

Eidsivating lagmannsrett - LE-2014-190032

Instans	Eidsivating lagmannsrett - Dom
Dato	2015-05-21
Publisert	LE-2014-190032
Stikkord	Miljøvern. Inhabilitet. Forurensningstillatelse. Forurensningsloven § 11. Kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c, Forvaltningsloven § 41.
Sammendrag	Formannskapsvedtak i klagesak om forurensningstillatelse til utslipp av gråvatn fra hytte ble kjent ugyldig etter kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c. Samme saksbehandler som hadde truffet førsteinstansvedtaket var eneste saksutreder for formannskapet (kommunens klagenemnd).
Saksgang	Nord-Gudbrandsdal tingrett TNOGU-2014-62227 - Eidsivating lagmannsrett LE-2014-190032 (14-190032ASD-ELAG/).
Parter	Dovre kommune (advokat Jørgen Heier) mot Lindis Anette Skeide Nyland (advokat Lindis Anette Skeide Nyland), Jens Aarsand Sæter (advokat Lindis Anette Skeide).
Forfatter	Lagdommer Ørnulf Røhnebæk, lagdommer Kjersti Lund, ekstraordinær lagdommer Fridtjof Mohr.

Saken gjelder gyldigheten av avslag på utslippstillatelse etter forurensningsforskriften § 12-5.

Dovre kommune vedtok 31. oktober 1989 privat reguleringsplan for området Kjørrhovda-Hondyrju. Planen omfattet ca 1370 dekar og i alt 290 hyttetomter. Området går fra Dombåsmorkje ca 1,5 kilometer nord-øst for Dombås og strekker seg opp til Hondyrju. Planen er seinere redusert til 240 tomter. Det var krav om bebyggelsesplan før bygging.

Etter planen skulle hyttene ha innlagt vatn fra flere felles brønner. Det skulle legges «felles kloakkledning fra parkering/serviceanlegget på Hondyrju, gjennom planområdet og tilknyttes kommunal ledning». Miljøvernavdelingen hos Fylkesmannen i Oppland hadde ikke merknader vedrørende avløp «da dette forutsettes tilknyttet kommunalt nett».

Grunneier Laurits Sønstebø (også omtalt som Laurits Fokstugu) søkte 11. november 1999 om godkjenning av bebyggelsesplan for 37 hytter i felt A1. Feltet er ca 5 kilometer unna Dombås, og er feltet som ligger lengst unna. Planen ble vedtatt av kommunen sommeren 2000.

Av bebyggelsesplanen § 7 følger bl.a.:

Hytteområdet er en del av et større regulert hyttefelt hvor det er forutsatt framføring av vann og avløp. Hytter som bygges før vann/avløpsnett er utbygd må forberedes for framtidig tilknytning til v/a.

Før vann/avløp er framført til A1, kan det kun benyttes godkjente typer biologiske toaletter som privetløsning.

Det er ikke tillatt å legge vann inn i hyttene før det foreligger godkjent avløp.

Ekteparet Jens Aarsand Sæter og Lindis A. Skeide Nyland (heretter Sæter/Nyland) kjøpte i 2009 tomt 34 i felt A1 (gnr. 2 bnr. 29) for 180.000 kroner. Overtakelsen var 1. juni 2009. I dag er også 15 andre tomter solgt og 9 er bebygde i samme felt.

I salgsoppgaven fra salget i 2009 ble følgende opplyst om vatn og avløp:

Høsten 2003 ble det boret etter vann og satt opp vannpost ved hyttegrendas felles parkeringsplass. Det vil i bygd hus over vannposten for å få god og sikker tilgang til vannet. Det er pr. i dag ikke aktuelt for Dovre kommune å bygge offentlig vann/avløp til dette området.

Skjåk Hedda Hytter AS søkte 15. juni 2009 på vegne av Sæter/Nyland om utslippstillatelse fra fritidsbolig. Søknaden gjaldt utslipp av avløpsvatn til tett tank på ca 6 kubikkmeter. I søknaden ble følgende opplyst:

Det er planlagt offentlig VA i området og innen dette kommer på plass er det tenkt en løsning med innvendig sisterner for vann og røropplegg som er forberedt på offentlig VA.

Sæter/Nylands hytte ble bygd samme høst og ferdigattest ble gitt 20. november 2009.

Dovre kommune fikk i 2011 utarbeidet et forprosjekt for VA til Hjelle seter og hyttefeltet. Konsulentfirmaet Norplan konkluderte i rapport 24. mars 2011 at totalkostnadene for overføringsledninger, trykkøker og høydebasseng ville komme på ca 12,5 millioner kroner, eksklusiv merverdiavgift. På bakgrunn av dette vedtok Dovre formannskap at prosjektet ikke skulle prioriteres, og at en bevilgning på 2 millioner kroner som tidligere av avsatt til formålet i budsjettet for 2010 og 2011 skulle « annulleres ». Det ble vist til at området var lite utbygd - ca 15 hytter samt Hjelle seter - og at kostnadene per abonnement ville bli høye.

På bakgrunn av kommunens vedtak tok Sæter/Nyland kontakt med firmaet Solvang og Fredheim AS, rådgivende ingeniører, for å få utredet muligheten for boret brønn og privat anlegg for gråvatn. Solvang og Fredheim svarte i brev 27. juni 2011 at området var lite egnet for infiltrasjon, og anbefalte i stedet et felles kjemisk eller biologisk renseanlegg for hele eller deler av hyttefeltet. Firmaet skrev bl.a.:

Det er lite hensiktsmessig med enkeltanlegg på hver tomt da naboens avløpsanlegg kan redusere vannkvaliteten i din brønn, og ditt infiltrasjonsanlegg i sin tur vil forurense en kommende nabos brønn.

Sæter/Nyland tok deretter initiativ overfor grunneier Fokstugu, velforeningen i hyttegrenda og øvrige hytteeiere med sikte på et samarbeid om en felles løsning. Konklusjonen etter et åpent møte i Hondyrju Hyttegrend Vel 1. oktober 2011 var at problemet «for tiden best løses av den enkelte, for den enkelte».

Sæter/Nyland søkte 22. november 2011 om tillatelse etter forurensningsloven til utslipp av gråvatn fra hytta. Det var vedlagt skisse fra Jan Haugen AS som viste et anlegg for infiltrering av gråvatn. På bakgrunn av tidligere samtale med kommunens saksbehandler, Endre Amundgård, gjorde Sæter/Nyland i søknaden gjeldende at § 7 i bebyggelsesplanen ikke var til hinder for godkjenning av søknaden. Sæter/Nyland anførte at formuleringen «godkjent avløp» omfattet gråvatnanlegg i samsvar med forurensningsforskriftens krav.

Kommunen v/Rådmannen avsto med henvisning til forurensningsforskriften kapittel 12 og plan- og bygningsloven § 20-1 søknaden i vedtak 23. januar 2012. Som begrunnelse for avslaget ble det bl.a. vist til at det omsøkte anlegget ikke var «godkjent avløp» etter planbestemmelsene. Fra begrunnelsen siteres dessuten:

Dersom en skulle godkjenne enkeltanlegg av denne typen vil det skape presedens for hele området som omfattes av Hondyrju Hyttepark. Etter det kommunen er kjent med er det også usikkerhet knyttet til grunnforhold i området. Grunneier opplyser i sin dialog med kommunen at det er kort vei ned til fjell, uegnede masser for infiltrasjon, og enkeltanlegg av denne type bør derfor ikke godkjennes. I området nedenfor det tiltenkte anlegget ligger det fortsatt mange ubebygde tomter som kan bli påført uheldige konsekvenser som følge av slike enkelttiltak.

Sæter/Nyland påklaget vedtaket 11. februar 2012. I klagen ble det gjort gjeldende at den rettet seg både mot vedtaket etter plan- og bygningsloven og vedtaket etter forurensningsforskriften.

Fylkesmannen traff for så vidt gjaldt klagen etter plan- og bygningsloven vedtak i saken 25. juli 2012. Fylkesmannen var enig i at søknaden kunne avslås med henvisning til bebyggelsesplanen § 7, jf. plan- og bygningsloven § 12-4, og stadfestet derfor kommunens avslag. For så vidt gjaldt den delen av klagen som knyttet seg til kommunens vedtak etter forurensningsforskriften, opplyste fylkesmannen i sitt vedtak at den klagen skulle behandles av Dovre kommunestyre eller eventuelt internt klageorgan i kommunen.

Sæter/Nyland fremmet i brev til Miljøverndepartementet 26. juli 2012 krav om erstatning samt varslet om søksmål. Erstatningskravet var bl.a. begrunnet med at kommunen hadde plikt til å framføre VA til hytteområdet før det ble gitt bygge- og delingstillatelse, og at kommunen ikke hadde anledning til gjennom bebyggelsesplan å dispensere fra bestemmelsene om opparbeidingsplikt i plan- og bygningsloven (1985) § 67 første ledd bokstav b og c.

Miljøverndepartementet svarte i brev 28. september 2012 at plan- og bygningsloven (1985) § 67 ikke pålegger kommunen noen opparbeidingsplikt, at bebyggelsesplanen ikke var ugyldig og at det ikke forelå grunnlag for erstatning.

Sivilombudsmannen konkluderte i brev til Sæter/Nyland 13. november 2012 at det ikke var grunn til å tro at nærmere undersøkelser derfra ville kunne føre til avgjørende rettslige innvendinger mot fylkesmannens standpunkt.

Sæter/Nyland gikk deretter til søksmål mot Dovre kommune, med påstand om at vedtaket om bebyggelsesplan for Hondyrju hytteområdet 24. august 2010 var ugyldig, samt at kommunen skulle betale erstatning tilsvarende verditapet på hytta, oppad begrenset til 1,268 millioner kroner.

Nord-Gudbrandsdal tingrett avsa dom i saken 21. mars 2013. Kommunen ble frifunnet, men ble ikke tilkjent erstatning for sine saksomkostninger. I premissene uttalte tingretten at ordlyden i bebyggelsesplanen § 7 er «egnet til å bli misforstått».

På bakgrunn av denne uttalelsen ba Sæter/Nyland fylkesmannen foreta en ny vurdering av sitt vedtak i klagesaken 25. juli 2012. Fylkesmannen traff omgjøringsvedtak 2. juni 2013, der det ble lagt til grunn at «godkjent avløp» må forstås som avløp godkjent etter reglene i forurensningsforskriften. Det var derfor likevel ikke hjemmel i plan- og bygningsloven til å avslå søknaden. Dovre kommune ble bedt om å behandle klagen etter forurensningsforskriften.

Det pågikk i etterkant av fylkesmannens omgjøring en sak mellom Dovre kommune og fylkesmannen om hvem som skulle dekke Sæter/Nylands saksomkostnader etter forvaltningsloven § 36. Saken ble løst ved at fylkesmannen til slutt påtok seg å dekke omkostningene med 77.724 kroner.

Sæter/Nyland ba i brev til Dovre kommune 6. juni 2013 om at kommunen gjenopptok behandlingen av søknaden om utslippstillatelse etter forurensningsloven. Det ble anført at saksbehandlingsfristen etter forskriften § 12-5 begynte å løpe 3. juni 2013 og at tillatelse måtte anses som gitt dersom de ikke mottok svar innen fristen utløp.

Kommunen ga foreløpig svar 26. juni 2013, og opplyste at vedtak tidligst ville foreligge i slutten av september og seinest ved utgangen av oktober 2013. I brev 9. juli 2013 ba kommunen om at en fyldigere søknad ble innsendt.

Kommunen v/saksbehandler Amundgård ba i brev til Sæter/Nyland 5. september 2013 om en redegjørelse for hvilke gravearbeider som var gjort på hytteeiendommen. Det ble videre varslet befaringsrapport. Om bakgrunnen for brevet opplyste kommunen at den hadde fått opplysninger om gravearbeider som kunne være søknadspliktige, både på og utenfor Sæter/Nylands eiendom. Sæter/Nyland besvarte henvendelsen i brev 9. september 2013 og redegjorde for to tilfeller av graving, herunder at det var etablert grøft for gråvatn, noe som i følge dem ikke var søknadspliktig når hytta ikke hadde innlagt vatn.

Kommunen gjennomførte befaringsrapport 27. september 2013 og skrev i nytt brev til Sæter/Nyland 14. oktober 2013 at omfanget av det som var observert av gravearbeider ikke stemte med den mottatte redegjørelsen. Sæter/Nyland kom med nye opplysninger i brev 23. oktober 2013. Dovre kommune opplyste i brev 30. oktober 2013 at undersøkelsen var avsluttet med den konklusjon at ingen av tiltakene krevde søknad og tillatelse.

Solvang og Fredheim AS sendte på vegne av Sæter/Nyland inn utvidet utslippssøknad 11. september 2013. Søknaden inneholdt bl.a. grunnundersøkelser og en beskrivelse av infiltrasjonsanlegget. Dimensjonerende mengde (maksimal belastning) var 375 liter per døgn. Antatt influensområdet var oppgitt til 100 meter fra infiltrasjonsrørene, og et kart som viste antatt influensområde var vedlagt søknaden. I en merknad til søknaden skrev Laurits Fokstugu i e-post 14. november 2013 at det tilsendte kartet viste overlapping av antatt influensområde og tomtearealer som han fortsatt eide. Han viste videre til forurensningsforskriften § 12-11 annet ledd om at avløpsvatn fra renseanlegg må lokaliseres slik at brukerkonflikter unngås.

Johan Sundberg i Solvang og Fredheim AS repliserte til dette at Fokstugus merknader hadde innkommet etter uttalelsesfristen oppgitt i nabovarslet, samt at det aldri hadde vært oppfattet som en ulempe at et influensområde strekker seg over andre eiendommer.

Dovre kommunen traff «rådmannsvedtak» i saken 25. november 2013. Rådmannsvedtak innebærer at vedtaket er truffet av administrasjonen i kommunen etter delegert myndighet, jf. kommuneloven § 23 nr. 4. Saksbehandler og eneste oppgitte navn i vedtaket er Endre Amundgård. Kommunen avsto utslippssøknaden. Ordlyden i vedtaket (rådmannsvedtak 190/13) er:

1. Søknad om innlegging av vann samt infiltrasjon av gråvann til omsøkt anlegg avslås.
2. Tett tank som løsning for svartvann godkjennes,
3. Alarm for overfylling må monteres.

Under overskriften konklusjon er det gitt følgende oppsummerende begrunnelse for avslaget:

På bakgrunn av presedensvirkning, brukerkonflikter og øvrige vurderinger som er gjort ovenfor, samt påvente av utredninger av felles renseløsning for hele hytteområdet mener rådmannen at enkelttiltak som omsøkt ikke kan eller må tillates.

Sæter/Nyland påklaget vedtaket 13. desember 2013. I henhold til kommunens delegeringsreglement er Dovre kommunestyres kompetanse som klageorgan etter forurensningsforskriften § 12-15 delegert til Dovre formannskap. I rådmannens saksframlegg for formannskapet er Amundgård oppgitt som eneste saksbehandler. Rådmannen hadde følgende innstilling til vedtak:

1. Vilkår om montering av alarm for overfylling frafalles, men det påpekes likevel at det uansett er eierens ansvar å påse at forurensning ikke forekommer.
2. Øvrige deler av klagen tas ikke til følge.

Dovre formannskap behandlet klagen i møte 13. februar 2014. Ett medlem av formannskapet, Børge Wilhelmsen, fremmet forslag om at klagen skulle tas til følge. Etter avstemning ble rådmannens innstilling vedtatt med 4 mot 1 stemme, mens Wilhelmsens forslag falt med 1 mot 4 stemmer. Det er ikke gitt noen annen begrunnelse for vedtaket enn henvisningen til rådmannens innstilling.

Sæter/Nyland begjærte i brev til kommunen 13. februar 2014 omgjøring av formannskapets vedtak. Det ble anført at saksbehandler Amundgård under henvisning til forvaltningsloven § 6 annet ledd var inhabil i den videre behandling av saken. Dersom Sæter/Nyland ikke hørte noe innen 30 dager ble det varslet søksmål.

Dovre kommune v/Amundgård opplyste i brev til Sæter/Nyland 11. mars 2014 at formannskapet hadde hatt møte 6. mars 2014 og var blitt gjort kjent med omgjøringsbegjæringen, men at det ikke var ytre ønske fra formannskapets medlemmer om ny behandling av saken.

Sæter/Nyland tok ut stevning mot kommunen 5. april 2014. Blant flere påberopte ugyldighetsgrunner var det nå også vist til at Amundgård, etter kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c, var inhabil til å tilrettelegge formannskapsvedtaket.

Nord-Gudbrandsdal tingrett avsa dom i saken 26. september 2014 med slik slutning:

1. Dovre kommune sitt rådmannsvedtak 190/13, datert 25.11.2013, oppheves.
2. Dovre kommune sitt klagesaksvedtak PS 8/14, datert 13.02.2014, oppheves.
3. Dovre kommune erstatte Jens Sæters og Lindis Anette Skeide Nylands saksomkostninger for tingretten med kr 81 605, innen fjorten dager fra forkynnelse av dommen, med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Tingretten kom til at kommunen bare lovlig kunne begrunne avslaget med henvisning til fellesløsninger dersom et fellesprosjekt var realistisk i overskuelig framtid. Tingretten la til grunn at det ikke var tilfellet, særlig fordi den største grunneieren hadde uttalt at han ikke ville bekoste anlegget. Tingretten kom derfor til at kommunen hadde lagt vekt på et utenforliggende hensyn.

Tingretten kom videre til at saksbehandler Amundgård var inhabil til å forberede saken for formannskapet, jf. kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c. Da det ikke kunne utelukkes at disse feilene hadde hatt betydning for vedtakene, ble de kjent ugyldige, jf. forvaltningsloven § 41.

Kommunen har i rett tid anken dommen til lagmannsretten. Ankeforhandling ble holdt i Hamar tinghus 7. og 8. mai 2015. Ordfører Bengt Fasteraune møtte som stedfortreder for kommunen og forklarte seg. Jens A. Sæter avga partsforklaring for ankemotpartene. Det ble hørt fire vitner, herav ett vitne per telefon. Bevisførselen framgår ellers av rettsboka.

Ankende part, Dovre kommune, har i hovedsak anført:

Kommunens vedtak bygger på korrekt faktum og riktig lovanvendelse. Skjønnnet holder seg innenfor tillatte ramme, og det er ikke lagt vekt på utenforliggende hensyn. Vedtaket er ikke vilkårlig, innebærer ikke usaklig forskjellsbehandling, er ikke grovt urimelig eller uforholdsmessig tyngende. Det foreligger ingen saksbehandlingsfeil som kan har virket bestemmende på sakens utfall. Det foreligger dermed ingen omstendigheter som gir domstolene kompetanse til å sette vedtaket til side.

Saken er satt på hodet når Sæter/Nyland etterspør kommunens hjemmel for å nekte utslippstillatelse. Utgangspunktet etter forurensningsloven er at all forurensing er ulovlig. Det er følgelig forurensningen som trenger hjemmel - ikke omvendt.

Det er enighet mellom partene om at det omsøkte anlegget tilfredsstillter minstekravene etter forurensingsforskriften. Det er likevel ikke slik at man da har rettskrav på utslippstillatelse eller at det skal være kurant å få tillatelse, jf. bl.a. Ot.prp.nr.11 (1979-1980) side 26-27. Formålet med forurensningsloven er å hindre forurensing - det er derfor mer dramatisk å gi tillatelse enn å nekte.

Det følger av forurensningsforskriften § 12-5 at forurensningsmyndigheten - som her er kommunen - kan nekte konsesjon sjøl om vilkårene ellers er oppfylt. Ved den vurderingen skal det etter forurensningsloven § 11 fjerde ledd legges vekt på at forurensingsproblem bør forsøkes løst for et større område under ett. Dette følger også av Ot.prp.nr.11 (1979-1980) side 110, der det heter:

Departementet vil understreke at det også i fremtiden vil være adgang til å avslå søknad om enkeltutslipp under henvisning til at det bør utarbeides en samlet plan for utslippskontroll for et større område ... (..) ...

Kommunen hadde derfor anledning til å avslå søknaden med henvisning til presedensvirkninger og brukerkonflikter. Også framtidige brukerkonflikter skal hensynstas. Her er det regulert til hyttetomter nedstrøms Sæter/Nylands hytte, slik at det ikke er tale om noen teoretisk brukerkonflikt. En utslippstillatelse til Sæter/Nyland ville hindret boring etter vatn på nedstrøms hyttetomter. Kommunen kunne se hen til helhetlige løsninger sjøl om saken etter plan- og bygningsloven var løst til Sæter/Nylands fordel.

Også en betinget tillatelse, med vilkår om at utslippstillatelsen bare skulle gjelde inntil det foreligger mulighet for tilkobling til et fellesanlegg, ville skape konflikter. Sjøl om kommunens vurdering av presedensvirkninger skulle være avgrenset til de 9 bebygde hyttene, vil det foreligge brukerkonflikt fra det tidspunktet Sæter/Nyland eventuelt etablerer sitt infiltrasjonsanlegg. Da må de andre 8 hyttene behandles likt.

Vedtaket er ikke sterkt urimelig. Ved denne vurderingen må det ses hen til hyttefeltets karakter. Dette er inntil videre et felt uten innlagt vatn. Sæter/Nyland visste at de kjøpte en lavstandardtomt. Det var derfor de ved byggingen i 2009 søkte om utslipp til en tett tank, noe som ville vært unødvendig om felles VA-løsning var rett rundt hjørnet.

Sæter/Nyland og tingretten har lagt stor vekt på utsagnet i Ot.prp.nr.11 (1979-1980) side 25-26 om at fellesløsninger må være «realistiske i overskuelig framtid». Utsagnet innebærer ikke at det er etablert et rettslig vilkår, og det kan uansett ikke gjelde for et lavstandard hyttefelt. Allerede på tidspunktet for rådmannsvedtaket var det dessuten realistisk med fellesløsninger. Etter den tid er det søkt om konsesjon til et fellesanlegg, og tillatelse er gitt.

Sjøl om forholdsmessighet ikke er nevnt i vedtaket, er ikke vedtaket uforholdsmessig. Ved denne vurderingen er det samfunnsmessige fordeler ved eventuell forurensing som skal vurderes opp mot ulempene, ikke subjektive forventninger hos enkeltpersoner.

Kommunen stiller seg tvilende til at Sæter/Nyland i dag forbruker 500 liter vatn per døgn når de er på hytta. Grunnen til at det ikke er utslippskrav for hytter uten innlagt vatn, er formodningen om at forbruket av vatn da er meget lite. Sæter/Nyland kan ikke skape et forurensingsproblem ved å bruke langt mer vatn enn antatt, for så å tvinge gjennom en utslippstillatelse.

Kommunens vedtak ville ikke vært annerledes sjøl om forholdsmessighet og betinget utslippstillatelse hadde vært vurdert i vedtakets premisser.

Det bestrides at saksbehandler Amundgård var inhabil etter forvaltningsloven § 6. Befaringssaken knyttet til mulig ulovlige tiltak på hyttetomta gjorde ham ikke forutinntatt. Han var heller ikke forutinntatt ved at han allerede ved vurderingen av tiltaket opp mot bebyggelsesplanen § 7 la vekt på presedensvirkninger.

Det erkjennes at habilitetsreglene i kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c ikke er fulgt. Bestemmelsen var ikke kjent av kommunen, og Amundgård skulle ikke utredet saken for formannskapet. Dette medfører likevel ikke at

formannskapetets vedtak er ugyldig, i det denne saksbehandlingsfeilen ikke har hatt innvirkning på vedtaket, jf. forvaltningsloven § 41. Når formannskapet har anket tingrettens dom, er det uttrykk for hva formannskapet mener om saken, uavhengig av utredningen skrevet av Amundgård.

Passivitetsvirkningen etter forskriften § 12-5 første ledd løper fra fullstendig søknad, og i saken er vedtak truffet i tide etter at fullstendig søknad forelå.

Ankende part har lagt ned slik *påstand*:

1. Dovre kommune frifinnes.
2. Jens Sæter og Lindis Skeide Nyland betaler in solidum sakskostnader for tingretten og lagmannsretten til Dovre kommune.

Ankemotpartene, Sæter og Nyland, har i hovedsak anført:

Det er enighet mellom partene om at de tekniske minstekravene i forurensningsforskriften §§ 12-7 til 12-13 er oppfylt. Kommunen «kan» likevel stille strengere krav eller helt avslå søknaden etter forskriften § 12-5 annet ledd. Det krever imidlertid en forholdsmessighetsvurdering hvor de forurensningsmessige ulemper, etter en konkret vurdering ved tiltaket, må være i overvekt. Det er tale om samme avveining som etter forurensningsloven § 11 femte ledd, jf. også retningslinjene i forurensningsloven § 2. Den økonomiske betydning for Sæter/Nyland er relevant. Begge vedtakene mangler en slik forholdsmessighetsvurdering, og det er en saksbehandlingsfeil.

Domstolen kan kontrollere om alle relevante hensyn er trukket inn, og om det er vektlagt utenforliggende hensyn. Det er først når det foreligger overvekt av forurensningsmessige ulemper at kommunen «kan» vurdere om det er hensiktsmessig å avslå søknaden. I denne saken foreligger det ikke overvekt av forurensningsmessige ulemper og kommunen hadde derfor ikke en anledning til å foreta en slik hensiktsmessighetsvurdering.

Utslippet det er søkt om har ingen negativ virkning på resipienten. Det foreligger ingen aktuell brukerkonflikt, i det ingen har drikkevannskilde i influensområdet. Brukerkonflikt oppstår først dersom noen i tomtene i influensområde skal bore etter vatn. Disse tomtene eies i dag av Fokstugu. Han har 21 tomter i området og det er han som sitter med nøkkel til å få bygd et fellesanlegg. En betinget utslippstillatelse, med vilkår om tilkobling til fellesanlegg når det foreligger, vil være et press på Fokstugu.

Det faktiske forurensningssituasjonen er i dag at Sæter/Nyland bærer inn ca 500 liter vatn i døgnet når de er på hytta. Det er ingen begrensninger på gjesters bruk av vatn, til dusjing eller klesvask. Vatnet slippes ut i det midlertidige infiltreringsanlegget. Dette er fullt lovlig fordi det ikke er innlagt vatn. Om Sæter/Nyland fikk utslippstillatelsen ville den faktiske forurensningssituasjonen følgelig bedres.

Hovedbegrunnelsen for avslaget er at et fellesanlegg for hele området er den beste løsningen. Sæter/Nyland er enig i dette. På det tidspunktet vedtaket ble truffet var et fellesanlegg ikke et realistisk alternativ, og det er heller ikke et realistisk alternativ i dag. Det kunne derfor ikke benyttes som begrunnelse for avslag, jf. Ot.prp.nr.11 (1979-1980) side 25-26. Det er kommunen som har bevisbyrden for at en fellesløsning er realistisk i overskuelig framtid. Lagmannsretten skal uansett legge til grunn faktum på vedtakstidspunktet.

Kommunen har ikke hjemmel til å fastsette rammer eller bestemme at det skal bygges felles vann- og avløpsanlegg for hele hyttefeltet i behandlingen av en søknad om enkeltanlegg etter § 12-5. Felles vann- og avløpsanlegg er et utenforliggende hensyn.

Kommunen kan ikke begrunne avslaget med presedensvirkning, men må ta konkret stilling til den søknaden som foreligger. Presedensvirkning kan uansett bare være aktuelt for de 8 andre hyttene på feltet. Det er ikke foretatt noen grunnundersøkelser for disse, og derfor vet ikke kommunen noe om de ville kunne tilfredsstillende kravene i forskriften §§ 12-7 til 12-13 slik som Sæter/Nyland. For ubebygde tomter kan det stilles tilknytningskrav ved byggesøknad.

Avslaget er sterkt urimelig. Hytta har i dag ikke tilfredsstillende VA-løsning, noe som er i strid med de forutsetningene som forelå da Sæter/Nyland kjøpte tomt og bygde hytte. Hyttefeltet var ikke et «lavstandardkonsept» den gangen. Alle trodde at kommunal VA ville komme.

Kommunens saksbehandler, Amundgård, var inhabil til å treffe rådmannsvedtaket 25. november 2013, jf. forvaltningsloven § 6. Han har vært benyttet som saksbehandler hele tida, og allerede før det første avslaget i januar 2012 - vedtaket som fylkesmannen opphevet - ga han uttrykk for sitt syn på presedens og

grunnforholdene. Samtidig som han skulle behandle søknad satte han i gang undersøkelser vedrørende mistanke om ulovlig graving på hyttetomta. Det er tale om både gjentatt behandling og dobbeltroller.

Amundgård var dessuten ansvarlig for klagesaksutredningen for formannskapet. Inhabilitet følger da av kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c. Det framkom under ankeforhandlingen at verken Amundgård, hans overordnede, plan- og utviklingssjef Angard, eller ordfører Fasteraune, kjente til denne bestemmelsen. Denne saksbehandlingsfeilen er erkjent av kommunen. Ved den fornyende klagebehandlingen er det ikke nok med en habil saksbehandler til å forberede saken, også de medlemmene av formannskapet som traff vedtaket 13. februar 2014 må vike sete.

Den framlagte omkostningsoppgaven omfatter vederlag for eget arbeid i saken. Advokat Nyland er ansatt i Ålesund kommune. Alternativet til å være sjølprosederende ville vært å kjøpe tjenesten. Fordi det er tale om godtgjøring/erstatning for eget arbeid, er det ikke beregnet merverdiavgift. Advokat Nyland er ikke næringsdrivende og ikke registret i merverdiavgiftsregisteret.

Det protesteres mot omkostningsoppgaven fra kommunen. Timeantallet er for høyt.

Ankemotpartene har lagt ned slik *påstand*:

1. Anken forkastes.
2. Dovre kommune erstatter Jens Sæter og Lindis Anette Skeide Nyland sine sakskostnader for lagmannsretten innen 14 dager fra dommens forkynnelse, med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Lagmannsrettens syn på saken:

Partene og tingretten har drøftet og behandlet begge vedtakene og tingrettens dom går ut på at både rådmannsvedtaket og formannskapets vedtak i saken er ugyldig. Dette er ikke korrekt forvaltningsrett. Når et enkeltvedtak påklages og klageinstansen treffer et nytt vedtak i saken, er det kun det siste vedtaket som regulerer den private partens rettigheter og plikter. Førsteinstansens vedtak er da - så langt det er påklaget - fullt ut erstattet av klageinstansens vedtak.

Det ble under ankeforhandlingen, da lagmannsretten tok opp dette forholdet, anført at bakgrunnen for at begge vedtakene i stevningen ble påstått ugyldige, hadde sammenheng med at kommunen etter Sæter/Nylands oppfatning traff sitt første vedtak for seint i relasjon til saksbehandlingsfristen i forskriften § 12-5 første ledd første punktum. En effekt av at begge vedtak ble kjent ugyldige skulle derfor være at Sæter/Nyland allerede hadde fått den utslippstillatelsen de søkte om gjennom kommunens oversittelse av 6-ukersfristen. På direkte spørsmål fra lagmannsretten om dette var en anførsel for lagmannsretten, noe som det i så fall ikke hadde vært noen bevisførsel rundt, ble dette avkreftet av ankemotparten. Dette forfølges derfor ikke videre her.

Som en konsekvens av at det kun er gyldigheten av formannskapets vedtak 13. februar 2014 som er til behandling, finner ikke lagmannsretten grunn til å drøfte om saksbehandler Amundgård var inhabil etter forvaltningsloven § 6 til å forberede og treffe rådmannsvedtaket 25. november 2013.

Kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c lyder:

3. Om inhabilitet gjelder reglene i forvaltningsloven kap. II, med følgende særregler:

... (...) ...

- c. Ved behandling 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.

Det er i saken ikke tvilsomt at klagebehandling etter forurensningsforskriften kapittel 12 skal følge reglene i forvaltningsloven § 28 annet ledd. Etter forurensningsloven § 81, jf. forurensningsforskriften § 12-1, er kommunen forurensningsmyndighet etter kapittel 12. Rådmannsvedtaket er følgelig ikke truffet av kommunen med hjemmel i delegert myndighet fra statlig forvaltningsorgan, men med hjemmel som følger direkte av lov og forskrift.

Det er ikke bestridt fra kommunens side at kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c er overtrådt i saken, og at det derfor er begått en saksbehandlingsfeil. Saksbehandler Amundgård - som både tilrettela grunnlaget for og traff førsteinstansvedtaket - skulle ikke tilrettelagt saken for formannskapet. Lagmannsretten er enig i dette. Da

klagen innkom kommunen, kunne Amundgård sjølsagt foreta de vurderinger og avgjørelser som en førsteinstans skal og kan gjøre etter forvaltningsloven § 33 annet ledd, herunder gi en skriftlig forklaring overfor klageren og klageinstansen på hvorfor førsteinstansen ikke har funnet grunn til å endre sitt vedtak. Men denne gjennomgangen av saken - foretatt av førsteinstansen - kan ikke være den eneste tilretteleggelsen for klageinstansen. Det er særlig åpenbart når klageinstansen - som her - ikke gir noen egen begrunnelse utover å vise til innstillingen fra førsteinstansen.

Jan Fridthjof Bernt drøfter rettslige og praktiske sider ved kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav c i Gyldendal Rettsdata note 744 (sist revidert 1. oktober 2014):

Et hovedproblem ved intern kommunal ..(..) klagebehandling er å oppfylle kravet i fvl. § 28 om at klage skal avgjøres av et organ som er atskilt fra og overordnet førsteinstansen. For å sikre dette er det i koml. § 40 nr. 3 bokstav c gitt særlig strenge inhabilitetsregler i slike saker, . (..)...

..(..) dramatisk blir dette hvis vedtak er truffet eller saksfremlegg utformet i administrasjonssjefens navn eller på grunnlag av instruks eller samtale med denne. Dette medfører at hele den tilsatte administrasjon er utelukket fra å fungere som saksforberedende instans for klageinstansen, enten dette er kommunestyret, fylkestinget, formannskapet, fylkesutvalget en særskilt klagenemnd. Problemet er likevel ikke riktig så stort som det kan synes ved første øyekast. Førsteinstansen skal behandle saken på nytt ved klage (se fvl. § 33), og den som er inhabil utelukkende i kraft av sitt underordningsforhold, vil kunne delta også ved saksforberedelsen for underinstansen i klagerunden. En vesentlig del av saksforberedelsesarbeidet vil så kunne være gjort når saken oversendes klagenemnda til behandling. Det er ingen generell rettslig betingelse at det foretas en fullstendig ny administrativ saksforberedelse for klagenemnda, også på punkter som ikke er omtvistet.

Det er imidlertid et absolutt vilkår at det foretas en oppsummerende saksforberedelse og utformes et nytt saksfremlegg når saken behandles i klageorganet. § 40 nr. 3 siste ledd medfører at det vil normalt være nødvendig å benytte ekstern saksforbereder- eller konsulentbistand til å ta seg av dette. Hvis underinstansens saksforberedelse er balansert og grundig, vil saksforberedelsen for klageinstansen i betydelig grad kunne bygge på denne, og det vil også være mulig å la leder eller et annet medlem av klagenemnda ta ansvaret for den siste saksforberedelsen for klagenemnda, i form av en kritisk gjennomgang av den oversendte saksfremstilling og eventuell innhenting av tilleggsopplysninger eller alternative vurderinger. Men det må foreligge et selvstendig saksforelegg ved siden av underinstansens uttalelse.

Det understrekes hos Bernt - som lagmannsretten allerede har sagt foran - at det uansett må foreligge en sjølstendig saksforberedelse, foretatt av en person som ikke har vært involvert i førsteinstansens vedtak.

Brudd på saksbehandlingsregler, herunder regler om habilitet, medfører ikke automatisk ugyldighet. Etter forvaltningsloven § 41 er et vedtak som er beheftet med saksbehandlingsfeil gyldig «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Mulig innvirkning er følgelig et *nødvendig* vilkår for ugyldighet, og i de fleste tilfeller også et *tilstrekkelig* vilkår for at ugyldighet inntrer. Det kreves etter ordlyden ikke sannsynlighetsovervekt for at feilen har virket inn - det er tilstrekkelig at innvirkning er en rimelig mulighet, jf. Rt-1980-485.

I juridisk teori synes det å være enighet om at det ikke kreves mer enn at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at feilen kan ha hatt innvirkning. Det vises til Frihagen: Forvaltningsloven, 2. utgave, side 939, Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett, 10. utgave, side 465, Graver: Alminnelig forvaltningsrett, 4. utgave, side 532-533 og Woxholth: Forvaltningsloven med kommentarer, 5. utgave, side 647. Lagmannsretten er enig i det.

Inhabilitet fører lett til ugyldighet, fordi feilen ofte vil kunne ha virket inn på resultatet. Publikums tillit til forvaltningen kommer dessuten inn som et moment med egenverdi, slik at kravet til sannsynlighet bør være beskjedent. Lagmannsretten legger derfor til grunn at når saksbehandlingsfeilen er inhabilitet, kan vedtaket bare opprettholdes når det er høy grad av sannsynlighet for at feilen har vært uten betydning.

Etter lagmannsrettens vurdering er saksbehandlingsfeilen her av en slik karakter at vedtaket må kjennes ugyldig. Det er ikke høy grad av sannsynlighet for at det var uten betydning for formannskapets vedtak at vedtaket ble forberedt av samme person som traff førsteinstansvedtaket. Lagmannsretten viser i den forbindelse til at saken inneholder betydelige skjønnelementer. Det gjelder for det første den skjønnsmessige avveiningen etter forskriften § 12-5 annet ledd tredje punktum for å ta stilling til om kommunen i saken har kompetanse til å stille strengere krav enn det som følger av forurensningsforskriften §§ 12-7 til 12-13, eller helt å nekte konsesjon. Det gjelder for det annet den skjønnsmessige avveiningen av om denne kompetansen - dersom den foreligger - skal benyttes, jf. ordet «kan» i § 12-5 annet ledd første punktum. Også det faktum at

formannskapsvedtaket ble avsagt under dissens 4-1 viser at vedtaket kunne blitt et annet med en ny og habil saksforberedelse.

Det er enighet mellom partene at saken kun gjelder formannskapets vedtak for så vidt det gjelder søknaden om utslipp til et privat infiltreringsanlegg, og ikke spørsmålet om tett tank for svartvatn, jf. punkt 2 og 3 i rådmannsvedtaket og punkt 1 i formannskapets vedtak. Tillatelse til utslipp av svartvatn - som allerede er etablert - er gitt tidligere. Den ugyldigheten som foreligger omfatter derfor ikke hele vedtaket. For å få fram dette i dommen, formuleres følgende nye slutning: Dovre formannskaps vedtak 13. februar 2014 er ugyldig så langt det gjelder Sæter og Nylands søknad om utslippstillatelse for gråvatn.

Lagmannsretten har vurdert om det kunne være hensiktsmessig for partene om retten også uttalte seg om andre spørsmål i saken, spørsmål som det ikke er påkrevet at retten formelt tar stilling til all den tid vedtaket uansett er ugyldig på grunn av inhabilitet. Lagmannsretten har kommet til at det ikke er hensiktsmessig, sett hen til at klagesaken nå ventelig vil bli forberedt og avgjort på nytt av habile personer, og at klageinstansen kan prøve alle sakens sider, herunder nye opplysninger. Domstolen på sin side er avskåret fra å legge vekt på den utvikling som har vært i saken fra formannskapets vedtak 25. november 2013.

Saksomkostninger

Ankemotparten har vunnet saken og har krav på dekning av sine saksomkostninger etter tvisteloven § 20-2 første ledd. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å gjøre noe unntak fra dette, jf. § 20-2 tredje ledd. Den ugyldighetsgrunnen som har ført fram har kommunen vært klar over siden stevningen 5. april 2014, men uten at kommunen av eget tiltak har gjort noe for å treffe et gyldig vedtak i saken.

Advokat Nyland har på vegne av seg sjøl og ektemannen satt fram krav om dekning av omkostninger med i alt 83.271,70 kroner. Det er tale om godtgjøring for eget arbeid som ellers måtte vært utført av en prosessfullmektig, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd tredje punktum, med i alt 69.300 kroner. Beløpet bygger på at advokat Nyland har arbeidet med lagmannsrettssaken i 99 timer, til en beregnet timepris av 700 kroner. I tillegg til salær kreves det dekning av utgifter til overnatting, diett og kjøring. Kommunen har ikke hatt innvendinger mot verken beregningsmåten eller totalkravet. Det avsies dom i samsvar med kravet.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning

- 1. Dovre formannskaps vedtak 13. februar 2014 er ugyldig så langt det gjelder Jens A. Sæters og Lindis Anette Skeide Nylands søknad om utslippstillatelse for gråvatn.*
- 2. Dovre kommune v/ordføreren dømmes til innen to - 2 - uker etter dommens forkynnelse å erstatte Jens Sæters og Lindis Anette Skeide Nylands saksomkostnader for lagmannsretten med 83.271,70 - åttitretusentohundreogstøttien 70/100 - kroner.*