

NOTAT

Til: Norsk Almenningsforbund

Fra: Jo-Are Aamodt Brænden

Ansvarlig advokat:
Jo-Are Aamodt Brænden

Vår ref.:
6567/

Deres ref.:

Lillehammer
25. august 2017

HABILITETSVURDERING

1 INNLEDNING

Ved notat av 15. mai 2017 har advokatfirmaet Kluge vurdert hvorvidt medlemmer i et kommunestyre som også har rettigheter i en bygdeallmenning, vil kunne være inhabile til å delta i behandlingen av en søknad om ekspropriasjon fra allmenningen. I notatet er konklusjonen til advokatfirmaet Kluge sammenfattet slik:

Medlemmer i kommunestyret/formannskapet som har rettigheter i allmenningen, er inhabile etter forvaltningslovens § 6 annet ledd. Ved behandlingen av ekspropriasjonssaken bør disse erstattes med varamedlemmer. Inhabiliteten rammer også dem som er nærstående til rettighetshavere som nevnt i § 6 første ledd.

Styret i Norsk Almenningsforbund har bedt om vår vurdering av habilitetsspørsmålet, og advokatfirmaet Kluges notat av 15.05.2017.

2 FAKTUM SOM BLE LAGT TIL GRUNN I NOTATET FRA ADVOKATFIRMAET KLUGE

I Kluges notat er de faktiske forhold i den aktuelle saken beskrevet slik:

Hamar kommune eier 30 % av det interkommunale selskapet Sirkula IKS (Sirkula). Sirkula skal utvide et eksisterende søppeldeponi og har over en lengre periode forhandlet med Vang Almending om erverv av et areal på ca. 300 dekar. Partene har ikke kommet til enighet, og Sirkula har derfor bedt kommunen fatte ekspropriasjonsvedtak. Utvidelsen av deponiet er i henhold til en reguleringsplan vedtatt av kommunestyret i 2015.

Advokatfirmaet Thallaug ANS

Storgata 121, postboks 354, NO-2602 Lillehammer

Ringsakervegen 45, Brumunddal | Storgata 23, Gjøvik

Tlf. 61 27 99 50, faks 61 27 99 51, post@thallaug.no, www.thallaug.no, org. nr. 950 522 550 MVA

247377



www.advocatia.no

Flere medlemmer av formannskapet/kommunestyret er eiere av gårdsbruk som gjør dem til rettighetshavere i allmenningen. Vi har ikke opplysninger om at noen av dem er styremedlemmer i allmenningen. Ekspropriasjonen vil kunne medføre en erstatning til allmenningen i størrelsesorden 20 – 45 millioner kroner.

I tillegg sitter to av medlemmene av formannskapet/kommunestyret i representantskapet i Sirkula. Vi har fått opplyst at representantskapet har vært direkte involvert i ervervsaken og lagt klare økonomiske føringer for de forhandlingene som selskapet har gjennomført med allmenningen.

Hamar kommune eier et småbruk på ca. 27 dekar, som medfører at kommunen også er rettighetshaver i allmenningen.

3 DEN RELEVANTE RETTSREGELN

Forvaltningslovens § 6 har følgende ordlyd:

En offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak

- a) når han selv er part i saken;
- b) når han er i slekt eller svogerskap med en part i opp- eller nedstigende linje eller i sidelinje så nær som søsken;
- c) når han er eller har vært gift med eller er forlovet med eller er fosterfar, fostermor eller fosterbarn til en part;
- d) når han er verge eller fullmektig for en part i saken eller har vært verge eller fullmektig for en part etter at saken begynte;
- e) når han leder eller har ledende stilling i, eller er medlem av styret eller bedriftsforsamling for
 1. et samvirkeforetak, eller en forening, sparebank eller stiftelse som er part i saken, eller
 2. et selskap som er part i saken. Dette gjelder likevel ikke for person som utfører tjeneste eller arbeid for et selskap som er fullt ut offentlig eid og dette selskapet, alene eller sammen med andre tilsvarende selskaper eller det offentlige, fullt ut eier selskapet som er part i saken.

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.

Er den overordnede tjenestemann ugild, kan avgjørelse i saken heller ikke treffes av en direkte underordnet tjenestemann i samme forvaltningsorgan.»

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.

Rekkevidden av annet og fjerde ledd kan fastlegges nærmere ved forskrifter som gis av Kongen.

Vurderingen til advokatfirmaet Kluge er for det første at alle «rettighetshavere» i en allmenning vil være part ved ekspropriasjon fra allmenningen, og derved inhabile etter 1. ledd bokstav a. For det andre at vilkårene for inhabilitet etter andre ledd også er oppfylt.

4 INHABILITET FOR ENKELTMEDLEMMER AV KOMMUNESTYRET/FORMANNSKAPET SOM FØLGE AV TILKNYTNING TIL ALLMENNINGEN

4.1 Spørsmålet om bruks- eller eiendomsberettigede i en allmenning kan anses som part etter forvaltningsloven § 6, første ledd bokstav a, i sak om ekspropriasjon

Advokatfirmaet Kluge har i sitt notat lagt til grunn at samtlige bruks- eller eiendomsberettigede i allmenningen er å regne som «part» i ekspropriasjonssaken etter forvaltningsloven (fvl.) § 6, første ledd, bokstav a. Dette er jeg ikke enig i.

Det er som argument for standpunktet uttalt at «Bygdeallmenningsloven § 1-8 bygger på en forutsetning om at hver og en av rettighetshaverne har partsstatus i tvistesaker for domstolene» og at det «som hovedregel [er] naturlig at den som har partsevne i rettergang også har partsstatus i forvaltningssaken».

Bygdeallmenninger har ved allmenningsstyret alminnelig partsevne for domstolene. Dette følger forutsetningsvis av rettspraksis, jf. Rt-1996-1497. Det kan på dette punkt vises til Falkanger: *Allmenningsrett* (2009), side 79:

I sameier og andre «løse sammenslutninger» er utgangspunktet at søksmål må reises mot de enkelte deltagere. Men i allmenningsforhold blir det annerledes. Der har vi en fast organisasjon med en økonomi som er adskilt fra de bruksberettigedes, og fremfor alt med et styre som har en vidtgående kompetanse.

Løsningen innebærer at det i den enkelte sak er nødvendig å stille spørsmål ved om det er de(n) enkelte bruksberettigede eller allmenningen som sådan som er part.

Ved ekspropriasjon av allmenningsgrunn må utgangspunktet være at det er bygdeallmenningen ved dennes styre som er part, både i ekspropriasjonsvedtak og ved en eventuell sak for domstolene. Dette følger etter min mening allerede av ordlyden i bygdeallmenningsloven § 18, første ledd, da det i vår sak ikke er tale om å innklage «et større eller ubestemt antall bruksberettigede».

Dette synes også å være lagt til grunn i teorien, jf. Falkanger, side 80:

På lignende vis forholder det seg ved ekspropriasjon rettet mot allmenningen (f.eks. for fremføring av en kraftlinje): Styret er part, men er det særinteresser som rammes (stolpefeste på setervollen), vil vedkommende ha partsstatus.

Det foreligger ikke opplysninger om at de aktuelle bruksberettigede i kommunestyret har «særinteresser» som leder til partsstatus i ekspropriasjonssaken.

Om de bruksberettigede ville hatt partsstatus i en eventuell tvistesak for domstolene, er for øvrig ikke avgjørende for om de er å regne som «part» i forvaltningssaken. Sivilprosessen opererer med et formelt partsbegrep, mens forvaltningsloven opererer med et selvstendig materielt partsbegrep.

I allmenninger kan det være et stort antall bruksberettigede, og derfor vanskelig å tilfredsstille de kravene de sivilprosessuelle reglene stiller til varsel, forkynnelse, stevning mv. Den omtalte bestemmelsen i bygdeallmenningsloven § 1-8 ble vedtatt for å lempe på den dagjeldende tvistemålslovens krav.

I bygdeallmenningslovens forarbeider fremgår det forutsetningsvis at dette var hensikten, jf. Ot.prp. nr. 37 (1991-1992), side 38:

Bestemmelsene er av prosessuell karakter og avløser lov 9. juli 1851 om Forkyndelsesmaaden af Indkaldelser og Stevninger i visse Sager angaaende Almindinger. Innholdsmessig svarer bestemmelsene stort sett til loven av 1851, men er gitt en moderne språkdrakt og tilpasset den øvrige prosesslovgivning. Om det nærmere innhold i bestemmelsene vises til utvalgets merknader på s. 42 i utredningen.

Thor Falkanger gir i sin bok *Allmenningsrett* (2009) følgende beskrivelse av bestemmelsen (side 90):

Tvl. § 9-2 sier at en stevning skal angi «navn og adresse på parter», og tilsvarende gjelder for forliksklagen, jf. tvl. § 6-3. Også på dette punkt er det en lempning i allmenningsforhold, jf. bygdeall. § 1-8 første ledd om at når det dreier seg om «et større eller et ubestemt antall bruksberettigede», er det tilstrekkelig at forliksklage eller stevning lyder på «de bruksberettigede i allmenningen uten angivelse av navn. (...) Gjennom disse regler oppnår man å få en dom som er bindende for hele den aktuelle kretsen av bruksberettigede, selv om en av dem ikke har vært oppmerksom på kunngjøringen og derfor ikke har hatt anledning til fremføre sine synspunkter under saken.

Det er på denne bakgrunn ikke grunnlag for å hevde at bygdeall. § 1-8 bygger på en forutsetning om at de bruksberettigede har partsstatus i allmenningens tvistesaker for domstolene.

Det bygger etter dette på en uriktig forutsetning når det i notatet fra advokatfirmaet Kluge legges til grunn at rettighetshaverne i allmenningen, de eiendoms-/bruksberettigede, er direkte parter ekspropriasjonssaken for domstolene. Det kan derfor heller ikke utledes fra reglene om partsstilling ved rettslig prosess at de eiendoms-/bruksberettigede på generelt grunnlag må anses som part etter forvaltningslovens bestemmelser.

I den grad ekspropriasjonen berører ett område hvor enkelte av de bruksberettigede har særskilt bruk og interesse, vil disse kunne ha partsstilling som følge av at de blir konkret berørt av det aktuelle tiltaket.

Spørsmålet som ikke er vurdert direkte fra advokatfirmaet Kluge, er om de eiendoms-/bruksberettigede i allmenningen skal anses som parter etter forvaltningslovens bestemmelser.

Partsbegrepet er legaldefinert i fvl. § 2, bokstav e som «person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder».

Ifølge § 2, bokstav e er «part» for det første *den som en avgjørelse retter seg mot*. Dette er et formelt kriterium, og det er klart nok at de bruksberettigede ikke omfattes av bestemmelsen på dette punkt.

For det andre skal også den som *saken ellers direkte gjelder*, anses som part. Etter dette kriteriet er den enkeltes reelle tilknytning som er avgjørende.

Bestemmelsens ordlyd «direkte» innebærer at indirekte, faktiske fordeler eller ulemper som følge av et vedtak, i utgangspunktet ikke kan være nok til å si at man er part.

Kriteriet har tradisjonelt vært tolket snevert. I forvaltningslovens forarbeider, NUT 1958: 3 har Forvaltningskomiteen følgende omtale av partsbegrepet (side 155):

I motsetning til i prosessen - hvor partsforholdet alltid er på det rene er det i forvaltningen vanskelig for ikke å si umulig å stille opp et partsbegrep med klar avgrensning mellom på den ene side,; «Partene» med fulle partsrettigheter fra saken kommer i gang og til den er endelig avgjort og på, den annen side: De hvis interesser nok berøres av saken, men ikke så direkte eller sterkt at de bør ha partsstilling.

Ved tolkningen av kriteriet er fvl. § 28 av interesse – ikke bare part, men også annen med «rettslig klageinteresse» har klagerett. Dette betyr at ikke enhver som har «rettslig interesse» i en avgjørelse, kan anses som part i saken. De som en sak «direkte gjelder», er således en snevrere krets enn de som har «rettslig interesse» i den.

I den aktuelle saken er et allmenningsstyre, som representant for de eiendoms-/bruksberettigede i allmenningen, formelt part. Det er utelukkende allmenningen som vil bli rettslig påvirket av ekspropriasjonsvedtaket. At enkeltmedlemmer av kommunestyret også er bruksberettiget i Vang almenning, er ikke tilstrekkelig til at disse selv er å regne som «part». Dette må gjelde selv om de som følge av bruksretten eventuelt skulle få en indirekte, faktisk fordel av ekspropriasjonsvedtaket på et senere tidspunkt.

Konklusjonen er at de enkeltmedlemmer av kommunestyret som er bruksberettiget i Vang almenning, ikke er å regne som «part» i saken og dermed ikke er inhabile etter fvl. § 6, første ledd. Dette innebærer at heller ikke de personkretser som nevnt i fvl. § 6 bokstav b, c og d er inhabile til å forberede eller treffe avgjørelse i saken.

4.2 Inhabilitet etter forvaltningsloven § 6, andre ledd

Det neste spørsmålet er da om de eiendoms-/bruksberettigede på generelt grunnlag kan regnes som inhabile etter fvl. § 6, andre ledd, som 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.

Vurderingstemaet etter bestemmelsen er om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten, ikke hvorvidt avgjørelsen vil kunne innebære en særlig fordel, ulempe eller et tap for tjenestemannen. Dette med særlig fordel, ulempe osv. er utelukkende momenter i vurderingen. Det følger av ordene «blant annet» at disse ikke er de eneste momenter som skal vektlegges i vurderingen.

Det er etter ordlyden ikke relevant hvorvidt vedkommende tjenestemann rent faktisk antas å påvirke avgjørelsens innhold. Habilitetsreglene har ikke bare til formål å sikre upartiske avgjørelser, men også å bidra til å opprettholde den allmenne tillit til forvaltningen.

Spørsmålet er derfor om en eiendomsrett eller bruksrett i en bygdeallmenning, er et forhold som er egnet til å svekke tilliten til det enkelte kommunestyremedlems opptreden i saken.

I uttrykket «særegne forhold» ligger at situasjoner som svært mange er i, ikke medfører inhabilitet. Ordføreren i Hamar, Einar Busterud, har i e-post gitt uttrykk for at det er 370 bruksberettigede i Hamar som vil berøres av ekspropriasjonsvedtaket. Hamar kommune har en befolkning på nærmere 30 000. Bruksrett i allmenningen kan nok på denne bakgrunn hevdes å være et særegent forhold.

Spørsmålet er imidlertid om bruksrett/eiendomsrett i allmenningen er «egnet til å svekke tilliten til [kommunestyremedlemmenes] upartiskhet».

I notatet fra advokatfirmaet Kluge er det trukket frem at det ved gjennomføringen av ekspropriasjon vil kunne gi mulighet til kontantutbytte, og derved ha en indirekte betydning for de berettigede i allmenningen. Dette er for så vidt korrekt. Selv om det er en lav sannsynlighet for at utfallet av ekspropriasjonssaken har noen direkte økonomisk betydning for de berettigede i allmenningen, vil en indirekte følge av en ekspropriasjon kunne være at det utbetales et kontantutbytte. Etter min vurdering er imidlertid den mulige fordel eller ulempe som de eiendoms-/bruksberettigede har ved en ekspropriasjon, for avledet og usikker til å kunne medføre inhabilitet på generelt grunnlag.

Det er en rekke beslutninger som fattes i kommunale organer som har en eller annen indirekte betydning for det enkelte medlem i kommunestyret. Lokalisering av skoler eller barnehager vil kunne ha en direkte betydning både økonomi og hverdag for kommunestyrets medlemmer. For at det skal foreligge et særegent forhold som medfører inhabilitet, må forholdet ut fra objektive kriterier være slik at det kan gi grunn til å svekke tilliten til opptreden i saken. Det forhold at allmenheten er ukjent med reglene om bruksrett og eiendomsrett i en bygdeallmenning, og hvilke konkrete fordeler eller ulemper et vedtak i saken vil kunne ha, kan ikke være relevant. Spørsmålet må være hvordan en ut fra en korrekt vurdering av rettighetsforholdene vil vurdere situasjonen. Vurderingen av om eiendomsrett eller bruksrett i en allmenning er egnet til å svekke tilliten til den enkeltes opptreden i saken, må ta utgangspunkt i hvilken reell betydning saken har eller vil kunne ha for de berettigede i allmenningen. Dette må da vurderes konkret.

I den aktuelle saken var spørsmålet om medlemmene i kommunestyret var inhabile til å fatte vedtak om ekspropriasjon av et areal fra allmenningen. Det som reelt sett forelå til behandling var

THALLAUG

hvorvidt det skulle gis samtykke til tvangsmessig gjennomføring av en foreliggende reguleringsplan. I følge notatet fra advokatfirmaet Kluge hadde det vært forhandlinger mellom allmenningen og Sirkula i lang tid, uten at disse hadde kommet til enighet. For Sirkula var spørsmålet om de skulle sikre seg adgang til et areal regulert til deres formål, uten å måtte forhandle videre med allmenningen. For allmenningen innebar saken et spørsmål om allmenningen skulle miste den forhandlingsposisjon som lå i at overdragelse av arealet betinget et samtykke fra allmenningen. Ved å miste forhandlingsposisjonen ville allmenningen komme i en situasjon hvor det forelå en ubetinget rett til å overta eiendommen, mot at det i henhold til lovgivningen skulle betales full erstatning. Hvorvidt det skal gis ekspropriasjonstillatelse eller ikke, har på denne bakgrunn i prinsippet ikke direkte økonomisk betydning for allmenningen, og da heller ikke de allmenningsberettede. Dette med mindre allmenningen av ulike årsaker skulle være imot selve avståelsen, og/eller den foreliggende regulering. Jeg har ikke opplysninger om noe slikt.

For kommunen som skal ta stilling til om det skal fattes vedtak om ekspropriasjon, er spørsmålet i prinsippet om gjennomføringen av reguleringsplanen bør iverksettes uten at en venter på at partene skulle komme til en minnelig løsning. Ved denne vurderingen vil det være et usaklig og utenforliggende hensyn hvis kommunestyrets medlemmer skulle ta hensyn til at ekspropriasjonsvedtaket endrer allmenningens forhandlingsposisjon. Spørsmålet i den konkrete vurderingen vil derfor være hvorvidt det å være allmenningsberettiget helt generelt, er egnet til å svekke tilliten til at det ikke blir tatt slike utenforliggende hensyn. Etter min vurdering blir konsekvensene for en allmenningsberettiget som følge av et ekspropriasjonsvedtak for avledede og usikre til at en på generelt grunnlag kan hevede at forholdet til allmenningen leder til inhabilitet.

Det må understrekes at vurderingen vil være annerledes for de som direkte tar del i allmenningens drift som styremedlemmer. Videre vil vurderingen være annerledes i den grad det aktuelle vedtaket direkte påvirker den allmenningsberettedes utøvelse av rettigheter i allmenningen.
