

Vedlegg 2
Svar fra Sand på vedlegg 1

Fra: Lars Selmar Alsaker | SANDS[lars.selmar.alsaker@sands.no]

Sendt: 07.05.2024 11:37:53

Til: Post;Synnøve Handeland;Gunn Berit Sandnes

Fosse;JHH@stiegler.no[post@kvinnherad.kommune.no;synnove.handeland@kvinnherad.kommune.no;gunn.fosse@kvinnherad.kommune.no;JHH@stiegler.no]

Kopi: Ivar Kåre Døssland[ivarkare.dossland@outlook.com];

Tittel: Løe-saka - Det er ikke noe saklig grunnlag for administrasjonens påstand om at kommunestyrevedtak av 14.12.23 skulle være ugyldig [SANDS-MATTERS.FID812953]

Stiegler Advokatfirma v adv Hegdahl

Kvinnherad kommune

ATT: kommunestyret v/ordfører

Det vises til underretning fra kommunen v/ Stiegler Advokatfirma, der kommunens administrasjon forsøker å begrunne hvorfor en mener kommunestyrets vedtak i Løe-saken fra 14.12.23 er ugyldig, og dermed en nullitet.

Den fremstilling av juss og faktum som gis i e-post av torsdag 2. mai 2024 er imidlertid åpenbart uriktig. Den inneholder ikke noe nytt, og ble tilbakevist fra denne sidene allerede før kommunestyret traff sitt vedtak den 14.12.2023. Vi vedlegger for ordens skyld brev som da ble sendt til kommunestyrets medlemmer i forkant av behandlingen den 14.12.2023. Som det ses var de innvendinger som administrasjonen nå fremmer allerede grundig tilbakevist - og inngikk i kommunestyrets vurderingsgrunnlag.

Essensen i administrasjonens fremstilling er at en har vurdert ulovligheter på Løe-bygget i tråd med plan- og bygningslovens § 32-1, 2. ledd, og på dette grunnlag konkludert med at ulovlighet ikke skal forfølges. Det vises til at når en kommune har besluttet å unnlate å ulovlighetsforfølge et ulovlig forhold, så kan kommunen som hovedregel ikke ombestemme seg siden.

Den aktuelle bestemmelsen o pbl. § 32-1 lyder som følger:

«§ 32-1. Plikt til å forfølge ulovligheter

Kommunen skal forfølge overtredelser av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven.

Er overtredelsen av mindre betydning, kan kommunen avstå fra å forfølge ulovligheten. Beslutning om dette er ikke enkeltvedtak.»

Pbl. § 32-1 slår altså i først ledd fast at hovedregelen om at kommunen har en plikt til å forfølge ulovlige forhold. Om kommunen konkluderer med at det foreligger et ulovlig forhold, så kan imidlertid ulovlighetsforfølging unntaksvis legges bort etter pbl. § 32-1, annet ledd, dersom det er tale om en overtredelse av mindre betydning. Dersom kommunen har konkludert med at ulovlig forhold foreligger, men at dette legges bort som en mindre overtredelse, så er det korrekt at en slik avgjørelse som hovedregel binder kommunen – dersom kommunen har basert avgjørelsen på korrekt faktum og korrekt rettsanvendelse. må på korrekt vis konkludere med

Men sannheten i Løesaken er at kommunen aldri har foretatt en vurdering etter pbl. § 32-1, 2. ledd. For om en kommune skal treffe beslutning om at et ulovlig forhold skal unnlates ulovlighetsoppfulgt – så er det to forhold som må vurderes:

- Kommunen må vurderer og slår fast at det foreligger et ulovlig forhold. I denne vurderingen må tiltaket beskrives (eks- gyllebassen, nye bærende konstruksjoner e.l.), og en må redegjøre for hvorfor tiltaket utgjør en overtredelse
- Kommunen må dernest vurdere hvorvidt ulovlige forhold kan anses som en «mindre overtredelse» - slik at lovens vilkår for å legge overtredelsen bort er til stede. Er det

ikke tale om en «mindre overtredelse» vil kommunen uansett ha en plikt til å forestå ulovlighetsoppfølging.

Men kommunen har aldri foretatt noen slik vurdering med utgangspunkt i pbl. § 32-1, 2. ledd. For administrasjonen har nemlig hele tiden insistert på at det aldri har foreligget et ulovlig forhold. I brev av 07.05.2021 skriv kommunen:

«Utført arbeid ligg innanfor det som kan gjerast utan at søknadsplikt slår inn (Plan- og bygningslovens § 20-1 første ledd litra a) eller b) jfr. SAK § 3-2). Sak om mogleg avvik vert difor avslutta.»

Standpunktet ble gjentatt i notat fra Advokatfirma Stiegler av 01.07.2021, og administrasjonen bygget på dette. I notatet var konklusjonen som følger:

« Vedlikeholdsarbeidene som er utført på den gamle driftsbygningen er ikke søknadspliktige. Det foreligger derfor ingen ulovlighet. Grunneier kan ikke pålegges å byggesøke arbeider som ikke er søknadspliktige»

Som en ser så la ikke kommunen til grunn at det forelå et ulovlig forhold som en likevel valgte å legge bort med hjemmel i pbl. § 32-1, 2. ledd. Man har altså ikke foretatt en slik avgjørelse som kan komme til å binde kommunen – dersom avgjørelsen er basert på korrekt juss og faktum.

Men kommunen avsluttet tilsynssak fordi en mente det ikke hadde vært utført noen søknadspliktige tiltak. Når administrasjonen nå later som om man har unnlatt ulovlighetsoppfølging med hjemmel i pbl. § 32-1, 2. ledd, så er det kort og godt usant. De begrensingene i muligheten til å forestå ulovlighetsoppfølging som administrasjonen anfører, kommer derfor ikke til anvendelse.

At kommunestyret stod fritt til å gjøre en vurdering av saken ble også lagt til grunn av Statsforvalter, som i brev av 16.12.2022 skrev følgende:

«Det er kommunen som avgjer, jf. plan- og bygningsloven § 32-1, i ytste konsekvens ved kommunestyret sjølv, eller den dei har delegert myndighet til. Vi videresender derfor brevet ditt til Kvinnherad kommune, saman med kopi av dette brevet. Vi går ut frå at kommunen vil ta stilling til innhaldet på vanleg måte, og om det kan gje grunnlag for handsaming.»

En beslutning om å unnlate ulovlighetsoppfølging er også kun gyldig dersom avgjørelsen er basert på korrekt juss og faktum. En avgjørelse basert på uriktig juss og faktum vil være ugyldig, og vil dermed kunne omgjøres av kommunestyret i siste instans. I denne saken er det ingen tvil om at administrasjonens beslutning om å ikke førsøle saken ytterligere var basert på feil juss. Som det ses i sitatet fra 07.05.2021 så konkluderte kommunen med at utførte tiltak på løen ikke var søknadspliktig. Dette var feil. Tiltakene var søknadspliktig. Da er det ingen tvil om at administrasjonen baserte sin avgjørelse på en uriktig rettsforståelse av hvilke tiltak som er søknadspliktige. Administrasjonens avgjørelse er derfor ikke under noen omstendigheter bindende for kommunen.

Det er også utvilsomt feil når administrasjonens advokat nå i ettertid forsøker å fremstille det slik at administrasjonens avgjørelse ikke bygget på feil rettsanvendelse. Når tiltak som er søknadspliktig vurderes å ikke være søknadspliktig, så har kommunen helt åpenbart lagt til grunn en uriktig rettsforståelse.

Dessuten vil en bygningsmessig tiltak som både innbefatter nykonstruert gjødselkjeller, og nye bærende elementer i bygget, ikke kunne ses på som en overtredelse av «mindre betydning». Nybygg, utvidelse og utbedring av lager for husdyrgjødsel krever egen tillatelse fra kommunen etter gjødselsforskriftens § 20, fordi slike konstruksjoner kan medføre både brannfare, forurensningsfare og fare for dyr/personell dersom de ikke er skikkelig konstruert (<https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2003-07-04-951>). Kommunen har aldri gitt tillatelse etter gjødselsforskriftens § 20, og ville derfor heller ikke kunne gitt tillatelse etter plan- og bygningslov. Kommunen som plan- og bygningsmyndighet er

koordinerende myndighet, og skal derfor ha behandling til sist. Dette er et strengt regelverk, med streng kontroll, se blant annet Statsforvalter i Rogaland sin gjennomgang på følgende lenke: <https://www.statsforvalteren.no/rogaland/landbruk-og-mat/husdyr/husdyrgjodsel/regelverk-kring-oppforing-av-nytt-frittliggende-gjodsellager/>. Dette er forhold som aldri at vært vurdert av administrasjonen. Om slikt anlegg er oppført uten søknad og tillatelse, så vil dette aldri kunne være å anse som en overtredelse av mindre betydning. Om en konstaterte ulovlighet om slik forhold, ville ikke kommunen hatt rettslig adgang til å unnlate ulovlighetsoppfølging.

Kommunestyrets vedtak av 14.12.2023 er derfor **fullt ut gyldig**. Kommunestyrets avgjørelse er ikke omgjort – og gjelder fortsatt. Ved uenighet mellom kommunedirektør og kommunestyret er det selvsagt beslutningen til kommunens øverste organ som gjelder, jfr kommunelovens § 5-2. Etter kommunelovens § 13-1 skal Kommunedirektøren «..*påse at vedtak som treffes av folkevalgte organer, blir iverksatt uten ugrunnet opphold*». De anførselene som administrasjonen har fremmet i etterkant av kommunestyrets vedtak den 14.12.2023, var også kjent før kommunestyret traff sitt vedtak. Det er således ikke kommet frem noe nytt i etterkant av vedtaket.

Det reageres også på beslutningen om å lukke kommunestyremøtet der administrasjonen redegjorde for hvorfor en mente kommunestyrets vedtak av 14.12.23 skulle være ugyldig. Det var ikke noen saklig grunn for slik lukking.

Det fremstår også litt uklart om Advokatfirma Stiegler representerer kommunen i sin alminnelighet, kommunens administrasjon eller kommunestyret. Skriv sendes derfor for sikkerhets skyld både til advokat og kommune.

Dersom kommunestyret skulle ønske å gjøre en ny vurdering basert på anførselene fra kommunedirektøren, så må saken opp til ny behandling i kommunestyret. Men kommunestyrets vedtak av 14.12.2024 er fullt ut gyldig – og står seg trygt.

Med vennlig hilsen/Yours sincerely

Lars Selmar Alsaker
Partner | Advokat | Attorney at Law



SANDS Advokatfirma DA
Nygårdsgaten 95, 5008 Bergen | Norway
T: [+47 55 30 10 11](tel:+4755301011) M: [+47 419 16 711](tel:+4741916711) S: [+47 55 30 10 00](tel:+4755301000)
sands.no [LinkedIn](#)

.....
Fra: Jon Håkon Hegdahl <JHH@stiegler.no>
Sendt: torsdag 2. mai 2024 15:41
Til: Lars Selmar Alsaker | SANDS <lars.selmar.alsaker@sands.no>
Kopi: Gunn Berit Sandnes Fosse <gunn.fosse@kvinnherad.kommune.no>
Emne: Løesaka - Kvinnherad kommune

Adv. Alsaker

Stiegler Advokatfirma bistår Kvinnherad kommune, og kommunen har bedt meg besvare din e-post til kommunen av 29.04. kl. 13:08. Vi vil her gi begrunnelsen for hvorfor kommunestyrets vedtak datert 14.12.2023 er ugyldig.

Kommuner har som den klare hovedregel ikke anledning til å omgjøre en beslutning om å ikke forfølge en eventuell ulovlighet etter pbl. § 32-1. Det fremgår uttrykkelig av pbl. § 32-1 at beslutning om å avstå fra å forfølge en ulovlighet ikke er et enkeltvedtak, og det kan derfor ikke påklages. Dette viser for det første at en slik beslutning skal være endelig. Fordi en beslutning om å ikke forfølge en eventuell ulovlighet ikke er et enkeltvedtak, kan kommunen for det andre heller ikke omgjøre en slik beslutning etter de lovfestede omgjøringsreglene i forvaltningsloven § 35. Det er en forutsetning for å anvende bestemmelsen i § 35 er at det foreligger et *enkeltvedtak*, jf. *fvL. § 3* første ledd. Når bestemmelsen i pbl. § 32-1 slår fast at en beslutning om å ikke forfølge en eventuell ulovlighet ikke er et enkeltvedtak, medfører dette at beslutningen heller ikke kan omgjøres med hjemmel i forvaltningsloven.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har i en uttalelse datert 03.10.2018 tatt stilling til om en beslutning om å ikke forfølge en eventuell ulovlighet, kan omgjøres på annet – dvs. ulovfestet – grunnlag. I uttalelsen, som jeg har vedlagt denne e-posten, *«utelukker ikke [departementet] at det foreligger en ulovfestet adgang til å omgjøre en beslutning etter pbl. § 32-1 annet ledd»*. Kommunal- og moderniseringsdepartementet tar utgangspunkt i at en kommune ikke kan *«ombestemme seg»*, og at det bare kan tenkes å være aktuelt med slik ulovfestet omgjøring der den opprinnelige beslutningen *«bygger på uriktig rettsanvendelse»*. Ytterligere rettskilder støtter dette, bl.a. uttalelser i «Plan- og bygningsrett», av O.J. Pedersen (2011) og Borgarting lagmannsretts dom LB-2021-011076.

Den opprinnelige beslutningen om å ikke forfølge ulovlighet etter pbl. § 32-1 er ikke bygget på uriktig rettsanvendelse. Det ble gjort en vurdering av om tiltaket var søknadspliktig, og det ble fra kommunens side konkludert med at det ikke var søknadspliktig – gitt det faktum som beslutningen var basert på. Derfor er det etter vårt syn ikke grunnlag for å si at beslutningen om å ikke forfølge ulovlighet etter pbl. § 32-1 er bygget på uriktig *rettsanvendelse*.

Videre ser vi, av uttalelsen fra kommunal- og moderniseringsdepartementet av 03.10.2018, at en kommune skal bruke en slik eventuell ulovfestet omgjøringsmulighet *«med forsiktighet»*, og videre at *«innrettelseshensyn»* har betydning. Selv om den opprinnelige beslutningen om å ikke forfølge ulovlighet etter pbl. § 32-1 hadde vært bygget på uriktig rettsanvendelse (hvilket den altså ikke er), tilsier derfor også sterke grunner at kommunen uansett ikke har adgang til å omgjøre denne beslutningen på ulovfestet grunnlag nå – flere år senere. Hensynet til tiltakshaver, som i flere år har innrettet seg på at tiltaket er lovlig, har krav på vern som taler for at det uansett er for sent å omgjøre nå. Kommunal- og moderniseringsdepartementet er tydelige på at en slik ulovfestet omgjøring må brukes med forsiktighet, og det tidsmessige aspektet – og tiltakshavers innretning – taler for at det ikke er tillatt med ulovfestet omgjøring her. Men det juridisk sett viktigste er uansett at beslutningen om å ikke forfølge ulovlighet etter pbl. § 32-1, ikke er bygget på uriktig *rettsanvendelse*. Hensynet til tiltakshaver er altså bare et støttemoment, for det tilfellet at beslutningen hadde vært bygget på uriktig rettsanvendelse.

Det følger av dette at kommunestyret i Kvinnherad kommune faktisk ikke hadde rettslig adgang til å treffe det vedtaket som kommunestyret traff den 14.12.2023. Konsekvensen av at kommunestyret har truffet et vedtak som kommunestyret ikke hadde myndighet til å treffe, er at vedtaket er ugyldig. Prof. Graver skriver at *«ugyldige forbud og påbud vil som regel være nulliteter»*, jf. «Alminnelig forvaltningsrett», 4. utgave, s. 541. Dette taler for at virkningen av ugyldigheten er at det må anses som en nullitet. Professorene Eckhoff/ Smith skriver at tillatelser og fritakelser er nulliteter når vedtaket er truffet av et organ som *«ikke i noe tilfelle kan treffe slike vedtak»*, jf. «Forvaltningsrett» 11. utgave, s. 482. Eckhoff/ Smith skriver videre at *«grove kompetansemangler»* kan føre til at også andre

typer vedtak anses som nulliteter, jf. samme s. 543. Vedtaket fra kommunestyret innebærer en grov personell kompetansemangel, da kommunestyret faktisk ikke hadde kompetanse til å treffe det vedtaket som ble truffet 14.12.2023. Vedtaket er derfor etter administrasjonens klare syn ugyldig. Konsekvensen av dette er at vedtaket av 14.12.2023 heller ikke vil ha *rettsvirkning*.

Med vennlig hilsen

Jon Håkon Hegdahl
Advokat - partner

Stiegler

Stiegler Advokatfirma AS
Fortunen 1, 5013 Bergen

Mob: +47 92 42 72 69

Direkte: + 47 55 21 54 00

E-post : jhh@stiegler.no

www.stiegler.no

