

Justis- og beredskapsdepartementet  
Postboks 8005 Dep  
0030 Oslo

Vår referanse:  
19/00525-3

Deres referanse:  
19/2580

Dato:  
02.12.2019

Saksbehandler:  
Berit Herlofsen, +47 480 75 966

## Høring – NOU 2019:5 ny forvaltningslov

Det viser til brev 3. juni 2019 fra Justis- og beredskapsdepartementet der Forvaltningslovutvalgets utredning NOU 2019:5 Ny forvaltningslov ble sendt på høring.

Helse Sør-Øst RHF vil i det følgende kommentere enkelte bestemmelser i forslaget til ny forvaltningslov. Kommentarene følger NOU-ens oppbygning, og det vises i overskriftene til det aktuelle kapitlet som kommenteres.

Høringen er videresendt til alle helseforetakene i Helse Sør-Øst som eventuelt vil avgi høringssvar direkte.

### 1. Verdier, forventninger og formål – kap. 10

Helse Sør-Øst RHF støtter utvalgets forslag om å gi forvaltningsloven en egen formålsbestemmelse. Målet for forvaltningens saksbehandling foreslås å være; «*god, tillitsskapende og effektiv*», noe som etter Helse Sør-Øst RHF's syn er presist og dekkende. Helse Sør-Øst RHF støtter videre at det fremheves i annet ledd at for å oppnå formålene må forvaltningsorganet opptre saklig og samarbeide med andre forvaltningsorganer/virksomheter. Utvalget fremhever flere steder behovet for å legge til rette for samarbeid mellom forvaltningsorganer. Dette er viktig for Helse Sør-Øst RHF, bl.a. fordi regionale helseforetak omfattes av flere ordninger som er organisert slik at de involverer flere forvaltningsorganer/virksomheter. Et eksempel her kan være godkjenningssystemet i fritt behandlingsvalg som Helfo administrerer for private tjenesteutøvere som ønsker å yte helsehjelp innen definerte fagområder og hvor behandlingsutgiftene dekkes av pasientens lokale helseforetak. Mange av disse private tjenesteutøverne har også inngått avtaler med ett eller flere regionale helseforetak om levering av spesialisthelsetjenester. Når flere administrerer og yter tjenester til samme pasientgrupper gjennom en slik ansvarsfordeling, er det behov for samarbeid.

## 2. Virkeområde – kap. 12

Dagens avgrensning av virkeområdet for loven er knyttet til hvorvidt virksomheten regnes som et «organ for stat og kommune» eller ikke. Utvalget foreslår et klarere avgrensningskriterium i utkastet (utk.) § 2, ved at det foreslås at loven kun skal gjelde for staten, fylkeskommunene og kommunene. For alle andre skal loven bare gjelde når de utøver offentlig myndighet.

Dette innebærer at virksomheter som er skilt ut som et eget selskap fra det tradisjonelle forvaltningsapparatet i utgangspunktet ikke vil omfattes av forvaltningsloven, heller ikke bestemmelsene om inhabilitet og taushetsplikt. Dette må i så fall reguleres i særlov. Det følger i dag av helseforetakslovens § 5 at forvaltningsloven gjelder for foretakenes virksomhet, med noen begrensninger.

Helse Sør-Øst RHF støtter utvalgets intensjon om å begrense og tydeliggjøre hvilke virksomheter loven skal gjelde direkte for. Helse Sør-Øst RHF har imidlertid noen kommentarer knyttet til forholdet mellom utk. § 2 og særlov, og forholdet mellom utk. § 2 og § 4 annet ledd. Forslaget forutsetter en grundig gjennomgang av ulike selskapers særlovsregulering, og det må eventuelt vedtas særlover for selskap som i dag ikke har egen særlov for at de generelle saksbehandlingsreglene som eksempelvis habilitet skal gjelde. De regionale helseforetakene hadde tidligere flere felleseide selskaper organisert som henholdsvis aksjeselskap og ansvarlige selskap (ANS), men disse er nå omdannet til helseforetak og derfor i dag omfattet av helseforetaksloven. Uten særlovsregulering vil bestemmelsen i utk. § 4 annet ledd om at reglene om inhabilitet og taushetsplikt gjelder når et forvaltningsorgan handler på privatrettslig grunnlag, kun komme til anvendelse for staten, fylkeskommunene og kommunene, jf. virkeområdet i utk. § 2. Det innebærer at virksomheter som forvalter store offentlige ressurser ikke vil være bundet av disse grunnleggende kravene til saksbehandlingen hvis ikke dette reguleres i særlov. Helse Sør-Øst RHF mener det er grunn til å være særlig oppmerksom på en slik konsekvens, og vurdere hvilken risiko en eventuell manglende eller mangelfull særlovsregulering kan medføre.

Utk. § 6 inneholder definisjoner av begrepene enkeltvedtak og part. Det er imidlertid ikke definert hva som menes med «forvaltningsorgan», et begrep som benyttes mange steder i lovteksten f.eks. i utk. §§ 1 annet ledd og 4 første ledd. Det samme gjelder begrepet «offentlig tjenesteperson» i utk. § 6 første ledd bokstav f). Helse Sør-Øst RHF mener at de foreslåtte endringene i virkeområdet øker behovet for å klargjøre disse tradisjonelle forvaltningsbegrepene.

## 3. Inhabilitet – kap. 16

Helse Sør-Øst RHF støtter den språklige forenklingen som er foreslått. Helse Sør-Øst RHF støtter også at sentrale momenter i den skjønsmessige bestemmelsen om inhabilitet etter en konkret vurdering nå er tatt inn i loven i utk. § 29 annet ledd.

Utvalget foreslår å ikke videreføre unntaket som muliggjør at personer i ledende stillinger, f.eks. på det regionale helseforetaket, kan sitte i styret til underliggende helseforetak uten at det oppstår habilitetssituasjoner. Utvalget begrunner dette med at dagens unntak er vanskelig tilgjengelig, at det tynger lovteksten og har liten praktisk betydning. Videre viser utvalget til at slike løsninger kan føre til uklare ansvarsforhold mellom eierselskap og selskapet de eier.

Ledere i Helse Sør-Øst RHF har tidligere vært representert i noen av styrene i helseforetakene i regionen, men denne muligheten benyttes ikke i denne valgperioden. Det er imidlertid fortsatt slik at personer i ledende stillinger i Helse Sør-Øst RHF sitter i styret til virksomheter som bidrar med ulike støttetjenester og som eies i fellesskap av de fire regionale helseforetakene, som f.eks.

Sykehusbygg HF. Videre er det aktuelt at personer i ledende stillinger i Helse Sør-Øst RHF sitter i styret til virksomheter som bidrar med ulike støttetjenester innad i regionen, som f.eks. Sykehuspartner HF. Selv om det etter lovens ordlyd vil kunne oppstå habilitetsspørsmål, vil situasjonen gjerne ikke rammes av intensjonene bak reglene fordi interessene til to slike selskap i konsernlignende forhold vil være sammenfallende. Helse Sør-Øst RHF viser videre til unntaksbestemmelsen i utk. § 27 annet ledd bokstav b) som vil kunne komme til anvendelse når det er åpenbart at tilknytningen til parten eller saken ikke kan ha betydning for avgjørelsen og verken offentlige eller private interesser tilsier at den inhabile viker sete.

Helse Sør-Øst RHF ser at styrerepresentasjonen som unntaket regulerer i enkelte situasjoner kan tenkes å utfordre klarhet om roller og ansvar slik utvalget påpeker, men Helse Sør-Øst RHF mener likevel at denne muligheten for unntak må beholdes. Det mest hensiktsmessige vil antakelig være å flytte unntaket fra forvaltningsloven til helseforetaksloven.

#### **4. Digital kommunikasjon – kap. 18**

Helse Sør-Øst RHF støtter utvalgets tydeliggjøring av at det skal legges til rette for digital kommunikasjon, slik dette gjøres i utk. § 13. Utvalget legger opp til en risikobasert tilnærming til sikring av taushetsbelagte opplysninger og viser i denne forbindelse til utk. § 38. Helse Sør-Øst RHF mener dette er fornuftig. Helse Sør-Øst RHF vil videre fremheve viktigheten av at utk. § 36 legger opp til mulighet for deling av taushetsbelagt informasjon. Dette er særlig viktig i en foretaksgruppe.

#### **5. Taushetsplikt og informasjonsutveksling – kap. 19**

Helse Sør-Øst RHF mener det er positivt at kapittelet om taushetsplikt er omredigert, forenklet og presisert. Helse Sør-Øst RHF vil likevel kommentere følgende:

Personlige forhold defineres i utk. § 33 annet ledd som «opplysninger om en person som det er vanlig å ville holde for seg selv». Hva som er vanlig å ville holde for seg selv, er imidlertid i økende grad vanskelig å besvare når man ser hva som i dag faktisk deles av informasjon frivillig. I bokstav a) til d) er det gitt noen eksempler. Bokstav a) nevner genetiske eller andre sensitive biometriske forhold. Helse Sør-Øst RHF vil her peke på viktigheten av at loven ikke formuleres slik at den vil kunne utgjøre en hindring for den medisinske utviklingen. Ikke enhver genetisk opplysning vil være taushetsbelagt, kun når opplysningen i seg selv kan være personidentifiserende. Dette bør klargjøres.

Helse Sør-Øst RHF støtter endringene i bestemmelsen om drifts- eller forretningshemmeligheter i utk. § 34, herunder at konkurransemessig betydning ikke lenger skal være et vilkår. Helse Sør-Øst RHF's erfaring er at dette er et vanskelig kriterium å anvende i praksis. Det vil videre også kunne være situasjoner der det forhandles pris med kun én leverandør, slik at den umiddelbare markedsituasjonen ikke alltid er preget av konkurranse.

Som omtalt under punkt 1 (Formål) støtter Helse Sør-Øst RHF at det som hovedregel bør være adgang til å dele taushetsbelagte opplysninger med andre forvaltningsorganer/virksomheter som har «saklig behov», jf. utk. § 36.

Helse Sør-Øst RHF støtter også de foreslåtte endringene i forbindelse med forskning, herunder å flytte dagens regler om forskeres taushetsplikt til forskningsetikkloven.

## **6. Hvilke enkeltavgjørelser skal det gjelde saksbehandlingsregler for – kap. 20**

Utvalget foreslår at forvaltningslovens nærmere saksbehandlingsregler fortsatt skal gjelde for realitetsavgjørelser og at anvendelsesområdet skal avgrenses ved hjelp av enkeltvedtaksbegrepet. Dette begrepet skal igjen fastsettes ved en kombinasjon av generelle kriterier og konkrete typetilfeller, som i dag. Helse Sør-Øst RHF støtter i utgangspunktet denne tilnærmingen.

I oppregningen av typetilfeller i bokstav a) til f) er «tildeling eller opphør av pengeytelser med grunnlag i lov eller forskrift» tatt inn som eksempler på avgjørelser som skal regnes som enkeltvedtak, hvis ikke annet er fastsatt jf. utk. § 6 første ledd bokstav b). Helse Sør-Øst RHF tildeler i dag midler gjennom flere faste ordninger, f.eks. tilskudd til brukerorganisasjoner og forskningsprosjekter. Det er ikke gitt særskilte bevilgninger fra Helse- og omsorgsdepartementet til dette, og tildelingene har heller ikke grunnlag i lov eller forskrift. Helse Sør-Øst RHF har lagt til grunn at disse tildelingene ikke treffes under utøving av offentlig myndighet, men at de er virkemidler for å legge til rette for å nå helsepolitiske mål. Slike mål vil enten fremgå av aktuell lovgivning eller gis som styringssignaler gjennom oppdragsdokumenter fra Helse- og omsorgsdepartementet. Dette er skjønnsmessige avgjørelser der det regionale helseforetaket nettopp skal ha mulighet til å prioritere søknader som understøtter aktuelle satsingsområder.

Helse Sør-Øst RHF legger i dag til grunn at tildelingene ikke er enkeltvedtak, og de veldig få klagen som kommer på tildelingene blir ikke oversendt til Helse- og omsorgsdepartementet, jf. helseforetaksloven § 5. Helse Sør-Øst RHF sørger imidlertid for at alle som konkurrerer om midlene vet hvilke kriterier det hvert år tildeles etter og gir god informasjon og veiledning om hvordan det kan søkes og hvordan søknadene vil bli saksbehandlet. Helse Sør-Øst RHF har på linje med de andre regionale helseforetakene utarbeidet retningslinjer for tildelingene.

Helse Sør-Øst RHF mottar årlig ca. 650 søknader om støtte til forskningsprosjekter og ca. 210 søknader fra brukerorganisasjoner. Arbeidet med slike søknader er derfor omfattende. Dersom dette skulle vært håndtert som enkeltvedtak, ville de skjønnsmessige avgjørelsene måtte begrunnes ytterligere og det måtte informeres om klageadgangen. Dette vil høyst sannsynlig medføre flere klager, uten at Helse Sør-Øst RHF kan se at en mulig klagebehandling vil styrke søkerens rettsikkerhet eller bidra til å sikre likebehandling i nevneverdig grad. Helse Sør-Øst RHF tror heller ikke at en eventuell klageadgang vil få som resultat at mange avgjørelser vil bli omgjort. Det fremstår som lite hensiktsmessig å bruke offentlige midler som i dag uavkortet tilfaller søkerne, til å finansiere en ny, byråkratisk organisering og arbeidsform. Reglene om enkeltvedtak er ikke egnet til å regulere arbeidet med slike tilskuddsordninger, og effektivitetshensyn taler klart imot å innføre slike saksbehandlingskrav.

## **7. Informasjon og medvirkning under saksforberedelsen – kap. 22**

Utvalget har konkludert med at parter fortsatt bør ha utvidet innsynsrett, men foreslår å flytte reglene om dette fra forvaltningsloven til offentleglova. Det foreslås videre at offentleglova i så fall bør endre navn til innsynslova. Helse Sør-Øst RHF støtter dette forslaget. Det vil gjøre vurderingen av innsynskrav etter offentleglova/innsynslova noe mer kompleks, men også i dag bør den som mottar et innsynskrav etter offentleglova være seg bevisst at det er særregler i forvaltningsloven som gir parter utvidet innsynsrett.

## **8. Forvaltningens avtaler, eierrådighet og faktiske handlinger – kap. 27**

Helse Sør-Øst RHF støtter utvalgets konklusjon om at forvaltningsloven bare i begrenset utstrekning bør regulere ordinære privatrettslige avtaler, dvs. at kun de grunnleggende kravene om inhabilitet og taushetsplikt bør gjelde. For helseforetak og andre virksomheter som er skilt ut

fra den tradisjonelle forvaltningen må dette reguleres i særlov, se også kommentarer under punkt 2 om virkeområde til loven.

Det er særlig aktuelt for Helse Sør-Øst RHF å kommentere NOU-ens kap. 27, punkt 27.3.7 om hvilke regler som bør gjelde der avtalen er inngått i samband med utøving av offentlig myndighet. Helse Sør-Øst RHF inngår avtaler med ulike typer private tjenesteutøvere om utføring av lovpålagte offentlige oppgaver. Helse Sør-Øst RHF har løpende avtaler med fem ideelle private sykehus og inngår både tidsavgrensede og løpende avtaler etter en anbudsprosess med ulike institusjoner som leverer tjenester innen somatikk, inkludert rehabilitering, psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling av rusavhengighet (TSB). Disse reguleres uttømmende gjennom lov om offentlige anskaffelser.

I tillegg har Helse Sør-Øst RHF avtaler med i overkant av 900 avtalespesialister innen ulike fagområder. En avtalespesialist mottar et årlig driftstilskudd, der størrelsen på beløpet varierer noe etter type praksis. Samtidig innebærer tildelingen av avtalehjemmelen at spesialisten får trygderefusjon, i tillegg til egenandelene som vedtas av Stortinget. Det er lagt til grunn av Sivilombudsmannen og i rettspraksis at slike tildelinger har et så stort islett av offentlig myndighetsutøvelse at de må anses å være enkeltvedtak. Dette er senere tatt inn i overenskomsten mellom Legeforeningen, Psykologforeningen og de regionale helseforetakene.

Forvaltningslovutvalget stiller imidlertid spørsmål ved om reglene om enkeltvedtak er egnet til å ivareta hensynet til borgerne som skal motta helsetjenestene det inngås slike avtaler om. Utvalget peker på at reglene om enkeltvedtak først og fremst beskytter avtalemotparten og ikke pasientene som skal nyte godt av avtalemotpartens oppfyllelse av avtalen. Helse Sør-Øst RHF forstår det slik at det er utvalgets oppfatning at slike avtaler, i motsetning til gjeldende rett, heller bør behandles som ordinære privatrettslige avtaler. Utvalget viser i denne forbindelse til Rt. 2009 s 1319, om en kommunes tildeling av en avtalehjemmel til en fysioterapeut der kommunen ble erstatningsansvarlig pga. saksbehandlingsfeil.

Helse Sør-Øst RHF støtter utvalgets tanker om dette. Avtalespesialistene utgjør en viktig og integrert del av det offentlige spesialisthelsetjenestetilbudet, men de er samtidig næringsdrivende som opererer innenfor en offentlig finansiering. Helse Sør-Øst RHF arbeider for å styrke samarbeidet mellom avtalespesialister og helseforetak, slik at tilbudet til pasientene kan bli mer samordnet og avtalespesialistene bedre integrert i spesialisthelsetjenestens tjenestetilbud. Det er viktig for å sikre oppfyllelsen av Helse Sør-Øst RHF's sørge-for-ansvar, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a. Dette er imidlertid utfordrende i en modell der avtalespesialistene i dag har en svært sterk rettsstilling, med ikke-tidsbegrensede avtaler og omfattende saksbehandlingskrav knyttet til selve avtaleinngåelsen og videre gjennomføring/oppfølging.

Helse Sør-Øst RHF mener inngåelser av driftsavtaler med lege- og psykologspesialister har langt større likehetstrekk med inngåelser av ordinære privatrettslige tjenesteavtaler enn med saksgangen ved offentligrettslige myndighetsvedtak. Saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven er ikke utformet for å ivareta interessene til de involverte aktørene i en slik avtaleinngåelsesprosess. Det er f.eks. utfordrende at eventuelle klager forsinker tildelingene betydelig. Helse Sør-Øst RHF mener at de involverte aktørenes interesse vil kunne bli ivaretatt på en god og balansert måte selv om tildeling av driftsavtaler ikke lenger skal følge saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak. Helse Sør-Øst RHF ber derfor lovgiver ta tydelig stilling til om tildeling av avtalehjemmel til avtalespesialister fortsatt skal anses som enkeltvedtak.

Helse Sør-Øst RHF støtter imidlertid ikke forslaget om å sikre tjenestemottakerne et vern gjennom å kunne klage over tjenestetilbudet til forvaltningsorganet som har inngått avtalen. Pasienter kan i dag klage over helsehjelpen til Fylkesmannen, og Helse Sør-Øst RHF mener at det å etablere enda en klagerett knyttet til oppfyllelsen av avtalen vil skape uklarhet.

#### **9. Saksomkostninger – kap. 29**

Utvalgets flertall foreslår at en part ikke lenger skal ha rett til å få dekket saksomkostninger dersom en klage fører frem eller et vedtak blir omgjort til gunst for parten. Det er også fremmet flere mindretallsforslag. Helse Sør-Øst RHF har ingen klare anbefalinger til forslagene, men stiller spørsmål ved om det å helt fjerne en slik etablert ordning vil kunne føre til økt pågang av ulike erstatningskrav som kan være krevende for forvaltningen å ta stilling til.

#### **10. Forskrifter – kap. 31**

Helse Sør-Øst RHF støtter utvalgets forslag om å utdype utredningsplikten, lovfeste at oppstart av forskriftsarbeid skal kunngjøres, at alle skal kunne gi innspill og at høringsfristen bør være på minst to måneder. Dersom en høring sendes ut f.eks. rett før sommeren, bør det videre tas hensyn til ferieavvikling når høringsfristen fastsettes.

#### **11. Bør deler av den ulovfestede forvaltningsretten lovfestes? - kap. 34**

Helse Sør-Øst RHF støtter forslagene om å lovfeste adgangen til å sette vilkår i utk. § 41 og at det i utøvingen av forvaltningsskjønn ikke skal legges vekt på utenforliggende hensyn, jf. utk. § 40. Helse Sør-Øst RHF deler også utvalgets syn på at det ulovfestede kravet til «god forvaltningsskikk» ikke foreslås lovfestet.

Med vennlig hilsen  
Helse Sør-Øst RHF



Cathrine M. Lofthus  
administrerende direktør



Ann-Margrethe Mydland  
juridisk direktør