



## HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 04.02.2019

**Saksnr.:** 18-104312ASD-HALO

**Dommere:**

Lagdommer	Tonje Fisknes
Lagdommer	Anders Haugestad
Ekstraordinær lagdommer	Synnøve Nordnes

---

Ankende part

Kvæfjord kommune

Advokat Erik Eldjarn  
Advokat Marianne Abeler

Ankematpart  
Ankematpart

Mona Thrane Sørgård  
Jan Morten Sørgård

Advokat Lina Therese Remlo  
Advokat Lina Therese Remlo

Saken gjelder krav om erstatning for uhjemlet myndighetsutøvelse.

Om sakens bakgrunn gjengis følgende fra tingrettens dom:

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

*Tian har i flere år hatt vedtak om bruk av tvang og makt etter helse- og omsorgstjeneste-loven § 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 avlastnings-tilbudet utvidet med inntil 2 døgn pr. måned.*

*Den 21. desember 2015 søkte saksøkerne om utvidet avlastning og endring av avlastnings-tilbudet 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 erstatte 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.*

Trondenes tingrett avsa 27. april 2018 dom med slik domsslutning:

- 1. Kvæfjord kommune dømmes til å betale Mona Thrane Sørgård og Jan Morten Sørgård erstatning med 1 238 790 – énmilliontohundreogtrettiåttetusensyvhundreognittiti – 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.*

Kvæfjord kommune har anket dommen. Sørgård har tatt til motmæle.

Ankeforhandling ble holdt i Tromsø 8.-14. januar 2019. For kommunen møtte helse- og omsorgssjef Ågot Hammari og ga forklaring. Ankemotpartene møtte og Jan Morten Sørgård ga forklaring. Det ble hørt 13 vitner, hvorav ett som sakkyndig, og foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken. Enkelte anførsler er frafalt av kommunen etter tingrettens dom, for øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling for lagmannsretten som for tingretten.

**Kvæfjord kommune** har i korte trekk gjort gjeldende:

Kommunens ansvar etter helse- og omsorgstjenesteloven (hol.) er å forvalte tjenestetilbudet i henhold til lovens krav. Da Tian Thrane Sørgård v/sine foreldre søkte om BPA, fylte han vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 2-1 bokstav d første ledd, men ikke vilkårene i andre ledd. Unntaket i andre ledd må forstås slik at den som enten har behov for nattjenester, eller flere enn én tjenesteyter til stede, ikke har rett til BPA, med mindre behovet for slike tjenester er kontinuerlig. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeider. Det vises til Stortingets anmodningsvedtak av 14. juni 2011, høringsbrev av 22. mars 2013, høringsnotat av 22. mars 2013, Prop 86 L og Innst. 294 L av 12. juni 2014.

Både fylkesmannens vedtak av 4. oktober 2016, og tingrettens dom, er basert på den forståelse av pbrl. § 2-1 bokstav d andre ledd som fremgår av rundskriv I-2015-9, Rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA), punkt 2.5. Her følger at «dersom brukere har et punktvis behov for to eller flere tjenesteytere til stede, vil det bare være de timene der brukeren har behov for én tjenesteyter som skal legges til grunn ved rettighetsvurderingen». Partene er enige om at dette står i motstrid med lovens forarbeider. Det står også i strid med rundskrivets eget punkt 4.7, hvor det fremgår: «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, ...». Forarbeider har høyere rang som rettskilde enn etterarbeider, og fylkesmannens og tingrettens lovforståelse er uriktig.

Tian Thrane Sørgård hadde behov for 2:1 bemanning og nattjenester i 2016. Hvorvidt han da hadde rett til BPA, avhenger av om behovene var kontinuerlige. Han hadde vedtak på bruk av tvang og makt etter hol. kapittel 9. Krav til bemanning etter hol. § 9-9 tilsa ikke kontinuerlig 2:1 bemanning. Morten Sørgårds forklaring må ses i lys av at han ønsker det beste for sønnen sin, og har hatt vansker med å sette grenser for ham. Sørgårds forklaring støttes av Magne Kvam, som er ufaglært og hvis arbeidshverdag kan bli påvirket av lagmannsrettens vurdering av saken. Også Nina Andreassen forklarte at kontinuerlig 2:1 bemanning er nødvendig. Hun var ufaglært i 2015/2016 og hennes vurdering av forsvarlighet har begrenset vekt. Heid Solheims forklaring tok utgangspunkt i at Tian bør bo på Bremnes, og at 2:1 bemanning er nødvendig fordi han bor på Bremnes. Hun baserer seg på informasjon fra PON, som er tjent med flest mulig tjenesteytere rundt Tian.

Pål Rørnes forklarte derimot at han aldri har vært redd for Tian og har kjørt ham alene en rekke ganger. Dette viser at 1:1 er tilstrekkelig deler av dagen. Ågot Hammari og Anne Marit Bygdnes har forklart at 1:1 bemanning er mulig på rolige tidspunkter på dagen, for eksempel på kveldstid. Tilsvarende har Christoph Aders, Marita Schwer og Mette Mari Johansen forklart at man kan lære seg hvilke situasjoner som kan medføre utagering hos Tian og tidvis være alene med ham, med nr. 2 på tilkalling. Bente Berg forklarte at Tian ikke har behov for kontinuerlige nattjenester, og at det er prøvd ut alarmsystemer på KOA, tilsvarende det kommunen hadde planer om å prøve.

Tian hadde altså ikke behov for heldøgns 2:1 bemanning i 2016, og dette ble heller ikke gjennomført på KOA. Heldøgns 2:1 i BPA'en Tian har i dag i sin bolig på Bremnes skyldes ikke Tians konstitusjon, men avstanden fra Bremnes til kommunens tjenesteytere for øvrig. Tian og hans foreldre hadde dermed ikke rettskrav på BPA i 2016.

Hensynet til kommunalt selvstyre tilsier at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve kommunens skjønnsutøvelse. Øvrige momenter nevnt i kommunens vedtak av 15. april 2016 er dels ikke lenger påberopt, dels ledd i en vurdering av om BPA skulle innvilges selv om det ikke forelå et rettskrav. Selv om fylkesmannens vedtak er basert på feil rettslig utgangspunkt, valgte kommunen å innrette seg etter vedtaket. Fylkesmannens lovtolkning er ikke bindende for domstolen. I vedtak av 25. januar 2017 innvilget kommunen Tian BPA ut over hva han har rettskrav på.

Forutsatt at det forelå rettskrav på BPA, foreligger likevel ikke erstatningsplikt for kommunen. Kommunen har ikke voldt skade «forsettlig eller uaktsomt», jf. skl. § 2-1, og de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten er ikke tilsidesatt. For nærmere om rettspraksis, aktsomhetsnormen og objektivt ansvar for uriktig offentlig myndighetsutøvelse vises til Markus Hoel Lie i Lov og Rett 2012 og Jens Edvin Skoghøy i Festskrift til Inge Lorange Backer 2016. Relevante momenter ved vurderingen av aktsomhetsnormen forutsatt rettsvillfarelse, vil være at det gjelder ny lovgivning, at det gjelder kommunal, ikke statlig sektor, at det gjelder rettighetslovgivning, ikke inngripende lovgivning, og at det gjelder organisering av tjenester, ikke spørsmål om tjenester skal ytes. Relevante momenter forutsatt feil faktumforståelse eller skjønnsutøvelse, vil være de momenter som fremgår av kommunens vedtak, hensynet til kommunalt selvstyre og at det er rom for mer feil her enn når det gjelder lovanvendelse.

Hvorvidt kommunens tjenestetilbud til Tian og hans foreldre høsten 2016 var uforsvarlig, må vurderes ut fra hol. § 4-1. Tjenestetilbudet ble ikke prøvd ut, idet foreldrene valgte å kjøpe private tjenester. Det må dermed foretas en hypotetisk vurdering, og det gjelder et skjerpet beviskrav for å fastslå at tjenestene ville ha vært uforsvarlige.

Tians overgang fra Borkenes skole til Rå videregående skole høsten 2015 ble planlagt over tid. Ting gikk ikke som planlagt på Rå, da det ble utskifting blant lærerne, fravær blant assistentene og reduksjon av aktivitetstilbudet. Det var samtidig et høyt antall assistenter rundt Tian på KOA. Nye omgivelser, redusert aktivitetstilbud, mange personer å forholde seg til, egen sykdom og pubertet medførte samlet sett redusert velferd for Tian. Fordi Rå ikke leverte som forutsatt, involverte kommunen seg mer enn planlagt. Fra våren 2016 ble det oppnådd stabilitet i tilbudet. Personellet på Rå ble mer stabilt med Mette Mari Johansen som kontaktlærer. Christoph Aders og Marita Schwer var assistenter både i skoletiden og i planlagt SFO-tid. Aders' hørselssvekkelse gjorde ham ikke uegnet som assistent for Tian. I foreløpig rapport av 5. juli 2016 etter tilsyn 24. mai 2016, fant fylkesmannen at krav til forebygging ikke var oppfylt rundt Tian. Verken antall personer eller antall arenaer

beskrevet i rapporten er korrekt. Barnehabiliteringens involvering er heller ikke hensyntatt og endelig rapport forelå først 7. januar 2019, uten at fakta ble kvalitetssikret og uten at kommunens innsigelser mot den foreløpige rapporten ble behandlet.

For høsten 2016 hadde kommunen planlagt at Aders og Schwer skulle fortsette som assistenter for Tian i skole- og SFO-tid. KOA ble sagt opp som tjenesteyter for kommunen med virkning fra 1. januar 2017, slik at avlastning for Tian annenhver uke høsten 2016 ville ha vært på KOA, som før. Det var altså planlagt samme avlastning for Tian høsten 2016 som han hadde da han gikk på Borkenes skole. Kommunen kan ikke holdes ansvarlig for tilbudet på Rå videregående skole. Fra 1. januar 2017 planla kommunen et forsvarlig avlastningstilbud i egnet bolig i Borkenes sentrum. Antall personer rundt Tian ville bli redusert med kun kommunen som tjenesteleverandør. Kommunens tjenestetilbud fra august 2016 til februar 2017 var forsvarlig.

Forutsatt uforsvarlig avlastningstilbud høsten 2016, foreligger likevel ikke ansvarsgrunnlag etter skl. § 2-1. Kommunen tok mange grep, fulgte saken tett opp og har ikke opptrådt uaktsomt. Formålet med BPA, som var å redusere antall personer og arenaer rundt Tian, ble søkt oppnådd ved at kommunen selv ville overta all tjenesteyting.

Det er ikke årsakssammenheng mellom avslaget på BPA og Sjørgårds utgifter til sommeravlastning på KOA. Idet kommunens avlastningstilbud sommeren 2016 var forsvarlig, foreligger heller ikke ansvarsgrunnlag i form av uforsvarlig tjenestetilbud. Kommunens avslag på sommeravlastning på KOA ble for øvrig ikke påklaget, og Sjørgårds tapsbegrensningsplikt er ikke oppfylt.

Idet kommunens tjenestetilbud høsten 2016 var forsvarlig, jf. foran, foreligger ikke årsakssammenheng mellom avslaget på BPA og ankemotpartenes utgifter til private tjenester. I tillegg kommer at det er fylkeskommunen som er ansvarlig for videregående skole. Ankemotpartene valgte å ikke sende Tian på skolen, fordi de var misfornøyde med skolens tilbud. Det er ikke årsakssammenheng mellom avslaget på BPA og utgifter til avlastning i skoletiden. Det er heller ikke årsakssammenheng mellom et eventuelt uforsvarlig tjenestetilbud og utgifter til avlastning i skoletiden. Legeerklæringer om at Tian ble syk av å gå på skolen har ikke betydning i erstatningsrettslig sammenheng. Det er personellsituasjonen i skolen, som kommunen ikke svarer for, som var avgjørende årsak til at Tian ble syk av å gå på skolen. Når Tian ble holdt borte fra skolen, er det heller ikke årsakssammenheng mellom kommunens handlinger og utgifter til avlastning i SFO-tiden.

Det er lagt ned slik påstand:

1. *Kvæfjord kommune frifinnes.*
2. *Kvæfjord kommune tilkjennes sakens kostnader for ting- og lagmannsrett.*



**Mona Thrane Sjørgård og Jan Morten Sjørgård** har i korte trekk gjort gjeldende:

Ved vurderingen av om det foreligger uriktig avslag på BPA, må retten ta utgangspunkt i at fylkesmannen har vedtatt at Tian har rett til BPA. Vedtaket er ikke innbrakt for domstolene og skal ikke overprøves. Videre må det tas utgangspunkt i at vilkår for, og organisering av BPA er to ulike forhold. Kommunen blander dette sammen når det i anken er anført at grunnvilkårene for BPA er oppfylt, men at Tian ikke hadde rett til å få BPA organisert og lokalisert som omsøkt. Endelig må det tas utgangspunkt i at Tian i dag, ved kommunens vedtak av 25. januar 2017, er innvilget BPA i eget hjem med 2:1 bemanning og nattjeneste.

Det er først under ankeforhandlingen at det er anført at den forståelsen av pbrl. § 2-1 bokstav d andre ledd som kommer til uttrykk i rundskriv I-2015-9, er feil. Ankemotpartene er enige i at forarbeidene og rundskrivet gir uttrykk for ulik forståelse av andre ledd. Utdypingen i rundskrivet må legges til grunn. Den er klar og tydelig, og kommer fra samme departement som utformet lovens forarbeider. Ved utsendelsen av rundskrivet har departementet uttalt at det utdyper hva som ligger i rett til BPA. I brev til landets ordførere i februar 2017 oppfordret helseministeren til bruk av rundskrivet. I mangel av andre rettskilder er rundskrivet en sentral kilde for forvaltningen, og er aktivt brukt av Kvæfjord kommune, selv om det er misforstått på noen punkter. Det vil få store konsekvenser om lagmannsretten finner at rettskilden som i dag benyttes, ikke kan legges til grunn.

Forutsatt at rundskrivets forståelse av pbrl. § 2-1 bokstav d legges til grunn, var avslaget på BPA så uriktig at det er ansvarsbetingende. Avslaget er feil både om langvarig behov, om Tian var hjemmeboende, om behov for flere enn én tjenesteyter til stede, om behov for nattjenester og om rettskrav på BPA. Kommunen opprettholdt at det ikke foreligger rettskrav på BPA under klagebehandlingen og for tingretten.

Av Rt-1972-578, Rt-1995-781, Rt-1999-1273, Rt-2009-354, Rt-2010-291 og Markus Hoel Lies artikkel i Lov og Rett 2012 følger samlet sett at det gjelder et strengt ansvar for stat og kommune for feil lovforståelse. I dette tilfellet, hvor lovtolkning basert på rundskrivet ikke var vanskelig, hvor riktig lovforståelse ville ha medført at søknaden ble innvilget, og hvor avslaget ble gitt i kommunens egen interesse for å spare penger, er det lite som taler for å fritta kommunen for ansvar. Hensyn til kommunalt selvstyre har liten vekt ved utøvelsen av rettsanvendelsesskjønn. Flere forhold taler her for et særlig strengt ansvar. Det dreier seg om nødvendige tjenester av betydning for grunnleggende velferd for en sårbar brukergruppe, og brukerorientert tilnærming er nødvendig for å forebygge tvang og makt. Rettsvillfarelsen som kommer til uttrykk i kommunens vedtak var ikke unnskyldelig.

I den grad kommunen opprettholder en anførsel om økonomi som grunnlag for avslag, kan dette ikke føre frem, idet økonomi ifølge forarbeidene ikke er et gyldig argument i det enkelte tiltak, og kommunen ikke har dokumentert eller sannsynliggjort at BPA er dyrere enn å organisere tjenester til Tian på annen måte.

Forutsatt at rundskrivets forståelse av pbrl. § 2-1 bokstav d er feil, hadde Tian uansett rettskrav på BPA fordi han har kontinuerlig behov for 2:1 bemanning og nattjenester. Vedtak om tvang og makt etter hol. § 9-5 tredje ledd bokstav b stiller krav til bemanning, se hol. §§ 9-1, 9-3, 9-4 og 9-9 med kommentarer og rundskriv IS-10/2015 om rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt. Etter rundskrivet kan unntak fra kravet om to tjenesteytere ved gjennomføring av tvang og makt bare fravikes av hensyn til brukeren, ikke av ressurs hensyn. Punktvis behov for to tjenesteytere forutsetter at behovet kan timeplanfestes. Morten Sjørgård, Magne Kvam og Christoph Aders har alle forklart at Tians utagering kan komme «som lyn fra klar himmel». Verken Sjørgård, Kvam, Andreassen eller Solheim anbefaler 1:1 bemanning på noe tidspunkt. Reinholdt har anbefalt 2:1 for slik bruker, Berg har forklart om 2:1 på KOA og Eikeseth har bekreftet at 2:1 er nødvendig ved skadevoldende atferd. Det kan ikke ses bort fra noen av disse forklaringene. Kommunen innvilget også Tian kontinuerlig 2:1 bemanning i januar 2017, fordi han trenger det.

I kommunens skisse til tjenester i brev av 23. mai og 26. september 2016 er det lagt til grunn 1:1 bemanning, med tilkalling av nr. 2 ved behov. Dette mangler faglig fundering, jf. foran. Når nr. 2 tildeles andre oppgaver, blir nr. 2 ikke tilgjengelig, og selvbestemmelse og en aktiv fritid blir ikke mulig. Planlagte vaktskifter ville ikke vært bra for Tian. Den eneste kommunen i mai 2016 hadde klar av personale var Christoph Aders. Hans omsorg for Tian begrenses av hans hørselshemming. Av nattjenester ble tilbudt ambulerende nattevakt og låst ytterdør. Låst dør er et ulovlig tiltak og ambulerende nattevakt, med ulike personer som Tian ikke kjenner, er uholdbart. Tian har læringspotensial, men vil alltid være på 3 års stadiet mentalt og kan aldri lære å være trygg alene om natten. Anne Marit Bygdnes' forklaring om at Tian må få være «herre i eget hus», spise hva han vil og spille dataspill om natten, sier sitt om kommunens manglende faglighet i vurderinger av Tians behov.

Alle som kjenner Tian mener han må ha kontinuerlig 2:1 bemanning og nattjeneste. BPA sikrer forutsigbarhet, reduserer antall tjenesteytere, ivaretar retten til selvbestemmelse, reduserer skadevoldende atferd og er positivt i relasjon til epilepsi. Kommunen har lenge vært kjent med at Tian skal eie og bo i egen bolig på Bremnes fra fylte 18 år. Tian har rett til å bo i egen bolig, jf. FN's konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, Regjeringens første rapport til konvensjonen og NOU 2016:17 På lik linje. Også under forutsetning av at rundskrivets forståelse av pbrl. § 2-1 bokstav d er feil, er avslaget på BPA uriktig, uaktsomt og ansvarsbetingende.

Kommunen er i tillegg erstatningsansvarlig fordi det totale tjenestetilbudet til Tian var uforsvarlig, jf. hol. § 4-1. Heller ikke ved fastleggelsen av forsvarlighetsgrensen har kommunalt selvstyre vekt. Kommunen fikk mange signaler høsten 2015 om at ting ikke fungerte. Avlastning i SFO-tiden ble likevel ikke overlatt til KOA for å redusere antall personer og arenaer rundt Tian, og det ble besluttet at Magne Kvam skulle tilbake til Borkenes skole i 2016. Aders ble benyttet som assistent, selv om han ikke kunne kommunisere med Tian. Habiliteringstjenesten uttalte at antall personer rundt Tian var for

høyt, og fylkesmannen konstaterte lovbrudd våren 2016 fordi krav til forebygging ikke ble oppfylt. Anne Tove Sivertsen forklarte at kommunens innsigelser mot den foreløpige tilsynsrapporten ble vurdert, men ikke ga grunn til endringer i endelig rapport. Det er ingen støtte i rapporten for at KOA var ansvarlig for avviket; det var det kommunen selv som var. Uten 2:1 bemanning blir ikke skadevoldende atferd forebygget i tilstrekkelig grad. I stedet for å innvilge BPA, satte kommunen inn assistent i skolen for å kunne treffe vedtak om tvang og makt i skoletiden. Kommunen uttalte i brev 23. mai 2016 at det var for mange personer rundt Tian, men avslo i brev dagen etter sommeravlastning på KOA fordi de ikke var enig i at det var for mange personer rundt ham. Verken avlastning på VAF sommeren 2016 eller kommunens skisse til avlastning på Borkenes var forsvarlig.

Skaden/det økonomiske tapet består i kjøp av private tjenester utover omfanget av tildelte tjenester. Fremlagte fakturaer er ikke bestridt. Det er enighet om at BPA kunne ha startet opp i august 2016 hvis det var innvilget i april 2016, og kunne ha vært startet opp i mars 2017 etter vedtaket av 25. januar 2017. Det ble utsatt til juni etter Sørgårds eget ønske. Kommunen er ansvarlig for utgifter til kjøp av tjenester i skoletiden fordi Tian ble sykemeldt fra skolen, og var kommunens ansvar i sykemeldingstiden. Tian ville ha gått på skolen med BPA. Sommeravlastning i 2016 ble kjøpt på KOA fordi kommunens tilbud på VAF var uforsvarlig. Det er uten betydning at avslaget på sommeravlastning på KOA ikke ble påklaget, idet en klage uansett ikke ville ha vært behandlet i tide til å få noen realitet.

Om årsakssammenheng vises til Rt-2001-337. Kun årsaker som er uvesentlige kan ses bort fra. Årsakssammenheng kan foreligge også der tapet pådras etter en form for «valg». Med BPA ville tapet ikke oppstått, fordi det ikke ville vært behov for kjøp av private tjenester. Med et forsvarlig tjenestetilbud ville heller ikke et slikt behov ha foreligget. Uforsvarlig skoletilbud er en årsaksfaktor, men Tian ville ha gått på skolen med et forsvarlig tjenestetilbud fra kommunen. Bente Berg forklarte at puberteten virket inn på Tians uro høsten 2015/våren 2016. Dette har ikke på noe tidspunkt vært løftet frem som årsak til Tians reduserte velferd i 2015/2016. Også Bente Berg mente at antall personer og arenaer utgjorde vesentlige årsaker til Tians vansker i denne perioden.

Mona og Morten Sørgård hadde ikke et reelt valg høsten 2016 utover å benytte avlastning på KOA, som var en kjent arena for Tian, med et forsvarlig tilbud. Det er forklart for retten at Tian hadde flere gode dager høsten 2016 enn våren 2016. Samtlige vilkår for erstatning er oppfylt og anken skal forkastes.

Det er lagt ned slik påstand:

1. *Anken forkastes.*
2. *Kvæfjord kommune betaler Mona Thrane Sørgårds og Jan Morten Sørgårds sakskostnader for lagmannsretten.*

**Lagmannsretten** har kommet til et annet resultat enn tingretten og bemerker:

De alminnelige vilkår for rett til erstatning er at det må foreligge ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og tapet. Partene er enige om, og lagmannsretten legger til grunn, at det aktuelle ansvarsgrunnlaget er arbeidsgiveransvar etter skl. § 2-1, hvor første ledd lyder:

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

Som et av grunnlagene for ansvar etter skl. § 2-1, er anført uhjemlet myndighetsutøvelse ved uriktig avslag på søknad om brukerstyrt personlig assistent (BPA). Rett til BPA følger av pbrl. § 2-1 bokstav d, som lyder:

*Personer under 67 år med langvarig og stort 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. Retten omfatter avlastningstiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 første ledd nr. 2 for personer med foreldreansvar for hjemmeboende barn under 18 år med nedsatt funksjonsevne. Helsetjenester i avlastningstiltak omfattes ikke.*

*Rettigheten omfatter ikke tjenester som krever flere enn én tjenesteyter til stede eller nattjenester, med mindre brukeren kontinuerlig har behov for slike tjenester.*

*Med langvarig behov i første ledd menes behov ut over 2 år.*

*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 med brukerstyrt personlig assistanse, med mindre kommunen kan dokumentere at slik organisering vil medføre vesentlig økt kostnad for kommunen.*

Alternativt er det som grunnlag for ansvar anført uhjemlet myndighetsutøvelse ved tilbud om uforsvarlige tjenester, i strid med hol. § 4-1 første ledd første setning, som lyder:

*Helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes etter loven her skal være forsvarlige.*

Det er ubestridt at Tian Thrane Sørgård og hans foreldre frem til Tian fylte 18 år hadde et kontinuerlig behov for avlastningstjenester fra Kvæfjord kommune. Det er ikke nødvendig

for lagmannsretten å gå nærmere inn på vilkårene for kommunale avlastningstjenester. BPA er en måte å organisere slike tjenester på. Det er på det rene at kommunen avsto BPA i vedtak av 15. april 2016. Etter klage ble kommunens vedtak omgjort av Fylkesmannen i Troms, som i vedtak av 4. oktober 2016 innvilget Tian rett til å få sine tjenester organisert som BPA. Kommunen innvilget 25. januar 2017 Tian og hans foreldre avlastning med slikt omfang og innhold som fremgår foran på side 4-5, organisert som BPA. Partene er enige om at dersom BPA var innvilget i april 2016, kunne det ha vært iverksatt i august 2016, og at BPA innvilget i januar 2017 kunne ha vært iverksatt i mars 2017.

Avslaget på BPA 15. april 2016 var ikke et avslag på tjenester, men kommunen forbeholdt seg rett til å organisere tjenestene på annen måte enn ved BPA. Det ble samtidig gitt avslag på utvidelse av døgnavlastning fra 27 til 40 uker i året, uten at dette avslaget er påberopt som ansvarsgrunnlag i saken. Heller ikke ved innvilgelse av BPA 25. januar 2017 ble døgnavlastning utvidet til 40 uker, men ble utvidet til 30 uker. Det er derimot et spørsmål i saken om kommunen hadde rett til å bestemme en annen organisering av tjenestene enn BPA. Ankemotpartene har anført en rekke feil ved kommunens avslag på BPA. Det er som nevnt foran også anført at kommunens alternative organisering av Tians tjenester var uforsvarlig. Kommunen har på sin side ikke fastholdt alle standpunkter som fremgår av vedtaket av 15. april 2016, men har fastholdt at Tian ikke hadde rettskrav på BPA i 2016, og har for lagmannsretten anført at rundskriv I-2015-9 er i strid med lovens ordlyd og forarbeider hva gjelder rekkevidden av pbrl. § 2-1 bokstav d andre ledd.

Slik saken står, finner lagmannsretten det hensiktsmessig først å ta stilling til om avlastningstjenestene kommunen tilbød fra sommeren 2016 til februar 2017, som er den perioden erstatningskravet gjelder, var uforsvarlige. Lagmannsretten tar først stilling til tiden august-desember 2016, deretter januar-februar 2017 og til sist sommeren 2016.

Tingretten fant at kommunens planer for 2016 ikke ville ha sikret Tian et forsvarlig tjenestetilbud. Av tingrettens dom nederst side 18 og øverst side 19 fremgår:

*Det vises i denne forbindelse til at kommunen i brev av 26. september 2016 skisserte et omsorgstilbud bestående av 1:1-bemannning 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.*

Også for lagmannsretten er det viet mye tid til kommunens skisserte tilbud av 23. mai og 26. september 2016. Ut fra sakens tidsmessige avgrensning, kan lagmannsretten ikke se at de skisserte tilbud er avgjørende for sakens resultat. Kommunens avlastningstjeneste til Tian og foreldrene i 2016 fremgår oppsummeringsvis av kommunens vedtak av 15. april

2016, av fylkesmannens vedtak av 4. oktober 2016 og av kommunens utkast til vedtak av 8. desember 2016. Av kommunens vedtak av 15. april 2016 fremgår:

*Dere har i dag vedtak på 27 uker avlastning ut 2016, i tillegg 2 dg pr. måned frem til 01.07.2016. Avlastingen gjennomføres på KOA. I tillegg har dere avlastning i forbindelse med skolegang. På skoledager har dere vedtak på avlastning etter skoletid fra kl 14.00 til kl 16.00 og fra 8.15 – 16.00 på skolens fridager, som planleggingsdager, vinterferieuke, juleferie, påskeferie og 4 uker i løpet av sommerferien. Dette utgjør ca 2 timer i 190 dager i tillegg til ca 40 dager fra kl 8.15 – 16.00. Dette er organisert med kommunalt tilsatte.*

I henhold til dette hadde Tian høsten 2016 døgnavlastning på KOA annenhver uke, og dag- og timesavlastning i regi av kommunen på skoledager og skolens fridager. I tillegg hadde han kommunal assistanse i skoletiden i henhold til vedtak av februar 2016, som følge av vedtak om tvang og makt i skoletiden. De nevnte vedtak ble ikke endret i 2016. I brev av 23. mai 2016 skisserte kommunen sitt fremtidige tjenestetilbud for Tian. Av brevets andre og fjerde avsnitt på side 1 fremgår:

*Før vi ber dere på et møte, ønsker vi å gi en skriftlig skissering over hvilke avlastningstilbud og fremtidige helse- og omsorgstjenester kommunen kan yte med formål å lette omsorgsbyrden for dere og gi Tian et helhetlig og faglig forsvarlig tilbud.*

...

*Dere og vi er enige om at situasjonen er vanskelig og det er ønskelig med en løsning. På lik linje med dere er vi enig om at det bør være en tjenesteleverandør. Kvæffjord kommune ser det som en naturlig løsning å overta all avlastning som dere mottar og senere det tjenestetilbudet som Tian vil ha behov for.*

I siste avsnitt side 1 fremgår:

*Avlastingen skal gjennomføres i egnet bolig i Borkenes sentrum. Boligen har personalenhet tilknyttet.*

Avslutningsvis i brevet fremgår at det vil bli avtalt et møte hvor det kan arbeides videre med planene. Det fremgår ikke eksplisitt at det skisserte tilbudet skulle gjelde fra 1. januar 2017. Dette fremgår derimot direkte av kommunens oppfølgende brev av 26. september 2016, etter at Sørgård ved brev av 21. september 2016 hadde fått forhåndsvarsel om revurdering av avlastning, personlig assistanse i skolen og vedtak om bruk av makt og tvang i skoletiden. At det skisserte tilbudet skulle gjelde fra 1. januar 2017, fremgår også av at de gjeldende vedtak for 2016 ikke ble endret. Ved brev av 1. september 2016 ble Sørgård orientert om at kommunens avtale om kjøp av avlastningsopphold på KOA var

sagt opp med virkning fra 31. desember 2016, og at kommunen fra 1. januar 2017 selv ville yte de innvilgede tjenestene.

Høsten 2016 og frem til innvilgelse av BPA i januar 2017 var det altså vedtak med innhold som sitert foran som gjaldt fra kommunens side, inkludert døgnavlastning på KOA. Det er opplyst at Tian var innvilget ¼ nattevakt på KOA. Fra KOAs side er det forklart at han til tross for kommunens vedtak hadde nattevakt hele natten. For lagmannsretten har spørsmål om kontinuerlig behov for nattjeneste, antall nattevakter og muligheter for bruk av alarm, stått sentralt. Det foreligger imidlertid ikke opplysninger som tyder på at innvilget nattjeneste på KOA før høsten 2016 har vært påklaget/omstridt, og tjenesten synes ikke å ha vært endret fra kommunens side i 2016 sammenliknet med tidligere år. Lagmannsretten går derfor ikke nærmere inn på dette.

Etter at BPA var avslått, valgte Sørgård fra skolestart høsten 2016 å holde Tian borte fra skole og SFO, og kjøpe avlastning fra KOA i skole- og SFO-tiden. Tian hadde dermed kun to arenaer å forholde seg til høsten 2016; hjemme og KOA. Ut fra kommunens vedtak for 2016 skulle han forholde seg til fire arenaer; hjemme, KOA, skolen og VAF. Høsten 2015 og våren 2016 var Tians dagligliv fordelt mellom disse fire arenaer, slik det også hadde vært i lengre tid mens han gikk på Borkenes skole. Spørsmålet for lagmannsretten blir om kommunens tilbud høsten 2016 om samme organisering av avlastningstjenester som tidligere, var uforsvarlig. Det er da nærliggende å vurdere situasjonen i foregående år noe nærmere. Tingretten fant at Tian ikke hadde et forsvarlig helse- og omsorgstilbud høsten 2015 og våren 2016. Av tingrettens dom, øverst side 18, fremgår samtidig:

*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 sammenliknet med høsten 2015.*

Som tingretten finner lagmannsretten at Tians situasjon var bedre våren 2016 enn høsten 2015. Idet situasjonen bedret seg i 2016, finner lagmannsretten det ikke nødvendig å ta endelig stilling til om det kommunale tjenestetilbudet høsten 2015 var uforsvarlig. Lagmannsretten finner det uansett mest sannsynlig at årsakene til sykdom/forverring hos Tian fra høsten 2015 var sammensatt, hvor ustabil personale både på KOA, på skolen og fra kommunens side spilte inn, sammen med overgangen til videregående skole og Tians alder, utvikling og pubertet. Bedring våren 2016 skyldes ikke nødvendigvis at foreldrene tok Tian ut av kommunens SFO-ordning. På samme måte som årsakene til forverring høsten 2015 var sammensatt, finner lagmannsretten at årsakene til bedring utover i 2016 var sammensatt. Det er opplyst at personalet både på KOA, på skolen og fra kommunens side ble mer stabilt våren 2016. Tian ble også bedre kjent med skolen og skolens lokaler.

Samtidig uttalte Habiliteringsavdelingen UNN i brev av 20. mai 2016 at forebygging rundt Tian på flere områder trengte forbedring, på alle arenaer, og at det er lite hensiktsmessig at det «kan være opp til 20 personer på en uke der har kontakt med ham». Fylkesmannen fant i foreløpig rapport av 5. juli 2016 etter stedlig tilsyn 24. mai 2016 at krav til forebygging ikke var oppfylt på grunn av mangelfull samhandling og forskjellige regler/struktur på de fire arenaene rundt Tian. I rapporten er det vist til at barnehabiliteringen har vurdert at det er lite hensiktsmessig «at 20 personer per uke har kontakt med Tian». Dette viser at forholdene rundt Tian heller ikke våren 2016 var optimale. Kommunen har bestridt at 20 personer hadde kontakt med Tian hver uke. Barnehabiliteringen synes noe mer forsiktig i sitt anslag på antall personer rundt Tian enn fylkesmannen har lagt til grunn.

Det er ikke avklart for lagmannsretten hvor mange personer som hadde kontakt med Tian per uke våren 2016. Slik saken er opplyst, er det vanskelig for lagmannsretten å ha en klar formening om hvor stort antall personer og arenaer det var forsvarlig at Tian forholdt seg til. Han skiftet fra Borkenes skole til Rå videregående skole høsten 2015, fra KOA til PON sommeren 2017, og fra hjemmeundervisning til Stangnes videregående skole i 2018. Med god tilrettelegging synes han å tåle endringer/utvidelser av arenaer/miljø/personer. Lagmannsretten forstår bevisene slik at antall personer, og Tians kjennskap til personene, er viktigere for hans velferd enn antall arenaer. Dette støttes av at fire arenaer har vært en vanlig konstellasjon for ham i mange år, men ble problematisk etter overgang til Rå videregående skole, da personalet på flere arenaer ble både ukjent og stort i antall.

Uavhengig av om kommunens avslag på BPA i april 2016 var ansvarsbetingende uriktig, finner lagmannsretten det vanskelig å karakterisere kommunens tilbud om Christoph Aders og Marita Schwer som assistenter i skole- og SFO-tiden høsten 2016, kombinert med avlastning annenhver uke på KOA, som uforsvarlig som avlastningstjeneste. Aders og Schwer var på dette tidspunkt godt kjent med Tian, etter et halvt års assistanse for ham i skoletiden våren 2016. Begge har egnet utdannelse. Lagmannsretten finner ikke sannsynliggjort at Aders var uegnet som assistent for Tian på grunn av hørselshemming. Det vises til forklaringer fra Aders selv, Marita Schwer og Ågot Hammari. At Magne Kvam skal ha observert en situasjon hvor han mener Aders ikke responderte adekvat på lyder fra Tian, er ikke tilstrekkelig til at det er sannsynliggjort at Aders var uegnet. Kjent og stabilt personale som assistenter i skole- og SFO-tid, med opphold på VAF på skolefrie dager, var en kjent konstellasjon for Tian fra tiden på Borkenes skole.

At tilbudet ville videreføre fire ulike arenaer for Tian, kan ikke i seg selv ses å være uforsvarlig. Etter påpekninger både fra barnehabiliteringen på UNN og fylkesmannen hadde kommunen en jobb å gjøre med å sikre forebygging av tvang og makt blant annet gjennom felles struktur og rammer på de ulike arenaer. Det er mest sannsynlig at kommunen ville jobbe videre med dette. Dette omfattet også fokus på avvik fra felles opplegg som hadde forekommet på KOA, og som tidligere hadde vært påpekt av kommunen. Med faste og kjente assistenter ville Tian mest sannsynlig fungere bedre enn



med skiftende assistenter som han opplevde høsten 2015. Personellsituasjonen både på KOA og i kommunen var mer stabil høsten 2016 enn høsten 2015 og våren 2016. Etter ett år på skolen var Rå ikke lenger ukjent territorium. I tillegg kommer at Tian var blitt et år eldre, og ifølge Bente Berg knekte koden for å håndtere egen pubertet/seksualitet i løpet av 2016, noe som gjorde ham roligere. Bergs forklaring om Tians pubertet og håndtering av egen seksualitet, støttes av sakkyndig vitne Svein Eikeseths mer generelle betraktninger om når puberteten gjerne inntreffer blant psykisk utviklingshemmede og autister, og hvordan den kan arte seg.

Også kommunens vedtak av 25. januar 2017, hvor BPA ble innvilget, er basert på at Tian er på skolen i skoletiden. Sørgård har anført at Tian ville ha vært på skolen høsten 2016 med BPA. Av legeerklæringer av 12. september 2016, 19. oktober 2016 og 3. januar 2017 fremgår at Tian «av helsemessige årsaker» ikke deltok i undervisningen ved Rå videregående skole august 2016-februar 2017. Ankemotpartene har anført at dette betyr at han ble syk av skolen så lenge kommunens avlastningstjeneste ikke ble omorganisert.

Lagmannsretten finner at legeerklæringene ut fra sin generelle henvisning til «helsemessige årsaker» ikke kan få avgjørende betydning for saken. Det fremgår ikke av legeerklæringene at Tian ble syk av organiseringen av kommunens avlastningstjeneste, eller at han ikke ville blitt syk av skolen med BPA. Hvis skolegang på Rå av helsemessige årsaker ikke var mulig med kommunens avlastningstilbud høsten 2016, fremstår det som tvilsomt at slik skolegang uten videre ville fungere med BPA, uavhengig av personellsituasjonen og aktivitetstilbudet på skolen. Sørgård har forklart at det fra skolen før skolestart ble opplyst at de ikke planla endringer i opplegget til Tian. Det var også på det rene at Mette Mari Johansen ikke skulle arbeide ved Rå høsten 2016. Heller ikke etter at BPA ble innvilget, gikk Tian på Rå videregående skole. Det foreligger ingen erfaring med hvordan skolegang på Rå virket inn på Tian etter våren 2016. Frem til våren 2016 finner lagmannsretten som nevnt at årsaksbildet til Tians mistriivsel var sammensatt. Fra høsten 2016, slik situasjonen da fremsto og sett på bakgrunn av at Sørgård har anført at han ville ha gått på skolen med BPA, finner lagmannsretten det ikke sannsynliggjort at Tian ville ha blitt syk av å gå på Rå videregående skole med Aders og Schwer som assistenter. Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at det kommunale avlastningstilbudet høsten 2016 var uforsvarlig.

For januar og februar 2017 hadde kommunen i utgangspunktet skissert sitt tjenestetilbud i brev av 23. mai og 26. september 2016. Her ble det skissert avlastning i kommunal bolig sentralt på Borkenes, med tidvis 1:1 og tidvis 2:1 bemanning, nattevaktordning og muligheter for bruk av alarm og låst ytterdør. Dette var tenkt å gjelde fra 1. januar 2017. Men etter fylkesmannens vedtak av 4. oktober 2016, revurderte kommunen sine helse- og omsorgstjenester til Tian og hans foreldre. I utkast til vedtak av 8. desember 2016 ble avlastning organisert som BPA skissert, og det ble uttalt at det «vil være nødvendig med

ekstraordinær avlastning inntil ordningen med BPA trer i kraft». Av vedtak av 25. januar 2017, hvor avlastning organisert som BPA ble innvilget, fremgår:

*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.*

Det er ikke belyst nærmere for lagmannsretten nøyaktig hva «videre avlastning på KOA» innebar, men lagmannsretten oppfatter situasjonen slik at ankemotpartene ble innvilget de samme tjenester i januar og februar 2017 som høsten 2016. På bakgrunn som nevnt foran, finner lagmannsretten det ikke sannsynliggjort at kommunens tilbud var uforsvarlig.

Som sommeravlastning 2016 tilbød kommunen opphold på VAF. Foreldrene kjøpte i stedet tjenester på KOA. Av kommunens avslag av 24. mai 2016 på sommeravlastning på KOA fremgår at Sjørgård søkte

*om å få 5 uker avlastning som skulle gjennomføres av kommunen lokalisert til VAF, organisert som avlastning på KOA. Dette er avlastning fra ca kl 08.00 – 16.00 på dager som skal erstatte tidligere tilbud på SFO.*

Spørsmålet for denne delen av saken er altså om det var uforsvarlig av kommunen ikke å endre 5 uker avlastning på VAF til 5 uker avlastning på KOA. Av vedtaket side 2 fremgår:

*Kommunen er enig i at det har vært mange personer involvert i avlastning organisert som SFO høsten 2015. Ved oppstart av skoleåret kjøpte kommunen disse tjenestene av Rå vgs. Det viste seg vanskelig for Rå vgs å organisere tjenesten og helse- og omsorgsavdelingen overtok. ... Fra 01.01.2016 og frem til nå har det vært god stabilitet i det kommunale tilbudet.*

*... Kommunens assistenter rapporterer ikke om at han er svært urolig og aggressiv i samvær med disse. ... Det er disse assistentene fra skolen som vil ha hovedansvaret for Tian under all avlastning organisert som SFO. ...*

*Foreldrene er også bekymret for at Tian har for mange miljøer å forholde seg til. Som avlastingslokaler i sommerferien vil kommunen benytte lokaler på VAF. Dette er lokaler som Tian kjenner fra tidligere, både mens han gikk på Borkenes skole og delvis Rå vgs. Tian disponerer eget rom på VAF, der han kan trekke seg tilbake etter eget ønske eller i stressede situasjoner. Han er godt kjent med rommet og ordninga om å kunne trekke seg tilbake. Rommet gir tilgang til flere aktiviteter han liker. Heller ikke her støtter kommunen foreldrenes bekymring om at for mange lokaler er årsaken til at Tian ikke har det bra for tiden og er svært urolig og aggressiv.*

Det er forklart for lagmannsretten at Christoph Aders og Marita Schwer skulle ha hovedansvaret for Tian under sommeravlastning på VAF. Sørgård har stilt seg tvilende til at dette ville ha blitt realiteten, men lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at det ikke ville ha blitt slik. Lagmannsretten finner det som nevnt foran mest sannsynlig at begge disse var godt kjent med Tian sommeren 2016, og finner ikke sannsynliggjort at Aders var uegnet som assistent for Tian. Det fremstår som ubestridt at Tian var godt kjent med VAFs lokaler, idet han etter det opplyste gjentatte ganger over år har hatt avlastning på noen fri- og feriedager på VAF. I sommerferien 2016, hvor også opphold i skolens lokaler var uaktuelt, finner lagmannsretten ikke sannsynliggjort at avlastning annet kjent sted enn på KOA var uforsvarlig.

Idet lagmannsretten ikke finner at kommunens tilbud i noen del av perioden erstatningskravet relaterer seg til kan karakteriseres som uforsvarlig, foreligger ikke ansvarsgrunnlag på grunn av uforsvarlig tjenestetilbud. Det er dermed ikke grunnlag for erstatning for utgifter til sommeravlastning på KOA.

Som ansvarsgrunnlag for rett til erstatning for utgifter til avlastning i perioden august 2016 til februar 2017, er som nevnt foran også påberopt uhjemlet avslag på BPA. I tillegg til å bestride ansvarsgrunnlag, har Kvæfjord kommune anført at det ikke er årsakssammenheng mellom ankemotpartenes utgifter til privat avlastning og avslaget på BPA. Forutsetningen for årsakssammenheng er at den påberopte årsaksfaktoren er en nødvendig betingelse for det økonomiske tapet, jf. Lødrup/Kjelland, Lærebok i erstatningsrett, 6. utgave, side 329.

Tingretten la til grunn «at saksøkerne ikke hadde noen andre reelle valgmuligheter enn å kjøpe avlastningstjenester fra KOA fra og med sommeren 2016», se dommen side 21. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Som redegjort for tidligere, har lagmannsretten lagt til grunn at kommunens avlastningstilbud i perioden august 2016 til februar 2017 var forsvarlig, og at årsakene til svingningene i Tians fungering i 2015 og 2016 var sammensatte. På denne bakgrunn kan det ikke sies å ha vært nødvendig å kjøpe private tjenester i stedet for å ta imot kommunens tilbud.

Siden avslaget på BPA ikke i dette tilfellet står i årsakssammenheng med det økonomiske tapet, er det ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til om avslaget på BPA innebærer at det foreligger ansvarsgrunnlag etter skl. § 2-1.

Alle nødvendige vilkår for rett til erstatning er ikke oppfylt, og kommunen blir å frifinne for Sørgårds erstatningskrav.

Kvæfjord kommune har vunnet saken og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. Lagmannsretten finner imidlertid at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta motpartene fra kostnadsansvaret etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Det vises særlig til at saken, til tross for at den gjelder

krav om erstatning i en begrenset tidsperiode, er av velferdsmessig betydning og at styrkeforholdet mellom partene tilsier fritak, jf. § 20-2 tredje ledd bokstav c, og at kommunens to vedtak av 15. april 2016 og 25. januar 2017 har svært ulikt innhold, noe som har bidratt til uklarheter for ankemotpartene om deres rettsstilling.

Når lagmannsrettens resultat legges til grunn, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd, har kommunen vunnet saken også for tingretten. På samme grunnlag som for lagmannsretten, tilkjennes ikke sakskostnader for tingretten.

Sakskostnader tilkjennes etter dette ikke for noen instans.

Dommen er enstemmig.

### **DOMSSLUTNING**

1. Kvæfjord kommune frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Tonje Fisknes

Synnøve Nordnes

Anders Haugestad

*Dokument i samsvar med undertegnet original.  
Hilde Hanssen (signert elektronisk)*