Kontorsjef: Bjørn Dæhlin  
Nestleder: Annicken Sogn  
Rådgiver: Jan Gunnar Aschim  
Rådgiver: Cathrine Opstad Sunde  
Førstekonsulent: Leif Erlend Johannessen

*Avdeling 2:*

Kontorsjef: Eivind Sveum Brattegard  
Nestleder: Camilla Wohl Sem  
Rådgiver: Henrik Magnusson  
Rådgiver: Kari Bjella Unneberg  
Rådgiver: Vidar Toftøy-Andersen  
Førstekonsulent: Harald Søndena Jacobsen  
Førstekonsulent: Hans Augun Parmann  
Førstekonsulent: Martin Bogstrand  
Sørensen

*Avdeling 3:*

Kontorsjef: Berit Sollie  
Nestleder: Bente Kristiansen  
Rådgiver: Camilla Lie  
Førstekonsulent: Signe Christophersen  
Førstekonsulent: Frederik Langeland

*Avdeling 4:*

Kontorsjef: Kai Kramer-Johansen  
Nestleder: Annette Dahl  
Seniorrådgiver: Christian P. Gundersen  
Seniorrådgiver: Cecilie Karlson  
Rådgiver: Birgitte Bie Mørkved  
Rådgiver: Johan Nyrrerød Spiten  
Rådgiver: Marius Vamnes  
Rådgiver: Lisa Vogt-Lorentzen

*Avdeling 5:*

Kontorsjef: Hanne S Nymoen  
Nestleder: Kristian Brandt  
Seniorrådgiver: Siv Nylenna  
Rådgiver: Ingvild Lovise Bartels  
Førstekonsulent: Edvard Aspelund  
Førstekonsulent: Dagrøn Grønvik

*Alle avdelinger:*

Kontorsjef: Harald Gram

*Administrasjonen:*

Administrasjonssjef: Grethe Fjeld Heltne

*Økonomi, personal, generell drift:*

Seniorrådgiver: Solveig Torgersen

*Kontor og resepsjonstjeneste:*

Seniorkonsulent: Mette Stenwig  
(ombudsmannens sekretær)  
Førstekonsulent: Gunhild Oland Santos-Nedrelid  
Førstekonsulent: Nina Olafsen  
Seniorkonsulent: Torill H. Carlsen  
Seniorkonsulent: Tina Hafslund  
Seniorkonsulent: Kari Rimala

*Arkiv og bibliotek:*

Arkivleder: Annika Båshus  
Rådgiver: Anne-Marie Sviggum  
Førstekonsulent: Elisabeth Nordby  
Førstekonsulent: Anne Gunn Lyen Green  
Seniorkonsulent: Anne Kristin Larsen  
Konsulent: Kari Partyka

*Følgende hadde per 31. desember 2009 permisjon fra sin stilling:*

Seniorrådgiver: Yeung Fong Cheung  
Seniorrådgiver: Elisabeth Fougner  
Seniorrådgiver: Anders Blix Gundersen  
Seniorrådgiver: Stine R. B. Jarslett  
Seniorrådgiver: Ola Berg Lande  
Rådgiver: Eva Grotnæss Barnholdt  
Rådgiver: Gustav Haver  
Rådgiver: Heidi Quamme Kittilsen  
Rådgiver: Caroline Aarsæther  
Førstekonsulent: Stine Elde  
Førstekonsulent: Therese Stange Fuglesang

Vedlegg 2**Oversikt over avdelingsinndeling og saksområder**

**Vedlegg 3****Ombudsmannens foredrag, møter, besøk og reiser i 2009****Foredrag:**

24. februar: Foredrag i Studentersamfunnet i Bergen, om rettsliggjøring – spørsmålet om domstolene har fått økt makt på bekostning av folkevalgt myndighet
10. mars: Seminar i regi av Fremskrittspartiets fraksjon i Kontroll- og konstitusjonskomiteen. Sivilombudsmannens oppgaver og erfaringer, samt forholdet til Kontroll- og konstitusjonskomiteen
28. mai: Orientering om ombudsmannen, ordfører- og rådsmanssamling i Buskerud, Norefjell
9. - 12. juni: Foredrag med tittelen «Protecting the Particularly Vulnerable», IXth IOI (International Ombudsman Institute) World Conference, Stockholm
2. september: Foredrag Justivalen, Oslo, med tittelen «Vår nye forfatning» om endringer i Grunnloven m.m.
15. - 16. oktober: Foredrag om Sivilombudsmannen som systemkontrollør, Juristenes fagdager, Sandefjord
12. november: Møte og foredrag i Kontroll- og konstitusjonskomiteen, introduksjon om ombudsmannens virksomhet for den nye komiteen
1. desember: Foredrag på kurs i praktisk forvaltningsrett, Lysebu, med tittelen: «Hva lønner seg – Sivilombudsmannen eller domstolene?»

**Møter og besøk i Norge:**

14. januar: Møte med Juss-Buss
4. mars: Møte med kommuner i Hedmark, Alvdal
5. mars: Møte med Utlendingsdirektoratet (UDI), Oslo
6. mars: Audiens hos HM Kongen
18. mars: Besøk i Oslo kretsfengsel
20. mars: Besøk på Sanderud sykehus, Hamar
25. mars: Møte med Skattebetalerforeningen, Oslo
30. mars: Møte med Nav, Oslo
31. mars: Besøk hos Kemneren i Oslo
31. mars: Presentasjon av ombudsmannens årsmelding for 2008, for Kontroll- og konstitusjonskomiteen
24. april: Møte med departementsråden i Arbeids- og inkluderingsdepartementet
28. april: Besøk hos Fylkesmannen i Buskerud
14. mai: Besøk i Ringerike fengsel
3. juni: Besøk i Domstoladministrasjonen
4. juni: Kontaktkonferanse med fylkesmennene i regi av Kommunal- og regionaldepartementet, om kommunen som regelverksforvalter og kvaliteten på kommunal saksbehandling m.m.
19. juni: Møte med Helsetilsynets direktør, Oslo
16. september: Menneskerettighetsforum ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, om grunnlovsfesting av personvernet
17. september: Møte med Juristforbundet om arbeidsmarkedet for jurister
27. – 30. september: ICIC-konferanse i Oslo, se omtale i kapittel I
21. oktober: Seminar i regi av EOS-utvalget, Oslo
29. oktober: Besøk i politiarrestene på Hamar og Lillestrøm
30. oktober: Møte med Transparency International Norge



3. november: Møte med Riksadvokaten om forholdet mellom forvaltning og politi  
6. november: Besøk i Kongsvinger fengsel  
10. november: Møte med Tolldirektoratet  
24. november: Sivilombudsmannens menneskerettighetsseminar  
2. desember: Besøk i Vik fengsel, Vik i Sogn  
3. desember: Besøk hos Lotteri- og stiftelsestilsynet, Førde  
7. - 8. desember: Seminar: «The future of the European Court of Human Rights», Norsk senter for menneskerettigheter, Universitetet i Oslo  
8. desember: Møte i Kontroll- og konstitusjonskomiteen om Dok 4:2 (2008-2009), særskilt melding fra ombudsmannen, se omtale i kapittel I  
17. desember: Møte med Barneombudet

**Internasjonale besøk hos ombudsmannen:**

- 1.april: Besøk fra en delegasjon fra den danske ombudsmannen, med samtaler om fengselsvesenet  
24. april: Besøk fra en delegasjon fra Maria-Curie-Sklodowska University, Law Faculty, Polen  
15. juni: Besøk fra ombudsmannen i Thailand  
30. oktober: Besøk fra en delegasjon fra Makedonia  
5. november: Besøk fra en delegasjon fra Kazakhstan

**Møter og besøk i utlandet, og deltakelse på internasjonale konferanser m.m.:**

20. januar: Møte med Public Protector of South Africa, Ambassaden i Pretoria  
23.- 25. januar: World Conference on Constitutional Justice, Cape Town  
5. - 7. april: Ombudsmannskonferanse, Kypros  
16. april: Advokatrådets rettssikkerhetskonferanse, København  
20.- 21. april: Ombudsmannens ledergruppes besøk hos Justitieombudsmannen, Regeringsrätten, Justitiekanslern og Konstitusjonsutskottet, Stockholm  
7.- 8. mai: Besøk på britisk ombudsmannsmøte i regi av British and Irish Ombudsman Association, Birmingham. Foredrag med tittelen: «Touch on the history of the Ombudsman in Norway and comparison with the other Nordic countries»  
12. mai: Besøk hos den finske ombudsmannen, fengselsbesøk, Helsinki  
9. - 12. juni: IXth IOI (International Ombudsman Institute) World Conference, 200- årsjubileum for den svenske ombudsmannen, Stockholm  
16. juni: Besøk ved EF-domstolen, Luxembourg  
20. november: The 21th Annual Judicial Review Conference, London

**Vedlegg 4****Kongeriget Norges****Grundlov § 75 bokstav l:**

Det tilkommer Stortinget at udnævne en Person, der ikke er Medlem af Stortinget, til, paa en Maade som er nærmere bestemt i Lov, at have Indseende med den offentlige Forvaltning og alle som virke i dens Tjeneste, for at søge at sikre at der ikke øves Uret mod den enkelte Borger.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>. Tilføyd ved grunnlovsbestemmelse 23. juni 1995 nr. 567.

**Vedlegg 5****Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen<sup>1</sup>**

## § 1.

*Valg av ombudsmann.*

Etter hvert stortingsvalg velger Stortinget en ombudsmann for forvaltningen, Sivilombudsmannen. Valget gjelder for 4 år fra 1. januar året etter stortingsvalget.

Ombudsmannen må fylle vilkårene for å være høyesterettsdommer. Han må ikke være medlem av Stortinget.

Hvis Ombudsmannen dør eller blir ute av stand til å utføre sitt verv, velger Stortinget en ny ombudsmann for den gjenværende del av tjenestetiden. Det samme gjelder dersom Ombudsmannen sier fra seg vervet, eller Stortinget med et flertall på minst to tredjedeler av de avgitte stemmer beslutter å frata ham vervet.

Er Ombudsmannen på grunn av sykdom eller av andre grunner midlertidig forhindret fra å utføre sitt verv, kan Stortinget velge en stedfortreder til å gjøre tjeneste så lenge fraværet varer. Ved fravær inntil 3 måneder kan Ombudsmannen bemyndige kontorsjefen til å gjøre tjeneste som stedfortreder.

Finner Stortingets presidentskap at Ombudsmannen bør anses som inhabil ved behandlingen av en sak, velger det en setteombudsmann til å behandle saken.

## § 2.

*Instruks.*

Stortinget fastsetter alminnelig instruks for Ombudsmannens virksomhet. For øvrig utfører Ombudsmannen sitt verv selvstendig og uavhengig av Stortinget.

## § 3.

*Formål.*

Som Stortingets tillitsmann skal ombudsmannen på den måte som fastsatt i denne lov og i hans instruks, søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.

## § 4.

*Arbeidsområde.*

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter den offentlige forvaltning og alle som virker i dens tjeneste. Hans arbeidsområde omfatter likevel ikke:

- a) forhold som Stortinget eller Odelstinget har tatt standpunkt til,

- b) avgjørelser truffet i statsråd,
- c) domstolenes virksomhet,
- d) Riksrevisjonens virksomhet,
- e) saker som etter Stortingets bestemmelse hører under Ombudsmannsnemnda eller Ombudsmannen for Forsvaret og Ombudsmannsnemnda eller Ombudsmannen for sivile 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.

Ombudsmannen avgjør om en klage gir tilstrekkelig grunn til behandling.

<sup>1</sup> Endret ved lover av 22. mars 1968 nr. 1, 8. februar 1980 nr. 1, 19. desember 1980 nr. 63, 6. september 1991 nr. 72, 11. juni 1993 nr. 85, 15. mars 1996 nr. 13, 28. juli 2000 nr. 74, 14. juni 2002 nr. 56 og 16. januar 2004 nr. 3, 17. juni 2005 nr. 90, 29. juni 2007 nr. 82, 19. juni 2009 nr. 82.

## § 7.

*Rett til å få opplysninger.*

Ombudsmannen kan hos offentlige tjenestemenn og hos alle andre som virker i forvaltningens tjeneste, kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv. I samme utstrekning kan han kreve fremlagt protokoller og andre dokumenter.

Reglene i tvisteloven kapittel 22, med unntak for §§ 22-2, 22-6 og 22-7, får tilsvarende anvendelse for Ombudsmannens rett til å kreve opplysninger.

Ombudsmannen kan kreve bevisopptak ved domstolene etter reglene i domstollovens § 43 annet ledd. Rettsmøtene er ikke offentlige.

## § 8.

*Adgang til forvaltningens kontorer.*

Ombudsmannen har adgang til tjenestesteder, kontorer og andre lokaler for ethvert forvaltningsorgan og enhver virksomhet som går inn under hans arbeidsområde.

## § 9.

*Dokumentoffentlighet og taushetsplikt.*

Ombudsmannens saksdokumenter er offentlige. Ombudsmannen avgjør med endelig virkning om et dokument helt eller delvis skal unntas offentlighet. Nærmere regler, herunder om adgangen til å unnta dokumenter fra offentlighet, gis i Ombudsmannens instruks.

Ombudsmannen har taushetsplikt med omsyn til opplysninger han får i sin tjeneste om forhold av personlig karakter. Taushetsplikten gjelder også opplysninger om drifts- og forretningshemmeligheter. Taushetsplikten varer ved også etter ombudsmannens fratreden. Den samme taushetsplikt påhviler hans personale.

## § 10.

*Avslutning av en klagesak.*

Ombudsmannen har rett til å uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde.

Ombudsmannen kan påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelig forhold i den offentlige forvaltning. Om han finner tilstrekkelig grunn til det, kan han meddele påtalemyndigheten eller tilsettingsmyndigheten hva han mener i den anledning bør foretas overfor vedkommende tjenestemann. Kommer Ombudsmannen til at en avgjørelse må anses ugyldig eller klart urimelig, eller klart strir mot god forvaltningspraksis, kan han gi uttrykk for dette. Mener Ombudsmannen at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, kan han gjøre vedkommende forvaltningsorgan oppmerksom på det.

Finner Ombudsmannen at det foreligger forhold som kan medføre erstatningsansvar, kan han etter omstendighetene gi uttrykk for at det bør ytes erstatning.

Ombudsmannen kan la saken bero med retting av feilen eller med den forklaring som gis.

Ombudsmannen skal gi klageren og den eller dem saken angår underretning om resultatet av sin behandling av en sak. Han kan også gi overordnet forvaltningsorgan slik underretning.

Ombudsmannen avgjør selv om, og i tilfelle i hvilken form, han skal gi offentligheten meddelelse om sin behandling av en sak.

## § 11.

*Innberetning om mangler i lovverk og praksis.*

Blir Ombudsmannen oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis, kan han gi vedkommende departement underretning om det.

## § 12.

*Melding til Stortinget.*

Ombudsmannen skal gi Stortinget årlig melding om sin virksomhet. Meldingen trykkes og offentliggjøres.

Får Ombudsmannen kjennskap til forsømmelse eller feil av større betydning eller rekkevidde, kan han gi Stortinget og vedkommende forvaltningsorgan særskilt melding.

## § 13.

*Lønn, pensjon, andre gjøremål.*

Ombudsmannens lønn fastsettes av Stortinget eller den det gir fullmakt. Det samme gjelder godtgjørelse til stedfortreder som oppnevnes etter § 1 fjerde ledd første punktum. Godtgjørelse til stedfortreder antatt etter fjerde ledd annet punktum kan fastsettes av Stortingets presidentskap. Ombudsmannens pensjon fastsettes ved lov.

Ombudsmannen må ikke uten samtykke av Stortinget eller den det gir fullmakt, ha annen stilling eller noe verv i offentlig eller privat virksomhet.

## § 14.

*Personalet.*

Personalet ved Ombudsmannens kontor tilsettes av Stortingets presidentskap etter Ombudsmannens innstilling eller i henhold til Presidentskapets bestemmelse av et tilsettingsråd. Midlertidige tilsetninger for inntil 6 måneder foretas av Ombudsmannen. Presidentskapet gir nærmere regler om fremgangsmåte ved tilsetting og om rådets sammensetning.

Tjenestemennenes lønn, pensjon og arbeidsvilkår fastsettes i henhold til de avtaler og bestemmelser som gjelder for arbeidstakere i statsstilling.

## § 15.

1. Denne lov trer i kraft 1. oktober 1962.
2. ---

**Vedlegg 6****Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen**

Fastsatt av Stortinget 19. februar 1980 i medhold av ombudsmannsloven § 2<sup>1</sup>

## § 1.

*Formål.*

(Til ombudsmannslovens § 3.)

Stortingets ombudsmann for forvaltningen - Sivilombudsmannen - skal arbeide for at det i den offentlige forvaltning ikke blir gjort urett mot den enkelte borger og at embets- og tjenestemenn og andre som virker i forvaltningens tjeneste ikke gjør feil eller forsommer sine plikter.

## § 2.

*Arbeidsområde.*

(Til ombudsmannslovens § 4.)

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter den offentlige forvaltning og alle som virker i dens tjeneste, med de unntak lovens § 4 fastsetter.

Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste skal ikke anses som en del av offentlig forvaltning etter sivilombudsmannsloven. Ombudsmannen skal ikke behandle klager på etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjenestene som kontrollutvalget har behandlet.

Ombudsmannen skal ikke behandle klager på Stortingets billighetserstatningsutvalg.

Unntaket for domstolenes virksomhet etter lovens § 4 første ledd c) omfatter også avgjørelser som ved klage, anke eller annet rettsmiddel kan innbringes for en domstol.

## § 3.

*Utforming og underbygging av klage.*

(Til ombudsmannslovens § 6.)

Klage kan inngis direkte til Ombudsmannen. Den bør settes fram skriftlig og være underskrevet av klageren eller en som handler på hans vegne. Hvis klagen settes fram muntlig for Ombudsmannen, skal han sørge for at den straks blir satt opp skriftlig og underskrevet av klageren.

Klageren bør så vidt mulig gjøre rede for de grunner klagen bygger på og legge fram sine bevis og andre dokumenter i saken.

## § 4.

*Overskridelse av klagefrist.*

(Til ombudsmannslovens § 6.)

Om klagefristen etter lovens § 6 - 1 år - er oversittet, er ikke det til hinder for at Ombudsmannen tar opp forholdet av eget tiltak.

## § 5.

*Vilkår for klagebehandling.*

Klages det over en avgjørelse som klageren har høve til å få overprøvd av et høyere forvaltningsorgan, skal Ombudsmannen ikke behandle klagen med mindre han finner særlig grunn til å ta saken opp straks. Ombudsmannen skal veilede klageren om den adgang han har til å få overprøvd avgjørelsen på administrativ veg. Kan klageren ikke få avgjørelsen overprøvd fordi han har oversittet klagefristen, avgjør Ombudsmannen om han etter omstendighetene likevel skal behandle klagen.

Angår klagen andre forhold som kan innbringes for høyere administrativ myndighet eller for spesielt tilsynsorgan, bør Ombudsmannen henvise klageren til å ta saken opp med vedkommende myndighet eller selv legge saken fram for denne, med mindre Ombudsmannen finner særlig grunn til selv å ta saken opp straks.

Bestemmelsene i første og annet ledd gjelder ikke dersom Kongen er eneste klageinstans som står åpen.

## § 6.

*Undersøkelse av klager.*

(Til ombudsmannslovens §§ 7 og 8.)

Klage som Ombudsmannen tar opp til nærmere undersøkelse, skal i alminnelighet legges fram for det forvaltningsorgan eller den tjenestemann den gjelder. Det samme gjelder senere uttalelser og opplysninger fra klageren. Vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann skal alltid gis anledning til å uttale seg før Ombudsmannen gir uttalelse som nevnt i ombudsmannslovens § 10 annet og tredje ledd.

Ombudsmannen avgjør hvilke skritt som bør tas til avklaring av saksforholdet. Han kan innhente de opplysninger han finner nødvendige i samsvar med bestemmelsene i ombudsmannslovens § 7 og kan sette frist for å etterkomme pålegg om å gi opplysninger eller legge fram dokumenter m.v. Han kan også fore-

<sup>1</sup> Endret 22. oktober 1996, 14. juni 2000, 2. desember 2003 og 12. juni 2007 nr. 1101.

ta nærmere undersøkelser hos det forvaltningsorgan eller den virksomhet klagen gjelder, jf. ombudsmannslovens § 8.

Klageren har rett til å gjøre seg kjent med uttalelser og opplysninger som er gitt i klagesaken, med mindre han etter de regler som gjelder for vedkommende forvaltningsorgan ikke har krav på det.

Når Ombudsmannen av særlige grunner finner det nødvendig, kan han innhente uttalelse fra sakkyndige.

#### § 7.

*Underretning til klageren når klage ikke tas opp.*

(Til ombudsmannslovens § 6 fjerde ledd.)

Finner Ombudsmannen at det ikke er grunnlag for å ta opp en klage, skal klageren snarest underrettes. Ombudsmannen bør så vidt mulig veilede ham om annen klageadgang som måtte foreligge eller selv sende saken til rette myndighet.

#### § 8.

*Saker som opptas av eget tiltak.*

(Til ombudsmannslovens § 5.)

Når Ombudsmannen finner grunn til det, kan han ta saksbehandling, avgjørelser eller andre forhold opp til nærmere undersøkelse av eget tiltak. Bestemmelsene i § 6 første, annet og fjerde ledd får tilsvarende anvendelse ved slike undersøkelser.

#### § 9.

*Avslutning av Ombudsmannens saksbehandling.*

(Til ombudsmannslovens § 10.)

Ombudsmannen skal personlig ta standpunkt i alle saker som kommer inn etter klage eller som han tar opp av eget tiltak. Han kan likevel gi bestemte medarbeidere fullmakt til å avslutte saker som klart må avvises eller som klart ikke gir tilstrekkelig grunn til nærmere behandling.

Ombudsmannen tar standpunkt i en uttalelse, der han sier sin mening om de spørsmål som saken gjelder og som går inn under hans arbeidsområde, jf. ombudsmannslovens § 10.

#### § 10.

*Instruks for personalet.*

(Til ombudsmannslovens § 2.)

Ombudsmannen fastsetter nærmere instruks for sitt personale. Han kan gi medarbeidere på sitt kontor fullmakt til å foreta den nødvendige forberedelse av de saker som behandles.

#### § 11.

*Dokumentoffentlighet ved Ombudsmannens kontor.*

1. Ombudsmannens saksdokumenter er offentlige, med mindre annet følger av taushetsplikt eller av

unntakene i nr. 2, 3 og 4 nedenfor. Med ombudsmannens saksdokumenter menes dokumenter utarbeidet i forbindelse med ombudsmannens behandling av saken. Forvaltningens saksdokumenter utarbeidet eller innhentet under forvaltningens behandling av saken, er ikke offentlige hos ombudsmannen.

2. Ombudsmannens saksdokumenter kan unntas offentlighet når særlige grunner tilsier det.
3. Ombudsmannens interne saksdokumenter kan unntas offentlighet.
4. Dokumenter som utveksles mellom Stortinget og Ombudsmannen og som gjelder Ombudsmannens budsjett og interne administrasjon, kan unntas offentlighet.
5. Det kan kreves innsyn i det offentlige innholdet av journal som Ombudsmannen fører for registrering av dokument i de sakene som opprettes. Arkivloven av 4. desember 1992 nr. 126 og arkivforskriften av 11. desember 1998 nr. 1193 gjelder tilsvarende så langt de passer på Ombudsmannens virksomhet.

#### § 12.

*Årlig melding til Stortinget.*

(Til ombudsmannslovens § 12.)

Ombudsmannens årlige melding til Stortinget skal avgis innen 1. april hvert år og omfatte ombudsmannens virksomhet i tidsrommet 1. januar - 31. desember det foregående år.

Meldingen skal inneholde en oversikt over behandlingen av de enkelte saker som Ombudsmannen mener har alminnelig interesse, og nevne de tilfelle der han har gjort oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis eller har gitt særskilt melding etter ombudsmannslovens § 12 annet ledd. I meldingen skal ombudsmannen også orientere om sitt arbeid med å overvåke og kontrollere at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.

Når Ombudsmannen finner grunn til det, kan han unnlate å nevne navn i meldingen. Meldingen skal uansett ikke inneholde opplysninger som er undergitt taushetsplikt.

Omtalen av saker hvor Ombudsmannen har gitt uttalelse som nevnt i ombudsmannslovens § 10 annet, tredje og fjerde ledd, skal inneholde et referat av hva vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann har uttalt om klagen, jfr. § 6 første ledd tredje punktum.

#### § 13.

*Ikrafttredelse.*

Denne instruks trer i kraft 12. mars 1980. Fra samme dato oppheves Stortingets instruks for Ombudsmannen av 8. juni 1968.

Vedlegg 7

## **Brosjyre med orientering om Sivilombudsmannens oppgaver og virksomhet**

**(Bokmål, nynorsk og samisk)**

### **Forord**

Det hender iblant at den enkelte borger mener at offentlige myndigheter har gjort urett mot ham eller begått en feil. Da kan han be Sivilombudsmannen undersøke saken.

Sivilombudsmannen er oppnevnt av Stortinget for å forsvare den enkelte borgers rettigheter. Denne brosjyren redegjør for hva Sivilombudsmannen kan gjøre, hvordan klager settes fram, og hvordan ombudsmannen og hans medarbeidere behandler klagerne.

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 trekkpåklegg
- 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. Ombudsmannen 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 klage 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 munnne ut i kritikk av, henstillinger til og anbefalinger overfor myndighetene. Ombudsmannen kan peke på at det er begått feil eller forsømmelse fra et forvalt-



ningsorgan eller en tjenestemann. Han kan også henstille til vedkommende forvaltningsorgan å rette feil, forsømmelser eller skjevheter. Sivilombudsmannen kan ikke selv treffe bindende avgjørelser eller omgjøre avgjørelser truffet av forvaltningen. Han kan heller ikke gi rettslig bindende instruks til myndighetene. I praksis retter imidlertid myndighetene seg etter ombudsmannens henstillinger og anbefalinger.

Når det gjelder skjønnsmessige forvaltningsavgjørelser, har ombudsmannen bare begrenset adgang til å uttale kritikk.

Ombudsmannen kan også gjøre oppmerksom på mangler ved lover, regelverk og myndighetspraksis.

### **Ikke alle saker egner seg for undersøkelser av Sivilombudsmannen**

Som det fremgår av avsnittet om klagebehandlingen, er enkelte spørsmål ikke egnet for behandling og uttalelse fra ombudsmannens side. Det vil for eksempel være tilfellet når åstedsbefaring eller muntlig forklaring er av betydning, slik som i en del saker om fast eiendom og enkelte erstatningskrav.

### **Vil du vite mer om Sivilombudsmannen?**

Den som vil vite mer om Stortingets ombudsmannsordning, kan skrive eller ringe til ombudsmannens kontor. Muntlige konferanser med ombudsmannens medarbeidere må avtales på forhånd.

Besøksadresse: Akersg. 8, 6. et. (inngang Tollbug.)

Postadresse: Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefon 22 82 85 00

Grønt nummer 800 80 039

Telefaks 22 82 85 11

postmottak@sivilombudsmannen.no

www.sivilombudsmannen.no

## NYNORSK

### Forord

Det hender at ein borgar meiner offentlege styresmakter har gjort han urett eller har gjort ein feil. Han kan da be Sivilombodsmannen sjå på saka.

Sivilombodsmannen er oppnemnd av Stortinget for å forsvare rettane til enkeltborgarar. Denne brosjyren gjer greie for kva Sivilombodsmannen kan gjere, korleis klagar skal setjast fram, og korleis ombodsmannen og medarbeidarane hans behandlar klageane.

Oslo i januar 2003

Stortingets ombodsmann for forvaltninga

*Arne Fliflet*

*Sivilombodsmann*

### Kva saker og spørsmål er det Sivilombodsmannen arbeider med?

Sivilombodsmannen kan granske dei fleste typar saker og forhold som offentlege styresmakter har behandla og avgjort. Forvaltninga i staten, fylkeskommunane og kommunane høyrer såleis inn under arbeidsområdet til Sivilombodsmannen. Klagar kan rettast både mot forvaltningsorgan og mot tenestemenn eller andre som handlar i offentleg teneste.

Private tvistar fell utanfor arbeidsområdet. Ombodsmannen kan til dømes ikkje behandle tvistar mellom privatfolk i naboforhold, tvistar om private kontraktar eller klagar på private organisasjonar. Det same gjeld i mange tilfelle der det offentlege er part i reint privatrettslege saker.

Sivilombodsmannen kan heller ikkje behandle

- saker som Stortinget eller Odelstinget har teke standpunkt til
- avgjerder i statsråd
- verksemda til domstolane, det gjeld også administrative gjeremål som dommarkontora tek seg av, og avgjerder som etter uttrykkjeleg lovregel kan leggjast fram for domstolane ved bruk av anke, klage eller anna rettsmiddel, til dømes ei utpanting eller eit trekkpåklegg
- verksemda til Riksrevisjonen
- saker som høyrer inn under Ombodsmannen for Forsvaret og Ombodsmannen for sivile vernepliktige

Av omsyn til det kommunale sjølvstyret kan ikkje alle avgjerder som kommunestyre eller fylkesting har teke, leggjast fram for Sivilombodsmannen.

### Om den rettleiinga Sivilombodsmannen og kontoret hans kan gi

Kontoret til Sivilombodsmannen gir nødvendig rettleiing, råd og hjelp til den som skal bruke ombodsmannsordninga. Kontoret kan også svare på rettslege spørsmål som har tilknytning til ei bestemt klagesak.

#### Ein klage til Sivilombodsmannen - kva er det?

#### Kva kan takast opp i klagen? Kva kostar det?

Den som klagar til Sivilombodsmannen, ber ombodsmannen granske ei sak eller eit forhold som forvaltninga har behandla. Ombodsmannen avgjer om klagen gir god nok grunn til behandling.

Ein klage til Sivilombodsmannen og ein klage til eit overordna forvaltningsorgan er to ulike ting. Den som klagar til eit overordna forvaltningsorgan, har normalt rett til å få saka behandla på nytt av ein overordna instans, og klageorganet kan i så fall gjere om avgjerda si. Den som klagar til ombodsmannen, ber ombodsmannen granske ei sak eller eit forvaltningsforhold og seie kva han meiner om det som kjem ut av granskinga. Ingen kan *krevje* å få klagen sin behandla av ombodsmannen. Ombodsmannen kan heller ikkje gjere om forvaltningsavgjerder.

Ein klage til ombodsmannen må gjelde noko som kan reknast for å vere ein urett mot klagaren. Det er tilfellet når klagen går ut på at ei forvaltningsavgjerd er feil, eller at styresmaktene har handtert ei sak uforvarleg eller på feil måte. Den som meiner at forvaltninga har gått fram omsynslaut, krenkjande eller på anna klanderverdig vis, kan klage på det. Det kan også klagast på at forvaltninga lèt vere å svare på spørsmål eller ikkje handlar i ei sak.

Klagebehandlinga hos Sivilombodsmannen er gratis.

### Når kan det klagast til Sivilombodsmannen?

Sivilombodsmannen skal kontrollere i ettertid. Det vil seie at forvaltninga sjølv skal ha høve til å ordne opp og ta endeleg standpunkt til saka før det blir klaga til ombodsmannen. Dersom forvaltninga har eigne tilsyns- og kontrollordningar, må klagen normalt først rettast dit.

Gjeld klagen ei forvaltningsavgjerd, finst det i mange tilfelle ein høgare instans i forvaltninga som kan overprøve avgjerda. Da må saka ha vore lagd fram for denne instansen før det blir klaga til Sivilombodsmannen. Til dømes må ei trygdeavgjerd som regel ha vore klaga inn for Trygderetten, og ei avgjerd i ei byggjesak eller sosialsak må først ha vore klaga inn for fylkesmannen. Dersom ein etter endeleg avgjerd i ei slik klagesak framleis meiner det er gjort feil eller urett, kan ein klage til Sivilombodsmannen.

I dei sakene der Kongen (regjeringa) er klageinstans, gjeld ikkje regelen om at ein må ha klaga til eit høgare forvaltningsorgan før ein klagar til Sivilombodsmannen. Det vil seie at avgjerder som er tekne i eit departement som førsteinstans, kan klagast inn for ombodsmannen utan at det først er klaga til Kongen.

Det som er sagt ovanfor, gjeld først og fremst klagar på avgjerder. I visse tilfelle kan det også klagast til ombodsmannen medan ei sak framleis er under behandling i forvaltninga. Dette kan til dømes gjelde framdrifta i saka (sein saksbehandling).

### Klagefrist

Klagefristen er eitt år. Fristen blir rekna frå det tidspunktet forvaltninga har teke endeleg avgjerd i saka, eller frå tidspunktet for det forholdet det blir klaga over. Det er berre unntaksvis avvik frå denne regelen.

### Kven kan klage?

Alle som meiner dei har vore utsette for urett eller feil som offentlege styresmakter har gjort, kan klage til ombodsmannen. Men klagaren må sjølv ha vore utsett for den feilen eller forsømminga klagen gjeld. Ombodsmannen behandlar normalt ikkje klagar over noko som berre gjeld andre.

Det er likevel ikkje noko i vegen for at ein kan få andre til å sende inn klage for seg. I så fall må det leggjast ved ei fullmakt frå den personen som saka gjeld. Ein organisasjon kan klage til ombodsmannen på vegner av ein enkeltmedlem. Da bør medlemmen medunderskrive klagen, eller det bør leggjast ved skriftleg fullmakt.

Personar som er fråtekne den personlege fridommen, til dømes innsette i fengsel, har rett til å klage til ombodsmannen i lukka brev. Det vil seie at institusjonen ikkje kan sensurere brevet.

Ombodsmannen kan også ta opp saker til gransking etter eige initiativ.

### Korleis skal ein klage setjast opp?

Klagen må vere skriftleg og underskriven av klagaren sjølv eller ein annan etter fullmakt frå klagaren. Eit vanleg brev er nok. Det blir ikkje stilt spesielle krav til forma, bortsett frå at ombodsmannen må ha garanti for at klagaren er den ho eller han gir seg ut for å vere. Derfor blir e-post berre brukt til spørsmål og orienteringar og ikkje som grunnlag for klagebehandling. Klagaren bør i klagen gjere greie for kva uretten eller feilen går ut på, og gjerne leggje ved eventuelle saksdokument.

### Klagebehandlinga hos Sivilombodsmannen

Når det er på det reine at ein klage høyrer inn under arbeidsområdet til ombodsmannen, blir det teke stilling til om det er god nok grunn til å behandle klagen. Dersom det er det, sørgjer ombodsmannen for at saka blir granska. Ombodsmannen avgjer kva omfang granskinga skal ha. Det blir henta inn dokument, opplysningar og fråsegner frå forvaltninga og klagaren i den monn det trengst. (Granskinga må normalt avgrense seg til gjennomgang av saksdokument og anna skriftleg materiale, men den som ønskjer det, kan be om samtalar eller munnleg konferanse med ombodsmannen eller medarbeidarane hans.)

Fotografi og videofilmar og liknande kan også brukast til å kaste lys over saka. Ombodsmannen dreg normalt ikkje ut på synfaring og kan heller ikkje sjølv avhøyre partar eller vitne.

Klagaren blir halden orientert om saksgangen og om resultatet av behandlinga hos ombodsmannen.

Ombodsmannen skal granske sakene objektivt og nøytralt, og han kan derfor ikkje fungere som partsrepresentant, advokat eller fullmektig for ein borgar i høve til styresmaktene.

### Kva kan Sivilombodsmannen gjere?

Ombodsmannen kan seie kva han meiner om saker som høyrer inn under arbeidsområdet hans. Dei granskingane ombodsmannen gjer, kan med andre ord munne ut i kritikk av eller oppmodingar og tilrådingar til styresmaktene. Ombodsmannen kan peike på at eit forvaltningsorgan eller ein tenestemann har gjort ein feil eller har forsømt seg. Han kan også oppmode forvaltningsorganet om å rette opp feil, forsømming eller mishøve. Sivilombodsmannen kan ikkje sjølv ta bindande avgjerder eller endre avgjerder som forvaltninga har teke. Han kan heller ikkje gi rettsleg bindande instruksar til styresmaktene. I praksis rettar styresmaktene seg likevel etter oppmodingane og tilrådingane frå ombodsmannen.

Når det gjeld forvaltningsavgjerder som byggjer på skjønn, har ombodsmannen berre avgrensa rett til å kome med kritikk.

Ombodsmannen kan også gjere merksam på manglar ved lover, regelverk og forvaltningspraksis.

**Ikkje alle saker eignar seg for behandling hos  
Sivilombodsmannen**

Som det går fram av avsnittet om klagebehandlinga, er det visse spørsmål ombodsmannen ikkje behandlar og uttalar seg om. Det gjeld til dømes tilfelle der det krevst synfaring eller munnleg forklaring, slik som i ein del saker om fast eigedom og visse erstatningskrav.

**Vil du vite meir om 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

postmottak@sivilombudsmannen.no

www.sivilombudsmannen.no

## OVDASÁTNÍ

Muhtimin ovttaskas riikkaássi oaivvilda, ahte almmolaš eiseválddit leat bargan boastut su vuostá dahje boastut muhtin áššis. Dalle son sáhtta bivdit Siviilaáittardeaddji guorahallat ášši.

Stuorradiggi lea nammadan siviilaáittardeaddji bealuštit ovttaskas riikkaáššiid vuoigatvuodaid. Dát gihpa čilge maid Siviilaáittardeaddji sáhtta dahkat, mo dasa sáhtta váidit áššiid ja mo áittardeaddji ja su mielbargit meannudit váidagiid.

Oslo, suoidnemánnu 2005

Stuorradikki hálddahasáittardeaddji

*Arne Fliflet*  
*Siviilaáittardeaddji*

### **Makkár áššiiguin ja jearaldagaiguin Siviilaáittardeaddji bargá?**

Siviilaáittardeaddji sáhtta guorahallat eanaš iešgudetlágan áššiid ja diliid, maid almmolaš eiseválddit leat meannudan ja mearridan. Stáhta, fylkkagielddaid ja gielddaid hálddašeapmi gullá náppo Siviilaáittardeaddji bargosuorgái. Sáhtat váidit dasa sihke eiseválddeorgánaid (hálddašanorgánaid) ja virgeolbmuid dahje earáid, geat doibmet hálddahasbálvalusas.

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 oktavuodain.

Siviilaáittardeaddji ii maid sáhte meannudit

- áššiid, maid hárrái Stuorradiggi dahje Odeldiggi lea cealkán oaivila
- mearrádusaid, mat leat dahkkon stáhtarádis
- duopmostuoluid doaimmaid, maddái hálddahasdoaimmaid, mat gullet duopmárvuohtavuohtade, ja mearrádusaid maid hárrái čielgasit lea lágas mearriduvvon, ahte daid sáhtta guoddalit dahje váidit duopmostullui dahje geavahit eará riektuvugiid omd. pántema dahje geassingáibádu-saRiikarevišuvnna doaimmaid
- áššiid, mat gullet Suodjalusa áittardeaddjai ja siviila bálvalangeatnegasaid áittardeaddjai

Gielladaid iešstivrejumi geažil ii sáhte buot mearrádusaid, maid gielldaráddehus dahje fylkkadiggi dahket, ovddidit áittardeaddjai.

### **Siviilaáittardeaddji ja su kantuvra bagadit**

Siviilaáittardeaddji kantuvra bagada, rávve ja veahkeha daid, geat áigot geavahit Stuorradikki áittardeaddjiortnega. Kantuvra sáhtta maid vástidit riektageažaldagaide, mat gullet dihto váidagii.

### **Váidda Siviilaáittardeaddjai - mii dat leat? Maid váidagii sáhtta čállit? Maid váidin máksá?**

Go váiddát ášši Siviilaáittardeaddjai, de bivddát áittardeaddji dutkat ášši dahje dili, maid hálddahas (almmolaš eiseválddit) lea meannudan. Áittardeaddji mearrida leago váidda nu vuodolaš, ahte dan sáhtta meannudit.

Váidda Siviilaáittardeaddjai ja váidda bajit hálddašaneiseválddiide leat guokte sierra ášši. Das gii váidá ášši bajit hálddašaneiseválddiide, lea dáblaččat vuoigatvuohta dasa ahte bajit eiseválddit meannudit ášši oddasit, ja váiddaorgána sáhtta de rievdadit mearrádusa. Dat fas, gii váidá ášši Siviilaáittardeaddjai, bivdá áittardeaddji guorahallat ášši dahje hálddahasdili, ja jus dat dan dahká, de dat cealká man oaivilis dat lea guorahallamis ovdanbohtán áššiid hárrái. Ii oktage sáhte *gáibidit* áittardeaddji meannudit iežas váidaga. Áittardeaddji ii sáhte maid rievdadit hálddahasmearrádusaid.

Áittardeaddjái sáhtta váidit dušše áššiid, maid sáhtta navdit leat boastut dan vuostá, gii ášši váida. Nu lea dakkár dáhpáhusain, main váidet 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, sáhtta váidit dan. Sáhtta maid váidit jus hálddahus ii vástit jearaldagaide dahje jus dat ii doaimma muhtin áššis.

Siviilaáittardeaddji meannuda váidagiid nuvttá.

### Goas sáhtat váidit Siviilaáittardeaddjái?

Siviilaáittardeaddji goziheapmi galgá dáhpáhuvat eará vejolašvuodaid manjá. Dat mearkaša, ahte hálddahus galgá ieš beassat ordnet ja mearridit ášši ovdalگو dat váidojuvvo siviilaáittardeaddjái. Jus hálddahusas leat iežas geahččo- ja gozihanortnegat, de fertet vuos váidit daidda.

Jus áiggut váidit hálddahusmearrádusa, hálddahusas lea dábálaččat bajit dássi, masa sáhtat váidit mearrádusa. Dalle fertet leat geahččalan dan váid- invejolašvuoda ovdalگو váiddat ášši Siviilaáittardeaddjái. Ovdamearka dihte oadjomearrádusa fertet dábálaččat váidit vuos Oadjoriektái ja huksen- dahje sosiálaášši fertet vuos váidit Fylkkamánii. Jus váiddaášši lea mearriduvvon loahpalaččat ja oaivvildat ain, ahte das leat dahkkojuvvon boasttuvuođat dahje vuoigatmeahttuvuođat, de sáhtat váidit ášši Siviilaáittardeaddjái.

Daid áššiin, maid váidininstánsa lea Gonagas (Ráđdehus), ii gusto njuolggadus, man mielde galggat vuos leat váidan bajit hálddašanorgánii, ovdalگو váiddat Siviilaáittardeaddjái. Dat mearkaša, ahte mearrádusaid, maid departemeanttat leat dahkan vuosttaš mearridaninstánsan, sáhtat váidit áittardeaddjái váiddekeahttá vuos Gonagassii.

Dás ovddabealde čilgejuvvon áššit gusket ovddimusat mearrádusaid váidimii. Muhtin dáhpáhusain sáhtta 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 sáhtta váidit?

Juohkehaš, gii oaivvilda iežas gillán vuoigameahttuvuođa dahje boasttuvuođa eiseválddiid beales,

sáhtta váidit ášši áittardeaddjái. Váidi ferte gal ieš leat šaddan gillát boasttuvuođa dahje hilggodeami, masa váidda guoská. Áittardeaddji ii dábálaččat meannut váidagiid, mat gusket dušše earáide.

Mihkkege ii dattetge hehte čállimis váidaga geannu eará beales. Dalle fertet bidjat mielddusin fápmudusa dan olbmos, geasa ášši guoská. Organisašuvdna sáhtta váidit ášši siviilaáittardeaddjái ovttaskas miellahttu beales. Dalle miellahttu berre leat mielvuolláičállin, dahje berre mielddustit čálalaš fápmudusa.

Dain, geaid persovnnalaš frijavuohta lea duođušuvvon, omd. fánnggain, lea vuoigatvuohta váidit áittardeaddjái giddejuvvon reivviin, dat mearkaša ásahusa mangeláhkai sensurerekeahttá reivve.

Áittardeaddji sáhtta maid guorahallat áššiid iežas álgagiin.

### Mo čálán váidaga?

Váidda ferte leat čálalaš ja dan galgá vuolláičállit ieš váidi, dahje giinu eará, gii dasa oázžu fápmudusa váidis. Dábalaš reive lea doarvái, eaige hámi dáfus leat matge erenoamáš gáibádusaid, earret ahte áittardeaddji galgá sáhttit luohttit ahte váidi lea dat, geanin son čállá iežas leat. Danin e-poasta geavahuvvo dušše jearaldagaide ja dieđuid addimii, iige váiddameannudeami vuodđun. Váidi berre čilget váidagis makkár vuoigatmeahttuvuohta dahje boasttuvuohta lea dahkkon, ja áinnas bidjat mielddusin vejolaš áššebáhpáriid.

### Siviilaáittardeaddji meannuda váidaga

Go lea čielgan, ahte váidda gullá áittardeaddji bargosuorgái, de gehččet leago vuodđu váidaga meannudeapmái. Jus nu lea, áittardeaddji fuolaha ášši guorahallamis.

Áittardeaddji mearrida man viidat ášši dutket. Dárbbu mielde bivdet áššebáhpáriid, dieđuid ja cealkámušaid hálddahusas ja váidis. (Guorahallama fertet dábálaččat ráddjet áššebáhpáriid ja eará čállojuvvon dieđuid lohkamii, muhto jus giinu hálida, de sáhtta dáhttu ságastallamiid dahje njálmmálaš konferánssa áittardeaddjiin dahje su mielbarguiguin).

Govaid ja videofilmmaid ja eará diekkáriid sáhtta maid geavahit ášši čilgemis. Áittardeaddji ii dábálaččat fina báikkiid geahččamin iige sáhte maid ieš jearahallat osolaččaid iige vihtaniid.

Váidi oázžu dieđu(id) ášši ovdáneames ja áittardeaddji meannudeami bohtosiin.

Áittardeaddji galgá leat objektiivvalaš ja neutrála ášši guorahallamis, iige dan geažil sáhte doaibmat

ovttaskas riikkaássi vo ovddasteaddjin, advokáhtan iige fápmuduvvon olmmošin eiseválddiid hárrái.

### **Maid Siviilaáittardeaddji sáhtta dahkat?**

Siviilaáittardeaddji sáhtta cealkit maid dat oaivvilda dili hárrái, mii gullá su bargosuorgái. Siviilaáittardeaddji sáhtta guorahallamiiddis boadusin cuiggodit eiseválddiid dahje ávžžuhit daid bargat dihto láhkai. Áittardeaddji sáhtta čujuhit dasa, ahte hálddašanorgána dahje virgeolmmoš lea bargan boastut dahje guoddán maidnu barggakeahtta. Dat sáhtta maid ávžžuhit hálddahasorgána njulget boasttuođaid, hilggodemiid dahje bonjuvuodaid. Siviilaáittardeaddji ii sáhte ieš mearridit áššiid, ja dan láhkai čatnat eiseválddiid, iige rievdadit hálddahusa mearrádusaid. Son ii maid sáhte gohččut eiseválddiid ja dainna geatnegahttit daid riektedásis. Geavadis eiseválddit dattetge čuvvot áittardeaddji ávžžuhusaid.

Hálddahusmearrádusaid hárrái, mat dahkkojit friijasut árvvoštallama vuodul, leat siviilaáittardeaddji cuiggodanvejolašvuodat ráddjejuvvon.

Áittardeaddji sáhtta maid fnomášahttit lágaid, njuolggadusaid ja eiseválddiid geavadiid váilevašvuodain.

### **Eai buot áššit heive Siviilaáittardeaddji guorahallamii**

Nugo váidagiid meannudeami oktavuodas (9. siidus) namuhuvvo, muhtin áššiid Siviilaáittardeaddji

ii sáhte meannudit, iige cealkit oainnu daid hárrái. Nu lea ovdamearkka dihte dalle, go dáhpáhusbáiki oaidnin dahje njálmálaš čilgehus leat dehálaččat, nu movt lea muhtin áššiin, mat gusket fástaopmodahkii ja ovttaskas buhtadusgáibádusaide.

### **Hálidatgo diehtit eambo Siviilaáittardeaddji birra?**

Jus hálidat eambo dieduid Stuorradikki áittardeaddjiortnega birra, sáhtát čállit dahje ringet áittardeaddji kantuvrii. Njálmálaš 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  
Telefákssa 22 82 85 11  
post@sivilombudsmannen.no  
www.sivilombudsmannen.no



## Sivilombudsmannen

Besøksadresse  
Akersgata 8, 6. etg.  
(inngang Tollbugata)

Postadresse  
Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefon 22 82 85 00

Grønt nummer 800 80 039

Telefaks 22 82 85 11

[postmottak@sivilombudsmannen.no](mailto:postmottak@sivilombudsmannen.no)

[www.sivilombudsmannen.no](http://www.sivilombudsmannen.no)

Sivilombudsmannen undersøker klager fra borgerne om urett og feil som måtte være gjort av offentlig forvaltning. Ombudsmannens arbeidsområde omfatter både statlig, kommunal og fylkeskommunal forvaltning.

I tillegg til å søke å hindre at urett blir begått, skal ombudsmannen bidra til at menneskerettighetene respekteres. Ombudsmannens virksomhet har også som generelt siktemål å gjøre offentlige myndigheter bedre og styrke tilliten til forvaltningen. Grunlaget for de undersøkelsene som ombudsmannen setter i verk, er hovedsakelig klager fra borgerne. Ombudsmannen tar imidlertid også opp saker av eget tiltak.

Mer informasjon om Sivilombudsmannen finnes på [www.sivilombudsmannen.no](http://www.sivilombudsmannen.no)

