

Generelt om «kontrollunntaket» og NAVs vesentlige innskjerping av langvarig og fast NAV-praksis

Det hitsettes lovteksten i forvaltningsloven § 36 første ledd, som har vært likelydende siden 1995, selv om NAVs praksis den senere tid er vesentlig innskjerpet med hensyn til benyttelse av unntaket for «forhold utenfor» «forvaltningens kontroll»:

«§ 36.(sakskostnader).

Når et vedtak blir endret til gunst for en part, skal han tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller andre særlige forhold taler mot det.»(mine understrekninger)

Rettslig sett kan det sies at NAV fortolker ordlyden «utenfor kontroll» langt mer utvidende enn tidligere. «Kontrollunntaket» rammer derfor langt flere omkostningskrav.

Undertegnede har arbeidet som trygdeadvokat i flere hundre NAV-saker siden 2004, men har først de senere år erfart at NAV bruker «kontrollunntaket» mot klienter. I løpet av 2019 er det tilkommet et klart økende omfang, slik at en vesentlig «omlegging» av NAVs praktisering av kontrollunntaket synes å ha funnet sted i løpet av 2018/2019. Det er åpenbart at NAV stadig oftere fraskriver seg det økonomiske ansvaret for avslag som medførte tvisteprossess og advokatutgifter, selv om brukeren til slutt vinner frem med sin klage- eller ankesak.

Undertegnedes kollega, advokat Anders Andersen, har også «knappt sett» denne unntaksregelen benyttet. Andersen har arbeidet i Rikstrygdeverket og ved Fylkestyngdekantoret i Oslo i perioden 1985-1994 og som trygde- og erstatningsadvokat i all ettertid.

Undertegnede har samtalt med andre trygdeadvokater. Generelt erfares vesentlig innskjerping av all omkostningspraksis den senere tid Innskjerpingen preges av NAV arbeider langt mer, og svært «kreativt», med å redusere eller avslå brukernes omkostningskrav i enkeltsaker som vinner frem. NAVs bruk av «kontrollunntaket», som på kort tid har utviklet seg fra snever og unntakspreget

praksis til en relativt omfattende avslagspraksis, fremstår imidlertid som den mest dramatiske innskjerpingen. Bruk av «kontrollunntaket» synes å omfatte advokatutgifter på alle NAVs ytelsesområder, men sykdomsyttelsene synes å utmerke seg som et særskilt «problemfelt».

Vesentlig innskjerping av praksis kan ikke forklares ved lovendring. Det er heller ikke relevante forskriftsendringer på dette saksområdet. Det foreligger riktig nok NAV-rundskriv om forvaltningsloven § 36, men rundskrivkommentarer og rundskrivendringer over tid, er ikke egnet til å forklare en kraftig omlegging av praksis. NAVs rundskriv om kontrollunntaket er identisk i hele perioden fra 2014 til 2019. Fra 2008 til 2014 foreligger et noe annet rundskriv, men det er i det alt vesentlige likelydende med etterfølgende rundskriv (dvs fra desember 2014 og fremover). Det er ikke tilgang til, og uklart om det foreligger, NAV-rundskriv om kontrollunntaket før 2008. Oppsummeringsvis foreligger en oppsiktsvekkende mangel på forklaring utad.

NAV må likevel ha sett behovet for en vesentlig endring av praksis, som de facto har funnet sted.

Uavhengig av rettsområde er det et alminnelig forvaltningsprinsipp, og en alminnelig rettskildefaktor ved lovtolkning, å utvise varsomhet med endring av langvarig og fast forvaltningspraksis, særskilt når endringen er til skade for borgerne, ikke minst når det gjelder rettigheter av stor velferds- og rettssikkerhetsmessig betydning.

Fvl. § 36 må tolkes og anvendes i tråd med slike hensyn. Vesentlige endringer i NAVs praksis er i seg selv ytterst problematisk - og i utgangspunktet kreves en svært god forklaring.

Ordlyden - «utenfor kontroll» - er et relativt sterkt uttrykk som i seg selv tilsier at det skal mye til for å la en profesjonell statsetat unnsnippe omkostningsansvar i saker som likevel anses materielt riktige å omgjøre til brukerens fordel.

Forvaltningsloven § 36 kan sammenliknes med bestemmelsen om tilkjennelse av sakskostnader i tvisteloven § 20-2 nr 2, der det er fastsatt at «*Saken er vunnet [slik at parten har krav på full dekning av sakskostnader] hvis parten har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige...*» «Medhold» betyr at man får dom i overenstemmelse med nedlagt påstand.

Tunge «reelle hensyn» underbygger omfattende omkostningsdekning i NAV-saker. Svært ulikt styrkeforhold mellom NAV-brukere og NAV-systemet er en faktor. NAV-saker angår generelt

sårbare NAV-brukere, og sterke velferdshensyn taler dermed for omkostningsdekning, særskilt i saker om sykdomsytelser. NAV-saker har generelt svært stor betydning for den enkeltes livskvalitet, men også eventuell forsørget familie. Avslag/opphør på NAV-ytelser innebærer i alminnelighet en svært stor personlig belastning, ikke minst fordi påkjenninger knyttet til avslag og derav følgende økonomiske problemer, typisk kommer på toppen av allerede foreliggende sykdom, uførhet, skamfølelse og svak økonomi. Avslag fra NAV oppleves ofte katastrofalt for den som rammes.

NAV-brukeres krav om refusjon av advokatutgifter oppstår dessuten som følge av at NAV selv valgte å avslå eller opphøre, eventuelt kreve tilbakebetaling av, ytelser i strid med brukers oppfatning. Brukers oppfatning/krav har alltid blitt satt til side før NAV senere «snur i saken» etter klage/anke. NAV er alene på denne bakgrunn klart nærmest til å bære sakskostnadene som tvisteprosesser medfører for NAV-brukere som likevel vinner frem i sakene sine.

Innskjerpingen er nødvendigvis også egnet til å hindre NAV-brukere i å oppsøke advokater for bistand, i frykt for at man uansett «ender opp med regningen», uavhengig av resultatet i saken.

NAV er ikke tvunget til å avslå eller opphøre trygdeytelser i strid med andre aktørers oppfatninger, og dermed fremprovosere klageprosesser med påfølgende utgifter til advokatbistand.

Alminnelige rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger gjør seg endog særskilt sterkt gjeldende i relasjon til spørsmål om rett til refusjon av advokatutgifter, både fordi problemstillingen angår rettssikkerheten på alle NAVs saksområder og fordi problemstillingen er avgrenset til de brukerne som faktisk vinner frem mot NAV.

Prinsipiell samfunnsmessig interesse i at forvaltningsvedtak skal være materielt riktige, underbygger også at «kontrollunntaket» brukes helt unntaksvis. I foreliggende sak er det eksempelvis ingen tvil om at det foreligger en endret vurdering opp mot det opprinnelige avslaget på krav om arbeidsavklaringspenger. NAV Arbeid og ytelsers avslagsvedtak av XX.XX.XXX forutsatte at det ikke forelå nedsatt arbeidsevne med minst halvparten med sykdom som minst en vesentlig medvirkende årsaksfaktor. Vedtaket måtte påklages med bistand fra advokat.

Klageinstansens vedtak av XX.XX.XXX stadfestet avslaget, som igjen måtte ankes til Trygderetten med bistand fra advokat. Dernest er det også utarbeidet oversendelsesbrev XX.XX.XXX til Trygderetten der NAV nok en gang fastholdt avslag på brukers krav. Ved omgjøringsvedtak av XX.XX:XXX kom NAV klageinstans derimot til det motsatte av sin og NAV Arbeid og ytelsers

opprinnelige konklusjon og innvilget likevel arbeidsavklaringspenger, men uten å dekke/refundere brukers advokatombkostninger.

Ved NOU 2015(forvaltningslovutvalget») er gjeldende rett beskrevet som følger, jf. punkt 29.2.1:

«Dagens regel gir rett til kostnadsdekning uavhengig av om det er begått en feil hos forvaltningen, så lenge vedtaket endres til gunst for parten. Den omfatter dermed saker der førsteinstansen har truffet et gyldig vedtak, men der en endret hensiktsmessighetsvurdering i klageinstansen fører til endring til gunst for parten.

Sakskostnadsregelen bygger i noen grad på en erstatningstanke. Erstatningstankegangen fravikes likevel på flere måter. Blant annet kreves det ikke at det opprinnelige vedtaket som endres, har vært mangelfullt, eller at forvaltningen kunne eller burde handlet annerledes i første instans.

Utmålingen er også forskjellig.»

NAV kan ikke påberope seg enhver «ny» opplysning som en omstendighet utenfor NAVs kontroll uten samtidig å vurdere NAV-systemets ansvar for at den aktuelle klagesituasjonen som senere medførte «endring til gunst». Opprinnelig avslagsvedtak og etterfølgende endring til gunst må sees i sammenheng. Som klart utgangspunkt må NAV ha ansvaret for egne vurderinger i det opprinnelige avslaget, herunder de rent skjønnsmessige vurderinger - og det gjelder enten skjønnet er å betrakte som et forvaltningsskjønn eller et rettsanvendelsesskjønn(eksempelvis ftrl. § 11-5). Bestemmelsen om kostnadsdekning i forvaltningsloven § 36 er i utgangspunktet «uavhengig av om det er begått en feil hos forvaltningen», så lenge det skjer endring til gunst, jf. NOU 2019:5

Saker kan gjelde «forvaltningsskjønn eller «rettsanvendelsesskjønn», der det i sistnevnte tilfelle kan være vanskelig å vurdere om det er den faktiske eller den rettslige siden ved skjønnet som i utgangspunktet har sviktet. Folketrygdlovens bestemmelser består i all hovedsak av «rettsanvendelsesskjønn». Det skal uansett ikke være nødvendig å definere hvilke sider ved rettsanvendelsesskjønnet som eventuelt sviktet, så lenge skjønnet endres til gunst av NAV selv.

Med hensyn til «kontrollunntaket» i forvaltningsloven § 36 har NAV nødvendigvis også ansvar for alle mer konkrete feil i faktum/avgjørelsesgrunnlag, saksbehandling/saksutredning og/eller rettsanvendelse, og som heftet ved det opprinnelige vedtaket som senere ble endret til gunst.

I NAVs nåværende rundskriv til forvaltningsloven § 36, fremgår da også følgende:

«For å få dekket sakskostnader i medhold av forvaltningsloven § 36 er det et vilkår at endringen skyldes forhold som ligger innenfor forvaltningens kontroll.

Forhold innenfor forvaltningens kontroll er typisk:

- *Feil i saksbehandling*
- *Feil ved avgjørelsesgrunnlaget*
- *Feil lovanvendelse*
- *Endret skjønnsutøvelse*

Dersom endringen skyldes partens eget forhold eller andre forhold utenfor forvaltningens kontroll, gis det ikke dekning av sakskostnader. Det gis heller ikke dekning dersom andre særlige forhold taler mot dette.»

Den klare hovedregelen er således at NAV ved endring til gunst skal dekke brukers omkostninger. Det såkalte «kontrollunntaket» er et særskilt unntak som det i utgangspunktet er ukurant å gjøre gjeldende. Inntil nylig, og siden minst 1995, har da også NAVs praksis vært i i henhold til slike forutsetninger.

I praksis er det kun to forhold som typisk faller innenfor kontrollunntaket:

- Endringer i de faktiske forholdene etter at avslagsvedtaket er fattet
- Endringer i lovverket etter at avslagsvedtaket er fattet

Følgende fremgår av NAVs rundskriv:

«Eksempler på endringer som følge av forhold verken parten eller Arbeids- og velferdsetaten kunne ha kontroll over, kan være at det har skjedd endringer i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget etter at vedtaket ble fattet: Klagen eller anken tas til følge fordi lidelsen er forverret, sivilstatusen endret eller fordi ny medisinsk viten tilsier at en tilstand bør godkjennes som sykdom etter folketrygdloven. I slike tilfeller har parten ikke krav på å få dekket sakskostnader.

Dersom det skjer lovbaserte endringer i forvaltningens praksis eller det vedtas endringer i regelverket av betydning for vedtakets innhold, vil også dette være forhold utenfor forvaltningen kontroll. Krav om sakskostnader skal avslås dersom nytt regelverk har som konsekvens at vedtaket blir omgjort til gunst».

Det er imidlertid stor forskjell på «nye» opplysninger som medfører et «nytt» faktum(rettsfakta) i tiden etter at avslagsvedtaket ble fattet og nye opplysninger som bare «belyser» et tidligere faktum(bevisfakta) på avslagstidspunktet. Rettsanvendere må være seg særskilt bevisst at nye opplysninger, så som legeerklæringer, ikke i seg selv forandrer faktum, med mindre det gis uttrykk for faktisk endring(forverring/bedring) i tiden etter avslaget. I normaltilfeller vil nye legeerklæringer være svært egnet til å belyse helsetilstanden slik den var på vedtakstidspunktet - eventuelt søknadstidspunktet, utløpsdato for sykepenger eller innenfor opphørsperioden o.l, avhengig av hvilke tidsrom som utgjør det relevante «prøvingstidspunktet» i den enkelte sak. Legeerklæringer må eventuelt fortolkes med hensyn til hvilke beskrivelser av faktum som belyser helsen på et tidligere «prøvingstidspunkt» og hva som er uttrykk for de facto endringer i tiden etter vedtakstidspunktet/prøvingstidspunkt.

Dersom NAV vurderer at det er skjedd faktiske endringer av materiell betydning for innholdet i vedtaket etter det aktuelle prøvingstidspunktet(rettsfakta) skal NAV i utgangspunktet innvilge ytelsen fra et senere tidsrom, dvs fra det tidsrom ytelsen anses oppfylt. Dersom endring til gunst ikke skjer fra et senere tidspunkt enn det opprinnelige vedtakstidspunktet/prøvingstidspunktet, er det imidlertid vanskelig å se hvordan «kontrollunntaket» kan anvendes. NAV har da erkjent behov for endring til gunst innenfor et tidsrom som NAV i utgangspunktet hadde «kontroll» over.

Ved alle vedtak er utgangspunktet at NAV har gjort aktive, skjønnsmessige vurderinger som generelt er innenfor en profesjonell NAV-etats «kontroll», også om senere endring skyldes «nye» opplysninger som belyser saken/faktum bedre på det aktuelle prøvingstidspunktet.

«Nye» opplysninger vil også kunne belyse konkrete feil i faktum eller mangler ved saksutredningen, men det er ikke nødvendig å forutsette slike feil ved det opprinnelige avslagsvedtaket. En skjønnsmessig endring til gunst er i utgangspunktet tilstrekkelig, som nevnt.

Problemet er at NAV stadig oftere anfører at «nye» opplysninger som inngis under klagesakers gang - og det er ofte advokatens oppgave – likevel tilsier at endringen var «utenfor NAVs kontroll». NAV

unnlater da å hensynta at NAVs saksbehandlere valgte å sette til side vurderinger, typisk fra fastlege og/eller spesialister, som de «nye» opplysningene bare «belyser» riktigheten av. NAV selv valgte, også av eget tiltak, typisk å overprøve brukerens egen oppfatning, f.eks av uførhet eller hvorvidt behandling eller arbeidstiltak er hensiktsmessig (typisk tema i uføresaker). Tilsvarende gjelder NAV arbeid og ytelsers eventuelle overprøving av egne avklaringsrapporter, slik som ASVOs rapport i nærværende sak.

«Nye» opplysninger som får NAV til å omgjøre avslaget, og som påstås utgjøre et forhold «utenfor NAVs kontroll», innebærer svært sjelden et reelt, «nytt» faktum (rettsfakta). Opplysningene er derimot primært nye bekreftelser på at brukerens, og øvrige aktører som støttet ham, sine oppfatninger var et «bedre skjønn» og at NAVs opprinnelige avslagsvurdering likevel ikke sto seg, evt også at NAVs faktiske vurderinger og/eller saksutredning var konkret feil.

Innskjerpingen reiser også spørsmål om hvem har stått for endringen, når det eksakt skjedde og hvilke faglige, og ikke minst velferds- og rettssikkerhetsmessige, avveininger som er foretatt? Det er grunn til å tro at slike hensyn, som taler for utstrakt omkostningsdekning ved omgjøring til gunst for brukerne, i mange år har vært avgjørende for NAVs marginale bruk av «kontrollunntaket». Forvaltningsloven § 36 er, som kjent, uendret siden 1995 og «kontrollunntaket» har vært en ytterst snever unntaksregel i NAV-saker i denne perioden.

I denne henseende er det rimelig å legge til grunn at det heller er oppfatninger om, og holdninger til, grunnleggende velferdsrettigheter og rettssikkerhet for NAV-brukere som er vesentlig endret i negativ retning i nyere tid. Det er mangel på andre årsaksforklaringer, slik undertegnede ser det. Slike «holdningsendringer» bør imidlertid anses utilstrekkelige som rettslig grunnlag for vesentlig innskjerpning av NAVs praksis.

Det kan for øvrig reises spørsmål om NAVs sentralisering av sakskostnadssakene i NAV Klageinstans, antatt fra 01.01.2019, har hatt betydning for ytterligere innstramming av praksis. Sentraliseringen antas å ha funnet sted ved at omkostningssaker er lagt til avdelinger ved NAV Klageinstans Sør og NAV Klageinstans Nord.

Kan sentraliseringen av omkostningssaker ha medført eller styrket en ukultur der det er et mål å stramme inn brukeres rett til refusjon av saksomkostninger i størst mulig grad, uavhengig av mangeårig NAV-praksis og uten samme hensyntagen til de sterke velferds- og rettssikkerhetshensyn

som gjør seg gjeldende i motsatt retning?

Det er sammenfall i tid mellom sentraliseringen og mye av innskjerping av omkostningspraksis til skade for brukerne, ikke minst når det gjelder anvendelse av «kontrollunntaket».

Videre reises spørsmål om hvilke styringssignaler som eventuelt er gitt fra direktorat og/eller departement ifb med sentraliseringen? Det er i utgangspunktet nærliggende å tro at et formål med sentraliseringen var, eller i det minste har blitt oppfattet som, kraftige innkjerringstiltak overfor NAV-brukeres omkostningskrav.

Omleggingen av NAVs-praksis synes for øvrig å ha begynt i noen grad før 2019 og preger også «Arbeids- og ytelsesenheterens» praksis, hvilket reiser spørsmål om hvilke signaler som er gitt, på hvilken tid og på hvilken måte, internt i hele NAV-systemet.

Det synes også å være slik at NAVs omgjøringsvedtak i større grad fokuserer på eventuelt «nye» opplysninger som grunnlag for omgjøring. Det kan henge sammen med at NAV, i neste omgang, lettere kan begrunne avslag på krav om dekning av omkostninger, slik omkostningspraksis nå har utviklet seg. Undertegnede oppfatter noen omgjøringsvedtak som direkte «beregrende» i så henseende, med premisser som fremstår myntet på å avslå kravet om dekning av brukerens advokatutgifter som NAV nødvendigvis vet vil komme.

Det er for øvrig uheldig at NAVs saksbehandlere åpenbart nedlegger langt mer arbeid i vedtak som begrenser eller avslår brukerens krav om refusjon av advokatutgifter enn NAV nedla i de opprinnelige, ofte summariske avslagsvedtakene. At stadig flere brukere «straffes» økonomisk ved NAVs omgjøring av NAVs egne avslagsvedtak, kan også betegnes som et uttrykk for økende forvaltningsmessig arroganse og avslagsorientering på NAV-området.

Det er uheldig dersom ønsker om «innskjerping», og å begrense tilgangen til utbetalinger, i seg selv driver NAVs rettsutvikling på viktige velferdsområder, herunder NAV-brukeres behov for dekning av sine saksomkostninger. Dette står i motsetning til adekvate, åpne og nøytrale prosesser som ivaretar grunnleggende velferds- og rettssikkerhetsprinsipper innenfor demokratiske rammer.

Oppsummeringsvis legges til grunn at «kontrollunntaket» lenge har vært, og skal være, en snever unntaksregel. Det er ukurant å unnlate refusjon av NAV-brukeres omkostninger når NAV endrer

vedtak til brukerens gunst etter fremtvunget klageprosess. Senere års vesentlige innskjerping av NAVs praksis er ikke adekvat begrunnet. Omleggingen av praksis er klart i strid med fast og langvarig praksis og i uoverensstemmelse med sterke velferds- og rettsikkerhetsprinsipper. Saken reiser bredere spørsmål om holdninger til NAV-brukere, NAV-systemets prioriteringer og hvorvidt NAV bedriver forvaltning uten tilstrekkelig overordnet kontroll.

Anders H. Rosenberg
advokat