



ÅSNES KOMMUNE
Rådhusgata 1
2270 FLISA

Saksbehandler, innvalgstelefon

David Larsen, 62 55 11 71

Lovlighetskontroll av vedtak om å ikke iverksette ulovlighetsoppfølging

Vi viser til Åsnes kommunes oversendelse av sak om lovlighetskontroll i e-post 25. oktober 2022.

Resultatet av lovlighetskontrollen

Lovlighetsklagen tas til følge. Åsnes kommunes vedtak 8. september 2022 om å avstå fra ulovlighetsoppfølging er ulovlig. Statsforvalteren opphever derfor vedtaket, og saken må behandles på nytt av kommunen.

Se side 9 for vedtakets betydning for kommunens videre behandling av saken. Vi ber kommunen om å orientere kommunestyremedlemmene som har fremmet lovlighetsklagen, om vårt vedtak.

Sakens bakgrunn

Sakens bakgrunn forutsettes kjent, og vi gir derfor kun et sammendrag. I 1988 ble det ført opp et kloakkrensaneanlegg på eiendommen med gårds- og bruksnummer 55/39 i Åsnes kommune. Eiendommen tilhører i dag Borghild Glorvigen og Christian Tharaldsen. I forbindelse med oppgradering av anlegget besluttet kommunen som anleggseier å bygge et nytt og større anlegg.

Som tiltakshaver søkte kommunen 4. januar 2021 om byggetillatelse. Kommunen varslet ikke Glorvigen og Tharaldsen om byggesøknaden. Søknaden ble innvilget av kommunen som bygningsmyndighet 14. januar 2021, uten at Glorvigen og Tharaldsen ble orientert.

Glorvigen og Tharaldsen saksøkte kommunen med blant annet krav om erstatning. Østre Innlandet tingrett avsa dom 5. april 2022 og konkluderte med at kommunen ikke hadde rett til å føre opp anlegget uten samtykke fra Glorvigen og Tharaldsen som grunneiere. Videre ble kommunen dømt til å betale kr 100 000 i erstatning til dem.

Deretter ba Glorvigen og Tharaldsen 25. mai 2022 kommunen om å følge opp de ulovlige forholdene knyttet til oppføringen av rensaneanlegget, med grunnlag i plan- og bygningsloven – såkalt ulovlighetsoppfølging. Bakgrunnen for forespørselen er dels at kommunen ifølge Glorvigen og Tharaldsen har «brutt loven på flere punkter enn de som ble behandlet av retten.».



Kommunedirektøren avgjorde 8. september 2022 å ikke følge opp de aktuelle forholdene. Som begrunnelse ble det vist til blant annet at forholdene var av mindre betydning all den tid forholdene «i realiteten er en nabotvist som nå ha fått sin løsning i tingretten.»

I brev datert 28. september 2022 fremmet kommunestyremedlemmene Roger Bekkemoen, Ingrid Folkvord Mehl og Einar Ottosen Toverud krav om lovlighetskontroll (også omtalt som lovlighetsklage) av kommunedirektørens avgjørelse. Bakgrunnen for lovlighetsklagen er at medlemmene stiller spørsmål ved kommunedirektørens habilitet som saksbehandler i saken. Lovlighetsklagen ble sendt til ordføreren i kommunen, som la den frem for kommunedirektøren.

Kommunedirektøren opprettholdt sin avgjørelse, og saken ble derfor sendt til Statsforvalteren for lovlighetskontroll. I perioden mellom 27. oktober og 11. november 2022 etterspurte og mottok vi ytterligere saksdokumenter fra kommunen, nærmere bestemt dokumentasjon på kommunedirektørens behandling av lovlighetsklagen, kommunens delegeringsreglement, byggesøknaden og byggetillatelsen.

Formelle forhold og Statsforvalterens kompetanse

Etter kommuneloven (koml.) § 27-1 første avsnitt kan «[t]re eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget [...] sammen kreve at departementet kontrollerer om et vedtak er lovlig.» Lovlighetsklagen er fremmet av tre representanter av Åsnes kommunestyre, og klagen er fremsatt innen fristen på tre uker, jf. koml. § 27-1 første avsnitt.

Kompetansen til å gjøre lovlighetskontroll er delegert fra departementet til statsforvalterne.¹

Statsforvalterens vurdering av saken

Hva som kan lovlighetskontrolleres

Statsforvalteren kan ifølge kommuneloven § 27-2 første avsnitt lovlighetskontrollere

- «a) endelige vedtak som er truffet av et folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjonen
- b) vedtak om et møte skal holdes for åpne eller lukkede dører
- c) vedtak som gjelder spørsmål om inhabilitet.»

Kommunedirektørens avgjørelse 8. september 2022 innebærer kommunens endelige avgjørelse av spørsmålet om hvorvidt kommunen skal iverksette ulovlighetsoppfølging eller ikke. Avgjørelsen er derfor et endelig vedtak i lovens forstand og kan dermed lovlighetskontrolleres. Under omtales avgjørelsen også som vedtak.

Om innholdet i lovlighetskontrollen

Ifølge koml. § 27 første avsnitt skal Statsforvalteren ved lovlighetskontroll ta stilling til om vedtaket

- a) har et lovlig innhold,
- b) er truffet av noen som har myndighet til å treffe et slikt vedtak, og
- c) har blitt til på lovlig måte.

¹ Jf. kapittel IX i forskrift om delegering av myndighet etter kommuneloven, inndelingslova og forvaltningsloven, av 30. august 2019 nr. 1096.



Lovlighetskontrollen etter § 27-1 første avsnitt kan likevel begrenses til de anførsler som er tatt opp i saken, jf. bestemmelsens andre avsnitt første setning. Anførsleane som er tatt opp i denne saken, gjelder kommunedirektørens habilitet, jf. bokstav b. Vi har likevel valgt å ikke begrense lovlighetskontrollen til kun spørsmålet om habilitet. De begrensninger som er gjort, går frem fortløpende i vurderingen under.

Statsforvalteren skal oppheve vedtaket hvis det er gjort feil som gjør det ugyldig, jf. koml. § 27-3 fjerde avsnitt.

a) Er vedtakets innhold lovlig?

Kommunen plikter å følge opp overtredelser av plan- og bygningsloven. Det går frem av plan- og bygningsloven (pbl.) § 32-1 første avsnitt. Bakgrunnen for at det ble lovfestet en eksplisitt plikt for kommunen til å forfølge ulovligheter, er ifølge lovforarbeidene å «synliggjøre et særskilt ansvar for å forfølge ulovligheter og sikre at plan- og bygningsmyndighetene prioriterer ulovlighetsoppfølging.»²

Bare i tilfeller hvor overtredelsen er av «mindre betydning», har kommunen anledning til å avstå fra å forfølge ulovligheten, jf. pbl. § 32-1 andre avsnitt. Hvorvidt overtredelsen er av «mindre betydning», beror på såkalt rettsanvendelsesskjønn.³ Ifølge departementets veileder om lovlighetskontroll betyr det at vi kan gjøre en «generell tolkning» av hva som ligger i lovens ordlyd.⁴

Derimot vil det etter omstendighetene være grunn til å vise noe varsomhet ved overprøvingen av hvorvidt de konkrete overtredelsene er av «mindre betydning» eller ikke. Årsaken er at ordlyden er vag, og at grensedragningen kan bero på lokale forhold som kommunen kjenner bedre enn oss. Dersom vilkåret om «mindre betydning» er oppfylt, beror valget om å avstå fra ulovlighetsoppfølging utelukkende på kommunens skjønn. Dette skjønnet kan som utgangspunkt ikke overprøves av oss, med mindre vi kommer til at skjønnet er i konflikt med ulovfestede regler om såkalt myndighetsmisbruk.⁵

Sentrale momenter i vurderingen av om en overtredelse er av «mindre betydning», er overtredelsens art og omfang og avvikets betydning for de interesser som plan- og bygningslovgivningen skal ivareta. Er tiltaket i strid med gjeldende plan for arealdisponering, vil det være lite rom for å anse overtredelsen for å være av «mindre betydning».⁶

Følgende forhold har kommunedirektøren i sin avgjørelse vurdert som ikke ulovlige og/eller for å være av «mindre betydning»:

1. Kommunen førte opp renseanlegget uten nødvendige rettigheter til grunnen.
2. Grunneierne fikk ikke nabovarsel.
3. Grunneierne ble ikke orientert om byggetillatelsen.
4. Byggetillatelsen har ikke grunnlag i dispensasjon fra arealformålet.
5. En og samme saksbehandler har representert kommunen som henholdsvis bygningsmyndighet og tiltakshaver.
6. Det forelå ikke tinglyst avtale med eier av ledningsnettet for avløpsvann fra anlegget.

² Jf. Ot.prp.nr.45 (2007–2008) side 164.

³ Jf. tolkningsuttalelse TUDEP-2014-2837-2 fra daværende Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

⁴ Jf. side 24 i veileder H-2299 fra daværende Kommunal- og regionaldepartementet.

⁵ Jf. side 23 i veileder H-2299 fra daværende Kommunal- og regionaldepartementet.

⁶ Jf. som nylig eksempel Borgarting lagmannsretts dom LB-2022-20040 punkt 5.3.1.



Først må det tas stilling til om forholdene utgjør overtredelser av plan- og bygningslovgivningen, deretter om eventuelle overtredelser er av «mindre betydning», jf. pbl. § 32-1 andre avsnitt.

Grunnlaget for vurderingen av forholdene i punkt 1-6

Ved vurderingen av om forholdene utgjør overtredelser av plan- og bygningslovgivningen, må det skilles mellom kommunen som bygningsmyndighet og kommunen som tiltakshaver. Grunnen er at reglene om ulovlighetsoppfølging gjelder kommunen som *tiltakshaver*, ikke bygningsmyndighet.

Utgangspunktet for vurderingen er at kommunen som tiltakshaver har ført opp renseanlegget med grunnlag i byggetillatelsen gitt av kommunen som bygningsmyndighet i brev datert 14. januar 2021. Ved å holde seg innenfor byggetillatelsen, noe kommunen har gjort, vil *oppføringen av renseanlegget* ikke bryte med plan- og bygningslovgivningen. Utgangspunktet er derfor at forholdene i punkt 1-6 ikke medfører at kommunen som tiltakshaver har overtrådt plan- og bygningslovgivningen.

Det som kompliserer dette utgangspunktet, er at det hefter feil ved byggetillatelsen fordi *byggetillatelsen* bryter med plan- og bygningslovgivningen. Dette er kommunen som *bygningsmyndighet* ansvarlig for, men som nevnt kan feil gjort av kommunen som bygningsmyndighet ikke følges opp etter reglene om ulovlighetsoppfølging.

Feilene reiser spørsmålet om det må ses bort fra byggetillatelsen i vurderingen av om forholdene i punkt 1-6 utgjør overtredelser av plan- og bygningslovgivningen. Hovedregelen er at begunstigende vedtak – slik som byggetillatelsen – normalt vil være gyldig til tross for feil, slik at vedtaket må omgjøres eller oppheves for å bli ugyldig. Feilene i denne saken er likevel av en slik karakter at vi mener hovedregelen må fravikes; byggetillatelsen må uten videre anses ugyldig. Årsaken er at byggetillatelsen bryter med arealformålet landbruk, natur og friluft (LNF), vedtatt i kommuneplanens arealdel. Rettslig sett er byggetillatelsen dermed en såkalt nullitet, som betyr at tillatelsen er å betrakte som ikke-eksisterende.

Forholdene i punkt 1-6 må altså vurderes som om byggetillatelsen ikke eksisterer.

Har kommunen som tiltakshaver overtrådt plan- og bygningslovgivningen?

Vi begrenser lovlighetskontrollen til punkt 2 og 4 da det er klart at disse forholdene knytter seg til *plan- og bygningslovgivningen* og kommunen som *tiltakshaver*. Dessuten er det ikke nødvendig å ta stilling til de andre forholdene for å konkludere på spørsmålet om gyldigheten av vedtaket.

Ifølge plan- og bygningsloven hadde kommunen som tiltakshaver og «søker» plikt til å varsle «naboer og gjenboere», jf. § 21-3 første avsnitt første setning. Grunneierne er strengt tatt verken naboer eller gjenboere, men ut fra et «mer til mindre»-synspunkt må bestemmelsen forstås som at også grunneierne skulle blitt varslet. Mangelen på slik varsling (punkt 2) er en overtredelse av plan- og bygningslovgivningen.

Renseanlegget er ført opp i et område som etter kommuneplanens arealdel er avsatt til landbruks-, natur- og friluftsmål. LNF-formålet forbyr byggetiltak med unntak av visse landbrukstiltak. Vi ser det som klart at anlegget er i strid med arealformålet, og at byggetillatelse dermed var avhengig av dispensasjon eller planendring (punkt 4). Konflikten med arealformålet er en overtredelse av plan- og bygningslovgivningen.



Er overtredelsene av «mindre betydning»?

Mangelen på nabovarsling er en saksbehandlingsfeil. Sammenlignet med feil ved vedtakets rettslige grunnlag, er saksbehandlingsfeil normalt mindre alvorlig. Mangelen på nabovarsling må i denne saken likevel antas å ha hatt større betydning for rettssikkerheten, spesielt for grunneierne. Det skyldes først og fremst at tiltaket fant sted på grunneiernes eiendom uten samtykke, og at grunneierne ikke ble orientert om byggetillatelsen. Videre er det en skjerpene omstendighet at tiltakshaveren er kommunen. Av kommunen, som offentlige myndigheter generelt, må det særlig forventes at regelverket etterleves. Vi anser derfor mangelen på nabovarsling for ikke å være av «mindre betydning».

Som nevnt på side 3 vil det være lite rom for å anse tiltak i strid med gjeldende plan for arealdisponering, for å være av «mindre betydning». Oppføringen av renseanlegget i LNF-område er etter vårt skjønnt utvilsomt ikke av «mindre betydning». Kommunen har altså ikke rettslig grunnlag for å avstå fra ulovlighetsoppfølging av forholdene nevnt i punkt 2 og 4.

Konklusjonen er at deler av vedtaket ikke har et lovlig innhold. Vi understreker at vi med dette ikke har tatt stilling til lovligheten av resten av vedtakets innhold.

b) Er vedtaket truffet av noen som har myndighet til å fatte et slikt vedtak?

Utgangspunktet er at all myndighet i kommunen ligger til kommunestyret. Kommunestyret kan etter kommuneloven § 5-3 tredje avsnitt delegerer myndighet til andre folkevalgte organer eller til administrasjonen ved kommunedirektøren. Det vil si at kommunestyret har ubegrenset delegasjonsadgang så lenge ikke annet følger av lov.

Ifølge delegeringsreglementet i Åsnes kommune, vedtatt av kommunestyret 22. februar 2021, er kommunens politiske utvalg for samfunnsutvikling delegert myndighet til å «[b]ehandle og avgjøre saker etter plan- og bygningslovens bestemmelser vedrørende byggesaker og arealplaner i den grad disse sakene ikke er delegert til kommunedirektøren.» Se reglementet side 15 bokstav f.

Når det gjelder myndighetsutøvelse etter plan- og bygningsloven, er kommunedirektøren kun delegert myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr, vedta mindre endringer i reguleringsplan, og vedta utfylling innenfor hovedtrekkene i reguleringsplan. Se reglementet side 20 bokstav h og side 21 bokstav q.

Ileggelse av overtredelsesgebyr er en sanksjon som kommunen kan bruke som ledd i ulovlighetsoppfølging. Det er naturlig å forstå delegeringen som at den også gir kompetanse til å la være å ilegge overtredelsesgebyr. Derimot har kommunedirektøren etter vårt syn ikke delegert kompetanse til å avgjøre om kommunen skal la være å følge opp overtredelser av «mindre betydning» etter plan- og bygningsloven § 32-1.

Ved tolkingen av delegeringsreglementet må det altså skilles mellom adgangen til å avgjøre hvilke overtredelser som kommunen har plikt til å forfølge etter plan- og bygningsloven § 32-1, og hvilke overtredelser som kommunen etter en skjønnsmessig vurdering kan unnlate å ilegge gebyr for etter plan- og bygningsloven § 32-8.

Begrunnelsen for at reglementet må forstås slik, er for det første at en naturlig forståelse av ordlyden tilsier det. For det andre viser vi til sammenhengen blant bestemmelsene i reglementet. Det er utvalget for samfunnsutvikling som generelt er delegert myndighet til å treffe avgjørelser etter plan- og bygningsloven, mens kommunedirektøren kun er delegert avgjørelsesmyndighet i utvalgte



saker, som behandles etter særskilte bestemmelser i plan- og bygningsloven. Delegeringen til kommunedirektøren synes derfor å være bevisst avgrenset.

Kommunedirektøren hadde etter dette ikke myndighet til å avgjøre om kommunen skal avstå fra ulovlighetsoppfølging.

Konklusjonen er at vedtaket ikke er truffet av noen som har myndighet til å fatte et slikt vedtak.

c) Har vedtaket blitt til på lovlig måte?

Bestemmelsene om inhabilitet i forvaltningsloven gjelder ved behandlingen av saker i kommunens administrasjon, jf. kommuneloven § 13-3 første avsnitt.

Etter forvaltningsloven § 6 andre avsnitt er en offentlig tjenesteperson inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak, dersom «særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Spørsmålet er om kommunedirektøren var inhabil til å avgjøre om kommunen skal avstå fra ulovlighetsoppfølging etter plan- og bygningsloven, fordi det forelå slike særegne forhold.

Begrepet «særegne forhold» tilsier at situasjoner mange er i ikke i seg selv utløser inhabilitet. Begrepsbruken viser imidlertid at forholdet ikke trenger å være unikt. Ved habilitetsvurderingen skal det legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for tjenestepersonen selv eller noen som tjenestepersonen har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om en part har kommet med innvending til tjenestepersonens habilitet. Utover disse vurderingsmomentene beror habilitetsavgjørelsen på en konkret helhetsvurdering.

Bakgrunnen for at kommunestyremedlemmene stiller spørsmål ved kommunedirektørens habilitet, er ifølge lovlighetsklagen at kommunedirektøren «var leder for tekniske tjenester da planleggingen av nytt renseanlegg startet opp og ble budsjettert. Han var sektorleder for samfunnsutvikling med ansvar for tekniske tjenester da renseanlegget ble planlagt og bygget.» Etter medlemmenes syn har kommunedirektøren dermed vært «tett involvert i de spørsmål som stilles i kravet om ulovlighetsoppfølgingen.»

Kommunedirektøren mener derimot at han «hverken [har] tatt vesentlige beslutninger i saken, ei heller påvirket vesentlige beslutninger som er tatt.» Ifølge kommunedirektøren er alle «vesentlige beslutninger [...] tatt etter delegert myndighet fra kommunedirektøren.»

Det er altså ikke omtvistet at kommunedirektøren har hatt befatning med saken gjennom ulike roller i kommunen, fra planleggingen til oppføringen av renseanlegget. Uenigheten dreier seg om hvilken betydning hans tilknytning til byggesaken har for hans habilitet til å avgjøre spørsmålet om ulovlighetsoppfølging.

Forvaltningslovens regler om inhabilitet innebærer ikke noe generelt forbud mot rollekombinasjoner, altså at en og samme person har flere ulike roller i behandlingen av samme sak. Problemstillingen ble tatt opp i forbindelse med vedtakelsen av forvaltningsloven, hvor det i lovens forarbeider er konkludert med at løsningen overlates til særlovgivningen:



«Etter departementets oppfatning bør man i størst mulig utstrekning unngå at en og samme tjenestemann skal opptre i forskjellige funksjoner til behandling av samme saksforhold. Men dette er et spørsmål som må reguleres i særlovgivningen.»⁷

Utgangspunktet er etter dette at rollekombinasjoner ikke medfører inhabilitet. Konkrete omstendigheter kan likevel føre til at tjenestepersonen i slike tilfeller blir inhabil. Forhold som kan tilsi dette, er at tjenestepersonen har hatt en særlig omfattende befatning med eller ansvar med saken, eller at tjenestepersonen i forbindelse med sin tidligere behandling av saken har gitt tydelig uttrykk for et bestemt syn på den.⁸ Særlig i saker om kontroll og tilsyn kan det være grunn til å fravike utgangspunktet. Om unntak i så måte, har Justisdepartementets lovavdeling uttalt følgende:

«Det gjelder saker der det er særlig viktig at det ikke skapes tvil om tilliten til forvaltningens upartiskhet. Eksempler på slike sakstyper er saker der et forvaltningsorgan gransker, kontrollerer eller fører tilsyn med andre, se for eksempel Woxholth, Forvaltningsloven kommentarutgave, 4. utg. (2006) s. 165. I slike tilfeller vil det etter omstendighetene i den konkrete saken foreligge klare interessenetsetninger mellom det kontrollerende organet og den som blir kontrollert. Vi tilføyer at inhabilitetsspørsmålet kan komme i forskjellig stilling bl.a. avhengig av hvordan kontrollen mv. organiseres. En annen sakstype er klager over enkeltvedtak der rettssikkerhetssynspunkter stå sentralt (se Lovavdelingens uttalelse i snr. 2003/00759 EO) (JDLOV-2003-759). Et sentralt element i rettssikkerheten er i slike saker at klageren får en ny og relativt uavhengig prøving av saken. Inhabilitet kan imidlertid klart nok tenkes også i andre typer saker.»⁹

Uttalelsen har overføringsverdi til saker om ulovlighetsoppfølging etter plan- og bygningsloven. I slike saker utøver kommunen en kontrollfunksjon hvor det er særlig viktig at et ikke skapes tvil om tilliten til kommunens upartiskhet. Videre er det ingen ordinær klagemulighet på kommunens avgjørelse om avstå fra ulovligheter av mindre betydning. Mangelen på denne muligheten for overprøving øker betydningen av hensynet til rettssikkerhet.

Kommunen har i dette tilfellet opptrådt både som tiltakshaver og bygnings- og kontrollmyndighet. Det er ikke uvanlig. Men ulovlighetsoppfølging er et eksempel på en formalisert kontrollordning «der det er viktig å unngå at den som er ansvarlig for det som skal kontrolleres, ikke selv foretar kontrollen.»¹⁰ Derfor er det viktig at saksbehandlingen gjenspeiler god rolleforståelse. Det gjelder spesielt denne saken ettersom Kjell Ove Gundersen representerte kommunen både som tiltakshaver og bygningsmyndighet.¹¹

Ytterligere er det et poeng at vurderingen av om overtredelser av plan- og bygningslovgivningen er av «mindre betydning», er skjønnspreget. Jo videre skjønnsadgangen til forvaltningen er, desto større risiko er det for at rollekombinasjonen kan virke inn på saken. I tillegg er det større risiko for at tilliten til forvaltningsorganet vil bli svekket.

Ut fra de opplysningene som er lagt frem for oss, har vi ikke inngående kjennskap til i hvor stor grad kommunedirektøren har vært involvert i de ulike stadiene av oppfølgingen av rensesanlegget. Likevel

⁷ Jf. Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) side 39.

⁸ Jf. Kyrre Grimstad og Siri Halvorsen, *Forvaltningsloven i kommunene*, Kommuneforlaget, 2011 s. 207.

⁹ Jf. lovavdelingens uttalelse jdlov-2007-6240. Se også jdlov-2000-6570.

¹⁰ Jf. NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, side 238 andre spalte siste avsnitt.

¹¹ Jf. Østre Innlandet tingretts dom med saksreferanse 21-060413TVI-TOIN/TELV.



er det ikke bestridt at han har vært leder for de deler av kommunen som har vært ansvarlig for oppføringen av renseanlegget, fra planleggings- til fullføringsstadiet.

Som leder i offentlig forvaltning er man ansvarlig for de avgjørelser som underordnede treffer. Derfor er det ikke av avgjørende betydning om kommunedirektøren verken selv har fattet «vesentlige beslutninger i saken» eller «påvirket vesentlige beslutninger som er tatt», slik han hevder. Selv om det reelt sett ikke skulle være grunn til å tro at kommunedirektøren hadde noen som helst innvirkning på saken om oppføringen av renseanlegget, vil hans lederposisjoner underveis i byggesaksbehandlingen være klart egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet ved avgjørelsen av om ulovligheter i saksbehandlingen skal følges opp i etterkant.

I lovlighetsklagen er det også pekt på uttalelsene som kommunedirektøren har gitt i media. Uttalelsene må ses i lys av rettssaken nevnt innledningsvis. Utover at kommunen ikke hadde rett til å føre opp anlegget, konkluderte tingretten med svikt i kommunens behandling av byggesaken.¹² Kommunedirektøren har uttalt seg om rettssaken på kommunens vegne i media og på den måten vært kommunens ansikt utad i saken.

I papirutgaven av lokalavisen Glåmdalen 23. mai 2022 er kommunedirektøren sitert på at «dommen er ikke noe nederlag». Kommunedirektøren har riktignok hevdet at han er blitt feil fremstilt i media, og han har uttrykkelig beklaget feilene kommunen har gjort.¹³ Den samlede omtalen i media etterlater likevel et tydelig inntrykk av at kommunedirektøren har hatt en vesentlig rolle i byggesaken. Av den grunn er det opplagt problematisk at kommunedirektøren avgjorde spørsmålet ulovlighetsoppfølging av forhold knyttet til byggesaken.

Til dette kommer kommunedirektøren alene tok seg av tilretteleggingen og avgjørelsen av spørsmålet om ulovlighetsoppfølging. Som Tharaldsen er inne på i e-post til ordføreren i kommunen 16. september 2022, fremstår det som uvanlig at kommunedirektøren ikke involverte noen av kommunens byggesaksbehandlere i verken tilretteleggingen eller avgjørelsen av spørsmålet. Etter vårt syn ville det vært lite ressurskrevende å la andre med større avstand til byggesaken tilrettelegge og avgjøre spørsmålet om ulovlighetsoppfølging.

Vi viser til at dersom kommunedirektøren var inhabil, så ville hans underordnede kun vært inhabil til å *avgjøre* spørsmålet om ulovlighetsoppfølging. Derimot ville hans underordnede kunnet *tilrettelegge* spørsmålet før saken ble avgjort av et kollegialt organ, for eksempel formannskapet. Dette skillet mellom ulike stadier i saksbehandlingen følger av ordlyden i forvaltningsloven § 6 første avsnitt.

Utover risikoen for tap av renommé, er det ikke så lett å peke på konkrete forhold som tilsier at kommunedirektørens avgjørelse «kan innebære en særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noe som han har nær personlig tilknytning til», jf. forvaltningsloven § 6 andre avsnitt. I den konkrete helhetsvurderingen legger vi avgjørende vekt på to forhold. Det ene er at ulovlighetsoppfølging etter plan- og bygningsloven er et eksempel på en sakstype hvor kommune utøver en kontrollfunksjon hvor det er særlig viktig at et ikke skapes tvil om tilliten til kommunens upartiskhet. Spesielt for denne saken er at kommunen både er tiltakshaver og bygnings-/kontrollmyndighet. Det andre er at kommunedirektøren utad har fremstått med en betydelig rolle i byggesaken, som har vært forholdsvis mye omtalt i media.

¹² Jf. side 13 i dommen med saksreferanse 21-060413TVI-TOIN/TELV.

¹³ Se nettartikkel til lokalavisen Glåmdalen datert 31. mai 2022, «Kommunedirektøren legger seg flat – og skylder på mediene».



Vi er etter dette kommet til at kommunedirektøren var inhabil til å avgjøre om kommunen skal iverksette ulovlighetsoppfølging etter plan- og bygningsloven, fordi det forelå «særegne forhold» som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet, jf. forvaltningsloven § 6 andre avsnitt.

Konklusjonen er at vedtaket ikke er blitt til på lovlig måte.

Hvilken betydning har feilene for vedtaket?

Etter vurderingen over har vi kommet til at det er flere feil ved vedtaket, og at feilene knytter seg både til om vedtaket «har et lovlig innhold», «er truffet av noen som har myndighet til å treffe et slikt vedtak» og «har blitt til på lovlig måte», jf. koml. § 27-1 første avsnitt bokstav a til c.

Feilene knyttet til vedtakets innhold medfører ikke uten videre at hele vedtaket er ugyldig. Men etter en samlet vurdering av alle feilene er vi ikke i tvil om at vedtaket er ugyldig i sin helhet, jf. prinsippet i fvl. § 41 og ulovfestede regler om ugyldighet. Ettersom vedtaket er ugyldig, må vi oppheve det, jf. koml. § 27-3 fjerde avsnitt.

Hva betyr opphevelsen for kommunens videre behandling?

Opphevelsen betyr at kommunens avgjørelse om å avstå fra ulovlighetsoppfølging, bortfaller.

Kommunen må gjøre en ny behandling av spørsmålet om ulovlighetsoppfølging. Vi forutsetter at kommunen ved den nye behandlingen av spørsmålet, legger til grunn

- vår forståelse av vilkåret om «mindre betydning» i pbl. § 32-1 andre avsnitt første setning,
- vår konklusjon om at forholdene i punkt 2 og 4 (på side 3) *ikke* er av «mindre betydning», og at kommunen derfor ikke kan avstå fra å følge opp forholdene,
- at delegeringsreglementet ikke gir kommunedirektøren myndighet til å avgjøre spørsmålet om kommunen skal avstå fra ulovlighetsoppfølging etter plan- og bygningsloven, og
- at kommunedirektøren er inhabil til å avgjøre spørsmålet om kommunen skal avstå fra slik ulovlighetsoppfølging i denne saken.

Som nevnt over har vi som del av lovlighetskontrollen – etter en såkalt prejudisiell vurdering – kommet til at byggetillatelsen av 14. januar 2021 er ugyldig og at byggetillatelsen uten videre må anses bortfalt. Vi forutsetter derfor at kommunen saksbehandler byggesøknaden på nytt. Dette kan gjøres som ledd i ulovlighetsoppfølgingen av punkt 4 (overtredelsen av LNF-formålet).

Statsforvalterens vedtak

Lovlighetsklagen tas til følge. Åsnes kommunes vedtak 8. september 2022 om å avstå fra ulovlighetsoppfølging er ulovlig. Statsforvalteren opphever derfor vedtaket, og saken må behandles på nytt av kommunen.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages.

Med hilsen

Anne Kathrine Fossum (e.f.)
kommunal- og samordningsdirektør

Jo Bjørner Haugen
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent