ADVOKATFORENINGEN
THE NORWEGIAN BAR ASSOCIATION

Kommunal- og moderniseringsdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 16/1559-2 Dato: 6. oktober 2016
Vår ref.: 228049

Høring - Kommunelovutvalgets utredning 2016: 4 Ny kommunelov

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 6.4.2016 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. På ett punkt er utvalgets forslag også vurdert opp mot advokatbransjens interesser, og det gjelder i pkt. *13 Til forslagets kapitel 11 – Saksbehandling i folkevalgte organer*, der vi skriver om kommuneadvokatens taushetsplikt.

Saken er forelagt lovutvalget for forvaltningsrett. Lovutvalget består av Kaare Andreas Shetelig (leder), Steffen Asmundsson, Silje Aga Rogan og Gislaug Øygarden.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Overordnede synspunkter på lovforslaget

Kommunelovutvalget har fått i oppgave å utarbeide forslag til ny kommunelov. Kommunene står ovenfor

nye og store oppgaver sammenlignet med 1992, for eksempel i helsesektoren. Organiseringen av kommunal virksomhet har endret seg. Internasjonale forpliktelser, som EØS-avtalen, legger andre føringer på kommunens virksomhet enn i 1992. Viktige spørsmål er uavklart i dagens lov. Språklig sett er kommuneloven til dels vanskelig tilgjengelig og bærer preg av mange års "flikking". Advokatforeningen er derfor enig i at det er behov for en helhetlig gjennomgang av kommuneloven.

Kommunelovutvalget foreslår at grunnstrukturen i kommuneloven beholdes. Advokatforeningen er enig i en slik tilnærming. Selv om det selvfølgelig er rom for forbedring, fungerer kommunesektoren generelt godt som arena for lokaldemokrati, som leverandør av grunnleggende velferdstjenester, som myndighetsutøver og som samfunnsutvikler. Advokatforeningen er imidlertid enig med kommunelovutvalget i at det er behov for å forbedre kommunenes kontroll med egen virksomhet og med virksomheter som utfører oppgaver for kommunen, herunder økonomistyringen.

En uttalt målsetning i utredningen er 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. 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 selvstyret, i seg selv, er et legitimt formål. Det er viktig at Norge oppfyller sine folkerettslige forpliktelser i Europeisk charter om lokalt selvstyre. En kommunelov følger også opp den nye Grl. § 49 andre ledd, som knesetter samme prinsipp. Det lokale selvstyre må imidlertid være innenfor nasjonale rammer som sikrer felles nasjonale målsetninger, tilfredsstillende nivå på tjenester i hele landet, individuelle rettigheter samt effektiv og betryggende forvaltning av fellesskapets midler.

Advokatforenings merknader til de foreslåtte bestemmelsene fremgår nedenfor. I denne uttalelsen kommenterer Advokatforeningen de foreslåtte bestemmelser fortløpende. Disse er ikke nødvendigvis i samme rekkefølge som kapitlene i NOUen.

3. Til forslagets kapittel 1 – Lovens formål og virkeområde

3.1 Til lovens formål § 1-1

Flertallet i kommunelovutvalget foreslår å gi formålsbestemmelsen i kommuneloven ny ordlyd, mens mindretallet (Narud) foreslår å beholde den eksisterende formålsbestemmelsen i kommuneloven § 1. Flertallet har foreslått følgende ordlyd i ny § 1-1:

> *"Formålet med loven er å fremme det kommunale og fylkeskommunale selvstyret og legge nødvendige rammer for det. Loven skal legge til rette for et sterkt og representativt lokaldemokrati med aktiv innbyggerdeltakelse.*
>
> *Loven skal legge til rette for at kommuner og fylkeskommuner kan yte tjenester og drive samfunnsutvikling til beste for innbyggerne, og bidra til at kommuner og fylkeskommuner er effektive, tillitsskapende og bærekraftige."*

Det er neppe noen stor uenighet om hvilke hensyn kommuneloven primært er ment å fremme. Det kan likevel diskuteres hvilke begreper som best gir uttrykk for dette. Etter Advokatforeningssyn angir flertallets forslag til formålsbestemmelse de viktigste hensynene bak loven på en tilfredsstillende og

enkel måte. Advokatforeningen mener derfor at flertallets forslag til formulering er å foretrekke.

3.2 Til lovens virkeområde § 1-2

Kommunelovutvalget har i hovedsak foreslått videreføring av dagens lov hva gjelder virkeområde. Advokatforeningen synes dette virker hensiktsmessig. I den grad kommunen har overlatt oppgaver til andre organer vil – selv om kommuneloven ikke gjelder – forvaltningsloven kunne komme til anvendelse, jf. fvl. § 1.

4. Til forslagets kapittel 2 – Det kommunale og fylkeskommunale selvstyre

4.1 Lovfesting av kommunalt selvstyre i § 2-1

Kommunelovutvalget har foreslått å lovfeste det kommunale selvstyre i ny § 2-1. Etter at utvalget avga sin utredning, vedtok Stortinget 31. mars 2016 å grunnlovfeste det kommunale selvstyret i Grl. § 49 andre ledd.

I beskrivelsen av gjeldende rett fremgår det at kommunestyret treffer vedtak på vegne av kommunen så langt ikke annet følger av lov eller delegasjon. Det fremgår at kommunene er egne rettssubjekter og at det krever hjemmel i lov for å begrense kommunenes handlefrihet. Videre fremgår det at kommunens kompetanse er negativ avgrenset. Advokatforeningen er enig i disse rettslige utgangspunktene for det kommunale selvstyret.

Kommunelovutvalget begrunner forslaget om å lovfeste det kommunale selvstyre i utredningen punkt 4.7.1. Begrunnelsen ville formodentlig sett annerledes ut dersom utredningen var avgitt etter endringen av Grunnloven. Utvalget påpeker imidlertid at en lovfesting av det kommunale selvstyre i kommuneloven vil kunne føre til økt fokus på og bevissthet om det lokale selvstyret, og at det lokale selvstyret derigjennom reelt styrkes.

Etter Advokatforenings syn er det, uavhengig av grunnlovfestingen, naturlig at det lokale selvstyre fremgår klart av kommuneloven, og det gis et mer konkret innhold der. Slik regulering finner vi i både svensk, dansk og finsk rett.[1] Sammen med den nye Grl. § 49 andre ledd, vil regulering av det lokale selvstyre i kommuneloven bidra til å sikre at Norge overholder sine folkerettslige forpliktelser i Europeisk charter om lokalt selvstyre artikkel 2 og 4.

Utvalget har ikke hatt til hensikt å definere det lokale selvstyre, men heller å regulere sentrale elementer i det kommunale selvstyret. Advokatforeningen oppfatter forslaget som en kodifisering av gjeldende rett. Dette er etter Advokatforeningens syn en fornuftig tilnærming som gir praktisk anvendelig informasjon til brukerne av loven. Den foreslåtte bestemmelsen synliggjør hensynet til lokaldemokratiet, samtidig som det fremgår at lokaldemokratiet må utøves innenfor nasjonale rammer og med de begrensninger som følger av lovgiving. Forslaget inneholder også grunnleggende opplysninger om kommuners rettsstilling, som for eksempel at de er egne rettssubjekter og at nasjonale myndigheter må ha hjemmel i lov for å begrense kommuners handlefrihet. Misforståelser om kommuners rettsstilling er ganske utbredt. Den foreslåtte bestemmelsen vil bidra til å klargjøre dette. Advokatforeningen støtter med andre ord forslaget til ny § 2-1.

[1] Se utredningen pkt. 4.4

4.2 Lovfesting av prinsipper for nasjonale myndigheters forhold til det kommunale og fylkeskommunale selvstyre i § 2-2

Kommunelovutvalgets flertall foreslår å lovfeste noen overordnede prinsipper for hvordan nasjonale myndigheter bør forholde seg til det kommunale og fylkeskommunale selvstyre i § 2-2. Selv om det har vært stor politisk oppslutning om de aktuelle prinsippene, mener kommunelovutvalget at de ikke blir godt nok fulgt opp i praksis. Noen tilsvarende regulering finnes ikke i dag. Kommunelovutvalget foreslår følgende:

> *"§ 2-2. Prinsipper for nasjonale myndigheters forhold til det kommunale og fylkeskommunale selvstyret*
>
> *Det kommunale og fylkeskommunale selvstyret bør ikke begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål.*
>
> *Offentlige oppgaver bør fortrinnsvis legges til organer som er så nær innbyggerne som mulig.*
>
> *Innenfor rammene av nasjonal økonomisk politikk bør kommuner og fylkeskommuner ha frie inntekter som gir økonomisk handlingsrom".*

Mindretallet, bestående av Flåten, foreslår at forslaget utgår.

Norge har langt på vei forpliktet seg folkerettslig til å overholde dem gjennom Charteret om lokalt selvstyre artikkel 4 nr. 3, artikkel 8 nr. 3 og artikkel 9. Advokatforeningen er derfor enig i at disse prinsippene bør overholdes. Advokatforeningen stiller imidlertid spørsmål ved om *lovfesting* av prinsippene er et egnet virkemiddel for å sikre at for eksempel forfatterne av lovforslag og forskrifter gjør en reell vurdering av proporsjonalitetsprinsippet, nærhetsprinsippet og kommunenes økonomi. Et mer nærliggende alternativ er, etter Advokatforeningens syn, å innta krav i Utredningsinstruksen om at disse prinsippene skal vurderes ved arbeidet med lover og forskrifter som berører kommunesektoren.[2] Tilsvarende veiledning kan inntas i andre dokumenter som gjelder nasjonale myndigheters forhold til kommunene.

5. Til forslagets kapittel 3 – Kommuneinndeling og kommunenavn

Advokatforeningen har ingen merknader til utvalgets forslag.

6. Til forslagets kapittel 4 – Informasjon om kommunens og fylkeskommunens virksomhet

Advokatforeningen synes det er positivt at utvalget ønsker å videreføre informasjonsplikten.

Utvalget understreker at brudd på plikten – eksempelvis at kommunen lar være å informere om bestemte forhold – ikke kan gi grunnlag for erstatning, jf. utredningen side 68 høyre spalte. Advokatforeningen forstår dette dithen at utvalget med dette ikke har ment å gripe inn i det alminnelige erstatningsansvar for informasjon og opplysninger gitt fra kommunen.

[2] Instruks om utredning av konsekvenser, foreleggelse og høring ved arbeidet med offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget

Utvalget tar ikke opp kommunens ansvar ved feilinformasjon. Advokatforeningen legger til grunn på samme måte som over at det ikke er meningen å påvirke det alminnelige informasjonsansvaret som er etablert i rettspraksis.

7. Til forslagets kapittel 5 – Kommunal organisering

Advokatforeningen har ingen merknader til utvalgets forslag til bestemmelser for folkevalgte organer og folkevalgte. Det samme gjelder bestemmelser om kommunens administrasjon.

Utvalget peker på at de ulovfestede regler om delegasjon ikke er helt faste, og blant annet på den bakgrunn ønsker utvalget å videreføre, presisere og justere dagens regler. Dette synes fornuftig. Imidlertid bør adgangen til å delegere fra folkevalgte organer til enkeltpersoner i administrasjonen gjøres enda tydeligere. Advokatforeningen forstår utvalget dithen at de folkevalgte organer kan delegere ansvar til kommunedirektøren, som igjen kan delegere videre innenfor sin administrasjon.

Et annet aspekt, som utvalget i liten grad er inne på, er anledningen til å sette ut saksbehandling til eksterne konsulenter, som i realiteten overtar ikke bare saksbehandlingen men også (i praksis) langt på vei beslutningsmyndigheten. Advokatforeningen mener det kan være grunn for departementet til å se på dette og regulere dette nærmere.

Til spørsmålet om legitimasjonsvirkninger i kommunens virksomhet er Advokatforeningen enig med utvalget i at virkninger av brudd på personelle kompetanseregler bør overlates til den alminnelige forvaltningsrett. Det er ikke nødvendig med særregulering av dette i kommuneloven. Advokatforeningen er her enig med flertallet i utvalget, se utredningen side 108. Derimot mener Advokatforeningen at det kan være fornuftig å regulere legitimasjonsvirkninger av såkalte privatrettslige disposisjoner.[3] Alternativ 1, ingen legitimasjonsvirkning, mener Advokatforeningen vil være uheldig, se utredningen side 104 flg. I tillegg til at en slik regel ikke tar hensyn til den private parts forventninger og omsetningslivets tarv, blåser vinden i Høyesterett i motsatt retning, se HR-2016-476-A. Av samme grunn mener Advokatforeningen alternativ 2 (utredningen side 105) går for kort. Derimot ser alternativ 3 ut til å balansere hensynet til den private part mot det offentliges interesser. Et stykke på vei vil dette være en regel som bygger på den alminnelige avtalerett. Legitimasjonsregelen bygger på en godtro standard, og denne vil være relativ. Jo viktigere avtale (enten prinsipielt eller pekuniært), desto mer må det kreves av den private part for å kunne være i *aktsom* god tro med hensyn til nødvendig fullmakt.

8. Til forslagets kapittel 6 – Ordfører

Advokatforeningen har ikke særskilte synspunkter på utvalgets forslag.

9. Til forslagets kapittel 7 – Valg til folkevalgte organer

Advokatforeningen har ikke særskilte kommentarer til utvalgets forslag.

10. Til forslagets kapittel 8 – Rettigheter og plikter for folkevalgte

Advokatforeningen deler utvalgets forslag om i hovedsak en videreføring av gjeldende regler.

[3] Advokatforeningen gjør oppmerksom på at det kan tenkes avtaler som ligger i grenselandet mellom utøvelse av offentlig myndighetsutøvelse og den private autonomi eller som inneholder begge elementer.

10.1 Til § 8-3 Utvidet innsynsrett for folkevalgte organer. Taushetsplikt

Utvalget foreslår å utvide de folkevalgte organenes rett til innsyn i administrasjonens dokumenter. Rettstilstanden på området med henvisning til ulovfestet rett og pålegg om reglement er uklar. Forslaget er ment å være en lovfesting og presisering av gjeldende rett og innebærer at et folkevalgt organ, på visse vilkår, har en utvidet rett til innsyn i administrasjonens saksdokumenter. Retten strekker seg lenger enn det som følger av de generelle regler om allmennhetens innsyn.

Etter utvalgets forslag skal kommunestyret som organ i utgangspunktet ha innsynsrett i alle dokumenter i kommunen. Andre folkevalgte organer bør etter utvalgets vurdering ikke ha samme innsynsrett. De bør kun ha innsynsrett i dokumenter som organet selv har til behandling, eller dokumenter i andre saker som er nødvendig for å få belyst en sak organet selv har til behandling. Utvalget ønsker at krav om innsyn skal være forankret i saksbehandling i folkevalgte organer og foreslår derfor ikke regler om utvidet innsynsrett for enkeltmedlemmer av et folkevalgt organ. Den enkelte folkevalgtes innsynsrett vil følge av de generelle reglene i offentleglova og må behandles etter dette regelverket.

I forlengelsen av utvidet innsynsrett kommer spørsmålet om de folkevalgte skal ha taushetsplikt om opplysninger som den utvidede innsynsretten har gitt dem, utover det som allerede følger av taushetsplikt etter gjeldende rett.

Utvalget mener det er viktig at opplysninger som er underlagt taushetsplikt, ikke blir spredt mer enn absolutt nødvendig. For opplysninger som er taushetsbelagte eller unntatt offentlighet, følger det da med en taushetsplikt for de folkevalgte. Kommunestyret vil kunne vedta at dokumenter som administrasjonen har unntatt offentlighet, likevel skal være offentlige. I slike tilfeller vil de folkevalgte ikke ha taushetsplikt om opplysningene i dokumentene.

Advokatforeningen støtter forslaget, og mener at dette bidrar til en klargjøring og presisering av folkevalgtes innsynsrett og taushetsplikt. Advokatforeningen forutsetter at departementet vurderer om det er behov for unntak fra bestemmelsen om utvidet innsynsrett for opplysninger som gjelder bedrifts- og forretningsforhold, og hvor utvidet innsynsrett medfører en risiko for at opplysninger kommer på avveie.

11. Til forslagets kapittel 9 – Kommunale foretak

Advokatforeningen har ikke særskilte synspunkter på utvalgets forslag.

12. Til forslagets kapittel 10 – Parlamentarisme

Advokatforeningen har ikke særskilte synspunkter på utvalgets forslag.

13. Til forslagets kapittel 11 – Saksbehandling i folkevalgte organer

Etter utvalgets oppfatning bør hovedelementene i saksbehandlingsreglene videreføres, men tydeliggjøres og utvikles noe, slik at reglene i utgangspunktet skal gjelde for alle folkevalgte organer.

Utvalget mener at dagens regler om møteoffentlighet i hovedsak fungerer bra, og at de ulike hensyn

avveies på en god måte. Det foreslås enkelte endringer, blant annet at folkevalgte organer kan unnta fra offentlighet saksliste og møteprotokoll fra medarbeidersamtaler med rådmannen, jf. forslagets § 11-3, 3. ledd og § 11-4, annet ledd. Advokatforeningen støtter disse forslagene.

Videre foreslås det at folkevalgt organ kan lukke møter hvor kommunen mottar informasjon fra kommunens advokat og hvor det er forhold ved saken som tilsier at det er grunn for det, jf forslagets § 11-5, tredje ledd. Dette innebærer en utvidelse av dagens adgang til lukking av møter etter någjeldende kommunelov § 31 nr. 5, som kun henviser til offentleglova. Advokatforeningen vil fremheve betydningen av en klargjøring på dette punkt. Advokatforeningen ser behov for en klar hjemmel for å lukke møter der de folkevalgte mottar råd fra sine advokater. Dette kan gjelde råd knyttet til pågående rettstvister eller generelle juridiske råd knyttet til bestemte saker. Advokatforeningen vil derfor støtte utvalgets forslag på dette punkt.

Advokatråd innhentet av kommunens administrasjon som i dag er unntatt offentlighet med hjemmel i offentleglova § 14 eller § 15, vil i dag ikke kunne unntas offentlighet dersom de fremlegges for folkevalgt organ. Utvalget har derfor foreslått at folkevalgte skal kunne pålegges taushetsplikt dersom de gis innsyn i slike dokumenter. Advokatforeningen vil støtte forslaget.

Etter Advokatforeningens syn vil imidlertid en bedre løsning være å gjøre slike endringer som er foreslått av Advokatlovutvalget. Advokatforeningen kan ikke se at utvalget har vurdert denne muligheten og forholdet til innsyn og merinnsyn etter offentleglova i dokumenter fra kommunens advokat. Dette spørsmålet er grundig utredet i Advokatlovutvalgets utredning NOU 2015: 3 Advokaten i samfunnet. Det vises særlig til redegjørelsen av gjeldende rett i pkt. *15.3.3. Rett til innsyn i taushetsbelagt informasjon i medhold av offentleglova* og til utvalgets vurdering i pkt. *15.7.1.9 Særlige problemstillinger om taushetsplikt der det offentlige er klient.*

Advokatforeningen er på denne bakgrunn enig i advokatlovutvalgets forslag til endringer i offentleglova §§ 18 og 32:

> § 18 skal lyde:
>
> Unntak for *advokatkorrespondanse* og rettssaksdokument.
>
> Det kan gjerast unntak frå innsyn for dokument som eit organ har utarbeidd eller motteke *i korrespondanse med advokat og som er omfatta av lov om advokater og andre som yter rettslig bistand § 27 femte leden*, eller som part i ei rettssak for norsk domstol.
>
> § 32 første ledd skal lyde:
>
> Klage
>
> Avgjerder etter denne lova kan påklagast til det forvaltningsorganet som er nærmast overordna det forvaltningsorganet som har gjort vedtaket. Avgjerder om å gi innsyn kan likevel ikkje påklagast. Fylkesmannen er klageinstans for vedtak i kommunalt eller fylkeskommunalt organ. *Fylkesmannen kan ikkje, som overordna klageinstans for kommunalt eller fylkeskommunalt organ, gi meirinnsyn i dokument omfatta av lov om advokater og andre som yter rettslig bistand § 27 femte leden etter offentleglova § 11, dersom organet sjølv har avgjort at slikt innsyn ikkje skal givast.* Kongen kan gi forskrift om kva organ som skal vere klageinstans for avgjerder tekne av statlege organ. Kongen kan også gi forskrift om kva organ som skal vere klageinstans for avgjerder av rettssubjekt som er omfatta av § 2 første ledd bokstavane b til d. Når det blir klaga på ei avgjerd frå eit departement, skal departementet opplyse klagaren om at

retten til å klage til Sivilombodsmannen ikkje gjeld for avgjerder gjorde av Kongen i statsråd.

Dersom forslaget til ny kommunelov medfører lovendringer før forslaget til ny advokatlov, mener Advokatforeningen at Advokatlovutvalgets forslag til endringer i offentleglova kan gjennomføres samtidig med ny kommunelov.

14. Til forslagets kapittel 12 – Innbyggerdeltakelse

Advokatforeningen har ingen merknader til utvalgets forslag.

15. Til forslagets kapittel 13 – Administrasjonen

Advokatforeningen har ingen merknader til utvalgets forslag knyttet til kommunedirektør og åremål

16. Til forslagets kapittel 14 – Økonomiforvaltning

16.1 Til § 14-6 Årsregnskap og bokføring

Utvalget foreslår en ny plikt for kommunene til å utarbeide et samlet regnskap for kommunen eller fylkeskommunen som juridisk enhet, dvs. et samlet regnskap for kommunekasse, kommunale foretak og eventuelt andre virksomheter, som er en del av kommunen. Målet er å gi både kommunestyret og innbyggerne en bedre oversikt over kommunens samlede økonomiske utvikling og stilling. Utvalget foreslår at kommunen ikke bør pålegges en plikt til å utarbeide konsernregnskap som omfatter både kommunen som rettssubjekt og andre rettssubjekter (selskaper) som kommunen er hel- eller deleier av (interkommunale selskaper og aksjeselskaper). Utvalget begrunner dette bl.a. med at det er tvilsomt om nytteverdien av slik regnskapsinformasjon forsvarer kostnadene ved å innføre en konsernregnskapsplikt.

Advokatforeningen støtter forslaget om at kommunen får plikt til å utarbeide et samlet regnskap for kommunen som juridisk enhet. Et konsolidert regnskap i kommunal sektor vil først og fremst ha betydning i et styringsperspektiv og er ikke primært av finansiell karakter. Et konsernregnskap vil gi kommunestyrene en samlet oversikt over virksomheten, også den som drives utenfor kommunen. Dette vil gi større demokratisk kontroll, åpenhet og innsyn i kommunenes samlede virksomhet.
For å få et bilde av den samlede tjenesteproduksjon mener Advokatforeningen at kommunene bør få plikt til å utarbeide konsernregnskaper i situasjoner der tjenesteproduksjon er lagt til virksomheter utenfor kommunen som juridisk enhet. Dette vil også kunne bidra til at det blir lettere for kommunens innbyggere og omverdenen for øvrig å forstå hva kommunen driver med totalt sett. Derigjennom sikres også demokratisk kontroll. En konsernregnskapsplikt vil kunne medføre økte kostnader for kommunene i en overgangsperiode, og den bør derfor kunne innføres gradvis.

16.2 Til § 14-13 Finansforvaltning

Dagens kommunelov inneholder ikke regler om de privatrettslige konsekvensene av brudd på reglene om finansforvaltning i § 52. Etter Advokatforeningens syn er det generelt et behov for å avklare de privatrettslige konsekvensene av brudd på kommunelovens regler om økonomiforvaltning for å unngå tidkrevende og kompliserte rettsaker i etterkant.

Kommunelovutvalget omtaler ikke hva som er gjeldende rett ved brudd på reglene om finansforvaltning. I Høyesteretts dom 29. februar 2016 mellom Danske Bank og Bremanger kommune (HR-2016-476-A) legger Høyesterett til grunn at koml. § 52 inneholder et pålegg til kommunen, men ikke en materiell skranke for hvilke avtaler kommunen kan inngå. Høyesterett tar imidlertid forbehold for situasjoner der medkontrahenten forsto eller burde ha forstått at kommunen ved å inngå den aktuelle avtalen bryter plikten i kommuneloven til å unngå finansiell risiko. I slike situasjoner uttaler Høyesterett at avtalen kan bli ugyldig på grunnlag av avtaleloven § 33.

Kommunelovutvalget foreslår i femte ledd at avtaler blir ugyldig dersom de inngås *"i strid med forbudet i § 14-1 tredje ledd første punktum"* og *"avtalepart kjente til eller burde ha kjent til at disposisjonen var i strid med forbudet."* Kommunelovutvalget forslag er med andre ord ikke så langt fra den regel Høyesterett oppstilte i dommen fra februar 2016. Banker og finansinstitusjoner som forvalter midler på vegne av kommuner, må forutsettes å kjenne relevant regelverk i kommuneloven. Kommuner anses ikke som en profesjonell aktør i finansmarkedet. I mange tilfeller vil banken eller finansinstitusjonen ha vesentlig bedre forutsetninger enn kommunen til å vurdere den økonomiske risikoen.

Etter Advokatforeningens syn fremstår utvalgets forslag å være basert på en rimelig avveining av hensynet til kommunen og avtalemotpartene. Etter Advokatforeningens syn bør finansinstitusjoner som handler med kommunen ha en selvstendig plikt til å gjøre nødvendige undersøkelser for å forsikre seg om at avtalene som inngås ikke strider mot kommuneloven. Advokatforeningen oppfordrer departementet til å vurdere i hvilken grad kommunenes bruk av egne rådgivere, formidlere eller mellommenn, skal frita bankene for sitt ansvar. Dette bør klargjøres i loven eller forarbeidene til loven.

16.3 § 14-14. Låneformål og vilkår for å ta opp lån

Dagens lov regulerer ikke de privatrettslige konsekvensene av at en kommune tar opp et lån i strid med koml. § 50. Utvalget tar ikke stilling til hva som er gjeldende rett, men foreslår i niende ledd at låneavtaler blir ugyldig dersom «*långiver kjente til eller burde ha kjent til at låneopptaket er i strid med første til syvende ledd».* Utvalget forutsetter at banken ikke vil være i aktsom god tro med mindre den har gjort visse forhåndsundersøkelser. På den annen side vil banken ikke bære risikoen for at kommunen bruker pengene til andre formål enn de opplyste.

Etter Advokatforeningens syn fremstår denne løsningen som rimelig avveining av hensynet til kommunen og banknæringen. For øvrig vises det til Advokatforeningens merknader til § 14-13.

16.4 § 14-16. Garantier

Utvalget foreslår i ny § 14-16 fjerde ledd at statlig godkjenning skal være en forutsetning for at garantitilsagn/-avtaler skal være rettsgyldige. Departementet skal føre kontroll med at garantien ikke strider mot andre og tredje ledd. Advokatforeningen er enig i at manglende statlig godkjenning bør føre til privatrettslig ugyldighet. Det er lett for avtalemotparten å kontrollere om statlig godkjenning foreligger.

16.5 § 14-17. Pantsetting for andres gjeld

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett. Advokatforeningen mener dagens regulering er tilfredsstillende og er positiv til utvalgets forsøkt på å gjøre språket mer tilgjengelig.

16.6 § 14-18. Overdragelse av krav på skatter og avgifter

Advokatforeningen deler utvalgets oppfatning av at effektivitetshensyn tilsier at brudd på forbudet mot å overdra kommunens krav på skatter og avgifter, tilsier at slike avtaler bør bli privatrettslig ugyldig.

16.7 § 14-19. Motregning

Advokatforeningen deler utvalgets oppfatning av at det følger av gjeldende rett at motregningsforbudet er en privatrettslig ugyldighetsgrunn, og at det ellers ville være vanskelig å se for seg at regelen skulle virke etter sin hensikt.

16.8 Virkninger av privatrettslig ugyldighet – restitusjonsoppgjør

Kommunelovutvalget har ikke tatt stilling til spørsmålet om virkninger av privatrettslig ugyldighet på grunn av brudd på økonomireglene i kommuneloven. Etter Advokatforeningens syn er slik regulering nødvendig. Det har begrenset verdi å vite at en låneavtale eller garantiavtale er ugyldig, dersom man ikke vet hva som er konsekvensene av ugyldigheten.

17. Til forslagets kapittel 17 Interkommunalt samarbeid

Advokatforeningen har ikke merknader til utvalgets forslag.

18. Til forslagets kapittel 18 Regionråd

Advokatforeningen har ingen merknader til forslaget.

19. Til forslagets kapittel 19 Kommunaltoppgavefellesskap

Advokatforeningen har ingen merknader til forslaget

20. Til forslagets kapittel 20 Vertskommune

21. Til forslagets kapittel 21 – Representasjon av begge kjønn i styret i aksjeselskaper

Bestemmelsen er en videreføring av tilsvarende bestemmelse i nåværende kommunelov § 80 a. Det er gjort språklige endringer uten at man har tilsiktet å endre innholdet.

Advokatforeningen er enig i dagens regel om kjønnsrepresentasjon som et likestillingstiltak og har ingen innvendinger mot utvalgets språklige endringer. Reglene om representasjon av begge kjønn i styret i statsaksjeselskaper er inntatt i aksjeloven § 20-6. Det kan stilles spørsmål om reguleringen i kommuneloven heller burde vært inntatt i aksjeloven på samme måte. Sammenlikningen med reguleringen av statsaksjeselskaper reiser også en problemstilling om hvorfor bare heleide statsaksjeselskaper er omfattet av bestemmelsen, når selskaper med 2/3 flertall for det offentlig er omfattet i kommunelovens regulering. Advokatforeningen finner det naturlig at departementet vurderer disse spørsmålene.

22. Til forslagets kapittel 22 – Kommunestyrets og fylkestingets kontrollansvar

Kommunelovutvalget foreslår å videreføre gjeldende regler i kommuneloven § 76 første og andre punktum og legger stor vekt på betydningen av kommunenes egenkontroll. Generelt foreslår utvalget en styrking av egenkontrollen.

Advokatforeningen er enig med utvalget i dette og har ingen ytterligere merknader.

23. Til forslagets kapittel 23 – Kontrollutvalg

Kommunelovutvalget foreslår i det vesentlige en videreføring av reglene om kontrollutvalg, men med enkelte endringer som skal styrke kontrollen, bl.a. at kontrollutvalget skal økes fra tre til minst fem medlemmer. Videre forslås det i § 23-6 femte ledd en ny regel som utvider kontrollutvalgets rett til å kreve opplysninger og få gjennomført undersøkelser av alle virksomheter som utfører oppgaver på vegne av kommunen eller fylkeskommunen, herunder selskaper helt uten kommunal eierandel. Retten er begrenset til det som er nødvendig for å kontrollere om virksomheten oppfyller kontraktsforpliktelser overfor kommunen eller fylkeskommunen.

Kommunen får på denne måten et innsyn i avtaleparters indre forhold og kontrakts oppfyllelse som går utover det som normalt er tilfelle i vanlige kontraktsforhold, og avtaleparten har ingen tilsvarende særlig rett til innsyn i kommunens forhold. Selv om en slik skjevhet i avtaleforholdet kan synes betenkelig isolert sett, finner Advokatforeningen at hensynet til oppfyllelse av offentlige oppgaver gir tilstrekkelig begrunnelse for bestemmelsen.

Kommunelovutvalget har delt seg i et flertall og et mindretall i forslaget til § 23-7 tredje ledd bokstav b når det gjelder hvorvidt rollen til kontrollutvalgssekretariatet skal kunne kombineres med oppdrag som revisor for kommunen. Flertallet mener en slik kombinasjon vil innebære en betydelig svekkelse av sekretariatets uavhengighet. Mindretallet vektlegger imidlertid at en sekretærfunksjon for revisjonen vil medføre at et eget sekretariat blir overflødig, noe som reelt sett kan styrke sekretariatsfunksjonen siden sekretariatene i mange tilfeller er små og uten krav til kompetanse.

Advokatforeningen ser dilemmaet mellom uavhengighet og kompetansestyrking på dette punktet. I den grad små sekretariater blir sårbare for kompetansekrav, er Advokatforeningen enig med mindretallet i at en kompetansestyrking bør prioriteres.

Advokatforeningen er, som tidligere nevnt, enig i at kommunenes egenkontroll bør styrkes og har for øvrig ikke merknader til de foreslåtte reglene.

24. Til forslagets kapittel 24 – Revisjon

Advokatforeningen har ikke særskilte synspunkter på utvalgets forslag.

25. Til forslagets kapittel 25 – Internkontroll

Advokatforeningen har ikke merknader til utvalgets forslag på dette punktet.

26. Til forslagets kapittel 26 – Kommunalt og fylkeskommunalt tilsyn

Advokatforeningen har ikke særskilte synspunkter på utvalgets forslag.

27. Til forslaget kapittel 25 – Internkontroll

Advokatforeningen har ikke merknader til utvalgets forslag på dette punktet.

28. Til forslagets kapitel 26 – Kommunalt og Fylkeskommunalt tilsyn

Kommunelovutvalgets flertall foreslår i § 26-1 en ny bestemmelse om at kommunen skal legge til rette for at likebehandling sikres og at tilsynet blir så uavhengig som mulig i de tilfeller hvor kommunen skal gjennomføre lovpålagt tilsyn med egen virksomhet eller eiendom. Kommunen vil i disse tilfelle være i en dobbeltrolle ved å føre tilsyn med seg selv. Det vil dessuten være tilfeller hvor kommunen fører tilsyn med private aktører som yter tjenester i konkurranse med kommunene, f.eks. barnehagetjenester.

For å bidra til åpenhet og etterrettelighet forslår et mindretall i tillegg et krav til at kommunen skal dokumentere ivaretakelse av likebehandling og uavhengighet.

Et annet mindretall er enig i hensynene bak bestemmelsen, men mener at en lovregulering ikke er hensiktsmessig siden flertallets forslag kun innebærer en kodifisering av allerede eksisterende prinsipper om forbud mot usaklig forskjellsbehandling. For øvrig medfører kravet til at tilsynet bør være «så uavhengig som mulig», samt at kommunene selv skal bestemme hva dette innebærer, at bestemmelsen ikke er egnet for rettslig prøving eller lovlighetskontroll og at det kun gir uttrykk for en idealnorm eller et politisk styringssignal.

Advokatforeningen er naturlig nok enig i de underliggende formål om likebehandling og uavhengighet ved kommunalt tilsyn, men støtter det mindretallet som går imot forslaget til § 26-1, slik det lyder i flertallets forslag. En lovfesting av et av mange utslag av det generelle forbudet mot usaklig forskjellsbehandling fremstår som unødvendig og kan skape uklarhet om prinsippets rekkevidde i andre sammenhenger hvor det ikke gjøres tilsvarende presiseringer. En bestemmelse om at tilsyn skal være så uavhengig «som mulig» uten at det medfører noen konkrete forpliktelser som kan etterprøves, er etter Advokatforeningens mening uheldig. Kommuneloven skal oppstille tydelige krav og minimumsforpliktelser som kommunal forvaltning må oppfylle. Dersom det i tillegg inntas uforpliktende anvisninger på idealnormer, kan dette svekke lovens funksjon som en presis angivelse av forvaltningens minimumsforpliktelser.

29. Til forslagets kapittel 27 – Eierstyring

Kommunelovutvalget foreslår en bestemmelse med krav om eierskapsmelding i § 27-1 som er ny i forhold til gjeldende lov. Slik melding skal utarbeides minst én gang i valgperioden og vedtas av kommunestyret eller fylkestinget selv. Bestemmelsen angir også enkelte minstekrav til eierskapsmeldingen.

Advokatforeningen støtter kommunelovutvalgets forslag. Kommunal virksomhet settes i stadig større grad ut i kommunale selskaper, og det er viktig at kommunen har et aktivt og bevisst forhold til denne virksomheten. Det er derfor riktig at det stilles krav til kommunens oppfølgning og gjennomgang.

Utvalgets forslag medfører at det kommunestyret selv må utarbeide meldinger som gir oversikt over kommunens engasjement i selskaper og føringer på hvordan eierskapet skal forvaltes.

30. Til forslagets kapittel 28 – Lovlighetskontroll

Kommunelovutvalget foreslår i alt det vesentlige å videreføre dagens regler om lovlighetskontroll i kommuneloven § 59 i et nytt kapittel 28.

Advokatforeningen er enig i at ordningen med lovlighetskontroll bør opprettholdes, både hvor kravet kommer fra et mindretall i kommunestyret og hvor kontrollen skjer etter fylkesmannens initiativ. Særlig for vedtak som ikke er enkeltvedtak, vil lovlighetskontroll ofte være den mest nærliggende muligheten til å få prøvd vedtaket. Som påpekt av utvalget er også ordningen en rimelig og forholdsvis enkel måte for kommunene å få rettsavklaring på og en måte å få løst konflikter om rettsspørsmål internt i en kommune. Ordningen bidrar til å sikre at kommunens vedtak er lovlige og sikrer dermed legitimiteten ved kommunenes virksomhet.

Kommuner er forpliktet til å følge loven. Advokatforeningen kan dermed ikke se at hensynet til det kommunale selvstyre er et motargument mot lovlighetskontroll i seg selv. Advokatforeningen viser imidlertid til sin høringsuttalelse 27. april 2016 om etablering av tvisteløsningsmekanisme for rettslige tvister mellom stat og kommune mv. Mangelen på domstolskontroll i tilfeller der fylkesmannen eller departementet opphever kommunens vedtak er med dagens regulering en reell svakhet ved det kommunale selvstyret. Prosessen ved lovlighetskontroll er verken så grundig eller betryggende som en domstolsprosess, men kan få stor betydning for den enkelte kommune. Som utvalget påpeker på s. 373 er det ingen av de øvrige nordiske landene som gir kommuner et så svakt vern. Dette problemet vil imidlertid avhjelpes dersom de foreslåtte endringene i tvisteloven i ovennevnte høring vedtas.

Kommunelovutvalget foreslår å klargjøre og å øke tilgjengeligheten til reglene om lovlighetskontroll på flere punkter. I dag fremgår for eksempel ikke hvilke avgjørelser som kan kontrolleres eller helt grunnleggende saksbehandlingsregler, som den absolutte fristen på tre uker for å fremme sak, av lovteksten. Advokatforeningen støtter utvalgets forslag om klargjøring i lovteksten.

31. Til forslagets kapittel 29 – Statlig kontroll med kommuner og fylkeskommuner med økonomisk ubalanse (ROBEK)

31.1 Til § 29-3 Departementets kontroll med årsbudsjett og låneopptak

Kommunelovutvalget foreslår i § 29-3 fjerde ledd at langsiktige leieavtaler som nevnt i bokstav c første ledd ikke er privatrettslig gyldig uten at departementets godkjenning foreligger. Lovutvalget har lagt vekt på at regelen skal gi ROBEK-kommunene et effektivt vern. Under forutsetning av at ROBEK-listen har positiv og negativ troverdighet, slik utvalget har lagt til grunn, er Advokatforeningen enig i at regelen balanserer hensynet mellom kommunen og avtalemotparten på en tilfredsstillende måte. Det vil være enkelt for avtalemotparten å kontrollere om en kommune er ROBEK-kommune. Regelen vil være enkel å praktisere og gi begge parter forutberegnelighet.

Utvalget foreslår videre at en avtale om lån er ikke gyldig hvis kommunens långiver kjente til eller burde ha kjent til at låneopptaket går utover lånerammen eller er i strid med vilkår for bruk av lånerammen som departementet har fastsatt etter andre ledd. Lånegodkjenningen knytter seg ikke til den enkelte avtale,

men til en låneramme. En tilsvarende enkel løsning som for leieavtaler, er derfor ikke et alternativ. Utvalget legger til grunn at långiveren vil ha en særlig undersøkelsesplikt ved utlån til ROBEK-kommuner. Långiveren må gjøre undersøkelser knyttet til lånets formål, om det ligger innenfor lånerammen og om det kan være i strid med vilkår satt opp av departementet. Advokatforeningen er enig i dette.

32. Til forslagets kapittel 30 – Utlegg og konkurs. Betalingsinnstilling og statlig tilsynsnemnd

Advokatforeningen har ikke merknader til dette.

33. Til forslagets kapittel 31 – Statlig tilsyn

Advokatforeningen har ikke merknader til dette.

34. Advokatforeningen har ikke merknader til utvalgets forslag til kapittel 31 utover særmerknadene til §§ 31-5 og 31-6 nedenfor.

34.1 § 31-5 Partsrettigheter

Utvalget foreslår å lovfeste at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak skal gjelde generelt ved statlig tilsyn med kommunesektoren. Konkret er det snakk om å gi forvaltningsloven kap. IV, V, IV, samt §§ 41 og 42 anvendelse for statlig tilsyn i sin alminnelighet. Ovennevnte bestemmelser i forvaltningsloven inneholder blant annet krav om varsel før vedtak, rett til partsinnsyn, krav til begrunnelse av vedtak og klagerett for kommunen, samt bestemmelser om virkning av feil og utsatt iverksettelse. Forslaget er dels en videreføring av kommunenes eksisterende rettigheter og dels en utvidelse i forhold til gjeldende rett. Som påpekt av utvalget i punkt 29.2.2.2 får kommunene i dag slike rettigheter i saker om pålegg, jf. § 60 d første og fjerde ledd. Det kan imidlertid være vanskelig å si når en sak går over fra å være en alminnelig tilsynssak til en sak som kan munne ut i et pålegg. Utvalget foreslår videre å fjerne ordningen med rettefrist før endelig vedtak fattes i dagens § 60 d andre ledd.

Utvalgets begrunnelse for dels å klargjøre kommunenes rettigheter og dels gi kommunene nye rettigheter, er at kommunene er selvstendige rettssubjekt som har et krav på alminnelige rettigheter på lik linje med andre selvstendige rettssubjekt. Utvalget viser også at disse grunnleggende prosessuelle rettighetene i forbindelse med en tilsynssak er viktig for å styrke det kommunale selvstyret. Når utvalget samtidig foreslår å fjerne bestemmelsen om rettefrist før vedtak i dagens § 60 d andre ledd, antar utvalget at tilsynsprosessen normalt vil ta noe kortere tid enn i dag.

Advokatforeningen støtter forslaget fra utvalget om å gi forvaltningsloven kap. IV, V, IV, samt §§ 41 og 42 anvendelse for statlig tilsyn i sin alminnelighet. Hensynet til det kommunale selvstyret tilsier at kommunene bør ha slike grunnleggende partsrettigheter i forbindelse med tilsyn. Et viktig formål med forvaltningslovens regler er å sikre kvaliteten på vedtak. Å gi forvaltningslovens bestemmelser om kontradiksjon og begrunnelse av vedtak virkning, vil formodentlig kunne bidra til å heve kvaliteten på tilsynsvirksomheten også i de tilfeller det ikke munner ut i pålegg. Advokatforeningen antar dessuten at mange av saksbehandlingsreglene i praksis følges ved tilsyn allerede og at det dermed ikke vil medføre noen stor tilleggsbyrde for fylkesmannen og øvrige statlige tilsynsmyndigheter om regelen gis virkning. Når prosessen for øvrig forenkles ved å oppheve reglene om rettefrist før vedtak, kan ikke Advokatforeningen se at det er tungtveiende motforestillinger mot å gi kommunene de ovennevnte

rettighetene i forbindelse med tilsyn.

Utvalget omtaler tvisteløsning kort i 29.2.4. Advokatforeningen er, slik det fremgår av vår høringsuttalelse 27. april 2016 om etablering av tvisteløsningsmekanisme for rettslige tvister mellom stat og kommune mv., enig i at vedtak i tilsynssaker bør kunne bringes inn for rettslig prøving.

34.2 § 31-6 Samordning av statlige tilsynsmyndigheter

I kommuneloven § 60 e er fylkesmannen gitt i oppgave å samordne alt planlagt statlig tilsyn overfor den enkelte kommune. Utvalget foreslår å videreføre regelen i ny § 31-6 med noen endringer. Utvalget synes å være av den oppfatning at samordningen av tilsyn i dag ikke fungerer godt nok og at dette går ut over kvaliteten på det enkelte tilsyn, er tyngende for kommunene og ineffektivt. Endringen er derfor ment å styrke samordningen ved å pålegge fylkesmannen og øvrige statlige tilsynsmyndigheter mer kokrete saksbehandlingsplikter i kommuneloven. Endringene består blant annet i at fylkesmannen får en plikt til å vurdere det samlede omfanget av statlig tilsyn for den enkelte kommune, en plikt for fylkesmannen til å videreformidle denne vurderingen til øvrige tilsynsmyndigheter og så videre.

I tredje ledd tredje setning foreslår flertallet følgende regulering:

> *"Fylkesmannen kan pålegge øvrige tilsynsmyndigheter å tilpasse tilsynsaktivitetene for å unngå at det samlede omfanget av tilsyn i den enkelte kommunen eller fylkeskommunen blir større enn det som er forsvarlig."*

Mindretallet (Flåten) støtter ikke flertallet og begrunner dette i at fylkesmannen ikke bør kunne fatte beslutninger om omfang og detaljeringsgrad i tilsyn utført av tilsynsinstanser.

Advokatforeningen anser det som fornuftig at fylkesmannen er gitt i oppgave å samordne tilsyn og støtter at denne bestemmelsen videreføres. Selv om intensjonen om å styrke samordningsrollen er god, fremstår den nye bestemmelsen som forholdsvis omstendelig. Advokatforeningen stiller spørsmål ved formålet om å styrke samordningen best oppnås gjennom lovpålegg. Andre virkemidler enn lov fremstår for Advokatforeningen som bedre egnet for å fremme fylkesmannens rolle som koordinator, som for eksempel veiledere om hvordan koordinatorrollen skal utøves.

35. Til forslagets kapittel 32 – Ikrafttredelse, overgangsbestemmelser og endringer i andre lover

Advokatforeningen har ikke foretatt noen gjennomgang av andre lover som viser til kommuneloven eller sektorlover hvor ansvaret primært ligger hos kommunene. Eksempler på slike lover er helse- og omsorgstjenesteloven, sosialtjenesteloven, barnevernloven, opplæringslova, plan- og bygningsloven, matrikkellova, fjellova, alkoholloven, eigedomskattelova, lov om interkommunale selskaper etc. Etter Advokatforeningens syn er det viktig av hensyn til sammenhengen mellom de ulike lovene som regulerer kommunal virksomhet, at det gjøres en slik helhetlig gjennomgang dersom ny kommunelov vedtas. En slik gjennomgang ble foretatt i forbindelse med kommuneloven av 1992 og bør også gjøres i forbindelse med en eventuell ny lov.

36. Redigeringsspørsmål

Flere av bestemmelsene i loven er lange med mange ledd. Av hensyn til brukerne av loven, foreslår Advokatforeningen at leddene nummereres.

Med vennlig hilsen

Jens Johan Hjort
leder

Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no