



NORGES HØYESTERETT

Den 15. februar 2007 avsa Høyesterett dom i

HR-2007-00324-A, (sak nr. 2006/1278), sivil sak, anke,

Kongsberg kommune

(Kommuneadvokaten i Kongsberg
v/advokat Frode Lauareid – til prøve)

mot

Nes kommune

(advokat Leif Oscar Olsen)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Matningsdal**: Saken gjelder spørsmålet om domstolene kan prøve fylkesmannens vedtak etter sosialtjenesteloven § 10-3 om hvilken kommune som er økonomisk ansvarlig for omsorgsutgiftene for en person med store funksjonshemninger. Videre reiser den spørsmål om en kjennelse som avviste et slikt søksmål, stenger for ny sak om overprøving av samme vedtak.
- (2) A er født i 1974. Han er født med en hjerneskade og er multifunksjonshemmet. Fram til sommeren 1985 bodde han sammen med sine foreldre i Kongsberg.
- (3) Skoleåret 1985/86 begynte A som elev ved X skole i Y kommune. X var en statlig spesialskole for barn med særlige behov. Den første tiden bodde A på skolen. I 1988 så imidlertid skolen seg ikke lenger i stand til å ivareta hans behov, og etter anmodning fra As foreldre vedtok Kongsberg helse- og sosialstyre v/klientutvalget i juni 1988 å overta omsorgen for ham. Kongsberg kommune etablerte et bo- og omsorgstilbud for ham, og det ble inngått kontrakt med Nes kommune om leie av kommunal bolig i passende avstand til skolen. Kongsberg kommune bemannet leiligheten med personale ansatt i Kongsberg kommune. A har senere flyttet flere ganger innen Nes kommune, og han bor fortsatt i kommunen. Kongsberg kommunes omsorgstilbud fortsatte etter at skolegangen var avsluttet.

- (4) Etter sosialtjenesteloven § 10-1 første ledd er kommunen ansvarlig for å yte sosialtjenester til personer som oppholder seg der. For personer som oppholder seg i institusjon eller bolig med heldøgns omsorgstjenester, fastsetter imidlertid andre ledd første punktum at tjenestene skal ytes av sosialtjenesten i den kommunen som var oppholdskommune før inntaket. Andre ledd tredje punktum fastsetter videre at "[e]tter utskrivingen skal de sosiale tjenester ytes av sosialtjenesten i den kommune der vedkommende tar opphold, men utgiftene kan kreves refundert av oppholdskommunen forut for inntaket i institusjonen eller boligen med heldøgns omsorgstjeneste".
- (5) Kongsberg kommunes oppfatning er at det følger av sosialtjenesteloven § 10-1 første ledd at Nes kommune nå er ansvarlig for å yte og dekke utgiftene med de omsorgstjenestene som A har rett til, og kommunen bestrider at det har skjedd en "utskriving" fra "institusjon". I brev 7. november 2001 til Nes kommune meddelte Kongsberg kommune at kommunens tjenester til A ville opphøre ved årsskiftet 2001/2002.
- (6) Nes kommune mente derimot at Kongsberg kommune fortsatt har ansvaret for A. Under henvisning til sosialtjenesteloven § 10-3 brakte Nes kommune tvistesaken inn for Fylkesmannen i Buskerud. Etter at Kongsberg kommune hadde inngitt tilsvaret, fattet fylkesmannen den 21. oktober 2002 vedtak med slik slutning:

"I medhold av sosialtjenesteloven § 10-3 har fylkesmannen besluttet at Nes kommune kan kreve refundert utgifter for sosiale tjenester som gis til A av Kongsberg kommune etter sosialtjenesteloven § 10-1 annet ledd siste punktum.

Beslutningen er endelig og kan ikke påklages."

- (7) Kongsberg kommune påklaget likevel vedtaket, men fylkesmannen avviste klagen fra videre behandling. Det ble vist til at vedtaket ikke er et enkeltvedtak som kan påklages.
- (8) Kommunen påklaget avvisningsvedtaket til Sosialdepartementet, som den 18. mars 2003 stadfestet fylkesmannens vedtak. I Sosialdepartementets vedtak heter det:

"Etter lov om sosiale tjenester § 10-3 har Fylkesmannen kompetanse til å avgjøre tvister mellom kommuner om tolkingen av § 10-3. Avgjørelsen er ikke et enkeltvedtak som kan påklages med hjemmel i sosialtjenesteloven § 8-1 første ledd, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b. Vi viser ellers til Fylkesmannens begrunnelse i vedtak av 21.10.02."

- (9) Ved stevning av 21. mai 2003 til Drammen tingrett reiste Kongsberg kommune sak mot staten v/Sosialdepartementet med påstand om at fylkesmannens vedtak skulle kjennes ugyldig. Staten v/Sosialdepartementet påstod saken avvist. Det ble for det første anført at søksmålet måtte anlegges mot Nes kommune, og for det andre at sosialtjenesteloven § 10-3 avskjærer domstolsbehandling av fylkesmannens vedtak.
- (10) Tingretten kom til at vedtaket ikke kunne prøves av domstolene, og avsa den 28. oktober 2003 kjennelse med slik slutning:
- "1. Sak A 03-922 for Drammen tingrett avvises.**
- 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke."**
- (11) Retten fant det ikke nødvendig å ta stilling til påstanden om at staten ikke var rett saksøkt.

- (12) Kongsberg kommune påkjærte tingrettens kjennelse til Borgarting lagmannsrett. Kjæremålet var imidlertid fremsatt for sent, og det ble avvist i kjennelse av 8. juli 2004. Et kjæremål til Høyesteretts kjæremålsutvalg førte ikke fram.
- (13) Under henvisning til at fylkesmannens vedtak nå var endelig, oversendte Nes kommune den 23. september 2004 Kongsberg kommune et krav om refusjon av kr 5 533 037,31 for perioden 1. januar 2002 til 23. september 2004.
- (14) Kongsberg kommune avviste kravet. Det ble anført at "[v]i er av den oppfatning at kravets grunnlag, fylkesmannens avgjørelse, ikke er rettslig holdbar".
- (15) Ved stevning til Kongsberg tingrett den 16. november 2004 reiste Nes kommune sak mot Kongsberg kommune med krav om betaling av beløpet med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven.
- (16) Kongsberg tingrett avsa den 1. mars 2005 dom med slik domsslutning:
- "1. Kongsberg kommune dømmes til å betale Nes kommune 5.533.037,71 – fem millioner fem hundre og tretti tre tusen og tretti syv 71/100 – kroner. I tillegg kommer forsinkelsesrente etter lov om renter ved forsinket betaling m.m. § 3, jf. § 5 fra 17. november 2004 og til betaling finner sted.**
 - 2. Kongsberg kommune dømmes til å erstatte sakens omkostninger for Nes kommune med 56.397,10 – femti seks tusen tre hundre og nitti syv 10/100 – kroner. I tillegg kommer forsinkelsesrente etter lov om renter ved forsinket betaling m.m. § 3, jf. § 5 fra 14 dager etter dommens forkynning og til betaling finner sted."**
- (17) Tingretten kom til at Nes kommune kunne påberope avgjørelsen av Drammen tingrett om at fylkesmannens vedtak ikke kunne prøves av domstolene. Videre var den enig med Drammen tingrett i at fylkesmannens vedtak ikke kan prøves av domstolene. Da Kongsberg kommune ikke hadde reist noen innvendinger mot beregningen av kravet, ble det gitt dom for det avkrevde beløpet.
- (18) Kongsberg kommune anket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett. Lagmannsretten, som tiltrådte tingrettens rettsanvendelse, avsa den 29. mai 2006 dom med slik domsslutning:
- "1. Kongsberg tingretts dom stadfestes.**
 - 2. Kongsberg kommune betaler Nes kommunes saksomkostninger for lagmannsretten med 65 000 – sekstifemtusen – kroner med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer. Forfall er 2 – to – uker fra forkynning av denne dom."**
- (19) Kongsberg kommune har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens lovanvendelse og bevisbedømmelse.
- (20) Saken står i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten. Nytt for Høyesterett er at det nå foreligger en rekommendasjon fra Europarådet om at sosialtjenesteloven § 10-3 er i strid med artikkel 11 i Europarådets konvensjon av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre.

- (21) Den ankende part, *Kongsberg kommune*, har i korte trekk anført:
- (22) Det bestrides at Drammen tingretts kjennelse rettskraftig avgjør at fylkesmannens vedtak ikke kan prøves av domstolene. For det første har ikke avvisningskjennelser rettskraftsvirkninger. Det vises særlig til at tvistemålsloven § 164, som fastsetter hvilke av lovens bestemmelser om dommer som gjelder tilsvarende for kjennelser, ikke viser til § 163 om rettskraft.
- (23) For det andre kan ikke en kjennelse i en sak hvor staten var saksøkt, påberopes av Nes kommune, som ikke var part i saken.
- (24) Det anføres videre at fylkesmannens vedtak etter sosialtjenesteloven § 10-3 fullt ut kan prøves av domstolene. I forhold til lov om sosial omsorg har sivilombudsmannen lagt dette til grunn i to uttalelser, og kommunen kan ikke se at lovens ordlyd sammenholdt med forarbeidene, hvor spørsmålet ikke er drøftet, er til hinder for denne løsningen. Etter at avgjørelsesmyndigheten nå er lagt til fylkesmannen, tilsier dessuten hensynet til rettsenhet at fylkesmannens vedtak må kunne prøves av domstolene.
- (25) Videre vises det til at Norge har ratifisert europarådskonvensjonen om lokalt selvstyre. Artikkel 11 i denne konvensjonen gir lokale myndigheter tilgang til ”judisiell overprøving for å sikre fri utøvelse av sin myndighet”. Det er i strid med denne artikkelen å avskjære kommunen fra domstolsprøving av fylkesmannens vedtak – noe som nylig er slått fast i en rekommendasjonen fra Europarådet. Domstolene må dermed i kraft av presumsjonsprinsippet legge til grunn at vedtaket kan prøves av domstolene.
- (26) Subsidiært anføres det at domstolene i alle fall har en begrenset prøvingsrett. Domstolene må i alle fall kunne prøve om fylkesmannen har gått utenfor sin kompetanse ved å avgjøre hva som er ”utskrivning” fra ”institusjon”.
- (27) Kongsberg kommune har nedlagt denne påstand:
- ”1. Kongsberg kommune vert frifunnen.**
- 2. Kongsberg kommune vert tilkjent sakskostnader for alle rettar med til saman kr 245 000,00 med tillegg av lovfastsett rente frå forfall til betaling skjer. Oppfylgingsfristen er 2 – to – veker frå forkynning av denne dommen.”**
- (28) Ankemotparten, *Nes kommune*, har i korte trekk anført:
- (29) Avvisningsavgjørelsen av Drammen tingrett har rettskraftsvirkninger, og den kan påberopes av Nes kommune selv om kommunen ikke var part i saken.
- (30) Videre anføres det at fylkesmannens vedtak – bortsett fra tilfeller hvor det foreligger maktmisbruk eller andre graverende forhold fra fylkesmannens side – ikke kan prøves av domstolene. Dette følger både av lovhistorien og av forarbeidene til gjeldende lov. Standpunktet er også lagt til grunn i rettspraksis og juridisk teori. Et forslag fra to stortingsrepresentanter i 2004 bygger også på at vedtaket er unndratt domstolsprøving. Stortingsflertallet ønsket imidlertid ikke å endre regelen.
- (31) Rekommendasjonen fra Europarådet kan ikke medføre at det nå foreligger en prøvingsrett. Dette ville i realiteten innebære at en klar norsk bestemmelse ble satt til side

– noe som klart overskrider hva presumsjonsprinsippet gir adgang til, jf. de prinsippene som kom til uttrykk i plenumsdommen i Rt. 2000 side 1811.

(32) Nes kommune har nedlagt denne påstand:

”1. Lagmannsrettens dom stadfestes.

2. Nes kommune tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3, første ledd, første punktum, fra forfallstidspunkt og til betaling skjer.”

(33) *Jeg er kommet til at anken ikke fører fram.*

(34) Innledningsvis nevner jeg at beregningen av Nes kommunes krav ikke er bestridt. Tvisten gjelder om det er grunnlag for det.

(35) Hovedspørsmålet er om fylkesmannens vedtak etter sosialtjenesteloven § 10-3 er unndratt domstolsprøving – noe Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til i Rt. 2006 side 618. Jeg behandler derfor først dette spørsmålet, og begynner med lovhistorien.

(36) Lov om fattigvesenet – senere forsorgsvesenet – av 19. mai 1900 nr. 1 § 45 første og andre ledd inneholdt følgende bestemmelser om voldgift:

”Tvistigheder mellem Kommuner og mellem Kommuner og Staten om de dem ifølge nærværende Lov i deres indbyrdes Forhold paahvilende Forpligtelser skal afgjøres uden Domstolenes Mellemkomst.

Forsaavidt de tvistende Parter ikke enes om at lade Sagen afgjøre af en eller flere af dem selv opnævnte Voldgiftsdommere, skal den undergives Afgjørelse af vedkommende Regjeringsdepartement.”

(37) Under henvisning til denne bestemmelsen kom Høyesterett i Rt. 1911 side 303 til at ”tvistigheder mellem kommuner og mellem kommuner og staten om de dem ifølge fattigloven i deres indbyrdes forhold paahvilende forpligtelser skal afgjøres uten domstolens mellemkomst”. Saken ble dermed avvist fra domstolene.

(38) Denne loven ble opphevet ved vedtakelsen av lov om sosial omsorg av 5. juni 1964, som i § 17 hadde følgende bestemmelse:

”Departementet avgjør tvistemål som måtte oppstå mellom to eller flere kommuner etter denne lov, herunder hvilken kommune som det påhviler å yte sosialhjelp eller å bære utgiftene hermed.”

(39) Loven ble forberedt av en komité som i 1953 fremla ”Utkast til lov om sosialhjelp”. Lovutkastet § 21 første og andre ledd gjentok uendret, men i moderne språkdrakt, bestemmelsene i den tidligere § 45. Dette ble ikke fullt ut fulgt opp av departementet, som i Ot.prp. nr. 56 (1962–63) s. 54 andre spalte uttalte:

”Videre er det i utkastets § 17 foreslått at departementet skal avgjøre tvistemål som måtte oppstå mellom to eller flere kommuner etter loven. En antar at det ikke lenger er grunn til å opprettholde gjeldende forsorgslovs bestemmelser om voldgift (lovens § 45) når heimstavnsreglene faller bort.”

(40) Bakgrunnen for dette utsagnet var at ettersom den nye loven påla oppholdskommunen det hovedsakelige ansvaret for å yte sosiale tjenester, ville det sjeldnere oppstå tvister mellom de berørte kommunene, jf. Ot.prp. nr. 56 (1962–63) s. 41. Det var derfor ikke lenger behov for et voldgiftsinstitutt. Men selv om departementet ikke ønsket å videreføre en voldgiftsbestemmelse, men i stedet foreslo at tvistene skulle avgjøres av departementet, finnes det ingen holdepunkter for at man ville åpne for domstolsprøving av departementets vedtak.

(41) Spørsmålet om departementets vedtak kunne overprøves av domstolene ble i 1976 behandlet av Frostating lagmannsrett, som kom til at det ikke var adgang til dette, jf. RG 1977 side 373. I NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester kom lovutvalget inn på denne avgjørelsen ved omtalen av tvister mellom kommunene. Her uttales det på side 312 andre spalte:

”Departementets avgjørelser i tvistesaker er ikke enkeltvedtak etter forvaltningslovens § 2 b, og kan derfor ikke påklages til overordnet myndighet, i tilfelle Kongen. Det har vært diskutert om saken kan bringes inn for domstolene hvis de vanlige prosessforutsetninger foreligger, og om domstolene i så fall kan overprøve departementets lovanvendelse. En lagmannsrettsdom fra 1976 har lagt til grunn at domstolene ikke kan overprøve departementets avgjørelser i slike saker.”

(42) Sitatet viser at lovutvalget var klar over hvordan bestemmelsen i lov om sosial omsorg § 17 hadde blitt forstått i praksis. Når det sammenholdes med spesialmotivene til lovutkastet på side 358, hvor det heller ikke gis uttrykk for noe ønske om å gi adgang til domstolsprøving, kan det ikke være tvilsomt at lovutvalget ønsket å videreføre regelen om at vedtakene ikke skulle kunne bringes inn for domstolene for overprøving. Det samme gjelder etter min mening for departementet, som i Ot.prp. nr. 60 (1988–89) side 196 andre spalte uttaler:

”Departementet er derfor enig i at det åpnes for en viss adgang til tvisteavgjørelser. Departementet er videre enig i at slike tvister bør avgjøres av fylkesmannen. Departementet kan ikke se at det kan være nødvendig med klageadgang over avgjørelse i tvistesak slik Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon foreslår.”

(43) På denne bakgrunn kan det ikke være tvilsomt at kjennelsen i Rt. 2006 side 618 bygger på en riktig forståelse av de interne norske rettskildene som knytter seg til sosialtjenesteloven § 10-3, når det ble lagt til grunn at fylkesmannens vedtak som hovedregel ikke kan prøves av domstolene. Slik har også bestemmelsene blitt forstått av Stortinget. Jeg viser til at i Dokument nr. 8: 78 (2003–2004) fremmet stortingsrepresentantene Magnhild Meltveit Kleppa og Per Sandberg forslag om å endre sosialtjenesteloven § 10-3 og den tilsvarende bestemmelsen i lov om barneverntjenester § 8-3 slik at vedtakene skulle kunne bringes inn for domstolene, som skulle kunne prøve ”[a]lle sider av avgjørelsen”. Flertallet i sosialkomiteen gikk imidlertid i Innst. O. nr. 23 (2004–2005) mot forslaget, som ble nedstemt med 59 mot 18 stemmer i Odelstinget.

(44) Selv om hovedregelen er at fylkesmannens vedtak ikke kan overprøves av domstolene, må det likevel gjøres et unntak. I Rt. 1962 side 571 uttaler kjæremålsutvalget – blant annet under henvisning til Forvaltningslovkomiteens innstilling – at ”selv når avgjørelser med endelig virkning er lagt til et forvaltningsorgan, [vil det] etter de alminnelige prinsipper i vår offentlige rett være tilbake hos domstolene en viss prøvingsrett eller kontrollmyndighet som vern mot maktmisbruk eller annet graverende forhold fra forvaltningsorganets side”. Jeg er enig i at det må være en slik begrenset prøvingsrett. I

denne saken har Kongsberg kommune anført at fylkesmannen ikke har kompetanse til å tolke "utskrivning" og "institusjon" i sosialtjenesteloven § 10-1 andre ledd, at tolkingen er kvalifisert uriktig og at det er foretatt en uriktig subsumsjon. Dette kan klart ikke føre fram, idet det er åpenbart at fylkesmannen har kompetanse til å tolke bestemmelsen i § 10-1 andre ledd. Det som for øvrig anføres omfattes ikke av det nevnte unntaket.

- (45) Spørsmålet blir dermed om disse standpunktene må modifiseres under henvisning til Recommendation 203 (2006) fra The Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe. Denne rekommendasjonen gjelder forståelsen av Europarådskonvensjonen av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre, som Norge ratifiserte i 1989, artikkel 11 om "[l]ovmessig beskyttelse av lokalt selvstyre", som har følgende ordlyd:

"Lokale myndigheter skal ha tilgang til judisiell overprøving for å sikre fri utøvelse av sin myndighet og respekt for slike prinsipper for lokalt selvstyre som er nedfelt i landets lovgivning eller grunnlov."

- (46) Bakgrunnen for rekommendasjonen var at norske kommuner hadde brakt fire forskjellige saker, blant annet herværende sak, inn for Europarådet hvor det ble forelagt Chamber of Local Authorities.

- (47) Klagene ble forelagt en ekspertkomité, som, da uttalelsen ble avgitt, hadde to medlemmer. I komiteens rapport avsnitt 20 uttales det:

"The Group of Experts is of the opinion that the Charter is a living instrument, which can draw, *mutatis mutandis*, from the model provided by the European Convention on Human Rights, interpreted in the light of today's circumstances.

In order to protect local self-government, the Charter must be interpreted in a dynamic way taking account of today's circumstances.

In accordance with general legal principles, since the Charter's aim is to protect local self-government, the texts establishing local self-government must not be interpreted restrictively."

- (48) Deretter uttales det i avsnitt 21:

"Article 11 of the Charter establishes the legal protection of local self-government in the same way as Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights establish the legal protection of human rights.

As these are two treaties adopted in the same international organisation – the Council of Europe – based on the same philosophy and values, the Group of Experts can, in interpreting Article 11 of the Charter, be guided by the interpretation made by the European Court of Human Rights of Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights.

Accordingly, Article 11 of the Charter occupies a key position in the structure of the treaty, as it constitutes a fundamental guarantee for local self-government and expresses the principle of the rule of law in a democratic society.

The right to a judicial remedy, guaranteed by Article 11, entails access to a court or equivalent judicial body, which is established by law, enjoys full independence vis-à-vis other public authorities and is impartial vis-à-vis the parties to the case. It also requires the proceedings before this judicial body to be fair.

By its very nature, the right to a judicial remedy requires regulation by the state on the establishment of judicial bodies and rules of procedure. This right is not an absolute right, and allows for interference implicitly authorised by the text. However such interference, in terms of its nature or degree, must not breach the very substance of the right of access to a judicial body or limit this right to a disproportionate extent. Any interference must be provided for by rules which are accessible and foreseeable, must pursue a legitimate aim, must be necessary in a democratic society, ie they must meet a pressing social need, must be proportionate to the aim pursued, and detailed and compelling reasons must be given to explain the need for such interference.

A restrictive interpretation of Article 11 of the Charter, as requested by the Norwegian Government, would be contrary not only to local self-government, but also to the rule of law in a democratic society.”

(49) Om den situasjonen som er aktuell i vår sak, uttales det i avsnitt 26:

”Article 11 of the Charter does not limit its scope merely to a situation where the powers or autonomy of a local authority are violated by central government or a regional authority, ie from a higher authority. The text makes no distinction, and consequently a local authority has the right to a judicial remedy against any legal entity that violates its powers or autonomy, including against another local authority or a private individual.

It is true that in a dispute between two local authorities (or between a local authority and a private individual), the state is in principle neutral. However, a situation in which an appeal by a local authority brought before a central government administration against another local authority can be equated with a judicial remedy cannot, at the Norwegian Government claims, be considered to comply with Article 11 of the Charter.

The mere fact that the state administration may be neutral (impartial) in a dispute between two local authorities does not transform it into a court or other judicial body (the guarantee of independence is clearly not satisfied). Furthermore, the right to a judicial remedy presupposes that the procedure is fair and offers guarantees such as adversarial proceedings, a public hearing, equality of arms, the rights of the defence and reasoned grounds given for the solution. The Norwegian Government has presented no argument along these lines, but has simply asserted that the local authority has the right to submit its comments before the state administration in question reaches a decision on the appeal.

Accordingly, as was just asserted, the appeal before the state administration in a dispute between two local authorities (or between a local authority and a private individual), cannot be regarded as a judicial remedy within the meaning of Article 11 of the Charter. The decision delivered by the state administration must subsequently be open to a judicial remedy, in accordance with Article 11 of the Charter.”

(50) Ekspertkomiteens konklusjon var at

”Norwegian legislation, as interpreted by the courts, cannot be regarded as being entirely in compliance with Article 11 of the European Charter of Local Self-Government in that it does not give local authorities the right to a judicial remedy – in order to secure free exercise of their powers and respect for such principles of local self-government as are enshrined in domestic legislation – against decisions taken by the state authorities, particularly where such decisions are taken following an administrative appeal against a local authority against decisions by the state authorities ordering local authorities to pay the costs of private parties in cases of disputes between local authorities.”

(51) Under en sesjon 14. og 15. november 2006 vedtok The Congress of Local and Regional Authorities Recommendation 203 (2006) hvor det i avsnitt 2 og 3 heter:

**”2. Referring to the reasoned opinion of the Group of Independent Experts on the European Charter of Self-Government adopted on 5 October 2006 in Perugia (Italy) and endorsed by the Institutional Committee in Strasbourg on 16 October 2006;
3. Recommends that the Norwegian authorities bring their legislation and judicial practice into compliance with Article 11 of the European Charter of Local Self-Government by guaranteeing, in their domestic legal system, local authorities the right, and the full exercise of that right, to judicial remedies against decisions taken by the state administration in the situations covered in the appendix to the explanatory memorandum in order to ensure the free exercise of their powers and respect for such principles of local self-government as are enshrined in domestic legislation.”**

- (52) Under et møte i Ministerkomiteen den 17. og 18. januar 2007 vedtok komiteen at den ”took note of Recommendation 203 (2006)”, og at den ”agreed to bring it to the attention of their governments and in particular of the Norwegian authorities”.
- (53) Sitatene foran viser at en ordning hvor kommunene bare har en sterkt begrenset adgang til å få overprøvd vedtak fylkesmannen treffer etter sosialtjenesteloven § 10-3, etter ekspertkomiteens mening er i strid med artikkel 11 i konvensjonen om lokalt selvstyre. Sentralt er at den ser artikkel 11 som uttrykk for rettsstatsprinsippet – ”the principle of the rule of law” – i et demokratisk samfunn, på linje med artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon. For meg er det ikke nødvendig å ta stilling til om § 10-3 er i samsvar med artikkel 11 i konvensjonen, idet jeg ser det slik at den norske regelen uansett går foran konvensjonsbestemmelsen. Jeg begrenser meg derfor til å peke på at ekspertkomiteen i sin konkrete vurdering, gjengitt under avsnitt 26, ikke går nærmere inn på formålet bak sosialtjenesteloven § 10-3, som blant annet er å hindre at kommunenes begrensede ressurser, som ikke minst på dette rettsområdet skriver seg fra betydelige statlige tilskudd, benyttes til kostbare tvister for domstolene. Det er etter min mening ikke uten videre innlysende at § 10-3 ikke forfølger et legitimt formål innenfor konvensjonens ramme eller legger uforholdsmessige begrensninger på kommunenes adgang til domstolene.
- (54) At regelen i § 10-3 går foran bestemmelsen i artikkel 11 i konvensjonen, finner jeg klart. Jeg viser til at Norge ved motstrid mellom norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsippet som innebærer at norsk rett går foran folkeretten. Men for å unngå motstrid, praktiserer Norge i en viss utstrekning presumsjonsprinsippet ved at norsk rett presumeres å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser. Den grunnleggende avgjørelsen om praktiseringen av dette prinsippet er Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2000 side 1811 – Finnanger I. Her uttaler førstvoterende (side 1829):

”Gjennomslagskraften av dette prinsippet vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til. Også før Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) ble gjort til en del av norsk rett, ble grunnleggende menneskerettigheter tillagt meget stor vekt ved fortolkning av norske rettsregler. Den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold.”

- (55) Vår sak gjelder ikke et tilfelle hvor konvensjonen gir ”borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige”, og hvor presumsjonsprinsippet forutsettes å ha stor gjennomslagskraft. Tvert om er det, som nevnt, tale om et rettsområde hvor staten gir den enkelte kommune betydelige økonomiske tilskudd, og hvor den beskjedne adgangen til å få overprøvd fylkesmannens vedtak begrunnes i at staten har funnet det riktig å regulere tvisteløsningen

mellom kommunene for å forhindre betydelige saksomkostninger – noe som også ble fremhevet av flertallet i sosialkomiteen da Dokument nr. 8: 78 (2003–2004) ble behandlet i Innst. O. nr. 23 (2004–2005).

- (56) Dersom Kongsberg kommune gis medhold i sin påstand om at vedtaket må undergis full prøvingsrett, blir bestemmelsen i sosialtjenesteloven § 10-3 i realiteten satt til side. Ved vurderingen av om rekommendasjonen kan få denne konsekvensen viser jeg igjen til Finnanger I-dommen hvor forarbeidene – Ot.prp. nr. 79 (1991–92) side 4 – gav domstolene en klar oppfordring til å utnytte ”alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat”. Og selv om førstvoterende fremhevet at det innen EØS-retten gjelder et ”lojalitets- og konformitetskrav” (side 1831), kom Høyesteretts flertall til at det ikke kunne velges en løsning som i realiteten innebar at en lovbestemmelse fullt ut ble satt til side.
- (57) På bakgrunn av de prinsippene som følger av denne dommen, finner jeg det klart at rekommendasjonen ikke kan begrunne at sosialtjenesteloven § 10-3 tolkes slik at domstolene skal ha en videre adgang til å prøve fylkesmannens vedtak enn det som tidligere har vært lagt til grunn. Konsekvensen ville i tilfelle bli at en over 100 år gammel regel, som ble videreført både ved lov om sosial omsorg og sosialtjenesteloven, fullt ut ble satt til side. Dette ville i tilfelle skje selv om stortingsflertallet nylig har markert at det ønsker å beholde regelen.
- (58) Kongsberg kommunes anke kan etter dette ikke føre fram.
- (59) Selv om det ikke er nødvendig for resultatet, behandler jeg også spørsmålet om Kongsberg kommune i tillegg er avskåret fra å få vedtaket prøvd prejudisielt fordi det er rettskraftig avgjort ved Drammen tingretts kjennelse.
- (60) Tvistemålsloven § 164 fastsetter hvilke av de bestemmelsene som gjelder for dommer, som også skal gjelde for kjennelser. Oppregningen viser ikke til § 163 om rettskraft. I teorien har likevel standpunktet – med unntak for Skoghøy, Tvistemål, andre utgave side 782 – vært at avvisningskjennelser kan ha rettskraftsvirkninger.
- (61) I tillegg til den manglende henvisningen til § 163 begrunner Skoghøy sitt standpunkt slik:
- ”Kjennelser om avvisning skiller seg også så meget fra dommer at jeg ikke kan se at det er tilstrekkelig grunnlag for å anvende tvml. § 163 første ledd analogisk på slike kjennelser. De grunner som kan lede til avvisning, kan vanskelig ses på som krav eller rettsforhold. Kjennelser om avvisning av andre grunner enn at domstolen ikke anser seg saklig, stedlig eller funksjonelt kompetent, bør etter min mening bare tillegges prejudikat- og bevisverdi ... Noe behov for å tillegge slike kjennelser rettskraftsvirkninger kan jeg ikke se at det er.”**
- (62) Behovet for å tillegge visse avvisningskjennelser rettskraftsvirkninger kan etter min mening være like stort som for dommer. Det er riktignok en praktisk viktig forskjell ved at det ved avvisningskjennelsene er en del ikke helt upraktiske situasjoner hvor det forholdet som i sin tid medførte avvisning, senere blir fjernet. Som eksempel nevnes at en sak har blitt avvist fordi det ikke er gjennomført en nødvendig forliksmegling. Da er ikke avvisningskjennelsen til hinder for at det fremmes ny sak når nødvendig forliksmegling er foretatt.

- (63) Men etter mange avvisningskjennelser vil dette spørsmålet stå i samme stilling dersom det reises ny sak – for eksempel slik situasjonen er i vår sak. De hensyn som tilsier at en dom har rettskraftsvirkninger, tilsier etter min mening at det samme må gjelde for en avvisningskjennelse så lenge det ikke foreligger nye forhold i saken. Jeg kan ikke se noen reell begrunnelse for at en part etter å ha fått prøvd avvisningsspørsmålet – kanskje endatil etter videre kjæremål til Høyesteretts kjæremålsutvalg – neste dag skal kunne starte en ny sak om det samme spørsmålet uten at det i mellomtiden har kommet til noe nytt. En løsning hvor avvisningskjennelser – med unntak for kjennelser etter domstoloven § 35 – ikke har rettskraftsvirkninger er dessuten vanskelig å forene med tvistemålsloven § 415 som fastsetter at kjennelser som går ut på ”at avvise ... en sak”, kan gjøres til gjenstand for gjenopptakelse. Gjenopptakelse forutsetter som kjent rettskraft.
- (64) Nes kommune var imidlertid ikke part i saken for Drammen tingrett. På denne bakgrunn har Kongsberg kommune anført at Nes ikke kan påberope seg avgjørelsen. Jeg er ikke enig i dette:
- (65) Den klare hovedregelen er riktignok at dommer og kjennelser bare bindende avgjør forholdet mellom partene i sakene. Men regelen er ikke uten unntak. Tredjemann vil dessuten i visse tilfeller kunne påberope seg at dommen har avledet rettskraft, jf. Skoghøy, Tvistemål, andre utgave side 844 flg. Etter min mening er dette situasjonen i vår sak:
- (66) Ved sosialtjenesteloven § 10-3 har lovgiveren lagt avgjørelsen av eventuelle tvister mellom kommunene til fylkesmannen som avgjør dem med endelig virkning. Fylkesmannen er et organ for staten og staten ville ha vært riktig saksøkt dersom Kongsberg kommune hadde hatt adgang til å få vedtaket prøvd av domstolene. Det var også dette alternativet kommunen valgte. I den underliggende tvisten fikk dessuten begge kommunene gitt uttrykk for sitt standpunkt før fylkesmannen avgjorde saken. Under den påfølgende saken mot staten hvor Kongsberg kommune fikk gjort rede for sine rettslige synspunkter på domstolenes adgang til å prøve vedtaket, kom tingretten til at vedtaket ikke kunne prøves av domstolene. Kongsberg kommune har altså i et rettskraftig søksmål fått prøvd sine rettslige synspunkter på domstolenes adgang til å prøve vedtaket. Denne avgjørelsen må Nes kommune, som var part i saken for fylkesmannen, etter omstendighetene kunne påberope seg. Jeg kan ikke se noen reell grunn til at Kongsberg kommune skal kunne få prøvd samme spørsmål en gang til – denne gang med Nes kommune som motpart i en sak som fremtrer som en fortsettelse av tvisten for fylkesmannen. Jeg tilføyer at vår sak klart atskiller seg fra tilfeller hvor en nabo vil gå til søksmål for å få kjent en byggetillatelse ugyldig, og hvor blant annet hensynet til dommens subjektive rettskraft har vært anført som en sentral del av begrunnelsen for at man da må saksøke både kommunen og byggherren.
- (67) Anken har ikke ført fram, og jeg er kommet til at Kongsberg kommune må pålegges å erstatte Nes kommune saksomkostningene også for Høyesterett, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd. Kommunens prosessfullmektig har innlevert omkostningsoppgave som viser at kommunen vil bli avkrevd omkostninger med 120 500 kroner, hvorav prosessfullmektigens salær utgjør 114 000 kroner. Dette beløpet blir tilkjent.

(68) Jeg stemmer for denne

D O M:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Kongsberg kommune til Nes kommune 120 500 – etthundreogtjuetusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.

(69) Kst. dommer **Sverdrup:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(70) Dommer **Øie:** Likeså.

(71) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(72) Dommer **Lund:** Likeså.

(73) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Kongsberg kommune til Nes kommune 120 500 – etthundreogtjuetusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.

Riktig utskrift bekreftes: