

Hvorfor er habilitet så vanskelig?

Det har vært mye støy rundt norske politikeres habilitet den siste tiden, og flere folkevalgte har etter hvert innrømmet habilitetsbrudd. Årets «habilitetssaker» viser at disse sakene er krevende både rettslig og ved den praktiske håndteringen.



Advokat
Agnetha Åsheim
Partner Advokatfirmaet PwC



Advokat
Ida Haro
Advokatfirmaet PwC



Advokatfullmektig
Magne Esjeholm
Advokatfirmaet PwC

Er det habilitetsreglene som er vanskelige å forstå eller er det utfordrende å vurdere om man er inhabil? Hvilken betydning kan brudd på habilitetsreglene få?

Selv om det kan fremstå som enkelt å vurdere egen habilitet, er det ikke alltid den virkeligheten som beslutningstakere står overfor. Vurdering av habilitet kan riktignok være enkelt i gitte tilfeller – mens andre ganger vil vurderingen av om man er inhabil være kompliserte, skjønnsmessige problemstillinger uten noe åpenbart svar.

Det har vært mye støy rundt norske politikeres habilitet den siste tiden, og flere folkevalgte har etter hvert innrømmet habilitetsbrudd. Er habilitetsreglene vanskelige å forstå eller er det utfordrende å vurdere om man er inhabil?

Hvilke hensyn skal habilitetsreglene ivareta?

Hensynene vil kunne variere fra rettsområde til rettsområde

Det gjelder lovregulerte krav til habilitet ved saksbehandlingen av saker på ulike områder i både offentlig og privat sektor.

I offentlig sektor er det forvaltningsloven (fvl.) § 6 som angir de alminnelige habilitetskravene som gjelder ved myndighetsutøvelse i forvaltningen.¹ I privat sektor er det habilitetskravene som man ofte møter i praksis blant annet nedfelt i aksjeloven (asl.) § 6-27, som stiller krav

til habilitet i forbindelse med saker som styrebehandles i aksjeselskap.²

Habilitetsreglene har til felles at de skal hindre at beslutningstakere, eller personer med påvirkningskraft i beslutningsprosesser, ivaretar andre interesser enn de de er satt til. Et bærende hensyn bak regler om habilitet er at reglene skal sikre en upartisk saksbehandling og de skal bidra til at det treffes riktige beslutninger.

I offentlig sektor er det sentralt at befolkningen skal kunne ha tillit til at forvaltningen behandler en sak objektivt og upartisk. Dette hensynet begrunner imidlertid ikke habilitetsreglene som gjelder for aksjeselskap, hvor det

¹ Det er særskilte lovfestede habilitetskrav på en rekke områder i det offentlige, bl.a. i domstoloven § 106 flg., tvangsfullbyrdelsesloven § 2-5, tinglysingsloven § 2 mv.

² Tilsvarende habilitetsregel gjelder for allmennaksjeselskap, jf. allmennaksjeloven § 6-27. Det er også egne habilitetsregler i bl.a. selskapsloven § 2-17, stiftelsesloven § 37 og samvirke-lova § 89.



sentrale er at eiere og kreditorer skal være trygge på at selskapets interesser ivaretas på best mulig måte ved styrebehandling av ulike spørsmål.

Særlig om beskyttelse av beslutningstaker

Habilitetsreglene har også som funksjon å beskytte personer som av ulike grunner blir sittende for tett på spørsmål som skal behandles, slik at disse med hjemmel i habilitetsbestemmelsene skal kunne fratre ved behandlingen av nærmere angitte saker. På den måten kan beslutningstaker eksempelvis beskyttes mot press fra nærstående parter knyttet til utfallet av en gitt sak eller mot etterfølgende kritikk mot saksbehandlingen. Habilitetsreglene skal også forhindre at en beslutningstaker – i frykt for å gjøre feil – overkompenserer til gunst for den parten eller det saksforholdet som man har en tilknytning eller binding til.

Absolutte og relative inhabilitetsgrunner

Inhabilitet er ikke det samme som manglende integritet eller profesjonalitet

Inhabilitet innebærer ikke at en person rent faktisk er partisk eller ikke har til hensikt å ivareta de interessene vedkommende er satt til. Vurderingen av om noen er inhabil skal være objektiv og ta utgangspunkt i nærmere angitte faktiske omstendigheter. Forhold som medfører inhabilitet, må derfor ikke forveksles med subjektive egenskaper som manglende integritet eller profesjonalitet.

To hovedkategorier av inhabilitetsgrunner

Det ville vært svært utfordrende å oppstille habilitetsregler som skulle favne enhver omstendighet som kunne medføre inhabilitet ved behandlingen av en sak. Som følge av dette kan habilitetsreglene deles inn i to hovedkategorier; absolutte og relative inhabilitetsgrunner.

- Absolutte inhabilitetsgrunner medfører at det automatisk foreligger inhabilitet dersom en bestemt omstendig-

het er til stede, uten at det skal foretas noen nærmere vurdering.

- De relative inhabilitetsgrunnene åpner for en bredere og mer skjønnsmessig vurdering av om det foreligger inhabilitet.

Habilitetsvurderingene kan ha ulik vanskelighetsgrad og kompleksitet

Vurderingen av om det foreligger absolutte inhabilitetsgrunner byr sjelden på problemer, da det kun skal foretas en objektiv vurdering av om en faktisk omstendighet er til stede.

Ved spørsmålet om det foreligger relative inhabilitetsgrunner vil det være gradstilfeller fra klare tilfeller til de mer usikre, gitt at det ikke er like klare rammer for hvilke forhold som etter sin art og karakter kan lede til inhabilitet. Relative inhabilitetsgrunner kan derfor aktualisere vanskelige og skjønnsmessige grensdragninger.

I praksis er det også de relative inhabilitetsgrunnene som volder størst utfordringer. I den forbindelse er det viktig å være oppmerksom på at habilitetsreglene på ulike områder kan ha til dels varierende formål som kan få avgjørende betydning for vurderingen av om noen er inhabil. I praksis vil dette medføre at et gitt tilfelle vil kunne vurderes ulikt med hensyn til om en person er habil, avhengig av hvilket rettsområde man befinner seg på.

Når kan en offentlig tjenestemann være inhabil?

Hvem anses som en «offentlig tjenestemann»?

Forvaltningsloven (fvl.) § 6 oppstiller habilitetskrav til offentlige tjenestemenn, som omfatter embetsmenn eller andre som er ansatt i stat eller kommune.³ Det er denne habilitetsregelen som gjelder for statsråder, hva enten de opptrer i kraft av å være departementsjef eller som medlemmer av regjeringen,⁴

og som har skapt hodebry for flere ministre det siste året.

Når gjelder reglene?

Dersom tjenestemannen er inhabil, kan vedkommende ikke treffe avgjørelse i forvaltningssaken. Habilitetsreglene kommer imidlertid ikke bare til anvendelse ved *avgjørelse* av saken. En inhabil tjenestemann kan heller ikke «tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse». I dette ligger f.eks. at en offentlig tjenestemann – statsråd eller andre – heller ikke kan foreslå «sine egne» folk eller på annen måte delta i saksforberedelsen, og dermed unngå inhabilitet ved at det formelt er noen andre som fatter den endelige avgjørelsen om f.eks. en utnevning.

Dersom en direkte overordnet tjenestemann anses inhabil i en gitt sak, vil heller ikke en underordnet i samme forvaltningsorgan anses habil til å kunne treffe beslutning i saken.⁵

Selv om statsråder som hovedregel omfattes av habilitetsreglene, gjelder dette ikke absolutt. Et praktisk viktig eksempel hvor habilitetsreglene ikke kommer til anvendelse, er ved utnevning av nye statsråder.⁶

Absolutte inhabilitetsgrunner – fvl. § 6 (1)

I fvl. § 6 (1) oppstilles det regler for når en offentlig tjenestemann automatisk er inhabil. Slike grunner vil blant annet være at tjenestemannen selv er part i en sak, om tjenestemannens ektefelle, søsken, eller forelder til en part i saken, samt om tjenestemannen er leder eller har ledende stilling i et privateid selskap som er part i saken. Vurderingen av om noen er inhabil etter denne bestemmelsen, byr sjelden på store utfordringer. For eksempel vil det om tjenestemannen selv er part i en sak, eller er daglig leder i et privateid selskap som er part i saken, som regel lett la seg konstatere.

³ Se fvl. § 2 (1) bokstav d.

⁴ Jf. fvl. § 10. Andre punktum i bestemmelsen ("Bestemmelsene gjelder ikke statsråd i egenskap av regjeringsmedlem") ble opphevet ved endringslov 17. juni 2022 nr. 63 og trådte i kraft fra 1. juli 2022.

⁵ Se fvl. § 6 (3).

⁶ Dette reguleres av Grunnloven § 12. At habilitetsreglene ikke gjelder i slike tilfeller, er lagt til grunn i både praksis og juridisk teori, og er ikke omtvistet, se f.eks. Prop. 81 L (2021-2022) s. 41 flg.

Om noen av de automatiske inhabilitetsgrunnene i første ledd er til stede, vil tjenestemannen være inhabil. Det skal ikke foretas noen nærmere vurdering av om forholdet er egnet til å svekke tilliten til dennes upartiskhet.⁷ Lovgiver har ved utformingen av regelverket lagt til grunn at så nær tilknytning til saken eller noen av sakens parter i alminnelighet er egnet til å svekke tilliten til tjenestemannens upartiskhet. Det vil som nevnt tidligere, være uten betydning at tjenestemannen f.eks. har særlig høy integritet.

Relative inhabilitetsgrunner – fvl. § 6 (2)

Når foreligger det «andre særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten»?

Grunnkravet i de relative inhabilitetsgrunnene er at man må unnlate å ta del i behandlingen av en sak når det foreligger «andre særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten» til tjenestemannens upartiskhet. Det er ikke hvorvidt personen selv anser seg som inhabil som er avgjørende, men hvordan omverdenen ser på saken. Det er videre uten betydning om det er mer eller mindre sannsynlig at det særegne forholdet vil kunne spille inn i den konkrete saken, for eksempel fordi akkurat denne tjenestemannen har særlig høy integritet. Slike konkrete vurderinger ville vært vanskelig å vurdere for andre enn de som kjenner saksforholdet og tjenestemannen godt.

Kravet til at forholdene må være «særegne» betyr at det kreves at det er forhold hos tjenestemannen som er av spesiell art og som ikke gjør seg gjeldende hos alle eller svært mange. Dette innebærer blant annet at vennskap eller uvennskap ikke i seg selv nødvendigvis medfører inhabilitet. Dersom vennskapet er særlig nært, eller uvennskapet er konfliktfylt, kan det være tilstrekkelig til å konstatere inhabilitet. En alminnelig økonomisk interesse i en sak medfører heller ikke at det automatisk foreligger inhabilitet. For eksempel vil en end-

ring av en bomavgift på en strekning som tjenestemannen kjører jevnlig, være for generell til at den kan omtales som en særinteresse.

Nærstående sine interesser er også relevant for vurdering av habilitet

Det er ikke bare noens egne personlige interesser som skal komme i betraktning når man vurderer om inhabilitet foreligger. Inhabilitet kan også foreligge når saken har direkte betydning for personer i nær familie eller vennekrets, eller for bedrifter man har nær tilknytning til.

Der det som regel vil være kurant å fastslå om en har egne interesser i tilknytning til en aktuell sak, kan det i praksis være utfordrende å ha kontroll på om ens nærstående har tilknytning til en sak. Folkevalgte har derfor et særlig ansvar for å holde seg orientert om sine nærmestes interesser og engasjement.

Krav om tilstrekkelig nærhet mellom dette særegne forholdet og den aktuelle saken

I tillegg til at det må foreligge et særegent forhold, er det krav om tilstrekkelig nærhet mellom dette særegne forholdet og den aktuelle saken. Dette er kommet til uttrykk ved at det i bestemmelsen fremkommer at forholdet må være «egnet til å svekke tilliten» til tjenestemannens upartiskhet. I dette ligger at ikke ethvert særegent forhold vil lede til inhabilitet – forholdet må ha så nær tilknytning til det aktuelle saksforholdet at det kan stilles spørsmål ved om tjenestemannen i sin befatning med saken vil ivareta de hensynene vedkommende er satt til å ivareta.

For eksempel vil en offentlig tjenestemann, statsråd eller andre, ikke være inhabil til å behandle en sak om tilskudd eller regulering av en bestemt type næring, på bakgrunn av tjenestemannens nære tilknytning til en annen type næring. Det er først når denne tilknytningen er så fremtredende i den aktuelle saken, at det for utenforstående kan stilles spørsmål ved om tjenestemannens behandling vil motiveres av de personlige interessene denne kan ha i saken.

Et nært personlig vennskap alene vil for eksempel ikke være inhabiliserende, dersom denne vennen ikke tilgodeses eller påvirkes på noen annen måte av den aktuelle avgjørelsen.

Når kan et styremedlem eller daglig leder i et aksjeselskap være inhabil?

I asl. § 6-27 er det kun oppgitt én absolutt habilitetsgrunn som medfører automatisk inhabilitet. For øvrig legger aksjelovens habilitetsregler opp til en bred og skjønnsmessig vurdering av hva som kan gjøre et styremedlem eller en daglig leder inhabil ved styrebehandling av enkeltsaker.

Absolutt inhabilitetsgrunn – asl. § 6-27 (2)

Det fremgår av asl. § 6-27 (2) at et styremedlem er inhabil til å delta i behandlingen eller avgjørelsen av en styresak som gjelder spørsmål om lån eller sikkerhetsstillelse til seg selv. Det samme gjelder for daglig leder og observatører.⁸ Dersom en slik sak skal styrebehandles, følger det direkte av loven at det foreligger særinteresser som medfører at vedkommende automatisk anses inhabil og ikke kan delta i behandlingen av saken.

For å unngå at selskapets interesser settes til side ved behandlingen av saken, vil medlemmet normalt ikke kunne delta når saken skal behandles.⁹

Relative inhabilitetsgrunner – asl. §6-27 (1)

Har styremedlemmet en «fremtredende personlig eller økonomisk særinteresse» i saken?

I henhold til asl. § 6-27 (1) kan et styremedlem heller ikke delta i behandlingen eller avgjørelsen av spørsmål som har en «særlig betydning» for medlemmet selv eller dennes nærstående, slik at styremedlemmet må anses for å ha en «frem-

⁸ Se asl. § 6-9.

⁹ Hensynet bak habilitetsregelen vil ikke nødvendigvis slå til i et tilfelle hvor styremedlemmet også er eneste aksjeeier i selskapet.

⁷ Se likevel fvl. § 6 (4).

treddende personlig eller økonomisk særinteresse» i saken. Det samme gjelder for daglig leder og observatører.¹⁰

Nærstående er legaldefinert i asl. § 1-5 og omfatter blant annet medlemmets nærmeste familie, som ektefelle, samboer, søsken og barn. I tillegg kan nærstående være selskap hvor eksempelvis styremedlemmet eller dennes ektefelle eller samboer har bestemmende innflytelse.

At det må foreligge en fremtredende særinteresse, innebærer at den aktuelle interessen må være spesiell og ha en slik styrke at den er egnet til å påvirke styremedlemmets standpunkt i saken.

Hva som vil gjøre et styremedlem inhabil, vil med andre ord bero på en rekke konkrete omstendigheter. I motsetning til de relative inhabilitetsgrunnene i fvl. § 6 (2), hvor det sentrale er om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til tjenstemannens upartiskhet, er det etter asl. § 6-27 (1) avgjørende om det kan konstateres en særinteresse av en slik styrke at den er egnet til å virke motiverende på medlemmets standpunkt i det aktuelle spørsmålet.¹¹ Eiernes tillit til at styremedlemmet opptrer upartisk og med integritet ivaretas ikke først og fremst av habilitetsreglene, men av muligheten til å påvirke om styremedlemmet skal få fortsette i sitt verv.

Eksempler på når et styremedlem kan være inhabil

Dersom et styremedlem eller daglig leder i selskap A representerer mer enn 50 % av aksjene i et selskap B, vil selskap B anses for å være styremedlemmets nærstående.¹² I saker som f.eks. gjelder avtaleinngåelse mellom selskap A og B, vil styremedlemmet i selskap A normalt

anses for å ha en slik økonomisk særinteresse at det medfører inhabilitet.

Et annet eksempel er hvor styremedlem i selskap A har en ledende stilling i selskap B, som i en konkret sak er selskap As motpart. Det vil ikke kategorisk kunne legges til grunn at styremedlemmet vil være inhabil i slike tilfeller, men det er i juridisk teori tatt til orde for at medlemmet som regel vil være inhabil om det ikke foreligger holdepunkter for noe annet.¹³

Man må selv vurdere egen habilitet

Behandlingen av spørsmål om mulig inhabilitet vil også avhenge av hvilke habilitetsregler som gjelder og på hvilket rettsområde en befinner seg.

Hovedregelen er at offentlige tjenestemenn selv skal vurdere sin egen habilitet og dette skal skje uavhengig av om det er fremsatt en inhabilitetsinnsigelse, jf. fvl. §§ 6 og 8. Habilitetsspørsmålet bør avgjøres på et tidlig stadium av saken. Om tjenstemannen ønsker det, eller en part i en forvaltningssak krever det, kan habilitetsspørsmålet i visse tilfeller også forelegges tjenstemannens overordnede til vurdering. I tillegg finnes det egne regler om behandling av habilitetsspørsmål i kollegiale organ.¹⁴

Det følger av asl. § 6-27 at det enkelte styremedlemmet har en plikt til å «ikke delta» i behandlingen av saker de er inhabile i. I praksis innebærer dette at styremedlemmer selv skal vurdere om de er inhabile i første linje. Det er i juridisk teori antatt at det medlemmet som habilitetsspørsmålet gjelder, ikke skal delta i behandlingen eller drøftelsen dersom styret skal drøfte dette.¹⁵

Inhabilitet ikke galt i seg selv, men håndteringen kan skape problemer

Ulovlig å ikke fratre dersom man er inhabil

Det er ikke ulovlig eller kritikkverdig å være inhabil i seg selv. Om man først er inhabil, så skal man avstå fra å forbedre, delta i behandlingen av eller avgjøre det aktuelle spørsmålet. Det vil være lovstridig å *ikke fratre* behandlingen av en sak eller et spørsmål dersom man er inhabil.

Andre rettslige og praktiske konsekvenser

Dersom en offentlig tjenestemann har vært inhabil som ledd i behandlingen av et enkeltvedtak, vil dette være en saksbehandlingsfeil som kan medføre at vedtaket anses ugyldig.¹⁶ For at ugyldighetsvirkning skal inntre, er det et krav at inhabiliteten kan ha virket inn på vedtakets innhold. Som årets habilitetsaker har illustrert, vil slike saksbehandlingsfeil også bidra til å svekke befolkningens tillit til forvaltningen og politikere. Praktiske konsekvenser av dette vil igjen kunne bli at folkevalgte og ministre blir bedt om å fratre som følge av manglende tillit.

Dersom et inhabil styremedlem har deltatt i styrebehandlingen av et spørsmål, kan styrets vedtak bli satt til side som ugyldig dersom vedkommendes deltagelse har påvirket beslutningen. Dette vil blant annet bero på om styret, uten det inhabile medlemmet, kan anses som beslutningsdyktig. Ugyldighetsvirkning som skyldes et styremedlems inhabilitet, kan likevel ikke gjøres gjeldende overfor godtroende tredjemenn. Et styremedlem som forsettlig eller uaktsomt har deltatt i styrebehandlingen av et spørsmål, vil kunne risikere erstatningsansvar.¹⁷

¹⁰ Se asl. § 6-9.

¹¹ Magnus Aarbakke mfl., Aksjeloven. Lovkommentar, § 6-27. Inhabilitet, Juridika (kopiert 13. november 2023) <https://juridika.no/lov/1997-06-13-44/%C2%A76-27/kommentar/>

¹² Asl. § 1-5.

¹³ T. Bråthen, «Inhabilitet for styremedlem med ledende stilling i annet selskap» i «Sui Generis». Festskrift til Stein Evju (2016) s. 98 flg.

¹⁴ Organ uten hierarkisk struktur og som fatter beslutninger i fellesskap. Se fvl. § 8 (2).

¹⁵ Magnus Aarbakke mfl., Aksjeloven. Lovkommentar, § 6-27. Inhabilitet, Juridika (kopiert 13. november 2023) <https://juridika.no/lov/1997-06-13-44/%C2%A76-27/kommentar/>

¹⁶ Se fvl. § 41.

¹⁷ Se asl. § 17-1.