

Legger du denne også på sak 19/18 i ny-basen?



Vennlig hilsen
Britt Brevik
Leder Infotorget

Mob: 928 56 648 / 72 51 40 00
www.orland.kommune.no

Fra: Raaen Emil
Sendt: 23. oktober 2019 09:07
Til: Brevik Britt
Emne: VS: Notat om ordføreren - viktig tilføyelse

Hei Britt. Kan du sende denne til hele kommunestyret i nye Ørland.

Juridiske betraktninger fra Bjerkan Stav vedr valg av ordfører og varaordfører.

Det vedlagt notatet framkommer som følge av en telefonsamtale rådmann Arnfinn Brasø hadde med adv Karl Bjørnaar Olsen i Bjerkan Stav. Brasø inviterte Bjerkan og Stav til å gi sine vurdering av den aktuelle saken med bakgrunn i det materiale som ligger i saksframlegget som er sendt kommunestyremedlemmene.

Notatet er utarbeidet før siste vurdering fylkesmannens juridiske avdeling ble sendt ut.

Med hilsen

Emil Raaen

Prosjektleder nye Ørland kommune
emil.raaen@nyeorland.no
Mob. 917 60 241
Alf Nebbs gt. 2, 7160 Bjugn
Rådhusgata 6, 7130 Brekstad

Fra: Brasø Arnfinn <Arnfinn.Braso@orland.kommune.no>
Sendt: tirsdag 22. oktober 2019 15:18
Til: Raaen Emil <Emil.Raaen@nyeorland.no>
Emne: Vs: Notat om ordføreren - viktig tilføyelse

Fra: Karl Bjørnar Olsen <karl.olsen@bjerkan-stav.no>

Sendt: tirsdag 22. oktober 2019 15:01

Til: Brasø Arnfinn <Arnfinn.Braso@orland.kommune.no>

Emne: Notat om ordføreren - viktig tilføyelse

Hei og ref oversendelsen i går. Jeg ser nå at det manglet en liten setning aldeles helt til slutt i siste kulepkt. under oppsummeringen. Man har nok forstått hva som er ment, men jeg har nå tilføyd setningen slik at dette blir helt klart.

Beklager dette.

Karl Bj.

BJERKAN STAV

ADVOKATFIRMA

Notat

Dato 21.10.2019
Til Prosjektleder Emil Raaen/Ørland kommune
Fra Advokat Karl Bj. Olsen
Tema Valget av ordfører – kommunestyremøte

1 Innledning

Jeg viser til oversendelse av diverse dokumenter den 17.10. Vi har mottatt en redegjørelse for kommunes håndtering av saken så langt, samt de uttalelser og vurderinger som foreligger knyttet til den aktuelle problematikken. Vi er bedt om å rettlede kommunen mht. hva som nå bør skje.

«Problematikken» er om valget av ordfører gikk riktig for seg, dvs. om valget skjedde i tråd med kommunelovens bestemmelser, og hvis ikke – om det allikevel er «*...grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.*» jfr. forvaltningsloven § 41.

Konkret: var det anledning til å foreta skriftlig valg av ordfører og varaordførere, og hvis ikke: er det grunn til å tro at feilen allikevel ikke kan ha virket inn på hvem som ble valgt.

Det foreligger to motstridende uttalelser om dette: KMD mener at skriftlig valg ikke er tillatt etter at kommuneloven nå er endret (og den konkrete hjemmel for dette ble tatt ut) og at det derfor har skjedd en feil. Hvorvidt feilen kan ha hatt betydning for utfallet kan og vil ikke KMD si noe konkret om, og overlater den vurderingen til kommunen.

KS-advokatene er av motsatt oppfatning. De hevder at skriftlig avstemning ved valg av f.eks. ordfører fortsatt er tillatt. Adgangen til slike hemmelige valg er basert på en meget lang praksis som har vekt som en rettsregel. Praksisen var ulovfestet frem til 1992, men ble innarbeidet i ny kommunelov den gang (§ 35 nr 5). At bestemmelsen er tatt ut av lovteksten nå i 2019 innebærer etter KS sin oppfatning imidlertid ikke noe forbud mot slike skriftlige avstemninger.

Hva angår de refleksjoner henholdsvis KMD og KS-advokatene har gjort seg vises til de respektive vurderingene. Vi understreker at vi forholder oss til de uttalelser som foreligger og vi har ikke foretatt noen dyptpløyende selvstendig vurdering av det aktuelle spørsmålet.

BJERKAN STAV

ADVOKATFIRMA

Uklarheten rundt valget har medført at 10 medlemmer av kommunestyret (Ørland Senterpartiet's medlemmer) har bedt om lovlighetskontroll, jfr. kommuneloven kap. 27. Kommunestyret må derfor beslutte om man skal stå fast på vedtaket.

2 Litt om de forskjellige utgangspunktene

Saken er spesiell ikke bare fordi det foreligger to ulike tolkninger, men også fordi forarbeidene til loven ikke gir noen veiledning. I forarbeidene finnes det ingen begrunnelse for at bestemmelsen skulle ut, eller refleksjoner rundt de forskjellige hensyn. Dette selv om det åpenbart ville innebære en vesentlig endring av en praksis som var etablert og hadde fungert siden før 1920-tallet, å forby skriftlige avstemming ved valg og ansettelser. Det kan derfor også stilles spørsmål ved om Stortinget var klar over denne konkrete endringen.

KMD er øverste myndighet hva angår tolkning av kommunelovens bestemmelser. Tolkingsuttalelser fra KMD vil legge føringer for fylkesmannens behandling av klagesaker, for eksempel ved lovlighetskontroll. KMD ser ved sin tolkning hen til loven for øvrig, særlig det viktige prinsippet om at møter skal være offentlige. Avvik fra dette prinsippet krever hjemmel i lov, og slik hjemmel finnes ikke lenger i loven, slik KMD ser det.

KS-advokatene ser helt annerledes på saken. KS fokuserer i sin tolkning på historien og den praksis som har vært etablert over svært lang tid – og som var ulovfestet frem til 1992. Den kodifiseringen som skjedde ved vedtagelsen av loven i 1992 var helt unødvendig all den tid regelen allerede var etablert. Det at denne «unødvendige» kodifiseringen er fjernet nå innebærer etter KS sin oppfatning derfor ikke at regelen som sådan er borte. KS legger også vekt på at det ikke finnes spor av at lovgiver konkret har ment å endre adgangen til skriftlige valg, all den tid det ikke finnes refleksjoner rundt dette i forarbeidene.

Etter vår oppfatning er det all grunn til å regne med at Fylkesmannen vil håndtere en lovlighetsklage i tråd med den oppfatning KMD har gitt uttrykk for. KMD er det øverste organ i forvaltningsrekken og uttalelser derfra er retningsgivende både for Fylkesmannen og for kommunene.

På den annen side kan vi ikke avvise KS sitt syn på saken. KS løfter frem flere relevante argumenter for motsatt resultat, argumenter KMD ikke berører i sin vurdering. Vi kan derfor ikke bastant konkludere med at det var feil å gjennomføre skriftlig valg i dette tilfellet.

3 Lovlighetskontroll

I det konstituerende kommunestyremøtet ble det valgt ordfører og varaordfører for kommunen. Valg av ordfører/varaordfører gjelder for hele valgperioden (§ 6-2, 2. ledd). Ordfører/varaordfører kan altså ikke byttes ut i perioden selv om konstellasjonene i kommunestyret skulle endre seg underveis.

Det valg som er gjennomført er derfor i prinsippet endelig. Her er det imidlertid bedt om lovlighetskontroll, hvilket det er anledning til hva angår et slikt vedtak. Spørsmålet nå er om vedtaket *har blitt til på lovlig måte*, jfr. kommuneloven § 27-3, c. Lovlighetskontrollen innebærer at kommunestyret først må behandle saken selv på ny og *hvis organet opprettholder vedtaket, skal saken sendes til departementet* (her: fylkesmannen) (§ 27-1, 1. ledd).

BJERKAN STAV

ADVOKATFIRMA

Dersom kommunestyret selv anser at valget er ugyldig må det deretter gjennomføres et nytt valg. Ved det nye valget vil representantene være ubundet av hva de stemte første gang. Vi sier ikke her mer om et eventuelt valg – som vil være en ordinær sak. Nedenfor fokuserer vi kun på den første avgjørelsen – om valget ble riktig gjennomført og om konsekvensen av eventuelle feil er at valget var ugyldig.

Det eneste som skal stå i fokus ved en lovlighetskontroll er forholdene ved valget/vedtaket som sådan. Ved kommunestyrets egen vurdering av om valget gikk riktig for seg skal i prinsippet derfor ikke et endret politisk bilde påvirke beslutningen. Spørsmålet er utelukkende; står vi fast på at valget ble riktig gjennomført? I denne vurderingen har en omkamp om posisjoner ingen plass.

Kommunestyrets beslutning om å stå fast på valget, eller anse det som ugyldig er et vedtak som i seg selv kan undergis lovlighetskontroll – og som må tilfredsstille de alminnelige krav, herunder at det ikke tas utenforliggende hensyn.

4 Rammen for egenkontrollen

Det er forvaltningsloven § 41 som setter rammen for kommunestyrets vurdering av om man skal holde fast på vedtaket, eller anse det ugyldig. Bestemmelsen lyder:

§ 41. *(virkningen av feil ved behandlingsmåten).*

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.

Kommunestyret skal i én beslutning ta stilling til om valget er gyldig eller ikke, men vurderingen blir altså to-delt, slik:

- foreligger en feil, dvs. var det anledning til å gjennomføre et skriftlig valg
- hvis det foreligger en feil, kan feilen i så fall ha hatt betydning for utfallet

5 Om det foreligger en feil

Jeg viser til det jeg har skrevet ovenfor om de to uttalelsene som foreligger og som går i forkjellig retning. Som nevnt vil det etter vårt syn være naturlig å legge til grunn KMD's uttalelse om at loven nå ikke åpner for skriftlige valg og at det derfor har skjedd en feil.

Når det er sagt vil vi ikke avvise vurderingen fra KS, og etter vårt skjønn kan det derfor være saklig og relevant å legge til grunn den faglige vurdering som kommunen selv har innhentet. I så fall blir konklusjonen at valget har gått riktig for seg.

BJERKAN STAV

ADVOKATFIRMA

5.1 Kan feilen ha hatt betydning - terskelen

Dersom man legger til grunn at det foreligger en feil vil neste refleksjon være om vedtaket allikevel er gyldig fordi *det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.*

I sitt epostsvar til prosjektleder utlegger KMD denne terskelen for feilens betydning slik:

«En saksbehandlingsfeil fører som regel ikke til ugyldighet med mindre det er grunn til å regne med at feilen kan ha virket bestemmende for avgjørelsens innhold. I slike situasjoner må det gjøres en grundig og konkret vurdering av vedtakets gyldighet. I denne vurderingen må det blant annet ses hen til hvor sannsynlig det er at kommunestyrets medlemmer ville stemt annerledes dersom valgene var avholdt ved åpen avstemming»

Dette kan leses i retning av at det kreves sannsynlighetsovervekt for at feilen har hatt betydning – før man kan underkjenne vedtaket som ugyldig.

Vår oppfatning er at terskelen ligger lavere enn dette, og at det må fokuseres på ordlyden, nemlig *«det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende...»*. Etter forvaltningsloven § 41 er det normalt tilstrekkelig for å anse et vedtak som ugyldig at det er en ikke helt fjærntliggende mulighet for at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsens innhold, jf. Eckhoff m.fl., Forvaltningsrett, 11. utgave, side 468.

5.2 Kan feilen ha hatt betydning – den konkrete vurdering

Ved denne del av vurderingen vil flere momenter kunne tillegges betydning. Det at valget ble gjennomført skriftlig kan i seg selv være et moment, og man må da også se på hvorfor denne fremgangsmåten ble valgt. Hensikten med en skriftlig avstemming er normalt åpenbar, nemlig at den gir mulighet til å skjule hva man stemmer på. Det gir igjen frihet i forhold til partibindinger og i forhold til de velgere man representerer. Dersom det er sannsynlig at en åpen avstemming kunne ha gitt en annen stemmefordeling trekker det i retning av at fremgangsmåten kan ha hatt betydning for utfallet. Men dette må også ses i lys av graden av stemmeovervekt.

Stemmefordelingen, dvs. hvor mange som stemte på hvem vil også åpenbart ha betydning. Dersom overvekten for én er overveldende er det mindre sannsynlig at en åpen avstemming ville gitt et annet valg/vedtak.

Det vil selvsagt også kunne ha betydning i hvor stor grad valget i realiteten var avgjort på forhånd – og at stemmegivningen slik sett var en formalitet. Vi kjenner denne saken kun gjennom pressen – og pressedekningen og de intervjuer og refleksjoner som er gjengitt der har gitt oss et svært diffust bilde av forløpet og hva som var/ikke var avtalt på forhånd. Det er derfor helt umulig for oss å vekte dette momentet. Men de som kjenner saken fra innsiden bør kunne kjenne på og reflektere over om valgresultatet den gangen kunne ha blitt et annet dersom valget ble gjennomført ved håndsopprekning.

BJERKAN STAV

ADVOKATFIRMA

6 Oppsummering:

- Kommunestyret må i én beslutning ta stilling til om valget var gyldig eller ikke. Beslutningen vil inneholde to refleksjoner
 - i. Foreligger en feil, eller var det anledning til å gjennomføre et skriftlig valg
 - ii. Hvis feil: er det likevel grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold
- Dersom kommunestyret beslutter at valget var ugyldig, gjennomføres et nytt valg. Saken går ikke videre til Fylkesmannen.
- Dersom kommunestyret beslutter at det ikke ble gjort feil, eller at det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, oversendes saken til Fylkesmannen for videre behandling.