



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Autismeforeningen i Norge
Postboks 6726 Etterstad
0609 OSLO

Deres ref	Vår ref	Dato
Tove Olsen	14/8426-3	17.04.15

Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse - fortolkningsuttalelse

Vi viser til brev fra Autismeforeningen i Norge til Nærings- og fiskeridepartementet av 15. januar 2015. I brevet ber Autismeforeningen departementet komme med en tolkningsuttalelse angående unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 1-3 annet ledd, bokstav k.

Autismeforeningen i Norge begrunner ønsket med at departementets veileder om offentlige anskaffelser kun omtaler offentlig myndighetsutøvelse i forbindelse med tvangsvedtak innenfor tvunget psykisk helsevern, tvungen rusomsorg og tvunget barnevern. Det faktum at veilederen ikke uttrykkelig nevner bruk av tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 fører etter foreningens oppfatning til at kommuner ikke benytter seg av unntaket i FOA § 1-3 annet ledd, bokstav k for kontrakter som gjelder tjenester hvor helse- og omsorgstjenesteloven kommer til anvendelse.

1. Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse

1.1 Gjennomføring i norsk rett

Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse fremgår av FOA § 1-3 annet ledd bokstav k. I henhold til bestemmelsen får FOA ikke anvendelse på ”kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32”.

1.2 Unntaket i EØS-retten

Det følger av EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, at reglene om fri bevegelighet av tjenesteytelser ikke kommer til anvendelse på ”virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet”.

Begrepet offentlig myndighetsutøvelse er et autonomt EØS-rettslig begrep som må tolkes i samsvar med EØS-avtalen, uavhengig av hvordan begrepet ellers benyttes i nasjonal rett. Dette innebærer at bruken av begrepet offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningsloven og andre nasjonale lover og forskrifter ikke gir veiledning for tolkningen i denne sammenheng.

EØS-avtalens artikkel 32 er en unntaksbestemmelse fra de alminnelige reglene om fri bevegelse. Dette medfører at bestemmelsen skal tolkes snevert. Domstolen har ofte sagt om den tilsvarende EU-bestemmelsen at dens *"rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendig for at varetage de interesser, som disse bestemmelser tillader medlemsstaterne at beskytte"*, se for eksempel C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland premiss 76.

Det følger av rettspraksis at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse bare omfatter virksomhet som *"i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed"*, se blant annet sak 2/74 Reyners premiss 45. Dette forutsetter at virksomheten har en *"tilstrækkeligt kvalificeret udøvelse af ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang"*, se sak 160/08 Kommisjonen mot Tyskland premiss 79.

Det er virksomhetens art som er vurderingstemaet. Om virksomheten har en særlig status nasjonalt, er ikke relevant, se C-47/08 Kommisjonen mot Belgia premiss 116.

Offentlig myndighet forutsetter at det foreligger enten *"ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang"*. Domstolen har derfor uttalt at myndighet som enhver har eller kan utføre, ikke kan oppfylle kriteriene. Se for eksempel C-114/97 Kommisjonen mot Spania premiss 35 flg. der domstolen uttalte at det ikke var myndighetsutøvelse å bidra til at den offentlige sikkerhet ble opprettholdt *"som enhver enkeltperson kan blive nødsaget til"*.

Domstolen har også i en rekke saker uttalt at virksomheten ikke er *"direkte og særlig"* forbundet med offentlig myndighetsutøvelse dersom den bare har en veiledende eller forberedende funksjon til den senere egentlige myndighetsutøvelsen. I C-47/08 Kommisjonen mot Belgia premiss 86 oppsummerte EU-domstolen denne rettspraksis slik:

"I denne henseende har Domstolen haft anledning til at fastslå, at visse former for virksomhed, der er vejledende eller forberedende i forhold til udførelsen af offentlig myndighed [...], eller visse former for virksomhed, hvis udøvelse, selv om den indebærer selv regelmæssig og organisk kontakt med de administrative myndigheder eller retterne, ja endog obligatorisk deltagelse i deres funktion, ikke berører disse myndigheders skjøn og den frie udøvelse af beslutningsbeføjelser [...], tvang [...] eller tvangsbeføjelser [...], ikke er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF."

Det at en privat myndighet har fått vedtakskompetanse utelukker ikke at den anses som veiledende eller forberedende, hvis lovgivningen også foreskriver at en offentlig myndighet skal utøve tilsyn med organene. Dersom virksomheten kan utøve tvang eller tvangsbeføyelser

synes dette imidlertid å være et moment som taler for at virksomheten ikke bare har en veiledende eller forberedende funksjon.

1.3 Følgen av at en kontrakt er omfattet av unntaket

Følgen av at en kontrakt anses å innebære offentlig myndighetsutøvelse vil være at reglene om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse. Kontrakten kan dermed inngås uten at oppdragsgiver innfrir krav som følger av LOA og FOA.

2. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

2.1 Innledning

Helse- og omsorgstjenesteloven (lov om kommunale helse- og omsorgstjenester) regulerer kommunenes ansvar for helse- og omsorgstjenester. Den gjelder som hovedregel for helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes av kommunen eller private som har avtale med kommunen. Loven har blant annet bestemmelser om forsvarlighet og om kvalitetsforbedring og pasient- og brukersikkerhet.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 omhandler rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming. Det følger av § 9-1 første ledd at *”Formålet med reglene i dette kapitlet er å hindre at personer med psykisk utviklingshemming utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt.”* I annet ledd uttales at *”Tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett.”*

Kapittelets virkeområde er definert i § 9-2 til å være bruk av tvang og makt som ledd i visse tjenester til personer med psykisk utviklingshemming. De omfattede tjenestene fremgår av § 3-2 første ledd nr. 6, som gjelder *”andre helse- og omsorgstjenester”*, herunder helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse og plass i institusjon. Det fremgår at listen over tjenester ikke er uttømmende, men er negativt avgrenset ved at kapittel 9 ikke gjelder for tjenestene som er beskrevet i § 3-2 første ledd nr. 1-5.

Uttrykket bruk av tvang er definert i § 9-2 annet ledd: *”Som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her regnes tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt. Bruk av inngripende varslingsystemer med tekniske innretninger skal alltid regnes som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her. Almennelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt.”*

Det følger av § 9-5 at andre løsninger enn tvang eller makt skal være prøvd før tiltak settes i verk. Dette kravet kan bare fravikes i særlige tilfelle, og dette må i så fall begrunnes. Videre kan tvang og makt bare brukes når det er faglig og etisk forsvarlig, og det skal legges vekt på hvor inngripende tiltaket er for den enkelte. Tiltaket må videre være nødvendig og forholdsmessig. Tvang og makt kan bare brukes for å hindre eller begrense vesentlig skade. I henhold til bestemmelsens tredje ledd kan tvang og makt anvendes i følgende situasjoner:

- a. skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner
- b. planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner
- c. tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak.

For enkelte former for tiltak er det gitt særlige regler i § 9-6. Her fremgår det at mekaniske tvangsmidler som hindrer personens bevegelsesfrihet bare kan brukes for å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall og for å hindre at brukeren eller pasienten skader seg selv. Videre er hovedregelen at dersom en nødssituasjon gjør det nødvendig å skjerme brukeren eller pasienten fra andre personer, skal skjermingen foregå i et ordinært beboelsesrom med ulåst dør. Sikkerhetsmessige hensyn kan bare unntaksvis tilsi at døren låses. Vedkommende skal i alle tilfeller holdes under oppsyn, og skjermingen skal avbrytes straks situasjonen er brakt under kontroll. I bestemmelsens tredje ledd presiseres det at *”det er ikke tillatt med opplærings- og treningstiltak som påfører brukeren eller pasienten smerte eller psykisk eller fysisk skade, herunder all form for fysisk refselse, eller som innebærer betydelig fysiske og psykiske anstrengelser for brukeren eller pasienten eller medfører fysisk isolering.”*

Kapittelet inneholder en rekke regler om saksbehandling, klage og så videre som vi ikke går nærmere inn på her. Vi nevner likevel kort at det følger av § 9-7 at beslutning om bruk av tvang og makt etter § 9-5 tredje ledd bokstav a treffes av den som har det daglige ansvaret for tjenesten, eller - dersom det ikke er tid til dette - av tjenesteyteren, mens vedtak i medhold av § 9-5 tredje ledd bokstav b og c treffes av den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten.

2.2 Vår vurdering

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 hjemler, på visse vilkår, bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming innenfor rammen av utførelse av visse helse- og sosialtjenester. Formålet er å hindre at personen utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade. Spørsmålet er om den tvang som hjemles i loven innebærer offentlig myndighetsutøvelse, eller om det dreier seg om handlinger som er hjemlet i pasientens eller brukerens samtykkekompetanse, eller eventuelt i allmenn nødrett.

De aktuelle tiltakene for bruk av tvang og makt er ikke spesifisert i detalj i loven. Aktuelle tiltak er beskrevet ut fra hva som vil være formålet med bruk av tvang eller makt, for eksempel å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, søvn osv. Dette må veies opp mot hvor inngripende tiltaket er for den enkelte. Departementet antar at det er betydelige individuelle variasjoner i bruk av tvang og makt, blant annet ut fra hvor godt den enkelte pasient eller bruker fungerer i ulike situasjoner som oppstår i forbindelse med utførelse av helse- og omsorgstjenestene som er omhandlet i loven.

I vurderingen av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i departementets veileder om offentlige anskaffelser har det, som Autismeforeningen Norge nevner, blitt lagt vekt på at oppholdet i institusjonen bygger på tvang. Slik tvangsplassering taler for at unntaket for

offentlig myndighetsutøvelse kommer til anvendelse. Dette momentet vil, så vidt vi forstår, ikke være aktuelt i forbindelse med utøvelse av tvang eller makt i medhold av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Som nevnt over, kan tvang og makt være i tråd med loven blant annet i forbindelse med helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, plass i institusjon og avlastningstiltak. Vi forstår det derfor slik at også plassering i institusjon i medhold av loven vil bygge på samtykke.

Departementet legger etter dette til grunn at den tjenesten den aktuelle personen med psykisk utviklingshemming mottar, ikke har sitt grunnlag i tvang, men i pasientens eller brukerens samtykke. Spørsmålet blir da om samtykke i å motta tjenesten også innebærer et samtykke i den tvang eller makt personen utsettes for slik at tvangsbruk ikke er utledet fra myndighetsutøvelse, men fra privatautonomien, eventuelt i kombinasjon med den allmenne nødretten.

I noen grad henger svaret på dette spørsmålet sammen med omfanget og karakteren av den tvang og makt pasienten eller brukeren utsettes for. Dersom det dreier seg om relativt lite inngripende tiltak som inntreffer sjelden er det kanskje lettere å konkludere med at disse kan utledes av personens samtykke til å motta tjenesten, eventuelt også i kombinasjon med allmenn nødrett. Dreier det seg derimot om svært inngripende tiltak, som kanskje også forekommer hyppig, ligger det nærmere å konkludere med at dette er offentlig myndighetsutøvelse. Det følger av rettspraksis at for at unntak for offentlig myndighetsutøvelse skal komme til anvendelse er det et vilkår at myndighetsutøvelsen, det vil si tvangsbruken i dette tilfellet, er tilstrekkelig kvalifisert.

Departementet viser i denne sammenheng til KOFA's uttalelse i avsnitt (70) i sak 2010/364:

"Tvangshjemlene som er gjennomgått ovenfor gir institusjonene vidtrekkende beføyelser til både å beslutte tvang, og til å utøve tvang. Det er ikke tale om myndighet av forberedende eller veiledende karakter, og beføyelsene utøves overfor mindreårige. Beføyelsene korresponderer på flere områder med beføyelser som i utgangspunktet er tillagt politiet – innenfor dette området tilsvarer beføyelsene den myndighet som kan utøves av offentlige institusjoner. Selv om det er ulik grad av tvang som kan utøves for de ulike hjemmelsgrunnlagene, gir rettighetsforskriften kapittel 3, som gjelder for alle plasseringer, relativt vide hjemler for tvangsutøvelse. Tvangsbeføyelsene som er tillagt institusjonene er en del av institusjonens samlede omsorgsansvar overfor beboerne, og kan klarligvis ikke skilles ut som en egen oppgave."

Saken gjelder barnevernstjenester, men kan likevel være til veiledning. KOFA la i denne saken vekt på at de tvangstiltakene institusjonene kunne pålegge barna som var plassert der på flere områder korresponderte med beføyelser som i utgangspunktet er reservert for politiet.

Som nevnt over er de ulike mulige formene for tvang og makt som kan utøves med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ikke beskrevet detaljert i loven. Det kan likevel vises til skillet mellom tiltak som, i henhold til § 9-7 første ledd kan besluttes av den som har det daglige ansvaret for tjenesten, og tiltak som etter annet ledd må besluttes av den som har

det overordnede faglige ansvaret for tjenesten. Første ledd gjelder skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner, mens annet ledd gjelder planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner og tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak. Her er det altså et skille mellom tiltak i akutte enkelthendelser, og mer langsiktige planmessige tiltak for å hindre skade. Det synes her nærliggende at skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner ligger innenfor den allmenne nødretten. Dette er imidlertid antakelig ikke tilfellet for varige tiltak som innebærer utøvelse av tvang eller makt. Slik disse bestemmelsene er utformet ser det ut til at de kan hjemle systematisk og langvarig bruk av tvang og makt.

Der hvor det er behov for slike varige tiltak oppstår også spørsmålet om personen som utsettes for tvang eller makt reelt sett har samtykkekompetanse. Dette vil antakelig kunne variere. Videre kan det stilles spørsmål ved hvorvidt samtykke til å motta en tjeneste reelt sett er et uttrykk for privatautonomi i denne situasjonen. Antakelig vil det ofte ikke finnes noe alternativ dersom personen skulle velge ikke å samtykke til å motta de tjenester kommunen tilbyr. Slik sett kan det hevdes at personen havner i en form for tvangssituasjon.

Det er vanskelig å komme med en klar konklusjon på om kontrakter om helse- og omsorgstjenester for personer med psykisk utviklingshemming hvor det gjennomføres tiltak som utgjør tvang eller makt i forbindelse med tjenesten vil falle inn under unntaket for offentlig myndighetsutøvelse.

Departementet mener at for så vidt gjelder skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner med hjemmel i § 9-5 tredje ledd bokstav a, kan disse mest sannsynlig begrunnes i allmenne nødrettsbetraktninger.

Når det gjelder planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner og tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak med hjemmel i § 9-5 tredje ledd bokstavene b og c kan det, på bakgrunn av departementets kjennskap til saken, fremstå som mindre sannsynlig at nødrett vil være tilstrekkelig grunnlag for å utøve tvangen.

Det er da spørsmål om samtykke gir tilstrekkelig grunnlag. Her må det gjøres en konkret avveining. På den ene siden vil det ikke være snakk om plassering med tvang i disse tilfellene, slik som i tilfellet med tvunget barnevern. På den annen siden kan det hevdes at samtykke til å motta tjenesten også i noen tilfeller kan skyldes at personen ikke har noe reelt valg med hensyn til dette – bruker eller pasient trenger tjenesten som tilbys. Videre kan det stilles spørsmål ved om et eventuelt samtykke også må forstås som et samtykke til de aktuelle tvangstiltakene. Her kan det være relevant om pasienten eller brukeren var kjent med disse i forkant.

Et moment i vurderingen av om det foreligger offentlig myndighetsutøvelse vil være om den tvang som benyttes i tjenesten ville kunne vært utført mot pasienten eller brukeren dersom denne hadde gitt et tilsvarende samtykke til dem. Her må departementet ta forbehold om

begrenset kjennskap til praktisering av tvangsbestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven. Rent umiddelbart synes det likevel for oss som de tvangsfullmakter som ligger i loven går lenger enn tiltak en person straffritt ville kunne utføre med grunnlag i samtykke.

På dette grunnlag, og på bakgrunn av at det i loven synes å være hjemmel til systematisk og langvarig bruk av tvang og makt hvor dette anses som nødvendig og forholdsmessig, mener vi at mye taler for at kontrakter om tjenester hvor det utøves tvang og makt med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd bokstav b og c omhandler utøvelse av offentlig myndighet, og dermed faller inn under unntaket i FOA § 1-3 annet ledd, bokstav k.

Vi understreker at det er domstolene som har kompetanse til å tolke regelverket med bindende virkning. Departementets uttalelse er kun veiledende.

Med hilsen

Monica Auberg (e.f.)
avdelingsdirektør

Marie Wiersholm
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer