

Avrop til Miljødirektoratet

Oslo kommune

Forholdsmessighet ved illeggelse av administrative
reaksjoner og sanksjoner etter plan- og bygningsloven
§ 32-10 første ledd første punktum



Innholdsfortegnelse

Sammendrag.....	3
1. Innledning.....	3
1.1 Bakgrunn.....	3
1.2 Utredningens tema.....	3
1.3 Avgrensninger	4
1.4 Utredningens oppbygning	4
2. Plikten til å drive ulovlighetsoppfølging	5
2.1 Generelt om plikten.....	5
2.2 Plan- og bygningslovens reaksjons- og sanksjonshjemler.....	9
2.2.1 Innledning	9
2.2.2 Administrative reaksjoner og forholdet til EMK og forvaltningsloven	9
2.2.3 Er kommunen innrømmet er skjønn ved valg av reaksjoner/sanksjoner?.....	11
2.2.4 En oversikt over reaksjonshjemlene i plan- og bygningsloven kap. 32.	13
3. Kravet om at sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten	16
3.1 Innledning og oversikt over spørsmålene bestemmelsen reiser	16
3.2 En gjennomgang av lovhistorikken til pbl. § 32-10 første ledd.....	17
3.2.1 1985-loven § 116b	17
3.2.2 Forarbeidene til gjeldende lovs § 32-10 første ledd.....	22
3.2.3 Oppsummering.....	25
3.3 Gjelder § 32-10 første ledd, første punktum bare for straff og administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK?	25
3.4 Materiell kompetansebetingelse eller pliktregel som setter grenser for utøvelsen av forvaltningsskjønnet?	26
3.5 Utgangspunktene for domstolens kompetanse til å prøve plan- og bygningsmyndighetenes vurdering av forholdsmessighet etter pbl. § 32-10 første ledd.....	27
3.6 Nærmere om domstolsprøving av pålegg om retting med utgangspunkt i myndighetsmisbrukslæren.....	27
3.7 Kort om prøving av pålegg om retting ved klage.....	30
4. Kravet til begrunnelse for valg av sanksjon	30
4.1 Innledning.....	30
4.2 Oppstiller pbl. § 32-10 første ledd et krav til begrunnelse for forvaltningens valg av reaksjon/sanksjon?	31
5. Avslutning	34

Sammendrag

Utredningen trekker opp betydningen av skillet mellom administrative reaksjoner, administrative sanksjoner og straff på plan- og bygningsrettens område. Dette er et skille plan- og bygningsloven ikke selv trekker opp, men som er av stor betydning når man skal klargjøre de rettslige rammene for hva som er en forholdsmessig reaksjon på et ulovlig forhold. Vår utredning konkluderer med at kravet til forholdsmessighet i pbl. § 32-10 første ledd, første setning, gjelder ved bruk av alle lovens reaksjons-, sanksjons- og straffebestemmelser i kap. 32. Det materielle kravet til forholdsmessighet er likevel ulikt fra bestemmelse til bestemmelse. Forvaltningslovens alminnelige krav til begrunnelse gjelder for enkeltvedtak etter kap. 32. Det er ikke grunnlag for å oppstille et generelt skjerpet krav til begrunnelse ved oppfølging av ulovligheter. Spesielle forhold i enkeltsaker kan likevel tilsi at det gjelder et skjerpet krav til begrunnelse i en konkret sak. Utredningen konkluderer videre med at pålegg om retting og stans er lovens hovedregel når det kommer til forvaltningens bruk av reaksjoner og sanksjoner.

1. Innledning

1.1 Bakgrunn

Vi viser til Oslo kommunens avrop til Miljødirektoratet 19. mai 2022. Oslo kommune har bedt om bistand til å klarlegge innholdet i, og anvendelsen av, forholdsmessighetsprinsippet i plan- og bygningsloven (pbl.) § 32-10 første ledd første punktum ved oppfølging av ulovlige tiltak i strandsonen. Ifølge avropet har kommunens behov for rettslig avklaring sin bakgrunn i påstander om at kommunens pålegg om retting og tilbakeføring ikke er forholdsmessige, og derfor er ugyldige.

1.2 Utredningens tema

Denne utredningen fastlegger det rettslige innholdet i pbl. § 32-10 første ledd første punktum. Bestemmelsen har følgende utforming:

§ 32-10. Samordning av sanksjoner

Sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten. Dersom det utferdiges flere ulike typer sanksjoner for samme overtredelse, må disse samordnes slik at overtrederen ikke rammes på en urimelig måte.

Plan- og bygningsmyndighetene kan ikke ilegge den ansvarlige et overtredelsesgebyr dersom den ansvarlige tidligere ved rettskraftig dom eller endelig vedtak er frifunnet eller ilagt strafferettslig reaksjon eller rettighetstap for samme forhold.

0 Tilføyd ved [lov 8 mai 2009 nr. 27](#).

I pbl. § 32-10 første ledd første punktum slås det fast at sanksjoner «skal stå i rimelig forhold» til den ulovligheten som forfølges. Med denne formuleringen ligger det etter

ordlyden innbakt et krav om forholdsmessighet mellom sanksjoner og det ulovlige forholdet.

Bestemmelsens første ledd andre punktum regulerer etter ordlyden tilfeller hvor det utferdiges *flere* sanksjoner for samme ulovlige forhold, og oppstiller et krav om at sanksjonene i så fall samordnes slik at overtrederen ikke rammes på en «urimelig måte». Utredningen tar stilling til det materielle *innholdet* i forholdsmessighetskravet etter pbl. § 32-10 første ledd første punktum ved bruk av sanksjoner etter plan- og bygningsloven kap. 32. Vi behandler også spørsmålet om innholdet i kommunens plikt til å begrunne valg av sanksjon og omfanget av sanksjon(er).

1.3 Avgrensninger

Utredningen tar utgangspunkt i den situasjon hvor kommunen har konkludert med at det foreligger et ulovlig forhold. Selv om pbl. § 32-10 første ledd etter ordlyden er en generell regel, vil temaet ofte gjøre seg gjeldende for oppfølging av ulovlige tiltak i *strandsonen*,¹ som for eksempel bygging av hus og hytter, tilbygg til hus og hytter, anneks, brygger o.l.

Generelt reiser ulovlighetsoppfølging fra kommunenes side mange spørsmål som ikke alltid har et klart svar med hensyn til hva som er korrekt tolkning og anvendelse av gjeldende rettsregler. Det kan blant annet være komplisert å avgjøre hvorvidt, og eventuelt i hvilken utstrekning, det foreligger et ulovlig forhold. Dertil er det ofte uklart hvilke regler som gjaldt på det tidspunktet tiltaket ble gjennomført. Dette, og andre bevissspørsmål, tar vi ikke opp i utredningen.

Plan- og bygningsloven § 32-10 andre ledd, som regulerer forbudet mot dobbelstraff på plan- og bygningslovens område, er sammen med hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr i pbl. § 32-8, ny med gjeldende lov. Utredningen tar ikke for seg denne bestemmelsen.

Utredningen går heller ikke inn i rene strafferettslige vurderinger. Utredningen vil begrense seg til å gi en oversikt over plan- og bygningslovens straffebud (hjemmel for å ilegge straff), og ta stilling til betydning av pbl. § 32-10 første ledd. Utover det går vi ikke nærmere inn på påtalemyndighetens anledning til å straffeforfølge ulovlige forhold på plan- og bygningsrettens område.

1.4 Utredningens oppbygning

I utredningens *punkt 2* behandler vi først kommunens plikt til å drive ulovlighetsoppfølging. I punkt 2 gir vi også en oversikt over plan- og bygningslovens reaksjons- og sanksjonshjemler som både omfatter straff, forvaltningssanksjoner som anses som straff etter den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), og andre forvaltningsreaksjoner.

Gjennomgangen i punkt 2 danner et bakteppe for *punkt 3* hvor vi går nærmere inn på pbl. § 32-10 første ledd første punktum. Her vil vi klargjøre bestemmelsens meningsinnhold, og dermed vise hvilken betydning bestemmelsen har som materiell regel når kommunen ilegger «sanksjoner». Spørsmål vi søker å klarlegge er blant annet:

¹ Jf. pbl. § 1-8, jf. § 1-6.

1) Bestemmelsens anvendelsesområde – om bestemmelsen gjelder for alle reaksjoner på et ulovlig forhold eller begrenser seg til straff og administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK, 2) om bestemmelsen innenfor sitt anvendelsesområde må anses som et materielt vilkår for kompetansen, eller er en pliktregel som setter grenser for forvaltningsskjønnet, og 3) domstolkontroll med utgangspunkt i pbl. 32-10 første ledd første punktum.

Punkt 4 tar for seg betydningen av pbl. § 32-10 første ledd med hensyn til kommunens saksbehandling, nærmere bestemt kommunenes begrunnelsesplikt når det gjelder valg av reaksjon/sanksjon og fastsettelsen.

2. Plikten til å drive ulovlighetsoppfølging

2.1 Generelt om plikten

Kommunene har en generell plikt til å drive ulovlighetsoppfølging. Denne plikten er slått fast i pbl. § 32-1 første ledd, som har følgende utforming:

§ 32-1. Plikt til å forfølge ulovligheter

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

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

0 Tilføyd ved [lov 8 mai 2009 nr. 27](#).

Plikten kommunene har til å drive ulovlighetsoppfølging skal sikre at de hensynene som ligger bak de ordinære (lovlige) beslutningsprosesser, ikke settes til side. Plan- og byggesaksbehandling skal ivareta hensyn som åpenhet og forutsigbarhet, og skal sikre at beslutninger som treffes i medhold av loven er basert på medvirkning og et forsvarlig kunnskapsgrunnlag. Kommunenes arealplaner blir til etter omfattende prosesser, med grundige utredninger og med bred medvirkning. Dertil kommer at byggesaksbehandlingen blant annet skal sikre at tiltak utføres i samsvar med lov, forskrifter og planvedtak, slik det heter i lovens formålsbestemmelse (§ 1-1 tredje ledd). Fra et systemperspektiv er det av den aller største betydning at det ikke skal «lønne seg» å gå utenom lovens system. Enhver rettslig fastleggelse av innholdet i plikten til å drive ulovlighetsoppfølging, og de ulike reaksjons- og sanksjonshjemplene, må etter vårt syn ha dette perspektivet for øye.

I forarbeidene til plan- og bygningsloven sies det om plikten i pbl. § 32-1:

Ved å understreke plikten innledningsvis i lovens kapittel om ulovlighetsoppfølging, gis føringer som skal sikre at kommunene prioriterer ulovlighetsoppfølging.²

Dette skulle strengt talt være unødvendig å presisere, men er nok et resultat av at ulovlighetsoppfølging i mange kommuner, og i mange saker, ikke er håndhevet som en plikt. Systemet er langt på vei tillitsbasert, og dermed sårbart, ettersom det ikke er anledning for borgere, organisasjoner, andre myndigheter og lignende til å kreve at

² Ot.prp. nr.45 (2007–2008) s. 352.

kommunene gjennomfører ulovlighetsoppfølging. I et rettslig komplisert og sammensatt bilde hviler det et stort ansvar på den enkelte kommune til å sørge for at loven håndheves, og at de hensyn lovgivingen bygger på, ivaretas. Sivilombudet har i flere saker kritisert kommuner for ikke å foreta ulovlighetsoppfølging.³

Fra et rettslig perspektiv reiser plikten til ulovlighetsoppfølging flere spørsmål. Vi vil her begrense oss til de spørsmål vi mener er viktige å avklare med tanke på utredningens hovedtema. I fortsettelsen vil vi først redegjøre for kommunens adgang til å unnlate å forfølge ulovligheter, før vi til slutt vil behandle innholdet i plikten.

Kommunene har en viss anledning til å unnlate å forfølge ulovligheter. Dette begrenser seg imidlertid til «forhold av mindre betydning», jf. pbl. § 32-1 andre ledd.⁴ Vurderingen av om en ulovlighet kvalifiserer til å være av «mindre betydning» er et rettslig spørsmål. Kommer kommunen til at ulovligheten er av «mindre betydning», har kommunen en diskresjonær adgang til å avstå fra å forfølge ulovligheten.⁵ Noen plikt til å unnlate å forfølge forhold av mindre betydning har kommunene derimot ikke.

Vilkåret for å unnlate å forfølge et ulovlig forhold etter pbl. § 32-1 andre ledd, reiser egne problemstillinger som vi ikke tar for oss, ettersom temaet her er kravet til rimelig sanksjonering av ulovligheter, altså situasjoner der ulovligheter forfølges. Det er likevel viktig å understreke at det i strandsonen, med de strenge føringene som gjelder, skal det mye til for at ulovlige tiltak kan karakteriseres som «forhold av mindre betydning». I strandsonen, nærmere bestemt i 100-metersbeltet langs sjø, har lovgiver vedtatt et generelt byggeforbud, jf. pbl. § 1-8. Byggeforbudet hviler på at lovgiver har vurdert at det for disse områdene er særlige hensyn som skal ivaretas. En vid adgang til å rubrisere ulovligheter her som «forhold av mindre betydning» ville undergrave det særlige vernet lovgiver har gitt disse områdene. Dette ville også bryte med de vurderinger som er gjort av Høyesterett, senest i HR-2020-1353-A, hvor ulovlighetsoppfølgingens viktige allmennpreventive funksjon i saker som gjelder miljøkriminalitet, understrekes.

Utover unntaket for «forhold av mindre betydning», er ikke kommunene innrømmet en skjønnsmessig adgang til å unnlate å forfølge ulovligheter. Her slår den lovfestede plikten i pbl. § 32-1 første ledd inn, jf. formuleringen «skal forfølge overtredelser». I høringen av Bygningslovutvalgets utredning ble det av enkelte kommuner tatt til orde for at plikten til å følge opp ulovligheter burde baseres på et opportunitetsprinsipp,⁶ der det i tillegg til overtredelsens alvorlighetsgrad, burde være anledning til å ta hensyn til kommunens evne til å forfølge overtredelser. Innspillet ble ikke fulgt opp av departementet, som uttalte:

*Departementet er enig i at det ikke er realistisk at enhver overtredelse ut over de bagatellmessige, forfølges uten at kommunen kan foreta en prioritering.
Departementet finner samtidig at det vil svekke kommunens plikt i for stor grad*

³ Eksempler på dette er SOM-2019-1750 og SOM-2016-419.

⁴ Av spesialmerknaden til bestemmelsen i Ot.prp.nr.45 (2007–2008) s. 352 fremgår at «begrepet 'mindre' innebærer et noe større spillerom for kommunen med hensyn til å velge hvilke ulovligheter som skal følges opp», i forhold til begrepet «bagatellmessig» som var Bygningslovutvalgets forslag i NOU 2005:12

⁵ Jf. ordlyden «kan» og Ot.prp. nr. 45 (2008–2009) s. 352.

⁶ Se departements oppsummering av høringsuttalesene i Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 173.

hvis adgangen til å unnlate oppfølging skal bero på kommunens skjønn, der kommunen tillates å legge vekt på egen kapasitet. Det vil etter departementets mening stride mot mange innbyggerses alminnelige rettsoppfatning om kommunen får en lovfestet adgang til dette. Departementet foreslår derfor at kommunen får anledning til å unnlate å forfølge overtredelser av mindre betydning. Det vises i denne sammenheng til at ferdigattest kan gis også hvis det foreligger bagatellmessige overtredelser, jf. forslaget § 21-10 tredje ledd. Det blir altså en snevrere adgang for kommunen til å gi ferdigattest enn til å unnlate å forfølge overtredelser.⁷

Uttalelsen trekker klart i retning av at kommunene ikke er innrømmet et forvaltningsskjønn («kan-skjønn») i spørsmålet om det skal drives ulovlighetsoppfølging, der det ikke er tale om «overtredelser av mindre betydning». En sak som støtter denne forståelsen, er Sivilombudets uttalelse i SOM-2008-1561. Saken gjaldt kommunenes plikt til å forfølge ulovligheter etter 1985-loven. Fylkesmannen hadde i sitt vedtak i klagesaken vist til det gjaldt et opportunitetsprinsipp med hensyn til ulovlighetsoppfølging («er opp til myndighetens skjønn hvorvidt en overtredelse skal ilegges sanksjon etter at det er konstatert at vilkårene er til stede»). Sivilombudet uttalte i saken:

Hovedregelen om at plan- og bygningsmyndighetene har plikt til å gripe inn overfor ulovlige forhold skal sikre at kommunene følger plan- og bygningsloven. Skulle det åpnes for en skjønnsmessig adgang, en tredje mulighet, til å unnlate bruk av sanksjoner utover de tilfeller der overtredelsen er av bagatellmessig betydning, vil det kunne føre til en svekkelse av forvaltningens oppfølging av ulovligheter i tråd med hovedregelen. En slik skjønnsmessig adgang uten et klart lovgrunnlag vil også kunne lede til en tilfeldig praksis i forhold til hvilke ulovligheter kommunene finner grunn til å forfølge.⁸

Med uttalelsene i forarbeidene til gjeldende lov (jf. ovenfor), kan det være liten tvil om at Sivilombudets konklusjonen også står seg i dag.⁹ Dette har, som vi skal komme tilbake til i punkt 3, betydning for når bestemmelsen om forholdsmessighet i pbl. § 32-10 første ledd kan komme til anvendelse.

I tillegg til den begrensede lovfestede adgangen til å unnlate å forfølge ulovligheter, har kommunene innenfor rammene i pbl. § 19-2, anledning til å gi dispensasjon.¹⁰ Skulle vilkårene for å gi dispensasjon i pbl. § 19-2 være oppfylt, og kommunen finner det hensiktsmessig å benytte seg av denne kompetansen,¹¹ vil det i utgangspunktet ulovlige tiltaket «lovliggjøres» gjennom dispensasjonsvedtaket. Det er likevel viktig å understreke at også anledningen til å dispensere, som et ledd i ulovlighetsoppfølgingen, normalt vil

⁷ Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 173.

⁸ SOM-2008-1561.

⁹ Se også NOU 2019:5 (Ny forvaltningslov) s. 172 hvor pbl. § 32-1 vises til som et eksempel på en lovbestemmelse hvor forvaltningen må treffe tiltak – og dermed ta opp en sak – hvis den blir kjent med bestemte forhold som angår lovens formål.

¹⁰ Det er praksis i forvaltningen for å gi anledning til å søke om dispensasjon i forbindelse med ulovlighetsoppfølging.

¹¹ Etter pbl. § 19-2 har ingen *rettskrav* på dispensasjon når det lovbestemte vilkårene er oppfylt. Er vilkårene for å gi dispensasjon oppfylt, er kommunene innrømmet et kan-skjønn i spørsmålet om kompetansen skal brukes, eller ikke.

være meget begrenset i strandsonen innenfor de rettslige rammene pbl. § 19-2 andre ledd oppstiller. Som det heter i lovens forarbeider skal det «svært mye til før dispensasjon kan gis til bygging her, spesielt i områder med stor utbyggingspress».¹²

Det er også viktig å understreke at en dispensasjon som gis etter at ulovlighetsoppfølging er innledet, vil ha ulike virkninger for forfølgningen av ulovligheter. Innvilges det dispensasjon for tiltaket i ettertid, vil naturlig nok grunnlaget for et pålegg om retting falle bort. En står da ikke lengre overfor en ulovlig tilstand. Når det gjelder pønale reaksjoner som straff, er imidlertid situasjonen en annen. En dispensasjon som lovliggjør tiltaket i ettertid er ikke til hinder for strafferettslig forfølgning. I en straffesak vil en senere innvilget dispensasjon være uten betydning for domstolenes adgang til å ilegge straff og for selve straffutmålingen. Høyesterett sier om dette i HR-2020-1353-A:

Forsvareren har gjort gjeldende at det i formildende retning må tas hensyn til at kjelleren i ettertid er godkjent av kommunen. Det anføres at forholdet må anses som en formalovertredelse uten skadefølge. Dette er jeg ikke enig i. Jeg viser til Rt-2011-10 avsnitt 15, hvor det uttales at det «ved straffutmålingen ikke [kan] legges vekt på den etterfølgende godkjenningen».¹³

Det at en etterfølgende dispensasjon har ulik betydning for henholdsvis adgangen til å kreve retting og adgangen til å straffeforfølge, gjenspeiler at et pålegg om retting og straff har forskjellige formål. Formålet med retting er å gjenopprette den lovlige tilstanden, mens formålet med straff og andre pønale sanksjoner er å påføre overtrederen et «onde» for den ulovlige handlingen/tiltaket, som også skal virke preventivt.

Et annet sentralt spørsmål er hva som ligger i kommunens plikt til å forfølge ulovligheter etter pbl. § 32-1 første ledd. Kommunens plikt til å «forfølge» ulovligheter kan etter vårt syn betegnes som en plikt til å reagere. Verken ordlyden eller forarbeidene gir klare føringer for *hvordan* kommunen skal forfølge ulovlige forhold i den enkelte sak. Etter vårt syn vil eksempelvis kommunens plikt kunne være oppfylt dersom et alvorlig forhold politianmeldes. At det i plikten til ulovlighetsoppfølging, ligger en plikt for kommunene til å sikre at den *lovlige tilstanden gjenoprettes*, er det ingen holdepunkter for i rettskildene. Plikten til å drive ulovlighetsoppfølging innebærer dermed etter vårt syn ikke en plikt for kommunene til å pålegge retting. Dette vil vi komme nærmere inn på nedenfor hvor vi stiller spørsmål om kommunene er innrømmet et forvaltningsskjønn med hensyn til hvilken (eller hvilke) reaksjoner som skal anvendes mot et ulovlig forhold.

Vi vil også bemerke at plan- og bygningsloven ikke har foreldelsesfrister for å forfølge ulovligheter. I forarbeidene er dette begrunnet med at «fysiske tiltak – for eksempel et bygg i strid med plan kan virke skadelig på omgivelsene» og at det kan ta lang tid før bygningsmyndighetene oppdager de ulovlige forholdene.¹⁴

¹² Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 243.

¹³ Se dommens avsnitt 61.

¹⁴ Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 173.

2.2 Plan- og bygningslovens reaksjons- og sanksjonshjemler

2.2.1 Innledning

Plan- og bygningsloven kap. 32 gir forvaltningen og påtalemyndigheten en rekke hjemler til å forfølge og sanksjonere ulovligheter. Grovt sett kan vi trekke et skille mellom administrative reaksjoner/sanksjoner og strafferettslige sanksjoner, (formell straff jf. pbl. § 32-9). Mens strafferettslige sanksjoner ilegges av domstolene ved dom etter påtale, fastsettes administrative reaksjoner og sanksjoner av plan- og bygningsmyndighetene ved enkeltvedtak. Plan- og bygningslovens hjemler for å forfølge ulovlige forhold er i all hovedsak følgende:

- Pålegg om stans og retting etter pbl. § 32-3
- Vedtak om tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av gitte pålegg innen de fastsatte frister etter pbl. § 32-5
- Forelegg om plikt til å etterkomme gitte pålegg etter pbl. § 32-6
- Overtredelsesgebyr ved overtredelse av nærmere angitte bestemmelser i lov, forskrift eller enkeltvedtak etter pbl. §§ 32-8 og 32-8a
- Straff (bot eller fengsel) ved vesentlige overtredelser av nærmere angitte bestemmelser i lov, forskrift eller enkeltvedtak etter pbl. § 32-9

Før vi går nærmere inn på de ulike bestemmelsene, vil vi først i pkt. 2.2.2 og 2.2.3 ta for oss noen felles spørsmål knyttet til plan- og bygningsmyndighetens (kommunenes) hjemler for å reagere mot ulovlige forhold.

2.2.2 Administrative reaksjoner og forholdet til EMK og forvaltningsloven

Når det gjelder administrative reaksjoner som kan ilegges av plan- og bygningsmyndighetene, må det skilles mellom sanksjoner som har et pønalt formål og som anses som straff etter den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), og øvrige reaksjoner. Spørsmålet om et forhold er å anse som straff etter EMK, avgjøres på bakgrunn av kriteriene fastsatt av Den Europeiske menneskerettsdomstol (EMD).¹⁵

Etter menneskerettsloven § 2 gjelder EMK som norsk lov. Virkningen av at en administrativ sanksjon anses som straff etter EMK, er at de rettssikkerhetsgarantier konvensjonen og tilleggsprotokollene knesetter for straffesaker kommer til anvendelse. Dette gjelder i første rekke forbudet mot dobbeltstraff i EMK, tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 og uskyldspresumpsjoen i EMK, artikkel 6 og 7.

I straffesaker stiller EMK også krav til domstolens prøvingskompetanse. For forvaltningssaksjoner som kvalifiserer som straff, følger det av EMDs praksis at domstolene må ha full prøvingskompetanse. I det ligger det at domstolen også må kunne prøve forvaltningens avveininger under «kan-skjønnet» (forholdsmessigheten av avgjørelsen).¹⁶

¹⁵ Se særlig EMDs dom av 8. juni 1976 i saken Engel mfl. mot Nederland og EMDs storkammeravgjørelse 28. juni 2018 i saken G.I.E.M S.R.Log andre mot Italia

¹⁶ Se Jens E. Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», *Jussens venner*, 2014 s. 297–339 på s. 310 og Olav Haugen Moen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, 2019 s. 419 med videre henvisninger til EMDs praksis.

På plan- og bygningsrettens område kan vi særlig merke oss hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr i pbl. §§ 32-8 og 32-8a, som etter EMK anses som straff.¹⁷

For administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK, gjelder i utgangpunktet forvaltningsloven kap. IX om «administrative sanksjoner». Forvaltningsloven kap. IX ble tilføyd i 2016. Av forarbeidene fremgår det at hovedformålet med å tilføye et eget kapittel om administrative sanksjoner i forvaltningsloven var å legge til rette for mer enhetlig behandling av slike saker innenfor betryggende rettslige rammer, og med oppfyllelse av de krav til rettssikkerhet som følger av blant av EMK.¹⁸ Vedtakelsen av forvaltningsloven kap. IX bidro også til en oppklaring og opprydding av begrepet «administrativ sanksjon». I forvaltningsloven § 43 andre ledd er administrative sanksjoner definert på følgende måte:

[En] negativ reaksjon som kan ilegges av et forvaltningsorgan, som retter seg mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som regnes som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjon.

Reaksjoner som ikke er omfattet av straffebegrepet i EMK faller utenfor sanksjonsbegrepet i fvl. § 43, og omtales i de spesielle merknadene til fvl. § 43 som «andre forvaltningstiltak».¹⁹ Som «andre forvaltningstiltak» regnes blant annet pålegg om retting og tvangsmulkt. Forvaltningslovens skille mellom henholdsvis «administrative sanksjoner» og «andre forvaltningsvedtak» bygger langt på vei på begrepsbruken i NOU 2003:15 hvor «sanksjonsbegrepet» også ble forbeholdt reaksjoner med et tilbakeskuende og pønalt formål, eller som utvalget selv uttrykker det:

*Det karakteristiske for en sanksjon er at den er tilbakeskuende. Den utløses av en overtredelse, og formålet er å påføre gjerningspersonen eller foretaket et onde som en reaksjon mot overtredelsen.*²⁰

For reaksjoner som omfattes av forvaltningslovens definisjon av «administrative sanksjoner», gir i dag forvaltningsloven kap. IX enkelte felles regler om saksbehandlingen, samt særregler for enkelte sanksjonstyper som overtredelsesgebyr og administrativt rettighetstap. I likhet med forvaltningslovens øvrige regler, er utgangspunktet at bestemmelsene i forvaltningsloven kap. IX får anvendelse «når ikke noe annet er bestemt i eller i medhold av særlovene», jf. fvl. § 1. Reguleringen av administrative sanksjoner i særlovgivningen må imidlertid, uavhengig av forholdet til forvaltningslovens regler, alltid ivareta de kravene som blant annet følger av EMK.

Forvaltningsloven § 50 regulerer domstolens kompetanse til å prøve vedtak om administrative sanksjoner. Utgangspunktet etter fvl. § 50 er at domstolene kan «prøve alle sider av saken». I dette ligger at domstolene, i tillegg til å prøve de materielle

¹⁷ Rettighetstap regnes ikke uten videre straff etter EMK, og reiser egne problemstillinger som vi ikke behandler nærmere i denne utredningen. Det er likevel viktig å minne om at pbl. § 22-2 gir hjemmel for å trekke tilbake sentral godkjenning for ansvarsrett.

¹⁸ Prop.62 L (2015–2016) s. 7. Vi tar ikke her stilling til om forvaltningslovens bestemmelser fullt ut ivaretar de krav som EMK stiller.

¹⁹ Prop.62 L (2015–2016) s. 22 flg.

²⁰ NOU 2003: 15 s. 139. I motsetning til fvl. § 43 knyttet ikke utvalget definisjonen av «sanksjon» direkte opp mot straffebegrepet i EMK.

vilkårene for ileggelse av sanksjonen og utmålingen av sanksjonen, også kan prøve den skjønnsmessige vurderingen av om en sanksjon bør ilegges dersom vilkårene er oppfylt («kan»-skjønnnet).²¹ Bestemmelsen må ses i sammenheng med de krav som EMK stiller til domstolskontroll i saker som anses som straff (jf. ovenfor).

Utenfor områder som er regulert av EMK og EØS-avtalen, viser Høyesterettspraksis at domstolenes prøvelse av «kan-skjønnnet», i mangel av holdepunkter for noe annet i «nasjonale rettskilder», ofte vil begrense seg til de alminnelige skjønnsskrankene, også omtalt som myndighetsmisbrukslæren. Etter læren om myndighetsmisbruk kan ikke forvaltningen vektlegge utenforliggende hensyn, drive med usaklig forskjellsbehandling, utøve et vilkårlig skjønn, eller fatte grovt urimelige vedtak. Domstolene kan alltid prøve om utøvelsen av forvaltningsskjønnnet holder seg innenfor disse rammene.

Forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og bestemmelsen om forholdsmessighet i pbl. § 32-10 første ledd, er et sentralt spørsmål som vi vil komme tilbake til senere i punkt 3.

Som gjennomgangen ovenfor viser, gjør forholdet til EMK og forvaltningsloven kap. IX det nødvendig å trekke et klart skille mellom sanksjoner som anses som straff etter EMK og øvrige reaksjoner på et ulovlig forhold. Om en står overfor det ene eller det andre har blant annet betydning for hvilke materielle vilkår som må være oppfylt for at det foreligger kompetanse, og for domstolens prøvelsesadgang når det gjelder utøvelsen av forvaltningsskjønnnet.

2.2.3 Er kommunen innrømmet er skjønn ved valg av reaksjoner/sanksjoner?

Som vi har sett ovenfor, kan kommunene med utgangspunkt i plikten til å forfølge ulovligheter ikke unnlate å forfølge et lovbrudd uten å definere det ulovlige forholdet som et «forhold av mindre betydning» etter pbl. § 32-1 andre ledd. Noen mulighet til å unnlate å forfølge ulovlige forhold utfra et hensiktsmessighetsskjønn (kan-skjønn), er det som nevnt etter vårt syn ikke rom for på plan- og bygningsrettens område.

Et annet spørsmål er om kommunene er innrømmet et tilsvarende hensiktsmessighetsskjønn i spørsmålet om *hvordan* det skal reageres på et ulovlig forhold. Det er viktig å understreke at kommunenes kompetanse til å reagere, enten det er tale om pålegg om retting eller overtredelsesgebyr, naturligvis alltid er betinget av at de *lovbestemte vilkårene* er oppfylt. For å ilegge overtredelsesgebyr er det et lovbestemt vilkår om skyld (forsett eller uaktsomhet). Ved pålegg om retting er det på den annen side ikke oppstilt vilkår i selve lovhjemmelen, utover at det forutsettes at det påvist et ulovlig forhold.

Spørsmålet vi her stiller er om lovgiver har tatt valget for kommunene med hensyn til hvordan det skal reageres på et lovbrudd, når vilkårene først er oppfylt. Dette har nær sammenheng med spørsmålet om hva som ligger i kommunens plikt til ulovlighetsoppfølging. Som vi har konkludert med ovenfor, mener vi at det i plikten til å «forfølge ulovligheter» i pbl. § 32-1, ligger en plikt til å reagere, men at lovgiver ikke har tatt valget for kommunen med hensyn til hvordan det skal reageres i den enkelte sak.

²¹ Prop.62 L (2015–2016) s. 204.

Samtlige reaksjons- og sanksjonsbestemmelser i pbl. kap. 32, er etter ordlyden «kan-bestemmelser». Ordlyden i bestemmelsene trekker dermed i retning av at plan- og bygningsmyndighetene er innrømmet et hensiktsmessighetsskjønn i spørsmålet om kompetansen skal benyttes, eller ikke, når de lovbestemte vilkårene ellers er oppfylt. Vi kan ikke se at andre rettskilder gir grunnlag for en annen tolkning enn den ordlyden isolert sett tilsier. Etter vårt syn tilsier rettskildene at spørsmålet om *hvordan* det skal reageres mot et ulovligforhold, f.eks. om det skal reageres med pålegg om retting (kombinert med et vedtak om tvangsmulkt), et overtredelsesgebyr alene, evt. anmelde forholdet til politiet, i utgangspunktet er overlatt til kommunens skjønn. Plan- og bygningsloven kap. 32 gir på denne måte et sett av reaksjonsformer (administrative og strafferettslige) som i utgangspunktet gjør det mulig å velge en reaksjon som er tilpasset den aktuelle overtredelse, og innenfor enkelte reaksjonsformer å nyansere reaksjonsfastsettelsen (f.eks. ved fastsettelsen av tvangsmulkens eller overtredelsesgebyrets størrelse).

Selv om plan- og bygningsloven i utgangspunktet inneholder flere virkemidler for å forfølge ulovlige forhold, er det likevel viktig å påpeke at kommunenes handlingsrom med hensyn til valg av reaksjon ofte vil være begrenset. Av kommunenes virkemidler, er det egentlig bare pålegg om retting og stans, samt overtredelsesgebyr som står på egne ben. Vedtak om tvangsmulkt og forelegg er virkemidler for henholdsvis å sikre gjennomføring av gitte pålegg og for gi pålegg tvangskraft. I tilfeller det ikke kan påvises skyld, som ilegging av overtredelsesgebyr er betinget av, vil pålegg om retting eller stans ofte være de eneste tilgjengelige *selvstendige* virkemidlene som kommunene kan benytte seg av i ulovlighetsoppfølgingen.

Med utgangspunkt i de hensynene som ulovlighetsoppfølging har til formål å ivareta, mener vi også at det er nærliggende å omtale pålegg om retting som en slags *hovedregel* i plan- og bygningslovens system for ulovlighetsoppfølging. Hjemmelen til å gi pålegg om retting er, slik vi ser det, nært forbundet med hensynene bak kommunens plikt til å forfølge ulovligheter. Hensynene bak plikten til å drive ulovlighetsoppfølging og forholdet til retting, er godt oppsummert av Carl August Fleischer. Han skriver:

Den riktige reaksjon overfor en som bygger ulovlig uten å søke om tillatelse er utvilsomt følgende: den tidligere og lovlige tilstand må gjenopprettes – eventuelt ved rivning av det ulovlig oppførte. Sørger man ikke for dette, skader man respekten for regelverket.²²

Også Høyesterett har i avgjørelser som gjelder prøving av pålegg om retting, uttalt at tilbakeføring til lovlig tilstand normalt er eneste effektive reaksjon. I Rt. 1979 s. 219 uttaler Høyesterett:

Reglene om forbud mot hyttebygging vil vanskelig kunne håndheves effektivt hvis man i tilfelle som dette skulle nøye seg med å ilegge en bot uten å kreve det ulovlige fjernet. Både hensynet til respekten for bygningsmyndighetenes avgjørelser og hensynet til det store flertall som bøyer seg for gjeldende regler, gjør derfor at rivningspålegget bør opprettholdes [...]

²² Carl August Fleischer, *Plan- og bygningsretten*, 1992 s. 423.

Betraktningene som Høyesterett her kommer med, må etter vårt syn tillegges vekt ved kommunes valg av reaksjon på ulovlige forhold. Særlig viktig er det å merke seg Høyesteretts generelle syn på hvorvidt bøtestraff (eller overtredelsesgebyr) alene er en effektiv reaksjon på plan- og bygningsrettens område.

Som vi skal se av gjennomgangen nedenfor er det også viktig å understreke at de rettslige rammene for utøvelse av hensiktsmessighetsskjønnet, i lys av ordlyden i de ulike bestemmelsene, uttalelser i forarbeidene og hensynene bak bestemmelsene, er forskjellige.

2.2.4 En oversikt over reaksjonshjemlene i plan- og bygningsloven kap. 32.

I det følgende vil vi gi en kort oversikt over plan- og bygningslovens hjemler for administrative reaksjoner, sanksjoner og straff.

1. Pålegg om retting og stans

Plan- og bygningsloven § 32-3 gir hjemmel til å gi pålegg om retting av ulovlig utført arbeid og pålegg om stans i arbeider som vurderes å være ulovlige. Formålet med pålegg om retting og stans er å sikre at lovens bestemmer etterleves ved at ulovligheter opphører og ved at den lovlige tilstanden gjenopprettes. Det er klart at pålegg om retting og stans ikke er straff i verken Grunnlovens eller EMKs forstand.

Et pålegg om retting og stans etter pbl. § 32-3 har i seg selv ingen tvangskraft. For at et pålegg om retting og stans skal få tvangskraft må det følges opp med et forelegg etter pbl. § 32-6. Et annet virkemiddel for å sikre at pålegg om retting og stans faktisk gjennomføres, er å treffe vedtak om at det løper tvangsmulkt fra det tidspunkt fristen for å rette det ulovlige forhold løper ut, jf. pbl. § 32-5. Dette gir den pålegget retter seg mot, et økonomisk insentiv til å etterkomme pålegget innen fristen.

Kommunens kompetanse til å gi pålegg om retting og stans, er ikke betinget av skyld hos den eller de som har utført et ulovlig tiltak. Plan- og bygningsloven § 32-3 gir ingen anvisning på hvilke momenter som bør eller skal tillegges vekt når forvaltningen skal ta stilling om pålegg om retting og stans skal gis eller ikke. Bestemmelsen gir heller ikke anvisning på noen terskel for å bruke slike pålegg. Snarere tilsier de systembetraktninger som også Høyesterett har trukket frem, at det eventuelt gjelder en terskel for *ikke* å bruke pålegg om retting.

2. Tvangsmulkt

Plan- og bygningsloven § 32-5 gir plan- og bygningsmyndighetene hjemmel til å fastsette tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av gitte pålegg innen en særskilt frist. Vedtak om tvangsmulkt etter plan- og bygningsloven er ikke ment som en pønalt reaksjon, men et virkemiddel for å få sikre gjennomføring av et pålegg, typisk et pålegg om å rette et ulovlig forhold etter pbl. § 32-3. Et vedtak om tvangsmulkt er i realiteten en form for «trussel» om en økonomisk reaksjon som først aktualiseres dersom et pålegg om retting eller stans, ikke etterkommes innen den fastsatte fristen. Sagt med andre ord er dette en reaksjon som den vedtaket retter seg mot i prinsippet kan unngå.

Den sterke koblingen mot pålegg om retting eller stans gjør at det ikke er naturlig å definere tvangsmulkt, som skal sikre at slike pålegg gjennomføres, som straff i

Grunnlovens og EMKs forstand. Det samme standpunkt er inntatt av Jens Edvin Skoghøy.²³ Adgangen til å gi pålegg om å ilegge tvangsmulkt er ikke betinget av subjektiv skyld. Det er tilstrekkelig at det objektivt sett foreligger et ulovlig forhold eller en ulovlig bruk.

3. Forelegg om plikt til å etterkomme pålegg eller forbud

Plan- og bygningsloven § 32-6 gir kommunen hjemmel til å ilegge forelegg ved manglende oppfyllelse av pålegg om retting og stans. I forarbeidene sies det:

Utferdigelse av forelegg etter § 32-6 brukes vanligvis i spesielle tilfeller, hvor det for eksempel er grunn til å tro at tvangsmulkt ikke vil ha effekt. Dette kan være fordi kommunen trenger et rettsgrunnlag for å utføre et arbeid uten tiltakshavers medvirkning, for eksempel fordi et tiltak forurensrer drikkevann.²⁴

Uttalelsene i forarbeidene kan tyde på at departementet har lagt til grunn at hjemmelen til å ilegge forelegg først og fremst skal være forbeholdt situasjoner hvor kommunen etter en konkret vurdering legger til grunn at tvangsmulkt «ikke vil ha effekt». Disse signalene må kommunene legge vekt på ved valg av reaksjoner. Uttalelsene kan leses som at departementet mener det ligger en terskel i loven for bruk av forelegg. Kommunen bør derfor i vedtaket vise til at det er gjort en vurdering av effekten av andre virkemidler, når forelegg velges som reaksjonsform.

Det er åpenbart at forelegg ikke er straff i Grunnlovens eller EMKs forstand.

4. Overtredelsesgebyr

Ved vedtakelsen av gjeldende lov ble det tilføyd en hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr i pbl. § 32-8. I spesialmerknadene i forarbeidene til bestemmelsen sies det:

Bestemmelsen om overtredelsesgebyr er ny, og gir plan- og bygningsmyndighetene adgang til selv å sanksjonere overtredelser av plan- og bygningslovgivningen. Med «overtredelsesgebyr» menes et pønalt motivert gebyr. Med overtredelser omfattes også unnlater. Overtredelsesgebyr anses ikke som straff i Grunnlovens forstand.²⁵

Selv om forarbeidene legger til grunn at overtredelsesgebyr ikke er straff i Grunnlovens forstand, er det ingen tvil om at overtredelsesgebyr er å anse som straff etter EMK art. 6. Overtredelsesgebyr har et pønalt formål og har flere likhetstrekk med bøtestraff. En forutsetning for å ilegge overtredelsesgebyr er at en handlingsnorm er overtrådt forsettlig eller uaktsomt (at det er utvist skyld). Først når skyldkravet er oppfylt, kan kommunen vurdere bruk av overtredelsesgebyr.

²³ Se også Skoghøy (2014) s. 297–339. Selv om tvangsmulkt generelt ikke anse som straff etter EMK, kan det i den enkelte sak være konkrete forhold som gjør at tvangsmulkten likevel får mer preg av å være en pønalt reaksjon. Et eksempel er her Rt. 2015 s. 392 som gjaldt tvangsmulkt etter forurensningsloven § 73, og spørsmålet om fristen for å etterkomme et pålegg om opprydding var satt for kort til at tvangsmulktene virket som et reelt pressmiddel for å gjennomtvinge gjenoppretting. I denne saken kom Høyesterett til at fristens lengde ikke gav tvangsmulkten karakter av en strafferettslig sanksjon.

²⁴ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 355.

²⁵ Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 356.

Ileggelse av overtredelsesgebyr vil være til hinder for senere å ilegge en strafferettslig reaksjon for samme forhold (forbudet mot dobbeltstraff). Forbudet mot dobbeltstraff er på samme måte til hinder for at kommunene legger overtredelsesgebyr dersom den ansvarlige tidligere ved rettskraftig dom eller endelig vedtak er frifunnet eller ilagt strafferettslig reaksjon for samme forhold. Sistnevnte er utslag av forbudet mot dobbeltstraff i EMK, og er lovfestet i plan- og bygningsloven § 32-10 andre ledd.

Ved en lovendring i 2017 fikk plan- og bygningsloven en tilføyelse i pbl. § 32-8a som også gir hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på reglene om konsekvensutredninger.

5. Formell Straff

Plan- og bygningsloven § 32-9 gir hjemmel for å ilegge straff ved brudd på bestemmelser gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven. Et grunnvilkår for å ilegge straff er at den aktuelle overtredelsen vurderes som forsettlig eller grovt uaktsomt. I tillegg krever loven at det er tale om en «vesentlig overtredelse». Vi ser her at terskelen for å ilegge straff er høyere enn terskelen for å ilegge overtredelsesgebyr. Likevel er det en klar sammenheng mellom sanksjonsformene og overtredelsene de er ment å dekke. Plan- og bygningsloven § 32-9 viser nemlig til opplistingen i pbl. § 32-8 når det kommer til hvilke overtredelser det kan ilegges straff for.

Straffebestemmelsen gir selv anvisning på momenter som er av særlig betydning for vurderingen av om man står overfor en vesentlig overtredelse. Bestemmelsen trekker frem «*overtredelsens omfang og virkninger og graden av utvist skyld*». I HR-2020-1353-A uttaler Høyesterett:

Økningen av strafferammene i den nye plan- og bygningsloven er begrunnet i lovens betydning som miljølov, og både strafferammene her og utviklingen i miljølovgivningen generelt viser at lovgiver ser strengt på miljøkriminalitet. Betydningen av å beskytte miljøet gjenspeiles i Grunnloven § 112. Strafferammen på to år i § 32-9 tredje ledd er et klart signal fra lovgiver om at det må reageres strengt på grove overtredelser av loven. Reaksjonsfastsettelsen ved brudd på plan- og bygningsloven må foretas i lys av dette og det generelt strenge synet på miljøkriminalitet, og ved utmålingen må straffens allmennpreventive virkning stå sentralt.

Denne avgjørelsen fra Høyesterett er prinsipiell og retningsgivende, ikke bare for straffesanksjoner, men også administrative reaksjoner og sanksjoner. Dommen understreker behovet for og viktigheten av at lovgivningen følges og at de myndigheter som er satt til å håndheve loven utfører sine plikter.

3. Kravet om at sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten

3.1 Innledning og oversikt over spørsmålene bestemmelsen reiser

I denne delen av utredningen vil vi gå nærmere inn på bestemmelsen i pbl. § 32-10 første ledd første punktum, som slår fast at «sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten».

Det første vi kan merke oss er at bestemmelsen er formulert som en pliktregel, jf. lovens uttrykk «skal». Ordlyden kan tas til inntekt for at plikten er knyttet til *hvordan* sanksjoner skal anvendes i den enkelte sak. Ved ulovlighetsoppfølging er kommunene forpliktet til å sørge for at sanksjoner som pålegges står i rimelig forhold til den ulovligheten som er påvist. Det liten tvil om at bestemmelsen dermed gir anvisning på en forholdsmessighetsvurdering.

Det er i norsk rett mange regler som innholdsmessig bygger på ulike typer av forholdsmessighetsbetraktninger. Regler eller prinsipper som gir anvisning på forholdsmessighetsvurderinger (av noe ulik karakter) finner man blant annet på strafferettens område, innenfor EMK- og EØS-retten, og på enkelte deler av forvaltningsrettens område.²⁶ På forvaltningsrettens område kan også den alminnelige myndighetsmisbrukslæren sies å romme elementer av forholdsmessighetsbetraktninger.

Det sentrale spørsmålet i vår sammenheng er hvilket innholdsmessig krav til forholdsmessighet pbl. § 32-10 første ledd gir anvisning på. Rent språklig sett bestemmelsen anvisning på at to størrelser, henholdsvis «sanksjoner» og «ulovligheter», skal stå i et «rimelig forhold» til hverandre. Hva som ligger «ulovligheter» er temmelig klart, selv om det på plan- og bygningslovens område selvsagt kan være snakk om ulovligheter av nokså forskjellig karakter. Innholdet i den andre størrelsen, «sanksjoner», og dermed spørsmålet om *hva* som skal stå i et rimelig forhold til ulovligheten, er mer uklart. Som vi har sett, har f.eks. et pålegg om retting og et overtredelsesgebyr ulike formål. Mens pålegg om retting har til formål å gjenopprette den lovlige tilstanden, har overtredelsesgebyr et pønalt formål. Ettersom formålet ikke er det samme, er det ikke uten betydning om en med «sanksjon» sikter til det ene eller andre. Det vil etter vårt syn ha betydning for hvilke hensyn som kan tenkes å stå sentralt i en rimelighetsvurdering.

Dette reiser spørsmål om uttrykket «sanksjon» i pbl. 32-10 første ledd omfatter alle hjemler for å reagere mot et ulovlig forhold i pbl. kap. 32, eller om bestemmelsen bare gjelder for pønale reaksjoner (straff og administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK).

Et annet spørsmål knytter seg til bestemmelsens materielle karakter. Utgjør bestemmelsen i pbl. § 32-10, innenfor sitt anvendelsesområde, en materiell kompetansebetingelse (et materielt vilkår), eller er det mer naturlig å anse

²⁶ For oversikt over materielle regler om forholdsmessighet i norsk rett se f.eks. Karl Harald Søvik, «Forholdsmessighetsvurderinger som rettskildeprinsipp», s. 570 flg. i Høgberg og Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, 2019.

bestemmelsen som en pliktregel som setter grenser for utøvelsen av hensiktsmessighetsskjønnet, etter mønster fra myndighetsmisbrukslæren.

Et tredje spørsmål knytter seg til henholdsvis klageorganets og domstolenes adgang til å prøve kommunenes vurdering av forholdsmessighet med utgangspunkt i pbl. § 32-10 første ledd. De rettslige rammene for domstolskontroll av forvaltningsvedtak og prøving av vedtak ved klage, er som kjent forskjellige. Mens det ved domstolskontroll ofte er av avgjørende betydning å trekke grensen mellom rettsanvendelse og forvaltningsskjønn, kan klageorganet prøve alle sider av saken.²⁷

For å besvare disse spørsmålene er det nødvendig å gå nærmere inn på bestemmelsens forhistorie, slik at lovgivers intensjon klargjøres. Bestemmelsen i pbl. § 32-10 første ledd er i all hovedsak ment å videreføre 1985-loven § 116b.²⁸ Av den grunn er det sentralt å klarlegge innholdet i 1985-loven § 116b, og ikke minst hvilke eventuelle avklaringer eller signaler som ble gjort da lovgiver valgte å videreføre hovedinnholdet i bestemmelsen ved vedtakelsen av gjeldende lov. På bakgrunn av denne gjennomgangen vil vi gi vår vurdering av spørsmålene skissert ovenfor.

3.2 En gjennomgang av lovhistorikken til pbl. § 32-10 første ledd

3.2.1 1985-loven § 116b

Ordlyden i 1985-loven § 116b var tilnærmet identisk med någjeldende § 32-10 første ledd, med det unntak at § 116b i tillegg inneholdt en bestemmelse (i tredje setning) om at det «ved utferdigelsen av sanksjoner skal det særlig tas hensyn til graden av eventuell uaktsomhet samt grovheten og mulige fordeler av overtredelsen».

Bestemmelsen i § 116b i 1985-loven kom inn ved endringslov av 5. mai 1995 nr. 20. Ved samme lovendring ble det innført hjemmel for å ilegge tvangsmulkt i 1985-loven § 116a. I de alminnelige merknadene til endringsloven uttaler departementet følgende om § 116b:

Gjennom rettspraksis har det utviklet seg prinsipper for å anse et vedtak av forvaltningsorgan for ugyldig dersom det foreligger myndighetsmisbruk. Det vil kunne være situasjoner der vedtaket finnes å være vilkårlig eller sterkt urimelig.

Det bør selvsagt unngås at sanksjoner som utferdiges med hjemmel i plan- og bygningsloven får karakter av myndighetsmisbruk. Etter departementets mening er det viktig at de står i et rimelig forhold til den overtredelse som skal rammes. Dette har sammenheng med at vedtakene kan ha alvorlige konsekvenser, med f.eks. pålegg om fjerning av et arbeid, og/eller mulkt, og i at enkelte av vedtakene kan få samme virkning som rettskraftig dom. Departementet vil derfor foreslå at det inntas en generell lovbestemmelse i plan- og bygningsloven om at sanksjoner skal stå i rimelig forhold til den overtredelse de skal ramme. Bestemmelsen er tenkt generell og skal ramme alle de aktuelle sanksjonstyper.²⁹

Vi leser uttalelsen dit hen at bestemmelsen i § 116b hadde til formål å forhindre myndighetsmisbruk, og slik sett var ment å ivareta samme formål som

²⁷ Se fvl. § 34.

²⁸ Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 358.

²⁹ Ot.prp. nr. 39 (1993–1994) s. 179.

myndighetsmisbrukslæren. Så vel ordlyden i § 116 b og uttalelsene i de alminnelige merknadene tyder på at lovgiver med denne bestemmelsen hadde til intensjon å tilføye noe mer enn det som alt følger av myndighetsmisbrukslæren. Som departementet peker på ligger det allerede innbakt i myndighetsmisbrukslæren at forvaltningen ikke kan fatte *sterkt urimelige* vedtak. Dette fremstår som en noe høyere terskel enn at sanksjoner skal stå i «rimelig forhold» til overtredelsen. I de spesielle merknadene uttaler departementet videre:

Innen hver sanksjonstype som plan- og bygningsmyndighetene kan utferdige, vil det være mulighet til å velge hvor strengt man vil aksjonere overfor ulike typer overtredelser. Med denne bestemmelsen ønsker departementet å oppstille en regel som sikrer at sanksjonene 1) står i rimelig forhold til ulovligheten og at de 2) ikke overlapper hverandre slik at samme ulovlighet blir rammet flere ganger på en urimelig måte. Det fremgår direkte av forslaget til lovtekst at plan- og bygningsmyndighetene, som en klar hovedregel, har plikt til å reagere med sanksjoner ved overtredelser av plan- og bygningslovgivningen. Ved vurderingen av hva som vil være passende og/eller rimelige sanksjoner, kan det etter forslaget til lovtekst tas hensyn til graden av eventuell uaktsomhet fra overtrederens side, samt grovheten og mulige fordeler av overtredelsen. I tillegg vil det ved en slik vurdering også kunne legges vekt på bl.a hvor viktig det er at pålegget overholdes, om vedkommende tidligere har unnlatt å etterkomme gitte pålegg, samt hensynet til å skape respekt for lovverket.³⁰ (vår understrekning)

Ut fra uttalelsene i forarbeidene er det klart at bestemmelsen i § 116b ikke var ment å begrense seg til straff eller pønale sanksjoner, snarere tvert imot ettersom straff var regulert i et annet kapittel i 1985-loven. Det fremstår som klart at uttalelsen rettet seg mot plan- og bygningsmyndighetenes generelle hjemler til å forfølge ulovligheter etter 1985-loven (pålegg om retting, tvangsmulkt mm.) Som departementet påpeker i de spesielle merknadene, var plan- og bygningsmyndighetene etter 1985-loven innrømmet et skjønn (valg) i spørsmålet om hvor strengt det skulle reageres for ulike typer av overtredelser. Uttalelsen i forarbeidene trekker i retning av at regelen i § 116b, var ment å sette grenser for utøvelse av forvaltningsskjønnet.

Samtidig synes de spesielle merknadene å forutsette at premisset for bestemmelsen var at kommunene kunne *velge* mellom flere sanksjoner/reaksjonsformer. Departementet tilkjennevir at kommune har en plikt til å reagere med sanksjoner, og at bestemmelsen er ment å sette rammer for vurderingen av hva som vil være «passende og/eller rimelige sanksjoner».

Av reaksjonsmulighetene kommunene hadde etter 1985-loven, og som det vises til av departementet, er det i realiteten bare pålegg om retting og stans som står på egne ben.³¹ Tvangsmulkt var da (som nå) et virkemiddel for å sikre gjennomføring av gitte pålegg, og forelegg et virkemiddel for å gi pålegg tvangskraft. Skulle en komme til at et pålegg om retting ikke var en forholdsmessig reaksjon med utgangspunkt i retningslinjene i § 116b, kunne altså ikke kommunen i stedet velge tvangsmulkt eller et

³⁰ Ot.prp. nr. 39 (1993–1994) s. 209.

³¹ Etter 1985-loven hadde ikke kommunen hjemmel til å ilegge et overtredelsesgebyr som et alternativ til pålegg om retting eller stans. Overtredelsesgebyr forutsetter uansett at det kan påvises skyld, og kan av den grunn være en uaktuell reaksjonsform i enkelte saker.

forelegg. På den andre siden, er det ingen nødvendighet i at et pålegg om retting må følges opp med en trussel om tvangsmulkt eller et forelegg. Tvangsmulkt reiser også spørsmål om fastsettelsen av mulktens størrelse (nyansering av reaksjonsfastsettelsen). For pålegg om retting derimot, vil det nok i mange tilfeller være et spørsmål om retting, eller ikke retting. Det er f.eks. vanskelig å tenke seg delvis retting av et ulovlig bygget naust i strandsonen.

At departementet i alle fall delvis kun hadde tvangsmulkt og forelegg for øye, kommer tydelig frem av siste del av sitatet fra de spesielle merknadene hvor departementet uttaler at det i tillegg til momentene angitt i § 116b tredje setning også «kunne legges vekt på bl.a. hvor viktig det er at pålegget overholdes, om vedkommende tidligere har unnlatt å etterkomme gitte pålegg.» Her refereres det til gitte pålegg, og spørsmålet om pålegg av hensyn til å sikre oppfyllelse, burde følges opp med trussel om tvangsmulkt eller forelegg.

Med dette som utgangspunkt gir forarbeidene etter vårt syn grunnlag for to mulige tolkninger:

1) At § 116b var ment å omfatte alle reaksjonsformer, inkludert pålegg om retting etter 1985-loven § 113. Uttalelsen i de alminnelige merknadene (sitert ovenfor) om at «[b]estemmelsen er tenkt generell og skal ramme alle de aktuelle sanksjonstyper» trekker klart i denne retningen. Det vil i så fall innebære at departementet implisitt også tok høyde for at kommunene i enkelte saker hvor anmeldelse til politiet ikke var aktuelt, ville måtte avstå fra å forfølge ulovligheter ettersom den eneste tilgjengelige reaksjonsformen etter omstendighetene kunne være uforholdsmessig etter § 116b.³² Det er på det rene at et hvert vedtak i prinsippet kan anses som ugyldig etter myndighetsmisbrukslæren, også et pålegg om retting. Forarbeidene tyder imidlertid på at lovgiver med innføringen av § 116b hadde som intensjon å tilføye noe mer enn de begrensinger som allerede ligger innbakt i myndighetsmisbrukslæren. Med det som utgangspunkt, fremstår det for oss som et paradoks at departementet i forarbeidene ikke drøfter bestemmelsen i § 116b i lys av kommunens plikt til å forfølge ulovligheter.

2) At lovgiver ved vedtakelsen av § 116b først og fremst hadde tvangsmulkt og forelegg for øye. Straff (bøter) var den gang regulert i eget og annet kapittel enn 116b. De spesielle merknadene til bestemmelsen kan, som vist ovenfor, gi grunnlag for en slik tilnærming. Selv om de spesielle merknadene gir en viss støtte for en slik tilnærming, er det etter vårt syn vanskelig å komme rundt at det i de alminnelige merknadene forutsettes at bestemmelsen er «tenkt generell og skal ramme alle de aktuelle sanksjonstyper».

Det er lite rettspraksis knyttet til 1985-loven § 116b. I Rt. 2002 s. 209 (Sætre) behandlet Høyesterett domstolens adgang til å prøve de skjønsmessige sidene av et forelegg etter 1985-loven, herunder betydningen av § 116b for dette spørsmålet. Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak om retting etter 1985-loven § 113 (nå pbl. § 32-3) og domstolens kompetanse til å prøve et forelegg etter pbl. § 114 (nå pbl. § 32-6).

³² Ulovlige forhold som omfattes av plan- og bygningslovens straffebed og som forutsetter at det kan påvises skyld, er nok neppe de sakene som normalt setter bestemmelsen om forholdsmessighet på spissen.

Når det gjaldt pålegget om retting etter pbl. § 113 ble det anført at kommunen hadde bygget på feil faktum når det ble lagt til grunn at byggetiltaket var ulovlig. Det er på det rene at domstolen alltid kan prøve om et vedtak bygger på riktig faktum med hensyn til om det foreligger et ulovlig forhold, og det var utelukkende dette spørsmålet Høyesterett tok stilling til når det gjaldt selve pålegget om retting.

For denne utredningens formål, er det Høyesteretts syn på domstolens kompetanse til å prøve det etterfølgende forelegget, som er av interesse. Det er viktig å presisere at denne saken *ikke* gjaldt domstolens adgang til å prøve vedtak om illeggelse av administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK, som f.eks. overtredelsesgebyr. Hjemmel for å illegge overtredelsesgebyr ble for øvrig først innført ved gjeldende lov. For slike sanksjoner vil, som nevnt EMK og fvl. § 50, sette rammer for domstolskontrollen.

Et hovedspørsmål for Høyesterett var lovgivers intensjon med hensyn til domstolens kompetanse til å prøve forelegg etter 1985-loven § 114. Dette må ses på bakgrunn av at tilsvarende bestemmelse i tidligere lovgivning (bygningsloven av 1965) hadde blitt forstått slik at domstolens kompetanse til å prøve forelegg var mer omfattende enn etter alminnelige regler om prøving av gyldigheten av forvaltningsvedtak.³³

I dette spørsmålet delte Høyesterett seg. Mens mindretallet kom til at lovgiver ikke hadde ment å gjøre endringer i domstolens «utvidede kompetanse» til å prøve forelegg, kom Høyesteretts flertall til at det var de alminnelige regler om domstolsprøving som måtte gjelde for forelegg etter 1985-loven § 114:

Dette innebærer etter mitt syn at domstolsprøvingen av forelegg etter plan- og bygningsloven § 114 må bygge på de generelle prinsipper om domstolsprøving av forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser som er utviklet gjennom rettspraksis. Det er som et element i reglene om myndighetsmisbruk utviklet et prinsipp om at domstolene kan kjenne ugyldig vedtak som i sitt innhold er sterkt urimelig. Det skal imidlertid etter rettspraksis svært mye til for at domstolene med en slik begrunnelse kjenner vedtak ugyldig, jf. f.eks. Rt-1951-19 hvor anførselen førte frem, og Rt-1993-587 og Rt-1995-738 hvor den ikke førte frem

Om betydningen § 116b for domstolens adgang til å prøve vedtaket med utgangspunkt i myndighetsmisbrukslæren uttalte Høyesteretts flertall:

Ved vurderingen av om et forelegg er ugyldig på grunnlag av myndighetsmisbruk, vil det kunne tas utgangspunkt i de retningslinjer som § 116b stiller opp. Dette utgangspunktet gjelder både når det er spørsmål om det er tatt ulovlige hensyn ved vedtaket, og når det er spørsmål om vedtaket rammer urimelig hardt. Bestemmelsens understreking av kravet til forholdsmessighet mellom sanksjonen og ulovligheten tilsier at denne betraktningssmåten vil kunne

³³ Se f.eks. Rt. 1979 s. 341 hvor Høyesterett uttalte følgende om bygningsloven av 1965 § 114: «Selv om så er tilfellet, kan dog domstolene oppheve forelegget, og det er etter lovens ord, dens forarbeider og rettspraksis på det rene at retten kan overprøve bygningsmyndighetenes vedtak i enhver henseende. Domstolen kan således prøve også de skjønnsmessige sider ved forvaltningens beslutning, og kan oppheve forelegget med den begrunnelse at det etter omstendighetene er en for streng reaksjon å påby et bygg fjernet»

komme sterkere inn i rimelighetsvurderingen enn den vil gjøre på enkelte andre områder. Bestemmelsen i § 116b springer også ut av læren om myndighetsmisbruk, jf. proposisjonen side 179. Men jeg kan ikke se at bestemmelsen i § 116b innebærer at domstolene har fått kompetanse til fullt ut å overprøve selve forholdsmessigheten eller rimeligheten av forelegget. At domstolene på dette grunnlag skulle ha en slik adgang – som i så fall ville måtte gjelde i forhold til alle sanksjoner etter kapittel XIX – er det ingen holdepunkter for i lovforarbeidene. Der er det tvert imot presisert at domstolsprøvingen skal skje etter vanlige regler. For meg blir derfor problemstillingen om Trondheim kommunes forelegg av 18. august 1999 er ugyldig etter vanlige forvaltningsrettslige regler. (vår understreking)

Som det fremgår avviser flertallet at domstolen hadde kompetanse til fullt ut å prøve kommunens vurdering av forholdsmessigheten etter §116 b. Flertallet legger likevel til grunn at bestemmelsens understreking av kravet til forholdsmessighet mellom sanksjonen og ulovligheten tilsier at slike betraktninger kunne komme sterkere inn ved prøvingen etter myndighetsmisbrukslæren, både i spørsmålet om det er tatt ulovlige hensyn ved vedtaket, og i spørsmål om vedtaket rammer urimelig hardt.

Hans Petter Graver legger til grunn at Rt. 2002 s. 209 er et eksempel på at domstolene avstår fra å prøve forvaltningens vurdering av forholdsmessighet, selv i de tilfeller hvor «forholdsmessighet er et vilkår for å treffe vedtak etter loven og derfor inngår som ledd i tolkingen av kompetansegrunnlaget i det enkelte tilfellet.»³⁴ Vi oppfatter Graver dit hen at han med dette legger til grunn at 1985-loven § 116b måtte anses som en materiell kompetansebetingelse for å kunne ilegge enhver form for reaksjoner etter loven, men hvor Høyesterett utviste tilbakeholdenhet med å prøve forvaltningens subsumpsjon under vilkåret – sagt med andre ord *om det materielle vilkåret er oppfylt eller ikke* i den enkelte sak. Denne formen for skjønn omtales ofte som subsumpsjonsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn med begrenset domstolsprøving.³⁵

Etter vårt syn gir ikke avgjørelsen fra 2002 i seg selv grunnlag for å trekke den slutning at Høyesterett anså § 116b som en materiell kompetansebetingelse for å fatte vedtak om enhver form for reaksjoner på et ulovlig forhold etter 1985-loven. Høyesteretts flertall tar ikke opp dette spørsmålet. Vi kan likevel merke oss at Høyesterett omtaler pbl. § 116b som «retningslinjer» og trekker bestemmelsen inn som et argument for at forholdsmessighet må komme inn med større tyngde i prøvingen av hvorvidt forelegget var ugyldig på grunnlag av myndighetsmisbrukslæren. Myndighetsmisbrukslæren er et regelsett som setter grenser for utøvelsen av forvaltningsskjønnet. Vi kan heller ikke se at Gravers standpunkt har klar støtte i forarbeidene til 1985-loven § 116b.

Oppsummeringsvis er det vår oppfatning av 1985-loven § 116b var en bestemmelse som satte grenser for utøvelsen av forvaltningsskjønnet med hensyn til valg av

³⁴ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., 2019 s. 141.

³⁵ Se f.eks. Marius Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, 2011 s. 84 flg. Fra plan- og bygningsrettens område er det nærliggende å trekke en parallell til den såkalte Trallfa-dommen (Rt. 2007 s. 257) som gjaldt dispensasjonshjemmelen i 1985-loven § 7. Her kom Høyesterett til at vurderingen under begrepet «særlige grunner» som, etter ordlyden i dagjeldende § 7, fremstod som et materielt vilkår for å gi dispensasjon, måtte ses i sammenheng med bestemmelsens kan-skjønn og samlet falt inn under det «frie skjønn».

reaksjon(er) og for reaksjonsfastsettelsen. Dette standpunktet er i tråd med hvordan Sivilombudet tidligere har tolket 1985-lovens § 116b. I den tidligere omtalte saken, SOM-2008-1561, uttalte Sivilombudet følgende om § 116b:

Som jeg tidligere har uttalt i sak inntatt i årsmeldingen for 2003 s. 301, legger § 116 b første ledd føringer på hvordan sanksjoner skal anvendes, men den er ikke i seg selv et hjemmelsgrunnlag for verken å anvende eller å unnlate å anvende sanksjoner. (vår understrekning)

I lys av forarbeidene til § 116b mener vi er grunnlag for å stille spørsmål ved om det var en annen forholdsmessighetsterskel som lå til grunn for pålegg om retting og stans, enn det som gjaldt ved tvangsmulkt og forelegg.

3.2.2 Forarbeidene til gjeldende lovs § 32-10 første ledd

Spørsmålet om videreføring av § 116b ble drøftet av Bygningslovutvalget, i utvalgets andre delutredning (NOU 2005:12). Bygningslovutvalgets forslag var at § 116b ikke skulle videreføres i ny lov. Som begrunnelse uttalte Bygningslovutvalget:

Plan- og bygningsloven § 116b første ledd er etter Bygningslovutvalgets vurdering en bestemmelse uten tilstrekkelig konkret og klart innhold, og med en uklar grense mot de normer som i dag utgjør bakgrunnsretten. Det viser seg at den er mer egnet til å forvirre enn å klargjøre, eksempelvis vil et pålegg om retting kunne bli møtt med påstander om at retting er for tyngende i forhold til det ulovlige tiltak med det mulige resultat at rettingsbestemmelsen blir uthulet. Etter en samlet vurdering av effektivitetshensynet og det vern som allerede følger av de regler som er lagt til grunn for forvaltningens og domstolenes praksis, finner Bygningslovutvalget ikke noe selvstendig behov for bestemmelsen.³⁶

Bygningslovutvalgets begrunnelse for ikke å videreføre § 116b må ses i sammenheng med utvalgets gjennomgang av «bakgrunnsretten», hvor utvalget gir en kort oversikt over innholdet i myndighetsmisbrukslæren og spørsmålet om det gjelder et generelt forholdsmessighetsprinsipp på forvaltningsrettens område. Som også Bygningslovutvalget viser til, har det i forvaltningsretten lenge vært drøftet om forvaltningens skjønnsutøvelse også er begrenset av et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp. Et slikt evt. prinsipp kan tenkes å romme flere elementer, men det er i juridisk teori vanlig å skille mellom egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand (krav om interesseovervekt).³⁷ En slik tredeling har et direkte motstykke i EØS-rettens proporsjonalitetsprinsipp.³⁸ Det er først og fremst forholdsmessighet i snever forstand, i betydning et krav om interesseovervekt, hvor et generelt prinsipp om forholdsmessighet ville hatt en selvstendig betydning ved siden av myndighetsmisbrukslæren som kun rammer «grovt» eller «sterkt» urimelige vedtak.³⁹

Denne utredningen har ikke som mål å tilføre noe til diskusjonen om et det eksisterer et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp, eller ikke. At det på enkelte områder gjelder et

³⁶ NOU 2005: 12 s. 323.

³⁷ Se f.eks. Graver (2019) s. 136 flg.

³⁸ Se Søvig (red.), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015.

³⁹ Se f.eks. Stub (2011) s. 93.

krav til forholdsmessighet, er på det rene. Et slikt krav kan blant annet *følge direkte av rettsgrunnlaget*, eller det kan følge av EMK (eller EØS-retten).⁴⁰ At det innenfor forvaltningsretten derimot gjelder et helt *alminnelig* krav om forholdsmessighet, har Høyesterett avvist.⁴¹

Vi vil likevel peke på at forholdsmessighetsbetraktninger som vi finner på folkerettens område (EMK og EØS), ofte har et annet utgangspunkt enn det som er utgangspunktet for temaet i denne utredningen. Innenfor folkeretten kommer forholdsmessighetsbetraktninger ofte inn i spørsmålet om hva som kan legitimere «inngrep» i konvensjonsrettigheter. Dette er et annet utgangspunkt enn det som er utgangspunktet for pbl. § 32-10 første ledd som forutsetter at det er påvist et ulovlig forhold (et rettstridig forhold). At f.eks. et pålegg om retting av et ulovlig forhold kan oppleves som inngripende, betyr ikke at slikt pålegg uten videre utgjør et «inngrep» i en beskyttet rettighet eller rettsposisjon. Også på andre områder finner man eksempler på at forvaltningen er forpliktet til å foreta en forholdsmessighetsvurdering, i betydningen en interesseavveining, når det snakk om å gjøre inngrep i «etablerte rettsposisjoner». Et illustrerende eksempel er her bestemmelsen om forholdsmessighet i forurensningslovens hjemmel for omgjøring av utslippstillatelser.⁴² Den nevnte tredelingen som det opereres med i juridisk litteratur, passer ikke like godt når det f.eks. er spørsmål om å gi pålegg om å rette et ulovlig forhold. At det evt. skulle gjelde et generelt krav om konkret interesseovervekt for å treffe et vedtak om retting av et ulovlig forhold, vil etter vårt syn stange mot de grunnleggende hensynene som plikten til ulovlighetsoppfølging og kompetansen til å kreve retting, er tuftet på.

Slik vi oppfatter det, synes heller ikke Bygningslovutvalget å legge til grunn at det på dette tidspunktet gjaldt et helt generelt prinsipp om forholdsmessighet på forvaltningsrettens område. Vi oppfatter Bygningslovutvalget dit hen at forslaget om ikke å videreføre § 116 bygde på en betraktning om at hensynet til den som reaksjoner og sanksjoner retter seg mot var tilstrekkelig ivaretatt gjennom det vernet som allerede da fulgte av bakgrunnsretten, og at det av hensyn til effektiv ulovlighetsoppfølging, særlig pålegg retting, ikke var behov for (ytterligere) en bestemmelse som skapte uklarhet med hensyn til kommunens kompetanse.

Ved behandlingen av lovforslaget i departementet oppsummeres Bygningslovutvalgets begrunnelse for ikke å videreføre § 116b på følgende måte:

Utvalget foreslår å fjerne gjeldende lovs bestemmelse om at sanksjoner skal stå i rimelig forhold til overtredelsen. Begrunnelsen er at prinsippene i bestemmelsen uansett gjelder ved pålegg, forelegg, overtredelsesgebyr med videre, og at bestemmelsen kan virke forvirrende ved vurdering av rimelighet i forhold til generelle prinsipper.

Her mener vi departementet tillegger Bygningslovutvalget oppfatninger det ikke er helt dekning for. Det er for eksempel vanskelig å se at utvalgets vurdering av

⁴⁰ For en mer fullstendig oversikt, se f.eks. Graver (2019) s. 137 flg.

⁴¹ Se Rt. 2008 s. 560 og Rt. 2011 s. 304.

⁴² Se forurl. § 18 fjerde ledd. Domstolens adgang til å prøve forvaltningens avveining under denne bestemmelsen er behandlet i Rt. 1995 s. 738 (Norsk Fett- og Limindustri).

bakgrunnsrettens rammer for å gi pålegg om retting er samsvarende med departementets konklusjon om at prinsippene i § 116b uansett gjelder ved pålegg.

Etter vårt syn kan det se ut som denne mulige misforståelsen har forplanter seg i departementets begrunnelse for ikke å sløyfe bestemmelsen i 2008-loven. I proposisjonen legger departementet til grunn at det fortsatt er behov for en bestemmelse om rimelighet i loven. Som begrunnelse for videreføringen uttaler departementet:

Prinsippet er sentralt ved pålegg og ved ileggelse av sanksjoner, og bør synliggjøres for så vel tiltakshaversiden som kommunen. Bestemmelsen skal imidlertid verken utvide eller innskrenke den alminnelige plikten som gjelder ved pålegg, forelegg, overtredelsesgebyr og liknende, eller domstolenes rett til å prøve dette.⁴³

Uttalelsen i proposisjonen gir etter vårt syn grunnlag for å hevde at departementet hadde som intensjon å avklare det Bygningslovutvalget pekte på som en av utfordringene med § 116b i 1985-loven, nemlig den uklare grensen mot de normer som utgjør «bakgrunnsretten». Som departementet uttaler, er ikke bestemmelsen i § 32-10 første ledd ment verken å «utvide eller innskrenke den alminnelige plikten som gjelder ved pålegg, forelegg, overtredelsesgebyr mv, eller domstolens rett til å prøve dette. Departementet synes med dette å legge til grunn at bestemmelsen ikke er ment som annet enn en kodifisering av *en alminnelig plikt* som på dette tidspunktet, allerede fulgte av bakgrunnsretten. Hva departementet egentlig sikter til med «den alminnelige plikten», er imidlertid etter vårt syn høyst uklart, særlig med tanke på at departementet i fortsettelsen viser til reaksjoner av nokså forskjellig karakter uten å nyansere mellom f.eks. «pålegg», «forelegg» og «overtredelsesgebyr», hvorav sistnevnte er å anse som straff etter EMK.

En mulig tolkning er at departementet med «den alminnelige plikten» *utelukkende* sikter til læren om myndighetsmisbruk, og at bestemmelsen ikke er ment å fange opp annet enn det som ligger innbakt i myndighetsmisbrukslæren. En innvending mot en slik forståelse er at ordlyden i pbl. § 32-10 første ledd etter vårt syn ikke treffer helt med allmenne oppfatninger om hva som ligger i myndighetsmisbrukslæren. Etter myndighetsmisbrukslæren kan som nevnt ikke forvaltningen fatte *grovt urimelige* vedtak. Som nevnt fremstår dette som en noe høyere terskel enn den ordlyden i pbl. § 32-10 første ledd isolert sett gir anvisning på.

En annen tolkning, som kanskje er mer nærliggende, er at departementet forutsetter at det gjelder et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp som, helt uavhengig av § 32-10 første ledd, setter grenser for kommunens adgang til også å kreve retting. Et slikt standpunkt kan det i så fall stilles spørsmål ved om har rettskildemessig grunnlag.

Det er viktig å påpeke at bestemmelsen i 1985-loven § 116b tredje setning om at «det skal tas særlig hensyn til graden av eventuell uaktsomhet, grovheten av forholdet og mulige fordeler av overtredelsen» ikke ble videreført i pbl. § 32-10. Bakgrunnen for sløyfingen av denne bestemmelsen er ikke eksplisitt kommentert i proposisjonen.

⁴³ Ot.prp. nr.45 (2007–2008) s. 181.

Sløyfingen kan kanskje ses i sammenheng med departementets uttalelser om at § 32-10 første ledd ikke er ment å tilføye noe mer enn det som alt da fulgte av «bakgrunnsretten».

I og med at de pliktige hensynene som fulgte av tredje setning i § 116b ikke ble videreført, kan en ikke legge til grunn at disse momentene fortsatt *må* stå sentralt i vurderingen av forholdsmessighet etter gjeldende § 32-10 første ledd.

3.2.3 Oppsummering

Oppsummeringsvis gir ordlyden i pbl. § 32-10 første ledd første punktum støtte for at en her står overfor nettopp en *lovfesting* av et forholdsmessighetsprinsipp. Forarbeidene synes derimot å forutsette at et slik prinsipp uansett gjelder etter bakgrunnsretten, uavhengig av hvilken reaksjonsform det er tale om. Selv om lovgiverviljen på dette punktet er noe uklar, fremstår det etter vårt syn som klart at departementet, ved videreføringen av prinsippene i 1985-loven § 116b, hadde til intensjon om å *nedtone* den selvstendige betydningen av bestemmelsen i § 32-10 første ledd.

Med dette utgangspunktet vil vi i fortsettelsen gi vår vurdering av spørsmålene skissert innledningsvis i punkt 3.1.

3.3 Gjelder § 32-10 første ledd, første punktum bare for straff og administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK?

Som redegjort for i punkt 2 er det i dag, særlig etter vedtakelsen av forvaltningsloven kap. IX og begrepsavklaringen som ble gjort i den forbindelse, lite naturlig å la alle reaksjoner på et ulovlig forhold være omfattet av uttrykket «sanksjon». Fastleggelsen av innholdet i uttrykket «sanksjon» i pbl. § 32-10 første ledd må imidlertid gjøres på grunnlag av rettskildene på plan- og bygningsrettens område.

Vi er kjent med at det i enkelte sammenhenger har blitt hevdet at pbl. § 32-10 første ledd ikke er relevant for pålegg om retting, men kun gjelder for straff og administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK.⁴⁴ Det er på det rene at andre ledd i pbl. § 32-10 kun regulerer overtredelsesgebyr og forbudet mot dobbeltstraff på plan- og bygningslovens område. Andre ledd i pbl. § 32-10 er, sammen med hjemmelen til å illegge overtredelsesgebyr i pbl. § 32-8, ny med gjeldende lov.

Første ledd i pbl. § 32-10 er som sagt ment å videreføre hovedprinsippene i 1985-loven § 116b. Som vi har sett ovenfor, er det utfra forarbeidene klart at 1985-loven § 116b ikke begrenset seg til straff eller pønale forvaltningssanksjoner.

Heller ikke forarbeidene til gjeldende lov gir holdepunkter for at lovgiver, i forbindelsen med videreføringen, hadde til intensjon å *begrense* bestemmelsens anvendelsesområde. Både i de alminnelige og de spesielle merknadene til pbl. § 32-10 første ledd uttales det som nevnt helt generelt at prinsippene står sentralt både ved «pålegg, forlegg, overtredelsesgebyr» mm., uten at det foretas noen distinksjon med hensyn til reaksjonens art. Som vi har sett ovenfor, er det grunn til å stille spørsmål ved om

⁴⁴ Slik oppfatter vi blant annet Statsforvalteren i Oslo og Vikens klagevedtak av 30. juni 2022 (2022/17095).

departementet i proposisjonen går for langt med hensyn til hvilke alminnelige plikter som uansett fulgte av bakgrunnsretten.

Intensjonen om å videreføre prinsippene 1985-loven § 116b fremstår likevel som forholdsvis klar. Også andre steder i proposisjonen finner en eksempler på at både pålegg om retting og tvangsmulkt omtales som en «sanksjon».⁴⁵ Forarbeidene til så vel 1985-loven og til gjeldende lov bærer etter vårt syn gjennomgående preg av et lite bevisst forhold til sanksjonsbegrepet.

Samlet sett tilsier rettskildene etter vårt syn at pbl. § 32-10 første ledd i *utgangspunktet* gjelder for alle reaksjoner/sanksjoner etter kap. 32.⁴⁶

3.4 Materiell kompetansebetingelse eller pliktregel som setter grenser for utøvelsen av forvaltningsskjønnet?

Ut fra forarbeidene både til § 1985-loven § 116b og til gjeldende lov, er det etter vårt syn mest nærliggende å anse bestemmelsene i pbl. § 32-10 første ledd er en regel som setter grenser for utøvelsen av kan-skjønnet ved illeggelse av reaksjoner/sanksjoner etter plan- og bygningsloven. I dette ligger det at kommunen ved utøvelsen av forvaltningsskjønnet, alltid må *vurdere og ta stilling til om den reaksjonen eller sanksjonen som velges står i et rimelig forhold til overtredelsen*.

Som vi har sett ovenfor i punkt 2 mener vi at kommunen som den klare hovedregel har en plikt til å forfølge ulovligheter. Kommunen er ikke innrømmet et forvaltningsskjønn i spørsmålet om ulovligheter skal forfølges eller ikke. Dette innebærer at kommunens beslutning om å forfølge et ulovlig forhold aldri i seg selv vil være uforholdsmessig. Som Sivilombudet implisitt peker på i uttalelsen i sak SOM-2008-1561 (gjengitt ovenfor i pkt. 3.2.1), beror spørsmålet om kommune kan unnlate å forfølge et ulovlig forhold, utelukkende på om forholdet omfattes av unntaket for ulovlige forhold av «mindre betydning» jf. pbl. § 32-1 andre ledd.

I spørsmålene om 1) *hvilken* reaksjon som skal anvendes mot et lovbrudd (valg av reaksjonstype) og 2) innenfor den enkelte reaksjonstype hvor strengt det skal reageres (reaksjonsfastsettelsen) er derimot kommunene etter vårt syn i utgangspunktet innrømmet et skjønn.

Som pekt på tidligere vil imidlertid ofte handlingsrommet med hensyn til *valg* av reaksjon være begrenset til hvorvidt et pålegg om retting skal følge opp med trussel om tvangsmulkt eller forelegg. Ved overledelser som gir grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr, er kommunes handlingsrom større. Her må kommunene ta stilling til om et pålegg om retting bør kombineres evt. erstattes med et overtredelsesgebyr. Dette skjønnet må kommunen utøve innenfor de rammer som pbl. § 32-10 første ledd oppstiller.

⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 105 og s.106.

⁴⁶ Tilsvarende standpunkt er lagt til grunn i Kommunal- og distriktsdepartementet tolkningsuttalelse av 4. desember 2020 (Referanse: 20/4795-3).

3.5 Utgangspunktene for domstolens kompetanse til å prøve plan- og bygningsmyndighetenes vurdering av forholdsmessighet etter pbl. § 32-10 første ledd

Når det gjelder domstolens adgang til å prøve kommunenes vurdering av forholdsmessighet etter pbl. § 32-10 første ledd første punktum, er det ingen holdepunkter i forarbeidene for at lovgiver har ment å korrigere den rettsoppfatningen som Høyesterett la til grunn i avgjørelsen fra 2002 om 1985-loven § 116 b (Rt. 2002 s. 209). Igjen er det viktig å understreke at vi da forutsetter at det ikke er tale om sanksjoner som anses som staff etter EMK (f.eks. overtredelsesgebyr) og hvor EMK og fvl. § 50 oppstiller egne rammer for domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens vedtak.

Som Høyesterett la til grunn i ovennevnte avgjørelse, innebar ikke § 116b «at domstolene har fått kompetanse til fullt ut å overprøve selve forholdsmessigheten eller rimeligheten av forelegget». Samtidig gir Høyesterett uttrykk for at prøvingen med utgangspunkt i den alminnelige myndighetsmisbrukslæren ville kunne la seg farge av at loven uttrykkelig oppstiller et krav om forholdsmessighet. Når Høyesterett legger dette utgangspunktet til grunn etter 1985-loven, er det viktig å minne om at bestemmelsen med pliktige hensyn i § 116 b tredje setning (graden av evt. uaktsomhet m.m.) ikke er videreført i gjeldende lov.

Terskelen for å kjenne et vedtak ugyldig etter myndighetsmisbrukslæren må generelt kunne sies å være ganske høy. Hva Høyesteretts betraktninger om at forholdsmessighet vil kunne komme sterkere inn, evt. innebærer med hensyn til terskelen for å kjenne et vedtak ugyldig etter myndighetsmisbrukslæren, gir ikke avgjørelsen et entydig svar på.

Nedenfor vil vi likevel, med utgangspunkt i rettspraksis og systembetraktninger, komme med noen generelle synspunkter på forholdsmessighetskravet ved pålegg om retting. I punkt 3.6 vil vi se nærmere på domstolsprøving av pålegg om retting med utgangspunkt i myndighetsmisbrukslæren, mens vi i punkt 3.7 kort tar for oss prøving ved klage.

3.6 Nærmere om domstolsprøving av pålegg om retting med utgangspunkt i myndighetsmisbrukslæren

Administrative reaksjoner som pålegg om retting, forelegg, tvangsmulkt og pønale sanksjoner som overtredelsesgebyr omfattes som nevnt etter vårt syn av bestemmelsen om forholdsmessighet i pbl. § 32-10 første ledd første punktum. Hva som anses som uforholdsmessig, innenfor rammen av myndighetsmisbrukslæren, vil likevel kunne være forskjellig, alt avhengig av hvordan det reageres på et ulovlig forhold.

Rettspraksis, Rt. 1979 s. 219, Rt. 1979 s. 341 og Rt. 2002 s. 209, viser etter vårt syn at det skal svært mye til før domstolene anser et forelegg i forlengelsen av et pålegg om retting som sterkt urimelig. Det samme viser Gulating lagmannsretts dom LG-2020-63282, når det kommer til pålegg om retting.

Pålegg om retting kan som nevnt omtales som lovens hovedregel når det kommer til oppfølging av ulovligheter. Plikten kommunen har til å drive ulovlighetsoppfølging må ses i sammenheng med kommunens hjemmel til å kreve retting, jf. pbl. § 32-3. I tilfeller

det ikke kan påvises skyld, vil pålegg om retting ofte være den eneste tilegnelige reaksjonen i ulovlighetsoppfølgingen. De reaksjoner som kan ilegges etter andre bestemmelser i loven (f.eks. tvangsmulkt) knytter seg til andre vurderinger enn de som følger av pålegg om retting etter pbl. § 32-3.

Gitt at retting er fysisk mulig og gjennomførbart,⁴⁷ er det med utgangspunkt i systembetraktninger vanskelig å tenke seg mange situasjoner hvor et pålegg om retting og tilbakeføring kan anses som ugyldig etter myndighetsmisbrukslæren. Vår tilnærming har også god støtte i Rt. 2002 s. 209. Her uttalte Høyesterett:

Det er ikke tvilsomt at forelegget vil ramme Sæther hardt, og at han vil lide et betydelig tap. Men dette vil nesten alltid være situasjonen når det er spørsmål om å rive eller endre et ulovlig oppført byggverk. Ut fra de generelle hensyn – blant annet hensynet til det store flertall som bøyer seg for gjeldende regler – som tilsier at plan- og bygningsloven på dette punkt må håndheves strengt, er jeg kommet til at det foreliggende forelegg ikke er av et slikt urimelig innhold at det av den grunn bør kjennes ugyldig.

Som Høyesterett er inne på, ligger det i dagen at ulovlige byggetiltak ofte utgjør store verdier, og dermed er kostbare også å rette. Høyesteretts generelle tilnærming til viktigheten av å sikre respekt for lovverket, treffer også godt med de generelle vurderingene vi har vist til ovenfor av Fleischer.

Kompetansen til å gi pålegg om retting er som sagt ikke betinget av at det påvises skyld i form av uaktsomhet. Etter vårt syn er det med utgangspunkt i rettspraksis ikke grunnlag for å hevde at fraværet av skyld (god tro) likevel er *tungtveiende* i vurderingen av om et pålegg om retting er ugyldig med utgangspunkt i myndighetsmisbrukslæren. At de subjektive forholdene derimot er relevant, gir høyesterettspraksis dekning for. Både i Rt. 1979 s. 219, Rt. 1979 s. 341 og Rt. 2002 s. 209 ble spørsmålet om god/ond tro adressert av Høyesterett.

I Rt. 1979 s. 341, som gjaldt gyldigheten av forelegg etter bygningsloven av 1965 § 114, ble de subjektive forholdene til den forelegget om rivning rettet seg mot, viet nokså inngående oppmerksomhet.⁴⁸ Vi skal likevel merke oss at flertallet i denne saken tilsynelatende la vekt på at kommunen ved flere anledninger hadde skapt et inntrykk av at det ville være en «kurant affære å få tillatelse til å bygge hytten». I denne avgjørelsen, hvor Høyesterett under dissens kom til at vedtaket var ugyldig, kommer flertallet også med bemerkninger som, sett med dagens øyne, er noe vanskelig plassere. Flertallet uttaler blant annet at «[f]orelegget må her sies å ha en pønalt karakter, og det kan ut fra dette fremstille seg som lite rimelig å opprettholde den strengeste reaksjon når det er gått lang tid siden forgåelsen fant sted». Denne avgjørelsen er avsagt før vedtakelsen av

⁴⁷ Er det snakk om irreversible ulovlige tiltak, kan situasjonen stille seg annerledes. På miljørettens område er det flere eksempler på dette som f.eks. hugging av hule eiker, eller plukking av egg fra arter som er fredet. I slike situasjoner må det offentlige ofte nøye seg med pønale reaksjoner som bøtestraff, når vilkårene for dette er til stede. På plan- og bygningsrettens område, i strandsonen, kan muligens ulovlig sprenging av et svaberg være et eksempel på et slikt irreversibelt inngrep.

⁴⁸ Det er viktig å være oppmerksom på at utgangspunktet for domstolsprøvingen i denne saken var et annet enn det som ble lagt til grunn i Sætre dommen (Rt. 2002 s. 209). Som nevnt tidligere var oppfatningen etter 1964-loven at domstolene kunne prøve bygningsmyndighetenes vedtak etter § 114 i enhver henseende, også de skjønsmessige sider ved forvaltningens beslutning.

menneskerettsloven og innlemmingen av EMK i norsk rett. Ut fra sammenhengen fremstår det etter vårt syn som uklart hva Høyesterett egentlig sikter til med «pønål reaksjon» i denne saken.

Avslutningsvis vil vi knytte noen bemerkninger til «tidselementet». I Sætre-dommen fra 2002, uttaler flertallet:

Jeg er videre enig med førstvoterende i at det eneste forholdet som kan trekke i retning av at pålegget om riving av tilbygget og tilbakeføring av boligen til fritidsbebyggelse er ugyldig, er at det gikk svært lang tid før avslaget på søknaden om byggetillatelse og bruksomlegging forelå og pålegg og forelegg ble utferdiget

Det er noe uklart hvilken tidsperiode Høyesteretts flertall her referer til. Ut fra mindretallets begrunnelse, som flertallet støtter seg til, antar vi at det siktes til tidsforbruket fra søknaden om etterfølgende dispensjon og bruksendring ble mottatt av kommunen i 1993, til pålegget om rivning og forelegg ble utferdiget i henholdsvis 1998, og 1999. I denne saken brukte kommunen om lag 3 år på å behandle og avslå søknaden om ettergodkjenning (dispensjonen).

Slik vi oppfatter det, er det kommunens tidsforbruk *etter* at et ulovlig forhold er avdekket, og hvem som er å bebreide for tidsforbruket, som flertallet trekker frem som et relevant forhold. Flertallet anså imidlertid ikke tidsforbruket som avgjørende i denne saken. For som flertallet videre fremholder hadde ikke den forelegget rettet seg mot på noe tidspunkt «hatt grunn til å tro at søknaden var innvilget, eller at innvilgelse ville vært kurant». Flertallet viser i forlengelsen av denne uttalelsen til at saken på dette punkt står i

... en annen stilling enn saken i Rt-1979-341, hvor Høyesteretts flertall – som under tvil kom til at forelegget måtte oppheves – fant at søkeren etter en samtale med daværende bygningssjef hadde grunn til å tro at det, slik forholdene for ham lå an, var en kurant affære å få tillatelse til å bygge hytten på farsgårdsens grunn. Bygningsmyndighetene har heller ikke senere opptrådt slik at Sæther kan ha hatt grunn til å tro at bygget ville kunne bli stående.

Etter vårt syn viser disse avgjørelsene at det skal mye til for å si at et ellers gyldig pålegg om retting etter pbl. § 32-3 anses som uforholdsmessig, innenfor rammene av myndighetsmisbrukslæren som utgangspunkt for domstolsprøvingen. Tidsforbruket fra et ulovlig forhold er avdekket og gjort kjent for tiltakshaver til pålegg utferdiges, kan etter omstendighetene ha betydning når det er kommunen som er å bebreide for at saken trekker ut i tid. Dette har imidlertid, etter vårt syn, først og fremst betydning dersom kommune gjennom sin adferd har skapt et inntrykk eller en berettiget forventning om at f.eks. ettergodkjenning i form av dispensjon vil være kurant, at et ulovlig forhold likevel ikke er ulovlig, eller ikke vil forfølges.

Høyesterett uttaler seg derimot ikke om situasjonen der et ulovlig forhold først *avdekkes* etter lang tid. Forarbeidene til kap. 32 i plan- og bygningsloven er som tidligere nevnt, tydelige på at det ikke gjelder noe foreldelsesfrist med hensyn til å forfølge ulovligheter, og at det heller ikke er aktuelt å innføre noen slik foreldelse.

Domstolene må i lys av slike klare uttalelser i forarbeidene, etter vårt syn, utvise tilbakeholdenhet med å innføre en form for foreldelse gjennom en rimelighetssensur.

Retting, som vil si å bringe et ulovlig forhold tilbake til en lovlig tilstand, vil som den klare hovedregel måtte anses for å være et spørsmål om sikre etterlevelse av en lovbestemmelse, ikke et spørsmål om et uforholdsmessig vedtak. Særlig tyngde gir en slik tilnærming når man står overfor ulovlige byggetiltak i strandsonen, hvor loven operer med et generelt byggeforbud, jf. pbl. § 1-8.

3.7 Kort om prøving av pålegg om retting ved klage

Utgangspunktet ved klage er at klageorganet kan prøve alle sider av saken, jf. fvl. § 34 andre ledd. I en tolkningsuttalelse av 15. oktober 2021,⁴⁹ legger kommunal- og distriktsdepartementet (KDD) til grunn at følgende generelle momenter vil være relevant i vurderingen etter pbl. § 32-10 første ledd, og dermed også ved en eventuell klagebehandling:

- Kommunal praksis: Det vil være av betydning om kommunen kan vise til at de har hatt praksis med å kreve melding for brygger.
- Tidsforløp og passivitet: Det vil videre være av betydning
 - hvor lenge det ulovlige forholdet har eksistert, og om kommunen har hatt kunnskap om forholdet og likevel unnlatt å reagere eller kan bebreides for sen fremdrift i saken eller
 - om kommunen har opptrådt på en måte som har gitt tiltakshaver/eier inntrykk av at søknad var innvilget eller kurant å få.
- Graden av utvist skyld: Tiltakshavers/eiers opptreden vil også være av betydning, herunder om tiltakshaver/eier har unnlatt å undersøke lovligheten av bryggen og/eller har trosset seg frem.

Det departementet her legger til grunn som relevante hensyn, og som klageorganet trolig vil legge vekt på ved klage over et vedtak om bruk av reaksjoner, er i all hovedsak forenelig enn det som kan utledes av høyesterettsavgjørelsene gjengitt ovenfor. Det er viktig å understreke at det innenfor rammen av lovens formål, forarbeider og alminnelige skranker, er opp til forvaltningen selv å gi retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Det er vanskelig å hevde at KDDs standpunkt om at graden av utvist skyld skal tillegge vekt, er et usaklig eller utenforliggende hensyn.

4. Kravet til begrunnelse for valg av sanksjon

4.1 Innledning

Vi har ovenfor sett på det materielle innholdet i kravet til forholdsmessighet etter pbl. § 32-10 første ledd. Spørsmålet under dette punktet er om det er grunnlag for å si at

⁴⁹ Ref. 20/6875.

denne bestemmelsen skjerper kravet til begrunnelse, ut over det som følger av alminnelig forvaltningsrett når det kommer til enkeltvedtak. Også her det viktig å undersøke om kravet til begrunnelse kan være noe ulikt avhengig av hvilke sanksjoner det ulovlige forholdet sanksjoners med.

Der det ikke er tale om straff etter pbl. § 32-9, ilegges reaksjoner og sanksjoner etter plan- og bygningsloven kap. 32 ved enkeltvedtak. Dette innebærer at forvaltningsloven generelle krav til saksbehandling ved enkeltvedtak kommer til anvendelse. Plan- og bygningsloven har en rekke særskilte prosessregler, som ofte rekker lenger enn forvaltningsloven generelle krav til saksbehandling. Eksempler på dette er plan- og bygningslovens krav til konsekvensutredninger og krav til mulighet for medvirkning før vedtak treffes. For store deler av de vedtakene plan- og bygningsmyndighetene treffer gjelder forvaltningslovens krav til saksbehandling, herunder eksempelvis krav til opplysning av saken før vedtak treffes, krav til begrunnelse og krav til skriftlighet.

Plan- og bygningsloven § 1-9 er en koblingsbestemmelse mellom plan- og bygningsloven og forvaltningsloven. Bestemmelsens første ledd slår fast at forvaltningsloven gjelder for plan- og bygningsmyndighetenes myndighetsutøvelse, så fremt ikke særregler følger av plan- og bygningsloven. Har plan- og bygningslovens særskilte krav til saksbehandling, i praksis skjerpede krav til saksbehandlingen, gjelder disse foran forvaltningslovens bestemmelser. Når det gjelder enkeltvedtak som treffes etter plan- og bygningsloven kap. 32, oppstilles det ikke særskilte krav til begrunnelsen der, utover det man eventuelt kan lese inn i de generelle bestemmelsene i kap. 32, eksempelvis § 32-10 første ledd.

4.2 Oppstiller pbl. § 32-10 første ledd et krav til begrunnelse for forvaltningens valg av reaksjon/sanksjon?

Forvaltningslovens alminnelige krav til begrunnelse følger av fvl. § 24 og § 25. Bestemmelsene slår fast at enkeltvedtak skal begrunnes, og oppstiller krav til begrunnelsens innhold. Det er likevel grunnlag for å si at forvaltningsloven oppstiller relativt beskjedne krav til begrunnelsens innhold.⁵⁰

Konkret oppstiller fvl. § 25 krav til at begrunnelsen viser til hjemmelen for vedtaket og de faktiske forholdene vedtaket bygger på. I tillegg legger bestemmelsen til grunn at forvaltningen bør vise til de hovedhensyn som har vært avgjørende utøving av forvaltningsmessig skjønn. Lovavdelingen har lagt til grunn at bestemmelsen her sikter til hensiktsmessighetsskjønnet forvaltningen utøver, og ikke de skjønnsmessige vurderinger som er gjort for å ta stilling til rettslige spørsmål.⁵¹

At et vedtak er mangelfullt begrunnet er en anførsel som er vanlig forekommende i forvaltningsrettslige klager. Likevel har få saker som gjelder begrunnelsesplikten rekkevidde funnet veien til Høyesterett. Vi har imidlertid enkelte eksempler det er viktig å være oppmerksomme på. Isenedommen, inntatt i Rt. 1981 s. 745, er et slikt eksempel. Saken gjaldt et vedtak om bruk av forkjøpsrett til et jordstykke. Vedtaket medførte at personen som leide jordstykket, og som ønsket å erverve dette, måtte legge

⁵⁰ Se for eksempel Graver (2019) s. 478 flg.

⁵¹ Se Lovavd. 3193/1983E.

ned virksomheten. Saken reiste blant annet spørsmål om vedtaket var tilstrekkelig begrunnet. Høyesterett konkluderte med at begrunnelsen var mangelfullt, og uttalte:

Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen. Det må fremgå at vedtaket er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn.

Dommen har senere blitt tatt til inntekt om at kravet til begrunnelse skjerpes i takt med hvor hardt vedtaket rammer sakens parter, jf. blant annet Rt. 2000 s. 1056.

Vi har ovenfor lagt til grunn at valg av reaksjonsmåte/sanksjonsmåte for de fleste tilfeller ligger til forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn å avgjøre. Dette taler for at det ikke gjelder noen plikt etter forvaltningsloven, til i begrunnelsen å vise hvilke vurderinger som er gjort med hensyn til vurdering av forholdsmessighet. Spørsmålet blir om dette likevel kan problematiseres opp imot vedtakenes art (inngripende) og hensynene bak pbl. § 32-10 første ledd.

I praksis kan det nok ofte være utfordrende for forvaltningen å ta stilling til hvilken del av vurderingen som ligger til hensiktsmessighetsskjønnet og hvilken del som ligger til de skjønnsmessige vurderingene knyttet til rettsanvendelsen. Det kan derfor, særlig sett i lys vedtakenes art, være god grunn for forvaltningen til å gi en begrunnelse som også gi anvisning på de vurderingene som er gjort med hensyn til utøvelsen av hensiktsmessighetsskjønnet. Der forvaltningen blander sammen disse skjønnsmessige vurderingene bør ikke domstolene være for tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens vedtak.

Hensynene bak lovgivers intensjon med pbl. § 32-10 første ledd vil fort bli satt til side om Statsforvalter og domstolene blir for tilbakeholdne i denne prøvingen. Til dette kommer også at begrunnelsen i realiteten vil være borgernes eneste mulighet til å få dokumentert at forholdsmessighetsvurderingen er gjort av forvaltningen.

Her må vi likevel minne om forholdsmessighetsvurderingens tema, slik dette er formulert i pbl. § 32-10. Sanksjonen skal stå i rimelig forhold til ulovligheten. Kommunene bør derfor vise til de vurderinger som er gjort med hensyn til valg av reaksjon/sanksjon og vurderingene knyttet til innholdet i sanksjonen.

Ettersom plan- og bygningsloven på helt generelt grunnlag åpner for å kreve retting, ligger det også der en lovgivervurdering av forholdsmessigheten. Det er etter vårt syn grunnlag for å hevde, ut ifra loven system, at pålegg retting er en hovedregel ved forfølgelse av ulovligheter. Høyesterett la i saken fra Rt. 2002 s. 209 (Sætre) til grunn at:

Det er ikke tvilsomt at forelegget vil ramme Sæther hardt, og at han vil lide et betydelig tap. Men dette vil nesten alltid være situasjonen når det er spørsmål om å rive eller endre et ulovlig oppført byggverk.⁵²

Denne klare uttalelsen tilsier at det skal svært mye til før et pålegg om retting vil fremstå som uforholdsmessig. Kravet til begrunnelse for valg av reaksjonsformen

⁵² Rt. 2002s. 209

pålegg om retting, må dermed også være beskjedent der retting av et ulovlig tiltak er fysisk mulig. Her må en ikke tape at utgangspunktet for sanksjoneringen er at det er fastslått at det foreligger en ulovlighet. Momenter som for eksempel innrettelses-hensynet, som ellers tillegges stor betydning i forvaltningsretten, har ingen plass i vurderingen av om forvaltningens valg av sanksjon er forholdsmessig. Etter vårt syn er det vanskelig å se at prinsippet i pbl. § 32-10 første ledd første setning og rettspraksis gir grunnlag for å si at pålegg om retting og stans der det er fastslått at det foreligger en ulovlighet, medfører et generelt krav til skjerpet begrunnelse. I seg selv kan det ikke sies at bruk av administrative reaksjoner mot et ulovlig forhold kvalifiserer for å være inngripende.

Det må likevel, som fremholdt under pkt. 3, tas høyde for at bruk av tvangsmulkt og forelegg i forlengelsen av et pålegg om retting/stans i konkrete situasjoner kan gi grunnlag for et skjerpet krav til begrunnelse. Grunnlaget for en slik tilnærming kan man finne i den rettspraksisen vi har trukket frem under pkt. 3. Vi tenker særlig på uttalelsen i Sætredommen hvor det tas høyde for kommunen kan ha opptrådt på en slik måte at et pålegg om retting og et samtidig forelegg, i lys av tidsforløpet, kan være ugyldig. I slike situasjoner kan vi kanskje si at Høyesterett implisitt har oppstilt et skjerpet krav til begrunnelsen. Vi tolker likevel Høyesterett i Sætredommen dit hen at dette først og fremst må forstås som et eventuelt skjerpet krav til begrunnelse for bruk av tvangsmulkt eller forelegg i forlengelsen av et pålegg om retting eller stans.

Begrunnelsen bør alltid vise de hovedhensyn skjønnsutøvelsen, med hensyn til valg av sanksjon, hviler på. Dette følger imidlertid direkte av ordlyden i fvl. § 25 som også kommer til anvendelse her. Etter vårt syn er det i praksis der hvor forvaltningen ilegger overtredelsesgebyr, i tillegg til andre sanksjoner, at pbl. 32-10 oppstiller et klart skjerpet krav til begrunnelse. I disse tilfellene gir ordlyden i pbl. § 32-10 anvisning på et krav til begrunnelsen som går utover den alminnelige plikten som følger av fvl. § 25. Ettersom valg av reaksjoner/sanksjoner er et forvaltningsskjønn må pbl. § 32-10 leses som krav til forvaltningen om å gi en begrunnelse for vurderingen som ligger bak en kombinasjon av sanksjoner.

I lys av lovens system, og de hensyn plikten til å drive ulovlighetsoppfølging hviler på, skal det svært mye til før bruk av de sanksjonsmulighetene loven oppstiller i seg selv kan omtales som inngripende jf. eksempelvis Isenedommen Rt. 1981 s. 745. Eksemplene fra den alminnelige forvaltningsretten har begrenset vekt, ettersom utgangspunktet for forvaltningens myndighetsutøvelse i ulovlighetsoppfølging er svært forskjellig fra situasjoner behandler søknader om tilskudd og tillatelser, eller vurderer omgjøring av vedtak. Det må likevel tas høyde for at det i helt bestemte situasjoner kan tenkes at sanksjoner etter kap. 32 vil være inngripende på en slik måte at det kan utledes et skjerpet krav til begrunnelse. Det rettslige forankringen for at en må ta høyde for dette er å finne i Rt. 2000 s. 1056 hvor det helt generelt sies:

Hvor detaljerte krav som skal stilles, må etter min mening bero på vedtakets karakter. Det kan ikke, slik staten anfører, bare oppstilles to kategorier vedtak slik at det alltid er tilstrekkelig å etterleve hva som følger direkte av ordlyden i forvaltningsloven § 25 tredje ledd med mindre vedtaket er så inngripende at det skjerpete begrunnelseskravet som særlig er fastslått i Isene-dommen, Rt-

1981-745, kommer til anvendelse. Kravet må avpasses etter hvor inngripende vedtaket er.

I lys av momentene vi har trukket frem ovenfor er det grunn til å tro domstolen vil være svært tilbakeholdne med å oppstille et skjerpet krav til begrunnelse for vedtak etter pbl. kap. 32.

5. Avslutning

Temaet for vår utredning reiser en rekke viktige og prinsipielle problemstillinger. Utredningen viser viktigheten av å se bestemmelsene om ulovlighetsoppfølging i sammenheng med lovens øvrige bestemmelser, og ikke minst i lys av de systembetragtninger som gjør seg gjeldende på plan- og bygningsrettens område. Det generelle kravet om forholdsmessighet mellom det ulovlige forhold og sanksjon som vi finner i pbl. § 32-10, har ikke noe klart og entydig innhold slik vi ser det. Forarbeidene til bestemmelsen framstår som uklare. Hensynene bak de ulike sanksjonshjemlene er til dels svært forskjellige. Det fremstår likevel som klart at pbl. § 32-10 ikke er ment å være noen generell heving av terskel for kommunene til å drive ulovlighetsoppfølging. Her er forarbeidene mer tydelige på at kommunene har rett og plikt til å drive ulovlighetsoppfølging. Forarbeidene forutsetter til og med at kommunene prioriterer denne oppgaven.

For rettsanvenderne, herunder kommunene, statsforvalterembetene og domstolene, er det viktig å være klar over de prinsipielle sidene sanksjonsbestemmelsene er en del av.

Ordlyden i pbl. § 32-10 første ledd gir anvisning på en plikt for forvaltningen til alltid å vurdere forholdsmessigheten mellom det ulovlige forholdet og sanksjonen som benyttes. Med utgangspunkt i rettskildene er det likevel vanskelig å konkludere med hvilke konkrete krav som stilles til forvaltningen.

Vi mener likevel at skillet mellom de ulike sanksjonstypene er avgjørende når det rettslige innholdet i § 32-10 første ledd skal fastlegges. Forholdsmessigheten av de enkelte sanksjonene isolert sett må sies å være vurdert av lovgiver. I saker hvor forvaltningen etter pbl. § 32-1 andre ledd kunne innstilt ulovlighetsoppfølgingen, men likevel velger å forfølge det ulovlige forholdet, kan det derimot tenkes at pbl. § 32-10 første ledd oppstiller et selvstendig krav til forholdsmessighet.

Materielt sett ligger det etter vårt syn likevel først og fremst et krav til forholdsmessighet i vurderingen av størrelsen på og tidspunktet for tvangsmulkt og forelegg. I den grad pbl. § 32-10 oppstiller et skjerpet krav til begrunnelsen for vedtaket, mener vi det først og fremst må være de tilfeller hvor forvaltningen velger å reagere med flere sanksjoner i opplistingen i kap. 32 på det samme ulovlige forholdet. I praksis vil dette først og fremst, slik vi ser det, være der et pålegg om retting og stans følges opp med forelegg eller tvangsmulkt og særlige forhold i den enkelte saken gjør seg gjeldende.