



KOMMUNAL- OG REGIONALDEPARTEMENTET

Veileder

# Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59





KOMMUNAL- OG REGIONALDEPARTEMENTET

Veileder

# Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59





DET KONGELIGE  
KOMMUNAL- OG REGIONALDEPARTEMENT

Til  
Departementene  
Fylkesmennene  
Fylkeskommunene  
Kommunene  
KS

Deres ref

Vår ref  
08/1969-4

Dato  
**21 OKT 2013**

**Ny veileder om lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59**

Kommunal- og regionaldepartementet har utarbeidet en ny veileder til kommuneloven § 59 om statlig lovlighetskontroll med kommunale og fylkeskommunale avgjørelser.


Retningslinjene i den nye veilederen H-2299 erstatter Rundskriv H- 2123 fra 2001.

Veilederen gir en helhetlig fremstilling av kommunelovens regler om lovlighetskontroll, og trekker opp retningslinjer for når det kan være aktuelt å ta saker opp til lovlighetskontroll av eget tiltak. Den er oppdatert i tråd med senere års lovendringer i kommuneloven § 59. Det er også foretatt enkelte presiseringer knyttet til avgjørelsesbegrepet.

Kommunal- og regionaldepartementet håper at veilederen kan være et nyttig hjelpemiddel i saker om lovlighetskontroll.

Veilederen er tilgjengelig på Kommunal- og regionaldepartementets hjemmesider på [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no).

Med hilsen

  
Siri Halvorsen (e.f.)  
avdelingsdirektør

  
Elen Schmedling Gimnæs  
seniorrådgiver

### **Adresseliste**

Arbeidsdepartementet	Postboks 8019 Dep	0030	OSLO
Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet	Postboks 8036 Dep.	0030	OSLO
Finansdepartementet	Postboks 8008 Dep	0030	OSLO
Fiskeri- og kystdepartementet	Postboks 8118 Dep.	0030	OSLO
Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet	Postboks 8004 Dep.	0030	OSLO
Forsvarsdepartementet	Postboks 8126 Dep	0032	OSLO
Helse- og omsorgsdepartementet	Postboks 8011 Dep.	0030	OSLO
Justis- og beredskapsdepartementet	Postboks 8005 Dep	0030	OSLO
Kommunal- og regionaldepartementet	Postboks 8112 Dep	0032	OSLO
Kulturdepartementet	Postboks 8030 Dep	0030	OSLO
Kunnskapsdepartementet	Postboks 8119 Dep	0032	OSLO
Landbruks- og matdepartementet	Postboks 8007 Dep.	0030	OSLO
Miljøverndepartementet	Postboks 8013 Dep	0030	OSLO
Nærings- og handelsdepartementet	Postboks 8014 Dep	0030	OSLO
Olje- og energidepartementet	Postboks 8148 Dep	0033	OSLO
Samferdselsdepartementet	Postboks 8010 Dep	0030	OSLO
Fylkesmennene Kommunene Fylkeskommunene			
KS	Postboks 1378, Vika	0114	OSLO
Kopi			
Statsministerens kontor	Postboks 8001 Dep	0030	OSLO

## Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
2	Forholdet til kommuneloven § 60.....	4
3	Forholdet til tidligere rundskriv.....	5
4	Hvem har myndighet til å foreta lovlighetskontroll etter § 59 .....	6
4.1	Generelt.....	6
4.2	Kgl. res. 18. desember 1992 .....	6
4.3	Delegasjon av myndighet til å foreta lovlighetskontroll etter § 59 nr. 1-6 .....	6
5	Hensynet bak bestemmelsen .....	8
5.1	Kort om historikk.....	8
5.2	Sentrale formål og hensyn til grunn for bestemmelsen.....	8
6	Retningslinjer for lovlighetskontroll .....	9
6.1	Generelt om lovlighetskontroll .....	9
6.1.1	Hvem kan kreve kontroll etter § 59 nr. 1? .....	9
6.1.2	Folkevalgt organ .....	10
6.1.3	Begrepet «avgjørelse».....	11
6.1.4	Avgjørelser som gjelder ansettelse, oppsigelse eller avskjed .....	15
6.1.5	Avgjørelser om møteoffentlighet og habilitet.....	16
6.1.6	Avgjørelser som gjelder offentlige anskaffelser .....	16
6.1.7	Skillet mellom offentligrettslige og privatrettslige sider ved en avgjørelse.....	17
6.1.8	Behandling av saken i organet som har fattet avgjørelsen (vedtaksorganet).....	18
6.1.9	Utsatt iverksettelse.....	20
6.1.10	Tidsfrister.....	20
6.2	Innhold og omfang av kontrollen .....	21
6.2.1	Innledning.....	21
6.2.2	Personell kompetanse .....	21
6.2.3	Prosessuell kompetanse .....	22
6.2.4	Materiell kompetanse .....	22
6.2.5	Prøving av kommunalt skjønn - forholdet til det kommunale selvstyre.....	22
6.2.6	Avgrensning i saker om lovlighetskontroll .....	27
6.3	Særlig om lovlighetskontroll av eget tiltak.....	28
6.3.1	Generelt.....	28

6.3.2	Prosedyrer for registrering.....	29
6.3.3	Forhold av betydning for spørsmålet om en sak skal tas opp til kontroll av eget tiltak	30
6.3.4	Kort om forvaltningslovens regler for omgjøring og klage.....	34
7	Rettsvirkning av lovlighetskontrollen.....	36
7.1	Feil som leder til ugyldighet .....	36
7.1.1	Innledning.....	36
7.1.2	Om ulike feil.....	36
7.2	Kort om rettsvirkninger for privatrettslige forhold .....	37
8	Om departementets rolle i saker om lovlighetskontroll .....	39
8.1	Kommunale avgjørelser.....	39
8.2	Fylkeskommunale avgjørelser .....	39
9	Vedlegg - Lovtekst og forskrift.....	40



# 1 Innledning

Tema for denne veilederen er statlig lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 med kommunale og fylkeskommune avgjørelser. I det følgende brukes ordet «kommuner» om både kommuner og fylkeskommuner, og ordet «kommunestyret» om både kommunestyret og fylkestinget, der ikke annet er sagt. Når det i veilederen refereres til «Fylkesmannen», omfatter dette også alle andre instanser som har myndighet til å foreta lovlighetskontroll, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen.

Formålet med veilederen er todelt. Departementet ønsker for det første å gi en enhetlig og oversiktlig fremstilling av kommunelovens regler for lovlighetskontroll.

I tillegg er siktemålet å gi retningslinjer for når det kan være aktuelt å ta saker opp til lovlighetskontroll av eget tiltak, og på den måten legge til rette for en mest mulig ensartet praksis hos de organene som har myndighet til å foreta lovlighetskontroll. Departementet presiserer at det ikke er et mål at antall kontroller skal være høyt, eller at antallet skal økes. Dette vil kunne føre til at kommunenes vedtaksmyndighet svekkes.

Departementet vil også presisere at det er opp til de enkelte folkevalgte om de vil klage på en avgjørelse og opp til Fylkesmannen eller departementet å ta stilling til om en sak skal tas opp til kontroll av eget tiltak. Formålet med reglene om lovlighetskontroll er å være en sikkerhetsventil og supplement til øvrige klage- og kontrollordninger for kommunale vedtak.

Veilederen erstatter tidligere rundskriv H-2123 fra 2001.

## **2 Forholdet til kommuneloven § 60**

I forbindelse med en gjennomgang av kommunelovens regler for økonomiforvaltning (jf. Ot.prp. nr. 43 (1999-2000)), ble det foreslått og vedtatt regler for betinget lovlighetskontroll av budsjettvedtak, jf. tidligere kommuneloven § 59 a nr. 2. Disse forholdene er nå regulert i kommuneloven § 60.

Statlig kontroll av kommunale budsjettvedtak er etter § 60 betinget av at visse vilkår i loven er oppfylt. Innholdet av kontrollen vil imidlertid bli det samme som etter kommuneloven § 59. De generelle retningslinjene for lovlighetskontroll i denne veilederen, vil også være retningsgivende for kontroll etter kommuneloven § 60.

Ordningen med betinget kontroll med lovligheten av årsbudsjett innskrenker ikke muligheten for kommunale folkevalgte til å kreve lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59, og heller ikke Fylkesmannens adgang til å foreta kontroll etter eget tiltak.

### **3 Forholdet til tidligere rundskriv**

I Kgl. res. 18. desember 1992 ble det fastsatt at de enkelte departementene skulle gis fullmakt til å føre lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 med kommunale vedtak truffet i medhold av lovene vedkommende departement til enhver tid forvalter. I resolusjonen ble det også slått fast at daværende Kommunal- og arbeidsdepartementet skulle ha fullmakt til å fastsette nærmere regler for de øvrige departementenes utøvelse av lovlighetskontrollen etter § 59.

Retningslinjene vedrørende lovlighetskontroll i rundskriv H-2123 utarbeidet i 2001 av daværende Kommunal- og arbeidsdepartementet, erstattes med de nye retningslinjene som fremkommer i denne veilederen.

Vi viser for øvrig til rundskriv H-8/01 når det gjelder myndighet til å foreta lovlighetskontroll i medhold av kommuneloven § 60, dvs. lovlighetskontroll med kommunale og fylkeskommunale budsjettvedtak.

Lov- og forskriftstekst er tatt inn i kapittel 9.

## **4 Hvem har myndighet til å foreta lovlighetskontroll etter § 59**

### **4.1 Generelt**

Det fremgår av kommuneloven § 59 nr. 1 at klage på avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjonen (lovlighetsklager) kan bringes inn til «departementet» til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Videre kan departementet på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll, jf. § 59 nr. 5.

### **4.2 Kgl. res. 18. desember 1992**

Ved kongelig resolusjon av 18. desember 1992 er det bl.a. bestemt at:

*«II. Kommunaldepartementet gis fullmakt til å fastsette nærmere regler for de øvrige departementers utøvelse av lovlighetskontrollen, og til å overføre myndighet etter lov om kommuner og fylkeskommuner § 59 og lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker § 28 andre ledd videre.*

*V. De enkelte departementer gis fullmakt til å føre lovlighetskontroll med kommunale vedtak etter lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107 § 59, med unntak av myndighetsutøvelse etter § 59 nr.7.*

*Fullmakten gjelder bare vedtak som er truffet i medhold av de lover vedkommende departement forvalter. Hvert departement plikter å holde Kommunaldepartementet underrettet om de avgjørelser som tas i medhold av denne fullmakten.*

*Kommunaldepartementet gir nærmere regler om departementenes lovlighetskontroll»*

### **4.3 Delegasjon av myndighet til å foreta lovlighetskontroll etter § 59 nr. 1-6**

«Departementets» myndighet etter kommuneloven § 59 nr. 1-6 er altså lagt til det departementet som forvalter den aktuelle loven, på grunnlag av de til enhver tid gjeldende organisatoriske bestemmelser. Dette er i samsvar med sektoransvarsprinsippet.

Departementets fullmakt er for kommunale avgjørelser i all hovedsak delegert videre til Fylkesmannen. Dette er lagt til grunn i rundskriv H-25/92, med noen unntak på utdanningsområdet, helseområdet og kirkeområdet.

Unntakene på utdanningsområdet og helseområdet er nå enten opphevet eller må anses å ikke gjelde lenger.<sup>1</sup> Klager på kommunale avgjørelser etter kirke- og kirkegårdslovgivningen skal

---

<sup>1</sup> Den delegerte myndigheten etter rundskriv H-25/92 til tidligere Statens utdanningskontor i saker om lovlighetskontroll jf. kommuneloven § 59, falt bort fra 01.01.03, jf. rundskriv H-20/02. Tidligere Fylkeslegen inngår i dag i Helsetilsynet i Fylket, som fra 01.01.12 er en del av Fylkesmannen. Delegert myndighet til Fylkeslegen etter rundskriv H-25/92 ligger nå hos Fylkesmannen.

bringes inn for departementet, jf. fastsatt i rundskriv H-6/95. Alle øvrige lovlighetsklager på kommunale avgjørelser etter kommuneloven § 59 bringes inn for Fylkesmannen.

For avgjørelser som er truffet av fylkeskommunale organer, er det det enkelte sektordepartementet som behandler klager om lovlighetskontroll. Siden 2001 har den organisatoriske inndelingen av departementene og deres ansvarsområder endret seg flere ganger. En lovlighetsklage på en fylkeskommunal avgjørelse etter kommuneloven § 59 bringes inn for det sektordepartementet som på tidspunktet for klagen forvalter den eller de lovene klagen gjelder.

## 5 Hensynet bak bestemmelsen

### 5.1 Kort om historikk

Med kommuneloven av 1992 ble ordningen med automatisk lovlighetskontroll av kommunale vedtak fjernet. Siden kontrollen inntil da i hovedsak kun omfattet vedtak i kommunestyret, og omfanget av delegasjon til underordnede organer varierte fra kommune til kommune, ble omfanget av kontrollen svært forskjellig og mange viktige vedtak falt utenfor.

Ressursinnsatsen stod heller ikke i forhold til de feil som ble avdekket. Disse hensynene var bakgrunnen for innføring av lovlighetskontroll etter klage. Man åpnet for at alle typer avgjørelser i alle kommunale folkevalgte organer, samt administrasjonen, kan bli gjenstand for lovlighetsklage. Kretsen av klageberettigede ble imidlertid begrenset til kun å gjelde faste representanter i kommunestyret og fylkestinget. I Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 202 heter det: « På denne måten vil lovlighetskontrollen også få mer preg av et middel til å få avklart rettslig tvil, enn et styrings- og kontrollredskap på statens hånd.»

### 5.2 Sentrale formål og hensyn til grunn for bestemmelsen

Som det fremgår av forarbeidene til kommuneloven, er reglene om lovlighetskontroll et middel til å få avklart rettslig tvil uten å måtte gå til domstolene. I tillegg er hensynet til rettssikkerhet, faglig kvalitet på forvaltningsavgjørelser, hensynet til den offentlige forvaltningens omdømme og behovet for å ivareta grunnleggende nasjonale målsettinger viktige begrunnelser for reglene om lovlighetskontroll.

Lovlighetskontrollen etter kommuneloven § 59 representerer en sikkerhetsventil og et supplement til andre klage- og kontrollordninger med kommunale vedtak. Dette tilsier at lovlighetskontroll brukes med en viss varsomhet. Doble klage- og kontrollordninger kan bidra til mye administrasjon og samtidig rettsusikkerhet ved at kommunen eller partene ikke kan innrette seg i tråd med avgjørelsen før alle klage- og kontrollmuligheter er uttømte. Videre legger departementet til grunn at egenkontroll i kommunene og borgernes klageadgang etter forvaltningsreglene, skal bidra til å redusere behovet for tilsyn og kontroll fra statlige organer.

Samlet medfører disse forholdene at det er en begrensning knyttet til hvilke typer avgjørelser som skal omfattes av reglene om lovlighetskontroll. De nevnte hensynene har også betydning i vurderingen av om en sak skal tas opp etter eget initiativ.

## **6 Retningslinjer for lovlighetskontroll**

### **6.1 Generelt om lovlighetskontroll**

I henhold til § 59 nr. 1 kan tre eller flere medlemmer av kommunestyret sammen bringe en avgjørelse truffet av et folkevalgt organ eller den kommunale administrasjonen, inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet. I tillegg har departementet hjemmel i § 59 nr. 5 til å ta avgjørelser opp til kontroll av eget tiltak.

Avgjørelser som gjelder ansettelse, oppsigelse eller avskjed i arbeidsforhold, kan ikke bringes inn for lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 nr. 1. Det kan heller ikke foretas lovlighetskontroll med om reglene gitt i og i medhold av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er fulgt.

Lovlighetskontroll er ikke klage i forvaltningslovens forstand. Fylkesmannen har derfor ikke kompetanse til å fatte ny avgjørelse, bare til å oppheve den foreliggende avgjørelse dersom den er ugyldig, jf. § 59 nr. 4, andre ledd.

Fylkesmannens vedtak i en sak om lovlighetskontroll kan ikke påklages etter forvaltningsloven. Det samme gjelder også avvisningsvedtak, dvs. vedtak der Fylkesmannen kommer til at vilkårene for å foreta lovlighetskontroll ikke er oppfylt og dermed avviser klagen.

#### **6.1.1 Hvem kan kreve kontroll etter § 59 nr. 1?**

Etter § 59 nr. 1 kan «tre eller flere medlemmer i kommunestyret» sammen bringe kommunale avgjørelser inn for lovlighetskontroll. For at lovlighetsklagen skal være lovlig fremsatt kreves det således underskrift av minst tre kommunestyrerepresentanter. Det er ikke tilstrekkelig at en representant underskriver på vegne av de andre, eller at en representant underskriver på vegne av partiets eller listens gruppe i kommunestyret eller fylkestinget.

Varamedlem som sådan anses ikke som «medlemmer av kommunestyret». Et varamedlem anses kun som medlem av kommunestyret i den tid vedkommende møter som representant, eller når han eller hun har møtt i det aktuelle møtet som vara for det faste medlemmet. Et varamedlem trer i det ordinære medlemmets funksjon for det eller de møtene vedkommende har møtt. Dette inkluderer retten til å kreve lovlighetskontroll av de avgjørelsene som er truffet i de aktuelle møtene, også etter møtenes slutt. Det vil derimot ikke være naturlig at varamedlemmet skal kunne kreve lovlighetskontroll av avgjørelser som er truffet i andre folkevalgte organer eller av administrasjonen, uavhengig av når disse måtte være fattet. Eventuell kontroll vil her kunne kreves av det ordinære medlemmet, så lenge 3 ukers fristen overholdes.

Et annet spørsmål er om de faste medlemmene i kommunestyret kan kreve lovlighetskontroll av en sak som ble behandlet i dette organet mens de selv ikke var til stede.

Hovedregelen er at et medlem av kommunestyret kan kreve enhver avgjørelse truffet av ethvert folkevalgt organ eller av administrasjonen i kommunen inn for lovlighetskontroll. Det

er ikke noe krav at vedkommende selv skal være medlem av organet som har truffet den aktuelle avgjørelsen. Ut fra dette mener departementet at det heller ikke kan stilles krav om at medlemmer i kommunestyret eller fylkestinget selv må ha vært til stede ved behandlingen av saken i dette organet for å kunne kreve lovlighetskontroll av avgjørelsen. Dette gjelder også der saken er behandlet i et møte der deres vararepresentant var til stede. Departementet legger videre til grunn at i tilfeller der varamedlemmet har vært til stede under møtebehandlingen, kan både det faste medlemmet og det innkalte varamedlemmet kreve lovlighetskontroll av samme avgjørelse. Det er ikke noe i lovens ordlyd eller i forarbeidene som tilsier at ikke både medlemmet og dennes vara kan påklage samme avgjørelse.

Det har vært reist spørsmål om medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget kan kreve lovlighetskontroll av en avgjørelse de selv har stemt for. Det er uten betydning hvordan kommunestyremedlemmet selv har stemt i den aktuelle saken. Alle klageberettigede kan kreve kontroll av en hvilken som helst avgjørelse i et folkevalgt organ eller i administrasjonen. Det finnes ikke rettslige holdepunkter for å avskjære klageretten til den som har stemt *for* en avgjørelse.

Det kan videre være tilfeller der medlemmer i et nyvalgt kommunestyre ønsker lovlighetskontroll av avgjørelser som er truffet for eksempel i et kommunalt utvalg eller en komité, et annet folkevalgt organ eller av administrasjonen, i tiden etter valget, men før det nye kommunestyret har konstituert seg etter kommuneloven § 17. Dersom vilkårene for å kreve kontroll ellers er oppfylt og kravet er satt fram innen fristen på tre uker, er det ikke holdepunkter i lov eller forarbeider som tilsier at retten til å kreve lovlighetskontroll er avskåret i slike tilfeller.

### **6.1.2 Folkevalgt organ**

Begrepet folkevalgt organ er ikke nærmere definert i kommuneloven.

Med folkevalgt organ menes kommunestyret og alle kollegiale organer som helt eller delvis er valgt av kommunestyret i medhold av kommuneloven eller særlov. Det samme gjelder organer som er oppnevnt av andre myndigheter etter delegert myndighet fra kommunestyret eller fylkestinget, for eksempel en sakkyndig nemnd som har fått myndighet til å utføre oppgaver knyttet til den kommunale virksomheten.

Det må likevel foretas en avgrensning mot utvalg eller organer som ikke utfører oppgaver på vegne av kommunen. Disse kan neppe anses som et folkevalgt organ, selv om noen av utvalgets medlemmer er valgt av kommunen. Eksempel på dette er rene samarbeidsutvalg eller andre typer «brukerutvalg». For eksempel må samarbeidsutvalg opprettet i medhold av opplæringsloven § 11-1 første ledd betraktes som et rent rådgivende organ. Det fungerer kun som et samarbeidsorgan for partene i skolesystemet. Utvalgets medlemmer utfører ikke oppgaver på vegne av kommunen. Avgjørelser truffet av dette organet er ikke gjenstand for lovlighetskontroll.

Det er imidlertid adgang for kommunen til å delegere avgjørelsesmyndighet til samarbeidsutvalget, jf. opplæringsloven 11-1 tredje ledd. Samarbeidsutvalget fungerer i slike



tilfeller som styringsorgan for skolen, og vil ha samme funksjon som et styre etter kommuneloven § 11 og § 20 nr. 4. Utvalget får da med andre ord en annen karakter. Der samarbeidsutvalgene får delegert styringsoppgaver/avgjørelsesmyndighet vil utvalgets oppgaver være todelt. Samarbeidsutvalg som tildeles styringsoppgaver/avgjørelsesmyndighet er i denne egenskap underlagt ordinær kommunal instruksjonsmyndighet på lik linje med andre organer kommunen oppretter. De avgjørelser som fattes av samarbeidsutvalget i denne sammenhengen kan være gjenstand for lovlighetskontroll. Tilsvarende gjelder for skoleutvalgene ved videregående skoler, jf. opplæringsloven § 11-5.

### **6.1.3 Begrepet «avgjørelse»**

#### **6.1.3.1 Generelt – avgjørelser som bestemmer sakens realitet**

Kommunale og fylkeskommunale avgjørelser kan bli lovlighetskontrollert. Begrepet «avgjørelse» i kommuneloven § 59 favner videre enn begrepet «vedtak» i forvaltningsloven (fvl.) § 2 første ledd bokstav a. Alle enkeltvedtak vil dermed kunne være gjenstand for lovlighetskontroll. Det samme gjelder forskrifter etter fvl. § 2 første ledd bokstav c.

Også andre avgjørelser vil falle inn under bestemmelsen om lovlighetskontroll. Ved vurderingen av om det er tale om en «avgjørelse» i kommunelovens forstand, må det blant annet skilles mellom realitetsavgjørelser og prosessledende avgjørelser.

Beslutninger som avgjør realiteten i en sak må anses som en «avgjørelse» etter kommuneloven § 59. Det er som hovedregel den endelige avgjørelsen i saken som er gjenstand for kontroll, dvs. den avgjørelsen som avslutter en sak. Dette er slått fast i forarbeidene til kommuneloven og samme forståelse er lagt til grunn i Ot.prp. nr. 17 (2008-2009). I § 59 nr. 1 er det i tillegg åpnet for at enkelte prosessuelle avgjørelser også kan lovlighetskontrolleres.

Ved tolkningen av avgjørelsesbegrepet i kommuneloven § 59 er det relevant å se hen til avgjørelsesbegrepet i forvaltningsloven. Avgjørelsesbegrepet i fvl. § 6 har ingen legaldefinisjon, men det favner videre enn vedtaksbegrepet i fvl. § 2. Avgjørelsesbegrepet i fvl. § 6 kan omfatte beslutninger som er ledd i en løpende saksbehandling, for eksempel avgjørelse om innsyn i saksdokumenter. Videre kan det omfatte uttalelser, retningslinjer, utredninger mv., dersom de er ment å være autoritative eller få betydning for andres saksbehandling. Også rene unnlatelser kan i visse tilfeller være avgjørelser etter fvl. § 6.

I det følgende foretas det noen presiseringer og avgrensninger knyttet til avgjørelsesbegrepet i kommuneloven § 59.

#### **6.1.3.2 Uttalelser, innstillinger, råd mv.**

Lovens ordlyd gir få holdepunkter for hvordan begrepet «avgjørelse» skal forstås. Hva som ligger i avgjørelsesbegrepet i § 59 er også sparsommelig behandlet i forarbeidene til kommuneloven. Det heter i Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 300 at «Det er bare endelige avgjørelser som kan bringes inn for lovlighetskontroll, ikke innstillinger avgitt av administrasjonen eller folkevalgt organ.» Det er ikke entydig hva som ligger i forarbeidenes

begrep «endelige», men en naturlig språklig forståelse tilsier at det bør dreie seg om en viss form for avsluttende vedtak i den kommunale saksbehandlingen.

Departementet legger til grunn at man ved bruk av begrepet innstilling i forarbeidene særlig har siktet til innstillinger i saker der kommunen selv treffer realitetsvedtak. Det synes klart at interne innstillinger, råd og uttalelser i saker som avgjøres med endelig virkning på kommunens hånd er unntatt fra lovlighetskontroll. Gjenstand for kontroll vil i slike tilfeller være den endelige avgjørelsen som treffes i saken.

Der den endelige avgjørelsen som bestemmer sakens realitet tas utenfor den kommunale organisasjonen, for eksempel av et statlig organ, kan situasjonen mht. kommunale råd, innstillinger og uttalelser tenkes å være annerledes. På dette punktet legger departementet en noe annen forståelse til grunn enn tidligere. Vi viser til at forarbeidene ikke avskjærer at denne typen beslutninger omfattes av lovlighetskontrollen. Videre er det gode grunner for at beslutninger og/eller utsagn som utgjør kommunens siste formelle befatning med saken før realiteten avgjøres, bør kunne lovlighetskontrolleres.

Vurderingen av om rådet, innstillingen eller uttalelsen anses som en avgjørelse etter § 59 nr. 1 og dermed omfattes av lovlighetskontrollen, vil blant annet bero på om det legger faktiske eller rettslige føringer for den videre saksbehandlingen og om det kan gi rettsvirkninger for kommunen.

Det må foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfellet. Dersom rådet, innstillingen eller uttalelsen gjelder en konkret sak som angår den bestemte kommunen, kan dette være et argument for at det foreligger en avgjørelse etter nr. 1 som er gjenstand for kontroll. Selv om vedtaket som nevnt ikke er den endelige avgjørelsen i saken som sådan, så er det kommunens siste formelle befatning med saken, og vedtaket bør derfor i noen tilfeller kunne regnes som en avgjørelse i kommuneloven § 59 sin forstand. Reelle hensyn og formålsbetraktninger kan tale for en adgang til rettslig kontroll med denne type avgjørelser. Særlig gjelder dette hvis utsagnet har vært gjenstand for votering i kommunestyret og/eller har karakter av å være rettslig bindende. Autoritative uttalelser fra kommunen som omfattes av avgjørelsesbegrepet i fvl. § 6 kan i mange tilfeller antas å falle innenfor kommuneloven § 59.

Et eksempel kan være at statlig vedtak om igangsetting av et tiltak eller prosjekt krever tilslutning fra den eller de kommuner som blir berørte. Det vil si at dersom det ikke foreligger tilsagn fra kommunen (-e) om å slutte seg til prosjektet, vil det ikke kunne vedtas. Man kan i denne sammenhengen si at der det kommunale vedtaket legger et faktisk og/eller rettslig grunnlag for det statlige vedtaket, har det førstnevnte vedtaket indirekte slike (retts)virkninger at det bør anses som en avgjørelse etter § 59 nr. 1 og således kunne lovlighetskontrolleres. Det antas at det samme kan gjelde der kommunens råd, innstilling eller uttalelse innebærer at det ikke gis støtte til det tiltaket eller prosjektet som planlegges. I slike tilfeller kan kommunens utsagn få mer direkte betydning for den avgjørelsen som endelig treffes.

For kommunale råd, innstillinger og uttalelser i saker som oversendes statlig organ (for endelig avgjørelse), vil det i mange tilfeller være politiske vurderinger som ligger bak.

Departementet vil peke på at lovlighetskontroll rettet mot slike avgjørelser kan bidra til en rettsliggjøring av spørsmål av mer politisk karakter, hvilket ikke er i tråd med ordningens formål. Det praktiske i slike lovlighetskontrollsaker er å ta stilling til om de personelle og prosessuelle vilkårene er oppfylt.

Det kan reises spørsmål om vedtak om kommunale retningslinjer kan være gjenstand for lovlighetskontroll etter § 59. Fastsettelse av retningslinjer har isolert ikke selvstendige rettsvirkninger og er heller ingen realitetsavgjørelse i en sak. Retningslinjene er imidlertid som autoritative utsagn som skal legge føringer for kommunens saksbehandling. Det er naturlig at den kommunale administrasjonen anser seg forpliktet til å følge retningslinjene i behandlingen av sakene og bruker dem som en del av normgrunnlaget for sine vedtak. Autoritative utsagn som er ment å få betydning for andres saksbehandling kan anses å falle inn under avgjørelsesbegrepet i fvl. § 6. Disse forholdene taler etter departementets vurdering samlet for at vedtak om kommunale retningslinjer også kan anses som en «avgjørelse» og være gjenstand for lovlighetskontroll etter § 59.

Generelle uttalelser fra kommunen til departementer eller direktorater i ordinære hørings saker (om lovforslag etc.) kan ikke anses som avgjørelser etter kommuneloven § 59. Dette gjelder både der uttalelsen er avgitt av den kommunale administrasjonen eller av et folkevalgt organ. Departementet legger til grunn at det samme må sies å gjelde for rene meningsyttringer som vedtas i kommunale organer, som for eksempel at «Kommunestyret har ikke tillit til ordføreren.» ol.

#### **6.1.3.3    *Prosessledende beslutninger***

Det er som hovedregel bare den endelige avgjørelsen i saken som er gjenstand for lovlighetskontroll. Dette innebærer at avgjørelser fattet som ledd i behandlingen av en sak, for eksempel pålegg om fremleggelse av dokumentasjon eller beslutning om rett til dokumentinnsyn, isolert sett ikke er gjenstand for lovlighetskontroll. Avgjørelser om disse forholdene er prosessledende avgjørelser.

Når det nå er positivt regulert at det kan foretas lovlighetskontroll med avgjørelser om habilitet og møteoffentlighet (se punkt 6.1.5), legger departementet til grunn at loven i dag regulerer adgangen til lovlighetskontroll med prosessledende avgjørelser på selvstendig grunnlag uttømmende.

En annen sak er at Fylkesmannen ved behandlingen av en lovlighetsklage knyttet til sakens endelige avgjørelse også må ta stilling til om avgjørelsen «er blitt til på lovlig måte», jf. § 59 nr. 4 bokstav c. I dette ligger at det også kan vurderes om eventuelle (andre) prosessledende beslutninger som er truffet under sakens gang kan representere en saksbehandlingsfeil.

#### **6.1.3.4    *Unnlatelse av å fatte avgjørelse***

Det har vært reist spørsmål om det å unnlate å treffe en avgjørelse omfattes av begrepet «avgjørelse» i kommuneloven § 59. Det spesielle her er at man ikke har en konkret avgjørelse å forholde seg til.

Forholdet er ikke berørt i lovens forarbeider. Unnlatelser dekkes heller ikke av lovens ordlyd. Vurderingen må derfor gjøres i forhold til om reelle hensyn kan tilsi kontroll i disse tilfellene. Departementet har tidligere uttalt at dersom et organ lar være å svare på en henvendelse hvor det foreligger plikt til å treffe en avgjørelse, må dette antas å være en avgjørelse som kan lovlighetskontrolleres. I noen tilfeller foreligger det plikt for kommunen eller fylkeskommunen til å fatte vedtak, typisk ved enkelte søknader fra enkeltpersoner.

Departementet vil ikke utelukke at det også ellers kan forekomme unnlatelser som kan være gjenstand for lovlighetskontroll. For eksempel kan det forekomme at et kommunalt organ unnlater å fatte avgjørelse om å lukke et møte der taushetsbelagte opplysninger skal være gjenstand for behandling. Vurderingen må gjøres konkret i det enkelte tilfelle. Skal en unnlatelse kunne kontrolleres, må det være et krav at unnlatelsen er i strid med loven, og derfor ulovlig. Det er ikke tilstrekkelig at det er kritikkverdig at vedtak ikke fattes.

I den grad en unnlatelse av å fatte avgjørelse om habilitet skal lovlighetskontrolleres, må Fylkesmannen først konkludere med at det forelå inhabilitet, og dermed treffe vedtak om at kommunens manglende avgjørelse om dette var en ulovlig unnlatelse.

Dersom det først foreligger en avgjørelse, men kommunen ikke følger denne opp, kan en slik unnlatelse av oppfølging neppe anses å komme inn under begrepet «avgjørelse». Vurdering her vil avhenge av begrunnelsen for ikke å følge opp vedtaket. I slike saker bør det tas kontakt med kommunen med anmodning om oppfølging.

Lovlighetskontroll av unnlatelser vil kunne skje både etter lovlighetsklage etter § 59 nr. 1, eller etter eget tiltak med hjemmel nr. 5. Siden det ikke foreligger en avgjørelse som oppheves, vil Fylkesmannens vedtak i slike saker kun slå fast at den aktuelle unnlatelsen var ulovlig.

#### **6.1.3.5 Avvisnings- og utsettelsesvedtak**

Avvisning vil si at et forvaltningsorgan beslutter ikke å treffe realitetsavgjørelse i en sak som formelt er brakt inn for organet. Avvisningen kan for eksempel skje fordi organet ikke er kompetent til å ta en realitetsavgjørelse, eller at saken lider av formelle feil som organet selv ikke kan rette opp. En avgjørelse som går ut på avvisning av en sak er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 tredje ledd. Avvisningssaker vil av denne grunn omfattes av begrepet «avgjørelse» i kommuneloven, og vil således være gjenstand for lovlighetskontroll.

Et spørsmål er om det kan foretas lovlighetskontroll av vedtak der et organ avviser å realitetsbehandle en sak som gjelder privatrettslige forhold. Et eksempel på dette er kommunens avvisning av sak som gjelder kjøp eller salg av fast eiendom. Departementet legger til grunn at det må være adgang for Fylkesmannen til å overprøve om forholdet er privatrettslig eller offentligrettslig. Skillet mellom offentligrettslige og privatrettslige sider ved en avgjørelse omtales nærmere i punkt 6.1.7.

I noen tilfeller velger vedtaksorganet å fatte et utsettelsesvedtak. I førstnevnte tilfeller, avvisningssaker, avsluttes saken uten at saksforholdet har vært undergitt realitetsvurdering. I

sistnevnte tilfelle, utsettelsesvedtak, ligger det at saken skal tas opp til behandling på et senere tidspunkt. Det kan være gode grunner for dette, som for eksempel innhenting av ytterligere opplysninger før avgjørelse kan treffes. Et utsettelsesvedtak kan ikke sies å være en realitetsavgjørelse som avslutter saken. Imidlertid kan et utsettelsesvedtak ha rettsvirkninger av en slik karakter og varighet at reelle hensyn tilsier at de bør kunne være gjenstand for lovlighetskontroll. Dersom en kommune for eksempel treffer avgjørelse om å utsette behandlingen av sak, og utsettelsen vil kunne få virkninger for rettigheter eller plikter for private, kan det tale for at det likevel bør være adgang til å lovlighetskontrollere avgjørelsen.

#### **6.1.4 Avgjørelser som gjelder ansettelse, oppsigelse eller avskjed**

Avgjørelser som gjelder «ansettelse, oppsigelse eller avskjed», kan ikke kreves lovlighetskontrollert etter § 59 nr. 1. Bestemmelsen kom inn i loven ved en tilføyelse i lov 10.1.1997 nr. 8, og trådte i kraft 1.3.1997.

Begrensningen er i samsvar med regelen i forvaltningsloven § 3 andre ledd, hvor det heter at vedtak om oppsigelse, avskjed og ansettelse er unntatt fra reglene om klage i §§ 28-34. Departementet uttalte i Ot.prp. nr. 58 (1995-96) s. 39 om endring av kommuneloven, at i disse sakene «vil mange av de samme hensyn som taler mot adgang til forvaltningsklage tale mot lovlighetskontroll». Det heter videre at begrensningen i virkeområde for § 59, skal ha «samme saklige omfang» som unntaket i forvaltningsloven § 3, jf. s. 49. Stortinget sluttet seg til departementets vurdering. Eventuelle tvister om rettmessigheten av oppsigelse eller avskjed følger arbeidsmiljølovens regler.

Avgjørelser som gjelder suspensjon, dvs. en situasjon der arbeidstaker blir pålagt å fratrukke arbeidsforholdet midlertidig, kan på den andre siden kreves lovlighetskontrollert etter § 59 nr. 1. Strengt tatt vil samme type hensyn gjøre seg gjeldene her, som ved ansettelse, oppsigelse og avskjed. Det samme gjelder saker om ordensstaff, forflytting og pensjon. Ved lovendring av § 59 la en imidlertid vekt på fordelene ved å ha samsvar mellom unntaket i kommuneloven og forvaltningsloven.

Unntaket for avgjørelser som gjelder ansettelse, oppsigelse eller avskjed gjelder kun for lovlighetskontroll etter klage, jf. § 59 nr. 1. Det vil således etter gjeldende rett fortsatt være anledning for Fylkesmannen til å foreta lovlighetskontroll med slike saker etter eget tiltak. Det ble slått fast i merknaden til § 59 i Ot.prp nr. 58 (1995-96) Om lov om endringer i lov 25. september 1992 om kommuner og fylkeskommuner mv. i at det fremdeles ville være adgang til å foreta lovlighetskontroll av avgjørelser som gjelder ansettelse, oppsigelse eller avskjed etter eget tiltak, jf. kommuneloven § 59 nr. 5. Dette forholdet kommer ikke tydelig frem i dagens ordlyd i § 59 nr. 1 tredje punktum, der det står at slike saker «er ikke gjenstand for lovlighetskontroll». Imidlertid uttalte departementet i Ot.prp. nr. 17 (2008-2009) i merknaden til § 59 nr. 1 at endringen i bestemmelsens (daværende) siste punktum «innebærer ingen realitetsendring».

I samsvar med den begrunnelsen som er gitt for å unnta avgjørelser om ansettelser, oppsigelser og avskjed fra lovlighetskontroll etter klage, bør Fylkesmannen imidlertid vise stor varsomhet med kontroll etter eget initiativ i slike saker. Det samme gjelder saker om

suspensjon. En lovlighetskontroll etter § 59 nr. 5 vil her kun være aktuelt i unntakstilfeller. Det er viktig å merke seg at disse typer saker i utgangspunktet bør håndteres og løses gjennom ordninger avtalt mellom partene i arbeidslivet.

### **6.1.5 Avgjørelser om møteoffentlighet og habilitet**

Ved lovendring ble det fra 1.7.2010 adgang til å foreta lovlighetskontroll med avgjørelser om at møter skal holdes for åpne eller lukkede dører, og avgjørelser om habilitet, jf. § 59 nr. 1 annet punktum.

Departementet viste i Ot.prp. nr. 17 (2008-2009) til at dette er prosessledende avgjørelser som etter sin art og innhold anses som så viktige at de bør kunne lovlighetskontrolleres.

Begrunnelsen for at de nevnte avgjørelsene kan være selvstendige grunnlag for lovlighetskontroll, er blant annet demokratihensyn, hensynet til åpenhet i forvaltningen og tillit til forvaltningens avgjørelser. De samme hensynene tilsier etter departementets vurdering at terskelen for å gjennomføre kontroll med disse avgjørelsene, også etter § 59 nr. 5, ikke bør ligge for høyt. Det kan kreves lovlighetskontroll av avgjørelser om møteoffentlighet eller habilitet uavhengig av hvilket resultat avgjørelsen innebærer. Forutsatt at vilkårene for klage er oppfylt, kan det således kreves lovlighetskontroll både der avgjørelsen konkluderer med at det foreligger habilitet eller inhabilitet, eller den konkluderer med at møtet skal holdes for åpne eller lukkede dører.

Dersom Fylkesmannen konkluderer med at en prosessledende avgjørelse om habilitet eller møteoffentlighet er ugyldig, oppstår det spørsmål om hvilken rettsvirkning det får for den videre saksgangen og for den realitetsavgjørelsen som eventuelt foreligger. Departementet legger til grunn at dersom det *ikke* er truffet en realitetsavgjørelse i saken, bør feilen kunne rettes opp ved at det treffes en ny avgjørelse om habilitet. Dersom saken er ferdigbehandlet i det kommunale organet og det foreligger en realitetsavgjørelse, blir det avgjørende om feilen medfører at denne avgjørelsen er ugyldig, dvs. om feilen kan ha virket bestemmende på avgjørelsens innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Dersom feilen, dvs. den uriktige prosessledende beslutningen, ikke kan ha virket inn på innholdet i den endelige avgjørelsen, må det legges til grunn at avgjørelsen heller ikke kan oppheves på det grunnlaget.

### **6.1.6 Avgjørelser som gjelder offentlige anskaffelser**

Kommuner foretar årlig mange innkjøp av varer og tjenester fra private og offentlige leverandører. Ved kjøp av varer og tjenester i kommunal sektor skal reglene i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, og forskrifter vedtatt med hjemmel i denne loven, følges. Ved lovendring i kraft fra 1.7.12 ble det inntatt et nytt fjerde punktum i § 59 nr. 1 som slår fast at spørsmål om det foreligger brudd på bestemmelser gitt i eller i medhold av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser ikke lenger kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.

Dette innebærer ikke at kommunale avgjørelser om offentlige anskaffelser unntas lovlighetskontroll i sin helhet. Det vil fortsatt være adgang til å kontrollere om det eventuelt foreligger brudd på andre offentligrettslige regler, for eksempel om det har skjedd brudd på forvaltningsloven eller kommunelovens bestemmelser i forbindelse med kommunens

håndtering av anskaffelsen. Det er kun spørsmål om det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket som ikke lenger kan gjøres til gjenstand for kontroll etter § 59 nr. 1.

Begrunnelsen for unntaket ligger blant annet i rettssikkerhetshensyn, at sakene involverer kompliserte flerpartskonstellasjoner og at andre kontrollinstanser eller klageorganer anses som mer hensiktsmessige, se punkt 8.3.4 i Prop. 12 L (2011-2012) om gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett. I de tilfellene hvor saker bringes inn for kontroll med den begrunnelse at avgjørelsen strider mot anskaffelsesreglene, skal saken avvises på dette grunnlaget. Fylkesmannen må imidlertid foreta lovlighetskontroll på vanlig måte dersom klageberettigede har begrunnet klagen med at det også foreligger brudd på annet regelverk eller Fylkesmannen finner at det foreligger indikasjoner på andre feil ved avgjørelsen.

Dersom lovlighetskontroll i en innkjøpssak avdekker brudd på andre offentligrettslige regler, blir det spørsmål om feilen medfører at avgjørelsen er ugyldig, jf. § 59 nr. 4 annet ledd. I tilfeller der lovlighetskontrollen for eksempel har avdekket brudd på forvaltningslovens regler om habilitet, kan denne feilen være et forhold som kan ha innvirket på avgjørelsens innhold om å benytte en bestemt leverandør, men det er heller ikke sikkert at feilen har hatt noe å si. Dette må vurderes konkret fra sak til sak.

#### **6.1.7 Skillet mellom offentligrettslige og privatrettslige sider ved en avgjørelse**

Når det er klart at det foreligger en avgjørelse som omfattes av kommuneloven § 59, må det foretas en vurdering av hvilke deler av avgjørelsen som kan være gjenstand for lovlighetskontroll.

Det legges til grunn at én og samme avgjørelse kan ha både privatrettslige og offentligrettslige sider. En avgjørelse som etter sitt innhold primært regulerer privatrettslige forhold kan også ha sider som har offentligrettslig karakter. Alle avgjørelser i kommunale organer er truffet innenfor rammen av offentligrettslige regler om saksbehandling. Forvaltningsreglene må følges også der saken det skal treffes avgjørelse i har et typisk privatrettslig innhold.

For eksempel må kommunestyret ved behandlingen av en sak om erstatningsansvar følge de vanlige saksbehandlingsreglene som følger av kommuneloven og forvaltningsloven, og også ulovfestede forvaltningsmessige prinsipper. Likeledes må en avgjørelse om at kommunen skal inngå avtale om kjøp eller salg av fast eiendom treffes i tråd med offentligrettslige saksbehandlingsregler, enten det er administrasjonen eller kommunestyret som treffer avgjørelsen. Det samme gjelder avgjørelser om støtte til diverse kultur- eller idrettstiltak i kommunen.

Utgangspunktet er at det bare er de forvaltnings- og offentligrettslige sidene ved en avgjørelse som er gjenstand for lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59. Rent privatrettslige sider kan ikke kontrolleres. Spørsmål om det eksisterer en privatrettslig forpliktelse for kommunen, og eventuelt innhold og omfang av en kommunes privatrettslige forpliktelser med kontraktsrettslig, erstatningsrettslig eller tingsrettslig grunnlag, inngår således ikke i kontrollen etter § 59.

Fylkesmannen kan for eksempel ikke overprøve kommunestyrets avgjørelse om innrømmelse eller fraskrivelse av erstatningsansvar. En eventuell avgjørelse i kommunestyret om fordeling av mottatt testamentsarv kan heller ikke overprøves av Fylkesmannen, selv om fordelingen skulle stride mot testamentets bestemmelser. Disse forholdene reguleres materielt av privatrettslige, og ikke offentligrettslige regler. I slike tilfeller er det domstolene som eventuelt må vurdere hvorvidt kommunen har handlet i tråd med loven eller ikke.

Fylkesmannen kan imidlertid prøve om kommunestyret var vedtaksført da avgjørelsene ble truffet, eller om habilitetsreglene ble fulgt. Dersom det ved behandlingen av en sak om en privatrettslig disposisjon reises spørsmål om inhabilitet eller brudd på andre offentligrettslige regler, kan saken således bringes inn for kontroll av disse forholdene.

Det presiseres at gjenstand for en slik kontroll i tilfelle kun vil være organets personelle eller prosessuelle kompetanse. Det må tas stilling til om det besluttende organet hadde myndighet til å treffe avgjørelsen og om offentligrettslige saksbehandlingsregler har blitt fulgt.

I de tilfeller hvor saker bringes inn for kontroll med den begrunnelsen at avgjørelsen innholdsmessig strider mot privatrettslige regler, kan saken avvises. Det er ingen grunn for Fylkesmannen å foreta kontroll av organets personelle eller prosessuelle kompetanse i slike saker, med mindre klageberettigede har begrunnet klagen slik, eller dersom det foreligger klare indikasjoner på andre feil ved avgjørelsen.

Dersom det ved lovlighetskontroll fastslås at det foreligger brudd på offentligrettslige regler som medfører at avgjørelsen må kjennes ugyldig, blir det spørsmål om hvilke rettsvirkninger det får for den privatrettslige disposisjonen. Det vises her til nærmere omtale under pkt. 7.2.

#### **6.1.8 Behandling av saken i organet som har fattet avgjørelsen (vedtaksorganet)**

I kommuneloven § 59 nr. 2 heter det at krav om lovlighetskontroll skal fremsettes for «det organ som har truffet den aktuelle avgjørelse.» Det heter videre at «Hvis dette opprettholder avgjørelsen, oversendes saken til departementet.»

Det har vært reist spørsmål om dette innebærer at kommunen/vedtaksorganet har plikt til å ta stilling til saken på nytt, ved å fatte nytt vedtak i saken hvor en enten opprettholder tidligere avgjørelse, eller treffer ny endret avgjørelse.

Forholdet er ikke kommentert i lovens forarbeider. Som ved ordinær klagebehandling etter forvaltningsloven, er det ønskelig at det organet som har truffet avgjørelsen skal få anledning til å se på saken på nytt før den sendes Fylkesmannen for kontroll. Organet får da anledning til eventuelt å endre vedtaket uten at det oversendes for statlig kontroll.

Det samsvarer best med lovens ordlyd «Hvis dette opprettholder...» at vedtaksorganet formelt må ta stilling til saken på nytt. Det er imidlertid tvilsomt om det kan settes som krav at saken må være gjenstand for ny realitetsbehandling og votering i vedtaksorganet før oversendelsen til Fylkesmannen.

Likevel mener departementet det bør synliggjøres i protokollen eller i oversendelsen til Fylkesmannen at avgjørelsen er opprettholdt av vedtaksorganet. Dette (opprettholdelsen) kan



skje ved at vedtaksorganet i møte, gjennom votering eller på annen måte, bestemmer at saken skal oversendes til klageinstansen. Dersom det ikke fremkommer noe informasjon som tilsier at kommunen har tatt stilling til om avgjørelsen opprettholdes før oversendelsen til klageinstansen, bør Fylkesmannen sende saken tilbake til kommunen for behandling.

Det fremgår verken av kommuneloven eller forarbeidene en frist for oversendelse til Fylkesmannen. Departementet har tidligere uttalt at lovens regler må suppleres med uskrevne normer for god forvaltningsskikk. Vedtaksorganet bør uten ugrunnet opphold ta stilling til om det ønsker å opprettholde sin avgjørelse. Hva som ligger i «uten ugrunnet opphold», må avgjøres i forhold til den enkelte sak på samme måte som etter forvaltningsloven § 11a. Her er sakens kompleksitet av betydning.

Det er det organet som «har truffet den aktuelle avgjørelsen» som skal ta stilling til saken på nytt. Organet eller administrasjonen kan ha truffet avgjørelsen etter delegert myndighet. Kommunen må som utgangspunkt selv bestemme hvordan lovlighetsklagen skal behandles før oversendelse til Fylkesmannen, men det må gå klart frem at avgjørelsen har blitt tatt stilling til av det organet som opprinnelig traff avgjørelsen. Som øverste organ i kommunen kan likevel kommunestyret selv alltid ta stilling til spørsmålet på vegne av underliggende organ. For å forhindre forsinkelse er det likevel viktig at det ikke legges opp til flertrinns intern behandling av lovlighetsklagen før saken sendes Fylkesmannen. I enkelte tilfeller kan utredningsprinsippet i forvaltningsloven § 17 likevel tilsi at klagen bør forelegges det organet som har delegert sin myndighet til vedtaksorganet.

Både det organet som har fattet avgjørelsen og overordnet organ i kommunen kan når som helst omgjøre avgjørelsen, så lenge slik omgjøring skjer i samsvar med forvaltningslovens bestemmelser. Forvaltningslovens regler om omgjøring gjelder uavhengig av om avgjørelsen er påklaget eller krevd lovlighetskontrollert.

Det har vært spørsmål om hvordan kommunen skal håndtere lovlighetsklager der det er spørsmål om klagevilkårene etter § 59 nr. 1 første punktum er oppfylt. Et flertall i kommunestyret kan ikke nekte tre eller flere kommunestyremedlemmer å få sin lovlighetsklage fremmet for Fylkesmannen ved å legge til grunn at vilkårene for klage ikke er til stede. En slik adgang vil kunne føre til at lovlighetsklager generelt kan avskjæres av flertallet. Dette vil heller ikke være i samsvar med formålet bak ordningen, som er muligheten for kommunestyrets mindretall til å få avgjørelsen prøvet på nytt ved rettslig tvil.

Dersom det fremstår som helt åpenbart at ikke klagevilkårene er oppfylt, for eksempel der det kun er én kommunestyrerepresentant som stiller seg bak klagen, eller klager er et varamedlem som ikke var til stede i møtet der avgjørelsen ble truffet, foreligger det ingen plikt for kommunen til å oversende klagen til Fylkesmannen. Ut over dette må Fylkesmannen som klageinstans alltid ta stilling til hvorvidt vilkårene for lovlighetsklage er oppfylt i det enkelte tilfellet, og kan eventuelt avvise saken dersom vilkårene ikke er til stede.

### **6.1.9 Utsatt iverksettelse**

Det organet som har truffet avgjørelsen, overordnet organ eller departementet, kan bestemme at avgjørelsen ikke skal iverksettes før lovlighetsklagen er avgjort, jf. § 59 nr. 3. Normalt vil det ikke være aktuelt å ta stilling til utsatt iverksettelse av avgjørelsen så lenge dette spørsmålet ikke er reist.

Det har vært reist spørsmål om slik utsatt iverksettelse kan bestemmes av Fylkesmannen i forbindelse med at en sak tas opp til kontroll av eget initiativ. Det har blant annet vært pekt på at bestemmelsens plassering i loven kan ha betydning. Bestemmelsen om utsatt iverksettelse står i nr. 3, mens bestemmelsen om kontroll av eget tiltak står i nr. 5. Departementet legger til grunn at dette i seg selv ikke kan ha avgjørende betydning. Innholdet i prøvingsretten fremgår av nr. 4, men gjelder selvsagt også ved overprøving etter nr. 5 (eget tiltak). Også i de tilfellene hvor Fylkesmannen tar opp en sak på eget initiativ etter § 59 nr. 5, kan det vurderes om iverksettelse av avgjørelsen skal utsettes. Departementet vil likevel presisere at konsekvensene av utsatt iverksettelse bør vurderes nøye før slik beslutning treffes i slike tilfeller.

Spørsmålet om utsatt iverksettelse vil mest sannsynlig først bli aktuelt der Fylkesmannen har rimelig gode indikasjoner på at avgjørelsen er ulovlig. Utsatt iverksettelse må vurderes i forhold til avgjørelsens innhold, der vurderingstemaet blir om det har uheldige virkninger at avgjørelsen blir stående tross ulovlighet. Slik utsatt iverksettelse vil i noen tilfeller være av stor betydning, for eksempel der avgjørelsen går ut på at en bygning skal rives eller et større anleggsarbeid skal igangsettes.

### **6.1.10 Tidsfrister**

I henhold til forskrift 13. januar 1993 nr. 4041 er fristen for å fremsette krav om lovlighetskontroll etter § 59 nr. 1 tre uker. Fristen gjelder fremsettelse av krav for det forvaltningsorganet som har truffet avgjørelsen. (Forskriften er inntatt til slutt i denne veilederen). Bakgrunnen for en klagefrist på tre uker er blant annet at dette samsvarer med forvaltningslovens klageregler for enkeltvedtak, samt behovet for å kunne innrette seg etter avgjørelsen forholdsvis raskt etter at den ble truffet.

Fristen løper fra det tidspunktet avgjørelsen er truffet. Dette gjelder uavhengig av hvilket organ som har truffet avgjørelsen. Dersom det på et tidspunkt er fremmet både forvaltningsklage og lovlighetsklage, bør forvaltningsklagen etter departementets vurdering avgjøres før lovlighetssaken påbegynnes.

Fristen er absolutt. Det kan derfor ikke gis oppreisning mot fristoverskridelse etter en analogi fra forvaltningslovens regler. De forholdene som kan begrunne oppreisning etter forvaltningsloven slik at klagen kan tas under behandling selv om klagefristen er oversittet, tar sikte på beskyttelse av partene i en sak, og kan innrømmes i særlige tilfeller hvor parten ikke kan lastes for overskridelsen. Disse forholdene vil ikke gjelde tilsvarende i saker om lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.

Tidsfristen fastsatt i forskrift i medhold av kommuneloven gjelder ikke når Fylkesmannen tar opp en avgjørelse til kontroll av eget tiltak, jf. § 59 nr. 5. Fylkesmannen kan selv vurdere også etter 3 ukers fristen om hjemmelen skal benyttes. Dersom Fylkesmannen mottar en anmodning om kontroll etter nr. 5, kan dette derfor ikke avvises med den begrunnelse at «fristen» er ute.

Forholdet kan i noen tilfeller være at det før 3 ukers fristen har uløpt kommer inn anmodning om kontroll av eget tiltak. Her bør det vurderes konkret når kontroll eventuelt skal settes i gang, men normalt bør Fylkesmannen avvente en formell lovlighetsklage, med mindre avgjørelsen åpenbart er ulovlig og det haster med å konstatere ulovlighet.

## **6.2 Innhold og omfang av kontrollen**

### **6.2.1 Innledning**

Fylkesmannens kontroll er etter lovens ordlyd begrenset til kontroll av «avgjørelsens lovlighet». Dette gjelder både kontroll etter § 59 nr. 1 og § 59 nr. 5.

Kontrollen skal omfatte

1. om avgjørelsen er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse (personell kompetanse),
2. om avgjørelsen er blitt til på lovlig måte (prosessuell kompetanse), og
3. om avgjørelsen er innholdsmessig lovlig (materiell kompetanse).

Lovlighetskontrollen kan ikke begrense seg til ett av disse forholdene, men må omfatte alle. Dette følger av begrepet «skal» i § 59 nr. 4. Utenfor faller kontroll av kommunens skjønnsutøvelse, med mindre det foreligger myndighetsmisbruk. Videre legger departementet til grunn at det må kunne foretas noen praktiske avgrensninger knyttet til å kontrollere kun det som er nødvendig for å vurdere lovligheten (se nærmere punkt 6.2.6).

Departementet understreker videre at Fylkesmannen skal prøve avgjørelsen med utgangspunkt i det sakskomplekset som forelå da avgjørelsen ble fattet, og som altså dannet grunnlaget for den aktuelle avgjørelsen. Opplysninger som har fremkommet i ettertid skal det ikke tas hensyn til. Opplysninger som forelå på det tidspunkt kommunen fattet sin avgjørelse, men som er oversett, kan tas med i vurderingen. Hvis Fylkesmannen er kjent med at nye opplysninger er kommet til, er det mest hensiktsmessig at saken sendes tilbake til kommunen med anmodning om ny behandling. Særlig gjelder dette der opplysningene kan anses å være av vesentlig karakter. Fylkesmannen har imidlertid ingen instruksjonsmyndighet overfor kommunen, og kan således ikke pålegge den å behandle saken på nytt.

### **6.2.2 Personell kompetanse**

Tema for kontroll her er om avgjørelsesorganet hadde myndighet til å treffe avgjørelsen. All myndighet til å fatte avgjørelser i kommunen ligger i utgangspunkt hos det øverste organet; kommunestyret eller fylkestinget. Unntak fra dette kan følge av særlovgivningen. Det enkelte

kommunestyret vil også i stor utstrekning ha videredelegert sin myndighet, enten til et kollegialt, folkevalgt organ eller til administrasjonen. Dersom ikke delegasjonsvedtaket sier noe annet, er det normalt heller ingenting i veien for at administrasjonssjefens myndighet delegeres videre. Der kommuneloven eller særloven sier at kommunestyret *selv* treffer avgjørelsen, er det ikke adgang til å delegere myndigheten til å treffe den aktuelle avgjørelsen videre til et annet eller underordnet organ (delegeringssperre).

### **6.2.3 Prosessuell kompetanse**

Kontrollen etter § 59 innebærer også prøving av om kommunen hadde prosessuell kompetanse til å treffe avgjørelsen, dvs. om saksbehandlingsreglene er fulgt. Dette gjelder alle regler for saksbehandling som fremgår av kommuneloven og forvaltningsloven, men også eventuelle saksbehandlingsregler i særlovgivningen. I tillegg må ulovfestede prinsipper for god forvaltningsskikk være fulgt.

Alle avgjørelser skal bygge på et korrekt og fullstendig faktum, og det skal ikke være tatt utenforliggende hensyn. En avgjørelse skal dessuten ha et lovlig formål. Slike faktiske og mer vurderingspregede premisser for en avgjørelse er også gjenstand for prøving.

### **6.2.4 Materiell kompetanse**

Kontrollen består her i en undersøkelse av om avgjørelsens innhold er i samsvar med gjeldende lovfestede og ulovfestede rettsregler, dvs. om avgjørelsen er materielt riktig.

Det understrekes at kontrollen etter kommuneloven § 59 nr. 4 ikke innebærer full overprøvesrett slik forholdet normalt er etter forvaltningslovens regler i klagesaker. Normalt byr det ikke på særlige problemer å fastslå hva som kan overprøves når det gjelder personell og prosessuell kompetanse, jf. § 59 nr. 4 b og c. Det kan være større problemer knyttet til innholdet i prøvingsretten når det gjelder den materielle kompetansen, dvs. avgjørelsens innholdsmessige lovlighet (avgjørelsens materielle side). Adgangen til overprøving ved lovlighetskontroll svarer i hovedsak til domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak.

Det første punktet i klageinstansens kontroll av den materielle kompetansen vil være å finne rettsgrunnlaget for avgjørelsen, dvs. hvilke lovbestemmelser avgjørelsen bygger og/eller skal bygge på. Man må se både på de lovhjemlene kommunen selv har lagt til grunn for avgjørelsen, men også om det er andre lovhjemler avgjørelsen må vurderes mot.

I det følgende skal det redegjøres nærmere for hva som ligger i prøvingsretten når det gjelder materiell kompetanse, om begrensninger som finnes når det gjelder forholdet til kommunenes frie skjønnsutøvelse, og enkelte andre avgrensninger.

### **6.2.5 Prøving av kommunalt skjønn - forholdet til det kommunale selvstyre**

Når det gjelder avgjørelsens materielle side må det i hvert tilfelle tas konkret stilling til hvor mye klageinstansen kan prøve. Det er særlig spørsmål om hvor langt Fylkesmannens prøvingsrett strekker seg der lovbestemmelsen (rettsgrunnlaget) gir kommunen eller fylkeskommunen en viss frihet til å avgjøre vedtakets innhold. En slik frihet kan være markert

ved at loven bruker uttrykket «kommunen kan». I forbindelse med behandlingen av en sak utøves *flere typer skjønn*. Hovedregelen er at kommunens frie skjønnsutøvelse ikke kan overprøves.

#### **6.2.5.1 Noen utgangspunkter**

Når Fylkesmannen skal prøve om kommunen eller fylkeskommunen har tolket loven riktig, må han ta stilling til om kommunen har utøvet de ulike formene for skjønn på en korrekt måte. Det er tre hovedelementer i lovtolkningsprosessen:

- Rettsanvendelse
- Subsumsjon
- «Fritt» skjønn

#### **Rettsanvendelsen**

Det skjønnet som utøves i forbindelse med den generelle tolkning av en rettsregel, typisk prøvingen av hva som ligger i et skjønnsmessig begrep i loven, betegnes rettsanvendelsesskjønn. Denne vurderingen kan ha betydelige skjønnsmessige elementer, men er likevel lovbundet. Fylkesmannen kan ved lovlighetskontrollen alltid overprøve rettsanvendelsen og rettsanvendelsesskjønnet, dvs. om kommunen har tolket rettsreglene riktig.

#### **Subsumsjonen**

Det skjønnet som utøves i forbindelse med vurderingen av om faktum i den aktuelle saken kommer inn under bestemmelsens vilkår, betegnes subsumsjonsskjønn. Vurderingen av hvorvidt det bestemte tilfellet reguleres av bestemmelsen kan som et utgangspunkt også overprøves av Fylkesmannen i lovlighetskontrollen.

#### **Fritt skjønn**

I alminnelig forvaltningsrett brukes begrepet «fritt skjønn» om den avveiningen forvaltningen gjør når loven gir rom for ulike løsninger eller ulike avveininger av hensyn. Utgangspunktet er at denne vurderingen ikke kan overprøves av Fylkesmannen, med mindre man kommer til at det foreligger myndighetsmisbruk. Kommunens kompetanse er med andre ord ikke fullt ut styrt av rettsregler; reglene gir ikke til enhver tid uttømmende svar på hva forvaltningen kan foreta seg. Man kan si at begrepet «fritt skjønn» brukes for å markere at kommunen selv kan avgjøre hva avgjørelsen skal gå ut på, forutsatt at lovens vilkår ellers er oppfylt.

#### **6.2.5.2 Nærmere om de ulike skjønnelementene og hva som kan prøves**

Når kommunen har fått myndighet til å avgjøre saker, kan graden av skjønn komme til uttrykk i loven på ulike måter. Noen avgjørelser er fullt ut lovbundne. Det innebærer at loven ikke åpner for bruk av skjønn i forhold til hva avgjørelsen skal gå ut på. Dette kan komme til uttrykk ved bruk av ordet «skal». Er vilkårene i loven først oppfylt, er det også klart hva vedtaket skal gå ut på. Slike avgjørelser kan prøves fullt ut i en lovlighetskontroll. Det blir her et spørsmål om legalitet eller rettsanvendelse.

Imidlertid bruker loven ofte skjønnsmessige og vage vilkårskriterier. Eksempel på dette er lovttekster med generelle vurderingsnormer, som for eksempel rimelig, urimelig, nødvendig,

forsvarlig, vesentlig, allmenne interesser osv. Kommunen står ikke fritt til å avgjøre hva som ligger i disse uttrykkene. En generell tolkning av hva som ligger i uttrykkene kan gjøres av fylkesmennene ved lovlighetskontroll. Dette er rettsanvendelsesskjønn.

Å fastslå om et faktum i en konkret sak faller inn under et eller flere bestemte vilkår i loven, betegnes som subsumsjon. Som et utgangspunkt kan subsumsjonen, og det skjønnet som utøves i denne forbindelsen, overprøves ved lovlighetskontroll, men dette vil måtte variere etter vurderingstemaets art. At loven bruker ord som er vage, slik at det av den grunn blir plass for skjønnsmessige vurderinger, er ikke tilstrekkelig til å gjøre skjønnet fritt. Men jo vagere lovens kriterier er, og jo flere forskjellige hensyn som kan komme i betraktning, jo mer nærliggende er det å anse vurderingen av om det konkrete tilfellet faller inn under bestemmelsen for å være overlatt til kommunen. Det er også av betydning om man er innenfor rettsområder hvor det kreves stor grad av fagkunnskap ved vurderingen av om faktum i den aktuelle saken kan sies å oppfylle lovens krav, eller hvor lovgiver med hensikt har lagt avgjørelsen til lokale myndigheter slik at det kan tas hensyn til lokale forhold. I en del tilfeller vil det nettopp være kommunen som har best utgangspunkt til å vurdere faktum i saken på bakgrunn av lokal kunnskap.

Det kan også være at loven setter noen faste vilkår, men ikke tvinger kommunen til å velge en bestemt løsning selv om vilkårene skulle være oppfylt. Dette markeres ofte ved bruk av ordet «kan» i lovteksten. I dette ligger at en overlater til forvaltningen å ta stilling til hva avgjørelsen skal gå ut på.

Et eksempel er kommuneloven § 15 nr. 2 som slår fast at kommunestyret eller fylkestinget etter søknad «kan» fritak en folkevalgt fra sitt verv for et kortere tidsrom eller for resten av valgperioden dersom den folkevalgte «ikke uten uforholdsmessig vanskelighet eller belastning kan skjønne sine plikter i vervet». Kommunens tolkning og forståelse av bestemmelsen vil kunne prøves ved lovlighetskontrollen. Spørsmålet om vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, dvs. om det foreligger slik uforholdsmessig vanskelighet eller belastning knyttet til å skjønne vervet som loven krever i det aktuelle tilfellet, er også en vurdering som kan prøves ved lovlighetskontrollen. Dersom lovforståelsen er riktig og vilkårene for fritak ellers er oppfylt, vil imidlertid kommunens vurdering av om fritak skal gis eller ikke som hovedregel falle utenfor lovlighetskontrollen.

Et annet eksempel som kan bidra til å belyse skillet mellom det lovbundne og forvaltningens frie skjønn, er plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd, som sier at kommunen på visse vilkår «kan» gi dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av loven. Dersom dispensasjon skal gis, må vilkårene etter annet til femte ledd være oppfylt. Spørsmålet om vilkårene for å gi dispensasjon er til stede i det aktuelle tilfellet, jf. annet til femte ledd, kan overprøves ved lovlighetskontrollen. Dette er et spørsmål om rettsanvendelse. Selv om man finner at vilkårene i annet til femte ledd er oppfylt, betyr det likevel ikke at dispensasjon fra loven skal gis, jf. «kan kommunen». Kommunen er her gitt en viss valgfrihet sett hen til om dispensasjon fra lovens ordning skal innvilges eller ikke. Ordlyden innebærer at det overlates

til kommunen selv å avgjøre om dispensasjon skal gis i det aktuelle tilfelle, og denne vurderingen kan normalt ikke overprøves ved lovlighetskontrollen.

Når kommunen innenfor lovens rammer er gitt en viss frihet til å bestemme avgjørelsens innhold, kan dette som utgangspunkt ikke være gjenstand for lovlighetskontroll. Det kan likevel tenkes at den lokale skjønnsutøvelsen må antas å ligge i grenseområdet for hva som er forsvarlig som følge av ulovfestede prinsipper og læren om myndighetsmisbruk. Selv om man befinner seg innenfor området for den frie kommunale skjønnsutøvelsen, kan Fylkesmannen i alle tilfeller prøve om det for eksempel er utøvd vilkårlig forskjellsbehandling, grovt urimelig skjønn eller om det i saken er tatt utenforliggende hensyn. Dersom Fylkesmannen ikke kommer over indikasjoner på at vedtaket strider mot myndighetsmisbrukslæren, foreligger det ingen plikt til å sette i verk omfattende undersøkelser for å vurdere dette spørsmålet.

#### **6.2.5.3      *Rettspraksis om domstolenes prøvingsrett med forvaltningsavgjørelser***

Som nevnt under punkt 6.2.4 svarer Fylkesmannens prøvingsadgang ved lovlighetskontroll i hovedsak til domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak. Rettspraksis som berører domstolenes prøvingsrett med forvaltningens avgjørelser kan således bidra til å belyse grensene for lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 i tilfeller der kommunen eller fylkeskommunen ved lov er gitt en viss skjønnsfrihet til å avgjøre vedtakets innhold.

Vektleggingen av det kommunale selvstyret og hvor langt prøvingsretten ved lovlighetskontroll går, kan likevel variere noe avhengig av saksområde. Noen relevante dommer kan bidra til å illustrere dette. Høyesterett uttalte i Rt. 1995 s. 1433: «Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten.» Jo mer inngripende en avgjørelse er for parten, desto større grunn kan det være å overprøve avgjørelsen, selv om dette betyr at hensynet til det kommunale selvstyre må vike. Rettssikkerhetshensyn bør, spesielt innenfor legalitetsprinsippets område (typisk forbud og påbud), gjerne tillegges noe større vekt.

Dette utgangspunktet nyanseres noe i den såkalte Trallfa-dommen, referert i Rt. 2007 s. 257. Der fremgår det at prøvingen av om fakta i den enkelte saken dekkes av bestemmelsen unntaksvis kan være begrenset, slik at denne vurderingen hører inn under forvaltningens skjønn. Hvorvidt man står overfor et slikt unntak i en sak om lovlighetskontroll, må avgjøres konkret i forhold til den enkelte lovbestemmelsen, som et spørsmål om tolkningen av denne. Det vises også til Elvebåt-dommen referert i Rt. 2005 side 117. Til tross for ordlyden i daværende lov om toll 6. oktober 1966 nr. 5 § 37 om at tollkrav på visse vilkår kunne frafalles «når det *etter tollvesenets skjønn* ikke er noe å legge vedkommende (vareeier) til last», kom retten til at denne vurderingen ikke kunne unntas fra domstolenes prøvingsrett. Begrunnelsen var at vurderingen av en aktsomhetsnorm reiser grunnleggende rettssikkerhetsspørsmål som bør kunne prøves for domstolen.

#### **6.2.5.4      *Andre retningslinjer om prøving av kommunalt skjønn***

Departementet viser for øvrig til rundskriv H-2103 om «Retningslinjer for statlig klagebehandling – fvl. § 34». Forvaltningsloven § 34 annet ledd ble endret ved lov 10. januar

1997 nr. 7. Bestemmelsen fikk da en tilføyelse i tredje punktum hvor statlige klageinstanser ble pålagt å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved overprøving av det frie skjønn. Denne bestemmelsen må leses med tanke på at klageinstansen i klagesaker etter forvaltningsloven normalt har full overprøvingsrett, herunder myndighet til å treffe nytt vedtak i saken. Dette skiller overprøving i kommunale klagesaker fra overprøving i saker om lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59. Departementet mener likevel at de føringene og vurderingene som er gitt i rundskriv H-2103 om hvordan det kommunale skjønnet skal hensyntas, kan ha betydning også i de tilfeller Fylkesmannen overprøver etter krav om lovlighetskontroll.



## **6.2.6 Avgrensning i saker om lovlighetskontroll**

### **6.2.6.1 Noen utgangspunkter**

Fylkesmannen må alltid ta stilling til de hovedanførselene som er reist i klagen. Dersom det er fremmet lovlighetsklage med påstand om at det foreligger saksbehandlingsfeil, for eksempel at kommunestyret ikke var vedtaksført under votering, må det tas konkret stilling til dette i klagebehandlingen. Klageinstansen må ellers vurdere de forholdene og påstandene som har relevans for spørsmålet om lovlighet.

Det kan også reises spørsmål om Fylkesmannen er bundet av anførselene som er fremmet i lovlighetsklagen. Det er imidlertid ikke holdepunkter for at klagekompetansen er avgrenset til kun å ta stilling til anførselene. Det vises i denne sammenheng til at klageinstansen etter § 59 nr. 4 skal ta stilling til både materielle, personelle og prosessuelle sider ved avgjørelsen. Dette gir Fylkesmannen kompetanse til å prøve alle sider ved avgjørelsen, også sider som ikke er påklaget, dersom de har relevans for lovligheten av vedtaket. Selv om klager ikke gis medhold i sine påstander, kan Fylkesmannen likevel kjenne avgjørelsen ugyldig på annet grunnlag. Dette innebærer, i likhet med annen generell klagebehandlingskompetanse, en kompetanse til å prøve alle sider ved saken, se forvaltningsloven § 34 annet ledd. Fylkesmannen kan man ved lovlighetskontrollen likevel ikke overprøve det frie skjønnnet, med mindre det foreligger myndighetsmisbruk, se punkt. 6.2.5.2.

Det kan med bakgrunn i nevnte utgangspunkter også reises spørsmål om prøvingen i enkelte saker kan avgrenses av kontrollinstansen. Slike tilfeller kan oppstå på flere måter.

### **6.2.6.2 Avgrensning ved større sakskomplekser**

En lovlighetsklage kan være rettet mot en bestemt del av et større sakskompleks eller en overordnet avgjørelse. Utgangspunktet må være at man må kunne avgrense kontrollen til det som i hovedsak er påklaget og at kontrollen ikke går lenger enn det som er nødvendig for å ta stilling til lovligheten. Hva dette vil si, må nødvendigvis variere fra sak til sak.

Et eksempel kan være lovlighetsklage rettet mot en avgjørelse som får konsekvenser for bestemte virksomheter eller enheter i kommunen, som omorganisering, flytting, nedleggelse eller innsparing. Lovlighetskontrollen skal ikke være en kontroll med avgjørelsens tilsiktede eller utilsiktede konsekvenser, men om selve avgjørelsen er lovlig eller ikke etter gjeldende rett. Det er ikke sikkert at det for større sakskompleks er behov for å kontrollere hele eller alle sider av avgjørelsen for å ta stilling til lovligheten. For eksempel vil det ved lovlighetskontroll av et kommunalt årsbudsjett trolig ikke være nødvendig å ta stilling til alle deler av budsjettet dersom klagen primært reiser spørsmål om lovligheten av å foreta endringer i skolestrukturen som en del av årsbudsjettet. Dersom det reises lovlighetsklage på avgjørelse om kommunal reguleringsplan, må det være adgang til å avgrense klagebehandlingen til den del av planen som konkret er påklaget, og ikke legge opp til full kontroll av hele planen.

Både av hensynet til det lokale selvstyret og formålet bak § 59, bør ikke lovlighetskontrollen være mer omfattende enn det som er nødvendig for å avdekke eventuelle feil. Et slikt avgrensingsprinsipp må antas å gjelde for alle saker om lovlighetskontroll. Det presiseres at kontrollen for *denne aktuelle delen* av avgjørelsen fortsatt må foretas etter fremgangsmåten i § 59 nr. 4 a-c, og dersom det er indikasjoner på at det foreligger andre feil ved avgjørelsen utover det påklagede, må også dette være gjenstand for kontroll. Når det gjelder konsekvenser for avgjørelsen som sådan dersom lovlighetskontrollen avdekker ugyldighet for den kontrollerte delen, vises det til punkt 7.

### **6.2.6.3 Avgrense ved kontroll av avgjørelse om lukking av møte og habilitet**

Lovlighetskontroll av avgjørelser om å holde møter for åpne eller lukkede dører (møteoffentlighet) og avgjørelser om habilitet, jf. § 59 første ledd annet punktum, må avgrenses til å omfatte kun disse forhold, det vil si om avgjørelsen om møteoffentlighet eller habilitet er lovlig etter reglene i § 59 nr. 4.

Spørsmål om det foreligger andre feil i saken, dvs. spørsmål som ikke er knyttet til selve avgjørelsen om møteoffentlighet eller habilitet, kan eventuelt behandles i en lovlighetskontroll med den endelige avgjørelse som avslutter saken. Det er lite hensiktsmessig å vurdere hele saksbehandlingen før endelig avgjørelse foreligger.

I Ot. prp. 17 (2008-2009) er det lagt til grunn at kontroll med avgjørelser om møteoffentlighet og habilitet ikke skal gis oppsettende virkning da dette kan være uheldig for kontinuiteten i saksbehandlingen. I dette ligger en forutsetning om at prosessen frem til det foreligger endelig avgjørelse i saken skal kunne videreføres, til tross for at det er fremsatt en lovlighetsklage.

## **6.3 Særlig om lovlighetskontroll av eget tiltak**

### **6.3.1 Generelt**

Etter kommuneloven § 59 nr. 5 kan departementet på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll. Kompetansen er i stor utstrekning delegert videre til Fylkesmannen, se pkt. 4.3 ovenfor.

Av forarbeidene fremgår det at ordningen med lovlighetskontroll på eget initiativ etter nr. 5 ikke skal benyttes til å gjeninnføre en automatisk legalitetskontroll (Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 202). Det bør hefte usikkerhet ved en avgjørelses gyldighet før kompetansen til lovlighetskontroll av eget tiltak brukes. Utover dette gir ikke forarbeidene særlig veiledning i spørsmålet om når adgangen til lovlighetskontroll av eget tiltak bør benyttes.

Det vil derfor i stor utstrekning være opp til Fylkesmannens skjønn når adgangen skal brukes. Myndigheten til kontroll av kommunale avgjørelser etter § 59 nr. 5 bør likevel brukes med varsomhet. Kommunene er selvstendige rettssubjekter og eget folkevalgt nivå, med lovpålagt ansvar for svært mange og sentrale oppgaver. Det må utvises tillit til at kommunale organer treffer sine avgjørelser i samsvar med lovverket. Når det gjelder avgjørelser om at møter i folkevalgte organer skal holdes for lukkede dører, jf. kommuneloven § 31, vil imidlertid tillit

til forvaltningen være et hensyn som tilsier at terskelen for kontroll av eget tiltak ikke bør legges høyt.

Departementet vil ellers fremheve at Fylkesmannen bør vektlegge informasjon og veiledning overfor kommunene fremfor kontroll av avgjørelser etter eget tiltak.

Det er opp til Fylkesmannen å avgjøre om en sak skal tas opp til kontroll etter kl. § 59 nr. 5 eller ikke. Departementet understreker at det ikke foreligger en rettighet for den enkelte til å få en sak vurdert, verken etter muntlig eller skriftlig anmodning. Skriftlige anmodninger om kontroll av eget tiltak bør imidlertid i tråd med god forvaltningsskikk besvares skriftlig.

For å sikre en mer ensartet praksis og et mer enhetlig grunnlag for statistikkføring, legger departementet til grunn noen prosedyrer for når en sak bør utkvitteres og vedtak fattes etter § 59 nr. 5. Videre skisseres noen retningslinjer for når kontroll av eget tiltak kan være aktuelt.

### **6.3.2 Prosedyrer for registrering**

Det kan være hensiktsmessig å dele prosessen for saker etter § 59 nr. 5 (eget tiltak) opp i to faser. Det er viktig at embetene utøver ens praksis. Det kan i denne sammenhengen skilles mellom 1) veilednings- og informasjonssaker og 2) faktisk lovlighetskontroll.

I de tilfeller hvor det bare gis informasjon eller veiledning om lovlighetskontroll knyttet til en konkret sak, bør saken ikke utkvitteres med vedtak etter § 59 nr. 5. Dette bør gjelde enten en forespørsel om kontroll eller informasjon kommer skriftlig eller muntlig.

En annen sak er at for eksempel sakens parter eller andre informeres enten muntlig eller skriftlig om at Fylkesmannen ikke ser grunn for å gå nærmere inn i lovlighetskontroll-saken. God forvaltningsskikk tilsier at skriftlige forespørsler også bør besvares skriftlig. Det foreligger ingen begrunnelsesplikt i slike saker, men også her kan god forvaltningsskikk tilsi en kort begrunnelse. En skriftlig besvarelse i disse sakene bør imidlertid ikke registreres som en lovlighetskontroll-sak.

Har Fylkesmannen indikasjoner på at avgjørelsen kan være ulovlig, og derfor velger å foreta mer grundige og konkrete undersøkelser, bør saken utkvitteres skriftlig og vedtak fattes etter § 59 nr. 5. Dette gjelder enten man kommer til at avgjørelsen er gyldig eller ikke. I slike tilfeller foretar Fylkesmannen en faktisk lovlighetskontroll.

Det kan være en glidende overgang mellom rene veilednings- og informasjonssaker og faktisk lovlighetskontroll. Også i førstnevnte tilfeller kan det i enkelte saker være behov for å foreta noen foreløpige undersøkelser for å få brakt på det rene om en avgjørelse kan være ulovlig. I enkelte saker kan kontakt med kommunen eller fylkeskommunen lett avklare spørsmålet.

Kommer Fylkesmannen til at avgjørelsen neppe er ulovlig, uten å gå inn i noen grundigere undersøkelser, skal saken ikke utkvitteres skriftlig med formelt vedtak. Dersom Fylkesmannen derimot ber kommunen eller andre skriftlig om en uttalelse, kan saken stille seg annerledes. Typiske tilfeller er hvor Fylkesmannen skriftlig ber om en uttalelse fordi en «vurderer lovlighetskontroll». Det vil i noen saker også være nødvendig å ha tilgang til flere av

kommunens dokumenter for å ta stilling til om formell lovlighetskontroll skal foretas eller ikke. Her vil det være mest naturlig å fatte vedtak i saken, selv om det etter uttalelsen eller de oversendte dokumentene fremgår at vedtaket neppe kan anses ulovlig.

Dersom Fylkesmannen kommer til at informasjonsinnhentingene likevel ikke medfører lovlighetskontroll, kan det være hensiktsmessig og i tråd med god forvaltningsskikk at saken avsluttes med et brev til kommunen, og ev. til dem som har anmodet om lovlighetskontroll, med nærmere begrunnelse for dette.

Mellom rene veilednings- og informasjonssaker og faktisk lovlighetskontroll kan det være tilfeller der Fylkesmannen kommer til at saken må behandles på annet grunnlag. Dette kan for eksempel være tilfelle der det ikke foreligger en slik «avgjørelse» som § 59 nr. 1 gir anvisning på, eller at det dreier seg om en prosessuell avgjørelse som ikke kan lovlighetskontrolleres på selvstendig grunnlag etter § 59. I disse tilfellene foretar Fylkesmannen ingen realitetsbehandling som skal utkvitteres med vedtak om lovlighetskontroll etter § 59. Like fullt mener departementet at god forvaltningsskikk tilsier at Fylkesmannen i slike saker treffer et skriftlig vedtak med begrunnelse. Vedtaket skal, på lik linje med tilfeller der Fylkesmannen gir skriftlig svar i en veiledningssak, ikke formelt registreres som lovlighetskontrollssak.

### **6.3.3 Forhold av betydning for spørsmålet om en sak skal tas opp til kontroll av eget tiltak**

Flere momenter er viktige ved vurderingen av når Fylkesmannen bør ta en avgjørelse opp til kontroll. Momentenes innbyrdes vekt må alltid vurderes konkret i forhold til den aktuelle saken.

#### ***Noen overordnede hensyn***

Det klare utgangspunktet er at det skal hefte usikkerhet ved avgjørelsens lovlighet før lovlighetskontroll foretas. Fylkesmannen vil normalt måtte foreta nærmere undersøkelser for å få brakt dette på det rene. I de tilfellene avgjørelsen åpenbart lider av en alvorlig feil, bør saken tas opp til faktisk lovlighetskontroll. Det kan også være grunn til å kontrollere avgjørelser der det ikke er åpenbare indikasjoner på ugyldighet, men som umiddelbart synes betenkelige.

Hensynet til rettssikkerhet bør vektlegges ved vurderingen av om kontroll skal foretas eller ikke. I en rettssikkerhetsvurdering vektlegges hvor inngripende en avgjørelse er for parten. Jo mer inngripende en avgjørelse er, desto større grunn kan det være til overprøving hvor det settes spørsmålstegn ved avgjørelsens lovlighet. I tillegg kommer at rettssikkerhetshensyn bør tillegges forholdsvis større vekt ved myndighetsutøvelse innenfor legalitetsprinsippets område, typisk ved påbud og forbud.

Videre er hensynet til tillit til forvaltningen av betydning ved vurderingen. I enkelte tilfeller kan det virke uheldig, skadelig eller skape usikkerhet for dette tillitsforholdet dersom avgjørelsen ikke blir vurdert. Dette gjelder enten Fylkesmannen etter kontroll kommer til at avgjørelsen er ulovlig eller ikke. Bare det forhold at avgjørelsen tas opp til lovlighetskontroll,

kan i enkelte tilfeller føre til ro rundt saken, og de involverte innretter seg i forhold til at avgjørelsen er riktig.

Hvis en sak det hersker tvil rundt skal undergis nærmere undersøkelse av kommunens kontrollutvalg eller den skal inngå i en planlagt forvaltningsrevisjon, kan dette være et relevant moment for Fylkesmannen i vurderingen av om lovlighetskontroll av eget tiltak skal gjennomføres. For eksempel kan det i enkelte tilfeller være hensiktsmessig om kontrollutvalgets behandling gjennomføres før Fylkesmannen beslutter om saken skal tas opp til lovlighetskontroll.

### ***Andre forhold av betydning***

Utover disse overordnede hensynene, vil som oftest flere forhold måtte vurderes når Fylkesmannen avgjør om en sak eller avgjørelse skal tas opp til kontroll eller ikke.

Informasjon som gir grunnlag for lovlighetskontroll av eget tiltak kan ha ulike kilder. For det første er det tilfeller hvor ansatte ved embetet selv får kjennskap til at vedtak i en konkret sak kan være ulovlig. Dette kan for eksempel skje gjennom den løpende kontakten fylkesmannsembetene har med kommunene i sitt fylke på ulike områder. For det andre kan spørsmålet om kontroll av eget tiltak oppstå på bakgrunn av:

- a) medieomtale
- b) at sakens parter henvender seg til Fylkesmannen (muntlig eller skriftlig)
- c) at andre henvender seg til Fylkesmannen
- d) en henvendelse fra administrasjonen i kommunen/fylkeskommunen
- e) en henvendelse fra politikere

### ***Hvem som ber om kontroll***

Departementet mener som et utgangspunkt at hvem gjør Fylkesmannen oppmerksom på den aktuelle avgjørelsen, ikke bør ha betydning for spørsmålet om en sak tas opp til kontroll av eget tiltak. Er det klare indikasjoner på at det foreligger feil av en slik art og alvorlighet at det medfører ulovlighet, bør avgjørelsen normalt også kontrolleres. Hvor en er mer i tvil, kan en likevel vektlegge hvem som ber om kontroll. Det bør uansett kunne settes som et minstekrav for videre undersøkelser at den som anmoder om kontroll, begrunner sin anmodning, enten skriftlig eller muntlig. Kravet til sannsynliggjøring av ulovlighet vil kunne variere noe alt etter hvem som anmoder om kontroll. Utgangspunktet bør være at det som et minimum må kreves at begrunnelsen viser til konkrete forhold som er egnet til å skape tvil om lovligheten, og at dette gir Fylkesmannen grunn til å sette spørsmålsteget ved avgjørelsens gyldighet. Gjennomgående bør man her måtte kunne kreve noe mer ved henvendelser fra for eksempel kommunens administrasjon enn fra privatpersoner.

Dersom medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget anmoder Fylkesmannen om kontroll etter nr. 5, bør man stille strengere krav til sannsynliggjøring. Det innebærer et problem, og samsvarer dårlig med hensynet bak ordningen dersom Fylkesmannen rutinemessig bruker

hjemmel til kontroll av eget tiltak i tilfeller hvor kommunestyre/fylkestingsmedlemmer ikke oppnår tilstrekkelig antall representanter (tre eller flere) til å fremme lovlighetsklage, og derfor på egen hånd anmoder om slik kontroll. Lovens krav om at minst tre representanter skal stå bak en lovlighetsklage ville i tilfelle minste mye av sin betydning. Det bør i slike tilfeller foreligge krav til dokumentasjon på at det aktuelle vedtaket lider av feil. Er tidsfristen for å fremsette lovlighetsklage etter § 59 nr. 1 ikke utløpt, bør en anmodning fra politikere om kontroll etter nr. 5 normalt avvises, med mindre avgjørelsen åpenbart er ulovlig.

Det kan som nevnt være av betydning hvem som gjør henvendelse med anmodning om kontroll. Det bør for eksempel legges noe større vekt på anmodninger som kommer fra sakens parter. Tilsvarende bør sakens viktighet for de berørte partene vektlegges, samt hvilke konsekvenser avgjørelsen har for dem om vedtaket blir stående. I denne sammenheng må det likevel vektlegges i hvilken grad andre parter har innrettet seg i tillit til at vedtaket var gyldig.

### ***Tidsaspektet***

Dersom det foreligger klagerett og denne ikke blir benyttet, kan dette tale for at avgjørelsen ikke tas opp til kontroll. Når det gjelder enkeltvedtak vil sakens parter, med svært få unntak, ha klagerett. I tilfelle bør klagemuligheten benyttes. For øvrig antas det at saken i slike tilfeller ofte kan roes ned med informasjon og veiledning uten at en foretar en faktisk lovlighetskontroll. Lovlighetskontroll av eget tiltak er ikke ment å skulle erstatte klagereglene. Hertil kommer at klagereglene normalt gir en utvidet overprøvesesrett i forhold til lovlighetskontroll.

Dersom det er gått svært lang tid fra avgjørelsen var fattet, bør det foreligge sterke indikasjoner på feil før myndigheten til kontroll av eget tiltak tas i bruk. Her vil betydningen av i hvor stor grad partene har innrettet seg i forhold til vedtaket veie tungt og kunne tilsi at kontroll ikke foretas.

### ***Medieomtale***

Et annet tilleggsmoment som kan vektlegges i vurderingen av om kontroll skal foretas eller ikke, er om saken har medført stor medieomtale. Selv om avgjørelsen etter en foreløpig vurdering ikke indikerer ulovlighet, kan det i disse sakene bli spørsmål om vedtak etter nr. 5 likevel bør fattes. Dette må vurderes konkret. Forholdet kan være at det er viktig å få ro rundt den aktuelle saken, for eksempel i tilfeller hvor saken har vært gjenstand for stor medieomtale, eller hvor «folk flest» mener at avgjørelsen er ulovlig. Saken kan for eksempel oppleves som en viktig sak i lokalsamfunnet. Eksempel på slike saker kan være valg av formannskap, nemnder og lignende. Andre eksempler er hvor det reises tvil om habilitet knyttet til bestemte og viktige avgjørelser. Spekulasjoner i media på uriktige og ulovlige valg, eller at noen har hatt personlige interesser eller fordeler ved bestemte avgjørelser, kan være svært uheldig. I slike tilfeller gjør hensynet til tillit overfor forvaltningen seg særlig gjeldende. Medieomtale eller offentlig diskusjon rundt en avgjørelse er ikke i seg selv grunnlag for lovlighetskontroll, men kan altså være et moment i en helhetlig vurdering av hvorvidt kontroll er nødvendig ut fra hensynet til tillit til forvaltningen.

### ***Avgjørelsens hjemmelsgrunnlag***

Ofte vil spørsmålet om kontroll dukke opp hvor anmodningen begrunnes med at kommunen manglet hjemmel for avgjørelsen. Også her er et aktuelt eksempel brudd på regelverket i forbindelse med valg.

### ***Saker av prinsipiell interesse***

Dersom det ikke er noe praktisk behov for å prøve lovligheten vil det normalt ikke være nødvendig å foreta kontroll. Dette bør imidlertid vurderes konkret. Er saken av prinsipiell interesse kan dette forholdet tilsi lovlighetskontroll, selv om realiteten i saken ikke lenger har samme aktualitet. Et eksempel på slike saker kan være tvist om en avgjørelse om vern/riving av bygning. Dersom bygningen er revet på det tidspunktet Fylkesmannen får kjennskap til saken, vil lovlighetskontroll med avgjørelsen om rivning normalt være overflødig med mindre andre hensyn tilsier kontroll. Et slikt hensyn kan være behovet for å klargjøre lovgrunnlaget overfor kommunen i forhold til fremtidige lignende saker. Dersom Fylkesmannens undersøkelse ligger tett opp til en vurdering etter kommuneloven § 59 nr. 4, vil det trolig være mest ryddig å innta vurderingen i vedtaks form og utkvittere saken med lovlighetskontroll. En klargjøring av lovgrunnlaget kan imidlertid i noen tilfeller også finne sted ved at Fylkesmannen veileder kommunen om riktig lovforståelse.

### ***Avgjørelse om lokal forskrift eller retningslinjer***

Når det gjelder spørsmål om kontroll av lokale forskrifter må det kunne legges vekt på hvilke konsekvenser det får om forskriftene blir stående. Her vil det ha betydning at det ikke foreligger alminnelig klagerett over vedtatte forskrifter. Når det gjelder lokale retningslinjer, må det legges til grunn at de ikke har den samme rettskildemessige status og betydning som forskrifter har. Like fullt er det naturlig at lokalt vedtatte retningslinjer i praksis blir lagt til grunn som mer eller mindre bindende normer for saksbehandlingen internt i kommunen. Dersom det under behandlingen av klagesaker hos Fylkesmannen fremkommer mangler knyttet til lokalt utformede regulativer, retningslinjer ol. som er lagt til grunn for den kommunale saksbehandlingen, eller det er andre klare indikasjoner på at en forskrift eller retningslinjer ikke er i samsvar med regelverket, er dette momenter som kan tale for at det gjennomføres kontroll med disse etter kommuneloven § 59 nr. 5.

### ***Sakens viktighet og samfunnsmessig betydning***

Når det gjelder vektingen av de ulike momentene for om en avgjørelse skal tas opp til kontroll på eget initiativ og kravet til bevis for at det har skjedd noe ulovlig, kan dette variere fra sak til sak. Dersom det dreier seg om en avgjørelse som har stor samfunnsmessig betydning og kan få store konsekvenser for kommunen, kan det tale for at beviskravet (klare indikasjoner på at det hefter usikkerhet ved avgjørelsens lovlighet) ikke tolkes for strengt.

Departementet har vurdert om det at et fylkesmannsvedtak kan skape presedensvirkning kan gi grunn til å ta opp saken. Presedensvirkning kan etter departementets mening ikke være hovedgrunnen til å ta opp en sak til kontroll etter § 59 nr. 5, men det kan det kan være et tilleggsmoment. Saken må i tilfelle ta stilling til viktige prinsipielle spørsmål, og hvor en mener at kontroll kan hindre senere kontroll i andre saker på samme grunnlag. I denne

sammenhengen kan det være av betydning at avgjørelsen kan rette opp feilaktige oppfatninger i kommunen.

Det er etter kommuneloven ikke stilt krav om at Fylkesmannen skal varsle sakens parter når en sak tas opp til lovlighetskontroll av eget tiltak, slik regelen er ved omgjøring og behandling av klagesaker, jf. forvaltningsloven § 35 og § 33, 3. ledd. Reelle hensyn kan imidlertid tale for at alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper bør legges til grunn også ved lovlighetskontroll etter kommunelovens § 59 nr. 5. Her er det av betydning i hvor stor grad eventuelle parter har innrettet seg.

#### **6.3.4 Kort om forvaltningslovens regler for omgjøring og klage**

##### ***Omgjøring***

I sammenheng med prøvingsadgangen av kommunale avgjørelser etter kommuneloven § 59, er det naturlig å gi en kort omtale av kompetansen til å *omgjøre* eget eller underordnet organs vedtak etter reglene i forvaltningsloven.

Det følger av forvaltningsloven § 35 at det organet som traff avgjørelsen (vedtaksorganet), klageinstansen samt overordnet forvaltningsorgan, har en generell omgjøringskompetanse, dvs. myndighet til å omgjøre og treffe nytt vedtak. Dette innebærer at Fylkesmannen som statlig klageinstans i enkelte tilfeller har slik omgjøringskompetanse, i tillegg til den overprøvingskompetansen som følger av kommunelovens regler om lovlighetskontroll.

Man må imidlertid være oppmerksom på at den generelle omgjøringskompetansen etter forvaltningsloven § 35 kun gjelder *vedtak* slik det er definert i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a). Avgjørelsesbegrepet i kommuneloven § 59 er forutsatt å ha større virkeområde enn begrepet vedtak i forvaltningsloven (se punkt 6.1.3). Fylkesmannen har ellers en generell ulovfestet omgjøringsadgang for vedtak, jf. forvaltningsloven § 35 femte ledd, der man i en helhetlig vurdering må avveie omgjøringsbehovet mot hensynet til de partene som har innrettet seg i tillit til vedtaket, og der kun kvalifisert interesseovervekt kan begrunne eventuell omgjøring.

##### ***Klage***

Etter forvaltningsloven § 28 er det for kommunale enkeltvedtak lagt opp til et to-spolet klagesystem. Utgangspunktet er at klagebehandling av slike vedtak skal skje internt i den enkelte kommunen eller fylkeskommunen ved særskilte klagenemnder. Dette følger av forvaltningsloven § 28 annet ledd første punktum. Dersom vedtaket er fattet av kommunestyret eller fylkestinget selv, er det imidlertid «departementet» som er klageinstans, jf. forvaltningsloven § 28 annet ledd annet punktum. Dersom kommunens vedtak er fattet etter delegert fullmakt fra statlig myndighet, er det vedkommende statlige organ som er klageinstans, jf. forvaltningsloven § 28 annet ledd tredje punktum. Fylkesmannen er ofte i kraft av delegert fullmakt klageinstans etter de to sistnevnte bestemmelsene. Ofte fremgår det imidlertid av særlov der Fylkesmannen er tillagt kompetanse som klageinstans for kommunale vedtak.



I utgangspunktet er det bare i tilfeller der vedtak er fattet i kommunen etter delegert myndighet fra statlig organ, jf. forvaltningsloven § 28 annet ledd tredje punktum, at Fylkesmannen *som klageinstans* har anledning til å omgjøre vedtak også uten at det er påklaget. Dette følger av forvaltningsloven § 35 fjerde ledd første punktum. Mange enkeltvedtak i kommuner eller fylkeskommuner vil være fattet etter lov som direkte legger myndigheten til å avgjøre saken til kommunen eller fylkeskommunen. Fylkesmannen eller annet statlig organ vil ikke ha omgjøringskompetanse i slike tilfeller.

Fylkesmannen som statlig klageinstans har imidlertid anledning til å oppheve et hvilket som helst ugyldig enkeltvedtak i medhold av forvaltningsloven § 35 fjerde ledd annet punktum. Men denne bestemmelsen har neppe noen selvstendig betydning ved siden av kommuneloven § 59 nr. 5. Før øvrig vil Fylkesmannens vedtak etter fvl. § 35 fjerde ledd annet punktum kunne påklages, mens vedtak om lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 ikke er gjenstand for klage.

En nærmere beskrivelse av forvaltningsloven regler for omgjøring og klage faller ellers utenfor området for denne veilederen.

## **7 Rettsvirkning av lovlighetskontrollen**

### **7.1 Feil som leder til ugyldighet**

#### **7.1.1 Innledning**

Dersom Fylkesmannen finner at avgjørelsen er ugyldig, skal avgjørelsen oppheves. Når avgjørelsen oppheves, innebærer det at saken sendes tilbake til det kommunale organet som traff avgjørelsen til helt eller delvis ny behandling. Fylkesmannen kan ikke selv treffe ny avgjørelse i saken, som man ellers kan ved behandling av forvaltningsklager, jf. fvl. § 34 fjerde ledd.

Ugyldighet er betinget av at det er begått en feil som faller inn under en av de tre kategorier nevnt ovenfor, dvs. at det foreligger brudd på materielle, personelle eller prosessuelle regler. Ugyldighet kan også bli resultatet der det foreligger myndighetsmisbruk. Feil fører imidlertid ikke automatisk til ugyldighet, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41, og vurderingen av hvorvidt en avgjørelse skal kjennes ugyldig etter kl. § 59 nr. 4 annet ledd kan derfor være krevende. I flere tilfeller kreves det (utover selve feilen) tilleggsbetingelser for at vedtaket kan kjennes ugyldig.

Det er viktig å avgjøre hvilken betydning feilen kan ha hatt. En saksbehandlingsfeil fører som regel ikke til ugyldighet med mindre det er grunn til å regne med at feilen kan ha virket bestemmende for avgjørelsens innhold. Og selv om feilen kan ha virket bestemmende for innholdet, kan avgjørelsen enkelte ganger opprettholdes som gyldig. Det gjelder for eksempel i tilfeller der ugyldighet vil være til skade for den som avgjørelsen retter seg mot, og vedkommende ikke kjente til feilen eller har medvirket til den.

#### **7.1.2 Om ulike feil**

##### ***Materiell kompetansemangel***

Det klare utgangspunktet er at en avgjørelse som etter sitt innhold er i strid med gjeldende rett (materieell kompetansemangel) skal kjennes ugyldig.

##### ***Personell kompetansemangel***

Dersom feilen består i at avgjørelsen er truffet av et organ som ikke har kompetanse til å treffe den type avgjørelse, og det heller ikke foreligger delegert myndighet etter kommuneloven § 23 nr. 4 (personell kompetansemangel), må den som hovedregel kjennes ugyldig. Med organ siktes det både til politiske og administrative organer i kommunen og fylkeskommunen. Et eksempel kan være at en etatssjef, uten at delegasjon er gitt, treffer avgjørelse i sak som normalt ligger til en annen del av den kommunale forvaltningen eller til kommunestyret selv. I tilfeller der avgjørelsen er truffet av et underordnet organ som ikke har fått delegert myndighet, må det normalt lede til ugyldighet. Også der avgjørelsen materielt er i samsvar med gjeldende rett, bør åpenbare feil knyttet til personell kompetanse og hvem som har behandlet saken normalt medføre ugyldighet. Et sentralt hensyn her er at enhver sak skal behandles og få sin avgjørelse på det nivået den hører hjemme.

Dersom avgjørelsen er truffet av et høyere kommunalt organ enn det organet som har fått delegert avgjørelsesmyndigheten, for eksempel der avgjørelsen er truffet av kommunestyret i stedet for av administrasjonen, vil avgjørelsen som hovedregel anses som gyldig. Dette gjelder selv om det organet som har fått tildelt vedtaksmyndighet besitter en særskilt fagkompetanse som det må antas det høyere organet ikke har. Utgangspunktet er at det delegerende organet når som helst kan trekke tilbake delegasjonsfullmakten i den enkelte saken og treffe vedtak selv, så lenge vedtakskompetansen ikke er delegert til et spesielt organ etter særlov (legaldelegasjon). Hvis kommunestyret ønsker å treffe vedtak i en sak der det selv har delegert vedtaksmyndigheten til et annet politisk organ eller til administrasjonssjefen, har kommunestyret anledning til dette ut fra alminnelig delegasjonslære.

### ***Prosessuell kompetansemangel***

Når det gjelder den prosessuelle kompetanse, dvs. spørsmålet om avgjørelsen er blitt til på lovlig måte, må brudd på forvaltningslovens bestemmelser eller andre ulovfestede regler om saksbehandling i forvaltningen som regel lede til at avgjørelsen er ugyldig. Også her må det likevel vurderes konkret hvor alvorlig saksbehandlingsfeilen kan sies å være. For eksempel vil nok et brudd på forvaltningslovens habilitetsbestemmelser i mange tilfeller anses mer alvorlig enn at den generelle veiledningsplikten etter fvl. § 11 ikke er tilstrekkelig varetatt. Videre må det vurderes i hvilken grad feilen kan ha virket bestemmende for avgjørelsens innhold. Det er som utgangspunkt nok at det foreligger en rimelig mulighet for slik innvirkning.

Det er også tilfeller der det er foretatt kontroll med en bestemt del av en avgjørelse som gjelder større sakskompleks (se punkt 6.2.6.2). Spørsmålet blir i hvilken grad feil ved denne delen fører til at hele avgjørelsen må kjennes ugyldig. Et utgangspunkt er at dersom lovlighetskontrollen avdekker feil av materiell, personell eller prosessuell karakter ved deler av avgjørelsen, vil dette kunne få betydning for gyldigheten av avgjørelsen som sådan. Den sentrale vurderingen blir også i slike tilfeller om det er viss sannsynlighet for at feilen kan ha virket bestemmende for avgjørelsens innhold, jf. forvaltningsloven § 41 og vurderinger over. Det skal ikke så mye til før det er tilfellet.

## **7.2 Kort om rettsvirkninger for privatrettslige forhold**

Det kan reises spørsmål om rettsvirkninger av lovlighetskontroll av en avgjørelse med privatrettslig innhold dersom det blir avdekket brudd på offentligrettslige regler som medfører at avgjørelsen anses ugyldig. Problemstillingen kan naturlig nok ikke behandles uttømmende her, da temaet faller utenfor område for denne veilederen. På generelt grunnlag kan man si at en ugyldig avgjørelse i kommunen eller fylkeskommunen ikke automatisk får rettsvirkninger for en etterfølgende privatrettslig disposisjon.

Et tilfelle kan være der for eksempel kommunestyrets avgjørelse om kjøp av eiendom blir funnet ugyldig på grunn av brudd på offentligrettslige regler om saksbehandling, og det ikke er foretatt noen etterfølgende disposisjoner. Konsekvensen av ugyldigheten blir at kommunen eller dennes rettslige representant (ofte ordfører) ikke kan/har rettslig grunnlag for å inngå kjøpsavtalen.

En annen situasjon er det hvis avgjørelsen er funnet ugyldig, men avtale med en tredjepart allerede er inngått, eller inngås, til tross for ugyldigheten. Det ligger imidlertid ikke til Fylkesmannen etter kommuneloven § 59 å vurdere hvilke konsekvenser et vedtak om ugyldighet har for den (etterfølgende) privatrettslige avtalen, og eventuelt konsekvenser dersom slik avtale inngås til tross for ugyldigheten. Dette vil være et spørsmål for domstolene og må løses med bakgrunn i de alminnelige kontraktsmessige og erstatningsrettslige regler.

## **8 Om departementets rolle i saker om lovlighetskontroll**

### **8.1 Kommunale avgjørelser**

Det er Fylkesmannen som behandler og treffer endelig vedtak i saker om lovlighetskontroll med kommunale avgjørelser. Det er for slike saker ingen klagerett til departementet.

Det kan være tilfeller der den klagende parten eller andre aktører henvender seg til departementet etter at Fylkesmannen har truffet vedtak i saken. Etter alminnelig delegasjonslære kan departementet (som delegerende myndighet) se nærmere på en sak dersom særlige grunner tilsier det. Utgangspunktet er likevel at departementet utviser varsomhet og har en generelt høy terskel for å gå inn i enkeltsaker der avgjørelsesmyndigheten er delegert til Fylkesmannen.

Departementet vil kunne gå inn i saken dersom det avdekkes alvorlige feil ved avgjørelsen. Hvis dette er tilfelle, vil departementet i kraft av å være overordnet forvaltningsorgan på området ha myndighet til å oppheve vedtaket og sende saken tilbake til fornyet behandling, samt påpeke de feil som foreligger. En generell adgang for departementet til å gå nærmere inn i de skjønsmessige vurderinger som Fylkesmannen har gjort, foreligger som utgangspunkt ikke.

### **8.2 Fylkeskommunale avgjørelser**

For fylkeskommunale avgjørelser skal lovlighetsklagen oversendes det enkelte fagdepartementet, som da vil være rette kontrollorgan. Behandling av fylkeskommunale lovlighetsklager følger sektoransvarsprinsippet, der det departementet som har det faglige og overordnede ansvar for det lovverket klagen gjelder, behandler klagen. Departementenes saksbehandling i saker om lovlighetskontroll følger de normale prosessreglene etter kommuneloven § 59.

## 9 Vedlegg - Lovtekst og forskrift

### *§ 59. Lovlighetskontroll, opplysningsplikt m.v.*

1. Tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget kan sammen bringe avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Det samme gjelder avgjørelser om møter skal holdes for åpne eller lukkede dører, jf. § 31, og avgjørelser om habilitet. Avgjørelser om ansettelse, oppsigelse eller avskjed er ikke gjenstand for lovlighetskontroll. Spørsmål om det foreligger brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, og forskrifter vedtatt med hjemmel i denne lov kan heller ikke gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.

2. Krav om lovlighetskontroll framsettes for det organ som har truffet den aktuelle avgjørelse. Hvis dette opprettholder avgjørelsen, oversendes saken til departementet.

3. Det organ som har truffet avgjørelsen, kommunalt eller fylkeskommunalt organ overordnet dette, eller departementet, kan beslutte at avgjørelsen ikke skal iverksettes før lovlighetsklagen er avgjort.

4. Ved lovlighetskontroll skal det tas stilling til om avgjørelsen

a. er innholdsmessig lovlig,

b. er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse, og

c. er blitt til på lovlig måte.

Departementet skal oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig.

5. Departementet kan på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll.

6. Departementet kan kreve at kommunen og fylkeskommunen gir opplysninger om enkeltsaker eller sider av kommunens og fylkeskommunens virksomhet. Departementet har rett til innsyn i alle kommunale og fylkeskommunale saksdokumenter.

7. Departementet fastsetter nærmere regler om tidsfrister for krav om lovlighetskontroll.

### *§ 60. Statlig kontroll og godkjenning av økonomiske forpliktelser.*

1. Vedtak om opptak av lån eller vedtak om langsiktig avtale om leie av bygninger, anlegg og varige driftsmidler som kan påføre kommunen eller fylkeskommunen utgifter ut over de fire neste budsjettår, er ikke gyldig før det er godkjent av departementet, dersom:

a. kommunestyret eller fylkestinget har vedtatt å fastsette et årsbudsjett uten at alle utgifter er dekket inn på budsjettet,

b. kommunestyret eller fylkestinget har vedtatt å fastsette en økonomiplan uten at alle utgifter er dekket inn på økonomiplanen,

c. kommunestyret eller fylkestinget etter § 48 nr. 4 har vedtatt at et regnskapsmessig underskudd skal fordeles ut over det påfølgende budsjettår etter at regnskapet er framlagt, eller

d. kommunen eller fylkeskommunen ikke følger vedtatt plan for dekning av underskudd.

2. Dersom et av vilkårene i første ledd bokstav a-d er oppfylt, skal departementet føre kontroll med lovligheten av kommunestyrets eller fylkestingets budsjettvedtak.

3. Departementet skal opprette et register over alle kommuner og fylkeskommuner som er underlagt godkjenning. Enhver har rett til å gjøre seg kjent med det som er registrert i registeret, og få utskrift av dette.

4. Inntil den enkelte kommune eller fylkeskommune er registrert i registeret, kan departementet ikke iverksette godkjenning etter nr. 1. I forhold til rettsregler som lar det være avgjørende for tredjepersons rettsstilling om denne kjente til eller ikke kjente til et forhold, anses det som er registrert etter denne bestemmelse for å ha kommet til tredjepersons kunnskap.

5. Kommuner og fylkeskommuner som inngår kontrakter som krever godkjenning, må orientere sine medkontrahenter om at de er satt under betinget kontroll og godkjenning.

**Følgende forskrift er fastsatt med hjemmel i kommuneloven § 59 nr. 7, jf. Rundskriv H-4/93:**

Forskrift om tidsfrist for krav om lovlighetskontroll.

Fastsatt av Kommunal- og arbeidsdepartementet den 13. januar 1993 med hjemmel i lov av 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 59 nr. 7.

§ 1. Fristen for å kreve lovlighetskontroll for medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget er 3 uker.

§ 2. Fristen løper fra det tidspunkt avgjørelsen ble truffet. For beregning av fristen gjelder forvaltningsloven § 30 tilsvarende.

§ 3. Denne forskrift trer i kraft straks.







Utgitt av:  
Kommunal- og regionaldepartementet

Publikasjonskode: H-2299