

Forvaltningsrevisjon – Utbygging Borgheim syd – kompensasjon

Færder kommune – 2019

Innholdsfortegnelse

0. Sammendrag	2
1. Innledning	4
2. Formål og problemstillinger	4
3. Revisjonskriterer	5
4. Metode og kvalitet	7
5. Problemstilling 1	8
6. Problemstilling 2	14
7. Problemstilling 3	21
8. Kommunens erstatningsansvar	21
9. Revisors anbefalinger	24
10. Rådmannens uttalelse	25

0. Sammendrag

På oppdrag fra kontrollutvalget i Færder kommune har Vestfold kommunerevisjon gjennomført forvaltningsrevisjonen *Utbygging Borgheim syd - kompensasjon*.

Revisor har undersøkt hvorvidt Færder kommune har ivarettatt lovkrav, samt øvrige krav og føringer i saken om utbygging av Borgheim syd.

Oppsummering av revisjonens vurderinger

Revisor har vurdert tre problemstillinger:

Problemstilling 1: Hvordan foregikk beslutningsprosessen vedrørende inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne?

I denne problemstillingen har revisor beskrevet beslutningsprosessen ved inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne. Det vises i denne forbindelse til rapportens pkt. 5.

Problemstilling 2: Var beslutningsprosessen vedrørende inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne i tråd med lovverk og kommunens eget reglement/egne vedtak?

Revisor konkluderer med at prosessen i forbindelse med inngåelsen og gjennomføringen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne i stor grad er i tråd med lovverk, øvrige krav og kommunens eget reglement/egne vedtak.

På bakgrunn av dokumentanalyse og intervjuer konkluderer revisor med at rådmannen og den øvrige administrasjonen i Færder kommune bestreber seg på en grundig og transparent saksbehandling. Revisors finner intet som tilsier at det har vært noens hensikt å holde tilbake informasjon i denne saken.

Likevel konkluderer revisor med at «Avtale om utarbeiding og finansiering av områdeplan for Borgheim syd» burde ha vært journalført på et tidligere tidspunkt enn hva som faktisk var tilfelle, og at den kunne med fordel ha vært en del av «Oversikt over saksgang Borgheim syd». Revisor vurderer videre at vedtaket som ga rådmannen i oppdrag i gå i dialog med utbyggerne kunne ha vært mer konkret og at det burde ha vært vist til budsjettdekning for erstatningsutbetalingen. Revisor vurderer også at punktet om konfidensialitet i kompensasjonsavtalen med utbyggerne ikke er i samsvar med offentligloven.

Problemstilling 3: Var kompensasjonsavtalen, samt bevilgning og utbetaling av kr 4.000.000, lovlig uten kommunestyrets behandling?

Spørsmålet om kompensasjonsavtalen, samt bevilgning og utbetaling av kr 4 000 000, var lovlig uten kommunestyrets behandling er vurdert i problemstilling nr 2. Revisor konkluderer med at avtalen, samt bevilgning og utbetaling, var lovlig uten kommunestyrets behandling.

Var kommunen forpliktet til å utbetale erstatning?

Kontrollutvalget ønsket også at revisor skulle vurdere hvorvidt kommunen var i en posisjon der det var riktig å utbetale kr 4 000 000 til utbyggerne. Det følger av rettspraksis at det i utgangspunktet skal mye

til før en kommune blir erstatningsansvarlig for konsulentkostnader påløpt forut for vedtak områderegulering. Unntak fra dette utgangspunktet kan likevel tenkes dersom utbyggeres forventning til utbygging er tilstrekkelig sterk. Styrken i en slik forventning beror på en konkret vurdering som revisor ikke har gått inn i, da dette krever en utførlig bevisvurdering som er bedre egnet for domstolsapparatet. Revisor vil likevel bemerke at det alltid vil være en viss prosessrisiko forbundet med et sivilt søksmål, og at prosessen i seg selv kan være både tid- og ressurskrevende.

Revisors anbefalinger:

- *Kommunen bør sikre at saksdokumenter blir journalført i tråd med offentligloven § 10 og arkivforskriften §§ 9 og 10.*
- *Kommunen bør sørge for at vedtak om vesentlige utbetalinger har nødvendig budsjettdekning i forkant av utbetaling, jf. budsjettforskriften § 11.*
- *Kommunen bør sikre at det ikke avtales konfidensialitet i strid med offentligloven § 23.*

1. Innledning

1.1 Bakgrunn for oppdraget

Denne forvaltningsrevisjonen bygger på RSK 001 *Standard for forvaltningsrevisjon*, som angir hva som er god kommunal revisjonsskikk i forvaltningsrevisjon.

Utbygging Borgheim syd – kompensasjon - Færder kommune, ble bestilt av kommunestyret i Færder kommune den 29. mai 2019. Prosjektplan ble vedtatt i kontrollutvalget den 18. juni 2019, sak 21/19.

1.2 Avgrensning

I tråd med kontrollutvalgets bestilling og vedtatt prosjektplan er revisors arbeid avgrenset til tre hovedproblemstillinger. Revisor har kun vurdert denne konkrete saken, og har således ikke vurdert Færder kommunens saksbehandling i et bredere perspektiv.

2. Formål og problemstillinger

2.1 Formål

Formålet med prosjektet har vært å vurdere kommunens beslutningsprosess og saksbehandlingen ved inngåelsen og gjennomføringen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne som ønsket å bygge ut Borgheim syd.

2.2 Problemstillinger

Det er utledet tre problemstillinger i prosjektet:

1. Hvordan foregikk beslutningsprosessen vedrørende inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne?
2. Var beslutningsprosessen vedrørende inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne i tråd med lovverk og kommunens eget reglement/ egne vedtak?
3. Var kompensasjonsavtalen, samt bevilgning og utbetaling av kr 4.000.000, lovlig uten kommunestyrets behandling?

I tillegg til disse tre problemstillingene ønsket kontrollutvalget at revisor også skulle vurdere hvorvidt det var riktig av kommunen å utbetale erstatning til utbyggerne.

3. Revisjonskriterer

Problemstilling 1 er en beskrivende problemstilling som det ikke er utledes revisjonskriterier til.

Revisjonskriteriene til problemstilling 2 og 3 er utledet fra følgende lovverk mv:

- kommuneloven
- plan- og bygningsloven
- offentligloven
- rettleier til offentliglova
- arkivforskriften
- forvaltningsloven
- budsjettforskriften
- rettspraksis
- kommunens rutiner og retningslinjer, herunder kommunens delegasjonsreglement

For å sikre at vi svarer opp kommunestyrets bestilling har revisor i forbindelse med utledning av revisjonskriterier valgt å ta utgangspunkt i representantforslaget som ble fremmet for kommunestyremøtet den 29. mai 2019. Der var fremlagt fire påstander:

- 1) Avtalen av 16.9.16 om finansiering av planleggingen burde ha vært fremlagt for kommunestyret før behandlingen av forslaget om å gi delvis kompensasjon. Den svekker argumentene for kompensasjon og burde sammen med Mageli-utredningen ha vært en viktig del av beslutningsgrunnlaget.
- 2) Før kompensasjonsavtalene av 21.3.19 og 28.3.19 ble endelig godkjent fra kommunens side burde de ha vært behandlet politisk, og det burde ha vært vist budsjettdekning for forslaget om å bevilge kr 4.000.000 til utbyggerne.
- 3) Kompensasjonsavtalens punkt om at den er konfidensiell er lovstridig. (...) Tvert om burde utkastet til avtale ha vært gjort offentlig kjent, og blitt gjenstand for debatt før den ble endelig godkjent.
- 4) Det burde framgått av protokollen fra formannskapsbehandlingen at (...) ble tilbudt dobbelt så stor kompensasjon som det selskapet hadde bedt om. Begrunnelsen for størrelsen på kompensasjonen bør legges fram for kommunestyret.

På bakgrunn av representantforslaget, sammenholdt med aktuelt regelverk, har revisor utledet følgende revisjonskriterier til problemstilling 2:

- 1) *Kommunen bør sørge for at saker som legges frem for politisk behandling er forsvarlig utredet, jf kommuneloven § 23 nr 2.*
- 2) *Kommunen bør behandle innsynsbegjæringer i tråd med offentligloven § 3.*
- 3) *Kommunen bør føre journal over dokumenter tilknyttet deres saksbehandling etter reglene i offentligloven § 10, jf arkivforskriften §§ 9 og 10.*
- 4) *Kommunen bør sørge for at saker avgjøres i samsvar med tildelt myndighet etter kommuneloven §§ 6 og 8, samt kommunens delegasjonsreglement.*
- 5) *Kommunens utbetalinger bør være i samsvar med vedtatt budsjett og vedtatte fullmakter.*
- 6) *Kommunens avtaler bør være offentlige innenfor rammene av offentligloven §§ 3 og 23.*

Da revisjonskriteriene til problemstilling 2 er relativt omfattende svarer de også opp problemstilling 3.

Kontrollutvalget i Færder ba revisor også vurdere om kommunen var forpliktet til å utbetale kompensasjon til utbygger. I denne forbindelse har revisor utledet følgende revisjonskriterie:

- 7) *Kommunens utbetaling av kompensasjon bør være i samsvar med kommunens juridiske forpliktelser.*

4. Metode og kvalitet

4.1 Praktisk gjennomføring

Revisjonen er gjennomført i perioden 11. juni til 30. august 2019. Tidsrammen for prosjektet er 200 timer.

Vestfold kommunerevisjon har:

- gjennomført møter/intervjuer med rådmann og to jurister hos kommuneadvokaten
- innhentet relevant dokumentasjon og gjennomført dokumentanalyser
- gjennomført avslutningsmøte med rådmann

Vestfold kommunerevisjon vil takke alle i Færder kommune som har bidratt med informasjon til rapporten.

4.2 Metodevalg

Metodene som er benyttet i forvaltningsrevisjonen er intervjuer og dokumentanalyse.

4.3 Kvalitetssikring

Møtereferater og referater fra intervjuene er verifisert ved at administrasjonen har fått tilsendt disse og anledning til kommentere dem. Forut for utsendelse av rapporten til formell høring sendte revisjonen en foreløpig rapport til administrasjonen. Deretter ble det avholdt et sluttmøte, for å gi administrasjonen anledning til å korrigere faktafeil og avklare misforståelser.

Kvalitetssikringen i prosjektet er også ivaretatt gjennom diskusjoner i revisjonsteamet om metode, veivalg, vurderinger og betydningen av enkelte funn. Kvalitetssikring av revisjonsrapporten er utført av daglig leder.

4.4 Pålitelighet og gyldighet

Vår revisjonsmetode skal sikre validitet (gyldighet) og reliabilitet (pålitelighet). Vurderinger av dataenes validitet skal sikre at datagrunnlaget bidrar til å besvare problemstillingene. Vurderinger av reliabilitet fokuserer på om datagrunnlaget er påvirket av måten innsamlingen av data er gjennomført på. Revisor vurderer at rapportens konklusjoner er basert på data med høy grad av validitet og datainnsamling med høy grad av reliabilitet.

Datagrunnlaget skal kunne etterprøves, og revisor har utarbeidet en egen perm for prosjektet hvor dokumentasjonen er samlet.

4.5 Høring

Rapporten ble oversendt rådmannen til høring den 30. august 2019. Rådmannens uttalelse, mottatt i e-post 5. september 2019, er tatt inn under pkt. 10 i rapporten.

5.Problemstilling 1

Problemstilling 1: Hvordan foregikk beslutningsprosessen vedrørende inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne?

Da dette er en beskrivende problemstilling har vi ikke utarbeidet revisjonskriterier. Vi vil heller ikke gjøre vurderinger eller konkludere i denne delen av rapporten.

Selv om problemstillingen kun gjelder selve «beslutningsprosessen» ved inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne, er det nødvendig for de etterfølgende vurderingene i problemstilling 2 og 3 å begynne lenger tilbake i tid.

5.1 Innledning

Borgheim syd ligger i Færder kommune og består i hovedsak av dyrket mark. I 2003 ble Borgheim syd avsatt som byggeområde til «bolig og næring» i kommuneplanen. Ved vedtakelse av nye kommuneplaner har maksgrensen for antall boenheter blitt gradvis utvidet. Kommuneplanen av 31. januar 2018 ble vedtatt uten endringer i antall boenheter eller type bebyggelse.

5.2 Avtale om utarbeiding og finansiering av områdeplan for Borgheim syd

Fra 2006 har det vært igangsatt flere reguleringsplanprosesser for Borgheim syd, uten at noen av disse er realisert. I 2016 tok noen interesserte utbyggere initiativ til å gjenoppta planarbeidet. I denne forbindelse inngikk kommunen og utbyggerne «Avtale om utarbeiding og finansiering av områdeplan for Borgheim syd». Kommunen har som praksis å inngå avtaler som denne på et tidlig stadium i utbyggingssaker som den foreliggende. Kommunen forteller i intervju at denne type avtale gjelder utbyggingssaker som omfatter områdeplaner hvor planforslaget utarbeides av andre enn kommunen selv, iht pbl § 12-2 annet ledd. For øvrig bygger avtalen på bestemmelser i plan- og bygningsloven. Per dags dato løper flere tilsvarende avtaler i Færder kommune.

Hovedsaklig var det den økonomiske forpliktelsen for dekning av kommunens interne kostnader dersom avtalen opphørte *etter* første gangs politiske behandling som ble diskutert mellom partene i forbindelse med avtaleinngåelsen.

Avtalens pkt. 2 regulerer hva avtalen er ment å omfatte:

2.1 Utarbeidelse av forslag til områdeplan med plankart og bestemmelser frem til sluttbehandling i kommunestyret, inkludert annonsering, utarbeidelse av planprogram, planbeskrivelse, nødvendige konsekvensutredninger, Ros-analyser, alternative forslag med videre.

2.2 Utarbeidelse av forslag til utbyggingsavtale frem til behandling i aktuelt politisk organ.

2.3 Avtalen gir ingen form for garantier til utbygger når det gjelder utfall av den politiske behandlingen.

Hva gjelder finansiering av områdeplan sier avtalens pkt. 5:

5. Utbygger skal dekke alle kostnader i tilknytning til planarbeidet.

Avtalens pkt. 7 regulerer opphør. Mens pkt 7.1 og 7.3 gjelder avtalens opphør etter kommunestyrets vedtak om områdeplan, gjelder pkt 7.2 generelt og lyder:

7.2 Partene kan på ethvert tidspunkt be om at planarbeidet stanses og at avtalen derav skal opphøre.

Avtalen følger i sin helhet som vedlegg 1 til rapporten.

Etter at partene var enige om avtalens endelige ordlyd, sendte kommunen den over til utbyggerne for signering. Avtalen ble signert av utbyggerne i september 2016. Etter signering ble den liggende hos en av utbyggerne frem til desember 2018, men utbyggerne bekreftet pr e-post av avtalen var signert. Kommunens administrasjon purret opp avtalen ved flere anledninger. På grunn av blant annet permisjon hos kommuneadvokaten ble avtalen ikke journalført hos kommunen før i april 2019. Utkast til avtalen, og e-postkorrespondanse i forkant av avtaleinngåelsen, er journalført fortløpende hos kommunen. Avtalens ordlyd er ikke bestridt av hverken utbyggerne eller kommunen.

5.3 Flytting av høyspentanlegg

Tidlig i prosessen med utarbeidelsen av planforslag kom det frem at det var planer om oppgradering/utskiftninger på kraftledningen mellom Stangeby og Nes, blant annet skulle mastene skiftes ut, jf konsesjonsvedtak fra NVE i 2013 . Det ble i denne forbindelse åpnet for å vurdere om høyspentraséen kunne endres noe, slik at linjen ble lagt utenom planområdet. Det ble forutsatt at kostnaden da ble dekket av utbygger. I sak 14/036 fattet formannskapet vedtak om forskuttering av grunneiererstatning ved flytting av høyspentanlegget. Erstatningen til grunneierne var på kr 1.197.000. Denne kostnaden ble fordelt på utbyggerne. Kommunen forskuttet anleggskostnader for strøm på 1.200.000 i forbindelse med flytting av høyspentanlegget.

5.4 Spørsmål ved utbyggingsplanene – erstatningsansvar?

Den 10. september 2018 henvendte partiene MDG, Felleslista SV/Rødt, Venstre og SP seg til ordfører med spørsmål, som de ønsket besvart forut for den kommende politiske behandlingen av områdeplanen for Borgheim syd. Det ble bedt om en begrunnelse for en så storstilt utbygging og følgende ble anmodet fremlagt:

- begrunnelse for behovet for å bygge ut landbruksjord av høy kvalitet
- konsekvensutredning vedrørende faren for flom, jordskred og negativ påvirkning av sjøørreten
- begrunnelse for påstand om at tilbakeføring av området til LNF (Landbruks-, natur- og friluftsområde) vil medføre at kommunen blir erstatningspliktig
- oversikt over investeringene så langt, og angivelsen av størrelsen på eventuelt erstatningsansvar
- avtaler og politiske vedtak som er relevante

Ordfører svarte opp henvendelsen i e-post av 14. september 2018. På bakgrunn av sakens omfattende innhold skrev ordfører at han ville drøfte henvendelsen i neste formannskapsmøte.

Til formannskapsmøtet av 17. oktober 2018 hadde ordfører følgende forslag til vedtak:

Rådmannen bes utrede og fremlegge for formannskapet konsekvensene av å tilbakeføre området til LNF/landbruksformål, om mulig til formannskapets møte 14. november.

Hovedutvalgets behandling av reguleringsplanen skal først skje etter at formannskapet har fått seg forelagt rådmannens svar.

Saken medførte noe diskusjon i formannskapet forut for at vedtaket ble enstemmig vedtatt. I diskusjonen kom det frem et ønske om at alle dokumenter, utredninger, avtaler, bindinger og utgifter i saken, ble gjort tilgjengelig. Rådmannen svarte opp at for utredningenes del så var disse en del av planforslaget. For øvrig ville hun gå gjennom alle avtalene, og så gjennomgå disse i et lukket møte.

Kommunens administrasjon tok kontakt med Advokatfirmaet Mageli for en juridisk vurdering av de erstatningsrettslige konsekvensene en omregulering/tilbakeføring av Borgheim syd ville ha.

Mageli utarbeidet en juridisk vurdering. Fra konklusjonen siteres:

Etter vårt syn kan kommunen velge å tilbakeføre området på Borgheim syd uten at det oppstår plikt til å erstatte utbyggeres tap.

Mageli tok likevel forbehold om at det hefter en viss usikkerhet til konklusjonen, og at kommunen måtte være forberedt på at utbyggerne ville kunne fremme erstatningskrav og at utfallet av en rettslig tvist alltid er usikkert.

I formannskapsmøtet den 14. november 2018 ble vurderingen fra Mageli delt ut, sammen med et notat fra kommuneadvokaten som oppsummerte Magelis vurdering. Kommuneadvokaten redegjorde for Magelis vurdering i møtet. Både i Magelis vurdering, i notatet fra kommuneadvokaten og i den muntlige redegjørelsen fra kommuneadvokaten gikk det frem at avtalen fra 2016 var sentral for Magelis konklusjon. Av notatet fra kommuneadvokaten siteres i denne sammenheng:

Avtalen om finansiering om områdeplan mellom Færder kommune og utbyggerne er generell og nedfeller ingen uttrykkelig forpliktelse for kommunen om å sørge for å vedta regulering i tråd med begge parters intensjoner. Den åpner for eksempel for av hver av partene på hvilket som helst tidspunkt kan avslutte samarbeidet.

En oversikt over utbyggeres samlede kostnader knyttet til planarbeidet så langt var inntatt i notatet som kommuneadvokaten delte ut i formannskapsmøtet. Formannskapet besluttet at innkommet planforslag skulle behandles videre i henhold til ordinær saksgang. Av hensyn til kommunens forhandlingsposisjon ved et eventuelt erstatningskrav fra utbyggerne var møtet i formannskapet lukket. Begrunnelse for lukking av møtet fremgår av møteprotokollen.

Dagen etter formannskapsmøtet ble det utarbeidet en offentlig versjon av vurderingen fra Mageli. Bakgrunnen for at vurderingen ikke ble offentliggjort i sin helhet, var at den ble ansett å være sentral for kommunens forhandlingsposisjon dersom det skulle komme til tvist rundt erstatningsspørsmålet. Samme dag oversendte administrasjonen «Oversikt over saksgang Borgheim syd» til alle de faste medlemmene av kommunestyret. I oversikten nevnes ikke avtalen med utbyggerne av 2016. Avtalen var på dette tidspunkt fortsatt hos en av utbyggerne, og ikke returnert til kommunen i signert form.

Utbyggerne på sin side innhentet en juridisk vurdering av konsekvensene ved omregulering/tilbakeføring til LNF fra advokat Bjørn Bydal. I sitt notat av 29.1.2019 vektlegger Bydal at kommunen har skapt spesielle forventninger hos grunneierne og utbyggerne i denne saken. Ikke minst skjedde utbyggeres finansiering av kostnader ved flytting av høyspentlinjen i tillit til at regulering ville bli gjennomført. Advokat Bydal mener at særlig sistnevnte forhold taler for at utbyggeres kostnader etter nevnte flytting må erstattes av kommunen.

5.5 Politisk behandling av utbyggingsaken

Rådmannens innstilling forut for politisk behandling lød:

1. Konsekvensutredningen for Områdeplan Borgheim syd, plannr. 2010020, datert 04.10.18 anses som et egnet beslutningsgrunnlag og utredningsplikten er oppfylt, jfr. plan- og bygningsloven kap. 4.
2. Forslag til Områdeplan for Borgheim syd, plannr. 2010020 med plankart datert 21.06.18 og bestemmelser datert 04.10.18 legges ut til offentlig ettersyn med hjemmel i plan- og bygningsloven § 12-10 på vilkår at følgende endringer av reguleringsbestemmelser og plankart, samt tilleggsutredninger og dokumentasjon, utføres før planen legges ut til offentlig ettersyn:
....

I hovedutvalget for kommunalteknikk den 30. januar 2019 ble følgende vedtatt:

1. Forslag til områdeplan for Borgheim syd, plannr. 2010020, med plankart datert 21.06.18 tas ikke opp til behandling og planprosessen avsluttes, jfr. plan- og bygningsloven §§ 12-2 og 12-10. De ubebygde delene av planforslaget anbefales tilbakeført til LNF-formål ved neste kommuneplanrevisjon.

I tiden etter at området ble lagt ut til utbyggingsformål i 2003 har jordvern fått større fokus nasjonalt og regionalt, jf. blant annet målet om redusert omdisponering av dyrka jord i den nasjonale jordvernstrategien. Styrket jordvern er nødvendig og må prioriteres høyt på grunn av klimaendringer, synkende selvforsyningsgrad, nasjonale beredskapshensyn og global usikkerhet knyttet til matproduksjon.

Protokolltilførsel

K. Lie (Ap) på vegne av Ap, Mdg og FRSV:

1. Tilbakeføring av området til LNF-formål i kommuneplanen utløser ikke plikt til å erstatte utbyggerens tap, jf. notat fra advokatfirmaet Mageli datert 6.10.2018.
2. Utvikling av Borgheim som områdesenter, jf. kommuneplanens samfunnsdel, bør vurderes med utgangspunkt i området Borgheim sentrumskvartal NV.

K. Lie (Ap) på vegne av Ap og Mdg:

3. Med bakgrunn i sakens forhistorie utbygger bes Rådmannen om å gå i dialog med de private utbyggerne med sikte på å komme frem til en avtale om delvis dekning av påløpte kostnader til konsulentbruk i forbindelse med utarbeidelsen av planforslaget.

T. Kalheim (FRSV):

Med bakgrunn i sakens historie bes Rådmannen å gå i dialog med de private utbyggerne med sikte på å avslutte utbyggingsprosjektene på en minnelig måte.

Saken ble drøftet i formannskapet den 6. februar 2019. Formannskapet fulgte i det alt vesentlige hovedutvalgets vedtak. Hva gjaldt punktet om delvis dekning for utbyggerens påløpte kostnader ble det argumentert med at utbyggerne hadde brukt mye tid og penger på planlegging, at kommunen hadde gitt utbygger signaler om at området hadde stor prioritet og ikke minst samarbeidet i forbindelse med flyttingen av høyspenttraséen. Følgende vedtak ble fattet:

1. Forslag til områdeplan for Borgheim syd, plannr. 2010020 med plankart datert 21.6.2018 tas ikke opp til behandling og planprosessen avsluttes, jf. plan- og bygningslovens §§ 12-2 og 12-10. De ubebygde delene av planforslaget anbefales tilbakeført til LNF-formål ved neste kommuneplanrevisjon.
2. Tilbakeføring av området til LNF-formål i kommuneplanen utløser ikke plikt til å erstatte utbyggerens tap, jf. notat fra advokatfirmaet Mageli datert 6.10.2018.
3. Utvikling av Borgheim som områdesenter, jf. kommuneplanens samfunnsdel, bør vurderes med utgangspunkt i området Borgheim sentrumskvartal NV.
4. Med bakgrunn i sakens forhistorie bes rådmannen om å gå i dialog med de private utbyggerne med sikte på å komme frem til en avtale om delvis dekning av påløpte kostnader til konsulentbruk i forbindelse med utarbeidelsen av planforslaget.

Et alternativt forslag til pkt. 4 var å stryke «delvis dekning», for å ta høyde for at kommunen ikke nødvendigvis skulle utbetale noe i saken. Dette forslaget fikk ikke flertall.

Avslutningsvis i diskusjonen i formannskapet ble ordfører stilt spørsmål om hvem rådmannen skulle rapportere dialogen med utbyggerne tilbake til. Ordfører svarte at rådmannen skulle komme tilbake til formannskapet.

Også i kommunestyret den 13. februar 2019 ble punktet om en eventuell kompensasjon til utbyggerne debattert. Tilhengerne av en kompensasjon viste særlig til kommunens troverdighet som planmyndighet og mente at kommunen hadde et moralsk ansvar overfor utbyggerne. Andre mente at utbyggerne tok en bevisst risiko da de investerte i utredninger mv som de selv måtte ta ansvar for. Det ble vist til notatet fra Mageli i debatten. Kommunestyret fattet likelydende vedtak som formannskapet.

5.6 Dialog med utbygger og avtale om kompensasjon

På bakgrunn av pkt 4 i kommunestyrets vedtak inviterte rådmannen utbyggerne til møter for å drøfte delvis dekning av deres utgifter. Møtene fant sted henholdsvis 4. og 7. mars 2019.

Den 13. mars 2019 presenterte rådmannen muntlig for formannskapet hva kommunen hadde tilbudt og hva utbyggerne kom med av mottilbud. Ifølge protokollen fra formannskapsmøtet foreslo ordfører deretter en kompensasjon til begge utbyggerne på 40 % av innmeldte kostnader til konsulentbistand. Protokollen beskriver ikke erstatningen som kronebeløp, ei heller hvordan utbetalingen skulle finansieres eller at budsjettdekning skulle behandles i forbindelse med 1. tertial 19. juni 2019. Ordførers forslag ble vedtatt med 9 mot 2 stemmer. Saken ble behandlet for lukkede dører i formannskapet. Beslutningen og hjemmelen for at møtet ble holdt for lukkede dører fremgår ikke av møteprotokollen.

Det var kommuneadvokaten som utarbeidet den minnelig avtalen mellom kommunen og utbyggerne. Vedkommende var helt ny i stillingen, og juristen han overtok for hadde allerede gått ut i fødselspermisjon. Ifølge både rådmannen og kommuneadvokaten ga rådmannen beskjed om at avtalen skulle være konfidensiell frem til signering, men ved en misforståelse ble et generelt punkt om konfidensialitet likevel inntatt i avtaleteksten.

Den 18. mars 2019 sendte kommuneadvokaten kompensasjonsavtalen til utbyggerne for signering.

Den 26. mars 2019 sendte gruppeleder i Færder SP e-post til ordfører og styreleder i Borgheim Sentrumsbygg AS og ba om bekreftelse på at det ikke forelå forpliktende avtaler som kunne gi krav om erstatning som følge av kommunestyrets vedtak om ikke å godkjenne områdeplanen. Henvendelsen ble svart opp fra administrasjonen den 3. april 2019. Svaret viser blant annet til avtalen av 2016, og

siterer avtalens punkter om at avtalen ikke gir noen garanti når det gjelder utfallet av den politiske behandlingen og at partene på ethvert tidspunkt kan be om at planarbeidene stanses og avtalen derav skal opphøre. Etter denne henvendelsen forefinnes omfattende e-postkorrespondanse mellom gruppeleder og kommunen, der førstnevnte blant annet etterspør dokumenter og annen informasjon om avtaler, størrelse på kompensasjon og videre saksgang. Spørsmålene fra gruppeleder ble tatt opp i kommunestyret den 10. april 2019, sak 038/19.

Den 12. april 2019 varslet Senterpartiets gruppeleder at han ville fremme representantforslag med krav om offentlig behandling av saken i førstkommende kommunestyremøte.

På bakgrunn av det varslede representantforslaget, ble det besluttet å ikke utbetale noen kompensasjon til utbyggerne før etter kommunestyremøtet av 29. mai 2019.

Representantforslaget resulterte i kommunestyrets vedtak om å sende saken til kontrollutvalget. Kommunestyret besluttet samtidig at kompensasjon til utbyggerne likevel skulle utbetales. Utbetaling skjedde i månedsskiftet mai/juni 2019.

I forbindelse med behandling av 1. tertial i kommunestyret den 19. juni 2019, ble det gjort en budsjettendring. Fra møteprotokollen siteres: *Kompensasjonen beløper seg til 4 mill. kr og foreslås dekket av kommunens bufferfond.*

6. Problemstilling 2

Problemstilling 2: Var beslutningsprosessen vedrørende inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne i tråd med lovverk og kommunens eget reglement/ egne vedtak?

6.1 Forsvarlig utredning av saker til politisk behandling

Revisjonskriterie 1: Kommunen bør sørge for at saker som legges frem for politiske behandling er forsvarlig utredet, jf kommuneloven § 23 nr 2.

6.1.1 Fakta

Spørsmålet om hvovidd administrasjonens plikt til saksutredning er oppfylt i den foreliggende saken er knyttet til kommunestyrets behandling av «Borgheim syd, områdeplan, plannr. 2010020 – 1.gangsbehandling, sak 003/1».

Da saken skulle behandles politisk, først i Hovedutvalget for kommunalteknikk, fulgte en utførlig redegjørelse med rådmannens innstilling, som var positiv til utbygging. I redegjørelsen beskrev og vurderte rådmannen planforslaget, samt konsekvensene ved en eventuell utbygging. Avtalen av 2016 ble nevnt i redegjørelsen. En stor mengde dokumentasjon lå ved rådmannens redegjørelse, men hverken Magelis vurdering eller avtalen av 2016 var inntatt som vedlegg. Dette skyldes at dokumentene ikke ble vurdert som relevant fra administrasjonens side. Bakgrunnen for denne vurderingen var at spørsmålet om erstatningsplikt på dette tidspunktet var håndtert i formannskapet. Videre mente administrasjonen at avtalen ikke var av interesse før etter første gangs behandling av reguleringsplanen, da det var først etter det tidspunktet at utbyggenes plikt til finansiering av kommunens utgifter ble aktuell.

Hovedutvalget gikk, som kjent, mot rådmannens innstilling, og konkluderte med at forslaget til områdeplan ikke skulle tas opp til behandling. Hovedutvalget la samtidig, i protokolltilførsel, til et nytt punkt om erstatning, der det eksplisitt ble vist til Magelis rapport, og konklusjonen om at tilbakeføring av området til LNF-formål ikke utløser erstatningsplikt. Til tross for dette ble det også lagt til et eget punkt om at rådmannen skulle gå i dialog med de utbyggerne.

Formannskapet konkluderte i det alt vesentlige som hovedutvalget, men konkretiserte rådmannens oppdrag, som skulle ta «sikte på å komme frem til en avtale om delvis dekning av påløpte kostnader til konsulentbruk i forbindelse med utarbeidelsen av planforslaget».

6.1.2 Revisors vurdering og konklusjon

Spørsmålet om hvovidd administrasjonens plikt til saksutredning er oppfylt i den foreliggende saken knytter seg til hvorvidt Mageli-rapporten og finansieringsavtalen av 2016 burde vært lagt frem i forbindelse med den politiske behandlingen av spørsmålet om utbygging.

Kommuneloven sier intet konkret om hva slags dokumentasjon som skal legges frem for politiske organer forut for deres saksbehandling, men av § 23 nr 2 går det frem at rådmannen skal «påse at de saker som legges fram for folkevalgte organer er forsvarlig utredet». Hva som ligger i begrepet «forsvarlig utredet» beror på en konkret vurdering av den enkelte sak, og må vurderingen av hva som skal med må ta utgangspunkt i hva som var relevant på tidspunktet for saksutredningen.

I intervjuer med revisor understreker både rådmann og kommuneadvokaten at det ikke er noen forglemmelse at hverken Mageli-rapporten eller avtalen av 2016 ikke fulgte utbyggingssaken til politisk behandling. Etter en konkret vurdering av hva som skulle legges ved utbyggingssaken, ble disse dokumentene ikke funnet relevante. Det er i denne forbindelse relevant at rådmannens innstilling var positiv til at forslaget til områdeplan ble lagt ut til offentlig ettersyn.

Hva gjelder avtalen av 2016 påpeker administrasjonen at med unntak av den delen som gjelder dekning av avtalte kostnader (både eksterne og interne) etter politisk behandling, som med andre ord ikke var aktuell på tidspunktet forut for politisk behandling, regulerer avtalen i det alt vesentlige forhold som også følger av plan- og bygningsloven, og som således uansett alltid ligger til grunn i utbyggingssaker som den foreliggende. I tilsvarende utbyggingssaker har det heller aldri vært administrasjonens praksis å legge tilsvarende avtaler ved den til politiske behandlingen.

Hva gjelder Mageli-rapporten vurderte rådmannen at denne var politisk håndtert høsten 2018, og således velkjent blant politikerne. Etter at formannskapet fikk rapporten presentert, konkluderte formannskapet med at planforslaget skulle behandles videre i henhold til ordinær saksgang – uten at det ble nevnt noe mer om eventuell erstatningsplikt. Rådmannen vurderte derfor erstatningsspørsmålet som ferdig diskutert.

Som rådmann vil man kontinuerlig måtte vurdere hva som skal til for å påse at sakene som legges frem for de folkevalgte organene er forsvarlig utredet. Sakens opplysning må veies opp mot at mengden av informasjon ikke skal bli uhåndterlig. At enkelte dokumenter, sett i ettertid burde ha vært lagt frem, tilsier likevel ikke nødvendigvis at rådmannen har gjort en uforsvarlig vurdering.

Etter en samlet vurdering konkluderer revisor med at det ikke foreligger brudd på kommuneloven § 23 nr 2 i den foreliggende saken.

6.2 Begjæringer om innsyn

Revisjonskriterie 2: Kommunen bør behandle begjæringer om innsyn i tråd med offentlighoven § 3.

6.2.1 Fakta

Den 10. september 2018 henvendte partiene MDG, Felleslista SV/Rødt, Venstre og Senterpartiet pr e-post seg til ordfører. De ønsket besvart spørsmål de hadde til utbyggingen av Borgheim syd, og ønsket også fremlagt «avtaler og politiske vedtak som er relevante». Ordfører svarte pr e-post at han ville drøfte henvendelsen i neste formannskapsmøte. I formannskapsdrøftelsen ble også muntlig ytret ønske om at alle «avtaler og bindinger» i saken måtte på bordet. Drøftelsen resulterte i et vedtak der rådmann fikk i oppdrag å utrede erstatningsspørsmålet nærmere. Det ble også besluttet i møtet at rådmannen skulle utarbeide en oversikt over alle avtaler mv. av betydning for en eventuell tilbakeføring av Borgheim syd.

Kommunen tolket ønsket om fremleggelse av «relevante avtaler» som «avtaler som regulerer hva kommunen hadde forskuttert og betalt for i denne saken», og avtalen fra 2016 ble på bakgrunn av den tolkningen ikke ansett relevant å legge konkret frem. Av samme grunn nevnes heller ikke avtalen i dokumentet «Oversikt over saksgang Borgheim syd». Det må i denne forbindelse også påpekes at da denne oversikten ble utarbeidet, lå avtalen fortsatt hos en av utbyggerne og var således ikke lagt inn i kommunens saksbehandlingssystem, se mer om dette i pkt. 6.3.

Kommunen understreker at det ikke er noen grunn til at avtalen ikke kunne ha vært lagt frem. Det nevnes i denne forbindelse at den offentlige versjonen av rapporten fra Mageli, som i stor grad baserer seg på avtalen fra 2016, ble sendt Tønsbergs blad dagen etter at rapporten ble presentert i formannskapet.

6.2.1 Revisors vurdering og konklusjon

Det følger av offentligloven § 3 at saksdokumenter er åpne for innsyn dersom ikke annet følger av annen lovhjemmel. «Alle» kan kreve innsyn. Offl § 23 presiserer at innsynskravet kan gjøres både skriftlig og muntlig. Deler av henvendelsen fra partiene MDG, Fellelista SV/Rødt, Venstre og Senterpartiet av 10. september 2019 kan vurderes som en begjæring om innsyn. Anmodningen ble svart opp i e-post av ordfører og deretter drøftet i formannskapsmøtet den 17. oktober 2019. Vedtaket som drøftelsen resulterte i nevner ikke noe særskilt om innsyn, men det ble uttalt at det skulle lages en oversikt over saksgangen i utbyggingssaken.

Revisor vurderer at avtalen av 2016 med fordel kunne ha vært en del av «Oversikt over saksgang Borgheim syd». At avtalen ikke ble nevnt i oversikten, kan ha sammenheng med at avtalen på dette tidspunktet ikke var registrert i kommunens sakbehandlingssystem.

6.3 Plikt til å føre journal

Revisjonskriterie 3: Kommunen bør føre journal over dokumenter tilknyttet deres saksbehandling etter reglene i offentligloven § 10, jf arkivforskriften §§ 9 og 10.

6.3.1 Fakta

Etter av finansieringavtalen i september 2016 ble signert av utbyggerne, ble den liggende hos en av utbyggerne frem til desember 2018. Grunnet blant annet permisjon hos vedkommende i kommunen som mottok avtalen ble den deretter ikke journalført før i april 2019. Kommunen uttaler i intervju at denne forsinkelsen skyldes konkrete, uheldig omstendigheter, og at det er kommunens praksis å journalføre både inngående og utgående dokumenter fortløpende.

Da avtalen i sin tid ble sendt ut fra kommunen til utbyggerne ble den heller ikke journalført. Utkast til avtalen, og e-postkorrespondanse i forkant av avtaleinngåelsen er imidlertid journalført.

6.3.2 Revisors vurdering og konklusjon

Det følger av offentligloven § 10 at kommunen skal føre journal etter reglene i arkivlova med forskrifter. Plikten til journalføring henger sammen med allmennhetens innsynrett.

Arkivforskriften pålegger kommunen å registrere alle inngående og utgående saksdokumenter, jf § 9. Registreringen skal gjøre det mulig å identifisere det enkelte dokumentet, jf § 10. Arkivforskriften sier ikke noe konkret om tidspunktet for når plikten til journalføring inntreer, men fra stortingsmelding nr 32 (1997-98) «Om offenlegprinsippet i forvaltninga» følger i denne forbindelse, se punkt 5.3.2.4:

Arkivinstruksen har ikkje føresegner som uttrykkjeleg regulerer tidspunktet for når journalføring skal finne stad. I og med at journalen er hovudreiskapen forvaltninga har til å halde orden i og kontroll med sakene og saksavviklinga si, må det likevel antas at journalføringa skal skje kontinuerleg. Også omsynet til offentlegprinsippet tilseier dette.

Revisor vurderer at kommunen bør sikre at både utgående og inngående dokumenter journalføres fortløpende. Dette både av hensyn til allmennhetens innsynrett, men også for å sikre en forsvarlig saksbehandling i kommunen. Dersom det er mangler ved journalføringen kan videre saksbehandling og prosess også bli mangelfull. Kommunen bør videre sikre at dokumenter som skal returneres til

kommunen også faktisk blir returnert i rimelig tid. Revisor vurderer også at avtalen som kom i retur fra utbyggerne i desember 2018 umiddelbart burde ha vært journalført i kommunens saksbehandlingssystem.

Revisor konkluderer med at avtalen av 2016 ikke ble journalført i tråd med reglene i arkivforskriften §§ 9 og 10.

6.4 Adgangen til å delegere myndighet til formannskapet

Revisjonskriterie 4: Kommunen bør sørge for at saker avgjøres i samsvar med tildelt myndighet etter kommuneloven §§ 6 og 8, samt kommunens delegasjonsreglement.

6.4.1 Fakta

I sak 003/19 ga kommunestyret rådmannen i oppdrag å «gå i dialog med de private utbyggerne med sikte på å komme frem til en avtale om delvis dekning av påløpte kostnader». Kommunestyrevedtaket sier intet om hvilket organ rådmannen skulle rapportere tilbake til. Både kommuneadvokaten og rådmannen uttaler til revisjonen at vedtakene vanligvis konkretiserer dette, og at det burde ha stått i vedtaket hvilken sum det skulle tas utgangspunkt i ved beregningen av 40 %, hvilken budsjettpost dette skulle tas fra og at det skulle redegjøres for i 1. tertial. Rådmannen noterte selv hva som ble diskutert og som lå til grunn for vedtaket, og var derfor ikke i tvil om disse forholdene. Hun la til grunn at forholdene også var nevnt i vedtaket. Hun har som rutine å gå gjennom alle vedtakene med sekretæren etter møteslutt, men det skjedde ikke det i aktuelle møte.

I formannskapsmøtet uken før kommunestyremøtet, uttalte ordfører at rådmannen skulle rapportere hva som ble utfallet av dialogen med utbyggerne tilbake til formannskapet. Rådmannen forholdt seg til dette. Etter at formannskapet hadde besluttet erstatningsnivået, gikk saken ikke videre til behandling i kommunestyret.

6.4.2 Revisors vurdering og konklusjon

Det følger av kommuneloven § 23 at rådmannen skal sørge for at kommunestyrets vedtak blir gjennomført.

Av kommuneloven § 6 går det frem at kommunestyret, som det øverste kommunale organet, treffer vedtak på vegne av kommunen «så langt ikke annet følger av lov eller delegasjonsvedtak». I utgangspunktet påhviler med andre ord kommunestyret omfattende vedtakskompetanse. Da det var kommunestyret som ga rådmannen i oppdrag å gå i dialog med utbyggerne kunne det, i utgangspunktet, også ha vært naturlig at rådmannen svarte opp oppdraget til kommunestyret.

Formannskapets myndighet følger av kommuneloven § 8. Av bestemmelsens 3. ledd går frem at formannskapet behandler forslag til økonomiplan, årsbudsjett og skattevedtak og at det for øvrig er opp til kommunestyret å fastsette området for formannskapets virksomhet. Formannskapet kan tildeles avgjørelsesmyndighet i «alle saker hvor ikke annet følger av lov». Færder kommunes delegasjonsreglement er vedtatt av kommunestyret den 31. januar 2018. Av delegasjonsreglementet pkt 2.1 går det innledningsvis frem at kommunestyret, i medhold av kommunelovens § 8 nr 3, delegerer til formannskapet «myndighet til å ta avgjørelse i alle saker som det etter samme lov er adgang til å delegere til formannskapet, og som ikke kommunestyret har vedtatt å delegere til et annet folkevalgt organ eller rådmannen.» Av delegasjonsreglementet pkt 2.1 tredje ledd følger at formannskapet behandler saker av tverrsektoriell karakter og «andre saker som ordføreren velger å

forelegge for formannskapet.» Sett i sammenheng medfører delegasjonsreglementets pkt. 2 at kommunestyret i Færder overfører svært mye myndighet til formannskapet, og at det er opp til ordfører å beslutte hvilke saker som skal legges frem for formannskapet.

Det kan stilles spørsmål ved om formannskapets mandat til å slutføre kompensasjonssaken burde ha vært konkretisert i vedtaket som ga rådmannen oppdraget om å gå i dialog med utbyggerne. Konkretisering på dette nivået kreves ikke av hverken lov eller Færder kommunes delegasjonsreglement. Det er likevel praksis i Færder for å være mer konkrete enn hva som var tilfelle i den foreliggende saken. Formannskapsvedtaket som ga rådmannen i oppdrag å utrede konsekvensene av å tilbakeføre området til LNF/landbruksformål er et eksempel på dette; her går det frem at rådmannen skulle fremlegge sin utredning for formannskapet, om mulig til deres neste møte.

På bakgrunn av kommunens delegasjonsreglement pkt 2 synes ordfører å ha mandat til å beslutte at formannskapet tok den endelige avgjørelsen i erstatningssaken. Dersom noen i formannskapet hadde motforestillinger mot denne delegasjonen, var det anledning til å få dette protokollført.

I formannskapsmøtet der erstatningsnivået ble besluttet hadde formannskapet anledning til å kreve at saken skulle bringes inn for kommunestyret. Det følger av Reglement for Færder formannskap § 15 at «dersom særlov ikke er til hinder for det, kan et vedtak i formannskapet, som er gjort i.h.t. delegert fullmakt, bringes inn for kommunestyret dersom minst to av medlemmene, ordfører eller rådmann, eller deres stedfortreder, krever det. Slikt krav må i tilfelle fremsettes før møtets avslutning.» I formannskapsmøtet den 13. mars 2019 fremgår intet av protokollen om at det var noen av medlemmene som ytret ønske om at saken skulle bringes inn for kommunestyret.

Revisor konkluderer med at det vedtaket som ga rådmannen i oppdrag å gå i dialog med utbyggerne med fordel kunne ha gitt rådmannen klarere rammer; som hvilke fullmakter hun hadde og eventuell frist for gjennomføring og forventning om rapportering. Likevel finner ikke revisort at vedtaket er i strid med hverken kommuneloven §§ 6 og 8 eller kommunens delegasjonsreglement.

6.5 Utbetalinger i henhold til budsjetttramme

Revisjonskriterie 5: Kommunens utbetalinger bør være i samsvar med vedtatt budsjett og vedtatte fullmakter.

6.5.1 Fakta

Når det gjelder spørsmålet om budsjettdekning, har Færder kommune i økonomiplanen for 2019 vedtatt «netto driftsrammer», det vil si at budsjettet som vedtas er på «rammenivå». Ved bevilgninger som gir vide fullmaktsrammer til underordnede organer, vil navn og beløp ha begrenset informasjonsverdi, jf budsjettforskriftens § 6.

Kommuneadvokaten presenterte utbyggernes utlegg for formannskapet i deres møte av 14. november 2018. Oversikten over utleggene utbyggerne hadde hatt ble også delt ut til formannskapets medlemmer. Det var dette beløpet rådmannen tok utgangspunkt i da hun gikk i dialog med utbyggerne etter kommunestyrevedtaket av 13. februar 2019. Det fremgår ikke av formannskapets vedtak hvilket beløpet som er utgangspunktet for beregningen av kompensasjonen til utbyggerne. Det fremgår heller ikke av saksutredningen eller av vedtaket hvorvidt utbetalingen er innenfor budsjetttrammen.

Det ble gjennomført en budsjettendring vedrørende kompensasjon i forbindelse med 1. tertialrapportering, det vil si i juni 2019.

6.5.2 Revisors vurdering og konklusjon

Saksbehandlingsregler i folkevalgte organer følger av kommunelovens kapittel 6. Kapittelet oppstiller ingen krav til innholdet i et kommunestyrevedtak.

Selv om man ved vide netto rammefullmakter i utgangspunktet legger opp til at rådmannen har handlingsrom, vil en utbetaling i en kompensasjonssak som den foreliggende kunne bli av en slik størrelsesorden at det er hensiktsmessig å avklare rammen for kompensasjonen og finansiering. Det følger av merknader til budsjettforskriftens § 11 at dersom det er overveiende sannsynlig at bevilgninger i årsbudsjettet ikke vil holde, må budsjettet endres.

Revisor konkluderer med at det i forbindelse med avtale om kompensasjon burde ha vært gitt rammer for og hvordan kompensasjonen skulle bli finansiert i kommunestyret 13.02.19. Nødvendige budsjettendringer ble gjennomført i etterkant i forbindelse med 1. tertialrapportering 19.06.19

6.6 Offentlighet – kommunens avtaler

Revisjonskriterie 6: Kommunens avtaler bør være offentlige innenfor rammene av offentligloven § 3 og 23.

6.6.1 Fakta

I intervju beskrev kommuneadvokaten en praksis rundt offentliggjøring av «minnelige avtaler» som er i samsvar med offentligloven. Det er en selvfølge for administrasjonen at avtaler blir offentlige etter signering. Vanligvis har kommunens avtaler en standardtekst om at avtalen er unntatt offentlighet innenfor rammene av offentligloven. Kommunen vurderer selv at avtaleteksten i aktuelle avtale ikke er i tråd med offentligloven.

Kommunen påpekte også at det ikke er anledning til å avtale seg bort fra offentliglovens regler, slik at avtalen uavhengig av punktet om konfidensialitet, uansett er offentlig så snart den er underskrevet av alle parter. Den foreliggende avtalen ble vurdert av kommunen som offentlig etter signering.

6.6.2 Revisors vurdering og konklusjon

Det er offentligloven som regulerer innsynsretten i offentlig virksomhet. Det er ikke adgang til å avtale seg bort fra de rettighetene offentligloven gir. Offl § 3 hjemler hovedregelen om at alle kommunens saksdokumenter i utgangspunktet er offentlige, med mindre det finnes unntakshjemmel som åpner for å unnta dokumenter offentlighet. Når det finnes unntakshjemmel åpner likevel offl § 11 for å gi mer innsyn enn unntakene i loven legger opp til (merinnsyn).

Færder kommunens delegasjonsreglement § 1.1 siste ledd, bekrefter at offentligloven og prinsippet om meroffentlighet gjelder for all kommunal virksomhet.

Offentligloven § 23 gir kommunen mulighet til å gjøre unntak fra innsyn når det er påkrevet av økonomihensyn. I Rettleier til offentliglova er det nærmere presisert hvordan dette unntaket skal tolkes. Fra rettleiderens side 139 siteres: «Dette unntaket vernar om dei privatøkonomiske interessene til organet i forhandlingssituasjonar, og gjeld både ved kjøp og sal og ved avtaleforhandlingar meir generelt. Også opplysningar i saker som gjeld erstatningskrav mot det offentlege vil kunne vere omfatta av dette unntaket.»

Forhandlinger kan, i sin ytterste form, foregå frem til en avtale er signert. Offentligloven § 23, sammenholdt med rettlederen, gir kommunen adgang til å gjøre unntak fra innsyn i forhandlings situasjoner som den kommunen her var i frem til signering av avtalen. Etter at forhandlingene er sluttført, og avtalen er signert, er imidlertid behovet for hemmelighold ikke lenger til stede, og unntaket fra innsyn kan således ikke lenger påberopes.

Revisor konkluderer med at kompensasjonsavtalens punkt om konfidensialitet ikke er i tråd med offentligloven § 23.

6.7 Revisors konklusjon problemstilling 2

Problemstilling 2: Var beslutningsprosessen vedrørende inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne i tråd med lovverk og kommunens eget reglement/ egne vedtak?

Revisor konkluderer med at beslutningsprosessen vedrørende inngåelsen av kompensasjonsavtalen til utbyggerne i stor grad er tråd med lovverk og kommunens eget reglement/ egne vedtak. Likevel er det revisors konklusjon at «Avtale om utarbeiding og finansiering av områdeplan for Borgheim syd» burde ha vært journalført, og også ha vært en del av «Oversikt over saksgang Borgheim syd». Revisor konkluderer videre med at vedtaket som ga rådmannen i oppdrag i gå i dialog med utbyggerne med fordel kunne ha vært mer konkret vedrørende hvem rådmannen skulle melde tilbake til og at det burde ha vært vist til budsjettdekning for erstatningsutbetalingen. Revisor konkluderer også med at punktet om konfidensialitet i kompensasjonsavtalen med utbyggerne ikke er i samsvar med offentligloven.

7. Problemstilling 3

Problemstilling 3: Var kompensasjonsavtalen, samt bevilgning og utbetaling av kr 4.000.000, lovlig uten kommunestyrets behandling?

Denne problemstillingen er besvart under problemstilling 2, hvor revisor konkluderte med at kompensasjonsavtalen, samt bevilgning og utbetaling av kr 4.000.000 var lovlig uten kommunestyrets behandling.

8. Kommunens erstatningsansvar

Det som da gjenstår for revisjonen å vurdere, jf oppdraget fra kontrollutvalget, er hvorvidt kommunen var i en posisjon der det var riktig å utbetale erstatning til utbyggerne.

Revisjonskriterie 8: Kommunens utbetaling av kompensasjon bør være i samsvar med kommunens juridiske forpliktelser.

8.1 Fakta

Spørsmålet om kommunen var juridisk forpliktet til å utbetale kompensasjon til utbyggerne er tidligere vurdert både av Advokatfirmaet Mageli (engasjert av Færder kommune) og advokat Bjørn Bydal (engasjert av utbyggerne).

Bakgrunnen for at Færder kommune valgte Advokatfirmaet Mageli til å forestå denne vurderingen var både at de hadde særlig kompetanse på området og at firmaet ikke hadde noen tilhørighet i eller tilknytning til nærområdet.

Rapporten fra Mageli konkluderer med at kommunen ikke er juridisk forpliktet til å yte utbyggerne kompensasjon:

Etter vårt syn kan kommunen velge å tilbakeføre området på Borgheim syd uten at det oppstår plikt til å erstatte utbyggernes tap. Vi legger her avgjørende vekt på at det i avtalen om finansiering av planarbeidene er tatt uttrykkelig forbehold for utfallet av den politiske

behandlingen, og at begge parter uten videre kan trekke seg fra avtalen. Samlet gir dette ikke grunnlag for en så sterk forventning hos utbyggerne at de kan kreve erstattet utgifter til prosjektering dersom områdereguleringen ikke vedtas, og at arealet eventuelt tilbakeføres til LNF-formål.

I sin rapport viser Mageli likevel til den sentrale Malvik-dommen, som var oppe i Høyesterett i 1981, samt dom fra Eidsivating lagmannsrett, LE-2008-171371, som begge åpner for at en kommune vil kunne bli erstatningsansvarlig dersom utbygger hadde grunn til å ha særlig store forventninger til at utbygging skulle skje. Høyesterett uttalte at sentralt for vurderingen er «forventningens grunnlag og styrke og de forhold som førte til at kommunen ikke traff vedtak i samsvar med forventningen».

I den foreliggende sak er endringen av traséen for høyspentledningen over området et forhold som kan ha bidratt til å styrke utbyggernes forventning om at forslaget til områderegulering ville bli vedtatt. Mageli mener likevel at dette ikke er nok til å etablere forventninger av en slik styrke av kommunen har pådratt seg et erstatningsansvar. Mageli vektlegger at samspillet mellom kommunen og utbygger i forbindelse med endringen av høyspenttraseen fremstår som relativt ordinært, og ikke som «en kontakt helt utenom det vanlige» slik det var tilfelle i saken fra Eidsivating. Mageli åpner likevel opp for at det er en viss prosessrisiko knyttet til et eventuelt erstatningskrav fra utbyggerne.

Advokat Bydal mener kommunen er erstatningsansvarlig for utbyggernes pådratte kostnader etter at de finansierte omleggingen av høyspenttraséen, da finansieringen av denne traséen skapte en berettiget forventning om utbygging hos utbyggerne.

Avslutningsvis skriver Bydal:

«... Skulle kommunen nå endre standpunkt, og i stedet gå imot pågående områderegulering, tilsier både moral og seriøsitet (hvordan kommunen ønsker/forventer å bli oppfattet av utbyggere) at alle kostnader som utbyggerne/grunneierne er påført siden opprinnelig planoppstart dekkes fullt ut av kommunen.»

8.2 Revisors vurdering

Sett i sammenheng oppsummerer Mageli og Bydal den erstatningsrettslige situasjonen på området. Det skal i utgangspunktet mye til for at kommunen kommer i erstatningsansvar på dette stadiet av en utbyggingssak. Avgjørende for spørsmålet om erstatning er hvorvidt utbyggerne har fått en berettiget forventning (det vil si en forventning som er betydelig sterkere enn i andre saker der det planlegges utbygging) om utbygging. I den forbindelse er dialogen mellom kommunen og utbyggerne sentral. Vurderingen av denne dialogen krever særlig bevisførsel, i form av blant annet vitneavhør. Revisor har ikke gått inn i dette.

I tillegg til at det alltid er en prosessrisiko i sivile søksmål, vil det også være en viss risiko for å måtte bære egne, eventuelt også motpartens, saksomkostninger for rettsapparatet. Videre vil et sivil søksmål vil kunne dra ut i tid og således lenge være en usikkerhetsfaktor. Av disse grunnene er det ikke uvanlig å løse tvister utenomrettslig.

Enhver sak vil kunne være så spesiell at den ikke nødvendigvis medfører noen presedens for det videre.

Hvorvidt kommunen har en moralsk forpliktelse til å utbetale kompensasjon til utbyggerne har ikke revisor vurdert.

8.3 Revisors konklusjon

Hvorvidt utbyggerne hadde en tilstrekkelig sterk forventning om utbygging i den foreliggende saken beror på en vurdering som revisor ikke har gått inn i, da dette krever bevisføring som revisor ikke har kompetanse til å foreta. Uavhengig av kommunens juridiske forpliktelser vil det kunne være andre grunner til å løse saken minnelig, det være seg partenes samarbeid for det videre og usikkerheten rundt en rettslig prosess.

9. Revisors anbefalinger

Revisors anbefalinger:

- Kommunen bør sikre at saksdokumenter blir journalført i tråd med offentliglova § 10 og arkivforskriften §§ 9 og 10.
- Kommunen bør sørge for at vedtak om vesentlige utbetalinger har nødvendig budsjettdekning i forkant av utbetaling, jf. budsjettforskriften § 11.
- Kommunen bør sikre at det ikke avtales konfidensialitet i strid med offentligloven § 23

Horten, 6.9.2019

Vestfold kommunerevisjon



Linn Therese Bekken

Oppdragsansvarlig forvaltningsrevisjon



Bente Hegg Ljøsterød

Oppdragsansvarlig forvaltningsrevisjon

10. Rådmannens uttalelse

Rådmannens uttalelse mottatt på e-post 5. september 2019:

Jeg takker for godt samarbeid og tar revisjonens anbefalinger til etterretning.

Journalføring i henhold til offentleglova §10 og arkivforskriften §§9 og 10 er beskrevet i kommunens arkivplan. At avtalen ikke ble journalført før i april 2019 er beklagelig. Jeg mener imidlertid at dette ikke har hatt betydning for saken, da avtalen ble kjent både i Magerli-rapporten og i kommunens saksutredning. Videre er det sentralt at utbyggernes plikt til finansiering av kommunens utgifter først gjaldt etter 1. gangs behandling av reguleringsplanen.

Samtidig påpekes det at dersom den hadde vært journalført ville den sannsynligvis vært å finne i «oversikt over saksgang Borgheim syd» som ble oversendt kommunestyret, samt vært lagt frem tidligere.

Som det fremkommer av revisjonsrapporten har det ikke vært noen motivasjon for å ikke journalføre, eller gjøre avtalen utilgjengelig. Rutiner for journalføring gjennomgås og bekjentgjøres for kommunens saksbehandlere.

Den normale prosedyren er at alle vedtak skal ha dekning i budsjett. Om dette ikke kan konkretiseres, skal det vises til at : «xx kr innarbeides i tertialjustering». Dette kvalitetssikres i fremtidige vedtak.

Jeg er enig i at det ikke var grunnlag for at avtalen om utbetaling av kompensasjon var konfidensiell etter signering. Dette berodde på en misforståelse og er også informert om i etterkant. Dette kvalitetssikres i fremtidige vedtak.

Med vennlig hilsen

Toril Eeg

Rådmann

Tlf: 33 39 00 00

Mobil: 91 15 55 56

www.færder.kommune.no



Rapporten er utarbeidet av Vestfold Kommunerevisjon

Har du spørsmål til rapporten?

Ta kontakt med oss:

Telefon: 33 07 13 00

E-post: post@vestfoldkommunerevisjon.no