



Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo

Også sendt elektronisk

Deres ref.: 16/148-1
Vår ref.: 219483

Dato: 27. april 2016

Høring - Etablering av tvisteløsningsmekanisme for rettslige tvister mellom stat og kommune mv.

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 27. januar 2016 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for forvaltningsrett og lovutvalget for bygningsrett og reguleringssspørsmål. Lovutvalget for forvaltningsrett består av Kaare Andreas Shetelig (leder), Steffen Asmundsson, Silje Aga Rogan og Gislaug Øygarden. Lovutvalget for bygningsrett og reguleringssspørsmål består av Stein Ness (leder), Kurt Asbjørn Elvevoll, Gro Hamre, Reidar J.M. Sverderup og Liv Zimmermann. Saken har også blitt forelagt lovutvalget for sivilprosess og voldgift, som ikke hadde ytterligere kommentarer.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

Kommunal- og moderniseringsdepartementets (KMD) forslag inneholder tre hoveddeler.

For det første foreslår KMD å endre forvaltningsloven (fvl.) § 34 annet ledd. Bestemmelsens annet punktum regulerer klageinstansens kompetanse i de tilfeller der et statlig organ er klageinstans for et kommunalt eller fylkeskommunalt vedtak. I dag sier fvl. § 34 annet ledd tredje punktum at den statlige klageinstansen skal «legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn». KMD foreslår å endre bestemmelsen slik at klageinstansen skal legge «stor» vekt på hensynet til det kommunale selvstyre. I tillegg foreslår KMD en skjerpet begrunnelsesplikt ved overprøving av kommunale vedtak. Den forslåtte endringen skal ikke gjelde for nærmere angitte vedtak etter barnevernloven og opplæringsloven. Se punkt 3 nedenfor.

For det andre foreslår KMD en ny bestemmelse i tvisteloven (tvL.) § 1-4A med regulering av kommuners adgang til å «reise søksmål om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse». KMD har i forslaget til ny bestemmelse angitt seks konkrete situasjoner (bokstav a til f) der kommunene skal kunne ta ut søksmål om gyldigheten av statens vedtak. For å skjerme eventuelle private parter som vedtaket retter seg mot, foreslår KMD i visse tilfeller forbud mot omgjøring til ugunst for den private parten selv om det statlige organets vedtak oppheves ved dom. Se punkt 4 nedenfor.

For det tredje foreslår KMD at kommunen skal kunne reise søksmål om gyldigheten av innsigelser etter plan- og bygningsloven (pbl.) § 5-4 og avgjørelse etter § 5-6 om hvorvidt innsigelsen skal tas til følge. Se punkt 5 nedenfor.

Alle de tre forslagene er begrunnet i et ønske om å styrke det kommunale selvstyre. Lokalt selvstyre skaper nærhet til politiske beslutninger, reell påvirkningskraft for innbyggerne og løsninger basert på lokalkunnskap og lokale preferanser. Lokalt selvstyre er dermed en viktig del av et fungerende demokrati, hvilket blant annet kommer til uttrykk i forarbeidene til den nye bestemmelsen om lokalt selvstyre i GrL. § 49¹. Skal det lokale selvstyre fungere, må kommunene innen visse rammer gis frihet til å velge hvordan oppgaver skal løses lokalt. Advokatforeningen mener derfor at en målsetning om å styrke det lokale selvstyre i seg selv er et legitimt og godt formål. Hensynet til det lokale selvstyre må imidlertid avveies mot individets rettigheter, hensynet til likeverdige tjenester, effektivitet i forvaltningen og nasjonale eller regionale målsetninger generelt. Også dette kommer til uttrykk i forarbeidene til den nye grunnlovsbestemmelsen². Etter Advokatforeningens syn går imidlertid KMDs forslag til endringer i fvl. § 34 og forslaget om søksmålsadgang i innsigelsessaker for langt i å vektlegge lokalt selvstyre på bekostning av øvrige hensyn. Advokatforeningens synspunkter er begrunnet nedenfor.

3. Kommentarer til forslaget om endring av forvaltningsloven § 34

3.1 Innledning

I høringsnotatets punkt 2 begrunner KMD forslaget om å endre fvl. § 34 annet ledd.

Advokatforeningen har ikke merknader til beskrivelsen av gjeldende rett i pkt. 2.2 eller omtalen av prøvingsadgangen i andre nordiske land i pkt. 2.3.

¹ Innst. 182 S (2015-2016) s. 4 under «Komiteens flertall...»

² Innst. 182 S (2015-2016) s. 6-8

3.2 Advokatforeningens syn på forslaget

Det rettslige utgangspunktet er, slik det også fremgår av høringsnotatet, at kommuner er selvstendige rettssubjekter med ansvar for egen økonomi. Kommunen er ikke underlagt statsforvaltningen uten ved særskilt hjemmel og har dermed et legitimt krav på å kunne gjøre egne valg og prioriteringer innen visse rammer. Kommunens oppgave er, satt på spissen, å produsere mest mulig velferd til innbyggerne for de midlene kommunen har til rådighet. Normalt har kommunene rikelig med gode formål, men begrensede midler. Advokatforeningen ser at kommunene dermed må prioritere og at statlige forvaltningsorganer gjerne har begrenset innsikt i de samlede prioriteringene som kommunene er nødt til å gjøre. Dette hensynet er etter Advokatforeningens syn imidlertid allerede tilstrekkelig ivaretatt ved dagens regulering der det fremgår at klageinstansen skal «legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.» Hensynet varetas også ved å styrke kravene til begrunnelsen når kommunenes skjønn settes til side slik departementet har foreslått.

Advokatforeningen mener dessuten at forslaget om å legge «stor» vekt på hensynet til det kommunale selvstyre går for langt. Hensynet til det lokale selvstyre må vektes mot innbyggernes legitime krav om en reell toinstansbehandling av klager. Av høringsnotatet s. 13 fremgår:

«Departementet legger opp til at forslaget skal innebære en markant begrensning i klageinstansens overprøvingskompetanse, at det skal mye til for at vedtaket oppheves eller endres. Forslaget øker terskelen for å overprøve kommunens skjønnsutøvelse sammenlignet med dagens bestemmelse.»

Selv om lovligheten av vedtaket vil kunne prøves fullt ut uavhengig av forslaget, mener Advokatforeningen at terskelen for å overprøve kommunens frie skjønnsutøvelse blir for høy og at forslaget svekker innbyggernes rettssikkerhet. Rettssikkerhet kan ikke defineres så snevert som at vedtaket kun skal være lovlig; det bør også være kvalitativt godt. Advokatforeningen mener eksempelvis at likhet og forutsigbarhet inngår i en definisjon av rettssikkerhet, og disse prinsippene gjør seg først og fremst gjeldende ved utøvelsen av forvaltningens skjønn. For å ivareta disse prinsippene er det nødvendig med en reell toinstansbehandling. Dette gir den beste sikkerheten for kvalitativt gode vedtak.

I forbindelse med behandlingen av ny Grl. § 49 annet ledd i Innst. 182 S (2015-2016) på s. 7 uttalte et flertall i Kontroll- og konstitusjonskomiteen, blant annet bestående av regjeringspartiene, følgende:

«Dette flertallet vil imidlertid understreke at man med vedtaket om en ny grunnlovsbestemmelse ikke i utgangspunktet vil endre grensen mellom kompetansen til et kommunalt organ og klageorganet, og at det definitivt ikke ønskes en rettsutvikling som gir private parter dårligere muligheter til å vinne frem med klage enn i dag, jf. senere avsnitt.» (Understreket her)

Forslaget fra KMD innebærer nettopp en rettsutvikling som gir private parter dårligere muligheter til å vinne frem med klage enn i dag.

Det flertallet som stemte frem det vedtatte lovforslaget, uttalte videre på samme sted:

«Flertallet ønsker ikke at en grunnlovsbestemmelse om lokaldemokrati skal bli brukt til å innsnevre enkeltborgeres rettigheter eller rettssikkerhet. Håndhevere av forvaltningsretten må ikke miste av syne at Norge er en enhetsstat. Den særlovgivningen som kommunene forvalter, gir borgerne både rettigheter og plikter som presumptivt skal være like i landet med mindre det foreligger saklige, konkrete grunner til noe annet. For borgere vil det være en viktig rettssikkerhetsgaranti å kunne klage eller ta sin sak opp med statlige myndigheter dersom de oppfatter saker feilbehandlet eller sine rettigheter tilsidesatt.

Flertallet vil heller ikke at en grunnlovsbestemmelse om kommunalt selvstyre skal kunne utlegges som at staten som klage- eller tilsynsmyndighet skal begrense sin kompetanse av hensyn til det lokale selvstyret, der det er fare for at den enkelte innbygger får sin rettssikkerhet svekket.»

Etter Advokatforeningens syn er det vanskelig å forene forslaget i KMDs høringsnotat om en «en markant begrensning i klageinstansens overprøvingskompetanse» med de synspunkter både regjeringspartiene og flertallet i komiteen gav uttrykk for under komitebehandlingen av ny Grl. § 49 annet ledd.

Advokatforeningen vil dessuten bemerke at skal det lokale selvstyre respekteres, må det stilles krav til kommunens begrunnelse av vedtakene. Terskelen for å oppheve svakt begrunnede vedtak bør ikke heves selv om det statlige klageorganet for øvrig skal legge «stor vekt» på hensynet til kommunalt selvstyre. I det minste bør terskelen for å oppheve vedtaket og sende det tilbake til fornyet behandling, ikke heves. Tvert i mot. Skal statlig klageinstans ta mer hensyn til det kommunale selvstyre, bør staten også kunne stille større krav til kommunens begrunnelse. Advokatforeningen forutsetter derfor at svakt begrunnede vedtak fra kommunens side fremdeles må kunne oppheves eller settes til side av klageinstansen. Dette bør fremgå av forarbeidene, og loven – om lovforslaget blir vedtatt – bør forstås slik.

Under enhver omstendighet bør ikke statlig klageinstans' overprøvingskompetanse være snevrere enn domstolens.

I høringsnotatet punkt 2.5 foreslår departementet at enkelte sakstyper, som gjelder grunnleggende velferdstjenester for barn, ikke skal berøres av det ovennevnte forslaget. Advokatforeningen er enig i at hensynet til barnets beste må veie tyngst i disse sakene, og at den foreslåtte endringen i fvl. § 34 i alle fall ikke bør gjelde i slike saker.

4. Kommentarer til forslag om ny bestemmelse om kommuners søksmålsadgang i tvl. § 1-4A

4.1 Innledning

I høringsnotatets punkt 3 begrunnes forslaget om en ny bestemmelse om kommuners søksmålsadgang i tvl. § 1-4A. Forslaget er ment å utvide kommunens søksmålsadgang i tvister mellom staten og kommunen. Advokatforeningen slutter seg til forslaget om å utvide kommunens søksmålsadgang, men understreker at hensynet til eventuelle tredjeparter må varetas. Det er også et behov for å klargjøre virkeområdet for den foreslåtte bestemmelsen og å avklare forholdet til de alminnelige kravene til rettslig

interesse i tvl. § 1-3.

Mange vedtaksformer avgjøres i dag i praksis i siste instans hos for eksempel fylkesmennene og ender sjelden i domstolene. Selv om statlig kontroll med kommunale vedtak er en viktig rettsikkerhetsgaranti for innbyggerne, vil det nødvendigvis skje feil fra tid til annen. Denne typen feil i forvaltningen kan det være vanskelig å korrigere dersom det ikke er anledning til å bringe vedtakene inn for en domstol. Etter Advokatforeningens syn kan derfor søksmålsadgang for kommunene bidra til å øke kvaliteten på statsforvaltningens kontroll med kommunale vedtak og å bedre rettsutviklingen på de aktuelle rettsfeltene, samt sikre større likhet på landsbasis. Å gi kommuner søksmålsadgang i tvister med staten, bidrar også til å sikre at Norge overholder sine folkerettslige forpliktelser og bringer norsk rett bedre i samsvar med hva som ellers er vanlig i Europa.

Advokatforeningen er samtidig opptatt av at den private part ikke skal bli skadelidende når kommunen og staten løser rettslige tvister seg imellom. Hvordan hensynet til den private part kan ivaretas på en god måte, krever på noen punkter bedre løsninger og annen regulering enn den foreslåtte.

4.2 Kort om gjeldende rett

KMD beskriver gjeldende rett i punkt 3.2 i høringsnotatet. Advokatforeningen finner grunn til å kommentere beskrivelsen av gjeldende rett hva gjelder kommuners søksmålsadgang.

Kommuner er selvstendige rettssubjekter og har partsevne, jf. tvl. § 2-1. Spørsmålet om kommuners søksmålsadgang beror på om de har rettslig interesse, jf. tvl. § 1-3.³ For kommunen gjelder det for øvrig ingen andre skranker mot å saksøke staten. Det gjelder også i saker om prøving av statlige vedtak. Slike søksmål er følgelig ikke så uvanlige som beskrivelsen av gjeldende rett i høringsnotatet kan gi inntrykk av.

Ved vurderingen av om en kommune har rettslig interesse, skiller det gjerne i teorien mellom tre ulike søksmålssituasjoner:⁴

- 1) For det første kan kommunen ha en rolle eller interesse tilsvarende en privat part, for eksempel som arbeidsgiver, skattedebitor, tiltakshaver eller grunneier.⁵ I slike tilfeller vil kommunen ha rettslig interesse i samme utstrekning som en privat part.⁶
- 2) For det andre kan kommunen ha rettslig interesse i kraft av å være en naturlig representant for innbyggerne.⁷ Vurderingen av rettslig interesse i slike saker vil langt på vei sammenfalle med den vurderingen man gjør når interesseorganisasjoner og foreninger går til sak på vegne av sine medlemmer.
- 3) For det tredje kan kommunen tenkes å gå til sak for å håndheve interesser i kraft av å være offentlig myndighet. I slike situasjoner vil kommunen, etter gjeldende rett, vanligvis ikke ha

³ Det ses her bort fra at det i særlovgivingen både finnes bestemmelser som gir eller avskjærer kommunens søksmålsadgang i visse typer saker.

⁴ Se for eksempel Hans Petter Gravers *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg. 2014 («Graver»), s. 470-471

⁵ RG 2006 s. 1055 er et eksempel på en grunneierkonflikt mellom stat og kommune.

⁶ Se for eksempel Graver s. 740 og Eckhoff og Smiths *Forvaltningsrett* («Eckhoff/Smith»), 10. utg. 2014, s. 294.

⁷ Se forrige note. Se også Inge Lorange Backers *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage – særlig ved naturinngrep*, Universitetsforlaget 1984, s. 169.

rettslig interesse i å gå til sak om gyldigheten av andre forvaltningsorganers vedtak. Årsaken er at tilknytningskravet for et forvaltningsorgan vanligvis ikke anses for å være oppfylt dersom kompetansen til å avgjøre en sak er lagt til et annet forvaltningsorgan. I tilfeller der en kommune, på grunnlag av særskilt hjemmel, er underordnet statsforvaltning eller har en særskilt rådgivende funksjon, vil kommunen i henhold til Høyesteretts praksis normalt heller ikke anses for å ha rettslig interesse.⁸ Helt avskåret er imidlertid ikke kommunenes søksmålsadgang i saker mot staten selv om kommunen opptre som kommune og ikke innehar en posisjon en privat part kunne hatt.⁹ Spørsmålet avgjøres på grunnlag av en konkret vurdering av kommunens rettslige interesse, jf. tvl. § 1-3.

I praksis kan det være vanskelig å skille de tre kategoriene fra hverandre, og kommunen kan tenkes å ivareta flere interesser parallelt. Uansett vil det innenfor alle de tre overnevnte kategoriene etter gjeldende rett være tillatt søksmål der kommuner angriper gyldigheten av et statlig organs vedtak.¹⁰

Norge har ved å ratifisere Europarådets charter av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre påtatt seg en folkerettslig forpliktelse til å ivareta det lokale selvstyre. Norge er flere ganger kritisert av Europarådets Kommunalkongress. Kritikken har vært begrunnet i at Norge ikke grunnlovfestet prinsippet om lokalt selvstyre, jf. artikkel 2, og i at norske kommuner i tvister med statsforvaltningen ikke har god nok tilgang til en uavhengig tvisteløsningsmekanisme, jf. artikkel 11.¹¹ Ved vedtakelsen av ny Grl. § 49 annet ledd om lokalt selvstyre uttalte flertallet i komiteen følgende:

«Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Høyre, vil peke på at en viktig grunn til at forslaget stadig reises på nytt er at Norge uten forbehold har ratifisert Europarådets charter om lokalt selvstyre i 1989. [...] Norge har ved flere anledninger fått merknader i Europarådet fordi lokalt demokrati ikke er tatt inn i Grunnloven. [...] Flertallet viser til at samtlige av de tre fremsatte forslagene som nå er til behandling, viser til at Norge med Stortingets enstemmig samtykke 26. mai 1989 ratifiserte Europarådets charter om lokalt selvstyre, og at det er en viktig begrunnelse for å grunnlovfeste lokalt demokrati.»

I juridisk teori har forholdet til Norges folkerettslige forpliktelser og kommuners søksmålsadgang vært problematisert av flere.¹² Det er derfor fremdeles grunn til å stille spørsmål ved om Norge oppfyller de folkerettslige forpliktelsene landet har påtatt seg gjennom ratifiseringen av charteret.

4.3 Om den foreslåtte bestemmelsen

KMD foreslår følgende ordlyd i ny tvl. § 1-4A:

«En kommune kan reise søksmål om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse dersom denne går ut på [...]»

⁸ Rt. 1993 s. 445

⁹ Se f. esk. Rt. 1934 s. 625 og Borgarting lagmannsretts dom 15. februar 2008 Oslo kommune og staten v/Fiskeri- og kystdepartementet om vedtak om fordeling av inntekter mellom havnekassen og kommunekassen (LB-2007-61526)

¹⁰ Se eksempelvis Rt. 2000 s. 452 Frøystuldommen, Rt. 1993 s. 1220 Sira Kvina II, Rt. 1984 s. 312 Kvamdommen

¹¹ Se for eksempel recommendation 374 (2015) pkt. 4.9 -

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CG/2015\(28\)5FINAL&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=CACC9A&BackColorLogged=EFEA9C#P42_1513](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CG/2015(28)5FINAL&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=CACC9A&BackColorLogged=EFEA9C#P42_1513)

¹² Se f.eks. Graver s. 471 og Eckhoff/Smith s. 295

Deretter følger en liste over nærmere angitte sakstyper i bokstav a til f.

På side 18 i høringsnotatet skriver KMD:

«Departementet mener at kommunene bør få adgang til å reise sak mot staten, også i saker der hvor kommunen er berørt av den statlige avgjørelsen i egenskap av å være offentlig organ.» (Understreket her)

Ordlyden i den foreslåtte bestemmelsen fremstår imidlertid som en uttømmende regulering av kommuners søksmål «om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse» uavhengig av type søksmålssituasjon, det vil si uavhengig om kommunen opptre i en rolle tilsvarende en privat part, som en representant for innbyggerne eller i kraft av å være offentlig organ. Leser man høringsnotatet, virker det imidlertid som om KMD kun har ment å regulere kommuners søksmålsadgang når kommunen har en interesse i kraft av å være offentlig organ.

4.4. Nærmere om Advokatforeningens syn på forslaget

4.4.1 Domstolen som tvisteløsningsmekanisme for stat og kommune

Advokatforeningen viser til høringsnotatets pkt. 3.4 og kan ikke se at det er sterke betenkeligheter i at en kommune saksøker staten. Søksmål mellom stat og kommune er ikke uvanlig etter gjeldende rett og er en naturlig konsekvens av at kommunene er selvstendige rettssubjekter og av det lokale selvstyre. Som det fremgår ovenfor, har Norge dessuten folkerettslig forpliktet seg til at kommuner skal ha tilgang til judisiell overprøving for å vareta det lokale selvstyre.

Advokatforeningen antar at den nye reguleringen kun vil medføre et lite antall nye saker og at kommunene vil veie ulempene ved et søksmål opp mot viktigheten av en rettslig avklaring. Det er imidlertid viktig at hensynet til eventuelle private parter ivaretas på en god måte, se nedenfor.

Advokatforeningen er enig med KMD når det i høringsnotatet pkt. 3.5 uttales at de alminnelige domstoler er best egnet som tvisteløsningsmekanisme. Sakene vil være av en type som ligner på dem domstolene ellers løser, og de alminnelige domstolene gir derfor en sikkerhet for kvalitet og enhetlig rettsutvikling.

4.4.2 Ordlyden i forslaget til ny tvl. § 1-4A og forholdet til tvl. § 1-3

I høringsnotatet punkt 3.6 drøfter KMD hvilke sakstyper som bør kunne underlegges rettslig prøving. Advokatforeningen oppfatter, som sagt, høringsnotatet slik at KMD har ment å *utvide* kommunenes søksmålsadgang i situasjoner der kommunen per i dag ikke anses for å ha rettslig interesse, jf. tvl. § 1-3. Leses ordlyden i den foreslåtte bestemmelsen uavhengig av høringsnotatet fremstår den imidlertid ikke som et tillegg til den søksmålsadgang som allerede følger av tvl. § 1-3, men som en uttømmende regulering av kommuners søksmålsadgang i saker «om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse». Det har åpenbart ikke vært KMDs hensikt å avskjære søksmål som er lovlige etter gjeldende rett. Det ville i realiteten innskrenke kommunenes søksmålsadgang i andre typer saker. Bestemmelsen bør klargjøres på dette punkt, se forslag nedenfor.

Et vedtak som er kjent ugyldig i en sak mellom staten og kommunen, vil i utgangspunktet fortsette å gjelde i forholdet mellom kommunen og den private part på grunn av dommens subjektive rettskraft. Det

kan derfor stilles spørsmål ved om en kommune har tilstrekkelig rettslig interesse i et ugyldighetssøksmål utelukkende mot staten. Advokatforeningen oppfatter KMDs forslag slik at det skal være adgang for kommunene til å ta ut søksmål i henhold til tvl. § 1-4A uten å trekke den private part inn i saken. Etter Advokatforeningens syn er det viktig at det fremgår klart at kommunene ikke trenger å saksøke den private part i tillegg til staten for å oppfylle vilkårene i tvl. § 1-3 ved søksmål i medhold av den nye tvl. § 1-4A. Kommunenes prejudikatsinteresse bør være tilstrekkelig i slike saker.

Advokatforeningen foreslår etter dette følgende omformulering av den nye bestemmelsen:

«I tillegg til de søksmål som er tillatt i medhold av tvl. § 1-3, kan en kommune reise søksmål om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse dersom denne går ut på [...]» (Endringsforslaget er understreket)

En slik endring vil både klargjøre at kommuner fremdeles har anledning til å ta ut søksmål i de tilfeller der de oppfyller de vanlige kravene til rettslig interesse i tvl. § 1-3 og den vil vise at kommunen for eksempel kan unnlate å bringe den private part inn i saken for å oppfylle kravene i tvl. § 1-3 ved søksmål etter den nye bestemmelsen.

Forutsatt at kommunene fremdeles kan reise søksmål om gyldigheten av statlige vedtak generelt dersom kommunen har rettslig interesse, jf. tvl. § 1-3, støtter Advokatforeningen forslaget om i tillegg å tillate søksmål i de tilfeller som er omtalt i forslaget til ny § 1-4A bokstav a til f.

Advokatforeningen er videre enig i at domstolenes kompetanse bør avgrenses på samme måte som i forvaltningsretten for øvrig, det vil si at domstolene kun skal prøve vedtakets gyldighet, jf. høringsnotatet punkt 3.7. Advokatforeningen forstår høringsnotatet slik at når et statlig klageorgan omgjør et kommunalt vedtak og kommunen bringer vedtaket inn for domstolskontroll med påstand om at det ikke er lagt tilstrekkelig stor vekt på kommunale selvstyre, skal intensiteten i domstolskontrollen være begrenset på vanlig måte. Domstolene skal derfor unngå å etterprøve den nærmere avveiningen av hensyn i det frie skjønn, herunder om det rent faktisk er lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til det lokale selvstyre. Domstolene kan heller ikke oppheve vedtaket selv om dommeren i den enkelte sak synes statlig klageinstans burde ha lagt mer vekt på det lokale selvstyret (forutsatt at statlig klageinstans har forstått lovens bestemmelse riktig). Advokatforeningen mener i så fall at dette er fornuftig.

4.4.3 Om forholdet til private parter i søksmålssituasjonen

I høringsnotatet punkt 3.9.1 drøfter KMD forholdet til eventuelle private parter under rettsaken, det vil si i hvilken grad den private part skal trekkes inn i saken. Problemstillingen er først og fremst aktuell i de situasjoner der en privat part er begunstiget ved klageinstansens vedtak.

Både etter tvl. § 1-5 og i den foreslåtte bestemmelsen må søksmålet fra kommunen rettes mot det statlige organet, ikke den som begunstiges av vedtaket. Som nevnt ovenfor vil en dom i en sak mellom staten og kommunen ikke få noen umiddelbare, direkte konsekvenser for den private parten. Det kan imidlertid få betydning for etterfølgende omgjøring til ugunst for parten, jf. fvl. § 35.

Selv om en dom mellom staten og kommunen ikke vil få noen direkte virkning for den private parten, er det etter Advokatforeningens syn viktig at den private part varsles om kommunens søksmål slik at vedkommende *kan velge* å tre inn i saken for å ivareta sine interesser som part, jf. tvl. § 15-3, eller som

partshjelper, jf. tvl. § 15-7. Forslaget fra KMD inneholder ingen plikt til å varsle den private parten. Advokatforeningen foreslår følgelig at en varslingsplikt etter modell av tvl. § 1-5 annet punktum inntas i den nye bestemmelsen.

I medhold av tvisteloven § 15-2 vil kommunen kunne velge også å saksøke den private parten i tillegg til staten (subjektiv kumulasjon) og dermed oppnå rettskraftvirkninger overfor den private parten. Som det fremgår ovenfor, mener Advokatforeningen at det bør klargjøres at kommunen ikke trenger å saksøke den private parten for å oppfylle kravet om rettslig interesse, jf. tvl. § 1-3. Advokatforeningen ber KMD vurdere om kommunens adgang til å trekke inn den private parten mot dennes vilje bør avskjæres i saker som er reist i medhold av den foreslåtte bestemmelsen i tvl. § 1-4A bokstav a til f, eventuelt i saker der KMD har foreslått omgjøringsforbud. Under enhver omstendighet burde det forhold at den private parten medsaksøkes få betydning for utmåling av sakskostnadsansvaret for den private parten, og bør departementet bør ta vurdere om det skal gis retningslinjer for dette.

4.4.4 Om forholdet til den private part etter rettssaken – omgjøring

Ugyldige vedtak kan omgjøres i medhold av fvl. § 35 første ledd bokstav c. Slik omgjøring kan både skje som følge av forvaltningens egen etterfølgende kontroll eller som følge av en dom (uten rettskraftvirkninger for den private part) hvor vedtaket kjennes ugyldig. Hvorvidt omgjøring til ugunst for en privat part i medhold av fvl. § 35 kan, bør eller skal skje beror på en helhetlig vurdering. Dersom et vedtak har vært behandlet i klageinstansen, er det denne som har kompetanse til å omgjøre.

I situasjoner som er aktuelle for lovforslaget, må man derfor forutsette at omgjøringsadgangen ligger hos det statlige organet som har fått kjent vedtaket sitt ugyldig.

KMD foreslår i høringsnotatet punkt 3.9.2 at det skal gjelde et unntak fra de alminnelige reglene om omgjøring av ugyldige vedtak i fvl. § 35 for nærmere bestemte typer vedtak som går ut på å innvilge grunnleggende velferdstjenester. Hensynet bak forslaget er å sikre forutsigbarhet for den private parten. Advokatforeningen er enig i at hensynet til den private parten er viktig å ivareta, men er uenig i at et generelt omgjøringsforbud er en egnet måte å ivareta dette hensynet.

Etter Advokatforeningens syn gir de foreslåtte unntakene fra den alminnelige omgjøringsgangen i fvl. § 35 en dårlig logisk sammenheng i regelverket. For det første vil omgjøringsadgangen i medhold av fvl. § 35 første ledd bokstav c for ugyldige vedtak være i behold dersom kommunen ikke har gått til sak, men avskåret dersom kommunen har dom for at vedtaket er ugyldig. Dette fremstår umiddelbart som ulogisk. For det andre kan omgjøringsforbudet medføre at vedtak domstolen har kjent ugyldig, for eksempel på grunn av uriktige opplysninger fra den private parten, måtte opprettholdes på ubestemt tid. Begge disse konsekvensene av forslaget er etter Advokatforeningens syn uheldige. Under enhver omstendighet bør departementet ta stilling til spørsmålene.

Etter Advokatforeningens syn bør følgelig terskelen for å omgjøre til ugunst for en privat part i slike saker være svært høy, men omgjøringsadgangen bør ikke være totalt avskåret. Advokatforeningen mener de alminnelige forvaltningsrettslige regler bør gjelde, men altså slik at det gjennomgående skal mye til for å omgjøre overfor den private parten som følge av for eksempel eventuell innrettelse, tiden som er gått eller rett og slett fordi det er urimelig å la tvisten mellom stat og kommune gå utover den private parten. Dette spørsmålet bør også ses i lys av spørsmålet om den private parten kan eller må medsaksøkes.

4.4.5 Erstatning

I punkt 3.10 drøfter departementet kommunenes mulighet til å kreve erstatning fra staten.

Advokatforeningen er enig i at kommuner må kunne kreve erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler dersom statens vedtak kjennes ugyldig.

KMD foreslår å avskjære muligheten for erstatning i saker med omgjøringsforbud, jf. ovenfor. KMD skriver at departementet «mener det vil gi manglende sammenheng i regelverket hvis også disse sakene kunne være gjenstand for erstatningskrav fra kommunene». Advokatforeningen er ikke enig i at en mulighet for å kreve erstatning for kommunene i denne typen saker vil gi manglende sammenheng i regelverket. Formålet med omgjøringsforbudet er å skape forutberegnelighet for den private parten, ikke å skjerme staten. Særlig i saker med omgjøringsforbud vil det kunne være risiko for at kommunene påføres et reelt økonomisk tap, og behovet for erstatning som sanksjon vil derfor være større enn ellers.

5. Kommentarer til forslag om tvisteløsning i innsigelsessaker etter plan- og bygningsloven

5.1 Innledning

KMD begrunner i høringsnotatets punkt 4 forslaget om å gi kommunene mulighet til rettslig prøving i innsigelsessaker. Lovendringen er foreslått inntatt i ny tvl. § 1-4A tredje ledd eller alternativt i en egen bestemmelse i pbl. § 5-7. KMD foreslår også en endring i pbl. § 5-4 som gir føringer på hvordan innsigelser kan begrunnes.

Arealplanlegging er et viktig lokalpolitisk virkemiddel for å oppnå en hensiktsmessig utvikling i kommunen. Advokatforeningen har forståelse for at kommuner kan ønske en rettslig prøving av innsigelser ettersom selv en grunnløs innsigelse potensielt kan flytte vedtakskompetansen fra kommunen til departementet. Advokatforeningen frykter imidlertid at en ordinær søksmålsprosess om gyldigheten av en innsigelse og om gyldigheten av departementets endelige planvedtak kan gjøre planprosessene så ineffektive at det i realiteten lammer hele prosessen og dermed hindrer lokal utvikling og gode initiativ.

Advokatforeningen mener derfor at en uavhengig nemnd, jf. høringsnotatet pkt. 4.7, som kan vurdere innsigelsenes lovlighet og departementets endelige vedtak i løpet av kort tid, kan være et fornuftig alternativ til alminnelig domstolsprøving.

5.2 Nabokommuners søksmålsadgang i innsigelsessaker

Departementet har i punkt 4.3 særskilt bedt om høringsinstansenes syn på om nabokommuner skal få en tilsvarende adgang til å reise sak mot staten som kommunen som fremmer planen, jf. forslaget til tvl. § 1-4A tredje ledd. Selv om en nabokommune kan være sterkt berørt av en planprosess, mener Advokatforeningen at antallet søksmålsberettigede bør begrenses av hensyn til effektiviteten i saksbehandlingen. Advokatforeningen går følgelig imot at nabokommuner gis søksmålsadgang.

Gis nabokommuner likevel søksmålsadgang, må det i alle fall stilles krav til en reell tilknytning til saken.

5.3 Om hvilke deler av en innsigelse som eventuelt kan prøves

KMD har foreslått to ulike alternativer med hensyn til hvilke deler av en innsigelse som skal kunne prøves. Dersom innsigelser skal kunne prøves, mener Advokatforeningen at den beste løsningen er alternativ B om full prøving. Alternativ A fremstår som unødig kompliserende. Spørsmålet om hvilke deler av innsigelsen som kan prøves, dersom alternativ A velges, vil lett kunne bli et eget tvistepunkt.

5.5 Forslag om skjerpet begrunnelsesplikt i pbl. § 5-4

Advokatforeningen er positiv til forslaget om at statlige og regionale organer som fremmer innsigelse, må forankre begrunnelsen i «vedtatte nasjonale eller regionale mål, rammer og retningslinjer.» Etter Advokatforeningens syn vil det både kunne bidra til å redusere antallet innsigelser og sikre at de innsigelsene som fremsettes, er gjennomtenkt og saklig begrunnet.

Tilsvarende krav bør neppe stilles til innsigelser fra andre kommuner, jf. pbl. § 5-4 annet ledd. Kommunene har ofte ikke denne type vedtatte målsetninger og retningslinjer. Innsigelsen kan likevel være velbegrunnet.

6. Oppsummering av Advokatforeningens synspunkter

Som det fremgår ovenfor, går Advokatforening mot forslaget om å endre fvl. § 34 annet ledd annet punktum slik at den statlige klageinstansen må legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Advokatforeningen mener den private parts krav på en reell toinstansbehandling er en viktig rettssikkerhetsgaranti og må gå foran. Advokatforeningen støtter imidlertid forslaget om at det stilles større krav til begrunnelse for statlige klageinstans, jf. forslag til nytt tredje punktum.

Advokatforeningen støtter forslaget om å gi kommuner en utvidet søksmålsadgang i tvister med staten, men mener bestemmelsens virkeområde og forholdet til tvl. § 1-3 må klargjøres. Se forslag til omformulering i punkt 4.4.2 ovenfor. Advokatforeningen mener også ordningene for å ivareta den private parts interesser i slike saker må forbedres. Se punkt 4.4.3 og 4.4.4 ovenfor.

Advokatforeningen går i mot forslaget om at tvister i innsigelsessaker etter plan- og bygningsloven skal kunne bringes inn for de ordinære domstoler. Det vil kunne føre til svært ineffektive planprosesser og påføre innbyggere og lokalt næringsliv store utfordringer. Advokatforeningen støtter derimot forslaget om en nemnd som tvisteløsningsmekanisme da det trolig kan gjøres mer effektivt og bidra til å hindre ubegrunnede innsigelser.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no