

Notat

Til: Miljø Drift AS
Fra: Advokatfullmektig Hanne Bentzen
Dato: 14. februar 2023

Saknr.: 1124998501

VURDERING AV OM JOHANNES SEIM MJELDE VAR INHABIL PÅ PLAN- OG KOMMUNALTEKNISK UTVALGSMØTE DEN 25.01.2023

1. Innledning

Harris Advokatfirma AS er engasjert av tiltakshaver Miljø Drift AS for å foreta en vurdering av om varamedlem i Osterøy kommune sitt plan- og kommunaltekniske utvalg, Johannes Seim Mjelde, var inhabil på utvalgsmøtet den 25.01.2023 ved behandling av sak 013/23.

Sak 013/23 gjaldt søknad om dispensasjon for oppføring av boligbrakker på gnr. 54 bnr. 25 i Osterøy kommune. Kommunens referanse er 22/3288. Søknaden skulle opprinnelig ha blitt behandlet av utvalget den 30.11.2022 som sak 128/22, men ble utsatt til den 25.01.2023 grunnet befaring. Rådmannen innga positiv innstilling til søknaden i begge omgangene. Et flertall av utvalget (tre representanter) stemte likevel for å avslå søknaden på utvalgsmøtet den 25.01.2023, mens mindretallet (to representanter) stemte for å gi tillatelse i samsvar med rådmannen.

Bakgrunnen for at det stilles spørsmål om Johannes Seim Mjelde sin habilitet i saken, er at vedkommende er nabo til omsøkte tiltak. Mjelde eier en større landbrukseiendom på gnr. 54 bnr. 5 som består av seks sammenhengende parseller hvor Mjelde har sin boligeiendom og driver landbruk.

Da saken opprinnelig skulle ha blitt behandlet av utvalget den 30.11.2022 var Mjelde ikke en av utvalgsrepresentantene som skulle avgjøre søknaden. Han sendte imidlertid en e-post til seks av representantene fem dager før utvalgsmøtet, den 25.11.2022, hvor han uttalte seg klart negativt til søknaden. Som nevnt ovenfor valgte utvalget under møtet å utsette behandlingen av saken til den 25.01.2023 for å gå på befaring i forkant av behandling av saken.

Da saken ble behandlet i utvalget den 25.01.2023 stilte en av representantene spørsmål til Mjelde sin habilitet i saken. En annen representant var også usikker på vedkommendes habilitet. Utvalget kom likevel enstemmig til at Mjelde var habil ved behandling av saken.

Da utvalget stemte for utfallet i saken, var Mjelde en av de tre representantene (flertallet) som stemte for å avslå søknaden.

Etter vår vurdering var Johannes Seim Mjelde inhabil på utvalgsmøtet den 25.01.2023 ved behandling av sak 013/23. Virkningen av saksbehandlingsfeilen er at vedtaket er ugyldig og dermed opphevet. Kommunen må derfor ta stilling til søknaden på nytt.

I det følgende vil vi begrunne vår vurdering.

2. Vurdering av om Mjelde var inhabil på utvalgsmøtet 25.01.2023 ved behandling av sak 013/23

2.1 Om Mjelde var inhabil etter fvl § 6 andre ledd

Kommuneloven § 11-10 første ledd lyder:

«Bestemmelsene om inhabilitet i forvaltningsloven kapittel II gjelder ved behandling av saker i folkevalgte organer, men de særreglene som følger av denne paragrafen.»

Forvaltningsloven (fvl) § 6 andre ledd lyder:

«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 en 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.» (min understrekning).

Hensynet bak habilitetsreglene i forvaltningsloven er å sikre korrekte avgjørelser og å bidra til å opprettholde tilliten og troverdigheten til forvaltningen og folkevalgte organer.

I veileder til fvl. § 6 «Habilitet i kommuner og fylkeskommuner» av Kommunal- og regionaldepartementet (2011) fremhever departementet på s. 11 følgende om bestemmelsens andre ledd (min understrekning)

«Bestemmelsen åpner for en bred, skjønsmessig vurdering av om tjenestemannen har en slik tilknytning til saken eller partene at tilliten til at hun eller han vil behandle saken på en nøytral måte kan bli svekket. Dersom tjenestemannen har flere former for tilknytning til saken eller partene, må disse vurderes samlet. Ved denne vurderingen skal det blant annet legges vekt på om avgjørelsen vil innebære en «særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til». Det har også betydning om en part i saken har reist inhabilitetsinnsigelse, det vil si påstått at tjenestemannen er inhabil.»

Om vilkåret at det må foreligge «et særegent forhold» uttaler departementet følgende på s. 11-12

«Det er ikke mulig å gi en uttømmende beskrivelse av hva slags tilknytning til saken eller partene som vil være regnet som «et særegent forhold» i en konkret sak. Det kan være tilfeller som er av samme art som de tilknytningsforholdene som er nevnt i første ledd, men som ikke rammes direkte av dem. (...)

Det kan ellers være et særegent forhold som kan føre til inhabilitet at tjenestemannen eller en folkevalgt har et nært vennskap eller sterkt motsetningsforhold til part i en forvaltningssak. Men det at man kjenner hverandre, eller er kollegaer, vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å konstatere inhabilitet.

At man er faglig eller politisk uenig med parten er normalt heller ikke tilstrekkelig til å bli inhabil. At noen har et privat engasjement i en sak vil som hovedregel ikke medføre

inhabilitet. Folkevalgte har en meget vid anledning til å uttrykke politiske standpunkter, for eksempel i media, uten å bli inhabil til å behandle saker om dette temaet. Men dette kan stille seg annerledes hvis en tjenestemann har gitt uttrykk for bestemte meninger om utfallet av en individuell sak eller har ledet en aksjon i tilknytning til en bestemt sak.

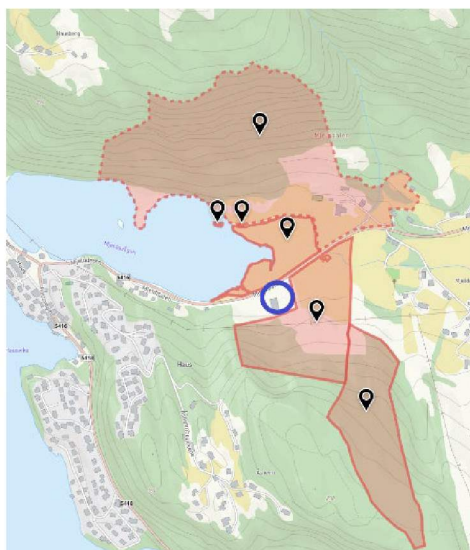
At man er i en alminnelig og dagligdags situasjon som mange befinner seg i, vil normalt ikke føre til inhabilitet, fordi det da ikke vil foreligge et særegent forhold. For eksempel blir ikke et medlem av kommunestyret inhabil i skolesaker bare fordi vedkommende har barn i skolen. Men det er heller ikke krav om at forholdet må være helt unikt. Hvis for eksempel en endring av reglene om skoleskyss kan bli til særlig fordel eller ulempe for et bestemt medlem av kommunestyret eller medlemmets barn, kan det måtte betraktes som særegent forhold.»

Departementet uttaler seg videre om vilkåret «særlig fordel, tap eller ulempe» på s. 13

«For at noe skal utgjøre en særlig fordel, tap eller ulempe for tjenestemannen, den folkevalgte eller deres nærmeste, må det dreie seg om en fordel eller ulempe som tilkommer vedkommende spesielt, eller som hun eller han vil merke spesielt i stor grad. Hvis mange eller en ubestemt krets vil få tilsvarende fordel eller ulempe, er det ingen særlig fordel eller ulempe for tjenestemannen. Den særlige fordel eller ulempen kan være både ideell, økonomisk, faglig eller prestisjemessige grunner.

At tjenestemannen, den folkevalgte eller en av deres nærmeste har en særlig fordel, tap eller ulempe kan ha grunnlag i så vel naboforhold, konkurranseforhold, interessefelleskap eller interessemotsetninger.»

Som nevnt innledningsvis er Johannes Seim Mjelde nabo til omsøkte tiltak. Han eier en stor landbrukseiendom (gnr. 54 bnr. 5) på til sammen ca. 409 000 m², se kartutsnitt til høyre hvor eiendommen er markert i rødt og omsøkte eiendom er markert med blå sirkel. Som det fremgår av kartutsnittet, grenser eiendommen direkte til det omsøkte tiltak og ligger ellers svært tett opp mot dette. Mjelde ble nabovarslet om tiltaket, uten å inngi merknad. Dette har imidlertid ingen betydning da han gjorde dette i e-post til utvalgsrepresentanter den 25.11.2022, i forkant av utvalgsmøtet som skulle holdes den 30.11.2022.



I e-posten datert 25.11.2022 fremhevet Mjelde hvilke negative virkninger omsøkte tiltak ville ha for vedkommendes eiendom med gnr. 54 bnr. 5. E-posten i sin helhet var følgende: (min understrekning)

«Til Planutvalget i Osterøy Kommune.

Angående sak 128/22 in dispensasjon for oppføring av bustadbrakker.

Eg blei som nærmeste nabo nabovarsla om dette tiltaket tidligere i høst. Nabovarselet frå



Arcokonsult var dog av ein slik karakter at det var vanskelig å finne ut kva saka gjaldt. Eg konkluderte med, etter å ha lese nabovarsel både to og tre ganger, at dette måtte være midlertidige kontorbrakker i forbindelse med kommunal vannledning som skal til Espevoll siden det er samme entreprenør som har interesser på eigedommen. Nabovarsel for dette kom omtrent samtidig og Va anlegget går også over mine to eigedommer i Mjeldalen. Dette ønska eg ikkje å klage på siden eg anså det som midlertidig og av samfunnsmessig nytte. Eg ville ikkje være til hinder for å få vann og avløp vidare opp dalen og til et fornuftig næringsområde på Espevoll.

Nå eg nå ser saksdokumenta som er komme i planutvalget si sakliste, så har eg også snakka med heimelshaver i dag. Det er da komme fram at dette i utgangspunktet er permanente brakker for 25-40 personer som skal etableres. Dette er brakker for Vassbak og Stol entreprenør, som skal brukes for arbeidere i Bergensområdet. **Dette har altså ingenting med lokale, midlertidige prosjekt å gjere.** Det framstår for meg som er både nabo og gårdbrukar som urimelig at det skal gis dispensasjon for dette tiltaket. Ein føler seg også ført bak lyset av eit klart mangelfullt og misvisande nabovarsel.

Tiltaket vil være til betydelig ulempe for oss som skal drive gardsdrift i området og i praksis rundt heile denne tomten. Det er klart at ein slik mengde arbeidere som skal ha midlertidig bolig her, vil føre til utstrakt trafikk langs både vei og press på dyrka mark. Det er et stort problem for oss allerede som har innmark ned mot Mjeldavatnet. Det er vanleg at folk tenker på dette som utmark og friluftsområde – mens det er dyrka mark som er i drift som jordbruksareal.

Dersom nabovarselet som kom hadde hatt relevant informasjon og forklaring om kva saka verkeleg gjaldt, ville me selvfølgelig ha klaga innen fristen. Det er et problem når nabovarsel som blir sendt ut er av ein slik karakter at det er vanskelig å ta stilling til. Dette er ikkje uvanlig praksis, men det er svært beklagelig og eit demokratisk problem.

Ber med dette om at det ikkje blir gitt dispensasjon til tiltaket av hensyn til jordbruksinteresser.

Viser også til at eigedommen er **uregulert og ligg i NLF område** som er tenkt verna og ivaretatt for jordbruksdrift. Den er riktignok lagt inn som næring i gjeldande KPA, men denne er nå under rullering. Det at dette området ligg inne som næring i et så sårbart landbruksområde er sterkt beklagelig. Dette bør absolutt sjåast på i rulleringa av gjeldande KPA. Dette området ligg som et sår i landskapet og burde vært tilbakeført til NLF område og tilbakeført til jordbruksdrift. Dette har kommunen sjølv sagt anledning til. Det er viktig at kommunen nå får kontroll over areal som skal ha næring, og ikkje minst samla desse i eigna områder.

Ta kontakt om spørsmål.

Mvh

Johannes Mjelde»

Omsøkte tiltak ligger ca. 360 meter i luftlinje fra Mjeldes bolig med adresse Mjelddalen 219, se kartutsnitt til høyre.

Mjelde sin eiendom med gnr. 45 bnr. 5 grenser ellers, og ligger rundt, omsøkte tiltak – se foto nedenfor hvor rød pil er eiendom for omsøkte tiltak, oransje pil er Mjeldes bolighus, og gul markering er deler av gnr. 45 bnr. 5.



Som det fremgår av e-posten fra Mjelde datert 25.11.2022, er det klart at Mjelde opplever omsøkte tiltak som en særlig ulempe for han selv. Det vises da særlig til Mjeldes uttalelse om at

«Tiltaket vil være til betydelig ulempe for oss som skal drive gardsdrift i området og i praksis rundt heile denne tomten. Det er klart at ein slik mengde arbeidere som skal ha midlertidig bolig her, vil føre til utstrakt trafikk langs både vei og press på dyrka mark.»

Den betydelige ulempene begrunnes dermed i landbruksdriften på gnr. 54 bnr. 5, som grenser mot omsøkte tiltak, men også økt trafikk på veiene. Det er derfor grunn til å tro at plasseringen av omsøkte tiltak ift. hans egen bolig, hvor han har direkte utsikt til vei som vil ha økt trafikk som følge av omsøkte tiltak, er av betydning for hans opplevelse av tiltaket. Mjelde blir derfor berørt av omsøkte tiltak i en så stor grad at tilliten til at han ville behandle saken på en nøytral måte er *vesentlig svekket*.

Uttalelsen fra departementet tilsier at det i slike tilfeller, hvor tjenestemannen «har gitt uttrykk for bestemte meninger om utfallet av en individuell sak», foreligger et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet.

Hensynet bak habilitetsreglene tilsier dermed at Mjelde var inhabil ved behandlingen av sak 013/23 på utvalgsmøtet den 25.01.2023 da det stilles vesentlig tvil rundt hans partiskhet ved behandling av søknaden.

Det kan videre påpekes at Mjelde er et varamedlem i utvalget, og at det derfor ikke var kjent for tiltakshaver på forhånd at det var Mjelde som ville stille i utvalget ved behandlingen av søknaden. Det ble derfor ikke reist inhabilitetsinnsigelse fra tiltakshaver i forkant av møtet.

Etter vår vurdering var dermed Johannes Seim Mjelde å anse som inhabil under utvalgsmøte den 25.01.2023 da utvalget behandlet dispensasjonssøknaden for gnr. 54 bnr. 25.

2.2 Vurdering av unntaket i fvl § 6 fjerde ledd

Fvl § 6 fjerde ledd lyder:

«Ugildhetsreglene får ikke anvendelse dersom det er åpenbart at tjenestemannens tilknytning til saken eller partene ikke vil kunne påvirke hans standpunkt, og verken offentlige eller private interesser tilsier at han viker sete.» (min understrekning)

I lovproposisjonen viste Justisdepartementet til at selv om saken er opplagt for den som kjenner den, kan offentlige interesser likevel ofte tilsa at forvaltningen ser at det er viktig at avgjørelsen er tatt av en habil person – se Ot.prp. nr. 27 (1968-69) s. 40. Selv om det i og for seg også for utenforstående skulle være klart at inhabilitetsforholdet må være uten betydning, kan saken gjelde et saksområde eller ha tilknytning til spørsmål som vil vekke bred allmenn interesse i pressen eller i politiske kretser.

Hensynet til publikums tillit til Osterøy kommune sitt plan- og kommunaltekniske utvalg kan således tilsa forsiktighet med å la fjerde ledd komme til anvendelse. Dette hensyn får etter vår oppfatning særlig vekt når det er tale om tilliten til politikerne i utvalgsmøte. Vår vurdering er at muligheten for at det kan oppstå slik mistanke er tilstrekkelig til at fjerde ledd ikke kommer til anvendelse ved avslagsvedtaket.

Det kan videre ikke anses som «åpenbart» at Mjeldes tilknytning til saken som nabo og gjenboer ikke påvirket hans bedømmelse i saken. Tvert om er vår oppfatning at det er stor sannsynlighet for at dette nettopp var tilfellet.

Etter vår vurdering kommer derfor ikke fvl. § 6 fjerde ledd til anvendelse.

3. Mjelde sin plikt til å melde fra om mulig inhabilitet

I medhold av forvaltningsloven § 8 tredje ledd hadde Mjelde *plikt*, i god tid før møtet, til å melde fra om naboforholdet som hadde betydning for hans egen habilitet i saken. Dette var nødvendig for å gjøre det mulig å innkalle varamedlemmer til å møte og delta ved avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet, og eventuelt tiltre ved realitetsbehandlingen dersom utvalget kom til at det forelå inhabilitet.

Jan Fridthjof Bernt uttaler i Norsk Lovkommentar til bestemmelsen (note 168):



«Hvis varamedlem ikke er innkalt, kan det etter omstendighetene være nødvendig å utsette behandlingen av saken til organet kan bli fulltallig.»

På bakgrunn av Mjeldes nærhet og kjennskap til saken, er det alvorlig at han ikke meldte fra om mulig inhabilitet i forkant av møtet. Ettersom det ikke var innkalt ekstra varamedlemmer til møtet, skulle utvalget etter vår vurdering ha utsatt behandlingen av søknaden til utvalget var fulltallig da dette var nødvendig for å opprettholde tilliten og troverdigheten til utvalget.

4. Vurdering av om avslags vedtaket er ugyldig etter fvl. § 41

Fvl. § 41 lyder

«Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.»

Bestemmelsen gir uttrykk for at selv om det foreligger saksbehandlingsfeil, vil noen vedtak likevel være gyldige når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Bestemmelsen skal ikke tolkes antitetisk, dvs. at avgjørelser der det er grunn til å regne med at feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, ikke nødvendigvis er ugyldige. Dette vil bero på en helhetlig vurdering, der det har betydning om det aktuelle vedtaket er gunst eller skade for søker og andre, om feilen kan bebreides søker, og om han i god tro har innrettet seg etter avgjørelsen. I de tilfellene søker har fått en tillatelse, tillatelsen ikke er til skade for andre, og søker i god tro har innrettet seg etter tillatelsen, taler mye for å betrakte vedtaket som gyldig tross feilen.

Bestemmelsen legger opp til en sannsynlighetsvurdering, der det ikke er nødvendig med en overvekt av sannsynlighet for å påvise at feilen kan ha påvirket resultatet. Det er nok at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for det.

Hensynet bak habilitetsreglene er bl.a. å «sikre korrekte avgjørelser, opprettholde tilliten til dem som fatter avgjørelsene, og beskytte beslutningstakerne mot at det sås tvil om deres troverdighet». Det må derfor legges til grunn at brudd på habilitetsreglene, sannsynligvis «kan» ha virket bestemmende på vedtakenes innhold.

I dette tilfellet var saksbehandlingsfeilen at Mjelde var inhabil ved behandling av søknaden på utvalgsmøtet. Søknaden ble avvist etter avstemning hvor tre representanter stemte for å avslå søknaden, mens to stemte for. Mjelde var som nevnt en av dem som stemte for å avslå søknaden.

Som gjengitt i punkt 3 skulle Mjelde på forkant av utvalgsmøtet ha meldt fra om egen mulig inhabilitet slik at utvalget hadde mulighet for å innkalle vararepresentanter til møtet, jf. fvl. § 8 tredje ledd. Da slike varamedlemmer ikke var blitt innkalt, skulle utvalget ha utsatt behandlingen av søknaden til utvalget ble fulltallig. Dersom dette hadde blitt gjort, er det ikke en fjerntliggende mulighet for at utfallet ved stemmegivningen hadde blitt en annen.

Mjelde hadde videre uttrykt seg klart negativ til søknaden i e-post til flere utvalgsrepresentanter den 25.11.2022. Uttalelsen faller etter vår vurdering utenfor de rammer som kan anses som et alminnelig engasjement fra en politiker, men må anses som et resultat av at Mjelde som nærmeste nabo opplevde omsøkte tiltak som en *vesentlig* ulempe for han selv.

I Kommunal- og regionaldepartementets veileder *Habilitet i kommuner og fylkeskommuner*, uttaler departementet på s. 35:

«Det kan imidlertid ikke utelukkes at det i enkelte tilfeller må konstateres ugyldighet, selv om den inhabiles stemmegivning i og for seg ikke er avgjørende. For eksempel kan ugyldighet likevel være aktuelt når den inhabile har opptrådt svært aktivt, og dermed kan ha påvirket de andre medlemmenes stemmegivning.»

Da Mjelde hadde uttrykt seg svært negativ til søknaden av personlige årsaker, er det etter vår vurdering ikke en fjerntliggende mulighet for at Mjelde påvirket øvrige utvalgsrepresentanter til å stemme mot søknaden. Dette må særlig ses i sammenheng med at tiltakshaver ikke fikk svare ut nabomerknaden fra Mjelde, eller på andre måter imøtegå denne.

Etter vår vurdering er det derfor flere forhold i saken som tilsier at bruddet på habilitetsreglene «kan» ha virket bestemmende på avslagsvedtakets innhold. For det første skulle det ha vært til stede vararepresentanter under møtet som kunne tre inn for Mjelde. Da dette ikke var tilfellet, skulle utvalget ha utsatt behandlingen av søknaden til slike representanter var til stede slik at utvalget ble fulltallig. Videre er det en sannsynlighet for at Mjelde har påvirket øvrige utvalgsrepresentanter ved sin negative uttalelse i forkant av behandlingen av søknaden. Etter vår vurdering er vedtaket derfor ugyldig etter fvl. § 41.

5. Avslutning

På bakgrunn av det overnevnte er vår vurdering at Johannes Seim Mjelde var *inhabil* på utvalgsmøtet den 25.01.2023 ved behandling av sak 013/23. Virkningen av saksbehandlingsfeilen er at vedtaket er ugyldig og dermed opphevet. Utvalget må derfor ta stilling til søknaden på nytt.