



SIVILOMBUDSMANNEN

Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8112 Dep
0032 OSLO

Vår referanse
2016/955

Deres referanse
16/1559-2

Vår saksbehandler
Elisabeth Fougner

Dato
04.10.2016

Høringsuttalelse – Kommunelovutvalgets utredning 2016: 4 – Ny kommunelov

Det vises til Kommunal- og moderniseringsdepartementets høringsbrev 6. april 2016 om Kommunelovutvalgets utredning NOU 2016:4 Ny kommunelov.

På bakgrunn av erfaringen fra klagesaksbehandlingen her har ombudsmannen følgende merknader til utredningen:

1. Møteoffentlighet – utredningens kapittel 16.4.4

Ombudsmannen har i en rekke saker uttalt seg om og rettet kritikk mot kommuner i saker om møteoffentlighet. Disse sakene gjelder særlig tolkningen av kommunelovens «møte»-begrep (sak 2013/2672 og 2010/2939 er nevnt i NOUen på side 172 flg.. Andre eksempler er 2016/1147 og 1151, 2015/3273, 2015/91 og 2008/1667), plikten til kunngjøring av lukkede møter (se blant annet sak 2011/79 (fjernmøte) og 2010/2638), og annen saksbehandling ved lukking av møter, blant annet mangelfull føring av møtebok (sak 2014/2082, 2014/2081 og 2010/2638).

Sakene viser at særlig spørsmålet om hva som er et møte i kommunelovens forstand, kan by på utfordringer. Møte-begrepet tolkes i en del tilfeller for snevert, både når det gjelder hvem som må være til stede og hva møtet må dreie seg om for at det skal være et møte i lovens forstand. Resultatet blir da at kommunelovens saksbehandlingsregler ikke etterleves, og at allmenheten ikke får slik tilgang til å følge forhandlinger i folkevalgte organer som forutsatt i Grunnloven § 100 femte ledd og i kommuneloven. Dette er uheldig.

Utvalget mener det er lite hensiktsmessig med en nærmere regulering av møtebegrepet. Ombudsmannen har forståelse for at det ikke vil være mulig å regulere alle aktuelle problemstillinger og faktiske situasjoner knyttet til begrepet. Det er imidlertid grunn til å tro at dersom loven i noen grad kan gi mer veiledning om hvordan begrepet er å forstå, vil det bidra til økt etterlevelse av møteoffentlighetsprinsippet. Det er også en fordel at begrepet klargjøres i forarbeidene.

Ombudsmannen støtter utvalgsflertallets forslag om at det ikke bør innføres unntak fra prinsippet om åpne dører i opplærings situasjoner, inkludert orienteringssituasjoner. I tillegg til faren for feiltolkning og misbruk av et slikt unntak vil ombudsmannen peke på at det vil

være svært vanskelig å kontrollere i ettertid om unntaket er overholdt i konkrete saker, eller om det har skjedd et brudd på møteoffentlighetsprinsippet. Ombudsmannens skriftlige saksbehandling er lite egnet til å etterprøve hva som faktisk er sagt i et møte.

Forslaget om å tydeliggjøre i loven at kunngjøringsplikten gjelder alle møter, enten de holdes for åpne eller lukkede dører, er etter ombudsmannens syn positivt. Det vises til det som fremgår ovenfor om uttalelser om plikten til kunngjøring av lukkede møter. Det samme gjelder forslaget om å lovfeste nærmere krav til møtebokens innhold.

Utvalgets øvrige vurderinger og forslag knyttet til møteoffentlighet har ombudsmannen ingen merknader til.

2. Inhabilitet – utredningens kapittel 17

Forståelsen og praktiseringen av habilitetsregelen i gjeldende kommunelov § 40 tredje ledd bokstav c tas jevnlig opp herfra, blant annet i saker om startlån (for eksempel 2010/949), kommunal bolig (2011/1689) og parkeringstillatelse for forflytningshemmede (2011/1369). Sakene fører ofte til kritikk av kommunene for brudd på bestemmelsen. Det er også en rekke eksempler på at kommunen på bakgrunn av undersøkelser herfra har forstått at saksbehandlingsrutinene i kommunen ikke er i tråd med kommunelovens habilitetsbestemmelse, og melder om at både den konkrete saken og de generelle rutinene skal gjennomgås på nytt. Temaet har også vært berørt generelt i årsmeldingen for 2013 i en artikkel om saksbehandlingen i kommunene.

Mange klager til ombudsmannen fordi de opplever at klagebehandlingen i kommunen ikke har vært reell. I klagenes vises det ofte til at samme saksbehandler har behandlet saken i alle ledd. I enkelte tilfeller har den samme ansatte i kommunen gitt veiledning i forkant av en søknad, signert avslagsvedtaket på vegne av kommunen, tatt i mot og behandlet klagen på vegne av kommunen (som underinstans), skrevet innstilling til klageinstansen og senere også skrevet og signert orienteringen til klageren om utfallet av behandlingen i klageinstansen. I noen tilfeller kan også manglende informasjon til parten i forbindelse med klageinstansens behandling gjøre det vanskelig for parten å forstå at saken har vært behandlet av to ulike instanser i kommunen. Eksempelvis sender ikke alle kommuner rutinemessig en kopi til klager av saksutredningen til klageinstansen, eller av møteprotokoll eller særutskrift fra klagenemndas møte.

I årsmeldingen for 2013 uttalte ombudsmannen seg slik om erfaringen med dette:

«Kommunelovens regler skaper i praksis utfordringer knyttet til kravet om at det må være et tydelig skille mellom hva som er underinstansens og hva som er klageinstansens saksbehandling. Særlig gjelder dette for tilretteleggelsen av saken for klageinstansen. Reglene innebærer at saksbehandleren i første instans ikke kan være med på å tilrettelegge grunnlaget for klageinstansens behandling. Det betyr at saksbehandleren ikke kan lage skriftlig innstilling til klageinstansen, og i begrenset grad delta med muntlig tilrettelegging, f.eks. i møter for klagenemnda. Dersom en overordnet tidligere har vært med på å treffe vedtaket, eller medvirket ved

tilretteleggelsen, betyr det at underordnede heller ikke kan legge til rette for klageinstansens behandling.»

Habilitetsbestemmelsen gjør det i praksis også utfordrende for kommunen å ivareta øvrige krav til saksbehandlingen. Særlig ser dette ut til å gjelde i små kommuner og i kommuner uten et eget sekretariat for klageinstansen. Når det bare er en eller to saksbehandlere i administrasjonen som har kompetanse innenfor det aktuelle fagfeltet, er det i praksis ingen i kommunen som kan bidra med å få tilrettelagt saken for klageinstansen. Ombudsmannen ser i liten grad at kommunene tar i bruk ekstern hjelp, for eksempel ekstern advokat, til å få laget en saksutredning til klageinstansen. En slik saksutredning kan være nødvendig for å ivareta kravene til sakens opplysning og begrunnelse av enkeltvedtak.

Ombudsmannen har sett eksempler på kommuner som ikke ser ut til å være klar over at habilitetsregelen også gjelder ansatte i kommunens administrasjon. Dette var tilfellet i en nylig uttalelse 31. august 2016 i en sak om startlån (sak 2016/716). Dagens bestemmelse, som både gjelder ansatte og folkevalgte, er plassert i lovens kapittel 7 om De folkevalgtes rettigheter og plikter, noe ombudsmannen finner uheldig.

Ombudsmannen er enig med utvalget i at det fortsatt er viktig med inhabilitetsbestemmelser, og at den særlige habilitetsbestemmelsen i kommuneloven vil bidra til å øke tilliten til den etiske standarden i kommunen hvis den praktiseres riktig. På bakgrunn av de erfaringer det er redegjort for ovenfor, er ombudsmannen ikke helt enig i utvalgets oppfatning om at dagens inhabilitetsregler i hovedsak fungerer slik de skal og ikke har medført noen uforholdsmessige praktiske problemer. Som nevnt over konstaterer ombudsmannen jevnlig brudd på kommunelovens habilitetsregel, og både små og store kommuner ser ut til å ha utfordringer med praktiseringen av bestemmelsen. Ombudsmannen er imidlertid positiv til at habilitetsbestemmelsen foreslås regulert i to egne bestemmelser om henholdsvis ansattes og folkevalgtes habilitet, jf. forslaget § 13-3 og § 11-10. Det er å håpe at klarere og lettere tilgjengelige bestemmelser medfører at kommunene er mer oppmerksomme på utfordringene med å skille underinstansens og klageinstansens saksbehandling. Det er også positivt at bestemmelsen i større grad klargjør hvilken grad av involvering som kreves før inhabilitet og avledet inhabilitet inntreffer.

Hvorvidt den særlige habilitetsbestemmelsen bør reguleres i kommuneloven eller forvaltningsloven, har ombudsmannen ikke noen formening om.

3. Selvkost – utredningens kapittel 21

Kommunelovutvalget foreslår å lovfeste overordnede regler om beregning av selvkost i kommuneloven, bygget på de etablerte hovedprinsippene i Kommunal- og moderniseringsdepartementets veileder for beregning av selvkost. Det foreslås også en hjemmel for å fastsette nærmere regler i forskrift.

Ombudsmannen mottar mange henvendelser fra borgere som mistenker at kommunen bryter selvkostprinsippet. Dette har medført at ombudsmannen lenge har hatt fokus på hvordan borgerne skal kunne sikre seg mot at kommunen beregner ulovlig høye gebyr. Etter

ombudsmannens syn er det derfor positivt at utvalget foreslår at regler om beregning av selvkost skal fremgå uttrykkelig av loven. Ombudsmannen er enig med utvalget i at dette vil kunne gi økt fokus på og bevissthet om selvkostberegningene, og bidra til forbedring av praksis.

Om fordelene ved å lovfeste prinsipper for beregning av selvkost, skriver utvalget også på side 283 at «Rettslig tydeliggjøring av hva som kan inngå i selvkost, vil ... styrke grunnlaget for å kunne vurdere om selvkostprinsippet er etterlevd, ...». Ombudsmannen har imidlertid gjennom sakene som er behandlet her, erfart at tydeliggjøring av hvilke kostnader som kan inngå i beregningen, ikke alene er tilstrekkelig for å kunne vurdere etterlevelsen. For å kunne vurdere om selvkostprinsippet er etterlevd, er det også nødvendig at kommunen fremlegger dokumentasjon på hvordan gebyret er beregnet. Det vises til sak 2011/1001, hvor ombudsmannen blant annet uttalte:

«Spørsmålet om et gebyr er beregnet i samsvar med selvkostprinsippet i en konkret sak, beror for det første på hvordan «selvkost» generelt skal forstås, dvs. hvilke utgiftsposter en kommune har adgang til å kreve refundert fra borgerne. ... Videre beror spørsmålet om et gebyr er beregnet i samsvar med selvkostprinsippet på om kommunen i den enkelte saken har beregnet gebyret i overensstemmelse med retningslinjene.»

Kommunens plikt til å fremlegge dokumentasjon på gebyrberegningen er omtalt i Kommunal- og moderniseringsdepartementets retningslinjer H 3/14 pkt. 9. Det fremgår her at ombudsmannen har behandlet en rekke saker om dokumentasjonskravet de senere årene. Gjennom arbeidet med disse sakene har ombudsmannen erfart at borgerne har problemer med å få kommunen til å fremlegge den dokumentasjonen den har plikt til.

Kommunens manglende etterlevelse av dokumentasjonskravet er spesielt problematisk fordi borgerne ikke har noen klagerett over den enkelte gebyrleggelsen. I tillegg kommer at fylkesmennene i beskjedent grad følger opp henvendelser om brudd på dokumentasjonskravet og selvkostprinsippet, i form av lovlighetskontroll e.a. Det vises også i denne forbindelse til den ovenfor omtalte sak 2011/1001.

For å kunne vurdere etterlevelsen av selvkostprinsippet, slik kommunelovutvalget viser til, er det derfor ikke tilstrekkelig med en rettslig tydeliggjøring av hva som kan inngå i selvkost. Det er i tillegg nødvendig å styrke kommunens plikt til å fremlegge dokumentasjon for gebyrberegningen. Etter ombudsmannens syn bør dokumentasjonskravet i retningslinjene punkt 9 gis en sikrere rettslig forankring, ved at det fremgår direkte av loven.

4. Lovlighetskontroll – utredningens kapittel 29

Utvalget foreslår at kommunelovens bestemmelse om lovlighetskontroll (§ 28-1) skal bruke begrepet «vedtak» og ikke «avgjørelse», og viser til at begrepet er ment å omfatte «alle avgjørelser uavhengig av om det er omfattet av forvaltningslovens definisjon av begrepet vedtak». Ombudsmannen mener dette er uheldig, fordi det vil kunne føre til at både

kommunestyremedlemmer og andre borgere feilaktig kan tro at de har anledning til å be om lovlighetskontroll av færre avgjørelser enn det som er tilfelle.

Etter lovendring i 2009 har det vært lagt til grunn at prosessledende avgjørelser ikke omfattes av avgjørelsesbegrepet i kommuneloven § 59, med unntak av vedtak om åpne/lukkede dører og habilitet. Utvalget foreslår å videreføre dette, og viser til at det ikke er grunn til at øvrige prosessledende avgjørelser skal være omfattet. Etter ombudsmannens syn kan det være behov for lovlighetskontroll også av andre prosessledende avgjørelser. Et eksempel er spørsmål om eventuelt brudd på dokumentasjonskravet i selvkostsaker, se sak 2011/1001. Ombudsmannen mener at det derfor kan være grunn til å åpne for at også andre prosessledende avgjørelser etter en konkret vurdering kan lovlighetskontrolleres.

Utvalget har vurdert om innbyggerne bør få en selvstendig rett til å kreve lovlighetskontroll. Det fremgår av vurderingen at «så langt utvalget kjenner til, fungerer dagens ordning bra», og at enkeltpersoner som virkelig har et behov, i praksis vil ha tilstrekkelig mulighet til å få tatt opp en sak. For saker om enkeltvedtak er det vist til at rettssikkerheten ivaretas gjennom den ordinære klageordningen. Ombudsmannen vil gjøre oppmerksom på at det finnes avgjørelsestyper som har stor betydning for borgerne (inngrep i deres rettsfære, og som i henhold til legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov), men som faller utenom klageordningen i forvaltningsloven fordi avgjørelsen ikke anses som enkeltvedtak. Et eksempel er gebyrileggelser der den enkelte betalingsforpliktelse anses å følge automatisk av reglene i kommunal forskrift, og fastsettelsen derfor ikke er bestemmende for rettigheter og plikter. Det vises til sak 2011/1001. Selv om dette ikke nødvendigvis tilsier at borgerne skal få adgang til å «kreve» lovlighetskontroll, mener ombudsmannen at manglende klageadgang bør være et sentralt moment i fylkesmannens skjønnsmessige vurdering av om det skal foretas lovlighetskontroll eller ikke, jf. dagens praksis/retningslinjer (Kommunal- og regionaldepartementets veileder H-2299, der rettssikkerhetsaspektet er trukket frem). Det bør ha betydning ved tolkningen av hva som anses å utgjøre «særlige grunner» (som utvalget foreslår i pkt. 29.1.3.3). Ombudsmannen har i sak 2011/1001 lagt til grunn at det skal mindre til for å utløse fylkesmannens undersøkelsesplikt i slike saker, se uttalelsen side 7.

Aage Thor Falkanger
sivilombudsmann

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