



Fylkesmannen i Hordaland

Sakshandsamar, telefon
Trond Håkon Stadheim, 5557 2189

Vår dato
29.05.2017
Dykkar dato
15.03.2017

Vår referanse
2017/3693 422.5
Dykkar referanse
16/1518

Osterøy kommune
Rådhuset
5282 Lonevåg

Oppheving av vedtak - Osterøy - Gnr 58 bnr 1 - Frådeling av parsell - Jordlova

Vedtak:

Osterøy kommune sitt vedtak datert 08.03.2017 blir oppheva og kommunen må handsame klagen på nytt, som følgje av at det ikkje er teke stilling til spørsmål knytt til habilitet.

Dette vedtaket har heimel i forvaltningslova § 34 fjerde ledd jf. § 41, som følgje av manglande vurdering etter § 6 andre ledd og § 8 andre ledd.

Kva saka gjeld:

Arkoconsult AS søkte på vegne av Trygve Tønnesen om frådeling av eit areal på ca. 13,8 dekar frå eigedomen gnr. 58, bnr. 1 i Osterøy kommune, datert 26.05.2016. Formålet med frådelinga er å kunne ha sikkerheit i banken knytt til oppussing av våningshus, samstundes som borna på eit seinare tidspunkt skal kunne få tomter.

Osterøy kommune fatta eit negativt vedtak 12.10.2016. Vedtaket er blant anna grunngjeve med at ei frådeling vil føre til ei driftsmessig dårleg løysing for eigedomen, samstundes som omsynet til jordvern tilseier avslag.

Vedtaket blei motteke den 15.10.2016 og påklaga av Advokatfirmaet Harris v/ Arild Nundal på vegne av søkar den 02.11.2016. Det blir i klagen vist til at det ikkje er tale om dyrka mark som er søkt frådelt eller realistisk at den blir dyrka oppatt. Vedtaket til kommunen bygger difor på feilaktige opplysningar. For søker er det vesentleg å få til ei frådeling for å kunne finansiera rehabilitering av eigedomen. Vidare vil frådeling styrkje busetting i området og frådeling vil ikkje svekke driftsgrunnlaget til eigedomen.

Klagen vert handsama i plan- og kommunalt teknisk utval 08.03.2017, der vedtak av 12.10.2016 blei stadfesta. Det er her vist til at det ikkje er nokon nye opplysningar i saka som tilseier at kommunen skal ta klagen til følgje. Saka blei difor oversendt til Fylkesmannen for endeleg avgjersle 15.03.2017.

Fylkesmannen mottok brev frå advokat Arild Nundal 21.03.2017, der det blir vist til sakshandsamingsfeil i kommunen, knytt til brot på opplysningsplikta etter forvaltningslova § 17, usakleg forskjellshandsaming og habilitet, jf. forvaltningslova § 6 andre ledd og § 8 andre

ledd. Det blir også vist til brev sendt 06.03.2017 der det blir tatt opp spørsmål knytt til habilitet til medlemmer av utvalet og rådmannen i kommunen. Det blir i brev av 06.03.2017 bede om at rådmannen ikkje førebur klagesaka og at tre av medlemmene i planutvalet vik sete. På bakgrunn av dette hefter det slike feil ved vedtaket, at saka må sendast i retur til kommunen for ny handsaming.

Fylkesmannen er av det syn at klagen er kome fram i rett tid, jf. forvaltningslova § 29, og er av det syn at vilkåra for å handsame saka å ligg føre, jf. § 34 første ledd første setning.

Fylkesmannen sin vurdering:

Etter forvaltningslova § 34 kan klageorganet prøve alle sider ved saka. Statleg klageinstans skal likevel leggje vekt på omsynet til det kommunale sjølvstyret ved prøving av det frie forvaltningsskjønnet i saka. Klageinstansen kan enten treffe eit nytt vedtak i saka eller oppheve det og sende saka tilbake til underinstansen til heilt eller delvis ny handsaming, jf. fjerde ledd.

Fylkesmannen finn det naturleg å ta stilling til spørsmålet knytt til om det ligg føre brot på sakshandsamingsreglane, slik det er fremja påstand om, før ein eventuelt tek stilling til handsaminga etter jordlova.

Det følgjer av forvaltningslova § 41 at dersom reglane om handsaming etter forvaltningslova eller i forskrift gjeve i medhald av lova, ikkje er overhaldne ved handsaming av ei sak som gjeld enkeltvedtak, vil vedtaket likevel vere gyldig dersom feilen ikkje har virka inn på vedtaket sitt innhald.

Det blir i Ot.prp.nr.38 (1964-1965) side 120 uttalt:

«Departementet finner derfor ingen betenkelighet ved å foreslå den endring i utkastet at feilen bare skal komme i betraktning «dersom det er sannsynlig at den kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.»»

Det inneber at eit forvaltningsvedtak kan kjennast ugyldig dersom det kan tenkast at feilen har hatt verknad for resultatet.

Det er i juridisk teori lagt til grunn at dei aller fleste feil som er gjort kan rettast opp ved klagesakshandsaminga, ved at klageorganet kan ta stilling til nye moment. Det er dermed ikkje slik at sjølv om saka mogelegvis ikkje var tilstrekkeleg opplyst etter forvaltningslova § 17, så inneberer dette at vedtaket er ugyldig då feilen kan rettast ved handsaminga av klagen i klageinstansen. Dette kommer til uttrykk blant anna i Forvaltningsrett med kommentarer av Geir Woxholth s. 648-649 der det blir uttalt:

«Er det rimelig klart at forvaltningen har lagt et feilaktig faktum til grunn, kan vedtaket også bli ugyldig av denne grunn, jfr Rt 2009 s 851. Feil i faktum er imidlertid prinsipielt ikke å regne som en saksbehandlingsfeil, men som et eget grunnlag for ugyldighet. Det skal som regel mindre til av sannsynlighet før vedtaket blir ugyldig som følge av mangelfull utredning enn (konstatert) feil i faktum.»

Likevel vil feil hos førsteinstansen ofte ikkje ha stor verknad, ved at overordna organ tek stilling til saka og det som er ført av klager ved handsaminga, og er plikta *«til å ta i betraktning opplysninger som er nye i forhold til førsteinstansens behandling av saken, dvs*

som er fremkommet i ettertid.» jf. Forvaltningsrett med kommentarer s. 555. Det avgjerande vil vere om feilen kan ha hatt verknad også det endelege vedtaket.

Fylkesmannen er difor av det syn at eventuelle feil ved opplysningsplikta ikkje nødvendigvis vil ha verknad for det endelege vedtaket, då dei kan bli retta i klagesakshandsaminga sidan klagar har hatt moglegheit for å kome med sine merknader knytt til dette.

Det er vidare i brev datert 06.03.2017 vist til at klagar er av det syn at rådmannen og tre av utvalsmedlemmene er inhabile i saka etter fvl. § 6 andre ledd og § 8 andre ledd.

Forvaltningslova § 6 andre ledd lyder slik:

«Likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part.»

Dette må sjåast i samband med mellom anna § 6 første ledd, som seier at ein som er inhabil ikkje kan *«tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse»*. Det er likevel unntak i tilfelle der det er openbart at vedkommande si tilknytning til saka ikkje vil ha påverknad for hans standpunkt og verken offentlege eller private interessa tilseier at vedkommande bør vike sete, jf. fjerde ledd.

Det er i § 8 andre ledd ved spørsmål om i habilitet knytt til kollegiale avgjersler lagt til grunn:

«I kollegiale organ treffes avgjørelsen av organet selv, uten at vedkommende medlem deltar. Dersom det i en og samme sak oppstår spørsmål om ugildhet for flere medlemmer, kan ingen av dem delta ved avgjørelsen av sin egen eller et annet medlems habilitet, med mindre organet ellers ikke ville være vedtaksført i spørsmålet. I sistnevnte tilfelle skal alle møtende medlemmer delta.»

Ut i frå dei dokumenta som Fylkesmannen har motteke er det likevel ikkje noko som gjeld handsaming av spørsmålet knytt til habilitet. Dersom det ligg føre inhabilitet, så er dette ein feil som ofte førar til at vedtaket er ugyldig etter § 41, jf. Forvaltningsloven med kommentarer s. 648:

«Inhabilitet (§ 6) fører gjerne lett til ugyldighet, fordi feilen ofte vil kunne ha virket inn på resultatet. Det er enighet om at hensynet til publikums tillit til forvaltningen kommer inn som et moment med egenverdi, slik at kravet til sannsynlighetsvurderingen blir beskjedent her, jfr Eckhoff/Smith s 489. Se om inhabilitet og § 41: Rt 1953 s 549, Rt 1965 s 679, Rt 1973 s 460, Rt 1998 s 1398, RG 1968 s 228, RG 1975 s 708, RG 1976 s 32 og RG 1976 s 571. Det må ved inhabilitet antas at det bare er hvor det med en forholdsvis høy grad av sikkerhet kan antas at feilen har vært uten betydning for vedtaket at ugyldighet ikke inntre, jfr Frihagen, Forvaltningsloven, s 951.»

Det vert vist i samband med dette til Forvaltningsloven med kommentarer side 557, der det i samband med ramma av § 34 andre ledd blir uttalt:

«Det følger uttrykkelig av lovforarbeidene at kompetansebegrensningen i annet ledd tredje punktum ikke skal føre til en beskjæring av klagernes rettssikkerhet på området for det frie

skjønn, jfr Ot prp nr 51 (1995-96) s 41. Synspunktet er således at klageinstansen i samsvar med hovedregelen i § 34 annet ledd annet punktum skal vurdere alle anførsler fremsatt i klagen, men i tillegg til klagers anførsler legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret.»

Sidan Fylkesmannen skal leggje vekt på omsynet til det kommunale sjølvstyret, er det ikkje ei fjerntliggande mogelegheit for at inhabilitet har verknad også for det endelege vedtaket. Det visast i samband med dette til at det mellom anna er fremja habilitetsmotsegn mot fleire av utvalsmedlemmane i kommunen, før den blir sendt til Fylkesmannen for endeleg avgjersle.

Fylkesmannen er klar over at brevet knytt til habilitet kom kort tid i forkant av at planutvalet skulle handsame saka, men kommunen må likevel handsama desse spørsmåla. Om konsekvensen hadde vore at saka blei utsatt fram til dette spørsmålet hadde blitt teke stilling til, er ikkje dette i seg sjølv tilstrekkeleg grunnlag for å ikkje ta stilling til spørsmålet. Saka kunne eventuelt ha blitt tatt opp til handsaming ved neste møte i utvalet slik at kommunen hadde fått tatt stilling til habilitetsspørsmålet.

Når det ikkje ligg føre dokumentasjon på at kommunen faktisk har teke stilling til spørsmålet, har heller ikkje Fylkesmannen grunnlag for å undersøke dette nærare og vurdere om dette spørsmålet er forsvarleg vurdert.

Fylkesmannen har difor kome fram til at saka må sendast tilbake til kommunen for ny handsaming, og at kommunen tek stilling til spørsmålet knytt til habilitet etter forvaltningslova § 6 andre ledd og § 8 andre ledd, då manglande vurdering kan tyde på ei svikt ved sjølve vedtaket. Vedtaket fatta av det politiske utvalet blir difor oppheva etter forvaltningslova § 34 fjerde ledd, jf. § 41.

Når det gjeld spørsmålet knytt til usakleg forskjellshandsaming kan ikkje Fylkesmannen sjå at dette er teke stilling til i saksutgreiinga knytt til vedtak fatta 08.03.2017. For at Fylkesmannen eventuelt skal kunne ta stilling til dette på eit seinare tidspunkt vil det vere hensiktsmessig om kommunen eventuelt visar til kvifor det ikkje er tale om usakleg forskjellshandsaming, då dette i seg sjølv vil kunne føre til ugyldigheit.

Fylkesmannen har på bakgrunn av det ovanfor ikkje teke stilling til spørsmålet knytt til omdisponering og frådeling.

Dette vedtaket er endeleg og kan ikkje påklagast.

Med helsing

Åse Vaag
landbruksdirektør

Trond Håkon Stadheim
rådgjevar

Brevet er godkjent elektronisk og har derfor inga underskrift.

Kopi til:

Advokatfirmaet Harris v/ Arild Nundal	PB 4115 Sandviken	5835	BERGEN
Trygve Tønnesen	Votlo	5286	HAUS