



TRONDENES TINGRETT

DOM

Avsagt: 27.04.2018 i Trondenes tingrett,
Saksnr.: 17-139452TVI-TRES
Dommer: Dommerfullmektig Markus Arentsen
Saken gjelder: Krav om erstatning for økonomisk tap som følge av ulovhjemlet myndighetsutøvelse

Jan Morten Sørgård
Mona Thrane Sørgård

Advokat Lina Therese Remlo
Advokat Lina Therese Remlo

mot

Kvæfjord kommune

Advokat Erik Eldjarn

DOM

Saken gjelder krav om erstatning mot en kommune på grunn av avslag på søknad om brukerstyrt personlig assistanse (BPA).

Framstilling av saken

Mona Thrane Sørgård og Jan Morten Sørgård (heretter omtalt som saksøkerne), er foreldrene til Tian Thrane Sørgård (heretter omtalt som Tian), som pr. nåværende tidspunkt er 18 år gammel. Tian har alvorlig funksjonshemming i form av psykisk utviklingshemming, infantil autisme og epilepsi.

Tian har i flere år hatt vedtak om bruk av tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd bokstav b. Det siste vedtaket – AVHO-nr. 49/16 av 15. februar 2016 – gjaldt frem til 14. februar 2017.

Høsten 2015 begynte Tian på Rå videregående skole. På dette tidspunktet mottok saksøkerne avlastning annen hver uke fra fredag kl. 16:00 til neste fredag kl. 08:15. Under avlastningsukene var Tian på Kvæfjord Opplevelse og Avlastning (KOA). I tillegg mottok familien en uke med ferieavlastning, samt avlastning etter skoletid i tidsrommet kl. 14:00 – kl. 16:00. Avlastning etter skoletid og avlastning på dager med skolefri ble gjennomført i lokalene til Voksenopplæring, aktivitets- og fritidstjenester (VAF).

Ved Kvæfjord kommunes vedtak AVHO-nr. 238/15 av 16. desember 2015 ble avlastningstilbudet utvidet med inntil 2 døgn pr. måned.

Den 21. desember 2015 søkte saksøkerne om utvidet avlastning og endring av avlastningstilbudet for Tian til BPA. Søknaden ble blant annet begrunnet med at overgangen fra Borkenes skole til Rå videregående skole ga utfordringer i form av flere arenaer, samt utskiftninger av personell i skolehverdagen og avlastningstilbudet. Ifølge foreldrene bidro dette til at Tian utagerte i større grad enn tidligere.

Den 15. januar 2016, mens BPA-søknaden fortsatt var under behandling, sendte saksøkerne en bekymringsmelding til Kvæfjord kommune. Av bekymringsmeldingen fremkommer at saksøkerne siden skolestart i august 2015 opplevde at Tian utagerte oftere og sterkere, samt at han ikke vil dra på skolen. Videre bemerket saksøkerne at Tian hadde for mange personer og arenaer å forholde seg til. For å redusere antall personer og arenaer, opplyste saksøkerne at de fra og med 18. januar 2016 ville ta Tian ut av den kommunale avlastningen mellom kl. 14:00 og kl. 16:00. Det innvilgede avlastningsomfanget ble da løst ved at Tian oppholdt seg hjemme eller på KOA etter skoletid. For å få dette til, ble de to ekstra døgnene med avlastning pr. måned, som saksøkerne ble innvilget i vedtak AVHO-nr. 238/15 av 15. desember 2015, tatt ut på timebasis.

Ved Kvæfjord kommunes vedtak AVHO-nr. 82/16 av 15. april 2016 ble søknaden om utvidet avlastning og BPA avslått. Som begrunnelse for avslaget på BPA viste kommunen til at familien Sørgård ikke oppfylte kravet om langvarig behov for avlastningstjenester som følge av at Tian ville fylle 18 år ett år senere. Videre viste kommunen til at Tian ikke kunne anses som hjemmeboende, idet avlastningen var foreslått å skulle ytes på KOA. Kommunen viste også til at Tian ikke hadde behov for to tjenesteytere til stede og at han ikke hadde behov for kontinuerlige nattjenester. Avslaget på søknad om utvidet avlastning ble begrunnet med at daværende tilbud om avlastning ikke ble benyttet.

Kvæfjord kommunes vedtak av 15. april 2016 ble påklaget den 3. mai 2016.

Ved Kvæfjord kommunes vedtak AVHO-nr. 138/16 av 28. juni 2016, ble avvisningsvedtaket av 15. april 2016 opprettholdt og saken ble oversendt til Fylkesmannen i Troms.

Den 25. april 2016 søkte saksøkerne om å benytte sommeravlastningen på KOA. Ved Kvæfjord kommunes vedtak AVHO-nr. 110/16 av 24. mai 2016, avslo kommunen søknaden om sommeravlastning på KOA. Som begrunnelse oppga kommunen at de ikke delte saksøkernes vurdering om at Tian hadde for mange personer og arenaer å forholde seg til.

Sommeren 2016 valgte saksøkerne å kjøpe avlastningstjenester fra KOA. Videre besluttet saksøkerne at Tian ikke skulle begynne på skolen i august 2016. Dette ble løst ved at Tian tilbragte annen hver uke på KOA i henhold til gjeldende vedtak. Den øvrige tiden var han hjemme hos foreldrene med tjenesteytere fra KOA til stede.

Den 21. september 2016, mens klagen over avslag på BPA fortsatt var under behandling, sendte Kvæfjord kommune et forhåndsvarsel til saksøkerne, hvor det ble varslet om reduksjon av avlastningstilbudet for foreldrene. Videre fremgår det av forhåndsvarselet at avtalen med KOA var blitt sagt opp med virkning fra 1. januar 2017 og at kommunen ønsket å organisere avlastningen selv.

I brev av 26. september 2016 opplyste Kvæfjord kommune at saksøkerne fra 1. januar 2017 ville få et tilbud om avlastning i kommunal regi i kommunal boenhet på Borkenes, hvor det blant annet ville bli praktisert ambulerende nattjeneste og låst ytterdør om natten.

Den 4. oktober 2016 fattet Fylkesmannen i Troms vedtak i klagesaken. Fra vedtaket hitsettes:

«Fylkesmannen omgjør kommunens vedtak, AVHO-nr. 82/16 av 15.4.2016. Tian Thrane Sørgård innvilges rett til å få sine tjenester organisert som BPA.

Det nærmere omfang og organiseringen av tjenestetilbudet overlates til Kvæfjord kommune å fastsette i nytt vedtak.

Fylkesmannen opphever den del av kommunens vedtak, AVHO-nr. 82/16 av 15.4.2016 som gjelder avslag på økt avlastning. Saken sendes tilbake til kommunen for ny behandling.»

Ved brev av 26. oktober 2016 til Fylkesmannen i Troms anmodet Kvæfjord kommune om en ny vurdering av vedtaket av 4. oktober 2016. I Fylkesmannens svarbrev av 1. desember 2016 fremgår at det ikke var grunn til å ta avgjørelsen opp til ny vurdering.

Den 25. januar 2017 fattet Kvæfjord kommune vedtak AVHO-nr. 17/2017, med slikt innhold:

«Med hjemmel i Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. § 3-1, jfr. § 3-2 første ledd nr. 6 d, avlastningstiltak innvilges:

Morten og Mona Sørgård avlastning for sin sønn Tian annen hver uke og i tillegg 3 ekstra uker frem til han er 18 år. En avlastningsuke med skolegang inneholder 83 timer 15 minutter, en avlastningsuke uten skole inneholder 112 timer. Et avlastningsdøgn med skole utgjør 10 timer 15 minutter, et avlastningsdøgn uten skole utgjør 16 timer. I tillegg kommer nødvendig bistand om natten. Avlastningen organiseres som BPA med far som arbeidsleder.

Det innvilges en hvilende nattevakt fra kl. 23.00 – 07.00.

Det vil være nødvendig med ekstraordinær avlastning inntil ordningen med BPA trer i kraft. Foreldrene innvilges videre avlastning på KOA frem til 31.03.2017.

Ordningen med BPA vil tre i kraft så snart som mulig og senest innen 01.04.2017.

Med hjemmel i Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. § 3-1, jfr. § 3-2 første ledd nr. 6 b, personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring innvilges:

Tian Thrane Sørgård med 83 timer 10 minutter tjenester i uker med skolegang og 112 timer i uker uten skolegang etter fylte 18 år. Et avlastningsdøgn med skole utgjør 10 timer 10 minutter, et avlastningsdøgn uten skole utgjør 16 timer. Avlastningen organiseres som BPA.

Tjenestene organiseres som BPA med far som arbeidsleder.

Det innvilges en hvilende nattevakt fra kl. 23.00 – kl. 07.00.»

Ved brev av 1. mars 2017 til Kvæfjord kommune ba saksøkerne om at iverksettelsen av BPA-ordningen ble utsatt til Tians 18-årsdag, den 12. juni 2017.

BPA-tjenesten for Tian ble deretter iverksatt fra og med hans 18-årsdag, den 12. juni 2017, med Privat Omsorg Nord AS som leverandør.

Den 25. august 2017 innga advokat Remlo stevning med krav om at Kvæfjord kommune erstatter utgifter som saksøkerne har hatt i forbindelse med innkjøp av private avlastnings-tjenester i tidsrommet august 2016 – februar 2017.

Kvæfjord kommune tok til motmæle i tilsvar av 16. oktober 2017, hvor det ble lagt ned påstand om frifinnelse.

Hovedforhandling ble holdt i Trondenes tingrett den 19. mars 2018 – 23. mars 2018. I tillegg til partsforklaringer ble det ført 10 vitner og foretatt befarig i Tians bolig på Bremnes. Forhandlingene forløp i det øvrige slik rettsboken viser.

Saksøkerne har i det vesentligste anført:

Saksøkerne har krevd erstatning for privat kjøp av avlastingstjenester til sin sønn, Tian.

Grunnlaget for kravet er at Kvæfjord kommune på uriktig grunnlag (så vel faktisk som rettslig) avslø søknad om avlasting organisert som BPA. I henhold til pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 bokstav d hadde familien rett til å få tjenestene organisert som BPA, og Kvæfjord kommunes avslag utgjorde en ulovhjemlet myndighetsutøvelse.

I perioden hvor BPA skulle vært innvilget, ble Tians helsetilstand alvorlig forverret som følge av et kommunalt organisert tjenestetilbud som totalt sett var uforsvarlig. Tian ble syk av å ha for mange arenaer og for mange tjenesteytere å forholde seg til. Fastlegen vurderte at han av helsemessige årsaker ikke skulle være på skolen, og utferdiget erklæringer om dette. Av hensyn til Tians helse, velferd og livskvalitet, hadde foreldrene i realiteten ikke annet valg enn å begrense belastningen på ham gjennom privat kjøp av tjenester fra KOA, som var en allerede kjent og trygg arena for ham.

Fylkesmannen omgjorde i oktober 2016 kommunens vedtak og innvilget avlasting som BPA.

Ansvarsgrunnlaget som gjøres gjeldende, er det alminnelige arbeidsgiveransvaret, jfr. skadeerstatningsloven § 2-1. Det må legges til grunn at det offentliges ansvar for feiltolkning av hjemmelslover er strengt. Kommunens rettsvillfarelse var ikke unnskyldelig, og rettsanvendelsen/lovtolkningen var ikke forsvarlig.

Foreldrene betalte selv for avlasting gjennom KOA i tidsrommet august 2016 – februar 2017, og det er disse kostnadene som kreves erstattet.

Dersom kommunen hadde fattet riktig vedtak og innvilget BPA i april 2016, ville tiltaket ha vært på plass fra skolestart høsten 2016. Det uriktige avslaget på BPA er en så vidt vesentlig årsaksfaktor at det må knyttes ansvar til det. Det er årsakssammenheng mellom avslaget på BPA og det påførte økonomiske tapet.

Saksøkerne har lagt ned slik påstand:

1. Kvæfjord kommune betaler til Mona og Jan Morten Sørgård erstatning fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til NOK 1 238 790, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall to uker etter dommens forkynnelse og frem til betaling skjer.
2. Kvæfjord kommune betaler Mona og Jan Morten Sørgårds sakskostnader for tingretten.

Saksøkte har i det vesentligste anført:

Kvæfjord kommune anfører at det ikke er grunnlag for erstatning etter skadeerstatningsloven § 2-1. Det foreligger verken ansvarsgrunnlag, skade, eller årsakssammenheng mellom vedtak og anført økonomisk tap. Subsidiært, for det tilfellet at det foreligger grunnlag for erstatning, anføres at det økonomiske tapet er langt lavere enn anført av saksøkerne.

Grunnvilkårene for rett til BPA etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1d første ledd var og er oppfylt for Tian. Han hadde imidlertid ikke rettskrav på BPA da dette ikke kunne etableres på en forsvarlig måte, jfr. helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.

Tians helsemessige behov, med obstipasjon og epilepsi indikerer at tiltaket ikke er egnet. Tians atferd nødvendiggjør vedtak om tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Også dette taler for at BPA ikke kan etableres på en forsvarlig måte. Plasseringen av Tians bolig medfører at tilgangen på kompetent personell er begrenset. Organiseringen av ordningen som medlevertturnus medfører høy belastning, slik at personalbasen er sårbar for utskifting. Mulighet for overlapping mellom arbeidslag er begrenset. Anledning til opplæring og veiledning begrenses også av lange friperioder.

Av ovennevnte grunner vanskeliggjøres arbeidet med å etablere felles faglig forståelse og felles handlingsmønster.

Momentene innebærer fare for at tvang utøves i strid med gjeldende vedtak, og uten at assistentene har innsett det. Assistentenes kjennskap til brukeren blir svakere enn ved en stabil personalbase, noe som kan medføre økt behov for utøvelse av tvang. Kommunen har erfart alle disse forholdene i saken. At arbeidslederrollen ivaretas av andre enn brukeren, og bor på et annet sted enn brukeren, forsterker utfordringene ytterligere.

Kommunen har et overordnet ansvar for tvangsbruk, og omfattende ansvar for kontroll, forebygging, evaluering og journalføring jfr. helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Ved organisering som BPA begrenses kommunens muligheter for å etterleve de lovpålagte kravene.

I sum kan det ikke på forsvarlig måte etableres en BPA-ordning. I alle tilfeller er eventuell uriktig myndighetsutøvelse ikke ansvarsbetingende.

Vedtak om tvang og makt står også i et spenningsforhold til formålet bak BPA-ordningen, om økt autonomi og selvbestemmelsesrett. Tians kognitive nivå tilsier også at BPA ikke er et egnet tiltak. En ytterligere dimensjon er at tiltaket er så kostnadskrevende at det bør tas med i vurderingen av om BPA kan kreves etablert.

Tians helsetilstand august 2016 tilsa ikke at han ikke kunne delta i skoleaktivitet. Antall og omfang av utagerende hendelser, samt behov for tiltaksbruk var lavere. Varighet av tiltaksbruk under de enkelte hendelsene var også lavere.

I stedet for å organisere en løsning av situasjonen i samråd med kommunen, kjøpte saksøkerne egenmektig avlastningsplass for Tian fra KOA, hvor saksøkerne hadde økonomiske interesser. Kommunen ble dermed ikke satt i posisjon til å forhindre et eventuelt økonomisk tap. Årsaksrekken er dermed brutt.

Tjenestetilbudet var ikke uforsvarlig våren 2016. Skole og SFO ble gjennomført i egnede og kjente lokaler. Høsten 2015 og vinteren 2016 tok imidlertid Kvæfjord kommune en rekke grep for å sikre et forsvarlig tjenestetilbud, herunder å sikre et lavt antall høyt kompetente assistenter. At Tian ble eksponert for forskjellige lærere og assistenter i skoletiden høsten 2015 må tilskrives forhold ved Rå videregående skole, som kommunen ikke har ansvar for.

Anført skade og økonomisk tap relaterer seg til skoletiden og utgifter som følge av at Tian ble tatt ut av skolen. Dette idet brukeren etter det anførte ble eksponert for et for høyt antall assistenter der, noe som er uten sammenheng med vedtak om BPA. Det var Troms fylkeskommune som var ansvarlig for Tian i skoletiden.

Kommunens avslag på søknad om BPA var i alle tilfeller ikke en så vidt vesentlig årsaksfaktor for Tians helsetilstand at det kan knyttes ansvar til det. Viktigere enn antall assistenter, er deres kompetanse og en felles forståelse av hva som utløser behov for bruk av makt og tvang. Andre medvirkende årsaker til hans helsetilstand var ny skolesituasjon, tidvis nektelse av tilgang til mekanisk verksted, økt natteaktivitet og en sykdomsperiode. Disse medfører samlet at vedtak om BPA var av underordnet betydning.

Saksøkernes økonomiske tap bygger på uriktige forutsetninger om det hypotetiske hendelsesforløp. Under henvisning til sakens rettslige og faktiske kompleksitet, er det ikke sannsynlig at BPA ville blitt etablert allerede august 2016. Faktisk tidsbruk til etablering av tiltak, fra vedtak av desember 2016 til oppstart juni 2017, viser også dette.

Endelig er det ingen årsakssammenheng mellom de deler av kravet som gjelder utgifter til økt omfang av døgnavlastning og avslag på BPA.

Saksøkte har lag ned slik påstand:

1. Kvæfjord kommune frifinnes.
2. Kvæfjord kommune tilkjennes sakskostnader.

Rettsens vurdering

Saken gjelder saksøkernes krav om erstatning for privat kjøp av avlastningstjenester for sønnen Tian. Grunnlaget for kravet er at Kvæfjord kommune avslø saksøkernes søknad om avlastning organisert som BPA.

Ansvarsgrunnlag

Som ansvarsgrunnlag har saksøkerne påberopt det alminnelige arbeidsgiveransvaret. Fra skadeerstatningsloven § 2-1 første ledd første punktum, hitsettes:

«Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller erverv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilside-satt.»

Bestemmelsen innebærer at arbeidsgivers ansvar er objektivt, dvs. at ansvaret er avhengig av at arbeidstakeren oppfyller vilkårene for skyld. Av bestemmelsens annet ledd fremgår at det offentlige omfattes av arbeidsgiverbegrepet.

Det offentliges ansvar for feil lovforståelse er strengt, og det offentlige kan kun fritas for ansvar dersom rettsvillfarelsen er unnskyldelig, jfr. Rt. 2010 s. 291 premiss 42, Rt. 2009 s. 354 premiss 74, Rt. 1999 s. 1273 på side 1280, Rt. 1995 s. 781 på side 792 og Rt. 1972 s. 578 på side 585.

Spørsmålet om erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøvelse er også blitt drøftet i juridisk teori. I Lov og Rett (2012) s. 407 – 423, *Objektivt erstatningsansvar for uriktig myndighetsutøvelse?*, gjennomgår Markus Hoel Lie flere av de ovenfor nevnte høyesterettsdommene, før han på side 423 oppsummerer rettstilstanden slik:

«Avslutningsvis skal det gis et kort svar på spørsmålet stilt i tittelen; nemlig om det gjelder et objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøvelse. Her må svaret bli «både og». Når staten utøver uhjemlet offentlig myndighetsutøvelse, og når det foretas svært inngripende vedtak, så gjelder det i praksis et tilnærmet objektivt ansvar. Det er også enkelte holdepunkter for at det ved uhjemlet offentlig myndighetsutøvelse som krenker EMK, foreligger et objektivt ansvar, selv om det motsatte legges til grunn i Vangen-dommen. Ved feiltolkning av hjemmelslov på plan- og bygningsrettens område gjelder normalt det alminnelige arbeidsgiveransvar. For øvrig må det foretas en konkret vurdering av hvilket ansvarsgrunnlag som gjelder. Men også der det bare gjelder et arbeidsgiveransvar, vil ansvaret ved uhjemlet offentlig myndighetsutøvelse være strengt.»

Fra 1. januar 2015 ble retten til BPA rettighetsfestet i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d. Fra bestemmelsens første ledd første punktum, hitsettes:

«Personer under 67 år med langvarig behov for personlig assistanse etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b har rett til å få slike tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse.»

Ved fylkesmannens vedtak av 4. oktober 2016 ble det avgjort at Tian hadde rett til å få sine tjenester organisert som BPA. Spørsmålet blir etter dette om det er unnskyldelig at Kvæfjord kommune inntok et annet standpunkt i vedtaket av 15. april 2016.

Retten har etter en konkret helhetsvurdering kommet til at Kvæfjord kommunes uriktige lovforståelse i vedtaket av 15. april 2016 ikke er unnskyldelig.

Ved vurderingen har retten vektlagt at kommunen på flere sentrale punkter har foretatt en uriktig tolkning av vilkårene for BPA, herunder kravene til langvarig behov for tjenester, nødvendigheten av flere tjenesteytere tilstede og betydningen av begrepet hjemmeboende. Som det fremgår av fylkesmannens vedtak av 4. oktober 2016 er vilkårene oppfylt i Tians tilfelle. Det bemerkes òg at Kvæfjord kommune i ettertid har erkjent at grunnvilkårene for rett til BPA var, og er, oppfylt for Tian.

Videre har retten sett hen til at reglene om BPA var ny på tidspunktet da kommunens vedtak ble fattet. Etter rettens syn er reglene likevel enkle å forstå. Det vises i denne forbindelse til at innholdet i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d er nærmere beskrevet i Rundskriv I-9/2015 av 18. desember 2015 fra Helse- og omsorgsdepartementet. Det legges til grunn at Kvæfjord kommune var kjent med rundskrivet da vedtaket av 15. april 2016 ble fattet. Rundskrivet ble sendt som vedlegg til søknaden om BPA og Kvæfjord kommune har selv henvist til rundskrivet i vedtaket av 15. april 2016.

Ved vurderingen av om Kvæfjord kommunes uriktige lovforståelse var unnskyldelig har retten også lagt særlig vekt på forklaringen fra førstekonsulent Anne Marit Bygnes, som fattet vedtaket og som vurderte saksøkernes klage på vedtaket før det ble sendt til fylkesmannen. Hun har forklart for retten at hun ikke behersket regelverket da hun behandlet søknaden om BPA. Hun har videre forklart at vilkårene for innvilgelse av BPA var oppfylt på søknadstidspunktet, men med unntak av vilkåret for langvarig behov for avlastning, samt at det ikke var forsvarlig med BPA i relasjon til tvangsvedtaket etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Hun forklarte også at hun var kjent med Rundskriv I-9/2015 av 18. desember 2015 da hun fattet vedtaket, men at hun valgte å forstå rundskrivet på egen måte.

Anne Marit Bygdnes har nederst på side 2 i vurderingen av saksøkernes klage over avslaget på BPA gitt uttrykk for at BPA ikke er en rettighet og at det er kommunen selv som avgjør hvilke tjenester som skal tilbys den enkelte bruker. Anne Marit Bygdnes fastholdt denne forståelsen under sin forklaring for retten.

Retten finner grunn til å bemerke at det er flere påfallende omstendigheter ved kommunens behandling av søknaden, samt kommunens opptreden under klagebehandlingen og etter at endelig vedtak fra fylkesmannen forelå.

Så vel saksøkerne som Anne Marit Bygdnes har gitt forklaringer om samarbeidsproblemer som ledet til at vernepleier Christoph Aders tok over som saksbehandler etter Anne Marit Bygdnes fra høsten 2013. Ved Kvæfjord kommunes brev av 16. februar 2016, mens søknaden om BPA var under behandling, ble saksøkerne orientert om at Christoph Aders hadde blitt erstattet av Anne Marit Bygdnes som saksbehandler. Det var Anne Marit Bygdnes som av slo søknaden om BPA den 15. april 2016.

Den 23. mai 2016, mens klagen over kommunens avslag på BPA var under behandling, utarbeidet Kvæfjord kommune en skisse over fremtidige avlastningstilbud og helse- og omsorgstjenester for Tian, som gikk ut på at kommunen skulle overta avlastningen og senere helse- og omsorgstjenester for Tian i en kommunal bolig på Borkenes.

Kommunens planlegging av fremtidige avlastningstilbud og helse- og omsorgstjenester fortsatte utover høsten 2016. Ved Kvæfjord kommunes «Forhåndsvarsel – revurdering av helse- og omsorgstjenester» av 21. september 2016, opplyste Anne Marit Bygdnes at kommunen ønsket å organisere avlastningen selv og at *«[d]ersom foreldrene ikke ønsker å diskutere et avlastningstilbud og videre tilbud om helse- og omsorgstjenester i kommunal regi når Tian Thrane Sørgård blir 18 år, vil avlastning annenhver uke bli avviklet fra og med 01.01.2017»*.

Etter at fylkesmannens vedtak av 4. oktober 2016 forelå, anmodet Kvæfjord kommune om at fylkesmannen skulle foreta en ny vurdering av vedtaket, samt oppnevne setteverge for Tian. Ved brev av henholdsvis 1. og 19. desember 2016 avviste fylkesmannen anmodningen om ny vurdering og oppnevning av setteverge.

Den 8. desember 2016 utarbeidet Kvæfjord kommune et utkast til vedtak om BPA, som ble presentert for foreldrene i et samarbeidsmøte. Utkastet svarte i stor grad til de tjenestene som ble foreslått i forhåndsvarselet av 21. september 2016. Etter en del korrespondanse forelå endelig vedtak om BPA den 25. januar 2017 med fritt brukervalg og tjenesteytelse i Tians bolig på Bremnes.

Til tross for ovennevnte valgte Kvæfjord kommune likevel å henvende seg til Statens helsetilsyn ved brev av 13. juli 2017, hvoretter det ble bedt om at helsetilsynet skulle foreta en vurdering av om fylkesmannen hadde lagt riktig faktum til grunn i vedtaket av 4. oktober 2016, samt om det forelå åpenbare mangler ved fylkesmannens saksbehandling, rettsanvendelse eller skjønnsutøvelse som kunne hatt betydning for avgjørelsen om innvilgelse av BPA for Tian. Ved svarbrev av 31. januar 2018 opplyste Statens helsetilsyn at det ikke var aktuelt å overprøve fylkesmannens vedtak av 4. oktober.

Retten har etter dette kommet til at kommunens avslag på søknad om BPA berodde på en uriktig lovforståelse, og at rettsvillfarelsen ikke kan betraktes som unnskyldelig. Slik retten ser det, tilfredsstillende ikke saksbehandlingen de krav saksøkerne med rimelighet kan stille til en kommune.

Kvæfjord kommune har etter uttak av stevning endret standpunkt til at grunnvilkårene for BPA var, og er, oppfylt i Tians tilfelle, men at han likevel ikke hadde rettskrav på BPA ettersom dette ikke kunne etableres på en forsvarlig måte i henhold til helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.

Det bemerkes at Kvæfjord kommune har bevisbyrden for at en BPA-organisering av tjenestene ikke er mulig innenfor kravet til forsvarlige tjenester, jfr. Rundskriv I-9/2015 av 18. desember 2015 pkt. 3.1 på side 5.

Kvæfjord kommune har anført at Tians helsemessige behov, med obstipasjon og epilepsi, og kognitive nivå taler for at BPA ikke er egnet for ham. Retten er ikke enig i dette, og viser til at problemstillingen er nærmere drøftet i Rundskriv I-9/2015 av 18. desember 2015 pkt. 2.2 på side 2, hvor det heter:

«Selv om helsetjenester ikke kan kreves organisert som BPA, vil det ofte kunne være hensiktsmessig, og i samsvar med intensjonen i ordningen, at kommunen legger enkle helsetjenester inn i BPA-ordningen dersom dette er forsvarlig og brukeren ønsker det.»

Videre fremgår følgende under pkt. 3.1 på side 4:

«Der det ut fra en forsvarlighetsvurdering er behov for miljøfaglig eller annen fagkompetanse i den daglige tjenesteytingen, må kommunen stille krav om at det ansettes personer med nødvendig kompetanse. Dette vil for eksempel gjelde for personer med kognitive funksjonsnedsettelse eller psykiske lidelser, og for personer som har et utviklingsbehov som skal ivaretas i den daglige tjenesteytingen.»

Videre vises til vitneforklaringen fra Alette Reinholdt, som er fagansvarlig rådgiver i JAG assistanse, et selskap som leverer BPA-tjenester. Hun har forklart for retten at selskapet har flere brukere med epilepsi. Etter vitnets vurdering blir diagnosen et mindre problem under en BPA-ordning ettersom man oppnår færre personer rundt brukeren og som raskt blir kjent med brukeren, noe som erfaringsmessig medfører at man lettere vil kunne forutse og håndtere epileptiske anfall.

Kvæfjord kommune har videre anført at BPA ikke kan etableres på en forsvarlig måte ettersom Tian er underlagt vedtak om bruk av tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Etter rettens syn kan heller ikke denne anførselen føre frem. Ved vurderingen er det lagt vekt på uttalelsene i Rundskriv I-9/2015 av 18. desember 2015 pkt. 4.7 på side 10 og 11, hvor det heter:

«Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d er ikke avgrenset mot personer med vedtak om tvang eller makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Også personer med vedtak etter kapittel 9 vil dermed kunne ha rett til å få organisert tjenestene som BPA.

I mange tilfeller vil BPA – med sitt store innslag av brukerstyring, og med muligheter for en liten og stabil personalgruppe – kunne bidra til å redusere forekomsten av utfordrende atferd, og dermed også behovet for bruk av tvang og makt. Også der tjenestemottakeren ikke har rett til å få tjenestene organisert som BPA, for eksempel fordi det er behov for to tjenesteytere deler av tiden, vil BPA eller en lignende organisering av tjenestetilbudet kunne være aktuelt både som

forebyggende tiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-4, og som alternativ til tvang etter samme lov § 9-5 første ledd første punktum.»

Videre har retten lagt vekt på vitneforklaringen fra Alette Reinholdt, som har forklart at JAG assistanse har brukere som er underlagt vedtak om bruk av makt og tvang etter kapittel 9, samt brukere som grenser mot slike vedtak. Vitnet har forklart om positive erfaringer hva angår kombinasjonen av BPA og vedtak om bruk av tvang og makt. Hun har videre forklart at BPA er forebyggende overfor brukere som grenser mot vedtak etter kapittel 9. Hun har også forklart at JAGs erfaring med brukere med kapittel 9-vedtak, er at bruken av tvang og makt reduseres.

Til støtte for anførselen – om at kombinasjonen av BPA og vedtak etter kapittel 9 er problematisk – har Kvæfjord kommune vist til diverse uttalelser fra landets fylkesmenn, som viser at kombinasjonen er sjelden. Retten har i liten grad funnet å kunne vektlegge disse uttalelsene. Etter rettens syn er det ikke usannsynlig at brukere som Tian ikke fremkommer av fylkesmennenes statistikker. Det vises i denne forbindelse til at statistikkene ikke sier noe om brukere med BPA som grenser mot vedtak etter kapittel 9 eller brukere som tidligere har hatt vedtak etter kapittel 9. Alette Reinholdt har forklart for retten at JAG assistanse har hatt brukere som tidligere har hatt vedtak etter kapittel 9, men at disse vedtakene er blitt opphørt etter at brukerne ble innvilget BPA. Anne Marit Bygdnes har også forklart at det på et tidspunkt ble utøvd tvang og makt overfor Tian til tross for at det ikke forelå noe formelt vedtak etter kapittel 9.

Videre har Kvæfjord kommune anført at en BPA-ordning er så kostnadskrevende at økonomiske hensyn bør tas med i vurderingen av om BPA kan kreves etablert.

Etter ordlyden i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d fjerde ledd er ikke økonomiske betraktninger et vurderingstema i tilfeller hvor brukeren har et tjenestebehov på minst 32 timer pr. uke. Fra bestemmelsen hitsettes:

«Med stort behov i første ledd menes et tjenestebehov på minst 32 timer per uke. Brukere med tjenestebehov på minst 25 timer per uke har likevel rett til å få tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse, med mindre kommunen kan dokumentere at slik organisering vil medføre vesentlig økt kostnad for kommunen.»

Rettens forståelse av ordlyden støttes opp av lovforarbeidene i Prop. 86 L (2013-2014) pkt. 6.2.3 på side 21, hvor det heter:

«Bruker vil, dersom lovforslagets øvrige vilkår er oppfylt, ha rett på BPA dersom kommunen vurderer behovet for personlig assistanse og avlastning for barn til minst 32 timer per uke. Brukere med et tjenestebehov på minst 25 timer per uke (men mindre enn 32 timer per uke) vil også ha rett på BPA med mindre kommunen kan

dokumentere at slik organisering av tjenester vil medføre vesentlig økt kostnad for kommunen. I intervallet mellom 25 og 32 timer kan kommunen med andre ord bare avstå fra å innfri denne rettigheten dersom tilbudet medfører vesentlig økt kostnad for kommunen.»

På bakgrunn av ovennevnte legges til grunn at økonomiske betraktninger bare vil være et relevant vurderingstema for brukere med et tjenestebehov i intervallet mellom 25 og 32 timer.

Det er ikke bestridt at Tian har et tjenestebehov på minst 32 timer pr. uke, noe som for så vidt fremgår av Kvæfjord kommunes vedtak AVHO-nr. 82/16 av 15. april 2016 på side 4, hvor det heter at «*Dere har et omfattende vedtak på helse- og omsorgstjenester og faller inn under lovens krav om omfattende tjenester med minst 32 timer pr. uke*».

Retten har etter dette kommet til at økonomiske betraktninger ikke er et relevant vurderingstema i Tians tilfelle.

Retten kan heller ikke se at det taler mot BPA at Jan Morten Sørgård er arbeidsleder i dette tilfellet, og har i denne forbindelse lagt vekt på uttalelsene i Rundskriv I-9/2015 av 18. desember 2015 pkt. 3.3 på side 6, hvor det heter:

«Brukere som har en kognitiv funksjonsnedsettelse, psykisk sykdom eller er mindreårig, eller av andre grunner ikke kan ivareta arbeidslederopp gavene selv, er også omfattet av rettighetsbestemmelsen. Arbeidslederrollen ivaretas da av andre personer på vegne av eller i samarbeid med brukeren. Hvem som kan ivareta arbeidslederrollen på vegne av brukeren følger i utgangspunktet de alminnelige regler for fullmakt og representasjon. Aktuelle arbeidsledere vil være personer med foreldreansvar for mindreårige barn, eller verge med mandat på det personlige området, jf. vergemålsloven §§ 16 og 20 flg. [...] Foreldrenes roller overfor assistentene må klargjøres, slik at det blir klart for alle involverte hvordan arbeidsforholdet er innrettet.»

Videre har retten lagt vekt på forklaringen fra Magne Kvam, som er en av assistentene under den nåværende BPA-ordningen på Bremnes. Han har forklart for retten at det er uproblematiske at arbeidslederrollen utøves av Tians far.

Etter rettens syn foreligger det ikke holdepunkter som samlet eller enkeltvis taler for at BPA ikke kunne etableres på en forsvarlig måte i denne saken.

Endelig bemerkes at Anne Marit Bygdnes har forklart at hun på søknadstidspunktet ikke hadde noen forutsetninger for å vurdere hvorvidt BPA kunne etableres på en forsvarlig måte eller ikke.

Selv om det foreligger ansvar etter skadeerstatningsloven § 2-1 første ledd første punktum, finner retten grunn til å knytte noen bemerkninger til det tjenestetilbudet som Tian og hans familie mottok høsten 2015 og våren 2016.

De krav som stilles til helse- og omsorgstjenester følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1. Fra bestemmelsens første ledd, hitsettes:

«Helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes etter loven her skal være forsvarlige. Kommunen skal tilrettelegge tjenestene slik at:

- a. den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert helse- og omsorgstjenestetilbud,
- b. den enkelte pasient eller bruker gis et verdig tjenestetilbud,
- c. helse- og omsorgstjenesten og personell som utfører tjenesten blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter og
- d. tilstrekkelig fagkompetanse sikres i tjenestene.»

Jan Morten Sørgård har forklart for retten at Tian fungerer som et barn på 2-3 år, at han har behov for hjelp til det meste i hverdagen og at man må være på vakt døgnet rundt. Tian kommuniserer med lyder, kroppsspråk, mimikk, peking og en såkalt «roll-talk». Tian har behov for stabilitet, forutsigbarhet og personell som kjenner ham. Når han har det vondt eller ikke gjør seg forstått, kan han utagere ved å klype, slå, sparke og lugge. Man må kjenne Tian for å forutse når utageringen vil inntreffe og for å håndtere utageringen.

Jan Morten Sørgård har videre forklart at overgangen til Rå videregående skole høsten 2015 var krevende. Saksøkerne opplevde at Tian ble urolig, fikk redusert matlyst og at han ikke gikk på do i skoletiden. Videre opplevde saksøkerne at Tian sov dårligere, at han utagerte oftere og mer intenst, samt at han ved flere anledninger utagerte om morgenen idet han ikke ønsket å dra på skolen.

Jan Morten Sørgårds forklaring for retten støttes opp av et begivenhetsnært dokumentbevis, nemlig en bekymringsmelding som foreldrene sendte til Kvæfjord kommune pr. e-post den 15. januar 2016. Av bekymringsmeldingen fremkommer at Tian utagerte oftere og sterkere, både hjemme og på KOA. Videre fremkommer at utageringen forverret seg gradvis siden skolestart i august 2015 og at Tian på daværende tidspunkt hadde for mye personell og arenaer å forholde seg til. I tiden etter at bekymringsmeldingen ble sendt, tok saksøkerne Tian ut av avlastningen som fant sted i kommunal regi fra kl. 14:00 til kl. 16:00, noe som bidro til at Tian fikk én mindre arena å forholde seg til.

Miljøarbeider Magne Kvam har forklart for retten at han har arbeidet med Tian siden februar 2010. Magne Kvam startet som elevassistent på Borkenes skole og fulgte Tian over til Rå videregående skole høsten 2015. Etter påsken 2016 begynte Morten Kvam i KOA, hvor han arbeidet i 1 år før han ble ansatt i Privat Omsorg Nord, hvor han er en del av BPA-tjenesten som Tian mottar i dag på Bremnes.

Magne Kvam har videre forklart for retten at overgangen til Rå videregående skole var en kaotisk prosess med store utskiftninger blant lærere, miljøarbeidere og kommuneansatte. Slik Magne Kvam opplevde det, kom det ofte inn nye personer som var usikre på hvordan de skulle jobbe med Tian. Ifølge Morten Kvam fikk ikke Tian den roen han hadde på Borkenes skole, noe som resulterte i redusert matlyst og uhell som følge av at han ikke gikk på do.

Nina Andreassen har forklart for retten at hun har arbeidet i ulike stillingsprosenter på KOA siden 2013 og da primært med Tian. Vitnet har frem til 1. januar 2018 vært en del av den BPA-tjenesten som Tian mottar på Bremnes. Hun har videre forklart at Tian utagerte oftere og sterkere etter at han begynte på Rå videregående skole høsten 2015. Ifølge vitnet var det mindre som skulle til før Tian utagerte sammenlignet med tidligere år.

Bente Berg har forklart for retten at hun har arbeidet med Tian siden hun begynte på KOA i 2014. Hun har videre forklart at overgangen til Rå videregående skole høsten 2015 var en komplisert prosess, hvoretter Tian ikke fikk et fast personale å forholde seg til. På KOA merket man at overgangen ble vanskelig for ham og at utviklingen gikk i en negativ retning. I løpet av høsten 2015 opplevde vitnet at utageringen eskalerte og at Tian, som ellers hadde hatt et jevnt søvnmønster, fikk det vanskeligere på natta. Fra januar 2016 opplevde vitnet at Tian utagerte hyppigere og at han ikke ville dra på skolen. Etter at Tian begynte å tilbringe avlastning på KOA mellom kl. 14:00 og kl. 16:00 ble det noe lettere å få ham til å spise middag.

Drosjesjåfør Pål Kristian Rørnes har forklart for retten at han har vært sjåfør for Tian siden barneskolen. Ifølge vitnet har han kjørt Tian til skolen mer enn halvparten av dagene som Tian har vært på skolen. Vitnet har videre forklart at det som regel gikk greit å kjøre Tian til skolen i løpet av grunnskoleårene, men at Tian ikke var like medgjørlig ved enkelte tilfeller. Etter at Tian begynte på Rå videregående skole høsten 2015, opplevde vitnet en endring i Tians atferd utover vinteren og våren. Om denne perioden har vitnet beskrevet situasjoner hvor Tian ikke ønsket å sette seg inn i drosjen om morgenen, samt utageringer bestående av slag mot vitnet, lugging i håret til Mona Thrane Sørgård, klyping og kasting av gjenstander rundt seg. De samme utfordringene opplevde vitnet da han hentet Tian på KOA.

De fire ovennevnte vitneforklaringene fra henholdsvis Magne Kvam, Nina Andreassen, Bente Berg og Pål Kristian Rørnes kommer fra personer som har fulgt Tian over en lengre periode og som kjenner ham godt. Vitneforklaringene tillegges derfor stor vekt.

Mette Mari Johansen har forklart for retten at hun kom inn som den tredje kontaktlæreren i løpet av det første året på Rå videregående skole og at hun forble kontaktlærer i et halvt års tid ut skoleåret. Hun har videre forklart at hun har vært Tians lærer på barneskolen, men at hun ikke kjente ham godt. Ifølge vitnet fikk hun ikke noen opplæring og hun har forklart at det var ustabilitet rundt Tians tilbud før hun tiltrådte som kontaktlærer. I starten forekom det at Tian kunne gå en hel dag uten å gå på do, noe som resulterte i uhell. Den siste måneden av skoleåret følte imidlertid vitnet at de fikk kontroll på toalettrutinene, men det var stort sett bare vitnet som fikk lov av Tian til å følge ham på toalettet. Vitnet har videre forklart at det etter hvert ble lettere å få Tian med på aktiviteter. Ifølge vitnet fremsto det som at Tian hadde det trygt og godt på skolen, og at han hadde gode og dårlige dager. Vitnet hadde ikke til hensikt å fortsette på Rå videregående skole det påfølgende skoleåret, idet hun hadde bestemt seg for å ta en stilling ved Borkenes skole.

Miljøterapeut Marita Schwer har forklart for retten at hun har noe kjennskap til Tian ettersom hun har arbeidet i en 70 %-stilling på KOA. Hun har imidlertid ikke jobbet primært med Tian i sin tid på KOA. Høsten 2015 arbeidet vitnet på VAF-enheten, hvor hun var en del av aktivitetstilbudet som Tian mottok etter skoletid, men fra nyttår 2016 begynte hun å følge Tian i skoletiden på onsdager og fredager. De øvrige dagene var det Christoph Aders som fulgte Tian i skoletiden.

Da vitnet begynte å følge Tian i skoletiden syntes hun ikke det var noen form for struktur og forutsigbarhet i Tians tilbud. Det hadde vært store utskiftninger blant personellet og det var ikke noen struktur i hvordan dagene ble lagt opp. Vitnet opplevde imidlertid at Tian godtok tilbudet bedre etter hvert. Han begynte å spise lunsj sammen med vitnet og toalettrutinene bedret seg på slutten av skoleåret.

Vernepleier Christoph Aders har forklart for retten at han kom i kontakt med Tian høsten 2013 da han skulle overta som saksbehandler etter Anne Marit Bygdnes. Fra medio september 2015 ble vitnet assistent for Tian i den kommunale avlastningen mellom kl. 14:00 og kl. 16:00 etter skoletid. Fra januar 2016 ble vitnets oppdrag utvidet til å følge Tian i skoletiden.

Christoph Aders har videre forklart at det var et stort frafall blant lærere høsten 2015, noe som resulterte i at det ble hentet inn flere vikarer. Ifølge vitnet hadde ikke Tian noe godt tilbud høsten 2015. Det var mange registreringer vedrørende utagering og tisseuhell, men tilfeller av tisseuhell ble redusert drastisk etter at vitnet og Mette Mari Johansen laget et opplegg som fungerte.

Det legges til grunn at personellet rundt Tian ble noe mer stabilt våren 2016 etter at Mette Mari Johansen kom inn som kontaktlærer og Christoph Aders og Marita Schwer begynte å følge Tian i skoletiden. Fra samme tidspunkt ble det tatt i bruk et nytt rapporteringsskjema for å gi økt bevissthet om tiltaksbruk overfor Tian. Fremlagt statistikk viser at antall utageringer gikk ned våren 2016 sammenlignet med høsten 2015.

Statistikken over utagerende atferd er et begivenhetsnært og objektivt bevis. Samtidig gir statistikken liten oversikt over hvordan Tian ga uttrykk for situasjonen overfor de han er mest trygg på, nemlig foreldrene. Jan Morten Sørgård har forklart for retten at utageringen vedvarte utover våren 2016 og at Tian ikke var kontaktbar og levde i sin egen boble. Fremlagte fotografier av april 2016 viser at Tian påførte Jan Morten Sørgård kloremerker på armen og halsen. Ifølge Jan Morten Sørgård skyldtes utageringen at Tian ikke ønsket å dra på skolen. Forklaringen fra Jan Morten Sørgård støttes opp av andre begivenhetsnære bevis, herunder saksøkernes bekymringsmelding av 15. januar 2016 og saksøkernes søknad om sommeravlastning på KOA av 25. april 2016.

Videre fremkommer det i en uttalelse fra Habiliteringsavdelingen UNN av 20. mai 2016 at Tian på daværende tidspunkt kunne være i kontakt med opptil 20 personer i løpet av en uke, noe som ble beskrevet som lite hensiktsmessig og faglig uforsvarlig.

Den 17. februar 2016 anmodet saksøkerne fylkesmannen om å avholde tilsyn over tjenestene som Tian mottok. I fylkesmannens rapport av 5. juli 2016 fremkommer at fylkesmannen avdekket to avvik og ga en merknad. Blant avvikene fremholdt fylkesmannen at kravet til forebygging ikke var oppfylt ettersom det forelå en mangelfull samhandling og ulike regler/struktur på de fire arenaene, samt uklar ansvarsfordeling og rapporteringsrutiner.

Gjennomgangen viser at Tian fikk for mange personer og arenaer å forholde seg til i løpet av høsten 2015 og våren 2016, og at han med hensyn til sin sammensatte diagnostikk ikke mottok tilstrekkelig forutsigbarhet og kontinuitet i tjenestetilbudet. Det er kommunen som har ansvaret for at den enkelte bruker gis et forsvarlig, helhetlig, koordinert og verdig helse- og omsorgstjenestetilbud, jfr. helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.

På bakgrunn av en samlet vurdering har retten funnet at Tian ikke hadde et forsvarlig helse- og omsorgstilbud høsten 2015 og våren 2016.

Etter rettens vurdering ville heller ikke kommunens planer for 2016 ha sikret Tian et forsvarlig tjenestetilbud. Det vises i denne forbindelse til at kommunen i brev av 26. september 2016 skisserte et omsorgstilbud bestående av 1:1-bemanning i kommunal bolig på Borkenes med ambulerende nattjeneste og låst ytterdør uten muligheter til å låse opp.

Når retten har kommet til at et slikt tjenestetilbud ikke ville vært forsvarlig, er det lagt stor vekt på forklaringer fra personer som har kjent Tian over tid. Nina Andreassen har forklart for retten at noe mindre enn 2:1-bemanning ikke ville vært forsvarlig og har vist til konkrete situasjoner hvor 2:1-bemanning har hatt en forebyggende effekt i relasjon til utagerende atferd hos Tian. Hun har videre forklart at det ikke ville vært forsvarlig å være alene med Tian. Hun har òg forklart at Tian ikke kunne hatt ambulerende nattjeneste, idet han ofte står opp om natten bare for å undersøke om noen av assistentene sover på rommet ved siden av. Forklaringen fra Nina Andreassen støttes opp av forklaringen fra Jan Morten Sørgård.

Videre har Magne Kvam forklart at det ikke ville vært forsvarlig, verken for Tian eller tjenesteyteren, med 1:1-bemanning. Magne Kvam har også forklart at det ikke ville vært en god kombinasjon for Tian å bo sammen med likesinnede og vist til situasjoner på VAF, hvor Tian har vært ukomfortabel blant andre brukere.

Avslutningsvis finner retten grunn til å bemerke at befaringen av Tians bolig på Bremnes, styrker oppfatningen av at den nåværende BPA-ordningen er forsvarlig og til det beste for Tian. Jan Morten Sørgård har forklart for retten at foreldrene oppførte boligen i 2008 og bodde der sammen med Tian til han fylte 18 år. Formålet var at det skulle bli et trygt hjem, som Tian skulle overta og bo i da han fylte 18 år.

Vilkåret om ansvarsgrunnlag er oppfylt.

Økonomisk tap

Saksøkerne har anført å ha lidt et økonomisk tap stort kr. 1 238 790,-. Beløpet gjelder private kjøp av avlastningstjenester fra KOA for perioden august 2016 til februar 2017.

Saksøkerne har anført at BPA-ordningen ville blitt iverksatt fra skolestart i august 2016 dersom Kvæfjord kommune hadde innvilget BPA våren 2016. Bakgrunnen for at erstatningskravet er begrenset til februar 2017 skyldes at saksøkerne i brev av 1. mars 2017 ba om utsatt oppstart av BPA til Tians 18-årsdag den 12. juni 2017.

Etter rettens syn er det mest sannsynlig at BPA-ordningen ville blitt iverksatt fra skolestart i august 2016 dersom Kvæfjord kommune hadde innvilget BPA våren 2016. Det vises i denne forbindelse til at Kvæfjord kommune har angitt at det vil ta maks 2 måneder å etablere en BPA-ordning, jfr. Kvæfjord kommunes vedtak AVHO-nr. 17/2017 av 25. januar 2017, hvor det fremgår at «[o]rdningen med BPA vil tre i kraft så snart som mulig og senest innen 01.04.2017». Det legges til grunn at nåværende BPA-ordning ville blitt iverksatt senest 1. april 2017 dersom foreldrene ikke hadde bedt om utsettelse til Tians 18-årsdag den 12. juni 2017. Av denne grunn anses det overveiende sannsynlig at BPA ville

hatt oppstart fra og med august 2016 hvis Kvæfjord kommune hadde fattet et riktig vedtak våren 2016.

Det anførte tapet er dokumentert ved fakturaer av 31. august 2016, 30. september 2016, 31. oktober 2016, 30. november 2016, 31. desember 2016, 31. januar 2017 og 28. februar 2017. Det er fremlagt dokumentasjon som viser at fakturaene fra KOA er betalt av saksøkerne.

Kvæfjord kommune har anført at den totale summen av fakturaene er for høyt og at kr. 613 468,44,- må gå til fratrekk i det økonomiske tapet. Beløpet utgjør summen av poster angitt som produkt nr. 1202 i fakturaene. Kvæfjord kommune har fremholdt at disse postene utgjør helg- og nattjenester.

Jan Morten Sørgård har forklart for retten at de tjenestene som saksøkerne har kjøpt fra KOA svarer til den tiden Tian skulle ha vært på skolen, skolefritidsordning og VAF i løpet av sommeren 2016. Jan Morten Sørgård har videre forklart at det beror på en skrivefeil at postene angitt som produkt nr. 1202 er oppgitt i døgn og ikke i timer. Ifølge Jan Morten Sørgård ble disse postene tilpasset på en slik måte at summen svarte til de timene som ble kjøpt. Retten fester lit til Jan Morten Sørgårds forklaring. Ved vurderingen er det lagt særlig vekt på at oppgitt timepris i fakturaene, sammenholdt med den tiden Tian skulle ha tilbragt på skole, SFO og VAF, i stor grad svarer til det beløpet som er blitt fakturert og betalt av saksøkerne.

Kvæfjord kommune har videre anført at et beløp oppad begrenset til kr. 50 000,- må gå til fratrekk i det økonomiske tapet. Kvæfjord kommune har begrunnet anførselen med at Jan Morten Sørgård gjennom sitt eierskap av Tian Holding AS hadde en betydelig eierpost i KOA frem til salget av selskapet i mai 2016 og at det i salgsavtalen er inntatt en såkalt «earnout»-klausul.

Etter rettens syn er det ikke grunnlag for å gjøre noe fratrekk i det økonomiske tapet som følge av «earnout»-klausulen eller Jan Morten Sørgård tidligere eierskap av KOA. Retten finner det klart at saksøkernes private kjøp av tjenester fra KOA ikke var motivert av økonomiske egeninteresser. Kvæfjord kommune har over en tiårsperiode hatt avtaler med KOA om avlastningsopphold for Tian. KOA er en arena som Tian kjenner godt. Arenaen består av et personell som kjenner Tian og som Tian er vant med. Å kjøpe private tjenester fra KOA fremstår derfor som både naturlig og fornuftig.

Retten har etter dette kommet til at saksøkerne har lidt et økonomisk tap stort kr. 1 238 790,-.

Retten går så over til å vurdere om det foreligger årsakssammenheng mellom de ansvarsbetingende forholdene og det økonomiske tapet.

Årsakssammenheng

Retten til erstatning er betinget av at det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom de ansvarsbetingende forholdene og det økonomiske tapet. Om vilkåret hitsettes følgende fra Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utg. (2007), side 322 – 323:

«Vilkåret faktisk/historisk årsakssammenheng krev for det første at det er *kontinuerleg påverknadssamanheng ledd for ledd* frå den påstått ansvarlege årsaksfaktoren og fram til skaden. Dei einskilde ledd kan vera underlagt reallover eller erfaringsreglar som seier at når faktor A er til stades fylgjer dermed B, som igjen fører til C. Eller det kan vera ledd som heilt eller delvis er styrt av menneskeleg reaksjon, val eller vilje, eller faktorar som fungerte som føresetnader for at andre krefter fekk verka. Poenget er at den påstått ansvarlege årsaksfaktoren – gjennom fleire eller færre ledd – har hatt slik *innverknad på skaderesultatet* at det er naturleg å karakterisera den som ei årsak til realskaden. Det er altså tale om *samanheng i den faktiske hendingsgangen*. [...]

Dessutan er det eit rettsleg minstekrav eller kvalitetskrav at den påstått ansvarlege årsaksfaktor er så vidt vesentleg i årsaksbiletet at det er naturleg å knyta ansvar til den [...].»

Etter en samlet vurdering har retten kommet til at det tjenestetilbudet som Tian og hans familie mottok høsten 2015 og våren 2016 gjorde Tian syk. Ved vurderingen er det lagt vekt på legeerklæringer av henholdsvis 12. september 2016, 19. oktober 2016 og 3. januar 2017 fra Tians fastlege, Thomas Bakkeid, hvor det fremgår at Tian av helsemessige årsaker ikke deltok i undervisningen på Rå videregående skole siden semesterstart i august 2016. At tjenestetilbudet gjorde syk støttes opp av forklaringer fra Jan Morten Sørgård, Magne Kvam, Bente Berg og Nina Andreassen, som alle har kjent Tian over tid. De samme personene har også beskrevet en merkbart endring i Tians atferd etter at han ble tatt ut av skolen og etablert i egen bolig på Bremnes. Som årsaker til den positive utviklingen hos Tian fra og med sommeren 2016, har Bente Berg og Magne Kvam vist til at Tian fikk færre arenaer å forholde seg til og et stabilt og redusert personal som er god på å lese og forstå Tian.

Kvæfjord kommune har anført at årsaksrekken er brutt ved at kommunen ikke ble satt i posisjon til forhindre et eventuelt tap som følge av at saksøkerne på eget initiativ tok Tian ut av skolen og kjøpte tjenester fra KOA. Etter rettens syn kan denne anførselen ikke føre frem.

På bakgrunn av bevisførselen legges til grunn at saksøkerne ikke hadde noen andre reelle valgmuligheter enn å kjøpe avlastningstjenester fra KOA fra og med sommeren 2016.

På bakgrunn av Tians helsesituasjon våren 2016, søkte saksøkerne om at avlastningen under sommerferien 2016 kunne finne sted på KOA for å redusere antall personer og arenaer. Kvæfjord kommune avsto søknaden i vedtak AVHO nr. 110/16 av 24. mai 2016. I vedtaket fremkommer at kommunen ikke støttet saksøkernes vurdering av at Tian hadde for mange personer og arenaer å forholde seg til.

Det er ellers lite holdepunkter for at Kvæfjord kommune ville iverksatt tiltak som ville bedret situasjonen for Tian. Det vises til at Kvæfjord kommune i løpet av våren 2016 iverksatte en prosess med sikte på at avlastningen skulle finne sted i kommunal regi i en kommunal bolig på Borkenes med ambulerende nattjeneste. Videre varslet Kvæfjord kommune om kutt i tildelingen av tjenester dersom saksøkerne ikke var villig til å diskutere et helse- og omsorgstjenestetilbud i kommunal regi. I tillegg besluttet Kvæfjord kommune på et tidspunkt å si opp avtalen med KOA, som var en kjent arena for Tian.

Slik retten vurderer Tians helsemessige situasjon og tjenestetilbud sommeren 2016, sammenholdt med kommunens planer for skoleåret 2016/2017, hadde ikke saksøkerne andre reelle valgmuligheter enn å kjøpe tjenester fra KOA. Etter rettens syn var saksøkernes tiltak nødvendig med hensyn til å forhindre ytterligere forverring av Tians helsetilstand og livskvalitet. Som det fremgår av vurderingen under det økonomiske tapet ovenfor, deler ikke retten kommunens syn om at valget av KOA skyldtes økonomiske interesser hos saksøkerne.

De forholdene at overgangen til Rå videregående skole var nytt for Tian, at han mistet tilgang til det mekaniske verkstedet, at han hadde en sykdomsperiode i desember 2015 og at han hadde økt natteaktivitet i løpet av høsten 2015, er etter rettens syn så vidt uvesentlige årsaksfaktorer at det må sees bort fra dem.

På bakgrunn av ovennevnte har retten funnet at det er en direkte årsakssammenheng mellom det tjenestetilbudet Tian og hans familie mottok høsten 2015/våren 2016 og hans helsetilstand i samme periode.

Dersom Kvæfjord kommune hadde lagt til grunn en riktig lovforståelse ved behandlingen av BPA-søknaden av 21. desember 2015, ville BPA-ordningen vært innvilget våren 2016 og hatt oppstart fra skolestart i august 2016. Det økonomiske tapet ville da vært unngått.

Etter rettens syn er det totale tjenestetilbudet høsten 2015/våren 2016 og kommunens avslag på BPA så vidt vesentlige årsaksfaktorer til Tians helsetilstand og det økonomiske tapet at det må knyttes ansvar til det.

Retten finner etter dette at det er adekvat årsakssammenheng mellom de ansvarsbetingende forholdene og det økonomiske tapet.

Vilkårene for erstatning er oppfylt. Mona Thrane Sørgård og Jan Morten Sørgård har etter dette krav på erstatning for påførte utgifter i forbindelse med privat kjøp av avlastningstjenester i perioden august 2016 og februar 2017. Erstatningskravet utgjør kr. 1 238 790,-.

Saksomkostninger

Mona Thrane Sørgård og Jan Morten Sørgård har fått medhold fullt ut, og har krav på full dekning av sine saksomkostninger, jfr. tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. annet ledd. Advokat Remlo har inngitt en omkostningsoppgave stor kr. 456 344,-, hvorav salær utgjør kr. 407 563,- inkl. mva. Kvæfjord kommune har ikke hatt bemerkninger til omkostningskravet. Retten kan ikke se at kravet er urimelig og finner at kostnadene har vært nødvendige, jfr. tvisteloven § 20-5. Retten har vurdert, men har kommet til at ingen av unntakene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd, § 20-3 eller § 20-4 får anvendelse.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er stor arbeidsmengde ved embetet.

Domsslutning er inntatt på neste side.

DOMSSLUTNING

1. Kvæfjord kommune dømmes til å betale Mona Thrane Sørgård og Jan Morten Sørgård erstatning med 1 238 790 – énmilliontohundreogtrettiåttetusensyvhundreogtretti – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse, med tillegg av forsinkelsesrenter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall og frem til betaling skjer.
2. Kvæfjord kommune dømmes til å betale Mona Thrane Sørgård og Jan Morten Sørgård saksomkostninger med 456 344 – firehundreogfemtisekstusentrehundreogførtifire – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

Retten hevet



Markus Arentsen

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.