

JURIDISK UTREDNING – KONFIDENSIELT

Til: Samnanger kommune v/ordfører
Fra: Advokatfirmaet Elden DA v/advokatene Nadia Hall og John Christian Elden
Tema: Utredning av ansvarsforholdene for barneverntjenestens ansatte i Samnanger kommune med tanke på mulig krav/søksmål.
Dato: Oslo, 19. mai 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	2
2	Arbeidsgiveransvaret som ansvarsgrunnlag.....	3
2.1	Innledende	3
2.2	Arbeidsgiver hefter for ansattes forsømmelser og feil	3
2.3	Aktsomhetsnormen ved arbeidsgiveransvaret	3
2.4	Konkret om barneverntjenestens uaktsomme handlinger og unnlatelser i Samnanger kommune	4
3	Regressansvaret	4
3.1	Innledning.....	4
3.2	En oversikt over skyldgradene og dens betydning	4
3.3	Regressansvaret etter skadeserstatningsloven § 2-3 nr 1.....	5
3.4	Konkret	7
4	Prosessrisiko.....	8
5	Avslutning	9

1 INNLEDNING

Samnanger kommune v/ordfører har anmodet om en rettslig vurdering av ansvarsforholdene for ansatte ved barneverntjenesten i aktuelle kommune.

Kommunestyret besluttet i vedtak 30.04.2020 i sak 024/2020 å utbetale oppreisning til flere barn og foreldre som en unnskyldning for den uretten og de grunnløse beskyldningene de har vært utsatt for av barneverntjenesten i kommunen.

Bakgrunnen for vedtaket var at kommunestyret 22.08.2019 i sak 10/2019 besluttet ekstern granskning av tre ulike barnevernssaker i Samnanger kommune som rådmannen hadde mottatt bekymringsmeldinger om. Granskerne skulle se på om kommunens håndtering og fremgangsmåte i sakene var i samsvar med gjeldende regler, normer og verdier. Granskerne skulle særlig vurdere prosessen frem mot de ulike vedtak/beslutningene og vurdere de metodene som ble brukt.

Granskningsrapporten ble ferdigstilt 15.04.2020. Granskerne konkluderte med at barneverntjenesten på en rekke punkter har opptrådt i strid med både FNs-barnekonvensjon, barnevernloven og god forvaltningsskikk i forbindelse med omsorgsovertakelse i de tre sakene.

Vårt mandat er å vurdere hvorvidt det er rettslige holdepunkter for å stille enkeltpersoner til ansvar for feil de har gjort i barneverntjenesten.

Det presiseres at vi ikke har hatt tilgang til, eller lest underliggende saksmapper eller dokumenter, slik at denne utredningen kun baseres på faktum og vurderinger som fremkommer av Granskningsrapporten 15.04.2020.

Utredningen konsentreres til å gi en oversikt over arbeidsgiveransvaret, og regressansvaret som innebærer krav på dekning av et pengebeløp man har betalt på vegne av en annen. Først behandles arbeidsgiveransvaret da dette ansvarsgrunnlaget i vårt tilfelle må foreligge for eventuell regressansvar.

2 ARBEIDSGIVERANSVARET SOM ANSVARSGRUNNLAG

2.1 Innledende

Innledningsvis nevnes at tre vilkår må være oppfylt for å kunne kreve erstatning. Det må foreligge en skade. Videre må det foreligge et ansvarsgrunnlag, og for det tredje må det foreligge adekvat årsakssammenheng mellom skaden og den handling som betinger ansvaret.

2.2 Arbeidsgiver hefter for ansattes forsømmelser og feil

Det offentliges erstatningsansvar følger av arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven (skl.) § 2-1 nr 1 og lyder:

1. «Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt. Ansvaret omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.»

Kommunen vil som arbeidsgiver kunne være objektivt erstatningsansvarlig for svikt i sine arbeidstakers myndighetsutøvelse, når denne er utøvet culpøst (simpel uaktsomhet). Dette kan både være aktive handlinger og unnlatesehandlinger. Det er samtidig lovens system at kommunen som arbeidsgiver hefter for ansattes forsømmelser og feil selv om det ikke kan påvises ansvarsbetingende uaktsomhet hos noen enkeltstående ansatt. Det er det samlede bildet som er avgjørende. I denne sammenheng er det altså ikke nødvendig å påvise konkret hvem som gjorde hvilke feil. Dette innebærer at anonyme og kumulative feil kan medføre ansvar. I vår sammenheng innebærer det at kommunen sitter med det overordnede ansvaret for svikt i barneverntjenesten.

I tillegg til krav om forsett eller uaktsomhet gir bestemmelsen anvisning på at man ved avgjørelsen skal ta hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten er tilsidesatt.

2.3 Aktsomhetsnormen ved arbeidsgiveransvaret

Det offentliges ansvar for feil og forsømmelser i utøvelse av offentlig virksomhet vil variere og i adskillig grad sees i lys av hvilken sektor man står overfor. Dette fremgår direkte av ordlyden i skl. § 2-1 nr. 1 andre alternativ, når ansvaret knyttes til «om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt». Dette innebærer at ansvarsspørsmålet til syvende og sist beror på en bredere, normativ avveining. Normen vil måtte avpasses den konkrete virksomheten eller tjenesten, og ses i sammenheng med det rettslige rammeverket som ellers gjelder for angjeldende livsområde.

Normene som gjelder barnevernet fremgår av lov, forarbeider og retningslinjer.

Barnevernloven er i stadig endring, og per i dag er et forslag til ny barnevernlov ute på høring. Like fullt er det et gjennomgående trekk slik som påpekt i granskningsrapporten, at lovendringene langt på vei lovfester krav til barnevernet som snarere representerer en

tydeliggjøring av god praksis enn en endret rettstilstand. Det er likevel grunn til å bemerke at det er gjeldende rettstilstand og praksis på tiden for de ansvarsbetingende handlingene som ligger til grunn for om normen er overtrådt og betinger erstatningsansvar.

2.4 Konkret om barneverntjenestens uaktsomme handlinger og unnlatelser i Samnanger kommune

Granskerne har i alle de tre sakene avdekket at barneverntjenesten på en rekke punkter har opptrådt i strid med plikter i barnevernloven og god forvaltningsskikk samt FNs-barnekonvensjon. I rapportens side 3 fremkommer en oppsummert liste med kritikkverdige forhold hva gjelder både mangler og uforstandig kritikkverdig myndighetsutøvelse, og som etter deres oppfatning har påført barna store skader og fratakelse av deres barndom. Det vises til alvorlige brudd på sentrale rettigheter og manglende forsvarlighet i barnevernets arbeid. Vi har selv ikke lest saksdokumentene, og har derfor ingen forutsetning nå for å etterprøve disse vurderingene. Vi legger altså Granskningsrapporten til grunn som et premiss for om det foreligger rettslig grunnlag for regressansvar.

Som det er vist til ovenfor er det lovens system ved arbeidsgiveransvaret at kommunen som arbeidsgiver hefter for ansattes forsømmelser og feil selv om det ikke kan påvises ansvarsbetingende uaktsomhet hos noen enkeltstående ansatt. Det er derfor ikke nødvendig for å statuere ansvar etter bestemmelsen om arbeidsgiveransvar at det kan påpekes hvem som konkret har utført ansvarsbetingende handlinger.

Uten at vi har foretatt en grundigere rettslig vurdering av hvorvidt det faktisk og konkret foreligger erstatningsansvar etter arbeidsgiveransvaret i de 3 sakene granskerne har sett på som denne saken omhandler, er det mye som tyder på at dette foreligger. Samnanger har videre utbetalt oppreisningserstatning uten at det er konkretisert et ansvarsgrunnlag, og vurderingen fremstår som forsvarlig. Etter vår oppfatning synes slikt grunnlag å foreligge, og at det derfor også foreligger et grunnlag for å drøfte et eventuelt regressansvar hos den eller de ansvarlige der dette kan identifiseres.

3 REGRESSANSVARET

3.1 Innledning

Utgangspunktet er at kommunen har det overordnede ansvaret for uforsvarlig yrkesutøvelse som fører til skade. Dette utgangspunktet utelukker imidlertid ikke den alminnelige regelen innenfor erstatningsretten at den som har opptrådt uaktsomt eller uforsvarlig blir erstatningspliktig overfor skadelidte for den skade som er påført han eller henne. Ansvaret kalles culpaansvaret og er et ansvar etter skyldregelen. Regelen om arbeidsgiveransvar er primært satt for å verne skadelidte, og ikke for å beskytte skadevolder.

3.2 En oversikt over skyldgradene og dens betydning

I erstatningsretten skilles det mellom tre grader av skyld: uaktsomhet, grov uaktsomhet og forsett.

Vanlig (simpel) uaktsomhet innebærer bevisst eller ubevisst risiko – den handlende er klar over at han utsetter omgivelsene for en uønsket risiko, og at han burde ha innsett det.

Ved grov uaktsomhet er avviket fra den forsvarlige handlemåten større enn ved vanlig (simpel) uaktsomhet, enten bevisst eller ubevisst. Vanligvis snakker vi her om kvalifisert klanderverdig opptreden. Handlingen må altså representere et markert avvik fra forsvarlig handlemåte, herunder at det er sterkt å bebreide.

Den groveste formen for handlemåte i erstatningsrettslig sammenheng er forsett. En skade er voldt forsettlig hvis skadevolder har regnet med at skaden med sikkerhet ville inntre som følge av handlingen, eller at det var sannsynlighetsovervekt for det.

Graden av skadevolderens skyld har i utgangspunktet liten interesse for om skadevolderen er ansvarlig overfor skadelidte – her er det bare grensen mot den forsvarlige adferd som er relevant. Skyldgraden får imidlertid betydning for om ansvaret skal avkortes eller på annen måte påvirke rammen for ansvaret.

Ved utførelse av offentlig myndighet vil graden av skyld ha avgjørende betydning. Jo grovere skyld, jo rimeligere vil det være at skadevolder holdes personlig ansvarlig for skadene i yrkessammenheng. Dette ut fra et perspektiv om direkte ansvar for offentlige tjenestemenn for grov uforstand i tjenesten.

3.3 Regressansvaret etter skadeserstatningsloven § 2-3 nr 1

Dersom arbeidsgiver betaler for påført skade etter skl. § 2-1, åpner bestemmelsen i skl. § 2-3 nr 1 opp for et regressansvar mot arbeidstaker. Bestemmelsen lyder:

1. *«Den som er blitt ansvarlig for arbeidstaker etter § 2-1, kan kreve dekning av ham for så vidt det finnes rimelig under hensyn til utvist adferd, økonomisk evne, arbeidstakerens stilling og forholdene for øvrig».*

Bestemmelsen vil etter sin ordlyd ikke skille mellom privat og offentlig arbeidstaker.

Terskelen for å kreve den ansatte for regress etter skl § 2-3 nr. 1 er høy, hvilket også er rimelig. I motsatt fall ville det føre til svært uheldige konsekvenser og få stor innvirkning på handlekraften hos den ansatte/offentlige tjenestemann.

Formuleringen i regressansvarsregelen støtter opp under om at terskelen er høy når det står:

«for så vidt det finnes rimelig under hensyn til utvist atferd, økonomisk evne, arbeidstakerens stilling og forholdene for øvrig».

Hva som ligger i denne uttrykksmåten er nærmere forklart i Ot.prp. nr 48 (1965-1966) s. 52 om tjenestemannens/arbeidstakers personlige ansvar der det står:

«Departementet antar at det ikke er tilstrekkelig grunn til å begrense regressadgangen til tilfelle hvor skaden er voldt forsettlig eller grovt uaktsomt. Det er vel så at det i mange tilfelle ikke vil være rimelig å gjøre regress gjeldende hvor tjenestemannen bare har utvist lett ("simpel") uaktsomhet. Men en absolutt regel i denne retning vil etter departementets oppfatning gå for langt. Dertil kommer at det ikke er noen klar grense mellom den uaktsomhet som må betegnes som "grov", og den uaktsomhet som ikke er grov. Å operere med en slik sondring i lovteksten vil derfor kunne komplisere praktiseringen av regressregelen. Det kan videre pekes på den adgang det er til å ikke ilegge fullt regressansvar, noe som gjør at størrelsen av regressansvaret kan tillempes slik at det vil stå i rimelig forhold bl. a. til den lavere skyldgrad som måtte være utvist.

Heller ikke når det gjelder adgangen til å gjøre regress gjeldende, bør det etter departementets oppfatning trekkes noe skille mellom arbeidstakere for det offentlige og andre arbeidstakere.

Det er ellers å merke at man i proposisjonen ikke har formulert regressansvaret som et fullt ansvar som så kan lempes. Arbeidsgiveren kan etter proposisjonens lovutkast (kap. II § 3 nr. 1) bare kreve dekning av arbeidstakeren "for så vidt det finnes rimelig under hensyn til utvist atferd, økonomisk evne, arbeidstakerens stilling og forholdene for øvrig. Denne formulering skulle gi en viss garanti for at regressansvaret ikke blir gjort gjeldende ut over hva som er rimelig».

I Ot.prp. nr 48 (1965-1966) s. 81 om regressansvaret står det:

«De omstendigheter som er av betydning for regress-spørsmålet, er for det første utvist atferd[.] Denne vil normalt gi en indikasjon på den skyld arbeidstakeren har utvist. Jo grovere skyld, jo rimeligere vil det være å la arbeidsgiveren få kreve regress, ikke minst av preventive grunner. I ett tilfelle kan skaden være voldt ved en uaktsomhet som grenser til forsett, i et annet tilfelle er uaktsomheten kanskje bare så vidt erstatningsbetingende. I det sistnevnte tilfelle vil vanligvis verken rimelighetshensyn eller andre grunner tale særlig sterkt for at arbeidsgiveren bør kunne søke regress hos arbeidstakeren. Det bør dog ikke være noe kategorisk vilkår om at regress bare skal kunne gjøres gjeldende når skaden er voldt ved forsett eller grov uaktsomhet, jfr. de alminnelige merknader foran s. 51 flg., særlig s. 52 sp. 2.»

Dette innebærer at ansvarsspørsmålet til syvende og sist beror på en avveining der særlig graden av skyld (uforstand i tjenesten) vil være avgjørende.

På enkelte livsområder er personlig ansvar lovfestet, dog som et straffansvar. Eksempler på dette er straffansvaret for en rektor etter Opplæringslova § 9 A-14, og straffansvar etter Helsepersonelloven § 67. Ved begge bestemmelsene inntreffer straffansvar ved skyldformene

grov uaktsomhet og forsett. Jeg går ikke nærmere inn på disse bestemmelsene, men de synliggjør terskelen for når personansvar inntreffer for utførelse av offentlig virksomhet.

I strafferetten er begrepene «uaktsomhet» og «grov uaktsomhet» lovfestet og gitt følgende definisjoner for å kunne skille mellom dem:

«Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.

Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse»

Justisdepartementet sier om dette at «vurderingen av om handlingen fraviker normen for forsvarlig atferd, skal være objektiv og ta utgangspunkt i hva en alminnelig fornuftig og samvittighetsfull person ville ha gjort i en tilsvarende situasjon. Lovbryterens egen oppfatning av om handlingen var forsvarlig, er ikke avgjørende».

Definisjonene har samme reelle innhold i erstatningsretten.

Terskelen for personlig ansvar bør etter vår oppfatning være noe lavere for erstatningsansvar, enn det er for straffansvar. Likefullt må en legge til grunn at det bør foreligge kvalifisert uforstand i tjenesten, herunder at aktuelle tjenestemann har opptrådt markert uforsvarlig i utførelse av virksomhet, selv om det altså ikke kreves at denne uaktsomheten er grov, før det blir aktuelt å reise regresskrav mot den enkelte tjenestemann.

Det har også betydning hvilken posisjon tjenestemannen har i hierarkiet. Det skal mer til for å kreve regress hos en underordnet ansatt som har fulgt direktiver og gitt opplæring, enn for en overordnet ansatt som har hatt ansvaret for å gi slik opplæring, og må forutsettes å ha de beste faglige kvalifikasjoner til å sørge for at den fortløpende barnevernstjeneste er i samsvar med lover, menneskerettigheter og regelverket for øvrig.

Avslutningsvis nevnes at for krav på erstatning, må det foreligge årsakssammenheng mellom den ansvarsbetingende handling og den skade/tap som er påført. I vår sak innebærer det konkret at det den aktuelle ansvarsbetingende handling er årsaken til skaden.

3.4 Konkret

Oppsummert er det altså rettslig adgang for arbeidsgiver å kreve regress fra arbeidstaker. Med henvisning til ovenstående bør dette imidlertid begrenses til de grovere tilfellene der det er utvist kvalifisert klanderverdig håndtering og uforsvarlig maktbruk.

Spørsmålet i vår sak er om ansatte ved barneverntjenesten, skal kunne holdes personlig ansvarlig for uforsvarlig yrkesutøvelse. Som vist til innledningsvis har vi begrenset innsyn i saken, og kun lest Granskningsrapporten. Av de tre sakene som er gjennomgått synes sak nr.

2 å utmerke seg som særdeles grov. Sakens håndtering er etter det opplyste uforståelig med maktmisbruk, og uforsvarlige metoder under prosessen som har medført store skader og tapt barndom og liv. Sak nr 1 og 3 synes også uforsvarlig håndtert, om enn i en litt lavere skala.

Vi er på et uprøvet rettsområde, og der saken og domstolenes behandling av denne vil kunne få stor betydning for barns fremtidige rettsvern og terskelen for hva som er forsvarlig maktbruk. I stedet for å gå bredt ut med alle tre saker nå – og eventuelt også andre saker som måtte bli meldt inn som følge av den pionerinnnsatsen som så langt er gjort med granskningen – vil det være vår anbefaling at kommunen velger seg ut en av sakene og forfølger denne. I så måte fremstår sak nr 2 som den mest egnede av de som presenteres.

Det som vil kunne tale mot et eventuelt regressansvar er at både fylkesnemnd og domstol stadfestet vedtakene til barneverntjenesten, og at denne stadfestelsen underkjenner at det foreligger uforsvarlig saksbehandling. Etter vår oppfatning fratar ikke dette regressansvar all den tid stadfestelsen bygger på en underliggende uforsvarlig saksbehandling som da vil forplante seg i beslutningskjeden. Blir nemnden/domstolen forelagt seg uriktige eller mangelfulle opplysninger som gir grunnlag for feil avgjørelse, kommer hverken tjenestemannen eller kommunen unna sitt ansvar ved å peke på nemnd eller domstol. Videre synes det også å være beslutninger og vedtak innenfor barnevernets frie håndtering som har påført store lidelser og skade. For det tilfelle at Samnanger kommune ønsker å gå videre med saken bør disse spørsmålene utredes nærmere.

4 PROSESSRISIKO

Det er kravshaver som har bevisbyrden for påståtte forhold. Etter at kommunen har valgt å utbetale oppreisning, er det kommunen som regnes som kravshaver overfor den enkelte ansatte. Det er høye krav til dokumentasjon i saker som dette, og ofte vil underliggende faktum ikke stå skrevet noe sted. Det synes som om granskerne har gått grundig gjennom store mengder med saksdokumenter og ryddet i dem slik at faktum er både oversiktlig og dokumenterbar.

Ut fra en total helhetsvurdering, der både ansvarsgrunnlag, skade og årsakssammenheng kommer inn, er det som nevnt vår vurdering at særlig sak 2 utmerker seg, og som vil kunne være egnet for et regress søksmål. Det bør foretas grundige vurderinger omkring dette, da et slikt søksmål vil reise store politiske debatter om barnevernstjenestens fungering, herunder også ansvaret kommunen har for sine ansatte i et arbeidsrettslig sammenheng. Om et slikt søksmål er regningssvarende er mer et politisk spørsmål enn et prosessøkonomisk spørsmål.

Hva gjelder prosessrisiko opererer vi med følgende nivåer: God sak, liten prosessrisiko, en viss prosessrisiko (50/50) betydelig prosessrisiko og fraråder søksmål. Det foreligger en viss prosessrisiko å ta ut søksmål i denne saken. Det vises her til at det ikke finnes saker av tilsvarende karakter i praksis. Som vist til ovenfor er terskelen svært høy for å gjøre personansvar gjeldende ved utøvelse av offentlig virksomhet, og det stilles høye krav til

dokumentasjon. På den annen side vil et søksmål med krav om regress åpenbart kunne ha preventiv effekt for fremtidig håndtering av slike saker. Det er særdeles viktig at å unngå at menneskers liv legges i grus under utøvelse av offentlig myndighet.

Vi stiller oss til rådighet for å diskutere dette nærmere med kommunen, da vurderingen av et slikt søksmål bør være gjennomarbeidet før eventuell stevning uttas. Det må også vurderes om et søksmål skal utvide rammen fra å kreve erstattet oppreisningssummen til også å omfatte andre utgifter kommunen har hatt i sakens anledning, herunder til granskning, administrative utgifter og til selve gjennomføringen av tvangsvedtakene over år.

5 AVSLUTNING

Dersom det er spørsmål knyttet til vårt Memo er det bare å ta kontakt.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Elden DA



Nadia Hall
Advokat



John Christian Elden
Advokat (H)