



Fylkesmannen i Østfold



Halden kommune

Postboks 150
1751 HALDEN

Juridisk avdeling

Deres ref.:

Vår ref.: 2013/186 323 AST

Vår dato: 15.01.2013

Lovlighetskontroll av Halden kommunestyres vedtak i sak 2012/170 om fritak fra politiske verv og nyvalg av kontrollutvalg

Vi viser til e-post av 03.01.2013 fra ordfører Thor Edquist i Halden kommune og oversendelse av sakens dokumenter den 11.01.2013 med lenke til videooverføring av kommunestyrets møte den 20.12.2012. Fylkesmannen har i tillegg mottatt brev av 08.01.2013 og e-post av 09.01.2013 med vedlagt artikkel fra Per Kristian Dahl, Gruppeleder i Halden Arbeiderparti.

På bakgrunn av ordførerens henvendelse og øvrige dokumenter i saken, har Fylkesmannen besluttet å foreta lovlighekskontroll av eget tiltak av Halden kommunestyres vedtak i sak 2012/170 av 20.12.2012.

Fylkesmannens avgjørelse

1. **Halden kommunestyres avgjørelse om å innvilge John Østensvigs søknad om fritak fra politiske verv, truffet i sak PS 2012/170 av 20.12.2012, er ugyldig og oppheves, jf. kommuneloven § 59 nr. 4.**
2. **Halden kommunestyres nyvalg av kontrollutvalgets medlemmer, foretatt i sak PS 2012/170 av 20.12.2012, er ugyldig og oppheves, jf. kommuneloven § 59 nr. 4.**

Fylkesmannens avgjørelse i saken er endelig og kan ikke påklages.

Generelt om lovlighekskontroll

Etter kommuneloven § 59 er departementet gitt myndighet til å kontrollere avgjørelser fattet av folkevalgt organ og kommunal eller fylkeskommunal administrasjon. Myndigheten til å foreta lovlighekskontroll er delegert til Fylkesmannen, jf. rundskriv H-25/92 og H-6/95.

Krav om lovlighekskontroll må fremmes av minst tre medlemmer av kommunestyret. I denne saken er det ikke fremmet slikt krav om lovlighekskontroll.

Fylkesmannen *kan* også ta kommunale avgjørelser opp til lovlighekskontroll på eget initiativ, jf. kommuneloven § 59 nr. 5. Bestemmelsen angir ikke nærmere når slik kontroll skal skje. Det fremgår av Kommunal- og regionaldepartementets veileder fra 2001 "Lovlighekskontroll etter kommuneloven § 59" (H-2123) og er gjentatt i Ot.prp. nr. 17 (2008-2009), at det vil være opp til Fylkesmannens skjønn når det skal foretas lovlighekskontroll på eget initiativ.

Myndigheten bør imidlertid brukes med varsomhet. Det bør hefte usikkerhet ved en avgjørelsens gyldighet før myndigheten til lovlighetskontroll av eget tiltak brukes.

På bakgrunn av henvendelsen fra ordføreren i Halden kommune og øvrige dokumenter i saken, har Fylkesmannens besluttet å foreta lovlighetskontroll av eget tiltak i denne saken.

Fylkesmannens kontroll er begrenset til kontroll av ”avgjørelsens lovlighet”, jf. § 59 nr. 1. Lovlighetskontroll er begrunnet i hensynet til rettssikkerhet, faglig kvalitet på forvaltingens avgjørelser, og forvaltingens omdømme. Som utgangspunkt er det kun avgjørelser som avgjør realiteten i en sak som kan bringes inn for lovlighetskontroll. Videre er det bare de forvaltnings- og offentligrettslige sidene ved en avgjørelse som kan kontrolleres, og ikke de rent privatrettslige sidene. Kontrollen skal ifølge kommuneloven § 59 nr. 4 omfatte en undersøkelse av om avgjørelsen:

- a. er innholdsmessig lovlig (materiell kompetanse)
- b. er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse (personell kompetanse)
- c. er blitt til på lovlig måte (prosessuell kompetanse).

Lovlighetskontroll innebærer ikke myndighet til å treffe en ny avgjørelse, men bare til å oppheve kommunens avgjørelse dersom den er ugyldig, jf. § 59 nr. 4 andre ledd. Ugyldighet er betinget av at det foreligger feil ved den materielle, personelle eller prosessuelle kompetansen. Feil ved den personelle eller prosessuelle kompetansen fører imidlertid ikke automatisk til ugyldighet. Her følges prinsippet i forvaltningsloven § 41, om at vedtaket likevel er gyldig dersom det er grunn til å tro at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Bakgrunnen for saken

I saksprotokollen fra kommunestyremøtet den 20.12.2012 fremgår følgende:

PS 2012/170 Fritak og suppleringsvalg

Saksprotokoll i Kommunestyret - 20.12.2012

Behandling:

Fritakssøknaden fra Mette Karlsen ble enstemmig imøtekommet

Det ble deretter votert over hvorvidt det skal holdes nyvalg av kontrollutvalget.

Det ble enstemmig vedtatt nyvalg av kontrollutvalget.

Forslag fra Per Kristian Dahl, Ap:

Medlemmer:

John Østensvig, Ap

Odd Riise, Ap

Anna Ingerø Evensen, Frp

Varamedlemmer:

Åsmund Sjøberg, Ap

Wenche Olsen, Ap

Jan Magnar Hansen, Ap

Tove Kristiansen, Ap

Eirik Milde, H, fremmet følgende kandidater:

Medlemmer:

Jan Moen, H

Inger Haugene, Sp

Varamedlemmer:

*Eldar Norderhaug, H
Espen Glomsrød, MDG
Merete Bogen, Krf*

John Østensvig, Ap, fremmet fritakssøknad fra samtlige av sine politiske vervo, herunder medlemskap i Formannskap, Hovedutvalg for kultur, idrett og mangfold, Havnestyret, HAMU og KS-styret. I tillegg kommer varamedlemskap i Hovedutvalg for undervisning og oppvekst, Administrasjonsutvalg og Grensekomiteen.

Fritakssøknaden fra Østensvig ble enstemmig imøtekommet.

Innkommne forslag til medlemmer og varamedlemmer ble enstemmig vedtatt.

*Per Kristian Dahl, Ap, fremmet følgende lederkandidat: John Østensvig, Ap
Eirik Milde, H, fremmet følgende nestlederkandidat: Jan Moen, H*

Vedtak:

Fritakssøknaden fra Mette Karlsen ble imøtekommet.

Det avholdes nyvalg av kontrollutvalget.

Fritakssøknaden fra John Østensvig imøtekommes.

Som medlemmer i Kontrollutvalget:

*John Østensvig, Ap
Odd Riise, Ap
Anna Ingerø Evensen, FrP
Jan Moen, H
Inger Haugene, Sp*

Som varamedlemmer:

*Åsmund Sjøberg, Ap
Wenche Olsen, Ap
Jan Magnar Hansen, Ap
Tove Kristiansen, Ap
Eldar Norderhaug, H
Espen Glomsrød, MDG
Merete Bogen, Krf*

Leder: John Østensvig, Ap

Nestleder: Jan Moen, H

Fylkesmannens vurdering av saken

Kommunestyret i Halden traff i vedtak i sak PS 2012/170 tre avgjørelser, henholdsvis innvilgelse av fritakssøknad fra Mette Karlsen, innvilgelse av fritakssøknad fra John Østensvig og nyvalg av medlemmer til kontrollutvalget.

Formelle vilkår

Avgjørelsene fattet av kommunestyret i sak PS 2012/170 av 20.12.2012, er å regne som avgjørelser i henhold til kommunelovens § 59, og de gjelder offentligrettelige forhold. De formelle vilkårene for å foreta lovlighekskontroll av eget tiltak etter kommuneloven § 59, er dermed oppfylt.

Personell kompetanse

Lovlighekskontroll av personell kompetanse innebærer kontroll av om avgjørelsene er truffet av noen som har myndighet til å treffen slike avgjørelser.

Kommunestyret har, som øverste kommunale organ, det overordnede ansvar for ledelse, planlegging og drift av kommunens virksomhet. Dette innebærer også kompetanse til å treffen de nødvendige avgjørelser, så langt ikke annet følger av lov, jf. kommuneloven § 6.

Det fremgår av kommuneloven § 15 nr. 2 at myndigheten til å innvilge søknader om fritak fra verv i kommunens folkevalgte organer er lagt til kommunestyret. Videre fremgår det av kommuneloven § 77 nr. 3 at kommunestyret er tillagt myndighet til å foreta nyvalg av kontrollutvalgets medlemmer. Fylkesmannen finner det derfor ikke tvilsomt at kommunestyret hadde personell kompetanse til å treffe avgjørelsene i sak PS 2012/170.

Prosessuell kompetanse

Kontroll av prosessuell kompetanse innebærer en prøving av om avgjørelsene er blitt til på lovlig måte, dvs. om reglene for saksbehandling i kommuneloven, forvaltningsloven og særlovgivningen, samt ulovfestede prinsipper om god forvaltingsskikk, er fulgt.

Fylkesmannen kan ikke se at kommunestyret brøt gjeldende saksbehandlingsregler ved behandlingen av sak PS 2012/170.

Materiell kompetanse

Kontroll av materiell kompetanse innebærer en undersøkelse av om avgjørelsenes innhold er i samsvar med gjeldende rett, dvs. lov, forskrift og ulovfestede rettsregler.

Kommunestyrets avgjørelser om å innvilge fritak fra politiske verv

Kommunestyret i Halden innvilget i sak PS 2012/170 to søknader om fritak fra politiske verv fra henholdsvis Mette Karlsen som søkte fritak fra sitt verv i kontrollutvalget, og John Østensvig som søkte fritak fra sine verv i formannskapet og fra flere ulike hovedutvalg.

Adgangen til å innvilge søknad om fritak fra verv er regulert i kommuneloven § 15 nr. 2 hvor det står:

"Kommunestyret og fylkestinget kan etter søknad frita, for et kortere tidsrom eller resten av valgperioden, den som ikke uten uforholdsmessig vanskelighet eller belastning kan skjøtte sine plikter i vervet."

Fylkesmannen må først vurdere om lovens vilkår om at vedkommende ”*ikke uten uforholdsmessig vanskelighet eller belastning kan skjøtte sine plikter i vervet*” var oppfylt, med andre ord om det forelå lovlig fritaksgrunn etter kommuneloven som gav grunnlag for å innvilge de to søknadene.

Bruken av uttrykket ”*uforholdsmessig*” tilsier at ikke enhver vanskelighet eller belastning er tilstrekkelig til å innvilge fritak.

I forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp.nr.42 (1991-1992) s. 271, er det uttalt følgende om forståelsen av vilkåret:

"Det som det her siktes til er i første rekke sykdom og andre sterke velferdsgrunner. Det skal imidlertid mye til før fritak kan gis, jf. uttrykket "uforholdsmessig". Og selv om det er tale om uforholdsmessighet, er det ikke dermed gitt at vedkommende har krav på fritak, jf. lovens uttrykk "kan"."

Kommunal- og regionaldepartementet har uttalt seg om grensen for når det kan gis fritak etter kommuneloven § 15 nr. 2 i flere saker. I sak 98/1205 uttalte departementet:

"Departementet har lagt til grunn at fritaksgrunn i første rekke er søkerens arbeidsforhold, helsetilstand, familieforhold eller at andre velferdsgrunner gjør det ekstra byrdefullt å oppfylle de plikter vervet medfører. Der en slik lovlig fritaksgrunn

foreligger, er det opp til det kompetente organs frie skjønn hvorvidt en fritakssøknad skal imøtekommes. Men før fritak kan gis må det altså først foreligge en fritaksgrunn som oppfyller lovens § 15 nr 2.”

I sak 12/511 henviste departementet til den nevnte uttalelsen i forarbeidene og til de to tidligere sakene. Videre påpekte departementet:

”Å gje fritak for verv er ei alvorleg avgjerd: Innbyggjarane har vald sine folkevalde. Med andre ord er samansetjinga – også personsamensetjinga – resultat av vurderinga og stemmegjevinga til innbyggjarane. Departementet viser til at ein samla kontroll- og konstitusjonskomité på Stortinget har uttalt: ”Komiteen ønsker også å presisere at det å stille til valg innebærer visse forpliktelser når man først er innvalgt i et kommunestyre eller fylkesting.” (Innst.O. nr. 81 (2001-2002) side 20) Kommunelova stiller vilkår for når denne samansetjinga kan bli endra ved å frita for vervet; dette er ikkje ei avgjerd som kan takast utelukkande på grunnlag av ei fri vurdering av kva som vil vere tenleg.”

På bakgrunn av bestemmelsens forarbeider og med støtte i de nevnte uttalelser fra departementet, finner Fylkesmannen det ikke tvilsomt at lovlig fritaksgrunn etter kommuneloven § 15 nr. 2 i første rekke er søkerens helsetilstand eller andre lignende velferdsgrunner som gjør det ekstra byrdefullt å oppfylle de plikter vervet medfører. Det er først når slik fritaksgrunn foreligger at kommunestyret lovlig kan innvilge en søknad om fritak.

Søknaden om fritak fra Mette Karlsen er begrunnet med helsemessige årsaker. Fylkesmannen finner det ikke tvilsomt at slike forhold utgjør lovlig fritaksgrunn. Kommunestyrets avgjørelse om å innvilge fritakssøknaden fra Karlsen er dermed i samsvar med kommuneloven § 15 nr. 2.

I fritakssøknaden fra John Østensvig er det kun oppgitt at han søker fritak for nevnte verv dersom han blir valgt som leder i Kontrollutvalget. Etter Fylkesmannen vurdering forelå det dermed ikke lovlig fritaksgrunn etter kommuneloven § 15 nr. 2, og kommunestyrets avgjørelse om å innvilge søknaden fra Østensvig er i strid med denne bestemmelsen.

Det følger av ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper at en avgjørelse som etter sitt innhold er i strid med gjeldende rettsregler, som hovedregel skal kjennes ugyldig. Dette er for øvrig også presisert av Kommunal- og regionaldepartementet i veilederen om lovlighetskontroll etter kommuneloven.

Fylkesmannen har på denne bakgrunn kommet til at kommunestyrets avgjørelse om å innvilge fritakssøknaden fra John Østensvig er ugyldig, og må oppheves.

Kommunestyrets nyvalg av kontrollutvalg

Kommunestyret traff i sak 2012/170 avgjørelse om å foreta nyvalg av kontrollutvalgets medlemmer og nyvalg ble gjennomført. John Østensvig ble valgt inn som leder av kontrollutvalget.

Fylkesmannen må først vurdere om det foreligger noen begrensninger i kommunestyrets adgang til å foreta nyvalg av kontrollutvalget i valgperioden. Deretter må vi ta stilling til om de medlemmer som ble valgt inn i kontrollutvalget var valgbare etter kommuneloven § 77 nr. 2.

I kommuneloven § 77 nr. 3 står det:

"Kommunestyret og fylkestinget kan når som helst foreta nyvalg av utvalgets medlemmer."

Tilsvarende fremgår av § 3 i forskrift om kontrollutvalg i kommuner og fylkeskommuner (FOR 2004-06-15 nr. 905), hvor det i tillegg står at:

"Ved utskifting av ett eller flere medlemmer av utvalget skal det foretas nyvalg av samtlige medlemmer i utvalget."

Ordlyden i lov og forskrift tilsier at kommunestyret står helt fritt til når som helst å foreta nyvalg, dvs. at det ikke gjelder noen spesielle begrensninger. At kontrollutvalget er direkte underordnet kommunestyret og utøver kontroll og tilsyn på vegne av dette, taler også for en slik tolkning. Av forskriften følger det også at dersom kommunestyret med hjemmel i § 77 nr. 3 beslutter at nyvalg skal gjennomføres, må det foretas formelt nyvalg av samtlige medlemmer og ikke kun enkelte av dem.

I forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 70 (2002-2003), er det uttalt at:

"Nr. 3 gir kommunestyret/fylkestinget hjemmel til å skifte ut kontrollutvalgsmedlemmene i løpet av valgperioden. Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende rett. Den svarer til § 66 nr. 3, og § 10 nr. 6 første setning for så vidt angår adgangen til å "omorganisere" faste utvalg. På samme måte som for faste utvalg må kommunestyret/fylkestinget ved nyvalg foreta formelt nyvalg av samtlige medlemmer."

Videre fremgår det at:

"Samtidig ligger det i en adgang til å foreta nyvalg ikke bare en mulighet til å skifte ut et kontrollutvalg som fungerer dårlig, men også en mulighet til å skifte ut et kontrollutvalg som fungerer godt. Enkelte høringsinstanser har pekt på at det vil gi en mulighet til å skifte ut et kontrollutvalg ut fra usaklige hensyn, som at utvalget anses som "brysomt" eller lignende.

Enkelte høringsinstanser har tatt til orde for at det i lov eller forskrift bør settes kriterier for hvilke hensyn kommunestyret/fylkestinget skal kunne legge vekt på ved eventuelt nyvalg av kontrollutvalgets medlemmer. Etter departementets oppfatning ville imidlertid slike bestemmelser by på store avgrensningsproblemer, og være vanskelig å håndheve i praksis.

Risikoen for at et kommunestyre/fylkesting skulle skifte ut et kontrollutvalg ut fra slike hensyn må veies mot hensynet til at det øverste styringsorganet har det øverste ansvar for kontrollsistemene i kommunen, og derfor bør ha innflytelse over kontrollutvalgets virksomhet. Departementet har blittstående ved at hensynet til at det øverste styrings-/kontrollorganet i kommunen bør ha innflytelse over sammensetningen av kontrollutvalget bør veie tyngst, og det derfor bør være anledning til å velge kontrollutvalget på nyt i valgperioden."

Fylkesmannen mener at uttalelsene i forarbeidene må forstås slik at kommunestyret står fritt til å avgjøre om det skal foretas nyvalg av kontrollutvalget i valgperioden. Vi kan heller ikke se at det fremgår noe av Kommunal- og regionaldepartementets veileder H-2254 "Kontrollutvalgsboken" som begrenser adgangen.

I de tilfeller et medlem trer endelig ut av et utvalg, for eksempel ved fritak fra vervet ut valgperioden, følger det av § 16 nr. 3 at det skal ”*velges nytt medlem*”. Det vil si at det skal foretas såkalt suppleringsvalg, i motsetning til opprykk av varamedlem som er konsekvensen dersom et medlem av kommunestyret trer endelig ut, jf. § 16 nr. 2. Fylkesmannen kan imidlertid ikke se at bestemmelsen om suppleringsvalg i § 16 nr. 3 er til hinder for at kommunestyret, når et medlem trer endelig ut av kontrollutvalget, i stedet for å velge kun ett nytt medlem foretar nyvalg av samtlige medlemmer med hjemmel i § 77 nr. 3.

Kommunestyrets avgjørelse om å foreta nyvalg av samtlige medlemmer av kontrollutvalget er dermed etter Fylkesmannens vurdering, ikke i strid med kommunelovens bestemmelser.

Fylkesmannen vil i det følgende vurdere om selve valget av nye medlemmer i kontrollutvalget er i samsvar med kommuneloven.

I følge kommuneloven § 77 nr. 2 er ordfører, varordfører, medlem og varamedlem av formannskap, medlem og varamedlem av kommunal nemnd med beslutningsmyndighet samt ansatte i kommunen, utelukket fra valg til kontrollutvalget.

Fylkesmannen har konkludert med at kommunestyrets avgjørelse om å innvilge Østensvigs søknad om fritak fra ulike politiske verv var ugyldig. Han var dermed ikke lovlig innvilget fritak fra vervene. Det må da legges til grunn at Østensvig var utelukket fra valg til kontrollutvalget etter kommuneloven § 77 nr. 2. Nyvalg av kontrollutvalg med hjemmel i kommuneloven § 77 nr. 3 omfatter, som nevnt ovenfor, samtlige medlemmer av utvalget. Følgene av at Østensvig ble valgt inn i kontrollutvalget, til tross for at han var utelukket, må derfor etter Fylkesmannens vurdering bli at kommunestyrets nyvalg av kontrollutvalgets medlemmer er ugyldig, og må oppheves.

Konklusjon

Fylkesmannen har på bakgrunn av det ovenstående kommet til at Halden kommunestyles avgjørelse om å innvilge John Østensvigs søknad om fritak fra politiske verv, truffet i sak PS 2012/170 den 20.12.2012, er ugyldig og må oppheves. Det samme gjelder kommunestyrets nyvalg av kontrollutvalgets medlemmer foretatt i samme sak.

Med hilsen

Dette dokumentet er elektronisk godkjent av

Trond Rønningen e.f.
assisterende fylkesmann

Anne Strømsæther
seniorrådgiver

saksbehandler: Anne Strømsæther

