

Sigrid Stokstad
Kjell-Arve Harvold

Statlig tilsyn

Vurdering av klarhetsprinsipp og terskel for dokumentasjon



NIBR

By- og regionforskningsinstituttet

HØGSKOLEN I OSLO
OG AKERSHUS

Statlig tilsyn

- vurdering av klarhetsprinsipp og terskel for dokumentasjon

Andre publikasjoner fra NIBR:

NIBR-rapport 2011:18

**Samordning av statlig tilsyn og
systemrevisjon som tilsynsmetode**

NIBR-rapport 2013:20

**Hvordan påvirker det statlige tilsynet
kommune og det lokale selvstyret?**

Publikasjonene
kan skrives ut fra
<http://www.hioa.no/nibr>

Sigrid Stokstad
Kjell-Arve Harvold

Statlig tilsyn – vurdering av klarhetsprinsipp og terskel for dokumentasjon

NIBR-rapport 2017:9

Tittel: Statlig tilsyn – vurdering av klarhetsprinsipp og terskel for dokumentasjon

Forfatter: Sigrid Stokstad og Kjell-Arve Harvold

NIBR-rapport: 2017:9

ISSN: 1502-9794
ISBN: 978-82-8309-196-0 (Trykt)
978-82-8309-197-7 (Elektronisk)

Prosjektnummer: 3658

Prosjektnavn: Statlig tilsyn

Oppdragsgiver: KS

Prosjektleder: Sigrid Stokstad

Referat: Rapporten tar utgangspunkt i erfaringer med statlig tilsyn i kommunene og innholdet i klarhetsprinsippet som gjelder for statlig tilsyn i dansk rett. Dette gir grunnlag for en vurdering av mulige lovendringer som kan bidra til å innsnevre rammene for statlig tilsyn i Norge.

Sammendrag: Norsk og engelsk

Dato: Mai 2017

Antall sider: 48

Utgiver: By- og regionforskningsinstituttet NIBR
Høgskolen i Oslo og Akershus
Postboks 4 St. Olavs plass
0130 OSLO
Telefon: (+47) 67 23 50 00
E-post: post@nibr.hioa.no
Vår hjemmeside: <http://www.hioa.no/nibr>

Trykk: X-idè
Org. nr. NO 997058925 MVA
© NIBR 2016

Forord

Denne rapporten oppsummerer prosjektet «Tilsyn –vurdering av klarhetsprinsipp og terskel for dokumentasjon», finansiert av Kommunenes sentralforbund (KS). Prosjektet ble gjennomført i perioden mars til mai 2017.

Rapporten er skrevet av By- og regionforskningsinstituttet NIBR, Høgskolen i Oslo og Akershus, ved Kjell Harvold og Sigrid Stokstad, med sistnevnte som prosjektleder.

Prosjektets informasjonskilder har primært vært dokumenter og tidligere studier på dette feltet. Det har i tillegg vært gjennomført intervju med noen utvalgte kommuner i Norge samt tre intervju med informant i Danmark. Prosjektet har vært avgrenset og gjennomført på kort tid.

Vi vil takke for nyttig informasjon fra informanter som vi har intervjuet i Norge og Danmark.

Oslo, mai 2017

Trine M. Myrvold
Forskningsjef

Innhold

Forord	1
Figuroversikt	4
Sammendrag.....	5
Summary	6
1 Innledning.....	8
1.1 Rammer for oppdraget.....	8
1.2 Metode.....	9
1.3 Gangen i rapporten.....	10
2 Hvordan fungerer det statlige tilsynet med kommunene?.....	12
2.1 Tilsynsprosessen.....	12
2.2 Kommunenes erfaringer	14
2.3 Avgrenset eller vidt statlig tilsyn?.....	17
3 Mer avgrenset statlig tilsyn med kommunene?	20
3.1 Innledning	20
3.2 Veiledning i stedet for tilsyn.....	21
3.3 Bedre samordning	23
3.4 Avgrensing av tilsynsystema.....	24
3.5 Skranke for dokumentasjonskrav	26
3.6 Forsterket lovlighetskranke.....	28
3.6.1 Lovlighetsskranken	28
3.6.2 Utforming av kommunenes lovpålagte plikter etter særlovgivningen.....	29
3.6.3 Klarhetskrav – forsterking av lovlighetskravet	30
3.7 Klage og søksmål	31
3.7.1 Kommunenes klageadgang.....	31
3.7.2 Søksmålsadgang i tvister med staten	32
3.8 Oppsummering	32
4 Klarhetsprinsippet i dansk rett	34
4.1 Statlig tilsyn med kommunene i Danmark sett i forhold til i Norge	34

4.2	Klarhetsprinsippet.....	37
5	Lovendringsforslag.....	39
5.1	Forsterket lovlighetsskranke - Innføring av «klarhetsprinsipp» ved statlig tilsyn.....	39
5.1.1	Innledning.....	39
5.1.2	Innholdet i et klarhetsprinsipp.....	40
5.1.3	Hvilke trinn i tilsynsprosessen skal klarhetsprinsippet omfatte?	41
5.1.4	Prosessuelle rettigheter.....	41
5.1.5	Hvordan vil et klarhetsprinsipp påvirke hva det føres tilsyn med?.....	42
5.1.6	Lovforslag	42
5.2	Terskel for å kreve dokumentasjon.....	43
5.2.1	Innledning.....	43
5.2.2	Innhold i en skranke for å kreve dokumentasjon.....	43
5.2.3	Prosessuelle rettigheter.....	44
5.2.4	Hvordan vil klageadgang påvirke tilsynet?	45
5.2.5	Lovforslag	45
6	Avslutning.....	46
	Litteratur	47

Figuroversikt

Figur 2.1: <i>Oversikt over tilsynsprosessen</i>	13
Figur 3.1: <i>Avgrensing av statlig tilsyn</i>	20

Sammendrag

Sigrid Stokstad og Kjell Harvold

Statlig tilsyn. Vurdering av klarhetsprinsipp og terskel for dokumentasjon

NIBR-rapport 2017:9

I dette prosjektet har vi undersøkt mulige endringer i rammene for statlig tilsyn med kommunene, særlig innføring av et «klarhetsprinsipp» etter modell fra dansk rett og innføring av en skranke for dokumentasjonskrav fra tilsynsmyndigheten.

Vi har tatt utgangspunkt i tilgjengelig litteratur om hvordan statlig tilsyn med kommunene fungerer og gjort egne intervjuer i kommunene. Statlig tilsyn i Danmark har vi kartlagt gjennom dokumentstudier og samtaler med eksperter på dansk forvaltning og rettslig regulering av forholdet mellom stat og kommune.

Arbeidet har vist at det danske klarhetsprinsippet ikke er egnet til å overføres direkte til norsk rett. Samtidig har undersøkelsene gitt grunnlag for å angi andre elementer som kan bidra til å avgrense det statlige tilsynet med kommunene på ulike måter. Vi peker på at endringer må skje i tilsynets innledende faser dersom de skal få betydning i praksis, siden langt de fleste tilsynene avsluttes etter de innledende fasene. Reduksjon av dokumentasjonskrav i forbindelse med statlig tilsyn er ett av disse elementene, men materialet gir også grunnlag for å peke på andre forhold av betydning.

De fleste av tiltakene som er angitt for å avgrense det statlige tilsynet kan gjennomføres innenfor gjeldende rett. Når det gjelder mulige lovendringer, har vi vurdert hvordan et klarhetsprinsipp etter norsk modell kan utformes og hvordan en skranke for dokumentasjonskrav kan se ut. Vi framhever virkemidler for at disse avgrensningene av tilsynet skal gjelde også i de innledende fasene av tilsynsprosessen.

NIBR-rapport 2017:9

Summary

Sigrid Stokstad and Kjell Harvold

National Government Inspection. Considerations around a clarity principle and threshold for documentation.

NIBR-Report 2017:9

This project has focused on possible changes of the National Government Inspection (NGI) regime between the state and the municipalities. Especially, we have focused on consequences of the implementation of a “clarity principle”, inspired by the Danish legal systems. Furthermore, we have studied different possibilities for introducing a maximum documentation threshold, demanded by state authorities.

Our research approach has been twofold: We have studied available literature on how NGI towards the municipalities are working. In addition, we did perform interviews with six specially selected Norwegian municipalities. The Danish system has also been mapped through a twofold approach: Partly through interviews with Danish experts in the field, and partly through studies of available Danish literature.

Our study indicates that the Danish clarity principle has little relevance in the Norwegian legal system. At the same time, our study provides a basis for pointing out some other elements that may contribute to limit NGI towards the municipalities. We point out that changes need to be done in NGI initial phases. Reduction in the demand for documentation in connection with NGI should be considered. At the same time, our research indicates that also other elements should be looked upon.

Most of the measures suggested to reduce NGI, can be implemented within the existing legal system. When it comes to possible legal changes, we have considered how a clarity principle

can be shaped, within the Norwegian legal system and how a threshold for documentation may be outlined.

1 Innledning

1.1 Rammer for oppdraget

KS har bestilt en utredning om innføring av klarhetsprinsipp og terskel for dokumentasjonskrav for statlig tilsyn med kommunene.

Bestillingen fra oppdragsgiver er todelt. I oppdragets del I, skal følgende gjøres i henhold til kontrakten:

- Kartlegge og vurdere Danmarks erfaringer etter innføringen av klarhetsprinsipp.
- Foreslå en norsk lovtekstformulering for et slikt klarhetsprinsipp.
- Vurdere hvilke konsekvenser en innføring av et klarhetsprinsipp kan få ift. valg av tilsyn eller andre styringsvirkemidler som rundskriv, veiledere mv. som ikke er rettslig bindende for kommunene/varsel om pålegg/faktiske pålegg.
- Vurdere eksempler på tilsyn som ikke ville blitt gjennomført sett opp mot en slik lovtekstformulering, og alternative måter Fylkesmannen og direktoratet da kan arbeide på.

I oppdragets del 2, skal følgende gjøres i henhold til kontrakten

- Kartlegge om kommunene opplever at det samles inn for mye dokumentasjon ved tilsyn/belastningen for kommunen, og om kommunen dokumenterer mer enn nødvendig for å være føre var ift. tilsyn.

- Vurdere om en terskel for hva fylkesmannen kan kreve av opplysninger ifm. tilsyn er en god løsning, og hvordan en slik terskel/avklaring av dokumentasjon kan utformes juridisk i lovtekst, herunder prosessregler for å bedre kommunens posisjon.

Prosjektet bygger på dokumentstudier, tre intervjuer med danske eksperter på statlig tilsyn og seks intervjuer med aktører fra norske kommuner.

Undersøkelsene gjort i tilknytning til «Oppdragets del 1» har vist at det danske klarhetsprinsippet er ***lite egnet til å ta inn i norsk rett.***

Erfaringene fra norske kommuner viser at mange er fornøyde med det statlige tilsynet, samtidig som det blir pekt på noen forbedringspunkter. Vi finner et ganske tydelig signal om at tilsynsmyndighetene krever for mye dokumentasjon, og flere peker også på at veiledning fra statsforvaltningen er bedre egnet til å styrke kommunenes ivaretagelse av lovpålagte oppgaver enn tilsyn. Når det gjelder avgrensningen av tilsynet til å gjelde *lovlighet*, og ikke hensiktsmessighet, gir undersøkelsene av kommunenes erfaringer lite holdepunkter for at overtredelse av denne skranken oppleves som et stort problem i kommunene. Samtidig er det også vanskelig å spore en sterk bevissthet om denne skranken.

Etter kartleggingen som er utført, har vi valgt å systematisere stoffet ut i fra en sondring ***mellom avgrenset og vidt tilsyn.*** Vi tar utgangspunkt i at utøvelsen av statlig tilsyn med kommunene nå gjenspeiler en oppfatning av at tilsynet er vidt definert, på tross av avgrensningen til lovlighetstilsyn og andre rammer i lovgivningen. Så presenterer vi forslag til hvordan det statlige tilsynet kan avgrenses, og vurderer forslag til lovendringer som kan bidra til at tilsynsaktiviteten får en mer avgrenset karakter. Her har vi gått noe bredere til verks enn oppdraget umiddelbart tilsier, blant annet ut i fra at det raskt ble klart at innføring av et klarhetsprinsipp som i dansk rett ikke er å anbefale.

1.2 Metode

Prosjektet har vært basert to hovedtilnærminger. For det første har det vært gjennomført litteraturstudier av både det norske og

danske systemet for tilsyn. I Norge har det de siste årene vært gjennomført en rekke studier av hvordan statlig tilsyn med kommunene har fungert, jf. også litteraturlisten bak i denne rapporten. Tilsvarende har vi gått gjennom dokumenter som beskriver det juridiske system for tilsyn i Danmark.

Det har vært gjort flere omfattende studier av tilsyn i Norge, der et bredt utvalgt av kommuner har vært involvert. I dette prosjektet, som har vært avgrenset både mht. til tid og ressurser, har det ikke vært rom for slike brede studier. I stedet har vi kontaktet noen få informanter som har hatt konkret erfaring med tilsyn. Etter samråd med KS valgte vi ut informanter fra seks kommuner innenfor to sektorer: helse- og omsorg (tre kommuner) og utdanning (tre kommuner).

Fokus har her altså ikke vært å få et representativt bilde av kommune-Norge, med store og små kommuner, spredt over hele landet, men heller å få en større «dybdeforståelse» for kommunenes oppfatning av tilsyn. I intervjuene har vi lagt vekt på å gå gjennom kommunenes konkrete erfaringer med tilsyn – som oftest med utgangspunkt i konkrete tilsynsrapporter fra tilsynsmyndigheten (disse ligger tilgjengelig på nettet). I tillegg har vi stilt mer åpne spørsmål om generelle/spesielle erfaringer med tilsyn. I den forbindelse benyttet vi en åpen intervjuguide. Denne ble sendt informantene på forhånd, men ble ikke fulgt slavisk. Intervjuguiden fungerte mer som en pekepinn på de tema vi ønsket å ta opp. Alle samtalene ble gjennomført som telefonintervju.

For å belyse danske forhold, ble det foretatt telefonintervju med tre eksperter på tilsynsproblematikken i Danmark, to jurister og en samfunnsviter.

Rapporter, litteratur og annen dokumentasjon fra både Danmark og Norge har i tillegg fungert som et viktig bakteppe for vår studie.

1.3 Gangen i rapporten

Rapporten består av fem kapitler i tillegg til dette introduksjonskapitlet. I kapittel 2 og 3 drøfter vi norske kommuners erfaring med tilsyn og drøfter tilnærminger for hvordan tilsyn kan avgrenses. I kapittel 4 ser vi på

klarhetsprinsippet i dansk rett. I kapittel 5 drøftes lovendringsforslag i det norske tilsynssystemet.

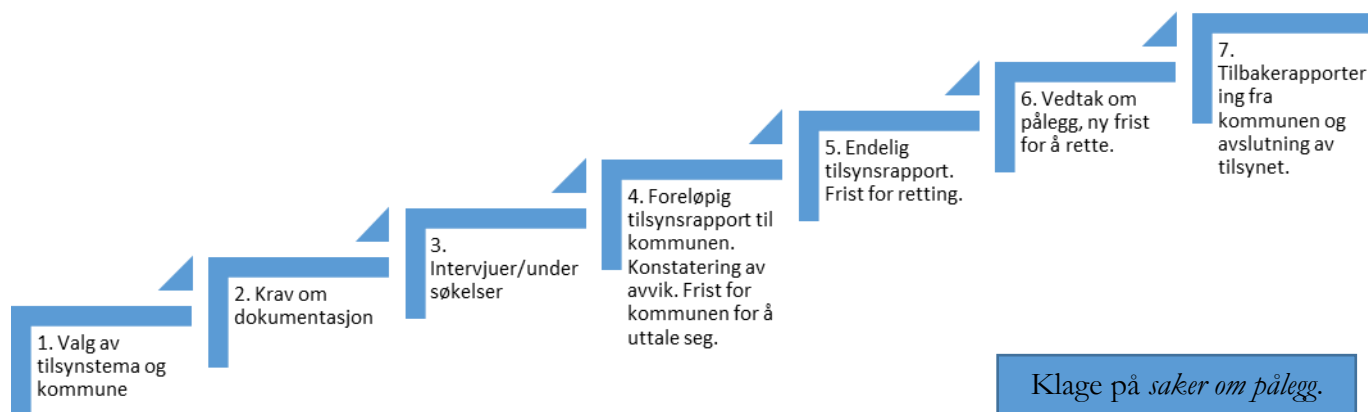
Det siste kapittelet - kapittel 6 – inneholder en kort oppsummering av hovedkonklusjonene i rapporten.

2 Hvordan fungerer det statlige tilsynet med kommunene?

2.1 Tilsynsprosessen

Tilsynsprosessen har flere faser. I figuren nedenfor, er den satt opp som en sjutrinns prosess. Denne inndelingen bygger på redegjørelse om tilsynsprosessen i NOU 2016: 4 Ny kommunelov (se side 378). Figuren beskriver de ulike trinnene i en «typisk» prosess. Innledningsfasen kan sies å strekke seg fram til at foreløpig tilsynsrapport er sendt (altså trinn 1-4 i figuren nedenfor).

Deretter følger en reaksjonsfase, som omfatter endelig tilsynsrapport, evt. vedtak om pålegg og tilbakerapportering/ avslutning (altså trinn 5-7 i figuren). Kommunene har rett til å klage på saker om pålegg, noe som kan forlenge prosessen ytterligere.

Figur 2.1: *Oversikt over tilsynsprosessen*

I praksis har **innledningsfasen** størst betydning. De aller fleste sakene avsluttes etter at kommunen har fått foreløpig tilsynsrapport med frist for å uttale seg. Vi ser også at det er i denne fasen våre informanter i kommunene har kommentarer. I våre vurderinger er det denne fasen vi derfor vier mest oppmerksomhet.

I denne innledningsfasen har tilsynsmyndigheten hatt anledning til å undersøke kommunens praksis og fått formidlet hvordan den mener at gjeldende rett skal forstås og om kommunen oppfyller sine lovpålagte plikter. Det ligger ofte mye veiledning i fylkesmannens aktiviteter i denne fasen. Denne veiledningen kan være generell, men den kan også være nært knyttet opp til kommunens egen praksis og de avvikene fra gjeldende regelverk som fylkesmannen mener å ha funnet i den enkelte kommunen.

De **etterfølgende trinnene** i tilsynsprosessen har selvsagt også betydning for hvordan tilsynet oppfattes og virker. Blant annet er det knyttet en viss usikkerhet til når kommunenes rett til å klage jf. kom. § 60 d fjerde ledd inntreer. Klageretten gjelder etter loven i *saker om pålegg*. Spørsmålet er om den inntreer først når det er gjort vedtak om pålegg, eller om den inntreer på tidligere stadier. Våre informanter har imidlertid få kommentarer til denne delen av prosessen.

En viktig utfordring i den innledende fasen av tilsynsprosessen, er selvsagt hvordan tilsynsmyndigheten legger opp arbeidet i de første «trinnene». Et tilbakevendende spørsmål er hvor vidt eller avgrenset tilsynsmyndigheten går ut. I neste avsnitt går vi gjennom kommunenes erfaringer med disse trinnene i prosessen.

2.2 Kommunenes erfaringer

Omfattende tilsyn, men positiv holdning i kommunene (trinn 1 i tilsynsprosessen)

Tidligere undersøkelser har vist at kommunene ofte opplever tilsyn som positivt og nyttig (se f.eks. Difi-rapport 2016:15). Dette ble bekreftet i vår avgrensede undersøkelse. En av våre informanter sa for eksempel at

«Tilsyn er bra. Det gjør at vi bli oppmerksom på utfordringene innenfor feltet. Dette setter også fagfeltet på dagsorden i resten av kommunen.»

Poenget om at tilsynet «løftet fram» et felt ble understreket av flere. I en viss forstad er dette selvsagt positivt. En mulig negativ effekt er imidlertid at andre fagfelt – som ikke er gjenstand for tilsyn- kommer i bakgrunnen, også når nye budsjetter skal vedtas i kommunen. Dette var et dilemma som ble problematisert av informanter som hadde ansvar for flere virksomhetsfelt i kommunen. En informant sa det slik:

«Tilsyn hjelper oss på rett kurs innenfor det området som blir gjenstand for tilsyn. Samtidig gir tilsynet fokus på ett eller noen avgrensede felter, mens andre områder – som også er viktige - kan risikere å bli nedprioritert fordi de ikke får oppmerksomhet. Kommunen kan ikke gi like mye oppmerksomhet på alle felter samtidig.

Hovedinntrykket fra vår begrensede undersøkelse er at kommunene synes å se en betydelig nytteverdi av tilsyn:

«Det er en gylden mulighet for oss, til læring og forbedring innenfor et felt.»

At tilsyn har en positiv nytteverdi, sett fra kommunene ståsted, synes også å bli bekreftet i andre rapporter om tilsyn. Vårt inntrykk

er også at tilsynsmyndigheten ofte går relativt bredt ut. Tema som velges er relativt vide:

«Vi føler at tilsynsmyndigheten kunne valgt et mer konkret og avgrenset tema. Imidlertid velger de store omfattende tilsyn.»

Dokumentasjonskrav (trinn 2 i tilsynsprosessen)

I vår begrensede undersøkelse var et hovedinntrykk fra informantene at det kreves *for mye* dokumentasjon i forbindelse med tilsyn. En av informantene våre påpekte at dokumentasjonens-bunken som oversendt tilsynsmyndigheten «var ca. 50 cm høy». En annen mente at mye av den dokumentasjonen som ble oversendt umulig kunne ha noen nytte: Kommunenes ansatte så rett og slett ikke relevansen ved all den dokumentasjonen som ble ønsket oversendt.

Difi-rapporten «Statlig tilsyn med kommunene» studerte det *totale* tidsbruket ved tilsyn i kommunene (altså ikke bare knyttet til dokumentasjon). Denne undersøkelsen viste at kommunene brukte mest tid på tilsyn etter helse- og omsorgstjenesteloven og opplæringsloven. I vår undersøkelse har vi sett på tilsyn etter nettopp disse to områdene. Det er mulig at tidsbruken også til dokumentasjon er størst på disse to områdene. I så fall er det ikke sikkert dokumentasjonskravet oppfattes som like omfattende på andre fagområder.

En annen undersøkelse fra 2014 «Rapporterings- og dokumentasjonskrav i skolesektoren» fra ideas2evidence peker på at lærerne dokumenterer mer enn de eksplisitt er pålagt, enten fordi de er vant til det, eller «for sikkerhets skyld». Dette peker på at den som rapporterer, muligens «overrapporter».

Inntrykket fra våre informanter - innfor helse og utdanning - er likevel at dokumentasjonskravet er høyt, og at dette skyldes krav fra tilsynsmyndigheten.

Våre informanter har imidlertid ingen klare anbefalinger på *hvilke områder/tema* tilsynsmyndigheten kan redusere kravet til rapportering. Inntrykket er at tilsynsmyndigheten spør om «for mye» fordi de ikke er helt sikre på ha de skal ha. En representant fra kommunen sa at

«vi savner «hands on» kompetanse hos tilsynsmyndigheten. De er langt unna praksisfeltet og vet ikke helt hva de skal spørre om»

Resultatet blir dermed at kommunene rapporter mer enn de selv opplever som nødvendig.

Intervjuer/undersøkelser (trinn 3 i tilsynsprosessen)

Når det gjelder selve undersøkelsene, er vårt inntrykk at kommunene opplever dette som omfattende del av prosessen:

«Det er svært mange personer – både i kommunene og hos tilsynsmyndigheten – som blir involvert i denne prosessen. Det blir gjennomført relativt store møter, som er tidskrevende.»

Av og til mener kommunene at tilsynene/undersøkelsene kunne vært bedre samordnet. En av våre respondenter var usikker på om det i det hele tatt var samordning mellom myndighetene på dette feltet.

Det ble også pekt på at representantene fra tilsynsmyndigheten var uforberedt og at møtene derfor tok lenger tid enn nødvendig.

Det ble imidlertid også pekt på at denne delen av prosessen var nyttig, selv om den var tidkrevende. Undersøkelsene ga altså læring som var nyttig for kommunene i det videre arbeidet på feltet.

Foreløpig tilsynsrapport (trinn 4 i tilsynsprosessen)

En gjennomgående vurdering fra kommunene i forhold til tilsynsrapporten, var at den hadde et for negativt fokus. Det som var bra i kommunen, det som fungerte, ble ikke kommentert:

«Vi har gjennomgående gode tjenester, men dette ble det ikke fokusert på i rapporten. I stedet ble bare det negative listet opp.»

En annen informant pekte på noe av det samme. Vedkommende mente at selv om det lå i tilsynets natur å påpeke avvik, burde en også påpeke det som var bra på tilsynsområdet.

Informantene i kommunene etterlyste altså en rapport som i større grad ga et bilde av helheten på det feltet tilsynsrapporten fokuserte

på. Hvis «99 ting er bra og én ting er dårlig», er det uheldig at tilsynsrapporten bare fokuserer på det ene negative forholdet.

Selv om tilsynet bør fokusere på avvik, mente flere av våre informanter at en – f.eks. i en overordnet innledning – kunne gi en generell vurdering av situasjonen på tilsynsområdet.

Når det gjaldt selve avvikene som ble tatt opp i tilsynsrapportene, er vårt inntrykk at informantene i kommunene i all hovedsak var enig i disse.

Reaksjonsfasen (trinn 5-7 i tilsynsprosessen)

Vår undersøkelsen i kommunene indikerer ikke at kommunene opplever trinn 5-7 i tilsynsprosessen som problematisk.

2.3 Avgrenset eller vidt statlig tilsyn?

Ordningen med statlige tilsyn knytter på mange måter opp mot den mest sentrale debatten i forholdet mellom stat og kommune: I hvor sterk grad skal staten styre kommunene – og hvor klart skal direktivene fra stat til kommune formuleres?

De siste årene har det blitt gjennomført en rekke evalueringer av statlige tilsyn og alle studiene drøfter på en eller annen måte omfanget av tilsyn og grad av klarhet i tilsynsbestemmelsene.

Statlig tilsyn i *avgrenset* forstand kan sies å være ett av de virkemidlene staten benytter for å kontrollere kommunal virksomhet (andre virkemidler for kontroll er innsigelser etter plan- og bygningsloven og ordninger for klagebehandling). I en slik avgrenset forstand kan en si at tilsyn er et hierarkisk virkemiddel for utøvelse av styring fra stat til kommune. I et slikt perspektiv blir kommunene ikke utsatt for statlige pålegg, dersom de ikke bryter loven – og det har jo, som Askim et al (2013) påpeker ikke noe med det lokale selvstyre å gjøre, «for det ligger ikke i det lokale selvstyre at kommunene skal ha rett til å bryte loven» (ibid:21).

Ofte et vidt tilsyn

Evalueringene de siste årene – og også vår begrensede intervjurunde med kommunene - viser imidlertid at en i liten grad finner en slik avgrenset tilsynsordning i praksis. Aktørene, både lokalt og sentralt, opplever at lovformuleringene er generelle og

kan gi grunnlag for uklarhet. Dette fører igjen til behov både fra statlig side og fra kommunene for dialog og samråd rundt tilsynsordningene. I praksis ser en med andre ord at tilsynet gis et mye *videre* grunnlag, enn en snever kontrollfunksjon.

Et annen klassisk hovedutfordring en møter i tilsynsarbeidet er at det sektoriserede tilsynsapparatet møter en kommune som må ta ansvar for helheten. Dette kan føre til at tilsynet kan vri ressursbruken og oppmerksomheten i en retning som uheldig for kommunen som lokal ivaretaker av *all* lokal tjenesteproduksjon. Desto mer en fokuserer på kontrollfunksjoner innenfor ett segment av lokal tjenesteyting, jo mer står en i fare for å skiple den lokale helhetstankegang.

Dette betyr ikke at et «vidt tilsyn» nødvendigvis er «bedre» enn et «avgrenset»

Det ligger mange åpenbare fordeler ved å velge et «avgrenset tilsyn»: Her vil premissene for tilsynet være klare og forutsigbare, nedfelt i lov og regelverk. Det er rimelig å tro at tilsynet kan gjennomføres på en relativt rask måte, fordi en relativt hurtig vil kunne se om kommunen følger de klare pålegg som er gitt. Dessuten vil også hensynet til den avgrensede sektoren være tungtveiende. En vil med andre ord i liten grad måtte vurdere implikasjoner i forhold til andre utfordringer i kommunen.

Når praksis ofte har blitt et mer «vidt» tilsyn, kommer dette ikke minst av at dagens lovverk inviterer til dette. Kommuneloven gir prosedyreregler for hvordan tilsyn skal skje. Samtidig er det «flytende overganger mellom påpeking av regelbrudd og veiledning om hva som skal gjøres for å oppfylle lovbestemte krav til en virksomhet» (Engelsrud et al 2014:375).

Slike flytende overganger mellom regelbrudd og veiledning åpner i praksis opp for en «videre tilsyn», der dialog mellom aktørene blir viktig. Flere studier påpeker fordeler ved dette systemet. En rapport fra 2016 slår f.eks. fast at det i realiteten er en glidende overgang mellom Fylkesmannens kontroll og veiledning og at det er «et potensial for økt læring for den reviderte part i det å utnytte spillerommet og i større grad vektlegge veiledningsdimensjonen» (Fylkesmannen i Aust- og Vest-Agder & Agder revisjon 2016:6). Rapporten anbefaler videre at en «snur pyramiden» og i større grad legger opp til medvirkning fra kommunens side i valget av, og

innretningen av, tilsynet (ibid). Her peker en med andre ord på fordelene av et prosessorientert «vidt tilsyn» der kontrollaspektet kommer i bakgrunnen.

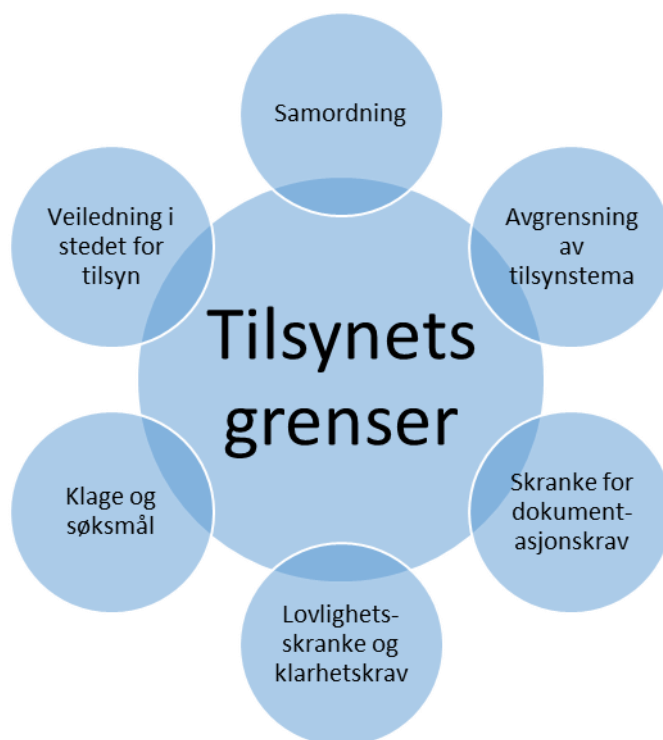
Det kan altså påpekes fordeler og ulemper ved både «vidt» og «avgrenset» tilsyn. I dagens situasjon synes praksis å ligge nokså nær et «vidt» tilsyn. Et interessant spørsmål er om en bør foreta justeringer og endringer i dagens tilsynspraksis, noe denne rapporten fokuserer på.

Grunnlaget for videre drøfting er altså ikke et mål om å *fjerne* statlig tilsyn, men å *forbedre* det.

3 Mer avgrenset statlig tilsyn med kommunene?

3.1 Innledning

Figur 3.1: *Avgrensning av statlig tilsyn*



Figuren som vi har laget viser ulike måter å avgrense det statlige tilsynet på. Dette bygger på undersøkelsene vi har gjort i prosjektet, både dokumentstudier og intervjuer i Norge og

Danmark. Avgrensningsmåtene er dels innarbeidet i gjeldende rett, dels blir de gjennomført i praksis og dels vil de innebære endringer enten i regelverket eller i praksis innenfor gjeldende regelverk.

Nedenfor skal vi gå nærmere inn på de ulike måtene å avgrense det statlige tilsynet på. Noen av dem skal vi forfølge videre i rapporten, det gjelder særlig skranke for dokumentasjonskrav og forsterking av lovlighetskranken. For å få en god vurdering av disse to særskilte skrankene er det en fordel å se hvordan de virker i samspill med de andre avgrensningsmåter.

3.2 Veiledning i stedet for tilsyn

Kommunene ønsker ofte veiledning om innholdet i de lovpålagte pliktene og hvordan de kan gå fram for å oppfylle dem. De statlige faginstansene vil ofte kunne gi slik veiledning. Det legges til grunn at gode veiledningsprosesser vil kunne redusere behovet for statlig tilsyn.

Fylkesmannen skal drive med både tilsyn og veiledning og slik kombinere et «hardt» og et «mykt» styringsmiddel. Gjeldende rett legger opp til at tilsyn og veiledning skal holdes atskilt fra hverandre. Samtidig kan det være vanskelig å skille disse to aktivitetene fra hverandre, se for eksempel lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenester § 2 andre ledd: I tilknytning til tilsynet skal Fylkesmannen gi råd, veiledning og opplysninger som medvirker til at befolkningens behov for helse- og omsorgstjenester blir dekket. I henhold til forarbeidene skal denne bestemmelsen markere at veilederrollen er atskilt fra tilsynsrollen:

«Som nytt *andre ledd* er det foreslått at Fylkesmannen i tilknytning til tilsynet skal gi råd, veiledning og opplysninger som medvirker til at befolkningens behov for helse- og omsorgstjenester blir dekket. Forslaget viderefører gjeldende rett, med Fylkesmannen som regional tilsynsinstans i stedet for Helsetilsynet i fylket, jf. sosialtjenesteloven § 2-6 og praktiseringen av denne bestemmelsen. Bestemmelsen foreslås plassert i et eget ledd for å markere at rollen som veileder skiller seg fra tilsynsrollen. Når Fylkesmannen fører tilsyn med kommunene med

hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3, kan det gis råd og veiledning i den utstrekning den enkelte kommune etterspør dette.»¹

I opplæringsloven er statlig tilsyn og statlig råd og veiledning regulert i to ulike bestemmelser. Dette er gjort nettopp for å presisere at veiledning og tilsyn skal holdes atskilt:

«Denne føresegna er ei vidareføring av tilsvarande føresegn som har stått i første ledd i opplæringslova § 14-1 om tilsyn. Denne omredigeringa gjer det klart at statleg råd og rettleiing er noko anna enn tilsyn. Ansvaret etter føresegna blir lagt til departementet med høve til vidare delegering på same måten som etter tidlegare føresegn.»²

Skille mellom tilsynsmyndighet og veileder kommer særlig tydelig fram i saker der det blir vedtatt pålegg om retting. I tilsynets innledningsfase vil det være mer krevende å holde disse rollene fra hverandre. Dersom tilsynsaktiviteten skal avgrenses ytterligere, tilsier det imidlertid at det skilles tydeligere mellom tilsyn og veiledning. Det betyr ikke at veiledningen fra statsforvaltningen til kommunene skal reduseres, men at den skal skilles ut fra kontroll- og reaksjonselementene i tilsynsaktiviteten. Veiledningsaktiviteten bør primært følge initiativer fra kommunene.

Ett element som kan komme i bakgrunnen ved et klarere skille mellom tilsyn og veiledning er kunnskapen om hvilke feil som skjer i kommunen. I praksis kan veiledning og kontroll henge sammen, slik at det må en kontroll til for at kommunen skal forstå at den trenger veiledning og for at tilsynsmyndigheten skal forstå hva kommunen trenger veiledning om. I rundskriv fra Kommunal- og regionaldepartementet fra 2007 er dette særlig omtalt:

«I praksis kan det likevel være vanskelig å rendyrke tilsynsrollen helt. I tilsynsorganets formidling av at regelverket ikke er fulgt vil det nødvendigvis ligge informasjon om hvilke mangler tilsynet mener kommunens virksomhet lider av. Dermed vil det være en glidende overgang mellom påpeking av regelbrudd

¹ Prop. 91 L (2010-2011) s. 507

² Prop. 96 L (2010-2011) s. 32

og veiledning om hva som kan gjøres for å oppfylle lovens krav.»³

Det sentrale elementet her er at kommunen oppfatter hva som er veiledning, hva som bare er rådgivende, og hva som er bindende pålegg. Det ser ikke ut til at manglende rettslig regulering er problemet når det gjelder skillet mellom veiledning og tilsyn. Det viktigste tiltaket for å innskjerpe skillet mellom veiledning og tilsyn er at kommunene er oppmerksomme på dette og unnlater å rette seg etter veiledning dersom de mener at det ikke er hjemmel for tilsynsmyndighetens tilrådinger. Da må tilsynsprosessen strekkes utover den innledende fasen, som ender med konstatering av avvik i foreløpig rapport. Utover dette er det grunn til å ha som utgangspunkt at mer og bedre veiledning - helst den som er etterspurt av kommunen selv - kan bidra til å redusere statlig tilsyn.

3.3 Bedre samordning

Erfaringene fra kommunene tilsier at det er behov for bedre samordning av ulike statlige tilsyn og bedre samordning med kommunenes egenkontroll. Samordning kan blant annet gjelde valg av kommuner for tilsyn, tidspunkt for tilsyn fra ulike tilsynsmyndigheter, valg av tilsynstema og innretning på tilsynet, herunder valg av tilsynsmetodikk. Noe av dette kommer vi nærmere inn på under punkt 3.4 nedenfor.

Samordning mellom ulike tilsynsmyndigheter er regulert i koml. § 60 e første og andre ledd. Samordning med den enkelte kommunen gjelder dialog før pålegg eller andre sanksjoner vedtas, se § 60 e tredje ledd. Krav til samordning med kommunens egenkontroll er ikke regulert. I dette prosjektet har vi ikke gått nærmere inn på lovendringer som kan bidra til bedre samordning. Forslag til lovendringer på dette området inngår for øvrig i NOU 2016: 4 *Ny kommunelov*.

Bedre samordning vil selvsagt være mulig også innenfor gjeldende rettslige rammer. Her vil vi særlig peke på to elementer som kan bidra til å avgrense det statlige tilsynet. Begge er knyttet til samordning med kommunens egenkontroll. For det første kan

³ Rundskriv H-2007-3 fra Kommunal- og regionaldepartementet

statlig tilsyn samordnes bedre med kommunens egenkontroll i de tilfellene der kommunen nettopp har gjennomført forvaltningsrevisjon på samme forvaltningsområde som tilsynet er planlagt å omfatte.

Både kommunene og statlige myndigheter arbeider med å kartlegge risikobildet for kommunenes virksomhet, og det vil trolig være potensiale for bedre dialog om dette arbeidet.⁴ For det andre kan tilsynsmyndigheten i økende grad gjennomføre tilsyn som såkalt *egenvurderingstilsyn*. Denne tilsynsformen innebærer at kommunene på sett og vis fører tilsyn med seg selv. Det skjer imidlertid i en prosess, styrt av tilsynsmyndigheten, der flere kommuner deltar og der fylkesmannen gir kommunene verktøy til å vurdere kommunens praksis opp mot myndighetskrav. På denne måten kan kommunene oppdage avvik og følge opp med lukking av avvikene, samtidig som fylkesmannen får fulgt opp fagområdet og gitt veiledning.⁵

Erfaringene med denne tilsynsformen ser så langt ut til å være gode, blant annet ser det ut til at kommunene erfarer at det gir god læring, både fra tilsynsmyndigheten og de andre kommunene.

3.4 Avgrensning av tilsynsystema

Hva som blir gjenstand for tilsyn og hvordan tilsynet avgrenses beror på flere forhold. Hva kan det føres tilsyn med? Hva prioriterer tilsynsmyndigheten? Hvordan avgrenses det enkelte tilsynet?

Det første spørsmålet er regulert i lov og forskrift. Utgangspunktet er kommunenes lovpålagte plikter etter særlovgivningen med forskrifter. Så må det også finnes en hjemmel i lov til å føre tilsyn

4 Nærmere redegjørelse for risikobildet i kommunene er gitt i Deloitte (2017): Der kommunale og fylkeskommunale risikobildet for perioden 2016-2020. Deloitte: Bergen

5 Se eksempel på egenvurderingstilsyn i rapport om landsomfattende tilsyn med barneverntjenestens arbeid med meldinger og tilbakemelding til melder i 2015 og 2016 https://www.fylkesmannen.no/Documents/Dokument%20FMHE/03%20Barner%20og%20foreldre/Rapport_1_17_web.pdf lesedato 050517

med kommunenes ivaretagelse av pliktene. Dersom det er gitt slik hjemmel for tilsyn, skal tilsynet gjennomføres etter reglene i kommuneloven kap. 10A dersom ikke annet er bestemt, se reguleringen i koml. §§ 60 a og b om dette. Her går vi ikke nærmere inn på dette regelverket.

Tilsynsmyndighetens prioritering mellom ulike tilsynstemaer har vi vært innom i punktet over om samordning. Generelt gjelder også at valg av tilsynstema bør være risikobasert, slik at tilsynsmyndighetenes ressurser brukes på områder der faren for regelbrudd er stor og der regelbrudd har stor betydning. Valg av tilsynstema styres dels av sentrale organer som Helsetilsynet og Utdanningsdirektoratet, og dels av den enkelte fylkesmannen. Mye av tilsynsressursene brukes til landsomfattende tilsyn initiert fra sentralt hold. Det kan bety at mulighetene for å gjøre bruken av tilsynsressursene mest mulig målrettet og tilpasset behovene i den enkelte kommune blir svekket. Samtidig er det et viktig styringsverktøy for sentrale fagmyndigheter. Vi går ikke nærmere inn på dette emnet her.

Valg av tilsynsmetodikk har også betydning for hvordan tilsynet avgrenses. Her går hovedskillet mellom tilsyn med kommunens internkontrollsystemer (systemtilsyn) og tilsyn med oppgaveløsningen slik den foregår i praksis, typisk i møte med tjenestemottakeren (inspeksjonstilsyn). Disse tilsynsformene kan også kombineres. Tilsyn med internkontrollsystemer vil først og fremst være dokumentbasert og basert på møter med ledelse og ansatte, mens inspeksjonstilsyn kjennetegnes av at tilsynsmyndigheten også møter brukerne. I NOU 2004:17 tilrår utvalget at valg av tilsynsmetode ikke lovreguleres, og dette ble fulgt opp i lovprosessen. (s. 117) Utvalget viser til at tilsynsmyndighetenes valg av tilsynsmetode bør vurderes løpende og i tillegg tilpasses det enkelte tilsynsområde og den enkelte situasjon. Systemtilsyn vil kunne generere omfattende krav til dokumentasjon og kreve betydelige ressurser fra kommunens administrasjon. Vi behandler dette temaet nærmere nedenfor.

En grunnleggende faktor for avgrensningen av tilsynstemaet er selvsagt utformingen av kommunens lovpålagte plikter. Hvis pliktene er klart utformet, blir også omfanget av tilsyn med lovlighet klarere avgrenset. Dette kommer vi nærmere tilbake til nedenfor under omtalene av klarhetskrav.

Undersøkelsen som er gjort i dette prosjektet gir grunn til å se nærmere på avgrensning av tilsynstemaet, når det først er bestemt at en kommune skal ha et tilsyn. Fra kommunene er det pekt på at tilsynet går utover det de har oppfattet at har vært temaet for det enkelte tilsynet. For eksempel fikk vi opplyst at et tilsyn gjaldt oppfølgingen av en ny faglig retningslinje innenfor helse- og omsorgssektoren. I følge sektoransvarlig i kommunen gikk tilsynet mye bredere til verks enn det som var omfattet av den faglige retningslinjen. Dette ble opplevd som uheldig for gjennomføringen av tilsynet. En klarere avgrensning av temaet for det enkelte tilsynet vil blant annet kunne bidra til å avgrense hvilken dokumentasjon som er nødvendig og gjøre tilsynsprosessen mer ryddig og forutsigbar for dem som deltar fra kommunen.

Tilsynsmyndigheten har etter loven vide fullmakter når det gjelder å avgrense tilsynstemaet i hver enkelt sak. Utgangspunktet er at tilsynet kan omfatte alt av kommunenes lovfestede plikter. Det er ikke opplagt hvordan et krav om slik avgrensning kan utformes på hensiktsmessig måte i lovgivningen, og vi foreslår å beholde en vid skjønnsfrihet for tilsynsmyndigheten i loven. Samtidig er det grunn for tilsynsmyndigheten til å vurdere nøye måten tilsynet avgrenses på i hvert enkelt tilsyn, slik at det kommuniseres på en tydelig måte overfor kommunen.

3.5 Skranke for dokumentasjonskrav

Et av de klareste funnene fra undersøkelsen i kommunene av hvordan det statlige tilsynet fungerer, er at tilsynsmyndigheten krever uhensiktsmessig mye dokumentasjon fra kommunen. Dette krever mye ressurser fra kommunen uten at de ser at det kommer til nytte.

Etter gjeldende rett står tilsynsmyndigheten svært fritt til å velge hva slags dokumentasjon den vil pålegge kommunene å gi, se koml. § 60 c første ledd, der andre setning lyder:

«Fylkesmannen har rett til innsyn i alle kommunale og fylkeskommunale saksdokumenter og kan kreve at kommunale eller fylkeskommunale organer, folkevalgte og ansatte uten hinder av taushetsplikt gir

de opplysninger og meldinger som er nødvendige for at fylkesmannen kan utføre tilsyn i henhold til dette kapitlet.»

Etter ordlyden her ligger det en skranke for tilsynsmyndighetens krav om dokumentasjon – den skal være «nødvendig» for at fylkesmannen kan utføre tilsyn. Forarbeidene sier lite om hva som ligger i en slik skranke. Det gjelder også generelt et saklighetskrav for offentlige myndigheter, men det innebærer trolig heller ingen tydelig skranke i slike saker. Et element som gjør at denne skranken ikke er operativ, er at den ikke er forbundet med klagerett, slik at det er vanskelig å få overprøvd fylkesmannens skjønn med hensyn til hva som er nødvendig dokumentasjon.

Valg av tilsynsmetode har stor betydning for hvilken dokumentasjon som kreves av kommunen. Den store dokumentasjonsmengden kjennetegner først og fremst systemtilsyn – altså kontroll med kommunens systemer for internkontroll.

I NOU 2004: 17 *Om statlig tilsyn med kommunene* problematiserte utvalget dokumentasjonskravene ved systemtilsyn (s. 116). Utvalget viser først til at systemtilsyn med internkontrollsystemer har betydelige fordeler, men fortsetter:

«Utvalget understreker likevel betydningen av at tilsynsmyndigheten må fastsette og tilpasse internkontrollkravet (herunder krav til dokumentasjon) til størrelsen på og kompleksiteten i tilsynsobjektets oppgaver og organisasjon. ... Utvalget understreker at både sentrale myndigheter og tilsynsmyndigheten må ha et bevisst forhold til hvordan krav til internkontroll på et område operasjonaliseres og følges opp. ... Selv om kommunene har et ansvar for å dokumentere at de lovpålagte kravene er oppfylt, må ikke tilsynet tolke dette dokumentasjonskravet for strengt eller for detaljert.»

Selv om denne omtalen ikke er knyttet spesifikt til et «nødvendighetsvilkår» ved krav om dokumentasjon, viser den at hensynet til hvordan dokumentasjonskravet oppleves i kommunen har betydning. Den vil også kunne ha betydning ved tolkningen av

regler som pålegger kommunene plikt til å ha internkontrollsystemer.

Tatt i betraktning at det statlige tilsynet i stadig større grad dreier seg om kontroll med internkontrollsystemer, er det grunn til å ta tak i den store mengden dokumentasjon som kreves i forbindelse med tilsyn. Vi foreslår lovendring for å legge til rette for terskel for dokumentasjonskrav (se drøftingen nedenfor).

3.6 Forsterket lovlighetsskranke

3.6.1 Lovlighetsskranken

Statlig tilsyn skal gjelde lovlighet, og ikke hensiktsmessighet. Dette er kommet klart til uttrykk i koml. § 60 b. Undersøkelsene våre gir ikke holdepunkter for å si at kommunene opplever manglende respekt for denne skranken, som et stort problem. Samtidig gir denne innrammingen av tilsynet grunn til å ta opp flere problemstillinger.

Etter regelverket gjelder lovlighetsskranken hele tilsynsprosessen, ikke bare ved bruk av pålegg. Dette framgår av formuleringer om at fylkesmannen kan eller skal «føre tilsyn med lovligheten» av kommunens oppfyllelse av sine plikter, se koml. § 60 b, helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3 første ledd første setning og opplæringslova § 14-1. Det betyr at lovlighetsskranken også gjør seg gjeldende ved valg av tilsynsystema og avgrensning av tilsynet. Tilsynet kan ikke brukes til å føre kontroll med aktiviteter som ikke er pålagt kommunene ved lov eller forskrift.

Utfordringen med lovlighetsskranken er først og fremst at den kan framstå som uklar. Det er særlig to elementer som utpeker seg. For det første er reglene om kommunenes plikter ofte preget av skjønnsmessige ord og uttrykk, som for eksempel at kommunene har plikt til å sørge for «nødvendige» helse- og omsorgstjenester, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 og tjenestene skal være «forsvarlige» eller at skolen skal

«aktivt drive eit kontinuerleg og systematisk arbeid for å fremje helsa, miljøet og tryggleiken til elevane»

jf. opplæringslova § 9a-4. Hva ligger det mer konkret i nødvendige tjenester og systematisk arbeid?

Avgrensningen av tilsynet til «lovlighet» skal følge samme skranke som gjelder for domstolenes prøving av forvaltningsvedtak. Denne skranken følger skillet mellom rettslig bundet og «fritt skjønn», men dette skillet er heller ikke alltid klart. I tillegg er det særtrekk ved statlig tilsyn med kommunene som skiller denne aktiviteten fra domstolsprøving, og dette kan bidra til at skranken blir mer uklar. For eksempel vil statlig tilsyn ta for seg mye mer enn enkeltvedtak. Tilsynsaktiviteten omfatter faktiske situasjoner eller tilstander, rutiner og prioriteringer som domstolene ikke vil få på bordet. I tillegg er hensynet til «arbeidsdeling» mellom forvaltning og domstoler et relevant moment ved fastleggingen av hvor grensen for domstolsprøvingen går. Mellom statlig tilsyn og kommune er har arbeidsdelingen en helt annen karakter.

3.6.2 Utforming av kommunenes lovpålagte plikter etter særlovgivningen

Den som er opptatt av å avgrense det statlige tilsynet med kommunene, bør derfor ha fokus på utformingen av kommunenes lovpålagte plikter etter særlovgivningen. Siden systemtilsyn dominerer som tilsynsmetode, vil de relevante pliktene for kommunene i stor grad være å finne i regelverket om internkontrollsystemer. Her kan bestemmelsen i § 5 om dokumentasjon i forskrift om internkontroll for kommunen i arbeids- og velferdsforvaltningen brukes som eksempel:

«Internkontrollen skal dokumenteres i den form og det omfang som er nødvendig på bakgrunn av virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse.

Dokumentasjonen skal til enhver tid være oppdatert og tilgjengelig.»

Hva kan tilsynsmyndigheten kreve at kommunen har av dokumentasjon etter denne bestemmelsen? Hva skal til for å konstatere avvik og evt. ilegge pålegg? Hvem avgjør hvordan bestemmelsen skal tolkes og anvendes? Bestemmelsen illustrerer at utformingen av kommunenes lovpålagte plikter har betydning for avgrensningen av det statlige tilsynet.

3.6.3 Klarhetskrav – forsterking av lovlighetskravet

Det gjelder allerede en avgrensning til «lovlighet» for tilsynsaktiviteten. Spørsmålet er om denne skranken kan forsterkes gjennom å endre loven. Ett alternativ er her å innføre et klarhetskrav, slik at tilsynsmyndigheten avgrenses til å gjelde klare lovbrudd.

Mer aktiv bruk av adgangen til å klage på pålegg vil bidra til å klarlegge hvor skranken for tilsynet går i tvilsomme saker. Dette redskapet er det opp til kommunene å ta i bruk. Det ser ut til at det krever sterkere bevissthet om lovlighetskranken fra kommunenes side og vilje til å holde på sitt underveis i tilsynsprosessen.

Dersom kommunene blir gitt søksmålsadgang ved pålegg om retting jf. Prop. 54 L (2016-2017) *Endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m. (overprøvingskompetanse m.m.)* som er til behandling på Stortinget, vil det også bidra til at skranken blir klarere. Igjen forutsetter det at kommunene tar i bruk denne muligheten til rettslig avklaring.

I NOU 2004:17 (s. 106-107) drøfter utvalget om det bør innføres et klarhetskrav, delvis inspirert av de danske reglene om statlig tilsyn med kommunene. Utvalget valgte imidlertid ikke å gå inn for en slik løsning, særlig fordi det danske klarhetskravet først kommer inn ved spørsmål om bruk av sanksjoner. Utvalget falt ned på at tilsynet skal være underlagt de samme begrensninger som domstolene med hensyn til å overprøve kommunens subsumsjon under særlig skjønsmessige og vage begrep.

Tatt i betraktning at kommunenes lovpålagte plikter ofte er svært skjønsmessig utformet, og at det ser ut til at utviklingen har gått i retning av at dette trekket er blitt forsterket, anbefaler vi at det vurderes nærmere å innføre en forsterkning av lovlighetskranken ved statlig tilsyn, for eksempel ved å innføre et klarhetskrav.

3.7 Klage og søksmål

3.7.1 Kommunenes klageadgang

Kommunens klagerett gjelder i *saker om pålegg*, jf. koml. § 60 d fjerde ledd. Det er ikke klart etter loven hva som ligger i *saker om pålegg*, men er lagt til grunn som gjeldende rett at kommunen ikke har rett til å klage på krav om dokumentasjon eller frist til å rette.⁶

Når klageretten er forbeholdt reaksjonsdelen av tilsynet, faller muligheten til å avgrense tilsynet gjennom klage bort for tilsynets innledningsfase, som i praksis er klart den viktigste for kommunene.

Dersom kommunene hadde vært mer innstilt på å «holde på sitt» etter at de har fått konstatert avvik, slik at pålegg ville blitt vedtatt, ville klageretten inntrådt i flere saker. En slik endring kan kommunene selv gjennomføre innenfor rammen av gjeldende rett, lovendring kreves altså ikke.

Klageadgang etter gjeldende rett omfatter imidlertid ikke prosessuelle forhold underveis i tilsynsprosessen. Her har vi sett at særlig krav om dokumentasjon fra kommunene framstår som et tema for avgrensning av det statlige tilsynet. Dersom det skal innføres skranke for dokumentasjonskrav, og den skal være effektiv, bør den også følges av klageadgang. Det betyr at klageadgangen bør utvides.

Hvor stor utvidelsen av klageadgangen i tilsynets innledningsfase bør være, må vurderes nærmere. En kunne også tenke seg at kommunene fikk rett til å klage på fylkesmannens samordning og konstatering av avvik i foreløpig tilsynsrapport. En klage på fylkesmannens samordning måtte gjelde klage på valg av den enkelte kommunen som tilsynsobjekt og valg av tilsynstema. Den kunne også gjelde valg av tilsynsmetodikk. Vi går ikke videre med en vurdering av slik klageadgang her.

Mulighet til å klage på konstatering av avvik i foreløpig tilsynsrapport framstår som mindre aktuelt. På dette stadiet har

⁶ Se redegjørelse om gjeldende rett i NOU 2016:4 s. 377-378 og uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling fra 2011.

kommunen fortsatt gode muligheter til å opplyse saken, og fylkesmannen har ikke tatt endelig stilling til om kommunen har brutt sine forpliktelser enda.

En styrking av kommunens partsrettigheter slik at det klargjøres at kommunene kan klage på krav om å gi dokumentasjon, vil kunne bidra til at tilsynet får en snevrere karakter. Vi anbefaler å vurdere dette tiltaket nærmere.

3.7.2 Søksmålsadgang i tvister med staten

Vi har påpekt at klagemuligheter er viktig for å sikre at tilsynet holder seg innenfor sine grenser. Departementet er klageinstans i slike saker. Det er altså fortsatt statsforvaltningen som har siste ord hvilke plikter kommunen har etter lov og forskrift. Etter gjeldende rett har ikke kommunene mulighet til å bringe departementets lovanvendelse inn for domstolene. En slik mulighet for rettslig prøving ville bidra til å klargjøre kommunenes rettslige forpliktelser og tilsynsmyndighetens rammer.

Vi viser i den forbindelse til forslag om å innføre søksmålsadgang for kommunene i slike saker i Prop. 54 L (2016-2017) *Endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m. (overprøvingskompetanse m.m.)*

3.8 Oppsummering

Dersom mer avgrenset statlig tilsyn med kommunene er ønskelig, kan følgende elementer bidra:

- Ta utgangspunkt i at tilsynsaktiviteten i stor grad handler om tilsyn med internkontrollsystemer
- Mer aktiv holdning til lovlighetskranken i kommunene
- Mer veiledning i stedet for tilsyn
- Bedre samordning, både mellom tilsynsmyndigheter og med kommunens forvaltningsrevisjon
- Bedre avgrensning av tilsynsystema
- Innføring av skranke for dokumentasjonskrav

- Innføring av forsterket lovlighetskranke
- Mer bruk av gjeldende klageadgang, utvidet klageadgang for kommunene i tilsynsprosessens innledende fase og søksmålsadgang i tvister med staten om tilsyn.

Følgende temaer anbefales vurdert for lovendring:

- Skranke for dokumentasjonskrav
- Forsterket lovlighetskranke
- Utvidet klageadgang

4 Klarhetsprinsippet i dansk rett

4.1 Statlig tilsyn med kommunene i Danmark sett i forhold til i Norge

I dette kapitlet skal vi vise hva som ligger i «klarhetsprinsippet», som gjelder for statlig tilsyn med kommunene i dansk rett. Undersøkelsen skal danne grunnlag for å vurdere om en lignende ramme bør innføres i norsk rett. Det er nødvendig å beskrive statlig tilsyn med kommunene i dansk rett mer generelt for å kunne gi en dekkende beskrivelse av klarhetsprinsippets innhold og rolle.

Det framgår av den danske grunnloven § 82 at kommunenes rett til «under statens tilsyn selvstændigt at styre deres anliggender» skal ordnes ved lov. Kommunene skal altså i henhold til konstitusjonen ha et kommunalt selvstyre, samtidig som det skal være statlig tilsyn.

Statlig tilsyn med kommuner og regioner lå tidligere under Statsforvaltningen⁷, men fra 1. april 2017 ligger tilsynet hos Ankestyrelsen, jf. kommunestyrelsesloven § 47 første ledd. Ankestyrelsen ligger under Økonomi- og Indenrigsministeriet, men ministeren kan ikke instruere ankestyrelsen om utøvelsen av tilsynet, bare fastsette generelle forskrifter, jf. bestemmelsens andre ledd.

Ankestyrelsen har også andre oppgaver enn å føre tilsyn med kommunene. Organet er blant annet også klageinstans for flere

⁷ Statsforvaltningen er et organ som hører under Børne- og Socialministeriet. Den ble opprettet i 2013 og erstattet da de daværende fem regionale statsforvaltningene. <http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=4577> lesedato 25. april 2017

forvaltningsoppgaver på velferdssektoren og skal koordinere praksis over hele landet.⁸

Som i Norge bestemmer tilsynsmyndigheten selv når et tilsyn skal gjennomføres (*ex officio*), se kommunestyrelsesloven § 48a.

Samtidig har Økonomi- og indenrigsministeren en egen rolle i tilsynet med kommunene jf. kommunestyrelsesloven kapittel VII. Ankestyrelsens avgjørelser om reaksjoner kan i henhold til § 52 bringes inn for ministeren av kommunen, og ministeren kan også ta opp saker til behandling på eget initiativ. Ministeren kan stadfeste, oppheve eller endre Ankestyrelsens avgjørelse.

Statlig tilsyn med kommunene i Danmark er delt mellom *det almindelige kommunaltilsyn* og *sektortilsynet*. Det er det alminnelige kommunaltilsynet som er regulert i kommuneloven. Det skal føre tilsyn med at kommunene overholder lovgivning som særlig gjelder for offentlige myndigheter og forskrifter gitt med hjemmel i slik lovgivning, jf. kommunestyrelsesloven § 48. Unntak er ansettelsesrettslige regler, privatrettslige regler og tilfeller der særlige klage- eller tilsynsmyndigheter kan ta stilling til den pågjeldende saken, se bestemmelsens andre og tredje ledd. Det betyr at det alminnelige kommunaltilsynet viker når sektorlovgivningen gir klagerett eller særlig tilsynsmyndighet, typisk på miljø- og velferdsområdet.

Det alminnelige kommunaltilsynet behandler i hovedsak saker som gjelder «kommunens interne forhold», som saksbehandlingsregler for folkevalgte organer, habilitet for folkevalgte og økonomireglene som gjelder for kommunene.⁹ Det betyr at de problemstillingene som gjelder for statlig tilsyn på viktige velferdsområder i norsk rett, ikke kan ses i lys av de danske reglene om statlig tilsyn som gjelder det alminnelige kommunaltilsynet og er forankret i kommunestyrelsesloven.

Det statlige tilsynet med kommunene undersøker først og fremst **enkeltsaker**. Kontroll av at kommunene har internkontrollsystemer utføres i hovedsak av

⁸ Fra nettsidene til Ankestyrelsen: <https://ast.dk/om-ankestyrelsen/> lesedato 200417.

⁹ Jf. samtale med Gerd Batstrup 27. april 2017.

kommunerevisjonen.¹⁰ Det innebærer at de særlige utfordringene som gjelder systemtilsyn i Norge, ikke kan finne sin parallell i danske regler om statlig tilsyn.

Det alminnelige kommunaltilsynet i Danmark kan bare uttale seg om lovligheten i en sak, se kommunestyrelsesloven § 50. Denne avgrensningen til legalitetsprøving tilsvarer avgrensningen til «lovlighetstilsyn» i norsk rett.

Den mest anvendte reaksjonen er ifølge Ankestyrelsen en veiledende uttalelse om at en kommune har tilsidesatt lovgivningen. Tilsynsmyndigheten har en rekke sanksjoner til rådighet, men de brukes sjelden. Kommunene følger i langt de fleste tilfellene tilsynets uttalelse.¹¹

Tilsynet kan sette kommunens vedtak ut av kraft, hvis det er i strid med loven. (Annulation). I tillegg kan medlemmene av kommunestyret får tvangsbøter eller erstatningskrav rettet mot seg. Tilsynet kan også anlegge fastsettelsessøksmål for domstolene mot en kommune som tilsynet mener at har truffet et ulovlig vedtak eller unnlatt å handle som den hadde plikt til.¹²

Når det gjelder reaksjoner ved tilsyn, er det betydelige skiller mellom norsk og dansk rett. Mens tilsynsmyndigheten i Norge bare har anledning til å treffe vedtak om pålegg jf. koml. § 60 d¹³, åpner dansk rett for et betydelige videre batteri av reaksjoner i forbindelse med tilsynsvirksomheten. Norske tilsynsmyndigheter kan ikke oppheve kommunale vedtak, slik de kan i Danmark. I tillegg kan det der også rettes tvangsbøter og erstatningskrav mot enkeltmedlemmer av kommunestyret etter reglene i kommuneloven. I den grad norsk rett åpner for slike reaksjoner, vil de som utgangspunkt være rettet mot kommunen, og ikke mot den enkelte folkevalgte.

¹⁰ Jf. samtale med Niels Jørgen Mau Pedersen 28. april 2017

¹¹ <https://ast.dk/tilsynet/sadan-behandler-tilsynet-en-sag> lesedato 25. april 2017

¹² <https://ast.dk/tilsynet/sadan-behandler-tilsynet-en-sag> lesedato 25. april 2017

¹³ Fylkesmannen har myndighet til å ilegge kommuner mulkt ved oversittelse av fristene i barnevernloven § 6-9, jf. forskrift av 16. desember 1992 nr. 1243

4.2 Klarhetsprinsippet

Klarhetsprinsippet i dansk rett innebærer at lovbrudd må framtre med *nødvendig klarhet* for at reaksjoner skal kunne anvendes, dvs. at det ikke må være *rimelig tvil* om at lovgivningen er tilsidesatt. Kravet gjelder både rettslige og faktiske forhold.

Klarhetskravet innebærer at det blir en prinsipiell forskjell mellom domstolens og tilsynets prøving:

«Når domstolene skal fortolke loven (i vid forstand) og derefter afgøre, om den - sammenholdt med det faktum, der er oplyst - fører til, at der foreligger en ulovlighed, er der kun to svarmuligheder; «ja» eller «nej». Tilsynsmyndigheden skal derimod også tage en tredje svarmulighed i betragtning, som man kunne kalde «ja - efter tilsynsmyndighedens opfattelse, men ikke med den fornødne klarhed (Betænkning 1395/2000).»

Prinsippet bygger på en langvarig tradisjon, men har ikke kommet direkte til uttrykk i lovgivningen. Det er forutsatt i forarbeidene til kommunebestyrelseslovens regler om statlig tilsyn, og det er også forankret i praksis fra Høyesteret og i juridisk teori.

Klarhetsprinsippet har et avgrenset virkefelt. Det gjelder for det alminnelige kommunaltilsynet, og ikke for sektortilsynet. Virkefeltet er dermed i praksis ganske snevert. Prinsippet gjelder også bare ved anvendelsen av reaksjonene annullasjon og tvangsmulkt.¹⁴ Det gjelder altså for eksempel ikke for de veiledende uttalelsene som tilsynsmyndigheten gir.

Kravet om at bruk av sanksjoner overfor kommuner ved lovovertrедelser må knyttes til «klare» lovbrudd, knyttes i dansk teori til at tilsynet generelt viser større tilbakeholdenhet ved bruk av sanksjoner. Carsten Henriksen har uttalt seg kritisk om klarhetsprinsippet, særlig på grunnlag av at det skaper usikkerhet og bidrar til ulik praksis, samt at det representerer rettssikkerhetsproblemer.¹⁵ Også Garde og Revsbech uttaler at

¹⁴ Se nærmere redegjørelse i Garde & Revsbech 2011: 99 og Carsten Henriksen s. 69

¹⁵ Carsten Henriksen s. 77

klarhetskriteriet i seg selv er «meget upresist».¹⁶ Da et lovutvalg utredet statens tilsyn med kommunene, foreslo det å avskaffe klarhetsprinsippet,¹⁷ men dette forslaget ble ikke fulgt opp.

Bør klarhetsprinsippet i dansk rett tas inn i norsk rett?

Undersøkelsen av dansk rett viser at også danske myndigheter opplever spenningen mellom tilsyn med lovlighet og tilsyn med hensiktsmessighet. Dette skillet kan komme under press i Norge.

Videre viser undersøkelsen at også dansk tilsyn med kommunene i all hovedsak ender med «veiledende uttalelse», slik at kommunale vedtak i praksis sjelden blir annullert eller møter andre reaksjoner. Vi kjenner igjen at mye løses tidlig i prosessen, i en form for «avdekkings- og veiledningsfase».

Det er flere forhold som taler mot at klarhetsprinsippet, slik det gjelder i dansk rett, bør tas inn i norsk rett. Det viktigste er at klarhetsprinsippet gjelder ved bruk av reaksjoner som norske tilsynsmyndigheter ikke (med svært få unntak i særlovgivningen) har anledning til å bruke. I tillegg gjelder ikke klarhetsprinsippet for sektortilsynet, som gjelder for store velferdsoppgaver. Utfordringer som gjelder statlig tilsyn med for eksempel helse- og omsorgsoppgaver og opplæring i Norge, vil dermed ikke kunne trekke på danske erfaringer med anvendelsen av et klarhetsprinsipp. På den annen side kan elementer i klarhetsprinsippet i dansk rett gi inspirasjon til innføring av en forsterkning av lovlighetsskranken som gjelder for statlig tilsyn i Norge.

¹⁶ Garde og Revsbech 2011 s. 101

¹⁷ Betænkning nr. 1395 Statens tilsyn med kommunerne (2000)

5 Lovendringsforslag

5.1 Forsterket lovlighetsskranke - Innføring av «klarhetsprinsipp» ved statlig tilsyn

5.1.1 Innledning

Vi har ingen modell for et klarhetsprinsipp som står klar til å bli innført i norsk lovgivning. Dersom målet er bedre sikkerhet for at lovlighetsskranken - som allerede gjelder - blir respektert, kan det være andre tiltak enn innføring av et klarhetsprinsipp som bør prioriteres. Vi har pekt på betydningen av hvordan kommunenes plikter er formulert i særlovgivningen, bruk av klageadgang ved pålegg og innføring av søksmålsadgang for kommunene.

Generelt er det viktig å ha fokus på lovlighetsskranken i seg selv. Hvis den oppfattes som så uklar at den ikke blir effektiv, er det spørsmål om innføring av et klarhetsprinsipp egentlig vil hjelpe. På den annen side vil et klarhetsprinsipp kunne gi økt fokus på lovlighetsskranken og innholdet i den og skjerpe bevisstheten i lov- og forskriftsprosesser og i forvaltningspraksis.

Siden tilsyn gjerne utføres som systemtilsyn, er regelverket om kommunenes plikter til å ha internkontrollsystemer spesielt viktig, kanskje viktigere enn mulig uklarhet om innholdet i den enkeltes rett til velferdstjenester mv. Det vil være særlig grunn til å ha fokus på måten kommunenes plikter er utformet på i regelverket om internkontroll. Dette regelverket finner vi nå i særlovgivningen, men i NOU 2016: 4 foreslår utvalget at det skal gis felles regulering i kommuneloven og at kravene i særlovgivningen skal ha en særskilt gjennomgang (se s. 296). Uansett plassering av regelverket, framstår det nå både i gjeldende rett og i lovforslag som svært

skjønnsmessig utformet, for eksempel skal kontrollen i henhold til lovforslaget dokumenteres «i den formen og det omfanget som er nødvendig og formålstjenlig». Hva som er nødvendig og formålstjenlig må bero på en nærmere vurdering. Dette vil tilsynsmyndigheten måtte fylle med innhold i sin praksis. I motsetning til lovpålagte plikter som gir den enkelte rettigheter overfor kommunen, vil det heller ikke dannes praksis fra klagesaksbehandling eller domstoler etter initiativ fra enkeltpersoner som kan bidra til å klarlegge innholdet. Slik praksis kan imidlertid utvikles dersom kommunene i større grad bruker sin klageadgang i saker om pålegg eller evt. søksmålsadgang dersom det blir innført.

5.1.2 Innholdet i et klarhetsprinsipp

Innholdsmessig kan vi hente inspirasjon fra dansk rett til utformingen av et norsk klarhetsprinsipp; - bruk av reaksjoner ved statlig tilsyn skal gjelde bare ved klare lovbrudd. Det skal ikke være rimelig tvil om at kommunen har brutt sine lovpålagte plikter.¹⁸

Klarhetsprinsippet gjelder overfor alle typer lovgivning, også der det er gitt vage og «elastiske» regler om kommunenes plikter. Hvis regelverket er upresist, uttaler Garde og Revsbech at klarhetskriteriet antakelig medfører *at tilsynet må gi kommunen en margin, som ikke nødvendigvis vil være den samme ved andre administrative prøvelsesinstanser, ved ombudsmannen eller ved domstolene.*¹⁹

Et klarhetskriterium vil ikke kunne avgrenses på en entydig måte. Innholdet vil måtte utvikles over tid gjennom praksis, og det vil måtte bero på hvilket regelverk som tolkes og kjennetegnet ved de ulike sektorene. Det som er anført om uklarhet og usikkerhet ved det danske klarhetsprinsippet, vil trolig gjøre seg gjeldende også for norske forhold.

¹⁸ Garde og Revsbech *Kommunalret* (2011) s. 98

¹⁹ Garde og Revsbech *Kommunalret* (2011) s. 101

5.1.3 Hvilke trinn i tilsynsprosessen skal klarhetsprinsippet omfatte?

Det er to måter å innrette et klarhetsprinsipp på. Den ene tar utgangspunkt i at hele tilsynsprosessen slik den er framstilt i figuren i kapittel 2 har betydning for hvordan tilsynet fungerer. Det betyr at lovlighetsskranken og den tilhørende klarhetsforsterkningen må gjelde for hele denne prosessen, altså for så vel valg av tilsynsystema og kommune som konstatering av avvik og eventuelt etterfølgende pålegg. Den alternative innrettingsmåten er å la klarhetsprinsippet gjelde bare for eventuelle reaksjoner som kommer ut av tilsynet, altså vedtak om pålegg i henhold til kommuneloven.

Dersom ønsket er et mer avgrenset tilsyn, er det som nevnt grunn til å fokusere på tilsynets innledningsfase. En forsterket lovlighetsskranke som gjelder bare for vedtak om pålegg, vil ikke bidra direkte til å gjøre tilsynsaktiviteten vesentlig mer avgrenset. På den annen side vil et klarhetskrav typisk være innrettet mot en form for vedtak eller avgjørelse om brudd på lovgivningen fra tilsynsmyndighetens side. Det er vanskelig å tenke seg at det vil være anvendbart for de innledende stadiene i prosessen. Det kunne tenkes anvendt når tilsynsmyndigheten konstaterer avvik i den foreløpige rapporten, men vi legger vekt på at tilsynsmyndigheten på det stadiet ikke er ferdig med å få saken opplyst. Vi tilrår derfor at innføring av et klarhetsprinsipp avgrenses til å gjelde for vedtak om pålegg.

5.1.4 Prosessuelle rettigheter

Det er allerede adgang etter loven til å klage på vedtak om pålegg. Innføring av et klarhetsprinsipp ved vedtak om pålegg vil gi kommunene mulighet til å påberope seg at klarhetskravet ikke er overholdt i klageomgangen. Det er dermed ikke nødvendig å foreslå ytterligere prosessuelle rettigheter.

Vi viser ellers til det som er sagt tidligere om lovforslag om søksmålsadgang for kommunene.

5.1.5 Hvordan vil et klarhetsprinsipp påvirke hva det føres tilsyn med?

Som utgangspunkt går vi ut i fra at et klarhetsprinsipp ved bruk av pålegg ikke vil påvirke hva tilsynsmyndighetene velger å føre tilsyn med. I tilsynets innledende faser vil det ikke være klart om tilsynsmyndigheten vil møte klare lovbrudd eller lovbrudd som ikke møter klarhetskravet. Trolig vil både klare og mindre klare lovbrudd finne sted på de fleste sektorer.

Selv om et klarhetskrav bare gjelder pålegg, er det ikke usannsynlig at innføringen av et slikt krav også vil påvirke i hvilke situasjoner det blir konstatert avvik i tilsynets innledende fase. Det er imidlertid grunn til å tro at tilsynsmyndighetene vil være bevisst på klarhetskravets begrensede rekkevidde, slik at de ikke vil være tilbakeholdne på dette punktet.

Dersom tendensen til at tilsyn avsluttes etter den innledende fasen holder seg framover, er det særlig grunn til å tro at innføringen av et klarhetskrav ikke direkte vil få betydning for konstatering av avvik. Hvis kommunene derimot mer aktivt benytter seg av muligheten til å klage på pålegg, vil kanskje dette stille seg annerledes.

5.1.6 Lovforslag

Kommuneloven § 60 d første ledd skal lyde:

Fylkesmannen kan gi pålegg til kommunen eller fylkeskommunen om å rette forhold som **klart** er i strid med de bestemmelser fylkesmannen fører tilsyn med etter § 60 b.

Kommentar:

Pålegg kan gis ved *klare* lovbrudd, det vil si at det ikke må være *rimelig tvil* om at lovgivningen er tilsidesatt. Kravet gjelder både rettslige og faktiske forhold.

5.2 Terskel for å kreve dokumentasjon

5.2.1 Innledning

Vi har tidligere sett at avgrensning av tilsynstema og angivelse av kommunenes lovpålagte plikter og samordning med kommunenes forvaltningsrevisjon vil kunne ha stor betydning for hvor mye dokumentasjon fylkesmannen krever. Her skal vi særlig vurdere hvordan en særlig skranke for å kreve dokumentasjon kan utformes i loven.

5.2.2 Innhold i en skranke for å kreve dokumentasjon

Loven bør ikke angi hva slags eller hvor mange dokumenter tilsynsmyndigheten kan kreve. I en bestemmelse som gjelder for alle typer statlig tilsyn, må en skranke bygge på hva som etter en nærmere vurdering er hensiktsmessig i den enkelte tilsynssaken.

Formuleringer som angir en form for kvalifisering vil være aktuelle, og et utgangspunkt kan være forholdsmessighetsprinsippet. Dette prinsippet bygger på at det skal være forholdsmessighet mellom mål og middel. I lovgivningen har vi eksempler på at ordet forholdsmessig i seg selv er brukt (utlendingsloven § 99), alternative formuleringer er «stå i rimelig forhold til» (jf. pbl. § 32-10). I NOU 2016:4 er en variant av forholdsmessighetsprinsippet tatt inn i forslag til prinsipper for nasjonale myndigheters forhold til det kommunale selvstyret, - det kommunale selvstyret bør ikke begrenses mer enn *det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål*.

I dansk rett er det tatt inn en bestemmelse som klarere angir en interesseavveining i forvaltningsloven § 31 om informasjon mellom offentlige organer. Den tar utgangspunkt i at det er plikt til å gi fra seg opplysninger, men presiserer så at plikten ikke gjelder hvis *videregivelsen påfører myndigheten et merarbejde, der væsentligt overstiger den interesse, den anden myndighed har i at få oplysningerne*. En variant av denne reguleringen anvendt på dokumentasjonskrav ved statlig tilsyn kunne være at kommunen ikke har plikt til å gi dokumentasjon hvis det påfører kommunen et merarbeid som overstiger tilsynsmyndighetens interesse i å få opplysningene.

Bestemmelsen i kommuneloven § 60 c første ledd inneholder allerede en form for kvalifisering av hva slags dokumentasjon som kan kreves i den enkelte saken. I henhold til andre setning gjelder fylkesmannens rett til å kreve dokumentasjon det som er *nødvendig for at fylkesmannen kan utføre tilsyn i henhold til dette kapitlet*.

Formuleringen her er ikke mindre klar enn alternative formuleringer som er nevnt ovenfor. Det tilsier at formuleringen bør beholdes.

Samtidig ser det ut til å være behov for en «aktivisering» av dette nødvendighetskriteriet. Det kan for eksempel gjøres ved å foreslå en alternativ lovtekst. En annen måte å gjøre det på er å sørge for at ikke fylkesmannen alene kan avgjøre hva som er nødvendig for utføringen av tilsynet. Klageadgang på krav om dokumentasjon framstår da som nærliggende. Vi anbefaler å beholde nødvendighetsformuleringen kombinert med innføring av klagerett.

5.2.3 Prosessuelle rettigheter

Nødvendighetsskranken i kommuneloven § 60 c bør følges av klagerett for kommunen dersom den skal få effekt. Siden kommunen etter gjeldende rett ikke antas å ha adgang til å klage på annet enn pålegg om retting, bør slik klagerett presiseres i kommuneloven.

Pålegg om å gi dokumentasjon regnes ikke som enkeltvedtak som kan påklages. Eventuell klageadgang må reguleres særskilt.

I bestemmelsen om rett til å klage på vedtak om pålegg er det tatt inn at forvaltningsloven kapittel IV, V og VI samt §§ 41 og 42 gjelder tilsvarende. En kunne tenke seg at saksbehandlingsreglene ved klage på pålegg om å gi dokumentasjon kunne vært mindre omfattende enn reglene om saksforberedelse, vedtak og klage/ omgjøring samt virkning av feil som gjelder for enkeltvedtak. På den annen side er det viktig å ha med mange av elementene i dette regelsettet for klageordningen skal ha bli velfungerende. Her foreslår vi at alle disse reglene tas inn på samme måte som for vedtak om pålegg.

5.2.4 Hvordan vil klageadgang påvirke tilsynet?

En skranke for dokumentasjonskrav vil kunne bidra til å utsette tilsynsprosessen dersom klage gis oppsettende virkning, se fvl. § 42. Det vil kunne svekke tilsynsmyndighetens arbeid. På den annen side vil effekten for kommunen bli lik null i den enkelte saken dersom dokumentasjonen må gis før klagesaken er avgjort. Samtidig vil avgjørelser i klagesaker kunne danne grunnlag for praksisendringer hos tilsynsmyndigheten og dermed indirekte bidra til forbedringer også for den enkelte kommunen.

Det er lite trolig at det blir mange klagesaker om dokumentasjonskrav. Samtidig vil innføring av klageadgang bidra til bevisstgjøring om dokumentasjonskrav og indirekte gi kommunene en sterkere stemme i en dialog om hva som er hensiktsmessig å legge fram av dokumentasjon i det enkelte tilsynet.

5.2.5 Lovforslag

Kommuneloven § 60 c nytt siste ledd skal lyde:

Reglene i forvaltningsloven kapittel IV, V, VI samt §§ 41 og 42 gjelder tilsvarende for krav om dokumentasjon etter denne bestemmelsen.

Kommentar:

Fylkesmannens krav om dokumentasjon er begrenset til det som er nødvendig for at fylkesmannen kan utføre tilsyn i henhold til kapitlet, jf. første ledd andre setning. Det skal foretas en avveining mellom kommunens belastning ved å framskaffe dokumentasjonen og dokumentasjonens relevans for tilsynet.

6 Avslutning

Statlig tilsyn med kommunene har mange positive sider, men det er grunn til å vurdere justeringer i rammene for tilsynsmyndighetene. Det er flere elementer som tilsier at tilsynet i praksis oppfattes å være *videre definert enn det regelverket legger opp til*, blant annet når det gjelder skillet mellom tilsyn og veiledning og lovlighetsskranken som gjelder for tilsynet. Flere elementer kan bidra til å avgrense tilsynet på en tydeligere måte.

For det første kan kommunene selv bli mer oppmerksomme på skrankene for tilsynet og hva de kan gjøre hvis de mener at tilsynet går utover sine rammer.

For det andre kan tilsynsmyndighetene gjøre endringer i sin praksis innenfor rammen av gjeldende rett. Viktige punkter for avgrensning av tilsynet er å styrke veiledningsarbeidet, styrke samordningen mellom tilsynsmyndigheter og mellom tilsynsmyndighet og kommune samt å avgrense tilsynstemaet på tydeligere måte.

For det tredje foreslår vi lovendringer for å etablere en tydeligere skranke for dokumentasjonskrav og forsterke lovlighetsskranken. Forslagene går ut på å gi kommunene klagerett på krav om dokumentasjon og innføre et klarhetskrav ved bruk av pålegg.

Litteratur

- Askim, J., H. Baldersheim, J.E. Klausen, H. Renå, E. Smith & H. Zeiner (2013): *Hvordan påvirker det statlige tilsynet kommune og det lokale selvstyret?* NIBR-rapport 2013:20. NIBR: Oslo
- Deloitte (2017): *Der kommunale og fylkeskommunale risikobildet for perioden 2016-2020*. Deloitte: Bergen
- Difi (2016): *Statens tilsyn med kommunene. Organisering, omfang, nytte og forbedringer*. Difi-rapport 2016:05. Difi: Oslo
- Engelsrud, G., G. Jahren, & I. Sletnes (2014): *Kommunalrett. Oppgaver, organisering og kontroll*. Cappelen Damm: Oslo
- Fylkesmannen i Aust- og Vest-Agder, Agder kommunerevisjon & KS (2016): *Læring, utvidet samarbeid om tilsyn og kommunes egenkontroll. Pilotprosjekt. – Rapport til Kommunal- og moderniseringsdepartementet*: Kristiansand
- Garde, J. & K. Revsbech (2011): *Kommunalret*. 3. udgave. Jurist- og Økonomforbundets forlag: København
- Henrichsen, Carsten (2012) *Administrative sanktioner – i forhold til kommunal forvaltning*. Nordisk Administrativt Tidsskrift nr. 1/2012 s. 68-79
- Indset, M., J. E. Klausen, E. Smith & M. Winsvold (2011): *Samordning av statlig tilsyn og systemrevisjon som tilsynsmetode*. NIBR-rapport 2011:18. NIBR: Oslo
- Innst. 270 S (2011-2012): *Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om stat og kommune – styring og samspel*
- NIBR-rapport 2017:9

Innst. 333 S (2014-2015): Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om kommunereformen – nye oppgaver til større kommuner

Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2016): Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner med retningslinjer for utforming av lover og forskrifter rettet mot kommunesektoren. Veileder

Kommunal- og regionaldepartementet (2007): Rundskriv H-2007-3

Meld. St. 14 (2014-15): Kommunereformen – nye oppgaver til større kommuner

Meld. St. 12 (2011-2012): Stat og kommune – styring og samspel

NOU 2004: 17 Statlig tilsyn med kommunene

NOU 2016: 4 Ny kommunelov

Prop. 54 L (2016-2017) Endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m. (overprøvingskompetanse m.m.)

Øvrige danske kilder:

Lov om kommunernes styrelse, jf. lovbekendtgørelse nr. 769 af 9. juni 2015 med senere endringer

Forvaltningsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 988 af 9. oktober 2012

Betænkning nr. 1395 Statens tilsyn med kommunerne (2000)

<https://ast.dk/om-ankestyrelsen/> lesedato 20. april 2017

<https://ast.dk/tilsynet/sadan-behandler-tilsynet-en-sag> lesedato 25. april 2017

<http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=4577> lesedato 25. april 2017