

Pålegg om fjerning av avfall og varsel om tvangsmulkt – kommunens klagesaksbehandling

2.11.2020 (2020/1452)

En kommune ga et eiendomsselskap pålegg om fjerning av avfall og varsel om tvangsmulkt for forurenset avfall som en tidligere leietaker hadde hensatt på eiendomsselskapets næringseiendom. Saksfremlegg og innstilling ble gitt av rådmannen og teknisk sjef i kommunen. Etter klage opprettholdt kommunens klagenemnd vedtaket.

Saksfremlegg og innstilling til klagenemnda ble gitt av rådmannen. Ifølge reglementet for kommunens klagenemnd, skulle nemnda settes med tre medlemmer, hvorav to faste. Det var ikke regler for hvem som skulle utgjøre det tredje medlemmet i det aktuelle tilfellet, men nemnda ble satt med de to faste medlemmene og ordføreren.

Rådmannen og administrasjonen var inhabile til å forberede saken for klagenemnda. Videre var det feil ved sammensetningen av nemnda. Det er grunn til å tro at disse feilene kan ha påvirket avgjørelsen i saken på en slik måte at resultatet kunne ha blitt et annet dersom forberedelsen var i tråd med kommunelovens habilitetsregler og nemnda var rett sammensatt. Ombudsmannen ber kommunen om å behandle klagen på nytt.

Sakens bakgrunn

Saken gjelder Tysvær kommunes pålegg om fjerning av avfall og varsel om tvangsmulkt i sak om forurenset avfall på en næringseiendom som er eid av A (heretter «klageren»). En tidligere leietaker hadde hensatt en mengde avfall på eiendommen (maling, sandblåsingssand,

kontainere mv.), og leieavtalen ble sagt opp grunnet manglende opprydding. Kommunen fattet i 2015 vedtak om pålegg om fjerning av avfall og etter hvert tvangsmulkt rettet mot leietakeren. Da dette ikke førte til opprydding, fattet kommunen i 2019 vedtak om pålegg om fjerning av avfall og varsel om tvangsmulkt rettet mot klageren som eier. Saken ble behandlet av kommunens klagenemnd i juni 2019. Kommunen vurderte vedtakets gyldighet i oktober 2019.

Advokat Ove Kahrs Wangensteen klaget, på vegne av klageren, kommunens behandling av saken inn for ombudsmannen.

Våre undersøkelser

Av saksdokumentene fremgår det at saksfremlegget og innstillingen til kommunens vedtak rettet mot klageren ble gitt av rådmannen og teknisk sjef i kommunen. Teknisk utvalg fattet vedtak i tråd med innstillingen. Etter klage, ble saksfremlegg og innstilling til den kommunale klagenemnda gitt av rådmannen. Innstillingen til klagenemnda hadde samme ordlyd som innstillingen og vedtaket i førsteinstans.

I brev til kommunen ba vi om kommunens syn på rådmannens habilitet ved forberedelsen av saken til klagenemnda, jf. dagjeldende kommunelov (1992) § 40 nr. 3 bokstav c. Vi spurte også hvilken betydning kommunen mente en eventuell inhabilitet hadde for gyldigheten av klagenemndas vedtak.

Det fremgikk av kommunens reglement for klagenemnda 20. juni 2017 punkt 2, følgende regel om sammensetningen av klagenemnda:

«Klageinstansen skal bestå av 2 faste medlemmer i tillegg til leiar for det utvalet den einskilde klagesaka høyrer inn under (ordførar, leiar av teknisk utval, leiar av levekårutval).

Kommunestyret vel klageinstansen sin leiar og nestleiar blant dei 2 faste medlemmene.

Varaordførar og nestleiar av hovudutval tiltrer som varamedlem for dei respektive ansvarsområda ved forfall frå medlem nr 3. Ordførar tiltrer som varamedlem ved forfall frå fast medlem. Dersom ordførar er innkalla som 3. medlem i klagenemnda tiltrer varaordførar som varamedlem ved forfall fra fast medlem.»

Klagenemnda var ved behandling av saken satt med de to faste medlemmene og ordføreren. Sistnevnte var vara for leder og nestleder i Teknisk utvalg, som etter reglementet skulle vært tredje medlem og vara for denne. Leder og nestleder av utvalget var begge inhabile ettersom de hadde deltatt ved førsteinstansens behandling av saken.

Ombudsmannen ba kommunen svare på hvem som besluttet at ordføreren skulle utgjøre tredje medlem i klagenemnda og hvilken betydning dette hadde for vurderingen av om klagenemndas avgjørelse er gyldig. Vi spurte også hvilken betydning det hadde for gyldighetsvurderingen at klagenemndas avgjørelse var avgitt under dissens og at ordførers stemme således var avgjørende.

Avslutningsvis spurte vi kommunen om de så behov for å ta regler om sammensetning av klagenemnda, der medlem og varamedlem er inhabile, inn i reglementet for klagenemnda.

I svarbrevet hit skrev kommunen blant annet følgende om rådmannens habilitet og den eventuelle inhabilitetens betydning for gyldigheten av klagenemndas vedtak:

«Vi ser at rådmannen sin godkjenning av begge sakene er uheldig, men ut fra at det er to saksbehandlere på to ulike avdelinger som har tilrettelagt sakene kan vi ikke se at det er sannsynlig at utfallet av innstilling til vedtak i klagen ville vært annerledes om f.eks. det kun var teknisk sjef som godkjente den første saken.»

Videre opplyste kommunen at det var lederen for teknisk utvalg som foreslo ordføreren som tredje medlem i klagenemnda, og at dette fikk tilslutning fra ordføreren, varaordføreren og rådmannen. Om sammensetningens betydning for gyldigheten av klagenemndas vedtak skrev kommunen:

«Det var et enstemmig teknisk utvalg som i første instans vedtok å ikke ta klagen til følge. Da dette ble oppfattet som en samlet politisk enighet om at klagen ikke skulle tas til følge er ordførere sin stemme derfor vurdert til å ikke være avgjørende for gyldighetsvurderingen av klagenemndas avgjørelse.»

Kommunen opplyste at de, i løpet av høsten 2020, skulle vedta nytt delegeringsreglement, og at det i den sammenheng blant annet ville bli vurdert hvem som tilrettelegger saker for klageinstansen og hvem som godkjenner slike saker. Kommunen opplyste også at det var valgt nye medlemmer til klagenemnda, og at det i den sammenheng var vedtatt et nytt punkt i reglementet. Dette punktet slår fast at ordfører trer inn som varamedlem dersom både leder og nestleder av det aktuelle hovedutvalget har forfall eller er inhabile.

Ombudsmannens syn på saken

1. Rådmannens habilitet i klagesaken

Forvaltningslovens regler gjelder for kommuners behandling av klager over kommunale vedtak. Dette innebærer blant annet at klagen må gis en reell to-instansbehandling, selv om både underinstansen og klageinstansen er kommunale, jf. forvaltningsloven § 28 andre ledd.

De alminnelige habilitetsreglene i forvaltningsloven kapittel II gjelder også for klagebehandling i kommunen. For å sikre en reell to-instansbehandling oppstiller kommuneloven av 1992, som gjaldt på tidspunktet for klagenemndas vedtak, en særlig regel om inhabilitet ved klageinstansens behandling av klager, jf. § 40 nr. 3 bokstav c. Bestemmelsen lød slik:

«Ved behandlingen av klager etter forvaltningsloven § 28 andre ledd er ansatte eller folkevalgte som var med på å treffe det påklagede vedtak, eller som medvirket ved tilretteleggelsen av grunnlaget for dette, inhabile ved klageinstansens behandling av saken og ved tilretteleggelsen av saken for klageinstansen.»

Videre følger det av § 40 nr. 3 andre ledd at dersom en overordnet er inhabil til å behandle en sak, kan en direkte underordnet ansatt ikke delta ved klageinstansens behandling av saken, eller ved tilretteleggelsen av saken for klageinstansen.

For ansatte i administrasjonen er bestemmelsen videreført i någjeldende kommunelov § 13-3 andre ledd. Forarbeidene til denne bestemmelsen er derfor relevant ved tolkningen av den tilsvarende bestemmelsen i kommuneloven av 1992. I proposisjonen til den nye loven, Prop. 46 L (2017–2018) punkt 18.4.2, beskrives kravene til saksbehandlingen i klagesaker og det nærmere skillet mellom første- og anneninstansbehandlingen slik:

«Den ansatte kan etter loven behandle klagen som underinstans, jf. forvaltningsloven § 33 andre ledd, og dermed forberede og avgjøre saken når underinstansen skal ta stilling til om vedtaket skal oppheves, endres eller opprettholdes og videresendes til klageinstansen. Det er først når saken er videresendt til klageinstansen internt i kommunen etter forvaltningsloven § 33 fjerde ledd, som for eksempel klagenemnda eller formannskapet, at den aktuelle ansatte blir inhabil. Dersom for eksempel administrasjonen ved lederen for teknisk etat treffer et vedtak, kan vedkommende motta klagen og vurdere om vedtaket skal opprettholdes eller omgjøres. Opprettholdes vedtaket, og det skal til formannskapet for klagebehandling, sender lederen saken til administrasjonssjefen eller en annen høyere opp i administrasjonen som forbereder klagesaken for formannskapet. Det er ved forberedelsen av saken for formannskapet som klageinstans lederen av teknisk etat vil være inhabil. Vedkommende kan for eksempel ikke redegjøre for saken for formannskapet eller være den som står ansvarlig for saksframlegget eller administrasjonens innstilling til vedtak. På den måten sikrer man reell to-instansbehandling selv om klagebehandlingen også finner sted i kommunen.»

Som beskrevet vil ikke underinstansens forberedende behandling av en klage i tråd med forvaltningsloven § 33 andre til fjerde ledd omfattes av habilitetsregelen. Dette gjelder også utforming av en eventuell uttalelse til klageinstansen etter fjerde ledd annet punktum. Utarbeidelse av saksfremlegg og innstilling til klagenemnda må imidlertid klart anses som en del av klageinstansen forberedelse av saken, og må utarbeides av personer som ikke rammes av habilitetsregelen. Kommunene må derfor sørge for at de har egne ansatte eller eksterne til å utarbeide saksfremlegg og innstilling til klagenemnda, se blant annet ombudsmannens uttalelse 28. juni 2018 (SOM-2017-1836).

I denne saken mottok kommunen klagen 2. april 2019. Det er uklart for ombudsmannen hvilken saksforberedelse som ble gjort i førsteinstansen og når saken ble oversendt til klagenemnda for behandling der. Det fremstår likevel klart at rådmannens saksfremlegg 11. juni 2019 er en del av klagenemndas behandling. Saksfremlegget inneholder blant annet innstilling til vedtak, som også ble fulgt av flertallet i klagenemnda.

Kommunen har forklart at saken ble forberedt av forskjellige saksbehandlere i førsteinstans og for klagenemnda, men at saksfremleggene ble godkjent av teknisk sjef og rådmann for førsteinstans og av rådmann alene for klagenemnda. Rådmannen har godkjent saksfremlegget for førsteinstansbehandlingen, og er således inhabil til å forberede saken for klageinstansen. At det er en saksbehandler som har utarbeidet saksfremlegget for førsteinstansen endrer ikke dette. Når rådmannen er inhabil til å forberede saken for klagenemnda, er også resten av administrasjonen inhabil, jf. kommuneloven (1992) § 40 nr. 3 andre ledd. Både rådmannen og den saksbehandleren som utformet saksfremlegget for klagenemnda var derfor inhabile.

Om betydningen en eventuell inhabilitet har for gyldigheten av klagenemndas vedtak, har kommunen pekt på at det er to forskjellige saksbehandlere på to ulike avdelinger som har tilrettelagt sakene, og at det derfor ikke er «sannsynlig at utfallet av innstilling til vedtak i klagen ville vært annerledes om f.eks. det kun var teknisk sjef som godkjente den første saken».

På generelt grunnlag bemerker ombudsmannen at brudd på habilitetsreglene lett kan føre til at et vedtak blir ugyldig, jf. blant annet Eidsivating lagmannsretts dom 21. mai 2015 (LE-2014-190032) med videre henvisninger og Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (11. utgave 2018), side 468–469. En underordnet er ofte i et avhengighetsforhold til sin overordnede. I tillegg har denne saken versert i kommunen i lang tid. Rådmannens syn på saken kan ha hatt betydning for hvordan saken ble forberedt for klageinstansen. Denne muligheten bidrar til å svekke tilliten til klagenemndas avgjørelse.

2. Sammensetningen av klagenemnda

Ifølge reglementet for klagenemnda, slik det lød på tidspunktet for klagenemndas behandling, skulle nemnda settes med tre medlemmer, hvorav to faste medlemmer. Det tredje medlemmet skulle være leder for det utvalget saken hører innunder – i dette tilfellet leder av teknisk utvalg. Vara skulle være nestleder i samme utvalg. Ettersom saken ble førsteinstansbehandlet i teknisk utvalg, ble både leder og nestleder i utvalget ansett inhabile. Reglementet hadde ingen regler for hvem som da skulle være vara.

Det er kommunestyret som har gitt Reglement for kommunal klagenemnd. Når det ikke var tydelig bestemt hvem som skulle tre inn når det alminnelige tredje medlemmet og varamedlem for denne begge var inhabile, skulle kommunestyret avklart dette.

Kommunen satte nemnd med ordføreren som tredje nemndmedlem. Ifølge kommunen ble dette foreslått av lederen for teknisk utvalg, og fikk tilslutning fra ordføreren, varaordføreren og rådmannen. Både leder for teknisk utvalg og rådmannen var inhabile ved klagenemndas behandling, og ordføreren var den som ble valgt. At det var disse, sammen med varaordføreren, som besluttet at ordføreren skulle tre inn som nemndas tredje medlem er med på å svekke tilliten til nemndas avgjørelse.

Om betydningen av denne feilen har kommunen vist til at førsteinstansvedtaket i teknisk utvalg var enstemmig i avgjørelsen om å ikke ta klagen til følge, og at det således var «samlet politisk enighet» om saken. Kommunen mener det derfor at «ordføreren sin stemme [er] vurdert å ikke være avgjørende for gyldighetsvurderingen av klagenemndas avgjørelse».

Klagenemndas avgjørelse ble avgitt under dissens 2 mot 1, hvor ordførerens stemme tilhørte flertallet. Dissensen viser at det ikke var samlet politisk enighet om saken, slik kommunen har lagt til grunn. Ettersom ordførerens stemme tilhørte flertallet, ville en annen sammensetning av klagenemnda kunne ført til et annet resultat.

Konklusjon

Rådmannen og administrasjonen var inhabile til å forberede saken for klagenemnda. Videre var det feil ved sammensetningen av nemnda. Det er grunn til å tro at disse feilene kan ha påvirket avgjørelsen i saken på en slik måte at resultatet kunne ha blitt et annet dersom forberedelsen var i tråd med kommunelovens habilitetsregler og nemnda var rett sammensatt.

Ombudsmannen ber derfor kommunen om å behandle klagen på nytt.

Tilbakemeldingen bes gitt innen **14. desember 2020**.

2.11.2020 (2020/1452)