



Norges miljø- og
biovitenskapelige
universitet

Masteroppgave 2021 30 stp
Fakultet for landskap og samfunn

Pålegg om overvannshåndtering i eksisterende bebyggelse – en gråson mellom ekspropriasjon, rådighetsinnskrenkning og påbud

Injunctions regarding stormwater management in existing settlements – a gray area between expropriation, restriction of disposal and injunction

Andreas Skullerud
Master i eiendom

Forord

Fem innholdsrike år er ved veis ende, og det er med blandet følelse jeg nå overleverer min masteravhandling ved Norges miljø- og biovitenskapelige universitet (NMBU). Tiden ved universitet har bydd på det meste, og jeg sitter igjen med mange gode minner, erfaringer og vennskap som jeg tar med meg inn i det nye ukjente.

Valget falt på overvann. Et stort og komplekst tema med mange ubesvarte spørsmål. Det har derfor vært et fint utgangspunkt å dra med seg yrkeserfaring fra vann- og avløpsbransjen inn i prosjektet. Skriveprosessen har vært en berg-og-dal-bane. Den har vært inspirerende, frustrerende og til tider svært krevende, men mest av alt givende. Det har vært mye nytt å sette seg inn i, men min store interesse for juss har omsider gjort det overkommelig. Det har gått med mye tid til lesing, systematisering og helhetsforståelse. Å finne ett riktig svar med to streker under har vist seg vanskelig. Til det er fagområdet for omfattende. Håpet er likevel at avhandlingen kan fungere som døråpner for nye spørsmål og diskusjoner, og at jeg har lyktes med å kaste lys over sider ved overvannstematikken som kanskje ikke tidligere har vært like langt fremme i bevisstheten. Den som leser avhandlingen på leting etter klare svar, vil derfor lett bli skuffet.

Jeg har fått mye god hjelp og støtte på veien. Aller først vil jeg takke min veileder, Steinar Taubøll, for å ha peilet ut den første kursen og gitt meg den tid og ro som har vært nødvendig. Jeg vil også rette en takk til professor Jørgen Aall og stipendiat Henrik Jorem ved det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, for gode tips til kilder som gjelder EMK. En stor takk går til min tante, Stine Gabrielsen, som velvillig har stilt opp ved utarbeidelse av mine figurer. Vi gjennomgikk flere utkast. Uten deg hadde mine tanker gitt lite mening. En stor takk går også til familie og venner. Dere vet alle hvem dere er, som har bidratt til å få tankene over på tingene som virkelig betyr noe i livet.

Rælingen, 13. august 2021

Andreas Skullerud

Sammendrag

Denne avhandlingen tar for seg det nye forslaget til plan- og bygningsloven § 31-9, som skal gi kommunene adgang til å pålegge private grunneiere å gjennomføre tiltak for bedre håndtering av overvann.

Med utgangspunkt i NOU 2015: 16 og høringsnotatet til Kommunal- og moderniseringsdepartementet blir det avdekket enkelte svakheter som harmonerer dårlig med det øvrige lovverket. Prinsippet om at grunneier er ansvarlig for overvann på egen eiendom blir belyst. Gjennomgangen avdekker at prinsippet baserer seg på «forurensner-betaler-prinsippet», et prinsipp hentet fra miljøretten. Miljø og overvann sammenfaller ikke på alle punkter, og det anbefales å skille mellom overvannsproblemer i vid og snever forstand.

Videre har virkemiddelet som legges til grunn i forslaget til pbl. § 31-9 vist seg å være annerledes enn tilsvarende hjemler i det øvrige lovverket. Det ble derfor nødvendig med en nærmere undersøkelse av hva pålegg er. Ved gjennomgangen viser jeg at de forutsetninger som normalt legges til grunn ved pålegg ikke stemmer overens med lovforslaget, og at virkemiddelet derfor ikke burde kategoriseres som et klassisk pålegg.

Overveielser knyttet til internasjonal rett har vist seg fraværende i lovarbeidet. Det øker risikoen for at lovforslaget ikke samsvarer med Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, tilleggsprotokoll 1 artikkel 1. Gjennomgangen av konvensjonen og rettspraksis vitner om at lovforslaget trolig er på grensen av det som følger av det europeiske forholdsmessighetsprinsipp. Jeg anså det derfor nødvendig å avdekke hvorvidt lovforslaget er i overensstemmelse med forpliktelsene.

Hensikten med avhandlingen er å kaste lys over de utfordringer som lovforslaget reiser, snarere enn å finne klare svar.

Abstract

This master thesis deals with the new proposal for planning and building act section 31-9, which is intended to provide municipalities the right to prescribe private landowners to implement measures for better management of stormwater.

Based on NOU 2015: 16 and the consultation note prepared by the Ministry of Local Government and Modernization, certain weaknesses that harmonize poorly with additional legislation are identified. The principle regarding landowners being responsible for stormwater on their property is highlighted. The review reveals that the principle is based on the «polluter-pays principle», a principle retrieved from environmental law. Environment and stormwater do not correspond in all respects, and it may be wise to distinguish between stormwater difficulties in a broad and narrow sense.

Furthermore, the means within the planning and building act section 31-9 proved to be different from similar legal provisions. A closer review of what the injunctions contains is therefore carried out. The review reveals that the assumptions which are normally used as a basis for injunctions do not correspond to the bill, and therefore the means should not be categorized as a classic injunction.

Considerations related to international law have proved to be absent in the legislative work. This increases the risk that the bill contradicts to the European Convention on Human Rights, Article 1 of Protocol No. 1. The review of the convention and case law testify that the bill is on the borderline with the European principle of proportionality. I therefore considered it necessary to find out whether the bill complies with its obligations.

The purpose of this thesis is to shed light on the challenges that the proposal raises, rather than find definite answers.

Innholdsfortegnelse

KAPITTEL 1: INNLEDNING	1
1.1 TEMA OG AKTUALITET	1
1.2 PROBLEMSTILLING	4
1.3 AVGRENSNING	7
1.4 METODE.....	9
1.5 OPPGAVENS OPPBYGNING	12
KAPITTEL 2: OVERVANN OG SAMFUNN	14
2.1 ET UTGANGSPUNKT.....	14
2.2 ET SAMFUNNSPROBLEM – PÅ SIKT.....	17
2.2.1 Tradisjonell overvannshåndtering.....	18
2.2.2 Ny strategi – bakgrunnen for lovarbeidet.....	18
KAPITTEL 3: GJELDENDE RETT	20
3.1 ET UTGANGSPUNKT.....	20
3.2 VIRKEMIDLER ETTER VANNRESSURSLOVEN	21
3.3 VIRKEMIDLER ETTER FORURENSNINGSLOVEN.....	22
3.4 VIRKEMIDLER ETTER PLAN- OG BYGNINGSLOVEN.....	24
3.5 OREIGNINGSLOVEN § 2	27
3.6 OPPSUMMERING AV GJELDENDE RETT.....	29
KAPITTEL 4: VEIEN FREMOVER	32
4.1 ET UTGANGSPUNKT.....	32
4.2 DEPARTEMENTETS SYN	32
4.2.1 Hva er nytt?.....	34
4.2.2 Nærmere om innholdet i ny pbl. § 31-9.....	36
4.3 HØRINGSINSTANSENS SYN	39
4.3.1 Høringsinstanser som er positive til forslaget.....	39
4.3.2 Høringsinstanser som er kritisk til forslaget	41
4.3.3 Høringsinstanser som er mot forslaget	42
4.3.4 Kort om Justis- og beredskapsdepartementets høringsuttalelse.....	42
4.3.5 Oppsummering av høringsuttalelsene	44
4.4 HÅNDTERING AV EGET OVERVANN	45
KAPITTEL 5: SAMFUNNSENDRINGER OG STYRING	47
5.1 ET UTGANGSPUNKT.....	47
5.2 EKSPPROPRIASJON, RÅDIGHETSSINNSKRENKNING OG PÅLEGG.....	49
5.3 PÅLEGG SOM FENOMEN.....	53
5.3.1 Introduksjon	54
5.3.2 Forutsetninger for pålegg	58
5.3.3 Med forpliktelse følger tvang.....	61
5.3.4 Et eksempel fra plan- og bygningsloven - § 27-2	64
KAPITTEL 6: EMK TP1-1	69
6.1 ET UTGANGSPUNKT.....	69
6.2 EIENDOMSVERNET ETTER TP1-1.....	72
6.2.1 Hva slags inngrep er det snakk om?.....	74
6.2.1.1 Nærmere om statens «positive forpliktelse».....	74
6.2.2 Forholdsmessighetsterskelen.....	78
6.3 LINDHEIM-SAKEN.....	80
KAPITTEL 7: OPPSUMMERING	85
7.1 ET UTGANGSPUNKT.....	85
7.2 LOVGIVERS LEGITIMITET OG FORHOLDMESSIGHET	86

7.2.1 Et miljørettslig feilspor?	89
7.2.2 Er tvang veien å gå?	91
7.3 AVSLUTNING - EN ALTERNATIV TILNÆRMING?	92
KAPITTEL 8: EGENREFLEKSJON	96
8.1 GENERELT	96
8.2 FORSLAG TIL VIDERE FORSKNING	99
LITTERATUR	101
RETTSKILDER	106
HØRINGSUTTALELSER	111
FIGURLISTE	116

Kapittel 1: Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Avhandlingen berører grovt sett tre overordnede temaer. For det første tas det utgangspunkt i det pågående og komplekse lovendringsarbeidet som knytter seg til overvannshåndtering. Fokuset vil ligge på nytt forslag til plan- og bygningsloven § 31-9¹ og premissene som ligger til grunn for forslaget. For det andre - og i forlengelsen av det nye lovforslaget - løfter jeg frem virkemiddelet «pålegg».² Virkemiddelet blir antagelig ansett som så vanlig at det sjelden undergis en nærmere omtale i juridisk litteratur, etter min mening med urette. Med årenes løp har virkemiddelet tapt den grad av oppmerksomhet som det egentlig fortjener – særlig i dagens rettsbilde. For det tredje berøres spørsmålet om hvorvidt forholdsmessighetsprinsippet kan utgjøre en materiell skranke når lovgiver vedtar nye lover med virkning for fast eiendom – skranker som ikke direkte fanges opp av Grunnlovens³ egne bestemmelser.⁴ Hvor godt vernet er egentlig eierrettigheter i fast eiendom etter norsk og internasjonal rett?

Til tross for en global pandemi; samfunnet er gjenstand for en kontinuerlig utvikling, slik det alltid har vært, og som det alltid vil være. Spesielt de siste tiår har vi vært vitne til en enorm utvikling. Fire aktuelle «megatrender» utpeker seg – inspirert av Erik Solheim⁵; Asias nye rolle, digitalisering (teknologi – min tilføyning), nasjonalisering og «*det grønne skifte*»

¹ Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven). Nye lover i teksten gjengis med fullt navn i fotnote. Deretter vil lovene fremgå i korttittel, slik som «plan- og bygningsloven» og «pbl.». Hensikten er å lette lesningen.

² I det følgende vil doble anførselstegn bli brukt dels ved gjengivelse av sitater fra andre kilder, dels ved egne uttrykk og termer. Enkle anførselstegn vil bli brukt om sitater i sitater, slik at lesbarheten forenkles. Der det anses nødvendig å fremheve enkeltord, for eksempel for å tydeliggjøre en meningsforskjell, vil jeg benytte kursivering.

³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

⁴ Enkelte steder i avhandlingen vil uttrykk som «eierrettigheter i fast eiendom», «eiendomsrett», «grunneiers rettigheter» og tilsvarende betegnelser brukes om hverandre, uten at det er tilsiktet noen meningsforskjell. Det sikrer etter min mening en bedre språklig flyt, fremfor å være låst til en bestemt term. Der det legges til grunn et annet meningsinnhold vil det enten fremheves eksplisitt eller fremgå av sammenhengen. Ettersom min avhandling er knyttet til fast eiendom vil eiendomsbegrepet neppe by på problemer. Se for øvrig Solheim (2010).

⁵ Tidligere leder for FN Miljø (UN Environment).

(Solheim, 2020). Det er særlig den sistnevnte som er av interesse for denne avhandlingen⁶, i den forstand at overvann både er *en konkret virkning* av klimaendringene, og fordi nye måter å håndtere overvann på er en del av *løsningen* på klimautfordringene. Med «løsningen» sikter jeg til at overvannshåndtering omhandler hvordan vi *innretter* oss på, ikke hvordan vi *løser* selve klimaproblemet, jf. budskapet til Jon Naustdalslid (2015, s. 8 og 19).⁷ Endringene i global temperaturøkning er et faktum, med de konsekvenser det allerede har, og som det kommer til å få for fremtiden. I norsk sammenheng antas endringene å gi seg utslag i form av et våtere klima, derav mer overvann.⁸

En liten digresjon, men som langt på vei illustrerer aktualiteten – særlig knyttet til virkemiddelet «pålegg» – er hvordan økt miljøbevissthet fremtvinger nye måter å tenke på, særlig knyttet til *rettslig* styringsmidler. Tradisjonelle virkemidler, for eksempel styring gjennom bindende arealplaner og vernevedtak, kan vise seg å komme til kort når nye løsninger tvinger seg frem. Idéene springer gjerne ut fra fagmiljøer som ikke har juridiske fag som sitt hovedfelt. Et aktuelt eksempel er geolog Anders Elverhøi og meteorolog Øystein Hov sitt debattinnlegg i Dagens Næringsliv lørdag 5. juni (Elverhøi og Hov, 2021, s. 84 - papiravisen).⁹ De fremhever at fremtidige energikilder krever tilgang på betydelig areal, og at slikt areal ikke bør utgjøre urørt natur, men med fordel lokaliseres der energien forbrukes - det Elverhøi og Hov kaller «*egnede areal*». Vi kan for eksempel tenke oss et pålegg om å etablere solcelleenergi på eksisterende takflater og lignende løsninger.¹⁰ Ifølge professorene forutsetter miljøvennlige energikilder at den enkelte rettighetshavers særinteresser – «Not In My Backyard-mentalitet» – må vike tilbake for mer allmenne miljøgoder. Som de uttaler; «*jordens overflate er allerede overforbrukt*». Saken illustrerer også godt hvordan ulike, i utgangspunktet miljøvennlig løsninger, kan komme i konflikt med hverandre. Skal takarealet dekket med mose for å sikre bedre fordøyning av overvann eller skal taket kles med tette solcellepanel for å sikre «grønn energi»?

⁶ Det er ikke nødvendigvis klare skiller mellom de fremhevede trendene. For eksempel vil løsningen på «det grønne skiftet» forutsette tilgjengelig og nødvendig teknologi.

⁷ Se tilsvarende Grønneberg (2020), s. 24.

⁸ En gjennomgang av fenomenet overvann og hvilke praktiske utfordringer det byr på gis i kapittel 2.

⁹ Begge er professor emeritus ved Universitetet i Oslo.

¹⁰ Debattinnlegget har et større perspektiv, blant annet som forlengelse av den betente debatten rundt vindmølleutbygging mv.

En økt bevissthet om hvordan menneskelig aktivitet påvirker den globale gjennomsnittstemperaturen – med derigjennom endrede klimatiske forhold som konsekvens – sett i sammenheng med det faktum at vi stadig blir flere mennesker på kloden, tvinger frem fundamentale samfunnsendringer som få av oss kunne forutse. Og midt i den raske endringen kommer fast eiendom opp. Fast eiendom er ikke like fleksibel som andre formuesgoder. Den står der den står og er som regel etablert på en måte som medfører en til dels betydelig treghet for tilpasning til den øvrige samfunnsutvikling (Bærug, 2017, s. 27-35). Det samme gjelder etablert infrastruktur¹¹, som har varig og fast tilknytning til grunnen, enten det er i privat eller offentlig eie.

Måten samfunnet har valgt å innrette seg på gjennom en voksende aksept for én rådende politisk holdning – fortetningspolitikken¹² – gjør oss paradoksalt nok mer sårbare for et endret klima. Først og fremst på grunn av en stor økning av urbane fenomen. Med «urbane fenomen» sikter jeg til kompakt arealutnyttelse i form av asfalterte flater og betong-, stein- og flisbelagte uteoppholdsrom. Kort sagt; ulike former for tette flater som hindrer vannets naturlige kretsløp.¹³ Det er ikke bare byer som Oslo, Bergen og Trondheim som opplever utfordringer. Utfordringene er like aktuell i randsonen utenfor byene, deriblant mange små lokalsamfunn. Utfordringene arter seg bare litt forskjellig, akkurat på samme måte som klima arter seg forskjellige ut fra hvor i landet vi befinner oss.

Alt det som nå er sagt fremtvinger et stadig større behov for offentlig regulering. Offentlig regulering har vi drevet med til alle tider, men det som er nytt og interessant i denne sammenheng er at virkemiddelapparatet det offentlige har til rådighet fortsetter å vokse i omfang – og med et kreativt tilsnitt som ikke nødvendigvis er av den gode sorten. Det tvinger seg frem helt nye måter å regulere på, som til dels bryter med det eksisterende systemet. I sin tur kan det medføre et svekket vern av eiendomsretten, som mange forfattere og jurister har hatt tradisjon for å antyde at står sterkt i Norge.¹⁴ Diskusjonen rundt eiendomsrettens stilling i norsk rett er ikke ukjent, og ganske nylig skrev Geir Stenseth en kort artikkel i Tidsskrift for

¹¹ I denne sammenheng forstått som vann- og avløpssystem, men det gjelder også strøm, internett, veier mv.

¹² I korthet går denne politikken ut på høyere utnyttelse av allerede bebygde areal, for å verne om det ytre miljø (ytterligere utbygging). Det gjelder særlig i og rundt større transportknutepunkter.

¹³ Se kapittel 2.

¹⁴ Se f.eks. Holth og Winge (2019), s. 131. Her må jeg imidlertid presisere at de selvsagt implisitt forutsetter at eiendomsretten er *en negativt avgrenset rett*, jf. Stavang (2019), s. 40.

Eiendomsrett hvor han gjennomgår enkelte situasjoner hvor eiendomsretten typisk utfordres og aktualiseres (Stenseth, 2018, s. 3-5). Inneværende avhandling vil forsøke å bidra med et nytt perspektiv i diskusjonen ved å knytte temaet opp mot et helt nytt og oppsiktsvekkende lovforslag i plan- og bygningsloven (§ 31-9), som har til hensikt å gi kommunene et nytt styringsmiddel for å håndtere et våtere klima.

1.2 Problemstilling

«*Utnyttelsen av fast eiendom beror på et mangfold av regler; det fulle rettslige bilde får man først ved å ta så vel de privatrettslige som de offentligrettslige regler i betraktning*». Slik innleder Thor- og Aage Thor Falkanger den offentlige retts betydning i tingsretten (Falkanger og Falkanger, 2016, s. 37). Utsagnet er imidlertid knyttet til *utnyttelse*, sett i lys av privat initiativ. I inneværende avhandlingen skal jeg snu om på vinklingen; jeg skal se på *handlingsrommet* til det offentlige i form av offentlig regulering. Offentlig forvaltning er mye mer enn bare forvaltningsloven¹⁵, offentleglova¹⁶, et knippe særlover, samt ulovfestet rett. De siste tretti årene har også internasjonal rett gjort sitt inntog. Størst betydning har nok rettsområdene som berører Det europeiske økonomiske samarbeid og Den europeiske menneskerettskonvensjon fått.¹⁷ Vi kan derfor si at offentlige forvaltning har fått et tredje element å ta hensyn til, særlig nå som nevnte regelverk er en del av norsk rett gjennom inkorporasjon i menneskerettsloven¹⁸ og EØS-loven¹⁹. Hvis vi låner Erik Magnus Boe sitt uttrykk, så kan det kort oppsummeres som «internasjonalt basert norsk rett» (Boe, 2021, s. 599), og den har – litt forsiktig sagt - fått sitt å si for den daglige offentlige forvaltning.

Et våtere klima aktualiserer helt nye måter å tenke på. Dagens regelverk er i stor grad tilpasset et system basert på privat initiativ. Siden store deler av Norge allerede er bebygd, medfører dette at regler som er tilpasset nye tiltak får begrenset betydning på eksisterende forhold. Dette kommer tydelig frem i Samfunnsøkonomisk analyse AS²⁰ sin rapport og Emily Coch

¹⁵ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

¹⁶ Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

¹⁷ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 2. mai 1992, heretter forkortet EØS, og Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950, heretter forkortet EMK.

¹⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁹ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

²⁰ Heretter forkortet SØA.

Fjeldstad sin masteroppgave, som konkluderte med at kommunene mangler tilstrekkelig virkemidler for å håndtere overvann i eksisterende bebyggelse (Samfunnsøkonomisk Analyse AS, 2018, s. 6 og Fjeldstad, 2019, s. 70). Med andre ord; skal det få betydning på kort sikt så må det gjøres noe med det bestående. Slik omstilling fordrer tilgang på areal som ikke kommunen nødvendigvis er i besittelse av. På denne måten tvinger det seg frem nye behov for styringsverktøy som det offentlige kan bruke for å nå målet. Erkjennelsen av et slikt faktum medførte at regjeringen 11. april 2014 nedsatte et ekspertutvalg²¹ «for å utrede og fremme forslag til tilfredsstillende og tydelige rammebetingelser for håndtering av overvann i tettbebyggelser, både i dagens klima og etter forventede klimaendringer», jf. NOU 2015: 16, s. 3. Rapporten ble fremlagt 2. desember 2015 og er nå fulgt opp av tre ulike statlig organ; Kommunal- og moderniseringsdepartementet²², Direktoratet for byggkvalitet²³ og Miljødirektoratet²⁴. I den videre fremstilling er det hovedsakelig KMDs høringsnotat²⁵ angående endringer i plan- og bygningsloven som er av interesse (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020).

Som det fremgår over, er lovforarbeidet svært fragmentert og består av mange store og små lovendringer i mange ulike lover og forskrifter. Som et utgangspunkt innebærer mange av endringsforslagene presiseringer og suppleringer av gjeldende rett. Enkelte av forslagene skiller seg imidlertid ut, ved å tilføre nye virkemidler eller ved å utvide eksisterende bestemmelser. Forslaget til ny plan- og bygningslov § 31-9 er én av dem. Bestemmelsen er helt ny og skal gi kommunen adgang til å pålegge private grunneiere i eksisterende bebyggelse å etablere alternativ overvannshåndtering eller overvannsanlegg. De opparbeidede tiltakene skal forbli i privat eie, derav løpende driftsansvar og fremtidig vedlikehold. Ansvarsplassering ved ulemper og skader som følge av anlegg etter forslaget til ny pbl. § 31-9

²¹ Heretter omtalt som Overvannsutvalget.

²² Heretter forkortet KMD. Ansvarlig for endringer i plan- og bygningsloven.

²³ Heretter forkortet DiBK. Ansvarlig for endringer i Forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak (byggesaksforskriften), heretter forkortet SAK, og Forskrift 19. juni 2017 nr. 840 om tekniske krav til byggverk (Byggteknisk forskrift), heretter forkortet TEK 17.

²⁴ Ansvarlig for endringer i Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) og Lov 16. mars 2012 nr. 12 om kommunale vass- og avløpsanlegg (vass- og avløpsanleggslova).

²⁵ Offentliggjort 2. mars 2020.

andre ledd, hviler på grunneier selv slik forslaget nå foreligger, jf. forurensningsloven § 24a.²⁶ Ordlyden er *ikke bundet* av lovens tiltaksbegrep. Vi kommer nærmere inn på detaljene og bakgrunnen for forslaget i kapittel 4. Poenget her er at lovendringen har til hensikt å overføre en ikke ubetydelig del av ansvaret knyttet til overvannsutfordringene på private hender. Lovforslaget åpner for til dels betydelig inngrep i fast eiendom. Det interessante med bestemmelsen er at inngrepet ikke så lett lar seg kategorisere. Det er, i sin rene form, verken ekspropriasjon eller rådighetsbegrensning. Det lar seg heller ikke så lett harmonisere under merkelappen påbud, som vi kommer nærmere inn på i kapittel 5. På bakgrunn av det som nå er gjennomgått har hovedproblemstillingen blitt følgende:

Pålegg om overvannshåndtering i eksisterende bebyggelse – en gråson mellom ekspropriasjon, rådighetsinnskrenkning og påbud.

For å svare ut en så generell formulering blir det nødvendig å bryte opp problemstillingen i tre underproblemstillinger. Nytt forslag til pbl. § 31-9 – som danner grunnlaget for avhandlingen – bygger på et grunnleggende prinsipp om at grunneier er ansvarlig for overvann som oppstår på egen grunn. Prinsippet blir særlig interessant når vi ser det i sammenheng med virkemiddelbruken som foreslås. På ulike måter synes lovforslaget å utfordre sentrale verdier og hensyn i norsk rett. Det er derfor nødvendig å klarlegge hva som ligger i prinsippet, og eventuelt hvordan det bør forstås. Den første underproblemstillingen som skal besvares er derfor:

*Hvordan skal prinsippet om håndtering av overvann på egen grunn forstås? Og hvilken rettslig betydning kan forslaget få?*²⁷

Med utgangspunkt i prinsippet over (første underproblemstilling) har Overvannsutvalget og KMD lagt til grunn at ansvaret skal sikres ved bruk av pålegg, jf. ny pbl. § 31-9 første og andre ledd. Ved første øyekast kan dette virke plausibelt, men når man ser nøyer etter, så er det en del betenkeligheter knyttet til bruken av et slikt virkemiddel. Betenkelighetene kom

²⁶ Se i denne sammenheng høringsuttalelse fra Norges miljø- og biovitenskapelige universitet (2020).

²⁷ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven). Problemstillingen behandles hovedsakelig i kapittel 4, særlig punkt 4.4, men trekkes også inn i drøftelsen andre steder i avhandlingen. Se også 7.2.1.

særlig frem i SØAs rapport, men her konkluderes det med at pålegg utgjør et «ekspropriasjonslignende inngrep» (Samfunnsøkonomisk Analyse AS, 2018, s. 49).²⁸ Konklusjonen må bero på en misforståelse, og jeg skal derfor knytte noen betraktninger til denne siden av saken. For øvrig har enkelte høringsinstanser påpekt betenkelighetene ved forslaget.²⁹ På bakgrunn av det som ble sagt innledningsvis (punkt 1.1), har jeg derfor ansett det nødvendig å gå nærmere inn på hva et «pålegg» faktisk er. Neste underproblemstilling blir derfor:

*Hva kjennetegner et offentlig pålegg? Og hvordan skal ny pbl. § 31-9 forstås i forhold til ekspropriasjon og rådighetsinnskrenkning?*³⁰

Lovforslaget har potensiale til å utgjøre et ikke uvesentlig inngrep i den private eiendomsretten. Til tross for dette utgangspunkt, har verken Overvannsutvalget eller KMD vurdert grunneiers rettigheter etter internasjonal rett, særlig EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1.³¹ De legger kort og godt til grunn, uten nevneverdig drøftelse, at grunneier har et «særlig ansvar», jf. NOU 2015: 16, s. 89, med henvisning til NOU 2010: 10, s. 112 og Meld. St. 33 (2012-2013), s. 35. Av denne grunn blir min siste underproblemstilling:

*I hvilken grad er lovutkastet tilpasset EMK TP1-1?*³²

1.3 Avgrensning

Overvann er et stort, komplekst og høyaktuelt tema som berører mange myndighetsområder. Det er mange uløste problemstillinger og innfallsvinkler. Ulike fagmiljøer deltar for å bidra til gode løsninger, og det blir ofte et høyt fokus på det rent teknisk-faglige. De juridiske overveielsene er ikke alltid like synlig, men ikke desto mindre er den viktig. Lovverket er forutsetningen og grunnlaget for at tiltakene lar seg gjennomføre. De juridiske forutsetningene danner rammene for hva som er lovlig, og derfor hva som er mulig. Utfordringene knyttet til overvann har vokst i omfang de senere år og fremtvunget behov for lovendring.

²⁸ Riktignok sett i sammenheng med tidligere forslag til ny forurl. § 22a. Se tilsvarende Fjeldstad (2019), s. 53.

²⁹ Se nærmere punkt 4.3.2.

³⁰ Se kapittel 5.

³¹ Heretter forkortet EMK TP1-1.

³² Se kapittel 6.

Min avhandling tar utgangspunkt i NOU 2015: 16 og KMDs eget høringsnotat (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020) angående endringer i plan- og bygningsloven, nærmere bestemt forslag til ny pbl. § 31-9. Av samme grunn vil gjennomgangen av KMDs og høringsinstansenes innspill avgrenses til denne bestemmelsen. Det jeg skal gjennomgå handler ikke først og fremst om hva som står i ordlyden. Det handler aller mest om det som *ikke* står der. Avhandlingen tar ikke for seg saksbehandlingsregler og andre prosessuelle spørsmål. Det vil si at spørsmål som knytter seg til *nye* tiltak ikke blir gjenstand for behandling. Hovedfokuset vil ligge på om det eksisterer materielle skranker som *lovgiver* må forholde seg til når ny pbl. § 31-9 foreslås, og særlig hvordan internasjonal rett spiller inn. Med «internasjonal rett» så sikter jeg til EMK. Det avgrenses derfor mot EU- og EØS-retten og ulike konvensjoner i FN-systemet.³³ Bakgrunnen er enkelt og greit at ingen av de nevnte rettssystem innehar egne bestemmelser som verner om eiendom. EØS-retten, som i stor grad bygger på EU-retten, omhandler først og fremst konkurranserett og de fire friheter; fri flyt av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft. Det øvrige rettsbilde kommer jeg tilbake til i kapittel 6. Av den grunn er det bare EMK TP1-1 som blir gjenstand for drøftelse.

En sentral del av avhandlingen er å se nærmere på virkemiddelet «pålegg». Enkelte sider ved ny pbl. § 31-9 består av elementer som kan gjenfinnes ved både ekspropriasjon og rådhetsinnskrenkning, og det blir derfor nødvendig å si noe om hva som skiller pålegg fra disse rettslige konstruksjonene. Det gjelder særlig ettersom SØAs rapport konkluderte med at pålegget, sammenholdt med daværende forslag til forurl. § 22a, måtte anses som «ekspropriasjonslignende inngrep», jf. punkt 1.2.³⁴ Jeg tar ikke sikte på en utførlig gjennomgang av ekspropriasjonsinstituttet eller rådhetsinnskrenkning. Det ville sprengte rammene for avhandlingen. Jeg avgrenser meg til å gjennomgå de overordnede rammene, tilstrekkelig for å trekke opp grensene for sammenhengen.

³³ FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948. Jeg bruker forkortelsen «FN-systemet» når jeg sikter til alle konvensjoner mv. som helhet og jeg bruker «FN-pakten» når jeg sikter til selve traktaten/hoveddokumentet.

³⁴ Sammenhengen mellom pbl. § 31-9 og forurl. § 22a er fortsatt reell, om enn ikke like tydelig som før. Årsaken er trolig «tilpasninger» etter at SØAs rapport ble fremlagt. Realiteten har likefult blitt at KMDs reviderte forslaget går *lenger* enn Overvannsutvalgets opprinnelige forslag, noe SØAs rapport kritiserte. Dette er *i seg selv* oppsiktsvekkende.

Det opprinnelige forslaget fra Overvannsutvalget i NOU 2015: 16 forutsatte en nær kobling mellom daværende forslag til pbl. § 28-9 og forurl. § 22a. Denne koblingen er mindre fremtredende i KMDs lovforslag. Forslag til ny forurensningslov § 22a må imidlertid fortsatt (delvis) ses i sammenheng med nytt forslag til plan- og bygningsloven § 31-9, men avgrenses likevel mot en videre drøftelse, all den tid departementets høringsnotat eksplisitt presiserer: *«Forslaget til ny § 31-9 vil først og fremst være aktuell der kommunen ikke krever frakobling, og vil således være nødvendig for å fange opp overvannsproblemer der frakobling ikke er aktuelt»* (KMD, 2020, s. 41). Bakgrunnen for uttalelsen er Miljødirektoratets reviderte forslag til ny forurl. § 22a, som er en utvidelse av Overvannsutvalgets utkast. Jeg kommer nærmere inn på det i kapittel 5. Til tross for at forurensningsloven § 22a ikke blir gjenstand for egen drøftelse, vil jeg knytte noen kommentarer til bestemmelsen der det er naturlig for sammenhengen. Se for øvrig fotnote 34.

1.4 Metode

Det pågående lovarbeidet er fremdeles i en forberedende fase. Det betyr enkelt og greit at jeg tar for meg en bestemmelse som enda ikke har sett dagens lys. En naturlig konsekvens er at avhandlingen får et gjennomgående rettspolitisk preg, såkalt de lege ferenda-betraktninger. Rettspolitiske ambisjoner er imidlertid ikke uvanlig i rettsvitenskapelige avhandlinger (Stub, 2011, 19). Enkelte fremhever til og med at det er en viss forventning om at vitenskapelige avhandler inneholder de lege ferenda-betraktninger (Solheim, 2010, s. 24, jf. note 33). Jeg vil likevel tilstrebe en rettsdogmatisk tilnærming der det er mulig, ved å gå veien utenom de aktuelle forslag og se på andre rettsområder, for å være i stand til å si noe konkret om hvordan ny pbl. § 31-9 korresponderer med de øvrige bestemmelser og rettssystem. På denne måten unngår jeg rene «bør-standpunkt», og åpner samtidig muligheten for «kan-» eller «skal-standpunkter».

Den juridiske metode, eller rettskildelæren, er gjenstand for omfattende diskusjon.

Innvendingene synes å gå på at det ikke bare eksisterer én fasttømret måte å tilnærme seg rettsspørsmål på, slik flere synes å ha tolket Torstein Eckhoff (Eckhoff, 2001). Størst diskusjon er det nok blant de «mykere» rettskildefaktorene, slik som underrettspraksis, forvaltningspraksis, reelle hensyn, Sivilombudets uttalelser (tidligere Sivilombudsmann) osv. Men diskusjonen går også på de mer autoritative faktorene, slik som styrkeforholdet mellom lovtekst og forarbeider, det overordnede domstolsperspektivet (med Høyesterett i spissen) og

mer til. Skal vi tro Erik Magnus Boe, synes en god del å dreie seg om skinnuenighet, hvor rettsforskere snakker rundt hverandre, tillegger hverandre meninger de ikke har osv. (Boe, 2021). Men det er nok også riktig å si at det eksisterer reelle uenigheter, for eksempel i hvilken grad rettskildelæren burde være rettsfilosofisk innrettet. Jeg har ingen ambisjon om å tilføye nye perspektiv i diskusjonen, og nøyer meg med å vise til rettskildelitteraturen.³⁵ For mitt formål holder det å konstatere at *juridisk metode* er en fellesbetegnelse på den metode som rettsanvendere bruker når de går frem for å klarlegge et øyeblikksbilde av «gjeldende rett» på et konkret rettsområde, basert på rettskildeprinsipper (rettskilderegler) som Høyesterett har avleiret gjennom langvarig og konsekvent praksis. Samtidig føyer jeg meg til Stubs påstand om at jeg neppe vil være «*i stand til å se det som ingen kan se, nemlig hvilken tolkning som i tvilstilfelle er den rette*» (Stub, 2011, s. 28).

Et særtrekk på forvaltningsrettens område er at det ofte foreligger svært lite rettspraksis (Eckhoff og Smith, 2018, s. 37). Vi kan derfor tale om et rettsfelt som er sterkt «*lovgivningsdominert*» (Stub, 2011, s. 28). Rettskildesituasjonen på overvannsfeltet er intet unntak.³⁶ Man er i stor grad overlatt til lovtekst, forarbeider, departements-, Statsforvalter- og Ombudsuttalelser, reelle hensyn og rettsoppfatninger i juridisk litteratur. For mitt vedkommende, og særlig innen vann- og avløpsretten, er det ikke sjeldent lite å hente i forarbeidene. Flere av lovhjemlene er vagt formulert, og det overlates et ikke ubetydelig rom for skjønn når vedtak skal fattes. I slike situasjoner vil naturligvis faglige vurderinger spille en sentral rolle. I sum er det vanskelig å si med sikkerhet hvordan konkrete rettsspørsmål skal løses, men så lenge man argumenterer forsvarlig så vil det ha en egenverdi, selv der man ikke kommer frem til sikre konklusjoner.

Når det gjelder internasjonal rett er situasjonen en ganske annen. Her har rettskildebilde blitt så omfattende at det nærmest ikke nytter å skaffe seg en totaloversikt. For min del har det vært vanskelig å finne saker som spesifikt omhandler overvann, og det lille utvalget som blir presentert er i stor grad hentet fra litteraturen og EMDs egne henvisninger i domsavgjørelsene. Når det gjelder EMDs metode, så er det tilstrekkelig for mitt formål å konstatere at *rettspraksis* og *formålsbetraktninger* utgjør det helt vesentligste for EMDs tolkning (Høgberg og Sunde, 2019, s. 362). Forarbeid spiller en svært beskjeden rolle.

³⁵ Se særlig Boe (2021) og Høgberg og Sunde (2019).

³⁶ Se tilsvarende Berg (2005), s. 27.

Avhandlingen kan kort oppsummert anses som en *hybrid* mellom en rettsdogmatisk og en rettspolitisk tilnærming. Kapittel 2 foretar en ren deskriptiv gjennomgang av overvann som fenomen. Kapittel 3 vil naturligvis gjengi dagens rettsbilde de lege lata. Her vil jeg ta for meg de mest sentrale bestemmelsene som står til disposisjon ved overvannshåndtering. Kapittel 4 inneholder for det meste innslag av de lege ferenda-betraktninger. Her vil jeg gjengi status quo (som angår lovarbeidet), samtidig som jeg gjennomgår sentrale høringsuttalelser. Jeg vil hele veien veksle mellom rene gjengivelser og egne innvendinger. Kapittelet avsluttes med en gjennomgang av rettsgrunnlaget som etter alt å dømme ligger til grunn for prinsippet om håndtering av eget overvann. Denne gjennomgangen redegjør derfor situasjonen forut for lovarbeidet, de lege lata. Målet med kapittelet er å gi leseren en grov oversikt over status quo når det gjelder nytt forslag til pbl. § 31-9. Kapittel 5 har en blanding av de lege lata-, de sententia ferenda- og de lege ferenda-vurderinger.³⁷ Først og fremst skal kapittelet gi en beskrivelse og forståelse av virkemiddelet «pålegg». Deretter vil virkemiddelets rekkevidde og omfang illustreres ved et eksempel fra pbl. § 27-2 andre til fjerde ledd, som til dels inneholder de sententia ferenda-vurderinger. Det er nemlig knyttet stor usikkerhet til bestemmelsen. Kapittel 6 vil i stor grad anvende EMDs metodikk. Her vil forståelsen av EMK TP1-1 bli klarlagt, samtidig som jeg gjør en snarvisitt innom konvensjonens såkalte «positive forpliktelser». Hensikten er blant annet knyttet til det nylige raset i Gjerdrum-tragedien. Det danner samtidig grunnlaget for senere gjennomgang av utvalgte eksempler fra rettspraksis i EMD. Lindheim-saken³⁸ vil også bli omtalt som et utgangspunkt for å forstå konvensjonens tilnærming til forholdsmessighetsprinsippet. Til tross for vekslende tilnærming, vil jeg gjennomgående forsøke å argumentere på en saklig måte, slik at andre kan finne inspirasjon i det som tas opp. I kapittel 7 forsøker jeg å samle trådene, men vær klar over at drøftelsene foretas i stor grad i den løpende tekst, og i det enkelte kapittel. Jeg avslutter med noen egne refleksjoner i kapittel 8.

³⁷ Med de sententia ferenda-betraktninger forstår jeg korrigerende tolkninger som anbefales lagt til grunn uten at det nødvendigvis gjør endring av gjeldende rettsregler på området.

³⁸ Lindheim mfl. mot Norge, klagenr. 13221/08 og 2139/10, dom 22. oktober 2012.

1.5 Oppgavens oppbygning

Kapittel 2 er ment som en myk start og for å skaffe overblikk. Det vil bli redegjort for helt grunnleggende perspektiver på overvann. Det er vanskelig å gå i gang med detaljert juridisk drøftelse hvis ikke de helt overordnede begreper og forståelse er på plass. Hovedutfordringene tydeliggjøres og skillelinjene klarlegges. Gjennomgangen bærer delvis preg av en kortfattet historikk frem til i dag.

Kapittel 3 gjennomgår de mest sentrale virkemidlene – de lege lata – som står til disposisjon når offentlige myndigheter skal håndtere overvannsutfordringer på privat grunn i eksisterende bebyggelse. Gjennomgangen vil vise at utenfor ekspropriasjonstilfellene er det et beskjedent utvalg av virkemidler, men samtidig at det finnes rom som muliggjør konkret håndtering innenfor de gitte rammer. Bestemmelsene er naturligvis knyttet til eksisterende infrastruktur, og er i mindre grad innrettet mot åpne overvannsløsninger, med unntak av ekspropriasjon.

Kapittel 4 tar for seg både KMDs konkrete lovforslag til ny pbl. § 31-9 og høringsinstansenes innspill til forslaget. Hensikten er å gi et bilde av status quo knyttet til bestemmelsen og hva som har skjedd siden Overvannsutvalget fremla sitt opprinnelige forslag i NOU 2015: 16. Samtidig vil innholdet i prinsippet om håndtering av eget overvann bli klargjort, jf. min første underproblemstilling.

Kapittel 5 tar for seg virkemiddelet pålegg. Her går jeg nærmere inn på avgrensningen mot ekspropriasjon og rådighetsinnskrenkning. Deretter går jeg mer i dybden på pålegg som virkemiddel, før jeg avslutter med et eksempel hentet fra plan- og bygningsloven.

Kapittel 6 behandler EMK TP1-1. Her klarlegges de overordnede rammene som følger av bestemmelsen, i tillegg til en kort introduksjon av statens «positive forpliktelser». Deretter gjennomgås Lindheim-saken for å illustrere forholdsmessighetsprinsippet i praksis og noen utvalgte dommer som trekker en tydelig distinksjon mellom menneskeskapte og naturlige fenomen i tilknytning til handleplikten, som kan tenkes å få betydning i en overvannssammenheng.

Avslutningsvis samles trådene i *kapittel 7*, hvor det knyttes noen generelle kommentarer til lovgivers legitimitet og enkelte tilleggskommentarer til det som har blitt gjennomgått i det foregående kapitlene. *Kapittel 8* inneholder noen refleksjoner og tanker om lovarbeidet og videre forskningsspørsmål.

Kapittel 2: Overvann og samfunn

2.1 Et utgangspunkt

I kapittel 2 skal jeg forsøke å gi et pedagogisk overblikk over hva overvann er og hvordan det skiller seg fra tilgrensede begreper som vassdrag og grunnvann. I tillegg vil sammenhengen med vann- og avløpsfaget tydeliggjøres. Av samme grunn vil jeg forsøke å unngå vanskelige faguttrykk, både fordi det kan skape uheldig misforståelser og forvirring, men vel så mye for å øke lesbarheten.³⁹ Forhåpentligvis vil gjennomgangen legge forholdene til rette for en innsiktsfull og helhetlig forståelse av hva som ligger til grunn for min senere drøftelse. Det bemerkes allerede her at det bokstavelig talt ikke eksisterer «vanntette skott» mellom de ulike begrepene. I et større perspektiv innvirker de ulike elementene på hverandre. Alt handler til syvende og sist om vann – vannets kretsløp – eller vannets hydrologiske kretsløp om du vil.

Begrepene *klima* og *miljø* trenger en nærmere presisering før vi begir oss ut på den nærmere drøftelsen. Hensikten er å øke forståelsen av hva overvann faktisk dreier seg om. Det er mange som blander begrepene klima og miljø, til tross for at de har et ganske ulikt innhold. Men hvorfor bruke tid på slike formaliteter? Jo, som Jørgen M. B. Grønneberg sier, så skjer sammenblandingen «*på en måte som skaper uklarheter om en tematikk der tydelighet er viktig*» (Grønneberg, 2020, s. 23). Med *Klima* siktes det til gjennomsnittlig vær innenfor et *geografisk avgrenset* område. Det må ikke forveksles med global gjennomsnittstemperatur. Klima er lokalt og regionalt, slik at klimaendringene i Vadsø vil arte seg annerledes enn tilfellet vil være i Kristiansand (Naustdalslid, 2015, s. 16-17). *Miljø*⁴⁰ handler derimot om de ytre omgivelsene som vi alle er en del av, slik som busker og trær, himmel og hav, landskap og by – og selvsagt artsmangfoldet – oss selv inkludert. Jeg synes Jon Naustdalslid uttrykker et fint perspektiv på klimaendringene i denne sammenheng, som kan fungere til ettertanke (Ibid, s. 15):

³⁹ Forenklingen skal imidlertid ikke gå på akkord med nødvendig uttrykk som brukes i lovverket eller som må sies å utgjøre «et minstemål» på hva man bør beherske for å henge med i faglige diskusjoner knyttet til overvann.

⁴⁰ Miljø er et tvetydig begrep, og jeg holder utenfor betydninger som «godt innemiljø», «godt arbeidsmiljø» og tilsvarende.

«Når vi i dag har eit klimaproblem, kan vi følgjeleg i ein viss forstand seie at dette problemet er 'skapt' av klimaforskinga. Det er 'skapt' av klimaforskinga i den forstand at utan den kunnskapen som klimaforskarane har gitt oss, hadde vi ikkje opplevd noko klimaproblem. Da hadde vi berre opplevd godt eller dårleg vêr fra dag til dag og fra år til år.»

Sondringen til tross; klima og miljø henger tett sammen. Som Grønneberg så fint oppsummerer det (Grønneberg, 2020, s. 24): *«Slik definert går 'miljø' på 'de ytre livsvilkårene' som en helhet, der 'klima' inngår som en delmengde»*. På samme måte vil bedre håndtering av *overvann* inngå som en delmengde i et større miljøperspektiv, hvor oppgaven blir å sikre god håndtering av regnvannet.

Vi var inne på det allerede i innledningen. Overvann er en naturlig del av vannets kretsløp.⁴¹ Læren om vannets kretsløp inngår i faget *hydrologi*, derav det mer faglige uttrykket vannets hydrologiske kretsløp. Å ha kjennskap til de elementære delene av hydrologifaget er en grunnleggende forutsetning for å forstå opphavet til overvannsutfordringene. Det er i det hele tatt en grunnleggende forutsetning for å forstå forekomsten av vann helt generelt. Det kjente skoleeksempelet er at havvannet fordamper og hoper seg opp i atmosfæren. Etter hvert dannes det skyer som til slutt forlater atmosfæren i form av nedbør. En del av denne nedbøren treffer fastlandet. Størsteparten av vannet finner deretter veien tilbake til havet. Det er når vannet skal finne veien tilbake til havet at begrepet overvann kommer inn i bildet. Noe vann fordamper underveis, noe vann finner veien ned i grunnen – infiltrerer – og danner det vi kaller grunnvann, mens atter noe vann forbrukes gjennom naturens vakre mangfold av plante og dyreliv, inkludert oss selv. Det resterende vannet finner veien via bekker og elver. Som regel siger regnvannet ut i bekker og elver *via* grunnen, uten at vi legger særlig merke til det. Men når mengden øker klarer selv ikke naturen å absorbere alt regnvannet. Vi får avrenninger på overflaten, såkalt overvann.⁴² Som nordmenn flest vet vi at ikke alt faller som regn hele året. Noe av nedbøren faller som snø eller hagl, og det regnes selvfølgelig med til helheten.

⁴¹ Gjennomgangen i det følgende er basert på boken *Vann- og avløpsteknikk*, utgitt av Norsk Vann, kapittel 2 (Ødegaard, 2012, s. 41).

⁴² Må ikke forveksles med «overflatevann», som er en samlebetegnelse på alt vann som forekommer i elver, bekker, tjern og innsjøer (Ødegaard, 2012, s. 41).

I denne avhandlingen – og det pågående lovarbeidet for øvrig – fokuseres det imidlertid på overvann i en helt konkret kontekst. Det skyldes helt enkelt at vi mennesker har innrettet oss og påvirket den naturlige balansen på en så gjennomgripende og fundamental måte at vi ikke lenger er tjent med å snakke om hydrologi på den måten vi gjennomgikk over. Faget har derfor fått et eget navn innenfor tradisjonell hydrologi – «urbanhydrologi» (Ødegaard, 2012, s. 41 og 51). I korthet kan det oppsummeres slik:

«Overvann oppstår når det kommer nedbør eller snø smelter. Mye av dette vannet synker ned i grunnen (infiltrerer). Det som ikke infiltrerer, renner bort på overflaten og kalles overvann. Overvannet renner av på tak, veger, plasser [typisk torg, bakgårder, parkeringsareal, industriområder m.m. – min tilføyning] og andre flater».

Overvann kan i enkelte tilfeller skape ukontrollerte avrenningsmønstre, som gjerne hopper seg opp i lavereliggende strøk. Når nedbørsmengdene øker, særlig ved ekstremnedbør, oppstår gjerne det som kan kategoriseres som en flom. Vi kan kalle det «overvannsflom». Poenget er at vi ofte er tjent med å sondre mellom hva som er «overvannsflom», og hva som er «tradisjonell flom». En tilsvarende sontring forfektes av sivilingeniør Christen Ræstad i sitt innspill til KMD høringsnotat (Ræstad, 2020, s. 4-5). Ræstad benytter imidlertid en annen terminologi. Det er særlig fruktbart i en juridisk sammenheng. Tradisjonell flom oppstår når vassdragene vokser utover sine bredder. Derfor er ofte tradisjonelle flommer av et helt annet kaliber. Overvannsflom er i prinsippet håndterbart, og oppstår på bakgrunn av regnvann som *ikke* knytter seg til vassdragene, men som derimot hindres fra å infiltrere og fordroye på naturlige måter ved bruk av tette flater. At overvannet til slutt tilstrømmer vassdragene, er en annen sak. Hurtig avrenning fra tette flater kan dermed forårsake tradisjonell flom, fordi tilrenningshastigheten overstiger hva vassdraget evner å ta imot. Ikke desto mindre snakker vi fortsatt om tradisjonell flom, og tradisjonell flom er som regel *utenfor* menneskelig kontroll. Livet byr på usikkerhet av mange grunner, og noen ganger er det lite mer vi kan gjøre enn å se på at verden går sin skjeve gang.

Det vi derimot *kan* gjøre noe med, er å begrense bruken av uheldige løsninger som forsterker problemene, og i stedet medvirke til infiltrasjon, fordroyning og sikker avledning – simpelthen ved å innføre naturlige elementer eller etterligne disse. Vår oppgave blir å planlegge hvordan denne reisen – vannets «urbane» kretsløp – skal foregå.

2.2 Et samfunnsproblem – på sikt

Hva er det som gjør overvann så problematisk? Jeg skal bruke den relativt ferske hendelsen i Ask, Gjerdrum som eksempel. Det dramatiske leirskredet inntraff 30. desember 2020. Den utløsende årsak til skredet er fortsatt ukjent. Kort tid etter raset ble det utnevnt et eget ekspertutvalg som i skrivende stund undersøker forløpet til skredet, i håp om å finne svar. Av denne grunn er det viktig å understreke at min intensjon *ikke* er å spekulere i årsaken til raset, men snarere hvordan skredet kastet lys over vanntematikken – derav overvann. Saken illustrerer også godt at «urbane» utfordringer med overvann ikke bare handler om overvannsutfordringer innenfor Ring 3 i Oslo, men vel så mye i og rundt mindre tettsteder. Det nye lovforslaget må derfor ses i et større perspektiv.

Kort tid etter raset skrev Romerikes Blad om en eldre rapport fra 2004, utarbeidet av Norges Vassdrags- og Energidirektorat⁴³, som hadde uttrykt bekymring angående erosjonsfarer i Tistilbekken/Fjeldstadbekken (Gunnarshaug mfl., 2021). Det ble blant annet trukket frem hvordan Ask sentrum drenerer en del av overvannet til Tistilbekken/Fjeldstadbekken, og at vannmengdene hadde økt i takt med fortettingen. I forlengelsen av rapporten engasjerte Gjerdrum kommune et eksternt firma for å utarbeide en plan for overvannshåndtering i nedbørsfeltet. Snaue to uker senere, i samme avis, ble det publisert et generelt innlegg om mulig sammenheng mellom terrenginngrep og skred, hvor blant annet geologi-professor Helge Hellevang ved Universitetet i Oslo uttalte seg. Hellevang poengterte at «*alle inngrep som påvirker vannbalansen i et område vil kunne påvirke stabiliteten*» (Holterhuset, 2021). Uttalelsen er generell, men har stor overføringsverdi til en overvannssituasjon.

Eksempelet viser hva som *kan* bli resultatet av dårlig overvannshåndtering – i ytterste konsekvens.⁴⁴ Liv og helse har dog hele veien vært en del av mandatet til Overvannsutvalget jf. NOU 2015:16, s. 21 og 23. Tap av liv utgjør heldigvis en beskjeden rolle i Norge. Av større praktisk betydning er naturskadeerstatninger, som trekkes frem i en artikkel i Dagens Næringsliv 09.01.21 (Johannessen, 2021). Naturskadeerstatninger har vært praktisert i lang tid. Utfordringen er at vannskader utgjør en større andel av erstatningsutbetalingene.⁴⁵ Medregnet skredulykken i Gjerdrum ble det anslått forsikringsutbetalinger for nær 1,5

⁴³ Heretter omtalt som NVE.

⁴⁴ Det vil alltid innebære en viss risiko ved utilstrekkelig håndtering av vannmengder.

⁴⁵ I denne avisartikkelen medregnes alle typer skader i forbindelse med ekstremvær, ikke bare overvann.

milliard kroner, beregnet for hele 2020. Det var nok til å utgjøre en av de dyreste uværsårene på 40 år. På sikt vil dette, ifølge konsernsjef Helge Leiro Baastad i Gjensidige, medføre økte utgifter for husholdningene. For forsikringsselskapene er dette i beste fall en god forretningsmodell, fordi regningen uansett ender hos de som tegner forsikringen. Men nettopp derfor er dette et samfunnsproblem. Det vil påføre samfunnet – som helhet – unødvendig store kostnader og ressurser hvis det ikke gjøres avbøtende tiltak for fremtiden.

2.2.1 Tradisjonell overvannshåndtering

Frem til nå har det vært vanlig å lede overvannet i rør, via rister, sluk eller tilsvarende. På denne måten har grunneier borttransportert overskuddsvannet på en rask og effektiv måte. Men hvor ledes overvannet? Svaret på det er sammensatt. Noe ledes direkte til en nærliggende bekk eller vassdrag, andre leder overvannet til nærliggende veier, grøfter eller lavereliggende områder i terrenget, mens atter andre leder overvannet inn på det offentlige vann- og avløpsnett. Som regel har det sammenheng med topografien, grunnforhold, andre stedlige forutsetninger og faktisk praktisering gjennom historien. Av samme grunn er det store variasjoner på hva slags utfordringer som søkes løst. Hyppig bruk av tette flater medfører større sårbarhet for raskt og skadelig avrenning.

Resultatet av vår praksis har medført sprengt kapasitet på avløpsnett og skadelige avrenningsmønstre, med dertil økt sannsynlighet for «overvannsflo», skader på byggverk og annet materiell, erosjon og i ytterste konsekvens rasfare.

2.2.2 Ny strategi – bakgrunnen for lovarbeidet

Hvordan skal vi løse utfordringene? Stikkordet er fordrøyning. Vi må gjøre det vi kan for å «etterligne» naturen. Tilbakeføre noe av naturens egne virkemidler. Vi må avstå fra bruk av tette flater, unngå avledning i rør, gjenåpne lukkede vannspeil, innføre mer beplantning og mer til. Strategien har eksistert en stund allerede og går gjerne under navnet «treleddsstrategien»:

1. Fang opp og infiltrer → 2. forsink og fordrøy → 3. sikre trygge flomveier (Ødegaard, 2012, s. 353).

Den «nye» treleddsstrategien er både bærebjelken og hovedårsaken til det pågående lovarbeidet til KMD, DiBK og Miljødirektoratet. En av hovedutfordringene med strategien er det tverrfaglige aspektet. Når man plutselig løfter noe «usynlig» opp fra grunnen og frem i dagen, blir det raskt mange fler interesser involvert, og de utgjør ofte en motpol til hverandre. Løfter vi blikket så ser vi at spenningsfeltet ofte oppstår mellom myndighetenes *styringsbehov* og grunneiers behov for *rettsikkerhet*.⁴⁶ Carl August Fleischer har i sin tid vært ganske klar på at det *ikke* er snakk om en «*strid*» mellom samfunnet og den enkelte grunneier på plan- og bygningsrettens område, og etter datidens rettsbilde hadde han sikkert rett i det (Fleischer, 1992, s. 37).⁴⁷ Det gjelder særlig hvis vi konsentrerer oss om lovens plandel, hvor myndighetene selvsagt bør stå fritt til å (binende) regulere ønsket arealbruk for fremtiden, uten at det – som den klare hovedregel – utløser krav om erstatning. Plan- og bygningsloven inneholder imidlertid mer enn som så. Det har skjedd saker og ting i samfunnet siden boken ble skrevet. Blant annet gjennom inkorporasjon av menneskerettsloven av 1999 og den omfattende rettspraksis som har fulgt i forlengelsen av vedtaket. Dagens reguleringspraksis er på enkelte områder endret, i takt med en større grad av rettsliggjøring. Avhandlingens hovedfokus – pbl. § 31-9 – er et godt eksempel på det. Vi kommer nærmere inn på tematikken i kapitlene 5, 6 og 7. Først skal vi se på de tilgjengelige virkemidler vi har i dagens lovverk (kapittel 3). Deretter skal vi sette oss inn i lovgivers syn, og hvordan lovgiver ser for seg at utfordringene bør løses (kapittel 4).

⁴⁶ Ordet «rettsikkerhet» har lenge vært gjenstand for diskusjon i juridisk litteratur, ettersom ordet rommer mange ulike elementer, derav ulik bruk. Enkelte har derfor frarådet bruk av slike fellesbetegnelser, særlig når det brukes i rettsvitenskapelige analyser (Graver, 2019, s. 115 og Eckhoff og Smith, 2018, s. 60-61). De færreste er nok uenig i det, men jeg synes samtidig at Bjørn O. Berg har et poeng når han sier at «*ordet er godt, ved at det leder tanken i riktig retning, og at det ikke uten videre lar seg erstatte med andre ord som er bedre egnet*» (Berg, 2005, s. 31). For min del har jeg likevel unngått betegnelsen, ettersom det finnes bedre uttrykk for de hensyn og interesser som skal behandles. Hvilke uttrykk det er snakk om vil fremgå klart av sammenhengen. En tilsvarende løsning er lagt til grunn hos Stub (2011), s. 30, skjønt jeg stusser litt over hvordan han kan tillate seg å bruke ord som «*individhensyn*», etter selv å ha kritisert Ståle Eskelands vinkling om «*menneskeverdet*» i fotnote 36. Hva med vedtak som retter seg mot selskaper? Hvordan man ser dette vil til syvende og sist avhenge av hvilket rettsområde vi er på.

⁴⁷ Siktemålet med uttalelsen, som stammer fra Fleischers plan- og bygningsrettsbok, var nok hovedsakelig å underbygge nødvendigheten av rasjonell arealplanlegging, uten at slik regulering utløste krav om erstatning.

Kapittel 3: Gjeldende rett

3.1 Et utgangspunkt

I det følgende vil gjeldende rett presenteres. For å forstå hva som er nytt med det nye lovutkastet må vi først se på hvilke virkemidler kommunene har til rådighet i dag. Gjennomgangen tar sikte på sentrale rettsregler som muliggjør inngrep i *bestående tilstander* i forbindelse med overvannshåndtering i eksisterende bebyggelse. Begrunnelsen for at jeg ikke bruker termen *etablert rettsposisjon*, slik det gjerne blir fremstilt i juridisk litteratur, er at termen «etablert rettsposisjon» fort kan lede tanken over på en absolutt rettighet.⁴⁸ Poenget er å klarlegge og belyse dagens rammebetingelser de lege lata, når kommunen står ovenfor overvannsutfordringer på privat grunn, både bebygd og ubebygd areal. Rettsreglene er fordelt gjennom ulike lover, hvorav plan- og bygningsloven, vannressursloven⁴⁹ og forurensningsloven utgjør de viktigste.⁵⁰ Det betyr at rettsregler som fortrinnsvis knytter seg til byggesak/saksbehandlingsregler, selvforskyldte handlinger eller initiativ fra grunneier⁵¹ ikke vil bli behandlet. Bestemmelser som oppstiller flere typetilfeller som ikke er direkte relevant for oppgaven vil også utgå. Kun relevante ledd og setninger i bestemmelsene vil bli belyst. Begrunnelsen er at slike bestemmelser anses mindre styringseffektiv i eksisterende bebyggelse, eller de kan ha et snevert nedslagsfelt med hensyn til tiltak, derav mindre relevans for avhandlingen. Til slutt kan det tilføyes at det ikke er et mål i seg selv å gjengi et stort utvalg av rettsregler. Det forutsettes derfor god kjennskap til det øvrige lovverket.

⁴⁸ Se blant annet Andenæs og Fliflet (2017), s. 572. Se også Moltumyr Høgberg (2010), s. 15, hvor hun bruker termen «*rettstilstand*» ved gjennomgangen av tilbakevirkningsvernet i Grunnloven § 97.

⁴⁹ Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).

⁵⁰ Miljødirektoratet (u.å.) har på sin nettside utarbeidet en veileder for hvordan berørte myndigheter kan håndtere overvann, men av hensyn til oppgavens avgrensning vil kun et utvalg av bestemmelsene gjennomgå.

⁵¹ Her siktes det til skader og ulemper, sikring og istandsetting av eksisterende byggverk og installasjoner, forebyggende sikkerhetstiltak på nabogrunn, drift og vedlikehold og andre handlinger igangsatt eller voldt av grunneier selv eller nabo.

3.2 Virkemidler etter vannressursloven

Jeg starter gjennomgangen av gjeldende rett med bestemmelsen som opprinnelig lå til grunn for lovutkastet i NOU 2015: 16. Vannressursloven er knyttet til bruk og forvaltning av vassdrag- og grunnvannsforekomster, jf. vrl. § 1. Lovens primære oppgave er å sikre en forsvarlig utnyttelse av ferskvannsforekomstene, både på overflaten og i grunnen. I denne avhandlingen er det vrl. § 7 andre ledd andre punktum som er av interesse. Bestemmelsens andre ledd lyder:

Utbygging og annen grunnutnytting bør fortrinnsvis skje slik at nedbøren fortsatt kan få avløp gjennom infiltrasjon i grunnen. Vassdragsmyndigheten kan gi pålegg om tiltak som vil gi bedre infiltrasjon i grunnen, dersom dette kan gjennomføres uten urimelige kostnader.

Påleggshjemmelen i andre punktum er hovedsakelig knyttet til nye tiltak, jf. ordlyden «*utbygging og annen grunnutnytting*» i første setning. Den generelle regelen i første setning er ikke ment som et absolutt påbud, jf. uttrykket «*bør*». Siktemålet med bestemmelsen er tosidig. For det første skal den sikre en forsvarlig grunnvannsbalanse i området, og for det andre skal den forebygge farer for flom og oversvømmelse ved å legge til rette for fordrøyning. I de tilfeller hvor myndighetene⁵² har konkrete formeninger om hvordan ting bør løses i en pågående planprosess eller som forutsetning for tillatelse, har lovgiver gitt adgang for å pålegge konkrete tiltak etter andre punktum.

Det er imidlertid presisert i Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) s. 327 at pålegget også kan rettes mot eksisterende bebyggelse, jf. uttalelsen «*i etterhånd*», men at vilkårene for å gi pålegg sjeldnere vil være oppfylt i slike tilfeller. Bakgrunnen for uttalelsen må være at vilkåret «uten urimelig kostnad» skal forstås på samme måte i begge tilfeller. Hva som nærmere inngår i «urimelig kostnader» gir ikke forarbeidene noe klart svar på, annet enn å vise til en vurdering av «*merkostnaden, både isolert og i forhold til de samlede utgifter ved tiltaket*», jf. Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) s. 237. Uttalelsen knytter vurderingen opp mot «*tiltaket*», og gir derfor liten veiledning i de tilfeller hvor pålegget rettes mot eksisterende bebyggelse. Overvannsutvalget legger blant annet til grunn at avveiningen må bygge på en vurdering av måloppnåelse. Det vil si graden av forbedring, sett opp mot kostnaden grunneier må bære. Når det gjelder

⁵² Som oftest planmyndighetene – dvs. kommunene.

avklaring av kostnadsspørsmålet og hva som inngår i begrepet, vises det kun til vage formuleringer og retningslinjer, slik som alminnelige «*forvaltningsrettslig prinsipper*» og generelle «*ulemper*» som tiltaket fører med seg. Som eksempel på ulemper trekker Overvannsutvalget frem reduserte utbyggingsmuligheter og økte vedlikeholdskostnader, jf. NOU 2015:16, s. 142-143.⁵³

3.3 Virkemidler etter forurensningsloven

Formålet med forurensningsloven er todelt. For det første skal loven fungere som vern mot *fremtidige* forurensninger. For det andre skal loven begrense *eksisterende* forurensninger. Det er en omfattende lov med et stort og komplekst virkeområde. For avhandlingens del er det tilstrekkelig å påpeke at det handler om påvirkninger på «*det ytre miljø*», jf. forurl. § 3 første ledd første setning. I lovens kapittel 4 finnes det egne regler om avløpshåndtering, som for de fleste praktiske formål knytter seg til spillvann.⁵⁴ Som vi var inne på i kapittel 2 er overvann i utgangspunktet rent vann. Ut fra en slik tilnærming kan det virke snodig å ta for seg bestemmelser i en lov som har til siktemål å håndtere *forurenset* vann. Koblingen fremkommer imidlertid av legaldefinisjonen i forurl. § 21 andre ledd, som legger til grunn at «*Med avløpsvann forstås både sanitært og industrielt avløpsvann og overvann*». I vår sammenheng er det forurl. § 22 andre ledd, om «*krav til utførelse av avløpsanlegg*», som er av interesse. Andre ledd lyder:

Ved omlegging eller utbedring av avløpsledninger kan forurensningsmyndigheten kreve at eier av tilknyttet stikkledning foretar tilsvarende omlegging eller utbedring. Også ellers kan forurensningsmyndigheten kreve omlegging eller utbedring av stikkledning, når særlige grunner tilsier det.

Ifølge bestemmelsen kan forurensningsmyndigheten pålegge eier av stikkledning å utbedre anlegget, slik at det sikres tilsvarende kvalitet som det kommunale anlegget. Forutsetningen er at kommunen utfører utbedringer på det offentlige anlegget. I henhold til min avgrensning, jf. 3.1, går jeg ikke nærmere inn på detaljene i første setning. Fokuset ligger til forurl. § 22 andre ledd siste setning. Også *uavhengig* av kommunens rehabiliteringsarbeider kan

⁵³ Uttalelsene bygger i vesentlig grad på Brekken mfl. (2001) sin lovkommentar av vannressursloven.

⁵⁴ Spillvann er et faguttrykk som benyttes for å angi ulike former for «brukt vann» (Ødegaard, 2012, s. 31). Dvs. et fellesnavn på avløpsvannet som kommer fra både husholdninger og industrielle prosesser.

forurensningsmyndigheten pålegge «*omlegging og utbedring av stikkledning*», så sant det foreligger «*særlige grunner*». Som eksempler på særlige grunner kan nevnes stort etterslep fra en tidligere rehabilitering eller andre åpenbare feil og mangler på ledningsnettet som kan medvirke til skade og ulemper på det offentlige anlegget, jf. Ot.prp. nr. 11 (1979-1980). En slik tilnærming harmonerer godt med bestemmelsens ordlyd.

I forvaltningspraksis har det imidlertid blitt hevdet at bestemmelsen hjemler pålegg om frakobling av takvann. En slik tolkning finner hverken støtte i ordlyden eller forarbeider. Se for eksempel NOU 2015:16 s. 141-142 og Wang (2015) s. 115. Rettspraksis angående bestemmelsen finnes ikke. Det er språklig sett nokså stor avstand mellom *omlegging* og *frakobling*, i tillegg til at bestemmelsen eksplisitt knytter an mot «*stikkledning*», jf. forurl. § 22 andre ledd siste setning. En langvarig og konsekvent praksis *kan* ha rettskildemessig vekt i denne sammenheng, men det er tvilsomt hvorvidt det kan få *avgjørende* betydning. Det er vanskelig å trekke generelle slutninger fra en så tynt kildematerialet, og en slik tolkning må bero på en helhetsvurdering, hvor flere ulike momenter kan få betydning. For eksempel «*hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er ovenfor den som rammes*», jf. Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks), s. 537. Kort sagt er gjeldende rett på dette punkt usikkert. I de tilfeller hvor frakobling ikke innebærer omfattende arbeider, for eksempel ved at taknedløp som tidligere har blitt ledet via drensledninger frikobles og ledes ut på åpent terreng, og slik at eksisterende drensledning enten plugges eller (ved små tilpasninger) fjernes, taler gode grunner for at rettsgrunnlaget er tilstrekkelig. Ved små og kurante tiltak vil det være en klar fordel at offentlige avløpseiere er i stand til å hindre skadelig påslipp til avløpsanlegget, ellers ville det tilsi at anleggseier må finne seg i skadene og ulempene som kan oppstå, og dette kan neppe ha vært lovgivers intensjon. Men vel og merke; små og kurante tiltak. Innebærer frakobling større tilpasninger av mer omfattende karakter, er det neppe grunnlag for å pålegge frakobling med hjemmel i forurl. § 22a. Til det trenger man en klar hjemmel, jf. legalitetsprinsippet i Grl. § 113. En annen sak er at Miljødirektoratet (2020) i disse dager foreslår en eksplisitt hjemmel i ny forurl. § 22a, men siden dette kapittel er en ren de lege lata-fremstilling går jeg ikke nærmere inn på det her.

3.4 Virkemidler etter plan- og bygningsloven

Plan- og bygningsloven er av mange grunner sentral, ettersom mange av lovforslagene fra Overvannsutvalget utredning knytter seg til dette lovverket, men vel så mye at plan- og bygningsloven anses som et viktig styringsverktøy som kommune og stat har til rådighet for å styre arealbruk.⁵⁵ Lovens landsdekkende virkeområde – medregnet betydelige sjøareal – medfører naturligvis et sammensatt bilde med mange ulike interesser som skal ivaretas. I lovens § 1-1 er det derfor inntatt flere ulike formål. De fleste hensynene relaterer seg til planlegging og byggesaksbehandling, slik som samordning, åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning. Det følger imidlertid av min avgrensning at jeg ikke behandler tiltaksrelaterte aspekter ved lovverket, derav prosessuelle forhold, jf. punkt 3.1. Jeg lar derfor disse detaljene ligge i det videre.

Den norske planlovgivningen er innrettet slik at *realisering* av offentlige planer i stor grad ligger på private hender. Det kommer av at planers rettsvirkninger ikke griper inn i lovlig etablert bruk, men kun gir føringer for *fremtidig* arealutnyttelse, jf. pbl. §§ 11-6 første ledd og 12-4 første ledd. Unntaket er pbl. § 12-4 fjerde ledd, som vi snart kommer tilbake til. En konsekvens av innretningen er at tiltak som ikke anses å ha noen nevneverdig verdi⁵⁶ eller andre (åpenbare) fordeler, vanskelig lar seg realisere på frivillig basis. Av denne grunn er det inntatt et eget kapittel 16 om ekspropriasjon, plassert i lovens tredje del om «gjennomføring». Pbl. § 16-2 første ledd gir kommunestyret en direkte adgang til å fatte ekspropriasjonsvedtak i medhold av en *gyldig* vedtatt reguleringsplan, uavhengig av et forutgående samtykke. § 16-2 første ledd første setning lyder:

Kommunestyret kan foreta ekspropriasjon til gjennomføring av reguleringsplan.

⁵⁵ Carl August Fleischer sier blant annet at «Plan- og bygningsretten hører til de aller viktigste rettsområder – både når det gjelder å sikre enkeltpersoners velferd, og når det gjelder å vareta vesentlige samfunnsinteresser» (Fleischer, 1992, s. 5).

⁵⁶ Som oftest handler det om pengeverdier, men det kan også innebære mer personlige- og følelsesladde verdier, såkalt affeksjonsverdi.

I forarbeidene er det eksplisitt uttalt at den direkte ekspropriasjonsadgangen gjelder «*alle formål*», det vil si «*alle reguleringsformål bortsett fra landbruksformål*», Jf. Ot.prp. nr. 57 (1985-1986) s. 16. Med andre ord kan det eksproprieres til gjennomføring av alle formålene som er opplistet i lovens § 12-5 andre ledd. Lovgiver har også gitt en ikke ubetydelig adgang for departementet til å presisere hva som inngår i de seks hovedformålene som er opplistet i bestemmelsen, jf. pbl. § 11-1 femte ledd bokstav b)⁵⁷, og en slik adgang har KMD langt på vei benyttet seg av. I Kart- og planforskriftens⁵⁸ vedlegg I bokstav A er «*overvannstiltak*» inntatt som underformål under «*grønnstruktur*», jf. pbl. §§ 11-7 andre ledd nr. 3 og 12-5 andre ledd nr. 3. Endringen er et resultat av anbefalingene i NOU 2015:16 s. 118 og kom inn i Kart- og planforskriften i 2018.⁵⁹ Overvannsutvalget forutsatte opprinnelig at endringen skulle synliggjøres direkte i plan- og bygningsloven⁶⁰, men KMD har valgt å ikke gå videre med forslaget med den begrunnelse at endringen allerede er gjennomført i Kart- og planforskriften i 2018, jf. Prop. 32 L (2018-2019) s. 2. Innunder overvannstiltak gis det også mulighet for «*infiltrasjon/fordrøyning/avledning*», men formålet er kun aktuelt i reguleringsplan. Poenget er at sistnevnte underkategori forutsetter en mer konkret løsning.

Avslutningsvis – angående pbl. § 16-2 – er det verdt å merke seg bestemmelsens femte ledd. I den grad ekspropriasjon anses tjenlig for å håndtere overvann, er det ikke utenkelig at ekspropriasjonsvedtakene kan bli rettet mot enkelttomter, selv når utfordringen skyldes flere i fellesskap. Fra forarbeidene til § 35 nr. 3 i 1965-loven⁶¹ er det uttrykkelig nevnt at bestemmelsen *ikke* får anvendelse når ekspropriasjonen angår «*flere tomter under ett som et samlet hele*», jf. Ot.prp. nr. 1 (1964-1965) s. 96. Av samme grunn er det et bevisst valg fra lovgivers side å bruke ordlyden «*enkelte tomter*», for å tydeliggjøre at det kan foretas ekspropriasjon av flere tomter samtidig, så lenge de fremstår som selvstendige byggetomter i henhold til «*tomteinndelingen i den reguleringsplan som ligger til grunn for ekspropriasjonen*» (Ot.prp. nr. 1 (1964-1965) s. 95). Hvorvidt bestemmelsen aktualiseres, må

⁵⁷ Hjemmelen er gjentatt for reguleringsplanenes vedkommende i pbl. §§ 12-1 sjette ledd og 12-5 tredje ledd. Hvorvidt innretningen er pedagogisk/logisk, kan diskuteres.

⁵⁸ Forskrift 26. juni 2009 nr. 861 om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister (kart- og planforskriften).

⁵⁹ Forskrift 26. februar 2018 nr. 285 om endring i forskrift om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister (kart- og planforskriften).

⁶⁰ Nærmere bestemt pbl. §§ 11-7 andre ledd nr. 3 og 12-5 andre ledd nr. 3.

⁶¹ Som tilsvarende dagens pbl. § 16-2 femte ledd.

bero på en helhetsvurdering. Stor betydning har bestemmelsen neppe, jf. ordlyden «*bør i alminnelighet*». Tilsvarende synspunkt synes å bli lagt til grunn hos Tyrén (2018) s. 244 og Innjord og Zimmermann (2020a) s. 465. Pbl. § 16-2 femte ledd synes å slekte på en lignende bestemmelse i oreigningslova⁶² § 7, i den forstand at begge bestemmelsene har til hensikt å tydeliggjøre et konkret hensyn som bør undergis en særlig vurdering. Orl. § 7 utgjør ifølge Keiserud og Bjella (2015) s. 118 en beskjeden rolle i praksis. I forarbeidene til orl. § 7 var det blant annet dissens med hensyn til hvorvidt bestemmelsen i det hele tatt burde se dagens lys, jf. Ot.prp. nr. 43 (1957) s. 92. Det må derfor kunne hevdes at pbl. § 16-2 femte ledd vil ha en beskjeden rolle i en eventuell ekspropriasjon til overvannsformål.

I de tilfeller hvor planmyndigheten av ulike årsaker ikke har vedtatt en konkret reguleringsplan for formålet, for eksempel på grunn av tidsmessige årsaker, begrensede ressurser m.m., kan det være aktuelt å benytte pbl. § 16-4 om «*ekspropriasjon til vann- og avløpsanlegg mv.*». Det er særlig to sider som skiller seg fra pbl. § 16-2. For det første er anvendelsesområde vesentlig innsnevret. For det andre forutsetter bestemmelsen samtykke fra departementet.⁶³ Selv om det ikke er krav om en konkret reguleringsplan, må område som ønskes ekspropriert være *regulert*. Reguleringsvilkåret er forstått slik at det kan eksproprieres grunn *utenfor* regulert strøk, så lenge anlegget det eksproprieres til fordel for skal betjene et område som ligger *innenfor* et regulert område (Pedersen m.fl., 2018a, s. 485). Pbl. § 16-4 første ledd første punktum lyder:

Til avløpsanlegg, jf. forurensningsloven § 21, for regulert strøk kan kommunestyret selv med samtykke fra departementet foreta ekspropriasjon utenfor veggrunn for ledning med tilhørende innretninger.

Det følger av legaldefinisjonen i forurensningsloven § 21 første ledd at avløpsanlegg er knyttet til avløpsvann, som etter andre ledd inkluderer overvann, jf. gjennomgangen i punkt 3.3. Ordlyden kan være misvisende, ettersom det gjelder ekspropriasjon for «*ledning med tilhørende innretninger*». Forgjengerne til dagens lov – 1965- og 1985-lovens § 37 – inneholdt opprinnelig en tilføyning om «*lukket eller åpent overvannsløp*» (Ibid, s. 485).⁶⁴

⁶² Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eiendom [oreigningslova].

⁶³ Myndigheten er delegert til fylkesmannen, jf. rundskriv H-14/02.

⁶⁴ Se for eksempel Ot.prp. nr. 1 (1964-1965) s. 96-97 og Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 149.

Presiseringen ble sløyfet ved en lovendring i 1995, men uten at det var tilsiktet noen innholdsmessig endring. I forarbeidene uttalte datidens Kommunal- og arbeidsdepartement⁶⁵ at den tidligere presiseringen var «overflødig», jf. Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) s. 192 og 197. Det kan derfor legges til grunn at pbl. § 16-4 også hjemler ekspropriasjon til åpne overvannsanlegg. Det er imidlertid tvilsomt at bestemmelsen kan brukes til å ekspropriere grunn til større fordrøynings tiltak, all den tid forurl. § 21 første ledd begrenser seg til «transport og behandling av avløpsvann». Forarbeidene er tause om problematikken, bestemmelsen har aldri vært satt på spissen i rettspraksis og det synes ikke å være problematisert i juridisk litteratur. NOU 2015: 16 s. 125 konkluderer på sin side med at det ikke var behov for å gå nærmere inn på det. Gode grunner taler for at bestemmelsen må begrenses til vann- og avløpstekniske innretninger av hensyn til *forurensning*, og slik at overvann først om fremst knytter seg til sikker avledning på overflaten, for eksempel i form av flomveier frem til nærmeste sluk eller grøft. Ekspropriasjon innebærer et ikke uvesentlig inngrep og det bør unngås å innfortolke tiltak som ikke naturlig følger av ordlyd, rettspraksis eller forarbeider. Klar lovhjemmel ved ekspropriasjon er en alminnelig oppfatning i tråd med legalitetsprinsippet i norsk rett. Pbl. § 16-4 må på dette grunnlag sies å utgjøre en beskjeden rolle når det gjelder etablering av større og mer omfattende overvannstiltak.

3.5 Oreigningsloven § 2

Oreigningslova er en ren ekspropriasjonslov som foruten egne ekspropriasjonshjemler også inneholder sentrale saksbehandlingsregler.⁶⁶ Til forskjell fra ekspropriasjonshjemlene i plan- og bygningsloven kan ekspropriasjon etter oreigningslova foretas *uavhengig av plan*, men det forutsetter forutgående tillatelse av «Kongen» eller annet organ som er delegert slik kompetanse. Jeg går ikke nærmere inn på den statlige kompetansefordelingen. I henhold til min avgrensning i punkt 3.1 vil bare de materielle ekspropriasjonshjemlene som anses aktuell for avhandlings tema bli behandlet. Oreigningslova § 2 første ledd lister opp 55 ulike formål. Når det skal tas stilling til hvorvidt bestemmelsen hjemler ekspropriasjon for *overvannstiltak*, er det særlig nr. 47 og 53-54 som er av interesse.

⁶⁵ Nå Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

⁶⁶ Saksbehandlingsreglene har en kobling mot andre særlover i orl. § 30, men slik at særlovene kan ha egne tilpassede saksbehandlingskrav.

I orl. § 2 første ledd nr. 47 er det gitt hjemmel for ekspropriasjon til «*vassforsyning og avløp*». Forarbeidene gir lite veiledning utover å presisere at «*avløp*» inkluderer overvann, jf. Ot.prp. nr. 39 (1998-1999 s. 373. Bestemmelsen ble opprinnelig tilføyd i forbindelse med vedtakelsen av forurensningsloven i 1981, og ble senere endret og tilpasset den nye vannressursloven i 2000, blant annet ved at «*avløp*» også gjelder «*tiltak som utvider eller øker avløpet for å senke en innsjø*», jf. Ot.prp. nr. 39 (1998-1999) s. 373. Bestemmelsen kan i sistnevnte tilfelle ses i sammenheng med orl. § 2 første ledd nr. 50 om «*senking av grunnvassnivået*». Til tross for at bestemmelsen bruker kortversjonen «*avløp*» – sammenlignet med «*avløpsanlegg*» i forurl. § 21 første ledd – er det neppe større forskjell mellom disse uttrykkene enn at resonnementet i min gjennomgang av pbl. § 12-4 får tilsvarende anvendelse. Jeg viser derfor til drøftelsen i punkt 3.4.⁶⁷

Spørsmålet er videre hva som inngår i orl. § 2 første ledd nr. 53 og 54, som gjelder henholdsvis «*vern mot flom eller utrasing i vassdrag*» og «*øvrige vassdragstiltak*». Både ordlyden og forarbeidene til nr. 53 må forstås slik at det er tiltak til vern mot flom eller utrasing i vassdraget som setter rammen for bestemmelsens materielle innhold. Tilsvarende synspunkt gis av Keiserud og Bjella (2015) s. 91 med videre henvisninger, jf. «*faren som vassdraget potensielt innebærer i seg selv*».

Nr. 54 bærer preg av å være en slags «*sekkebestemmelse*» i de tilfeller hvor nr. 29, 47 eller 50-53 ikke hjemler tiltaket. Et stykke på vei stemmer dette, all den tid forarbeidene forutsetter at «*bestemmelsen er ment som en utfyllende regel og sikkerhetsforanstaltning*», men slik at den avgrenses mot «*vassdragstiltak*» etter vannressursloven, jf. Ot.ptp. nr. 39 (1998-1999) s. 373. Hvorvidt bestemmelsen kan nyttes til overvannsformål avhenger derfor av hva som regnes som «*vassdragstiltak*» etter vannressursloven. Vrl. § 3 første ledd bokstav a) definerer hva som regnes som vassdragstiltak:

[...] vassdragsanlegg og alle andre tiltak i vassdraget som etter sin art er egnet til å påvirke vannføringen, vannstanden, vassdragets leie eller strømmens retning og hastighet eller den fysiske og kjemiske vannkvaliteten på annen måte enn ved forurensning.

⁶⁷ Se særlig siste avsnitt.

Så godt som samtlige avgjørelser som knytter seg til vann, avløp og overvann omhandler *erstatninger* i forlengelsen av et påført (økonomisk) tap (Fjeldstad, 2019, s. 41). RG-2007-486 (Nittedal-dommen) er intet unntak.⁶⁸ Saken gjaldt spørsmålet om en kommune var erstatningsansvarlig som følge av vanninntrengning i tre kjellere. Årsaken til vanninntrengningen var økende vannstand i Glanerudbekken ved visse nedbørsperioder. Alle eiendommene grenser til bekken. Av faktum i saken ble det slått fast at ca. 60-70 prosent av overvannet fra Skytta industriområde var ført i rør, direkte til bekken. Tilsvarende gjaldt for Skytta eldresenter. Poenget i denne sammenheng var at retten – i forlengelsen av erstatningskravet – måtte ta stilling til hvorvidt overvannshåndteringen fra industri og eldresenteret utgjorde et «*vassdragstiltak*» etter vannressursloven § 3 første ledd bokstav a). Lagmannsretten fant det «*åpenbart*» at dette var tilfellet. Etter en gjennomgang av forarbeidene til vrl. § 3 første ledd bokstav a) konkluderte de med at overvannshåndteringen åpenbart var «*egnet til å påvirke vanntilførselen i bekken*». Tilsvarende konklusjon ble lagt til grunn av Tingretten.

Det er mange overvannsutfordringer som ikke nødvendigvis påvirker et vassdrag så direkte som i Nittedal-dommen. Det må nyanseres mellom ulike tilfeller, og saken kan neppe generaliseres og overføres til *ethvert* overvannstiltak som har til formål å kontrollere avrenningen fra et tenkt område. I Nittedal-saken var industriområde – lagerbygninger, asfaltflater m.m. – av en slik størrelse og omfang at vannmengdene utgjorde et betydelig volum, samt den umiddelbare nærheten til vassdraget.⁶⁹ Av denne grunn kan vi konkludere med at orl. § 2 første ledd nr. 54 begrenser seg til overvannsutfordringer som i kraft av sin størrelse, plassering og innretning er egnet til å utgjøre en *ikke uvesentlig påvirkning* på vassdraget. Ettersom det kom inn en egen eksplisitt hjemmel for overvannstiltak i kart- og planforskriften i 2018, jf. punkt 3.4, vil bestemmelsen neppe settes på spissen.

3.6 Oppsummering av gjeldende rett

Plan- og bygningsloven er av praktiske grunner den foretrukne ekspropriasjonshjemmel (Hauge mfl., 2021, s. 60). Det har sammenheng med at kapittel 12 i dagens plan- og bygningslov inneholder en lang rekke formålskategorier som ett stykke på vei tilsvarer opplistingen i orl. § 2 første ledd og at behovet for ekspropriasjon gjerne oppstår i

⁶⁸ Dommen har verken sidetall eller nummerering av avsnitt. Dette er normalt for avgjørelser fra lavere instanser, og det vil derfor ikke vises til eksakte sidetall og avsnitt i dommer hvor dette er tilfellet.

⁶⁹ Bekken var delvis lagt i rør gjennom og langs industriområde.

forlengelsen av en pågående reguleringsprosess. Det er også et viktig poeng at tiltakene som listes opp i orl. § 2 første ledd, som regel er av en slik karakter at det utløser krav om reguleringsplan etter pbl. § 12-1 tredje ledd (Ibid, s. 63). Plan- og bygningslovens betydning må imidlertid ikke overdrives, i den forstand at det finnes enkelte lovbestemte unntak, jf. for eksempel pbl. § 12-1 tredje ledd tredje punktum om «*konsesjonspliktige anlegg for produksjon av energi*» etter de respektive særlover. Det sentrale er imidlertid at begge lovene forutsetter at vilkårene for ekspropriasjon i orl. § 2 er oppfylt. Det betyr at inngrepet må være nødvendig og at inngrepet «*tvillaust er til meir gagn enn skade*», jf. orl. § 2 andre ledd.

Når det eksproprieres på bakgrunn av en reguleringsplan er det – som et utgangspunkt – godtatt at vilkårene i orl. § 2 er tilfredsstillt når avveiningen skjer som ledd i en alminnelig planprosess etter plan- og bygningsloven, jf. Rt. 1998 s. 416 (Namsos-dommen). Saken omhandlet en kommune som fattet vedtak om ekspropriasjon for å tilegne seg arealer som de allerede var fester av. Festekontrakten var tidsubegrenset og innebar full rådighet. I denne saken ble nødvendighetskravet satt på spissen. I den forbindelse ble også *avveiningskravet i forlengelsen av en planprosess* klarlagt. Høyesterett uttalte:

«Jeg er enig i at det normalt neppe vil bli plass for en ny selvstendig vurdering i forbindelse med ekspropriasjonsvedtaket til gjennomføring av planen. Men situasjonen kan ligge slik an at det på grunn av spesielle forhold må foretas en ny vurdering når ekspropriasjonsvedtaket treffes.»⁷⁰

Oppsummert kan det derfor – de lege lata – legges til grunn at offentlige planmyndigheter har et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for å bruke *ekspropriasjon* til gjennomføring av overvannstiltak på privat grunn. Det er imidlertid et kraftig virkemiddel som ofte kan medføre tidkrevende og kostbare prosesser, og det er ikke utenkelig at stat og kommune vil kvie seg med å benytte et så inngripende virkemiddel. En sentral virkning av ekspropriasjon er at eierskapet – og derfor driftsansvaret m.m. – overføres til det offentlige. På denne måten skiller ekspropriasjon seg vesentlig fra de øvrige virkemidlene behandlet i punkt 3.2 og 3.3, som begge forutsetter at eierskapet forblir i privat eie.

⁷⁰ Dommen side 420-421. Uttalelsen følges opp av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1999 s. 513, s. 516 i dommen (nå Høyesteretts ankeutvalg).

Når det gjelder tilfellene *utenfor* ekspropriasjon er virkemiddelapparatet snarere begrenset. Begrensningen kan grovt sett deles i to. For det første følger begrensningen av det selvsagte – det finnes bare *to* påleggshjemler som direkte berører overvannstematikken. For det andre forutsetter både vannressursloven og forurensningsloven en *subjektiv* årsakssammenheng. Når det er sagt, trenger ikke det å bety at handlingsrommet er *utilstrekkelig*. Det er først og fremst *begrenset*. Vi kommer nærmere inn på hvorfor i kapitlene 5, 6 og 7.

Kapittel 4: Veien fremover

4.1 Et utgangspunkt

Kort tid etter Overvannsutvalget overleverte sitt arbeid i NOU 2015: 16 ble utredningen lagt ut på høring av Klima- og miljødepartementet. Høringen dannet grunnlag for KMDs, Miljødirektoratets og DiBKs videre arbeid med lovforslagene. Arbeidet som er nedlagt i ettertid av NOU 2015: 16 fremstår derfor som uoversiktlig og fragmentert. Enkelte av forslagene som ble fremsatt av Overvannsutvalget er silt ut, og andre forslag er mer eller mindre omarbeidet i tråd med faginstansenes syn. I det videre skal jeg kun ta for meg KMDs høringsnotat angående videreføring av Overvannsutvalgets opprinnelige forslag til § 28-9 (nå pbl. § 31-9). Jeg vil derfor i liten grad behandle de øvrige høringsnotatene fra Miljødirektoratet og DiBK, ei heller andre bestemmelser i KMDs forslag. Gjennomgangen har til hensikt å gi en oppdatert fremstilling av status quo⁷¹, ettersom det ikke foreligger noen *samlet* fremstilling av høringsinnspillene i tilknytning til det nåværende høringsnotatet. KMDs egne, kortfattede gjengivelser er basert på høringsinnspillene fra NOU 2015: 16, og er derfor på enkelte punkt utdatert (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020, s. 39). Jeg har derfor hatt som ambisjon å være *tilnærmet* uttømmende på dette punkt når det angår nytt forslag til pbl. § 31-9.

4.2 Departementets syn

Det opprinnelige forslaget til Overvannsutvalget var å samle påleggshjemplene i én felles bestemmelse som både gjaldt *nye* tiltak og *eksisterende* bebyggelse. Det nye forslaget ble foreslått plassert i plan- og bygningsloven kapittel 28 – «*Krav til byggetomta og ubebygde areal*» - som ny § 28-9, jf. NOU 2015:16, s. 250. Overskriften til § 28-9 var på dette tidspunkt «*Infiltrasjon av vann i grunnen m.m.*», og bestemmelsen lød som følger:

⁷¹ Med utgangspunkt i høringsnotatet til KMD. Hvor langt departementet faktisk er kommet i sitt interne lovarbeid er i skrivende stund uvisst.

§ 28-9. Infiltrasjon av vann i grunnen m.m. (opprinnelig forslag)

Utbygging og annen grunnutnytting bør fortrinnsvis skje slik at nedbøren fortsatt kan få avløp gjennom infiltrasjon i grunnen.

Kommunen kan gi pålegg om tiltak som vil gi bedre infiltrasjon i grunnen, dersom dette kan gjennomføres uten urimelige kostnader.

Dersom det er nødvendig for gjennomføring av kommuneplan eller reguleringsplan, kan kommunen gi pålegg om etablering og drift av overvannsanlegg eller tilknytning til overvannsanlegg fastlagt i plan, dersom dette kan gjennomføres uten urimelige kostnader eller ulemper.

KMD har valgt å gå videre med Overvannsutvalgets forslag til ny pbl § 28-9, men har gjennomført en rekke endringer, både av *strukturell* art og *materielt* innhold. Den viktigste strukturelle endringen har vært å dele opp bestemmelsen i to, slik at skille mellom *nye* tiltak og pålegg i *eksisterende* bebyggelse blir tydeligere. De innholdsmessige forskjellene og endringer vil bli gjennomgått under, ledd-for-ledd, med utgangspunkt i det tidligere forslaget fra Overvannsutvalget. De reviderte utkastene til nye bestemmelser fra KMDs høringsnotat (2020) lyder som følger:

Ny § 28-9. Håndtering av overvann

Tiltak skal gjennomføres slik at overvann i størst mulig grad infiltreres eller på annen måte håndteres på eiendommen. Der det er nødvendig skal i tillegg forsvarlig avrenning sikres og opparbeides. Bestemmelsen gjelder der ikke annet er bestemt i plan. Kommunen kan stille vilkår om håndtering av overvann.

Ny § 31-9. Pålegg om tiltak mot overvann på bebygd eiendom

Der det er nødvendig for å unngå skade eller ulempe fra overvann, kan kommunen gi eier av bebygd eiendom pålegg om å sørge for bedre håndtering av overvann på eiendommen eller forsvarlig avrenning av overvann fra eiendommen. Pålegget må kunne gjennomføres uten uforholdsmessig stor kostnad.

Der det er nødvendig for å unngå vesentlig skade eller ulempe fra overvann, kan kommunen kreve at en eller flere av grunneierne erverver, sikrer og opparbeider privat fellesanlegg for overvannshåndtering. Det er en forutsetning at felles anlegg for håndtering og avledning av overvann for angitte eiendommer følger av bindende arealplan.

Den som foretar erverv, sikring og opparbeiding etter andre ledd kan kreve utgiftene refundert fra de grunneierne som etter reguleringen skal benytte anlegget. Refusjonen baseres på den andel av behovet for fellesanlegget som den enkelte eiendom representerer. Der det ikke oppnås enighet om fordelingen av kostnadene, avgjøres kostandene og fordelingen ved skjønn.

4.2.1 Hva er nytt?

Tidligere **pbl. § 28-9 første ledd**⁷² tilsvarte vrl. § 7 andre ledd første setning og har *ikke* blitt videreført i det reviderte forslaget. KMD har ansett det mer fornuftig å flytte gjeldende TEK 17 § 15-8 til det som nå blir pbl. § 28-9 første punktum. Videre er ny pbl. § 28-9 tilføyd et krav om forsvarlig avrenning i andre punktum, i tillegg til noen mindre lovtekniske tilpasninger i bestemmelsens tredje og fjerde punktum. Den nye pbl. § 28-9 utgjør i stedet en *parallel* til vrl. § 7 andre ledd første punktum. Det er viktig å merke seg at KMDs endring medfører at det ikke lenger er samsvar med det som var forutsatt i det tidligere forslaget til Overvannsutvalget. Ved fremtidig tolkning av den nye pbl. § 28-9 vil derfor enkelte uttalelser som fremgår av NOU 2015:16 være misvisende. Slik jeg forstår høringsnotatet, vil TEK 17 § 15-8 erstattes *fullt ut* med pbl. § 29-8 første punktum, slik at dagens TEK 17 § 15-8 utgår fra forskriften og får *lovs rang* (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020, s. 43). Ordlyden knytter seg til *nye tiltak* og skulle derfor tilsi at bestemmelsen ikke behandles nærmere, jf. avgrensningen i pkt. 1.3. Forslaget til ny pbl. § 31-9 første ledd er imidlertid forutsatt å tilsvare det materielle innhold i ny pbl. § 28-9. Derfor vil bestemmelsen være sentral for å forstå rekkevidden av pbl. § 31-9 første ledd.

⁷² I det følgende vil jeg bruke fet skrift på Overvannsutvalgets *tidligere* bestemmelser for å lette oversikten mellom gammelt og nytt. Det gjelder *kun* for punkt 4.2.1 (inneværende).

I merknadene til ny pbl. § 28-9 blir det påpekt at innretningen på vrl. § 7 og pbl. § 28-9 på noen områder er forskjellig, men at forståelsen av hva som menes med infiltrasjon er den samme. Begrunnelsen er imidlertid egnet til å skape misforståelser. KMD legger til grunn at plan- og bygningsloven generelt retter seg mot «byggetiltak», til forskjell fra ordlyden i vrl. § 7 andre ledd første punktum, som nevner «*utbygging og annen grunnutnytting*» (Ibid, s. 42-43). Etter min mening rommer tiltaksbegrepet i plan- og bygningsloven mye mer enn bare «*byggetiltak*», jf. oppstillingen i pbl. § 20-1.⁷³ Det blir derfor mer riktig å si at ulikhetene skyldes forskjellige *hensyn* i kraft av lovenes formål og virkeområde, i stedet for å *innsnevre* virkeområdet til plan- og bygningsloven.

Tidligere **pbl. § 28-9 andre ledd** var en ren overføring fra vrl. § 7 andre ledd siste punktum og videreføres *ikke* i nytt forslag til § 31-9 første ledd. Endringen har sammenheng med de nye forutsetningene som ble nevnt under kommentaren til tidligere **pbl. § 28-9 første ledd**. Ny pbl. § 31-9 første ledd får dog en egen ordlyd tilpasset *påleggsformålet*, derav et strengere vilkårstilfang enn ny pbl. § 28-9. Bakgrunnen for de nye vilkårene er naturligvis bestemmelsens virkeområde, og forslaget innebærer en så stor utvidelse i forhold til tidligere utkast (basert på vrl. § 7) at det blir riktigere å si at ny pbl. § 31-9 første ledd utgjør en helt ny hjemmel sammenlignet med gjeldende rett.⁷⁴

Tidligere **pbl. § 28-9 tredje ledd** var en helt ny bestemmelse som verken kunne eller kan spores i gjeldende regelverk. Den representerer en fundamental nyvinning sammenlignet med gjeldende vrl. § 7, slik at større og mer omfattende overvannstiltak – etablering av private overvannsanlegg⁷⁵ – kan pålegges. Hjemmelen er flyttet, omarbeidet, presisert og oppdelt i nytt forslag til pbl. § 31-9 andre og tredje ledd, hvorav tredje ledd er en ren tilføyning fra KMDs side – et forsøk på å utjevne skjevhetene som heftet ved Overvannsutvalgets opprinnelige utkast til **pbl. § 28-9 tredje ledd**. Ny pbl. § 31-9 skal tilsvare det materielle innholdet i ny pbl. § 18-2 (Ibid, s. 44 og 46).

⁷³ F.eks. pbl. § 20-1 bokstav k) – «*vesentlig terrenginngrep*».

⁷⁴ Adgang for pålegg *utenfor* byggesakstilfellene (ufrivillig).

⁷⁵ Overvannsanlegg defineres av Overvannsutvalget som «*anlegg for oppsamling, avledning og eventuelt behandling av overvann*». Se ordliste fremst i NOU 2015: 16.

4.2.2 Nærmere om innholdet i ny pbl. § 31-9

Som allerede nevnt skal forslag til ny pbl. § 31-9 sikre kommunene et bedre og mer effektivt styringsmiddel for å håndtere overvann i eksisterende bebyggelse. Slik forslaget nå foreligger, skiller KMD mellom to situasjonstyper, med dertil tilpassede hjemmelsgrunnlag. Den første situasjonstypen fremgår av første ledd og den andre situasjonstypen fremgår av andre og tredje ledd, jf. nærmere under. Bestemmelsen står *i utgangspunktet* på egne ben. Den er tiltenkt de situasjoner hvor det oppstår overvannsproblemer *uavhengig* av det øvrige virkemiddelapparatet i lovverket. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor ny pbl. § 31-9 overlapper med forslag til ny forurl. § 22a, til tross for påpekningen i SØAs rapport (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020, s. 41 og Samfunnsøkonomisk Analyse AS, 2018, s. 49). Jeg kommer nærmere tilbake til denne koblingen i kapittel 5. Jeg minner samtidig om avgrensningen i punkt 1.3 og 4.1.

Første ledd⁷⁶ er ment å dekke situasjoner hvor pålegget kan rettes mot én grunneier. Ordlyden «*bedre håndtering*» skal tilsvare ordlyden «*infiltreres eller på annen måte håndteres*» i ny pbl. § 28-9 første punktum (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020, s. 46). Det fremgår ikke av høringsnotatet hvorfor ordet infiltrere er tatt ut av ordlyden i § 31-9 første ledd. Videre fremgår det av bestemmelsen at tiltaket må være «*nødvendig*».⁷⁷ Ordlyden tilsier derfor *et minstekrav*. Det vil si at kommunen ikke kan benytte bestemmelsen til å pålegge tiltak ved å være «i forkant» av et problem. At det eksisterer et problem er imidlertid et nødvendig, men ikke nødvendigvis tilstrekkelig vilkår. Til illustrasjon fremgår det av bestemmelsens første ledd annet punktum at pålegges kun kan ilegges der kostandene anses *forholdsmessig*.⁷⁸ Som KMD selv uttaler; «*skaden eller ulempen må ha et visst omfang*» (Ibid, s. 46). Jeg bemerker at til tross for at en kommune blir oppmerksom på et problem, typisk ved at noen varsler om et mulig skadeomfang, står kommunen fritt til å velge om de ønsker å benytte adgangen for pålegg, jf. ordlyden «*kan*» i første ledd første punktum.⁷⁹

⁷⁶ I det følgende vil jeg bruke fet skrift for å tydeliggjøre hvilket *ledd* i den nye pbl. § 31-9 som behandles. Hensikten er å gi oversikt og lette lesningen. Det gjelder *kun* for punkt 4.2.2 (inneværende).

⁷⁷ Se nærmere punkt 7.2.

⁷⁸ Forholdsmessighet etter EMK behandles nærmere i kapittel 6.

⁷⁹ En slik valgfrihet er ikke nødvendigvis en selvfølge. Se til illustrasjon forurl. § 84.

En særlig problemstilling oppstår når høringsnotatet henviser til pbl. §§ 27-1 andre ledd og 27-2 andre ledd som «*veiledning*» for tolkningen av termen «*uforholdsmessig*». KMD sier riktignok «*så langt det passer*», men det er grunn til å være tilbakeholden med å utlede direkte overføringsverdi mellom de to regelsettene (Ibid, s. 41 og 46). Jeg kommer nærmere inn på utfordringene i punkt 5.3.4.

Andre ledd er tiltenkt de situasjoner hvor overvannsproblemet gjelder flere eiendommer i fellesskap, og intensjonen er å pålegge etablering og drift av overvannsanlegg, jf. ordlyden «*grunneierne*» og «*fellesanlegg*». I tillegg er andre ledd gitt en tilføyning om «*vesentlig skade eller ulempe*». Ordlyden presiseres i KMDs uttalelse ved at «*pålegget må gis for å løse grunnleggende fare for skade eller ulempe*» (Ibid, s. 42). Etter ordlyden kan pålegget rettes mot én grunneier, jf. første punktum. I høringsnotatet skriver KMD; «*Det kan videre tenkes at overvannsproblemer i et område først og fremst kommer fra én eiendom, og det kan da være rimelig at denne grunneieren bærer byrden ved å få fellesanlegget opparbeidet*» (Ibid, s. 47). Det går ikke klart frem av høringsnotatet om *driften* av anlegget kan tilskrives én grunneier på samme grunnlag, eller om det forutsettes driftet i fellesskap, etter at anlegget er etablert. Systematikken og ordlyden tilsier at bestemmelsen vanskelig kan forståes annerledes enn at anlegget skal driftes i fellesskap, men det er likevel grunn til å tro at også driftsutgiftene vil kunne fordeles etter nytte. Etter min mening bør det utvises forsiktighet under tolkningen av ord som «*felles*» og «*fellesanlegg*», all den tid disse uttrykkene kan lede tanken på feil spor og gjøre rettsanvenderen blind for hvilke skjevheter og reelle virkninger som ligger i å fordele etter nytte, behov, andel og tilsvarende fordelingsnøkler. At avgjørelsen kan avgjøres ved skjønn endrer ikke på dette.⁸⁰

Både KMDs høringsnotat og NOU 2015: 16 er sparsom når det gjelder overveielser av grunneiernes interesser. Et tilsvarende synspunkt kom også frem i masteroppgaven til Emily Coch Fjeldstad (Fjeldstad, 2019, s. 70). I høringsnotatet erkjenner KMD at overvannsutfordringene må veies mot den enkelte grunneiers beskyttelse, til tross for at det omhandler «*problemer de ikke kan bebreides for*» (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020, s. 41). De nøyer seg midlertid med å begrense påleggsadgangen til *private* overvannsanlegg som kun skal betjene et *bestemt* antall

⁸⁰ Jeg antar at denne kompetansen hører til jordskifteretten, hensett til det øvrige systemet i plan- og bygningsloven, jf. pbl. § 16-12 andre punktum.

eiendommer. Pålegget avgrenses blant annet mot *hovedanlegg* etter nytt forslag til pbl. § 18-1 første ledd bokstav d), men tilsvarer private overvannsanlegg som kan opparbeides etter pbl. § 18-2, jf. punkt 4.2.1. Hovedforskjellen mellom disse anleggstypene ligger først og fremst i at nye eiendommer ikke kan koble seg til private anlegg ved en senere anledning, slik utgangspunktet er for offentlige anlegg. Det kan imidlertid ikke utelukkes at den *reelle* forskjellen blir liten i praksis, avhengig av situasjonen som skal løses og hvor mange eiendommer som er involvert.

En viktig forutsetning for å pålegge private fellesanlegg er at anlegget er klart definert i plan. Et tradisjonelt planarbeid anses samtidig å tilfredsstille kravet om forutsigbarhet. Av samme grunn er kravet om forholdsmessige kostnader tatt ut av ordlyden, med den begrunnelse at dette ivaretas gjennom planprosessen (Ibid, s. 46). For å ytterligere kompensere for urimelige utslag etter andre ledd, har de tilført et **tredje ledd** hvor det foreslås en refusjonsordning. Denne ordning gjelder særlig der pålegget rettes mot én eller noen få grunneiere i et større avrenningsfelt. Av ordlyden fremgår det at kostnaden med etableringen skal fordeles etter nytte («*behovet*»). For de tilfeller hvor partene ikke skulle komme til enighet er det lagt inn en sikkerhetsventil, ved å åpne for at avgjørelsen kan tas ved skjønn. For øvrig viser jeg til det som ble sagt i første avsnitt angående **andre ledd**.

Avslutningsvis inneholder høringsnotatet en oppsummerende redegjørelse for økonomiske og administrative konsekvenser ved forslagene til ny §§ 28-9 og 31-9. Foruten å presisere de nye virkemidlene som kommunen er tiltenkt (påleggsadgang), fremgår det av et lite avsnitt nederst på side 48 i høringsnotatet at «*Forslaget setter klare rammer for kommunens handlingsrom. Overvannshåndteringen styrkes tilstrekkelig, samtidig som eiendomsretten opprettholdes*». Det siste har de for så vidt rett i, for det overføres ingen rådighet, men det første er forsiktig sagt en overdrivelse. Det er likevel et tankekors at KMD samtidig på side 7 i høringsnotatet sier at «*Det er behov for enkle og forutsigbare regler. Reglene må ta hensyn til bolig- og byggeiere, byggekostander, boligbygging og byrdene for kommunene*». Det første kan knapt nok hevdes å være tilfredsstilt, det siste har nok reelt sett kommet i skyggen for «*byrdene*» til kommunene.

4.3 Høringsinstansenes syn

Høringsnotatet ble lagt ut til offentlig ettersyn 2. mars 2020, med høringsfrist 02.06.2020. Det var totalt 53 høringsinstanser som innga uttalelse til utkastet; 17 instanser er positive, 3 instanser var kritiske, 5 instanser var svært negativ og resterende 28 instanser forholdt seg nøytrale eller taus til ny pbl. § 31-9. Det er imidlertid ikke et mål i seg selv å gjengi hver enkelt uttalelse, men det tilstrebes å belyse fangfoldet og de mest sentrale uttalelsene knyttet til min tematikk. Behovet for en gjennomgang har også en egenverdi for sammenhengen, samt å gi en oppdatert oversikt, jf. punkt 4.1. Den videre gjennomgangen er basert på hvor høringsinstansene står i forhold til ny pbl. § 31-9.

4.3.1 Høringsinstanser som er positive til forslaget

Kommunesektorens organisasjon⁸¹ stiller seg positiv til forslaget, men peker på noen svakheter. Den første svakheten relaterer seg til ordlyden «*uforholdsmessig stor kostnad*», sammenlignet med praktiseringen av pbl §§ 27-1 og 27-2. «*Etter KS oppfatning bør tiltaket vurderes opp mot risikoen for skade*», ikke kostnadsbetraktninger (Kommunesektorens organisasjon, 2020, s. 10). Tilsvarende synspunkt kommer til uttrykk i innspillene fra Moss kommune og Norsk vann (Moss kommune, 2020, s. 8 og Norsk Vann, 2020, s. 8). KS fremhever i tillegg Overvannsutvalgets forslag om en eventuell tilskuddsordning, finansiert gjennom overvannsgebyret (Kommunesektorens organisasjon, 2020, s. 11). Tankene rundt tilskudd, samt fondsordninger, forfektes også av uttalelsen fra Norges miljø- og biovitenskapelige universitet⁸² og Norsk Vann (Norges miljø- og biovitenskapelige universitet, 2020, s. 3 og Norsk Vann, 2020, s. 9).

Fylkesmannen i Rogaland og Norsk Kommunalteknisk Forening er enig med KS om svakhetene som ligger i forholdsmessighetsbegrepet og ber for sin del om en presisering av «*uforholdsmessig stor kostnad*», til tross for høringsnotatets henvisning til pbl. §§ 27-1 og 27-2 (Fylkesmannen i Rogaland, 2020, s. 2 og Norsk Kommunalteknisk Forening, 2020, s. 5). Vurderingen fremgår også av høringsinnspillet fra Norges Vassdrags- og Energidirektorat⁸³, men her synes det viktigste å være en anbefaling om å sløyfe kravet om 200-års

⁸¹ Heretter forkortet KS.

⁸² Heretter forkortet NMBU.

⁸³ Heretter forkortet NVE.

gjentaksintervall (Norges Vassdrags- og Energidirektorat, 2020, s. 1).⁸⁴ Sløyfing av gjentaksintervallet blir også anbefalt av Norsk Vann (Norsk Vann, 2020, s. 8).⁸⁵

På et mer overordnet plan mener KS at bestemmelsen er så komplisert at man står i fare for at pbl. § 31-9 blir en sovende bestemmelse. Hovedbegrunnelsen er at planprosessen – som er en forutsetning for bruk av pbl. § 31-9 andre ledd – *i seg selv* er så omfattende at flere kommuner vil avstå fra å bruke hjemmelen. Det siste gjentas hos flere i høringsrunden, blant annet Norsk Vann og Bergen kommune (Norsk Vann, 2020, s. 9 og Bergen kommune, 2020, s. 4). Det bør også trekkes frem at KS har et stort ønske om å behandle overvannsutfordringene i én lov, i tråd med det som lenge har vært bransjens ønske (Jakobsen, 2010, s. 470-471). KS' forslag er å samle alle bestemmelser knyttet til overvann i en omarbeidet og utvidet utgave av vass- og avløpsanleggsloven (KS, 2020, s. 3). Slik forslaget nå foreligger ser det ikke ut til å bli noen samlet lov med det første. Selv er jeg positiv til en slik løsning.

Moss kommune understreker i sin uttalelse hvordan høringsrundens fragmenterte preg vanskeliggjør en helhetlig vurdering (Moss kommune, 2020, s. 1). De er ikke alene om å mene det, og høringsinnspillene fra særlig Norsk Vann, Moss kommune og KS tar opp mange av de samme innvendingene.⁸⁶ Det byr naturligvis på utfordringer når ansvaret for tre lovendringer og to forskriftsendringer fordeles på henholdsvis to direktorat og et departement. NMBU nevner ikke eksplisitt pbl. § 31-9, men uttrykker et prinsipielt standpunkt som langt på vei kan overføres til alle overvannsanlegg som forutsettes driftet av private anleggseiere. Hovedbudskapet synes å være «*en tilråding om at det objektive ansvaret fjernes for overvann*», slik at private anleggseiere unngår å bli stilt ansvarlig for nedstrøms skader ved betydelige regnskyll, jf. gjeldende forurl. § 24a (Norges miljø- og biovitenskapelige universitet, 2020, s. 2).⁸⁷ Uttalelsen er derfor hovedsakelig erstatningsrettslig motivert. «*Det er nettopp slike situasjoner man har forsikringsselskaper for*» og «*Hvem som skal betale for vår sikkerhet bør debatteres tydelig, og ikke være en bivirkning av tekniske definisjoner [...]*» (Ibid, s. 3). Det er et godt poeng.

⁸⁴ Riktignok inntil videre, med den begrunnelse at kunnskapsgrunlaget er for usikkert. Det utelukkes imidlertid ikke at det kan innføres på en senere tidspunkt.

⁸⁵ For å få grep om omfanget, se eksempel i Mosevolls høringsuttalelse (Mosevoll, 2020, s. 14-15).

⁸⁶ Privatpersoner, enkeltpersonforetak og mindre høringsinstanser gir i stor grad sin tilslutning til overnevnte organisasjoner.

⁸⁷ Det gjelder særlig regresskrav fra de skadelidende grunneieres forsikringsselskaper.

Asker kommune er i utgangspunktet positiv til forslaget, men påpeker at myndighetene må være «varsom» med å bryte for sterkt med lovens øvrige system (Asker kommune, 2020, s. 2). Bakgrunnen skal være usikkerhet knyttet til påleggets tilbakevirkende element. De tar derfor til ordet for å se på alternative innretninger, eventuelt presiseringer av hva som ligger i de vage formuleringene i bestemmelsen. Tanken bak må antagelig være et ønske om å ikke være urimelig ovenfor sine innbyggere. Det kan også nevnes at Nedre Telemark Jordskifterett har inngitt en opplysende tilleggsanmerkning til lovforslaget. Hensikten med uttalelsen er å tydeliggjøre hvilke muligheter som finnes i jordskiftelova⁸⁸ §§ 3-8 til 3-10, hvis pbl. § 31-9 blir vedtatt. Jeg går ikke nærmere inn på hvilke muligheter som ligger i disse bestemmelsene av hensyn til oppgavens avgrensning.

Øvrige høringsinstanser som eksplisitt stiller seg positiv til lovutkastet er; Björn Sederholm, Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap, Miljødirektoratet, Kristiansand kommune, Sabima, Statens Vegvesen, Stavanger kommune, Trondheim kommune og Øvre Eiker kommune.

4.3.2 Høringsinstanser som er kritisk til forslaget

Advokatforeningen uttrykker i sitt hørings svar at forslaget til pbl. § 31-9 er «*utfordrende i forhold til grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper*» (Advokatforeningen, 2020, s. 4). De sier ikke noe om hva de legger i formuleringen «*grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper*», men nevner eksplisitt hensynet til forutberegnelighet. De er riktignok «*betenkt*» over virkningene, men velger å støtte forslaget. Det gjør de med henvisning til KMDs reviderte forslag, særlig innføringen av en forholdsmessighetsbetraktning. Formuleringen vil ifølge advokatforeningen medføre en «*tilstrekkelig balanse*» (Ibid). Norges Bondelag slutter seg til Advokatforeningens uttalelse (Norges Bondelag, 2020, s. 5). En kritisk holdning gjenfinnes også hos Finans Norge. De støtter forslaget «*under tvil*» (Finans Norge, 2020, s. 5). Tvilen er knyttet til flere forhold, deriblant manglende profesjonalitet, erstatningsrettslig utfordringer, systembetraktninger og at forslaget kan bli konfliktfremmende.

⁸⁸ Lov 21. juni 2013 nr. 100 om fastsetjing og endring av eigheds- og rettshøve på fast eige dom m.m. (jordskiftelova).

4.3.3 Høringsinstanser som er mot forslaget

En klar motstander av lovutkastet er Huseiernes Landsforbund. De har kort oppsummert inntatt et prinsipielt standpunkt om at kommunen selv må stå for sikring, etablering og håndtering av overvann. Begrunnelsen er først og fremst myntet på at «*Økte mengder av overvann er et samfunnskapt problem*» som samfunnet naturligvis bør løse i fellesskap, og at kommunen selv kan «*pulverisere kostandene*» ved bruk av gebyr (Huseiernes Landsforbund, 2020, s. 13). De har for øvrig vært en langvarig motstander av innretningen til eksisterende pbl. §§ 27-1 og 27-2 og måten disse bestemmelsene praktiseres på. Mye av kritikken er knyttet til en vaklende praktisering av forholdsmessighetskriteriet. Jeg kommer tilbake til pbl. § 27-2 i punkt 5.3.4.

Heller ikke Byggenæringens Landsforening⁸⁹ støtter nytt forslag til pbl. § 31-9, med følgende begrunnelse (Byggenærings Landsforening, 2020, s. 6):

«BNL mener at kunnskapsgrunnlaget for å benytte en slik bestemmelse for sikring av overvannsskader på eksisterende bebyggelse er mangelfullt, vilkårene uklare, prosessen for krevende og hvordan skal kommunen kunne vurdere uforholdsmessige kostnader i forhold til overvann. Risikoen for at det fattes vedtak som påfører bygningseier urimelige kostnader vil være stor.»

Lovarbeidet har etter BNLs syn et ensidig fokus på kommunens virkemiddelbruk, på bekostning av alternative insentiver til å fremme frivillig tiltak, slik som ENOVA-tilskudd, samt ulike fondsordninger, jf. høringsinstansene som ble nevnt i punkt. 4.3.1.

Boligprodusentenes forening føyer seg til BNLs uttalelse. For øvrig er Norske Boligbyggelags Landsforbund SA og OBOS sterkt imot.

4.3.4 Kort om Justis- og beredskapsdepartementets høringsuttalelse

Høringssvaret fra Justis- og beredskapsdepartementet stiller seg i hovedsak nøytral til KMDs ulike lovforslag, og må derfor ses som en ren lovteknisk uttalelse. I den anledning er det blant annet verdt å merke seg følgende (Justis- og beredskapsdepartementet, 2020, s. 1):

⁸⁹ Heretter forkortet BNL.

«Dersom meningen er å gi en hjemmel for også å kunne gi pålegg om håndtering av overvann på en eiendom som ikke er bebyggt (og som derfor ikke omfattes av forslaget til ny § 31-9), og som det heller ikke er søkt om tillatelse til å foreta tiltak på, må det gis en uttrykkelig hjemmel for slikt pålegg.»

En slik hjemmel kan for eksempel brukes der pålegget rettes mot et stort asfaltert parkeringsareal. At pbl. § 31-9 bare gjelder eiendom som er *bebyggt*, fremgår eksplisitt av ordlyden til bestemmelsens første ledd. Etter andre ledd er det ikke like innlysende, all den tid det kun fremgår at det er «grunneierne» som kan pålegges plikten. Høringsnotatet forutsetter imidlertid at det kan oppstå en overlapp mellom pbl. § 31-9 og nytt forslag til forurl. § 22a under gitte omstendigheter, og det presiseres at pbl. § 31-9 andre ledd skal fungere som «*et alternativ og et supplement til hjemmelen i første ledd*» (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020, s. 41 og 46). Justis- og beredskapsdepartementet har derfor et godt poeng.

Den viktigste siden ved høringsinnspillet angår forholdet til Grunnloven §§ 97 og 105. Hverken NOU 2015: 16 eller KMDs høringsnotat nevner denne koblingen. Som gjennomgangen ovenfor viser, har ingen av høringsinstansene påpekt hverken forholdet til Grunnloven eller de internasjonale forpliktelsene vi er tilsluttet. Det er underlig at Justis- og beredskapsdepartementet ikke samtidig nevner EMK, særlig konvensjonens artikkel 1 første tilleggsprotokoll. Forslaget til ny pbl. § 31-9 gir utvilsomt adgang for inngrepene vedtak ovenfor grunneiere. Det er derfor bekymringsfullt å observere at forholdet til EMK TP1-1 ikke engang er nevnt i en bisetning. Lovavdelingen har nemlig en svært sentral rolle ved vurdering av grunnlovsmessigheten av nye lovforslag (Dommernes uavhengighet, 2012, s. 196). Det burde gjelde en tilsvarende rolle ovenfor internasjonal rett. En forklaring kan nok være at Lovavdelingens primære rolle er å foreta en lovteknisk gjennomgang, hvorav de materielle spørsmålene som regel er avklart i forkant (Backer, 2013, s. 70). Strengt binende er Lovavdelingens uttalelser uansett ikke. Ulempen er at lover som burde vært undergitt en nærmere behandling, lettere passerer uten nevneverdig korreksjoner. Vi har etter min mening mange erfaringer – på godt og vondt – knyttet til forpliktelser etter internasjonal rett, at det knapt er mulig i våre dager å komme unna viktige avveielser med innvendinger som at «dette var vi ikke klar over» eller tilsvarende. Med et forslag av det kaliber som pbl. § 31-9 legger opp til, må det kunne forventes en grundig gjennomgang av hvilke rammer som gjelder. Jeg skal se nærmere på EMK TP1-1 i kapittel 6.

4.3.5 Oppsummering av høringsuttalelsene

Avslutningsvis, og som en oppsummering, ser vi at høringsuttalelsene dekker et stort mangfold av innvendinger. Det er likevel tre overordnede synspunkter som peker seg ut. To av synspunktene omhandler et behov for avklaring av helt grunnleggende forutsetninger knyttet til ansvar og økonomi. Det er nok riktig å si – sett under ett – at avklaring av ansvar og økonomi utgjør hovedbudskapet i høringsuttalelsene. Det er vanskelig å ikke være enig med flere av lovforslagene. Problemet ligger i at myndighetene ikke har tatt stilling til hvordan ansvar skal plasseres og hvordan tiltakene skal finansieres. Begge innvendingene – ansvar og økonomi – byr på en jungel av spørsmål som krever avklaring. Den siste hovedutfordringen synes å være det Advokatforeningen litt upresist kaller «*grunnleggende rettsikkerhetsprinsipper*», jf. punkt 4.3.2. Det siste henger selvsagt tett sammen med ansvar og økonomi. Det vil langt på vei sprengte rammen for min avhandling å gå i detalj. Elementer av disse tre hovedutfordringene vil dukke opp flere steder i avhandlingen.

De tre ovennevnte hovedutfordringene, i tillegg til et mangfold av andre problemstillinger i og utenfor overvannsarbeidet, skyldes i stor grad et større overordnet problem. Det eksisterer per dags dato ingen samlet, overordnet *statlig* myndighet til å sikre en rasjonell og forsvarlig vann-, avløp- og overvannsforvaltning. Det ser vi allerede på hvordan lovarbeidet er organisert. Problemet er på ingen måte noe nytt. Et ønske om et helhetlig, og ikke minst *enhetlig* rammeverk var også på agendaen ved inngangen på 2000-tallet. Av forordet til Norsk Vanns lærebok i vann- og avløpsrett uttrykkes utfordringen slik (Jakobsen, 2010, s. 5):

«Vann- og avløpstjenestene er av karakter mangfoldige da det handler om både helse, miljø, sikkerhet, økonomi, teknologi, kommunal forvaltning, forbrukerrettigheter etc. etc. Det er dermed også en rekke myndigheter som har et delansvar for å gi rammebetingelsene på vann- og avløpsområdet. Det er en utfordring at det ikke er utpekt ett ansvarlig departement som har i oppgave å koordinere statlige myndigheters regelverksarbeid på vann- og avløpsområdet.»

4.4 Håndtering av eget overvann

Jeg skal avslutningsvis knytte noen kommentarer til prinsippet om håndtering av eget overvann. Bakgrunnen for forslaget til pbl. § 28-9 (nåværende forslag § 31-9) er prinsippet om at «ansvaret for klimatilpasning ligger til den aktøren som har ansvaret for en oppgave eller funksjon som blir berørt av klimaendringer», jf. NOU 2015: 16, s. 88, jf. Meld. St. 33 (2012-2013), s. 35. Ifølge Overvannsutvalget betyr det at en «betydelig del» av ansvaret for overvannshåndtering må ligge på grunneier. «Det er utvalgets syn at den enkelte har et særlig ansvar for å håndtere overvann på sin eiendom», jf. NOU 2015: 16, s. 89. En slik grunntanke er unektelig inspirert av det grunnleggende prinsipp fra miljøretten om at forurenser betaler, jf. forurl. § 2 første ledd nr. 5. Det kommer enda tydeligere frem under utredningens kapittel 22 om «økonomiske og administrative konsekvenser». Se NOU 2015: 16, punkt 22.1.5 s. 243 og punkt 22.3 s. 245. Utover disse overordnede betraktningene sies det lite om innholdet og omfanget av et slikt prinsipp.

En god indikasjon på det nærmere innholdet i «forurenser-betaler-prinsippet» er Rt. 2012 s. 944 (Elverum Treimpregnering AS). Saken omhandlet et refusjonskrav for deler av utgiftene som forurensningsmyndighetene hadde pådratt seg i tilknytning til en opprensning av sterkt forurenset grunn. Forekomsten lå i sin helhet på grunneier Grindalens tomt. Tidligere hadde Elverum Treimpregnering AS holdt til på tomten, slik at grunnen etter hvert var blitt sterkt påvirket av kreosot. Etter årenes løp var det blitt gjennomført en rekke fusjoner og videresalg som gjorde at det etter hvert ble svært vanskelig for forurensningsmyndighetene å plassere ansvar for opprenskningen, slik at myndighetene til slutt endte med å gjennomføre opprenskningen på egen regning. I etterkant ble det rettet et refusjonskrav til nåværende grunneier, Grindalen, som benektet kravet. Grindalen anførte at han umulig kunne være ansvarlig, ettersom det var den tidligere industrien som hadde forårsaket forurensningen. Dette var ikke Høyesterett enig i. Etter en gjennomgang av Rt. 2010 s. 306 (Hempel 1) – hvor et morselskap ble ansett ansvarlig for datterselskapets forurensning – uttalte førstvoterende Indreberg følgende på side 81 og 82 i dommen:

«Mitt syn er altså at grunneierens ansvar ikke beror på en konkret vurdering av om grunneieren er den nærmeste til å bære ansvaret. Grunneieren 'er' ansvarssubjektet, eventuelt ved siden av andre, og det er bare i helt spesielle tilfeller dette kan tenkes ikke å gjelde. Det innebærer at forurensningsmyndighetene kan velge å gå på grunneieren, selv om grunneieren ikke er den forurensningen skriver seg fra. Men der en annen klart peker seg ut som nærmere til å foreta effektive tiltak, vil det etter omstendighetene kunne tenkes å innebære myndighetsmisbruk å rette krav mot grunneieren» (anførselen står opprinnelig i kursiv).

Refusjonskravet beløp seg til 2,3 millioner, og den totale opprenskningen kom på ca. 15 millioner. Foruten noen helt særegne omstendigheter i den konkrete saken, må det likevel kunne legges til grunn at den fremhevede uttalelsen fremstår som generell, slik at det vil kunne legges til grunn ved ansvars plassering i senere saker av samme karakter. Det er dog viktig å presisere at dommen ikke kan tas til inntekt for at grunneier *alltid* vil være pliktsubjektet, jf. uttrykket «*velge*». Tilsvarende syn ble lagt til grunn i oppfølgeren til Hempel 1-dommen, LG-2013-210482 (Hempel 2).⁹⁰ Det er nærliggende å tro at det er denne rettstilstand som *reelt* sett ligger til grunn for Overvannsutvalgets lovforslag, og som nå følges opp KMDs utkast. Jeg er ikke overbevist om at dette lar seg forene med verken det norske systemet i sin helhet eller EMK-retten i særdeleshet. Først skal jeg klarlegge hva «pålegg» egentlig er.

⁹⁰ Dommen ble nektet fremmet av Høyesteretts ankeutvalg.

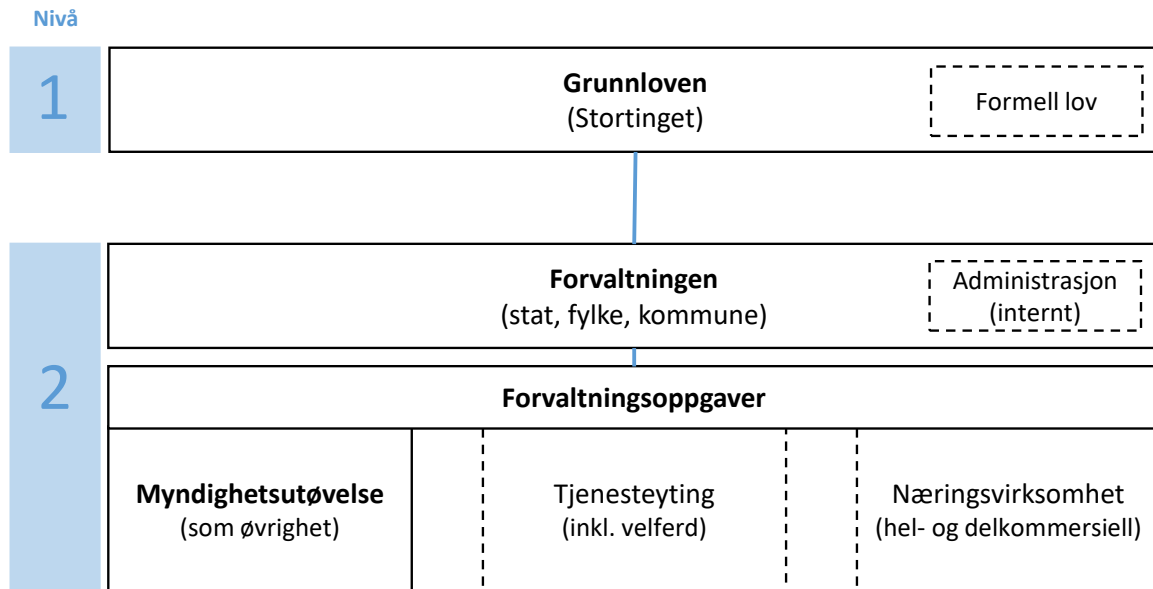
Kapittel 5: Samfunnsendringer og styring

5.1 Et utgangspunkt

Et stadig tilbakevendende tema innen stats- og forvaltningsrettslig teori er avveiningene mellom samfunnets behov for styring og hensynet til borgernes rettigheter. Kort sagt forholdet mellom fleksibilitet og stabilitet (Høgberg, 2010, s. 90). En sentral utfordring med overvann – og andre samfunnsutfordringer og utviklingsbehov for øvrig – er at endringene ofte krever tilgang på areal. Særlig i byer og tettsteder er arealressursene et knapphetsgode. Store deler er underlagt privat eiendomsrett og kan derfor utgjøre en hindring for å møte overvannsutfordringene. «*Utfordringen ligger i å finne et system som gir tilstrekkelig stabilitet, og samtidig er så fleksibelt at det gir rom for utvikling når endringer i samfunnsforholdene tilsier det*» (Solheim, 2010, s. 39).

Når offentlige myndigheter opptrer som øvrighet ovenfor sine borgere med sikte på å styre atferd, sier vi gjerne at de bedriver *myndighetsutøvelse*. Myndighetsutøvelsen er i grove trekk én av fire mulige «hovedroller» som myndighetene kan inneha, skjønt den ene har mer med forvaltningens interne organisering å gjøre. I tillegg til myndighetsutøvelsen består rollene av *tjenesteyting, næringsvirksomhet og intern administrasjon*⁹¹ (Irgens-Jensen, 2019, s. 619-620). Sammenhengen illustreres i figur 1. De ulike rollene er nokså forskjellig, og jeg skal konsentrere meg om rollen som myndighetsutøver, slik de heltrukne linjene i figuren forsøker å illustrere.

⁹¹ Dvs. på hvilken måte offentlige forvaltning velger å organisere seg på internt. Organiseringens betydning er sentral, ved at den utgjør «*en faktor som kan ha betydning for [...] virkemidlers effektivitet*» (Eckhoff, 1983, s. 34).



Figur 1: Forvaltningens fire «hovedroller», medregnet intern administrasjon (egenprodusert).

Myndighetsutøvelse forutsetter en kompetanse, det vil si evne til å normere atferd gjennom fastsetting av normer (Graver, 2019, s. 111). Slik kompetanse får forvaltningen normalt fra Stortinget gjennom demokratiske lovgivningsprosesser som munner ut i formelle lover. Stortinget er på sin side tildelt kompetanse gjennom Grunnloven, og de særlige bestemmelser som der gjelder for våre tre statsmakter. For den enkelte borger er det hovedsakelig Grunnloven del E som er av interesse. Her fremgår en rekke grunnleggende bestemmelser knyttet til individet, og som statsmaktene er satt til å ivareta på bakgrunn av sine ulike roller. En sentral bestemmelse er Grunnloven § 113, som fastslår det såkalte *legalitetsprinsippet*:

Myndighetenes inngrep ovenfor den enkelte må ha grunnlag i lov.

Bestemmelsen knesetter et grunnleggende prinsipp for en velfungerende rettsstat; myndighetene er selv bundet av retten (Bernt og Mæhle, 2007, s. 49 og 146). Av samme grunn kan ikke lovgiver ture frem å vedta lover som den selv finner for godt befinnende. Det gjelder visse grenser. Ordlyden i Grl. § 113 blir gjerne gjengitt som en positiv, materiell tilnærming, mens andre har valgt å se lovkravet fra en negativ, formell synsvinkel. Selv om det kan innvendes både styrker og svakheter med begge tilnærmingene, finner jeg det ikke nødvendig å gå nærmere inn på detaljene, ettersom forslaget til ny pbl. § 31-9 utvilsomt krever

et formelt kompetansegrunnlag – det vil si lovs form.⁹² For mitt formål er det tilstrekkelig å understreke at offentlige myndighetsutøvelse må ha et *tilstrekkelig* kompetansegrunnlag for å utøve atferdsregulerende myndighet, og som regel er formell lov nødvendig når det skal gjennomføres inngripende vedtak ovenfor den enkelte.⁹³

I dette kapittelet skal jeg se nærmere på hva «pålegg» er. Hensikten er å klarlegge hvilke virkninger som følger av å fatte et vedtak om pålegg. Jeg vil forsøke å plassere pålegg i et større perspektiv – gjennom en utbygning av figur 1 – og på denne måten vise sammenheng med ulike situasjoner der pålegg kan være aktuelt som virkemiddel. Etter at jeg har skaffet oversikt over hva pålegg er og hvordan pålegg kan plasseres i forhold til andre virkemidler som forvaltningen har til rådighet, går jeg nærmere inn på et konkret eksempel – med utgangspunkt i pbl. § 27-2 andre til fjerde ledd. Aller først skal jeg gjennomgå mine innvendinger mot SØAs og Emily Cock Fjeldstads syn på Overvannsutvalgets tidligere lovutkast (pbl. § 28-9), og hvorfor jeg mener at de tar feil når de konkluderer med at påleggene samlet sett må anses som «ekspropriasjonslignende inngrep» som tilsier krav på full erstatning.

5.2 Ekspropriasjon, rådighetsinnskrenkning og pålegg

I forlengelsen av Overvannsutvalgets utredning i NOU 2015: 16 oppstod det behov for en grundigere gjennomgang av utvalgte lovforslag. Et av forslagene var Overvannsutvalgets nye pbl. § 28-9.⁹⁴ Oppdraget ble utført av SØA, advokatfirmaet Hjort og Rambøll Water, på vegne av KMD og Miljødirektoratet. Rapporten ble ferdigstilt oktober 2018. Den juridiske delen av rapporten konkluderte med at daværende forslag til pbl. § 28-9, sammenholdt med nytt forslag til forurl. § 22a⁹⁵, måtte anses som et «ekspropriasjonslignende inngrep», derav krav

⁹² Hans Petter Graver har for sin del funnet det fruktbart å benytte begge tilnærminger, fremfor å velge kun én bestemt tilnærming (Graver, 2019, s. 218).

⁹³ En oversikt over *andre* kompetansegrunnlag enn formell lov, se f.eks. Graver (2019), s. 216 og Eckhoff og Smith (2018), s. 347.

⁹⁴ Bestemmelsen er nå videreført i et revidert og omarbeidet utkast fra KMD, jf. kapittel 4, særlig punkt 4.2.1.

⁹⁵ Også denne bestemmelsen har gjennomgått endringer siden førsteutkastet i NOU 2015: 16. Se høringsnotat til ny forurensningslov (Miljødirektoratet, 2020, s. 16). Forurl. § 22a skal lyde: «*Når det er nødvendig for å avlaste kommunalt avløpsanlegg, kan kommunen pålegge eier av eiendom som er tilknyttet kommunalt avløpsanlegg å koble overvann helt eller delvis fra avløpsanlegget eller fordroye overvannet før påslipp til avløpsanlegget. For å sikre forsvarlig håndtering av overvannet kan kommunen pålegge eier å sørge for tiltak for å håndtere*

på full erstatning (SØA, 2018, s. 52). Emily Cock Fjeldstad fulgte året etter i samme spor og ga full tilslutning til SØAs konklusjon (Fjeldstad, 2019, s. 52). Konklusjonen hviler etter min mening på et tvilsomt (retts-)grunnlag og jeg skal i det videre forsøke å forklare hvorfor. Drøftelsen tar utgangspunkt i SØAs rapport, ettersom Fjeldstad i all hovedsak bygger på deres arbeid.

Jeg var inne på ekspropriasjon i min gjennomgang av gjeldende rett i kapittel 3, men dog med fokus på *virkemiddelapparatet* som offentlig myndigheter har til rådighet. Nå er fokuset hva ekspropriasjon *er*, og hva som skiller det fra rådighetsinnskrenkning – og ikke minst pålegg. Hensikten er å tydeliggjøre forskjellene, før jeg deretter går nærmere inn på hvordan jeg mener at lovforslaget må forstås. Av hensyn til avhandlingens omfang skal jeg ikke foreta noen dyptgående analyse, og jeg anser det tilstrekkelig for mitt formål at kun de overordnede rammer blir belyst. I Grunnloven § 105 står det:

Fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen.

Grl. § 105 knesetter et fundamentalt premiss for at noe kan anses for å være ekspropriasjon, derav krav på full erstatning. Det er kun den som må «*avgi*» sin faste eller rørlige eiendom som har krav på erstatning. Tilsvarende formuleringer gjenfinnes i en rekke lover som hjemler ekspropriasjon, deriblant orl. § 1 («*vert teken med tvang*») og pbl. § 16-1 («*ervert ved tvang*»). Enkelte lover henviser til oreigningsloven, for eksempel ekomloven § 12-3⁹⁶ femte ledd. Det kan imidlertid tenkes en *svært begrenset* adgang til å anvende Grl. § 105 analogisk på tilfeller hvor *virkningene* av rådighetsinnskrenkningen er så altomfattende at de *reelt sett* fratrar grunneier *enhver* form for utnyttelse, ofte omtalt som «*de facto*» ekspropriasjon.⁹⁷ Det er selvfølgelig ingen ting i veien for at lovgiver positivt angir at erstatning skal ytes – slik vegloven § 37⁹⁸ er et eksempel på – men den klare hovedregel er fremdeles at

overvannet på egen eiendom eller å lede overvannet til annet avløpsanlegg eller alternativ avrenningsvei». En forutsetning for pålegget er at grunnarealene er *egnet* til å håndtere vannmassene ved frakobling (Ibid, s. 14).

⁹⁶ Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).

⁹⁷ Se f.eks. Solheim (2010), s. 61.

⁹⁸ Lov 21. juni 1963 nr. 23 om veiger (veglova).

rådighetsinnskrenkninger må tåles erstatningsfritt.⁹⁹ Som en overordnet forklaring på forskjellen mellom rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjon skriver Hauge mfl. (2021) s. 27:

«Som et utgangspunkt kan vi si at rådighetsinnskrenkninger ikke innebærer tvangserverv av eiendomsrett eller bruksrett for å etablere et samfunnsnyttig tiltak. Rådighetsinnskrenkninger er vedtak som innebærer begrensninger i muligheten til å utnytte eiendommen på bestemte måter.»

Formålet med rådighetsinnskrenkninger er derfor – etter Inge Lorange Backers syn – «å styre arealdisponeringen slik at man blant annet kan bevare naturverdiene og få funksjonsdyktige samfunn» (Irgens-Jensen, 2019, s. 581).¹⁰⁰ Disse hensynene er SØA inne på i sin redegjørelse for gjeldende rett (SØA, 2018, s. 31-36). Da er det merkelig etter mitt syn at de likevel lander på at lovforslaget må forstås som et «ekspropriasjonslignende inngrep», etter selv å ha gjennomgått hvor mye som skal til for å utløse erstatning på ulovfestet grunnlag. Det gjelder særlig etter deres gjennomgang av Rt. 1973 s. 705 (Krokedal-dommen), hvor førstvoterende, dommer Tønseth, bemerker på side 711 i dommen:

«Vernetiltak med sikte på å beskytte våre naturressurser må den som blir skadelidende ved tiltaket i vid utstrekning avfinne seg med uten å kunne kreve vederlag for det tap han blir påført. Dette gjelder også i forhold til etablert virksomhet som tidligere har vært ansett uskadelig, men som erfaring og ny erkjennelse viser bør reguleres eller forbys.»

La gå at det her er tale om *fredningsvedtak* som rammer igangværende *virksomhet*. Poenget er at en *bestående tilstand* må kunne endres gjennom regulering når ny kunnskap viser at nåværende tilstand er farlig eller til skade (irreversibelt m.m.). Etter alt å dømme var det Overvannsutvalgets forslag til ny forurl. § 22a som ble det avgjørende. De tolket forurl. § 22a

⁹⁹ To grunnleggende og ofte omtalte dommer på området er Rt. 1918 s. 403 om hjemfallsretten og Rt. 1970 s. 67 om byggeforbudet i strandsonen.

¹⁰⁰ Uttalelser fra Inge Lorange Backer har en tendens til å være farget av hans engasjement i miljø saker og miljørett, men dette er naturligvis helt normalt. Selv Eckhoff la til grunn en viss menneskelig variasjon i rettskildefaget (Eckhoff, 2001, s. 16-17).

dithen at den innebærer *avståelse*, men i realiteten er det et *pålegg* for å *begrense* en skadelig tilstand.¹⁰¹ Det skjer ingen overføring, vann- og avløpsløsningene opprettholdes, og overvannet kan fortsatt avledes fra tomten – det gjelder bare nye krav. Man går fra å avlede overvannet i rør til å håndtere overvann på overflaten, jf. kapittel 2. Årsaken kan ligge i at SØA og Emily har ulik oppfatning enn meg om hva som ligger i «*frakobling av overvann*». Etter mitt syn er «*frakoblingshjemmelen*» hovedsakelig en eksplisitt lovfesting av en langvarig tolkningspraksis.¹⁰² Etter alt å dømme – og av praktiske grunner – tilsvarer dette frakobling av taknedløp, men etter omstendighetene er ordlyden utvidet til også å omfatte alt påslipp av overvann, med dertil egen håndtering (fordrøyning) av det overskytende.¹⁰³ Bestemmelsen står uansett i en annen stilling enn nåværende forslag til pbl. § 31-9, som er mitt hovedanliggende.

Det er riktignok likheter mellom en særlig forvaltningsrettslig omgjøringsadgang-, rådighetsinnskrenkning- og et konkret pålegg knyttet til et eksisterende forhold, men ingen av disse knytter seg til ekspropriasjonsinstituttet. Motivasjonen synes å være at når et pålegg knyttet til en eksisterende lovlig tilstand («*en beskyttet rett*» etter SØAs terminologi) tenderer mot å utgjøre kvalifisert urimelighet, så vil vedtaket kunne utløse erstatningsplikt på ekspropriasjonsrettslig grunnlag. Det er i hvert fall nærliggende å lese dem dithen, ettersom flere ulike byrder kumuleres i drøftelsen (SØA, 2018, s. 49).¹⁰⁴ Det kan godt være at et slikt resultat kan utløse erstatningsansvar, men da skjer det i så fall på bakgrunn av ulovfestede prinsipper om «*myndighetsmisbruk*»¹⁰⁵ og ikke på bakgrunn av ekspropriasjonslignende prinsipper. Terskelen er uansett høy. De viser videre til vegloven § 41 som illustrasjon for sin

¹⁰¹ Se fotnote 95 angående nåværende ordlyd i Miljødirektoratets utkast.

¹⁰² Jeg sikter med andre ord til frakobling av overvann etter gjeldende forurl. § 22 andre ledd, jf. NOU 2015: 16, s. 141-142 og Miljødirektoratet (2020), s. 11 og 13-14. Se for øvrig punkt 3.3.

¹⁰³ Det gjelder også drensvann.

¹⁰⁴ Blant annet ved å se den i sammenheng med daværende forslag til pbl. § 28-9, jf. min gjennomgang i punkt 4.2.1.

¹⁰⁵ Terminologien er mye diskutert i juridisk litteratur, ettersom den gir signaler om moralsk forkastelig opptreden, utroskap, korrupsjon m.m. Det er hovedsakelig helt andre materielle grenser læren har for øyet. Flere har forsøkt å komme med bidrag til en alternativ terminologi, men siden «*myndighetsmisbruk*» er så godt innarbeidet i juridisk språkbruk, så vil det trolig ta tid før vi ser et fast mønster fra Høyesterett i en ny retning. Blant alternativene i juridisk litteratur kan det vises til Boe (2018), s. 58, Stub (2011), s. 91, Graver (2019), s. 123, Eckhoff og Smith (2018), s. 410, Moen (2019), s. 229-230 og Berg (2005), s. 69, hvorav Erik Magnus Boe etter min mening gir den mest dekkende, pedagogiske og helhetlige fremstillingen av læren.

drøftelse, men vegloven § 41 må ses i lys av det jeg nevnte i avsnittet ovenfor om lovgivers vilje til å gyte erstatning i konkrete tilfeller, med forutsetning om at det fremgår positivt av lov, jf. eksemplet med vegloven § 37. Lignende resonnementer finnes hos Andenæs & Fliflet (2017) s. 562 i forbindelse med pålegg om tilintetgjørelser m.m. og i en miljørettslig sammenheng hos Backer (2012) s. 128. Alle har til felles at det angår en farlig eller skadelig tilstand som må håndteres på bakgrunn av samfunnsmessig hensyn. Det er viktig å ikke blande kortene.

Ut fra det som nå er sagt, kan det kanskje virke som at jeg er prinsipielt mot flere av innvendingene som kommer frem i SØAs rapport. Det er *ikke* tilfelle. Som det vil fremgå i det videre, er jeg et stykke på vei enig med flere av deres innvendinger. Det er kun det rettslige grunnlaget jeg betviler, derav SØAs konklusjon. Jeg er nemlig enig i at lovforslaget er på grensen av hva som er rimelig, men dog fundert på et annet rettsgrunnlag. Etter min mening er forslaget intet annet enn det ordlyden eksplisitt uttrykker, nemlig et pålegg, men riktignok et annerledes pålegg. I fortsettelsen skal jeg derfor gå nærmere inn på hva et pålegg egentlig er.

5.3 Pålegg som fenomen

Det dukker opp i en rekke sammenhenger, både i en juridisk språkdrakt og i mer alminnelig språkbruk. Vi registrerer det i en podcast, vi overhører det i en forelesning, vi leser det i en bok eller vi overværer det i en jobbsammenheng. Uttrykket «pålegg» dukker opp nærmest overalt. Jørgen Aall skriver for eksempel at «*den alminnelig folkerett pålegger staten ansvar for brudd på sedvanerett, traktat eller andre folkerettslige forpliktelser*»¹⁰⁶, Inge Lorange Backer understreker at rettighetene som fremgår av miljøparagrafen i GrL § 112 er «*kombinert med et pålegg til statens myndigheter om å iverksette tiltak [for] å gjennomføre grunnsetningene*»¹⁰⁷ eller når Erik Magnus Boe forsøker å klargjøre hvilken rettskildemessig betydning uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling har ved å presisere at «*Lovavdelingen gir råd, ikke pålegg*».¹⁰⁸ Gjennomgangstonen gir uenkelig inntrykk av at *pålegg* blir ansett synonymt med *plikt*. Det er heller ikke uvanlig å uttrykke *ekspropriasjon*

¹⁰⁶ Irgens-Jensen (2019), s. 691

¹⁰⁷ Irgens-Jensen (2019), s. 561. Se også Andenæs og Fliflet (2017), s. 471 flg. angående generelle konstitusjonelle forpliktelser i henhold til Grunnloven del E, som Arne Fliflet uttrykker som «*positive pålegg*».

¹⁰⁸ Boe (2021), s. 468.

som en form for pålegg (Høgberg, 2010, s. 394). I denne avhandlingen så er det det juridiske uttrykket forstått som *enkeltvedtak* som står i brennpunkt – de mange og ulike individuelle pålegg som rettes mot berørte i den daglige forvaltning – både på kommunalt, regionalt og statlig nivå. Et annet og mer presist juridisk begrep er *påbud*, men siden *pålegg* er så godt innarbeidet i det juridiske språk og hverdag, så velger jeg å bruke termen pålegg i denne avhandlingen. Det er ikke tilsiktet noen meningsforskjell.¹⁰⁹

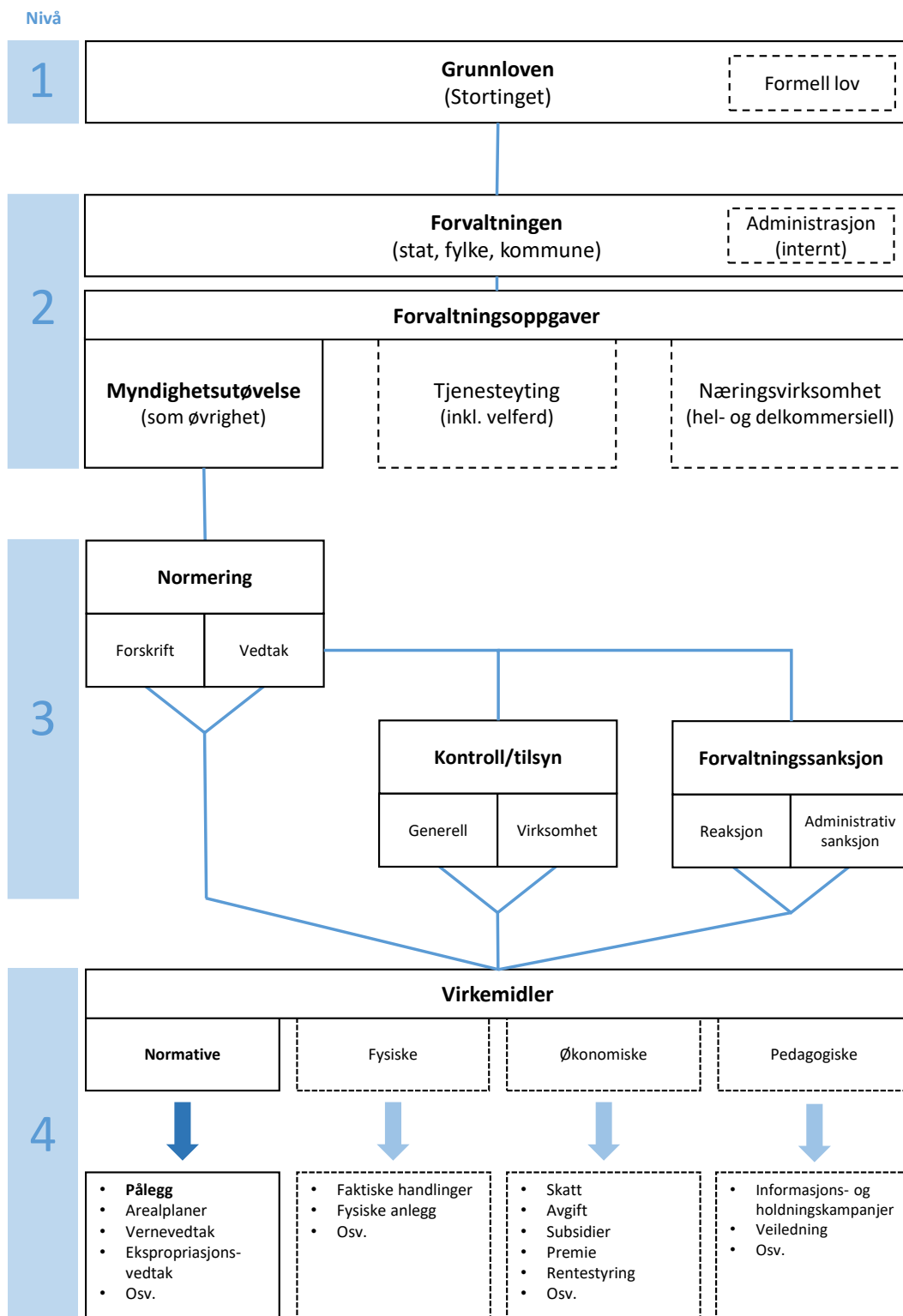
Et enkeltvedtak er et vedtak som utferdiges «*under utøving av offentlig myndighet*» og som er bindende for den eller de som vedtaket direkte angår, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b), jf. bokstav a). Legaldefinisjonen sier imidlertid lite om hva slags type vedtak det er snakk om, og hva slags innhold vedtaket kan ha. Til det kreves en nærmere tolkning av det aktuelle kompetansegrunnlag (lovhjemmel mv.) og den konkrete kontekst som rettsgrunnlaget skal anvendes på (faktum). Utgangspunktet i denne avhandlingen er klart nok. Vedtaket skjer i form av et pålegg som gir kommunene adgang til å fastsette konkrete forpliktelser der overvann utgjøre et problem. Men hva slags *forutsetninger* ligger normalt til grunn for pålegg? Og hva er det som nærmere ligger i *forpliktelse*?

5.3.1 Introduksjon

Jeg starter først med å gi en kort introduksjon til figur 2, som er en utbygning av figur 1, jf. punkt 5.1. Figur 2 danner på sett og vis utgangspunktet for drøftelsen under punkt 5.3, men vel så mye en oversikt som teksten kan knyttes opp mot. Oversikten i figur 2 er basert på en rekke bøker, både kjente standardverk, lærebøker og doktorgradsavhandlinger. Hensikten er å gi et overblikk ved å plassere virkemiddelet «pålegg» (påbud) i en større helhet og vise ulike spor og sammenhenger der pålegg kan være aktuelt, jf. punkt 5.1. Nivå 1 og 2 i figuren ble presentert i punkt 5.1, og blir ikke gjentatt her, annet en å gjengi hvilke kilder inndelingen bygger på.

¹⁰⁹ En fare ved å velge det mer språklige uttrykket «pålegg» er at det kan være vanskelig å vite når det er snakk om et pålegg som enkeltvedtak, og når det kun er uttrykk for en mer overordnet (uforpliktende?) anmodning, slik jeg viste eksempler på ovenfor. Jeg finner det likevel mer naturlig å bruke «pålegg», og anser det uproblematisk så lenge det blir uttrykkelig presisert.

Nivå 2 og 3 er basert på forvaltningsrettsbøkene til Hans Petter Graver (2019) og Torstein Eckhoff og Eivind Smith (2018), i tillegg til Irgens-Jensen (2019). Nivå 3 er i tillegg supplert med innsikt fra bøker om miljøforvaltningsrett, tilsynsforvaltningsrett og forvaltningssanksjonsrett (Backer, 2012, Bugge, 2019, Stub, 2011 og Berg, 2005). Nivå 4 er hovedsakelig basert på Torstein Eckhoffs (1983) katalog fra miljørettens område, og katalogen gjentas i de fleste forvaltningsrettslig bøker i nyere tid, inklusiv de overnevnte verker. Jeg bemerker at inndelingen i nivå 4 kun er ment som en hjelp for tanken. Flere av kategoriene vil i praksis flyte over i hverandre, og det la heller ikke Eckhoff skjul på (Eckhoff, 1983, s. 33). Enkelte har påpekt at inndeling til Eckhoff kan skjule det faktum at også fysiske og økonomiske virkemidler forutsetter et rettslig grunnlag, og derfor kan utgjøre en normering (Backer, 2012, s. 81). Denne realiteten er forsøkt løst ved at min figur i større grad synliggjør *hjemmelskjeden* fra Grunnloven i nivå 1 og ned til de faktiske virkemidlene i nivå 4. Av samme grunn har jeg løftet boksen «normering» i nivå 3, opp et lite hakk – men fortsatt innenfor nivå 3 – slik at det tydeliggjøres at boksene om «kontroll/tilsyn» og «forvaltningssanksjon» faktisk utgjør en form for normering. Det er samtidig viktig å presisere at det ikke er tilsiktet noen «trinnforskjell», ved at normering er «viktigere», mer «omfattende» eller lignende rangeringer. Formålet er først og fremst å vise hvordan myndighetsutøvelsen kan arte seg gjennom ulike spor – med hovedvekt på pålegg – avhengig av hvilken kontekst vi er i. Fet skrift indikerer derfor de mest sentrale delene av figuren når det gjelder «pålegg».



Figur 2: Grovmasket oversikt over oppgaver og virkemidler ved myndighetsutøvelse (egenprodusert)¹¹⁰

¹¹⁰ Jeg har valgt å bruke «normering», «kontroll/tilsyn» og «forvaltningssanksjon» som tre separate, overordnede begrep (nivå 3 i figuren), jf. Graver (2019), s. 51, men kunne like gjerne slått sammen «kontroll/tilsyn» og «forvaltningssanksjon» i ett begrep - «håndheving» - slik Backer (2012), s. 157. Hvordan man løser det er en

Vedtaksformen «pålegg» er plassert på nivå 4, under «normative» virkemidler. Dette «nivået» er egentlig misvisende, ettersom det gir inntrykk av at virkemidlene er på et lavere trinn-nivå enn nivå 3, akkurat slik systemet er for nivå 1 og 2. Jeg er klar over denne svakheten, men har likevel valgt å gjøre det på denne måten for å lette henvisningene i teksten til riktig «boks», slik at det er lettere å følge argumentasjonen. Det er også pedagogisk å kunne vise til ulike «nivåer» hvor boksene befinner seg, slik at leseren ikke må bruke unødvendig tid på å forstå hvilken boks det er snakk om. Poenget er å vise i hvilken *kontekst* et vedtak kan fattes, og at ett og samme vedtak kan gjennomgå flere spor i løpet av en og samme sak. Vi kan ta et eksempel med utgangspunkt i nivå 3. Det fattes først et skattevedtak i boksen for «normering» som viser seg å ikke bli innfridd. *Selve* skattevedtaket (som utgår fra underkategorien «vedtak» i boksen for normering) ville vært naturlig å plassere under boksen «økonomiske» virkemidler på nivå 4. Etter hvert vil Skatteetaten gjennom sin «kontroll/tilsyn» fange opp at skatten ikke er innbetalt. Det rettes deretter et nytt pålegg (i denne sammenheng gjennom underkategorien «generell» i boksen for kontroll/tilsyn), men denne gangen med et innbakt varsel om at unnlattelse vil medføre sanksjon. Det nye pålegget foregår fortsatt i vedtaks form, jf. underkategorien «vedtak» i boksen for «normering», men følger nå «kontroll/tilsyns-sporet». Hvis skatten fortsatt ikke innbetales kan det bli nødvendig med sanksjonering, for eksempel i form av tilleggsskatt, gebyrer eller lignende. Sanksjonsvedtaket fattes derfor gjennom «forvaltningssanksjon-sporet» (i dette tilfellet gjennom underkategorien «administrativ sanksjon»). Forhåpentligvis var dette oppklarende. Men som sagt, jeg erkjenner at dette kan være en svakhet. Med litt tålmodighet så tror jeg likevel figuren har en verdi.

Heretter vil jeg forsøke å knytte gjennomgangen mer spesifikt mot overvann. Til forskjell fra *tilsynsvirksomhet* – som er en nokså rendyrket disiplin – så har mange forvaltningsorgan *andre* primæroppgaver enn kontroll/tilsyn. Berg (2005) s. 15 understreker at håndhevelse kan utgjøre en større eller mindre del av forvaltningsorganets oppgaver, slik at noen organ har det som sin primære oppgave – typisk *tilsynsvirksomheter* – andre har det som en birolle ved siden av større oppgaver – slik situasjonen må sies å være innenfor vann-, avløp- og overvannssektoren – og atter andre organ håndterer knapt håndhevingsdelen i det hele tatt – for eksempel Trygdemyndighetene. Det finnes dog innholdsmessige likhetstrekk med de faser

smakssak, men i tråd med Berg (2005), s. 16-17, reiser sanksjoner særegne problemstillinger som ikke nødvendigvis bør behandles under paraplyen «kontroll/tilsyn».

som tilsynsvirksomheten gjerne består av, jf. Stub (2011) s. 22-23. Det vil si at *før* pålegg utarbeides, så vil den ansvarlige myndighet for overvannshåndtering som regel ha foretatt en *kartlegging* av overvannsutfordringene, som nærmere *undersøkes (kontroll)* for å oppklare hvem som pålegget bør rettes mot, før man deretter utarbeider selve pålegget – det vil si *reaksjonen*. Tilsvarende trekk finnes i sanksjonssporet.

5.3.2 Forutsetninger for pålegg

For at myndighetene skal være i stand til å styre ønsket adferd, så er de avhengig av kompetanse, jf. punkt 5.1. Forvaltningen er tildelt mange slike kompetansegrunnlag i lovs form, og som i sin tur hjemler en rekke ulike virkemidler. En av de vanligste virkemidlene er normering (Bugge, 2019, s. 36). Å normere betyr at man gjør bruk av en kompetanse til å fastsette, endre, oppheve, presisere eller bekrefte rettigheter eller plikter ovenfor den enkelte (Graver, 2019, s. 204). Normfastsettelsen kan være både generell og individuell, men som regel er det en kombinasjon av disse to. I figur 2 er dette illustrert ved at generelle normer normalt fastsettes av Stortinget i medhold av Grunnloven (*formell lov* – se nivå 1 i figur 2), men det er også vanlig at det foretas generelle normeringer lenger ned i kompetansekjeden – illustrert ved underkategorien *forskrift* i boksen for «normering» i figur 2, nivå 3. Et *pålegg* er et typisk eksempel på en individuell normering.¹¹¹

Som jeg var inne på i punkt 5.3, kan man ikke uten videre vite hva et vedtak går ut på kun ved å se til fvl. § 2 første ledd. I figur 2 er pålegg derfor lagt inn på nivå 4, i det som utgjør virkemiddelapparatet til forvaltningen. Hensikten er å tydeliggjøre *hva slags* vedtak som fattes. I de fleste tilfeller anvendes pålegg som ledd i håndhevelsen av mer *generelle* regler (Eckhoff og Smith, 2018, s. 77). Blir du tatt i en fartskontroll, så blir du gjerne pålagt en bot. Selve boten utgjør imidlertid ikke et *selvstendig* pålegg, men må forstås som et oppfølgingsvedtak av det generelle forbudet mot å kjøre for fort. Ja visst er pålegget individuelt – det rettes mot en bestemt person – men å utgjøre et *individuellt* pålegg er ikke det samme som å utgjøre et *selvstendig* pålegg. Det er ikke alltid tilstrekkelig å sondre mellom generell og individuell normering. Av og til fattes det pålegg av mer *selvstendig* karakter, uten

¹¹¹ En individuell normering i form av et pålegg tilsvarer det som gjerne kalles «plikregel» (Eckhoff og Smith, 2018, s. 47). Enkelte bruker «pliktnorm», «handlingsregel» eller «forholdsregel» om det samme (Bernt og Mæhle, 2007, s. 55).

noe forutgående påbud eller forbud. Eksempelet som trekkes frem i Eckhoff og Smith (2018) s. 77 er fastsettelse av hvor mye man skal betale i skatt.

Løsningen blir derfor å dele inn de to tilfellene ved å snakke om *primærregler* og *sekundærregler* (Backer, 2012, 116). Eksempelet om skatt må i dette tilfellet anses som en primærregel. Det er imidlertid *ikke* normalt at pliktregler utgjør en primærregel. Skattevedtak utgjør snarere et unntakstilfelle. Skatt er så vidt spesielt i forhold til andre rettsområder, all den tid det innebærer ytelse uten motytelse (Irgens-Jensen, 2019, s. 597). Man kunne kanskje sett det som en særlig form for ekspropriasjon, uten at det ytes erstatning. Det blir likefullt feil. Skatt har en helt særegen og sentral rolle i et velfungerende samfunn som skiller seg fra det øvrige lovverket, slik at det gir liten mening å bruke det som sammenligningsgrunnlag. Et annet eksempel på pålegg som primærregel er ekspropriasjon. Det gjelder særlig når ekspropriasjon skjer i medhold av oreigningsloven – uten et forutgående planvedtak – men det gjelder også – *reelt* sett – etter plan- og bygningsloven. Jeg tenker særlig på de tilfeller hvor ekspropriasjonsvedtaket fattes samtidig med vedtakelsen av plan, som av praktiske grunner ofte er tilfelle. Finjuridisk og *formelt* fattes imidlertid ekspropriasjonsvedtaket etter planvedtaket – det vil si i medhold av en gyldig vedtatt plan. Lovverket er med andre ord full av eksempler på pålegg forstått som sekundærregler, men tilsvarende mager når det gjelder pålegg forstått som primærregel. Av hensyn til avhandlingens omfang, kan jeg ikke gå nærmere inn på de enkelte lovhjemler som er spredt rundt i lovverket, men nøyer meg med noen korte eksempler. Jeg foretar en mer utførlig gjennomgang av pbl. § 27-2 andre til fjerde ledd i punkt 5.3.4 nedenfor.

Enkelte plikter følger av eiendomsretten som sådan. Ved å kjøpe en større landbrukseiendom følger også plikten til å drive jorda, jf. jordloven § 8. Det samme kan sies om store skogeiendommer og plikten til å skjøte skogen på en forsvarlig måte, jf. skogbruksloven § 6. De fleste slike plikter følger av lov – såkalt legalplikter – og hjemler ofte en adgang til å pålegge tiltak der slik plikt ikke overholdes. I så fall er det snakk om en sekundærregel. Det kan være en smakssak hvorvidt man ser det som en *begrensning* av eiendomsretten eller som *en følge* av eiendomsretten, jf. Falkanger og Falkanger (2016) s. 44. Et pålegg, slik Overvannsutvalget og EMD foreslår, må kunne kategoriseres som en *primærregel*. Det er ikke slik, hverken de lege lata eller i henhold til forslaget de lege ferenda, at det eksisterer et generelt påbud for grunneiere til å etablere fordrøyningsløsninger eller tilsvarende tiltak uten å være et ledd i en pågående byggesak. Det må gjelde selv der overvann utgjør en utfordring.

Det er selvsagt unntak fra dette utgangspunkt, for eksempel der man innretter seg i strid med overordnede føringer eller der man iverksetter tiltak som åpenbart påfører naboeiendommer ulemper eller skade. Den store hovedregel må likevel være at pålegg som rettes mot grunneier med hjemmel i forslaget til pbl. § 31-9 første ledd, anses som primærregel. Tilsvarende bør gjelde etter forslaget andre ledd, av samme årsak som jeg var inne på angående ekspropriasjonseksemplet i forrige avsnitt. Særlig av hensyn til inngrepets vidtrekkende karakter.

Forvaltningslovutvalget i NOU 2019:5 sier på s. 96 punkt 5.2.2 at påbud er å anse som styring på «mikronivå». Tatt på ordet høres det tilsynelatende bagatellmessig ut. Derimot kan det ha betydelige virkninger for den pålegget rettes mot. Forskjellen kan ved første øyekast virke ubetydelig – en ren smakssak – men innholdsmessig er det nokså stor variasjon. Individuelle pålegg forutsetter normalt at adressaten for vedtaket – *forut for* pålegget – har utført en *handling* eller gjort et *valg* som i sin tur berettiger pålegget. Et tydelig eksempel, utover de som allerede er nevnt, finnes i forurl. § 7 fjerde ledd. Av forurl. § 7 første ledd fremgår en generell regel om at ingen må «*ha, gjøre eller sette i verk*» noe som kan føre til forurensning. Det fremgår videre av andre ledd at «*den ansvarlige*» allerede ved mistanke om forurensning, skal søke å begrense skadeomfanget. Og hvis først uhellet er ute, så har man plikt til å «*stanse, fjerne eller begrense*» forurensningen. Sett at ingen av disse pliktene blir overholdt, så har forurensningsmyndigheten hjemmel til å utarbeide pålegg etter fjerde ledd. Vel å merke fordi den ansvarlige – *subjektivt* – kan lastes for det som har skjedd, og fordi forurensning definitivt er et menneskeskapt problem. Legg også merke til «menneskeskapt».¹¹² Dette stiller seg annerledes for mange av overvannstilfellene. Vi kommer nærmere inn på det i kapittel 6 og 7.

I forbindelse med doktoravhandlingen om forvaltningssanksjoner bemerker Bjørn O. Berg en sentral kjerne som ligger bak mange av de eksisterende pønale straffereaksjonene og andre sanksjonsnormer i norsk rett, etter min mening med stor overføringsverdi utover sanksjonstilfellene. Uttalelsen kommer frem i forbindelse med spørsmål om konkret rimelighet. «*Samtidig er det en grunnleggende moralsk oppfatning i vår rettskultur at den som ikke er å bebreide, heller ikke er 'straffverdig'*». Litt lenger ned på samme siden –

¹¹² Et spesielt tilfelle er Rt. 2012 s. 944 (Elverum Treimpregnering AS), som jeg var inne på i punkt 4.4. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 7.

riktignok med hensyn til faktisk håndhevelse – sier han også at «*Erfaring viser nemlig at dersom reaksjonen blir for 'grov', vil myndighetene unnlate å anvende den*», med videre henvisning til Sanksjonsutvalgets utredning i NOU 2003: 15, s. 148 (Berg, 2005, s. 39). I tillegg kommer et alminnelig likhets- og rettferdighetsprinsipp inn i norsk rett, som kan være et viktig moment i samme retning.¹¹³

5.3.3 Med forpliktelse følger tvang

Det normale er som sagt at pålegg tilhører sekundærregler, og da i sammenheng med håndheving, jf. fotnote 110 i figurteksten til figur 2. En annen viktig innvending er nemlig at pålegg har *indirekte* virkninger, utover selve pålegget. Hvis pålegget ikke følges opp, ligger det implisitt i vedtaket at det kan følges opp med nye pålegg, men denne gangen som advarsel. Blir advarselen neglisjert eller omgått på andre måter vil det medføre en eller annen form for reaksjon – typisk tvangsmulkt. Dette er illustrert i figur 2, nivå 3, ved å trekke linjer fra boksen «normering» via enten «kontroll/tilsyn» eller «forvaltningssanksjon».¹¹⁴ For primærreglenes vedkommende er virkningen illustrert ved en direkte linje fra boksen «normering» ned til boksen «virkemiddel» på nivå 4.

Ovenfor var jeg inne på at normering innebar bruk av en kompetanse til å fastsette, endre, oppheve, presisere eller bekrefte rettigheter eller plikter ovenfor borgerne. Det vil si at den enkelte borger som pålegget rettes mot i utgangspunktet må forholde seg til en endret rettslig virkelighet. Vi var også inne på at de kan være generelle og individuelle, og at de individuelle normeringene ofte utgjør pålegg – en såkalt pliktregel. Men selve normeringen gjøre ikke noe mer enn å konstatere en rettslig posisjon (Graver, 2019, 208). Det er dette som danner grobunn for sondringen mellom normering og faktiske handlinger. «*En annen feil som forekommer hyppig, er å forveksle hjemmel til å normere rettsposisjoner med hjemmel til å gripe til tvang for å få gjennomført inngrepene*», har Boe sagt (Boe, 2018, s. 42 - opprinnelig kursivering fjernet). Normering og tvang er grunnleggende forskjellig. Skal en rettslig posisjon «*materialisere seg i konkrete goder og byrder for borgerne*» så er man avhengig av en faktisk handling (Graver, 2019, s. 208). Hvis adressaten for pålegget ikke velger å realisere

¹¹³ Se for ekspropriasjonstilfellenes vedkommende Andenæs og Fliflet (2017), s. 542.

¹¹⁴ Formell straff etter Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) er ikke tatt med i figuren, jf. termen «forvaltningssaksjoner» og de to underkategoriene «reaksjon» og «administrativ sanksjon». Jeg holder meg hele tiden til alminnelig og spesiell *forvaltningsrett*, ikke strafferett.

innholdet frivillig, så må forvaltningen ha en særskilt hjemmel for å sikre faktisk gjennomføring (Boe, 2018, s. 43). Samspillet mellom rettsregler og måten de virker i samfunnet behandles dog mer inngående i rettssosiologien. I min sammenheng er poenget å sikre forståelse for denne elementære sammenheng mellom normering og faktiske handlinger. Til tross for at skille er klart, så hersker det liten tvil om at det er en nær sammenheng mellom de to. Det er blant annet derfor Inge Lorange Backer sier at «*Pliktregler gir uttrykk for rettslig tvang*» (Backer, 2012, s. 98). Merk; «*gir uttrykk for*». Tvangselementet ligger *indirekte* innbakt i selve pålegget, i den forstand at pålegget danner grunnlag for tvangsmulkt eller andre administrative tvangsmidler, jf. forrige avsnitt. Se om utviklingen i Berg (2005) s. 40-43.

I Prop. 62 L (2015-2016)¹¹⁵ ble påleggsvirkemiddelet nærmere vurdert, vel og merke i en strafferettslig sammenheng. Hensikten var å trekke et skille mellom hvilke vedtaksformer som utgjorde «*administrativ sanksjon*» og hvilke som kun er å anse som «*andre forvaltningstiltak*»¹¹⁶, jf. Prop. 62 L (2015-2016) s. 172. Utvalget mente det var «*åpenbart*» at pålegg ikke kunne utgjøre en «*administrativ sanksjon*».¹¹⁷ Det må derfor kunne legges til grunn at pålegg – de lege lata – kun er å anse som «*andre forvaltningstiltak*». Jeg bemerker likevel at Berg (2005), s. 18 anså pålegg om retting som en del av sanksjonspanoramaet.¹¹⁸ Med andre ord er det viktig å ikke undervurdere betydningen av pålegg som vedtaksform, til tross for terminologi eller kategorisering. Et praktisk eksempel på det finner vi i en klagesak til Statsforvalteren (tidligere fylkesmannen) i Oslo og Viken fra 2019¹¹⁹, som omhandlet pålegg etter pbl. § 27-2 andre ledd. Her uttaler saksbehandler Anine Eitrem Landmark - i forbindelse med Asker kommunes feiltolkning – at ingen av de påviste bestemmelsene i saken ga «*hjemmel for å vedta sanksjoner i form av et pålegg*».

¹¹⁵ Proposisjonen ligger til grunn for dagens forvaltningslov kapittel IX og X, og bygger på Sanksjonsutvalgets utredning i NOU 2003: 15.

¹¹⁶ I min figur illustrert ved «reaksjon» (figur 2, nivå 3, i boksen «forvaltningssanksjon»).

¹¹⁷ «*Administrativ sanksjon*» tilsvarer terminologien «*forvaltningssanksjon*», som ligger til grunn for Berg (2005) og Stubbs (2011) avhandlinger. I min sammenheng har jeg beholdt termen «forvaltningssanksjon» som fellesbetegnelse, og til gjengjeld delt opp sanksjonsadgangen i «reaksjon» og «administrativ sanksjon». Se figur 2, nivå 3.

¹¹⁸ Berg ble innhentet av Sanksjonsutvalget på tampen av sin doktoravhandling, jf. NOU 2003: 15.

¹¹⁹ Saksnummer 2019/20800.

Hovedbegrunnelsen for at Sanksjonsutvalget – og den etterfølgende proposisjonen – ikke anså pålegg som en sanksjon, er at pålegget virker «*fremadrettet*», og ikke «*tilbakeskuende*», jf. NOU 2003: 15, s. 42. Av samme grunn ble også *tvangsmulkt* ansett som «*andre forvaltningstiltak*», og virkemiddelet fremgår i dag i et eget kapittel X i forvaltningsloven. Tvangsmulkt er nemlig ikke «bot». Det er en trussel om at den fastsatte «bot» kan bli reell, hvis man ikke innretter seg. Den er ifølge rettspraksis ansett å være «*en integrert del av tvangsmidlet*», jf. Prop. 62 L (2015-2016), s. 175, med videre henvisning til to høyesterettsdommer. Jeg går ikke nærmere inn på dem. Det blir med andre ord en reell «*administrativ sanksjon*» hvis tvangsmulkten *realiseres*. Sanksjonsutvalgets oversikt er gitt i figur 3. Tar man utgangspunkt i figuren, så betyr det at realisering av en tvangsmulkt går fra å være «*andre forvaltningstiltak*» – nesten helt til høyre i sanksjonspanoramaet – til å være et «*overtredelsesgebyr*» som klassifiseres som «*administrativ sanksjon*» til venstre i sanksjonspanoramaet – helt på nippet til å være en «*formell straff*» (bot). Klassifiseringen er langt på vei en terminologisk sak, for «bot» har gjennom utvalgets utredning blir omdøpt til «*overtredelsesgebyr*», med siktemål om å *avkriminalisere* ubetydelige bøter og avlaste domstoler og påtalemyndighet.¹²⁰ Klassifiseringene er ikke så viktig. I min sammenheng er poenget at et pålegg kan få økonomiske konsekvenser – utover den kostnad som opprinnelig ligger i å utføre *selve* pålegget. Å rette et pålegg mot en grunneier på grunnlag av overvannsutfordringer som skriver seg fra et værphenomen, får fort karakter av å være en reaksjon på noe som grunneieren ikke kan klandres for. Når man i tillegg kan risikere å bli fulgt opp med et pålegg om tvangsmulkt, blir den tilfeldige byrden ekstra tydelig og urettferdig. Er dette en riktig løsning? For å få et bedre bilde av hvordan et pålegg kan arte seg i praksis, og ikke minst hvilke kostnadsnivåer det kan beløpe seg til, skal jeg illustrere med et eksempel fra plan- og bygningsloven § 27-2.

¹²⁰ Se f.eks. NOU 2003: 15, s. 19.

Straffe lovbrudd ←						→ Offentlig styring
Reaksjonens forhold til overtredelsen	"Tilbakeskuende": Reaksjon mot en begått overtredelse				"Fremadrettet": Hindre at fare/skade/ulovlig tilstand oppstår eller fortsetter	
EMK-klassifisering	Materiell straff				Ikke materiell straff	
Utvalgets begrepsbruk	(Formell) straff/strafferettslig reaksjon	Administrative sanksjoner			Andre forvaltningstiltak	
Formål	Pønalt / alt vesentlig pønalt			Pønalt formål er mer eller mindre fremtredende i forhold til andre formål	Gjenopprette lovlig tilstand, rette opp eller avverge skade eller fare	Fremme ønsket atferd
Type reaksjon	Bot Strafferettslig inndragning Strafferettslig rettighetstap	Overtredelesgebyr Tap av offentlig ytelse	Tilleggsbetaling Administrativt rettighetstap Formell advarsel	Administrativ inndragning	Tvangsmulkt Tilbakebetaling av urettmessig ytelse Tilbakekall av off tillatelse, forbud	Tilskudd Hvitelisting Merking Autorisasjon Div. bransjetiltak/selvjustis
Kompetanse	Domstolene, påtalemyndigheten, politiet og tollvesenet	Forvaltningen			Delegert offentlig myndighet til private	Bransje/privatrettslig

Figur 3: Sanksjonspanorama (hentet fra NOU 2003: 15, s. 42).

5.3.4 Et eksempel fra plan- og bygningsloven - § 27-2

Å bruke pbl. § 27-2 som eksempel er ikke tilfeldig. For det første inngår bestemmelsen i samme lovverk som det nye forslaget, og for det andre – og viktigste – henviser KMDs høringsnotat til bestemmelsen som gjelder forståelsen av forholdsmessighetskravet (KMD, 2020, s. 46). I SØAs rapport ble det konkludert med at pbl. § 27-2 ikke hadde relevans for vurderingen av daværende forslag til pbl § 28-9, kombinert med forurl. § 22a. Kanskje ikke så rart, tatt i betraktning hvordan de valgte å tolke ny forurl. § 22a, jf. punkt 5.2. Etter mitt syn fungerer den som en god indikator på hvordan konkrete pålegg kan arte seg, særlig med hensyn til kostnadsspørsmålet og forholdsmessighetskravet. Den har i hvert fall ikke blitt mindre aktuell etter at SØA og Fjeldstad ga sine innspill. Jeg avgrenser mot en fullstendig gjennomgang av tilknytningskriteriene i pbl. § 27-2, derav forståelsen av «nærliggende areal» og «særlig hensyn». De har ikke krav på like stor interesse i min sammenheng.

Oppmerksomheten rettes derfor mot kriteriet «uforholdsmessig stor kostnad». Pbl. § 27-2 andre til fjerde ledd lyder som følger:

Når offentlig avløpsledning går over eiendommen eller i veg som støter til den, eller over nærliggende areal, skal bygning som ligger på eiendommen, knyttes til avløpsledningen. Vil dette etter kommunens skjønn være forbundet med uforholdsmessig stor kostnad eller særlig hensyn tilsier det, kan kommunen godkjenne en annen ordning.

Kommunen kan i andre tilfeller enn nevnt i andre ledd, kreve at bygningen skal knyttes til avløpsledning når særlige hensyn tilsier det.

Reglene i andre og tredje ledd gjelder også for eksisterende byggverk.

Bestemmelsens andre ledd utgjør i utgangspunktet en legalplikt som ikke forutsetter et selvstendig vedtak, jf. ordlyden «skal». Det kommer av at bestemmelsen hovedsakelig aktualiseres når det bygges nytt eller når noe endres på en slik måte at plikten slår inn. En annen årsak kan være at kommunen gjennomfører rehabilitering av det offentlige vann- og avløpsnett. I praksis blir det derfor utarbeidet pålegg om tilknytning (Pedersen mfl., 2018b, s. 490). Situasjonen stiller seg annerledes ved bruk av bestemmelsens tredje og fjerde ledd. Her gjelder det ingen alminnelig plikt. Forarbeidene til bestemmelsen er svært ordknapp, og det foreligger ingen høyesterettspraksis som har tatt stilling til kostnadsspørsmålet. Forståelsen av bestemmelsen hviler derfor i stor grad på ren ordlydstolkning, uttalelser fra overordnede myndighetsorganer, forvaltningspraksis og reelle hensyn. Internasjonal rett kan etter omstendighetene spille inn, men det avgrenses mot en så omfattende gjennomgang.

KMD (tidligere Kommunal- og regionaldepartementet) har i brev til Statsforvalteren i Hedmark¹²¹ gitt en generell uttalelse om hvordan «uforholdsmessig stor kostnad» skal forstås. De legger blant annet til grunn at det er en nær tilknytning («overlapp») mellom vurderingen av «uforholdsmessig stor kostnad» og «nærliggende areal», med henvisning til ekspropriasjonssaken i Rt. 1983 s. 152 (Søndre innfartsåre-dommen). I forbindelse med én av takstene i saken var det spørsmål om en avstand på 60 meter var innenfor kravet i pbl. § 27-2

¹²¹ Saksnummer 11/312-2, 10.05.2012.

andre ledd. Skjønnetsretten (tingretten) hadde kommet til at tilknytningsplikt ikke forelå. Lagmannsretten var uenig i dette, og la til grunn at 60 meter – isolert sett – ikke var til hinder for å pålegge tilknytning. Høyesterett gjenga i korte trekk på side 163 i dommen hva lagmannsretten hadde uttalt, men tok ikke nærmere stilling til spørsmålet ettersom skjønnsgrunnene ikke ble ansett tilstrekkelig. Lagmannsretten var på lik linje med Høyesterett bundet av skjønnsrettens beskrivelse av de faktiske forhold, og tok på tilsvarende grunnlag kun stilling til avstandskravet. Til forskjell fra Høyesterett, la imidlertid lagmannsretten til – i et obiter dictum – at andre forhold *kunne* vært trukket inn i helhetsvurderingen. Som eksempel ble det nevnt terrengmessige forhold, jf. s. 175 i dommen. Det er derfor vanskelig å se hvordan dommen kan tas til inntekt for en nær sammenheng mellom avstandskravet og «*uforholdsmessig stor kostnad*». At omkostninger skal inngå i vurderingen av «*nærliggende areal*» ble kun påberopt av grunneier i saken (ekspropriaten). Har forvaltningen lagt til grunn en rettsoppfatning som bygger på en motparts anførsler, tilslørt av en generell henvisning til dommen?

Det er uenighet i litteraturen om hvordan pbl. § 27-2 andre ledd skal forstås. Pedersen mfl. (2018b) s. 491 legger til grunn at tilknytningsplikten bortfaller når kostnaden anses uforholdsmessig, med henvisning til forvaltningspraksis. Jakobsen (2010) s. 395 legger større vekt på ren ordlydsforståelse og formålsbetraktninger. Ifølge Jakobsen må bestemmelsen forstås som to separate vilkår. Først tar man stilling til hvorvidt avstandskravet er oppfylt, jf. pbl. § 27-2 andre ledd første punktum. Anses avstandskravet oppfylt, så har grunneier en plikt til å koble seg til. I andre ledd andre punktum er imidlertid kommunen gitt en mulighet til å dispensere kravet eller godta en annen løsning dersom tilknytningen enten anses uforholdsmessig dyr eller at andre særlige hensyn tilsier det. Men vel og merke, *kan*. Selv om kostnaden isolert sett anses vesentlig høyere enn normal kostnaden (uforholdsmessig), vil andre momenter og hensyn kunne tilsi at pålegget likevel opprettholdes. I utgangspunktet er jeg enig med Jakobsens lovforståelse, og at det etter *alminnelig* norsk rett kun gjelder en forholdsmessighetsskranke i de tilfeller hvor pålegget utgjør en kvalifisert urimelighet, jf. den mye omtalte «myndighetsmisbrukslæren». Men siden inngrep i eiendomsretten er underlagt EMK TP 1-1, vil det likevel være riktig å si at det gjelder et selvstendig forholdsmessighetskrav. Om det utgjør noen *reell* forskjell er både tvilsomt og uvisst. I praksis vil det trolig utgjøre liten forskjell, ettersom tilknytningskravet angår en samfunnskritisk infrastruktur, den innebærer som regel utelukkende fordeler for tomten og grunneier, den tilgodeser forurensning (som i sin tur er et subjektivt ansvar), miljø og

helsekrav med mer. Marginene mellom terskelen kvalifisert urimelighet og EMDs selvstendige forholdsmessighetskrav blir neppe stor i dette konkrete tilfellet.

KMD har i brevet på sin side lagt til grunn at det ikke foreligger «*egentlig motstrid*» mellom Pedersen mfl. (2018b) og Jakobsen (2010). De er blant annet «*enig i at tilknytningsplikt kan foreligge også der kostnaden er betydelig. Imidlertid kan tilknytning ikke lenger kreves når gevinsten av tilknytning ikke lenger står i forhold til kostnaden*». Uttalelsen uttrykker etter mitt syn kun en alternativ formulering for «forholdsmessighet i snever forstand», det vil si en selvstendig forholdsmessighetsskranke – forholdsmessighet mellom mål og middel.¹²² Jeg er derfor enig med KMDs konklusjon, men mener fortsatt at uenigheten i litteraturen er reell. Samtidig tror jeg ikke at lærebøkene er fullstendig oppdatert på dette punkt, slik at man må være forsiktig med å legge for stor vekt på fremstillingene. Jeg er heller ikke sikker på om det er EMK-retten som danner grunnlaget for KMDs konklusjon, eller om de kun foretar en omformulering av Pedersen mfl. (2018b) sitt utsagn.

Det anbefales videre at kommunene innfører en øvre grense for kostnadene som kan pålegges, men slike grenser er *kun* veiledende. Det kan derfor stilles spørsmåltegn om hvilken reell betydning denne praktisering egentlig har, når formålet er å sikre økt forutberegnelighet. Kanskje må det erkjennes at forutberegnelighet i ett og alt ikke lar seg etterleve, for situasjoner innen vann- og avløpsfeltet kan arte seg ganske forskjellig fra sak til sak. Og det er tross alt både et gode og en verdi for de som får muligheten. Det forsøkes likevel å gi noen rammer. KMD gjengir i brevet en uttalelse fra statsforvalteren i Hedmark¹²³ som har forsøkt å oppstille en alternativ tilnærming. Den går ut på at pålegget ikke må overstige «*tre ganger normalkostnaden ved tilkobling*». I den saken utgjorde det kr 200 000. Dette begynner imidlertid å bli gamle tall. En uttalelse fra statsforvalteren i Oslo og Viken (tidligere Oslo og Akershus)¹²⁴ fra 2018 legger til grunn 2,5 ganger normalkostnaden, men også dette er kun et utgangspunkt. Er terskelen senket siden 2007? En klagesak fra samme organ¹²⁵ godkjente et pålegg som ble antatt å ligge i området mellom kr 225 000 til 450 000. En relativ fersk

¹²² Jeg behandler forholdsmessighetsprinsippet nærmere i kapittel 6.

¹²³ Klagesak 2007/900, 08.01.2007.

¹²⁴ Saksnummer 2018/497-2 M-FO, 01.03.2018.

¹²⁵ Statsforvalteren i Oslo og Viken, klagesak 2017/9847-3 FM-J, 02.03.2017.

avgjørelse¹²⁶ fra 2019 godkjente et pålegg på kr 450 000. Sistnevnte synes for øvrig å samsvare med Guttorm Jakobsens tilnærming, jf. forrige avsnitt. Som vi ser, er rettsanvendelsen varierende og det er vanskelig å spore et fast mønster hverken når det gjelder forståelsen av selve bestemmelsen eller når det gjelder kostnadsspørsmålet. I hvert fall hvis vi sammenligner med sakene som er avgjort tidlig på 2000-tallet. Det som derimot synes å ligge fast er at grunneiers økonomiske stilling ikke er relevant i vurderingen (Pedersen mfl., 2018b, s. 492, Jakobsen, 2010, s. 396 og Innjord og Zimmermann, 2020b, s. 860).

Etter bestemmelsens tredje ledd kan det rettes pålegg i situasjoner som er *uavhengig* av vilkårene i andre ledd, forutsatt at «*særlig hensyn*» tilsier det. Bestemmelsen må forstås som en sikkerhetsventil, slik at hensynene som likevel taler for tilknytning må være betydelige. Hovedhensynet bak bestemmelsen er forurensningsgevinsten, men andre moment kan spille inn (Pedersen mfl., 2018b, s. 493). Bestemmelsen fungerer også som en døråpner for å godta tilknytning til private anlegg, der dette anses mer hensiktsmessig etter en totalvurdering. Det er i så fall snakk om ekspropriasjon. Dette kommer blant annet frem av KMDs brev fra 2012, hvor det uttrykkelig uttales at § 27-3 ikke «*i seg selv*» gir anledning til å rette pålegg om tilknytning til private anlegg. Begge bestemmelsene har sin parallell i forurl. § 23. Jeg avgrenser imidlertid mot en nærmere gjennomgang. Poenget er å understreke at kostnadene etter pbl. § 27-2 tredje ledd fort kan overstige de kostnadsgrensene som er nevnt ovenfor. Tilsvarende vil gjelde for eksisterende bebyggelse, jf. § 27-2 fjerde ledd.

Pålegg om å koble seg til offentlig vann- og avløpsanlegg (tilknytningsplikten), eventuelt tillatelse til å ekspropriere rett til tilknytning til private vann- og avløpsanlegg, er i hovedsak begrunnet med hensyn til sanitære forhold og forurensning (Pedersen mfl., 2018b, s. 493). Det betyr at plikten implisitt kan knyttes til en subjektiv handling eller valg, jf. punkt 5.3.2. Det vanligste eksemplet er at grunneier ønsker å bebygge tomten sin, forutsatt at innlagt vann er nødvendig. I så fall slår plikten som allerede nevnt inn automatisk som ledd i saksbehandlingen. Et annet eksempel kan være en uholdbar vedvarende tilstand, typisk forurensning. Grunneier må i så fall forebygge – om nødvendig eliminere – skadevirkningene, jf. punkt 3.3. Tilsvarende årsakssammenheng lar seg ikke like lett forklare på områder som berøres av overvann. Begrunnelsen skal jeg komme nærmere inn på i de to neste kapitlene. Jeg starter med en gjennomgang av EMK TP1-1.

¹²⁶ Statsforvalteren i Oslo og Viken, klagesak 2019/20800, 11.03.2019.

Kapittel 6: EMK TP1-1

6.1 Et utgangspunkt

Vern av eiendomsretten blir normalt kategorisert blant «første generasjons rettigheter»¹²⁷, det vil si at eiendomsretten regnes blant de eldre grunnleggende rettigheter, på lik linje med de sivile og politiske rettighetene¹²⁸ (Aall, 2018, s. 28). Aall velger å bruke ordet «ambisiøst» når han introduserer eiendomsvernet etter EMK (Ibid). Det sies ikke med rene ord hva han legger i «ambisiøst», men tre varianter kan tenkes. For det første kan det indikere at vernet reelt sett står svakere enn ordlyden skulle tilsi. For det andre kan det indikere praktiske utfordringer med håndheving av et noenlunde rettferdig, effektivt og likeartet vern på tvers av ulike retts- og kulturtradisjoner, og de ulike myndigheters styringsbehov. For det tredje kan det ligge en erkjennelse om at vernet i enkelte tilfeller har virkning på linje med «andre generasjons» rettigheter, slik som økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter¹²⁹ (Solheim, 2010, s. 55). Jeg leser Aall dithen at det er den andre betydningen som ligger til grunn for boken, altså utfordringen med å finne en felleseuropeisk standard.

I innværende kapittel fokuserer jeg på EMK første tilleggsprotokoll, artikkel 1.¹³⁰

Bestemmelsen angir et eksplisitt vern av eiendom, som ikke gjenfinnes i de to sentrale FN-konvensjonene SP og ØSK – ei heller i norsk rett. Eiendomsvernet er riktignok nevnt i FN-pakten artikkel 17¹³¹, men erklæringen har ikke den samme juridiske posisjon, på lik linje

¹²⁷ Njål Høstmælingen behandler eiendomsvernet under kategorien økonomiske rettigheter, det vil si «andre generasjons» rettigheter (Høstmælingen, 2012, s. 292 flg.). Boken foretar imidlertid en bred omtale av internasjonale menneskerettigheter, både globale og regionale, generelle og spesielle, derav mange ulike organ. Det kan ikke utelukkes at «rangeringen» er et resultat av denne brede innfallsvinkelen. Det bør derfor utvises forsiktighet med å trekke raske konklusjoner på bakgrunn av bokens systematikk. Dessuten er ikke juridisk teori konsekvent angående hva som regnes til de ulike «generasjonene». Rangeringen er først og fremst pedagogisk fundert, derav liten juridisk interesse (Ibid, s. 75-76).

¹²⁸ FNs internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter, heretter forkortet SP.

¹²⁹ FNs internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, heretter forkortet ØSK.

¹³⁰ Heretter forkortet TP 1-1.

¹³¹ Artikkel 17 lyder: «Everyone has the right to own property alone as well as in association with others. No one shall be arbitrarily deprived of his property». Se f.eks. Høstmælingen (2012), s. 292.

med konvensjonene.¹³² Det er likevel viktig å presisere at vernet *ikke* er absolutt. EMK TP 1-1 lyder:¹³³

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

Jeg gjentar det igjen. Ved offentlig myndighetsutøvelse må det ofte tas stilling til forholdet mellom offentlige styringsbehov og vern av den enkeltes rettigheter. Forskjellen nå er at *individets* rettigheter får en helt annen overtone. Offentlige myndigheter opptrer fremdeles som «*øvrighet*» ovenfor den enkelte, forstått slik at enkeltindividers rettigheter og plikter i utgangspunktet kan styres i tråd med hva myndighetene har bestemt, *uavhengig* av samtykke (Graver, 2019, s. 49).¹³⁴ Myndighetsutøvelsen har sine begrensninger, og her skal jeg konsentrere meg om hvilke grenser som gjelder etter EMK-retten i sin alminnelighet og EMK TP 1-1 i sin særdeleshet. Det er i krysningspunktet mellom den konstitusjonelle statsforfatningsrett, alminnelig forvaltningsrett og internasjonal rett at de juridiske utfordringene blir særlig fremtredende. Det gjelder særlig den internasjonale dimensjonen som har gjort sitt inntog de siste tiår. Tilfanget er til dels enormt og virkningene større enn de fleste maktet å forutse. Som et godt eksempel kan det vises til samspillet mellom EMK og de «nye» menneskerettighetene i Grunnlovens del E, kombinert og praktisert i den daglige forvaltning – særlig innen velferdsretten.¹³⁵ Menneskerettsloven er som et utgangspunkt på lik

¹³² Det er ikke dermed sagt at FNs verdenserklæringen er uten enhver rettslig betydning. Høstmælingen begrunner erklæringens juridiske posisjon med utgangspunkt i tre ulike innfallsvinkler (Høstmælingen, 2012, s. 47).

¹³³ Heretter vil jeg kun gjengi konvensjonstekst og praksis på engelsk. Dette gjør jeg for å unngå uheldige oversettelser som kan skape tvil om meningsinnholdet.

¹³⁴ Eckhoff/Smith benytter termen «*høyhetsrett*» om det samme (Eckhoff & Smith, 2018, s. 32).

¹³⁵ Bakteppet er den store grunnlovsrevisjonen i 2014. Ved å løfte utvalgte grunnleggende menneskerettigheter opp på *grunnlovs nivå* oppstod det fortolkningstvil mellom hvordan disse skulle forstås i forhold til EMKs

trinnhøyde med andre norske lover. Menneskerettsloven § 3 gir likefullt EMK-bestemmelser forrang foran norske lover ved motstrid, og etter grunnlovsreformen i 2014 fikk vi en ny bestemmelse i Grl. § 92 som grunnlovfester et overordnet mål om å respektere de menneskerettslige avtalene som vi har tilsluttet oss.¹³⁶ På dette grunnlag har enkelte, deriblant Carsten Smith, gitt uttrykk for at menneskerettsloven har en «halv-konstitusjonell» rolle (Smith, 2012, s. 121).

Den enkelte borgers rettsstilling blir stadig utfordret av vide fullmakter som tilkjennes forvaltningen (Graver, 2019, s. 25). Utviklingen har potensial til å utfordre borgeres rettsstilling, all den tid lovgiver tenderer å overlate til forvaltningen å bestemme det nærmere innholdet i vedtatte lover.¹³⁷ Lovforslaget til KMD er et prakteksemplar på det. I tillegg til vide fullmakter, er det fort gjort å overse rettigheter som gjelder *utover* alminnelig norsk rett. På enkelte områder tilsvarer internasjonal rett langt på vei de norske rettsreglene, mens på andre områder utfyller internasjonal rett hulrommene som oppstår i det norske rettssystemet. I denne sammenheng er det også viktig å være klar over EMKs lære om autonome begrep (autonom tolkning). Det vil si at det er EMD, *ikke* nasjonale domstoler (eller lovgiver for den saks skyld) som bestemmer konvensjonsordlydens nærmere innhold (Moen, 2019, s. 194). Forskjellene må imidlertid ikke overdrives. I praksis har norsk og internasjonal rett mange fellestrekk, men som vi skal se har ikke den norske grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser full parallellitet med de internasjonale konvensjonene (Aall, 2018, s. 103).

Flere høringsuttalelser som ble gjennomgått i kapittel 4 påpekte hvordan nytt forslag til pbl. § 31-9 skaper mange vanskelige tolkningsspørsmål. Mange var også inne på hvilke virkninger forslaget vil få for grunneiere som blir berørt av pålegget. Det er utvilsomt mange gode innspill, men de fleste standpunktene og argumentene bygger på verdiladede, økonomiske og

tilsvarende menneskerettighetsbestemmelser, som allerede var norsk rett – inkorporert på *lovs nivå*, jf. menneskerettsloven. En oversikt finnes hos Aall (2018), s. 101-103. En vel så interessant problemstilling er hvordan «ny» Grl. § 92 skal forstås når menneskerettsvernet etter EMK ikke fullstendig overlapper med Grunnloven. Jeg kommer kort inn på problemstillingen i punkt 6.2.1.1.

¹³⁶ Det er et bevisst valgt å uttrykke innholdet som et «overordnet mål», for konvensjonene har ikke fått grunnlovs rang som sådan (Aall, 2018, s. 102-103). Alternativt kan man snakke om en sterk symbolisering av en overordnet politisk vilje.

¹³⁷ Se bl.a. Boe (2021), s. 670 med videre henvisning.

politiske overveielser. Det er ikke så rart, for rettspolitiske avveielser dominerer ofte lovgivningsprosesser. Svært få, med unntak av Advokatforeningen og Justis- og beredskapsdepartementet, trekker frem viktigheten av en stødig *juridisk* forankring når avveielser foretas mellom myndighetenes styringsbehov og borgerens rettsvern – særlig når det er snakk om tyngende inngrep. Formålet med inneværende kapittel er å rette søkelyset mot EMK TP1-1 og vise at nytt forslag til pbl. § 31-9 er helt på grensen med hva som er akseptabelt, sett i lys av den forståelse som kan utledes av konvensjonspraksis. Drøftelsen bygger på Stig H. Solheims doktoravhandling fra 2010. Begrunnelsen er at Solheims oversikt over eiendomsvernet og de vurderinger som gjøres når EMD tar stilling til TP1-1, også er lagt til grunn av en rekke forfattere i juridisk litteratur de senere år.¹³⁸ Det kan derfor synes som at det er en viss enighet om at denne metode er et fruktbart utgangspunkt. Jeg har derfor ingen intensjon om å forsøke å endre på det.

6.2 Eiendomsvernet etter TP1-1

I det følgende vil jeg benytte Solheims «sekstrinns-katalog» som overordnet ramme for gjennomgangen, med hovedvekt på de vurderinger som har størst relevans for avhandlingen.¹³⁹ Det gjelder særlig *forholdsmessighetstesten*, men jeg skal også knytte noen kommentarer til *inngrepets art*. Begge behandles derfor under egne punkter. Enkelte trinn reiser få eller ingen problem for min avhandling, og skal derfor kun kommenteres kort innledningsvis. Det gjelder *hva* som kan anses som eiendom, at det foreligger *et inngrep* i denne rettighet, at inngrepet har en *tilstrekkelig hjemmel* og at inngrepet må forfølge *et legitimt formål*. Rekkefølgen avviker derfor fra den vi finner hos Solheim (2010).

For det første må det være tale om «*possessions*» i EMKs forstand. Rettspraksis fra EMD har vist at begrepet må tolkes vidt, i den forstand at begrepet omfatter goder som normalt ikke forbindes med «eiendom» etter vanlig norsk retts- og språkforståelse. Gjenstanden for min avhandling – fast eiendom – er ukontroversielt. Fast eiendom er så grunnleggende i konvensjonspraksis at det knapt problematiseres. Tilsvarende synes å gjelde løsøre og penger, derigjennom aksjer (Solheim, 2010, s. 183-184). For det andre må det foreligge et «inngrep» i denne beskyttede rettigheten. Det betyr kort og godt at det må være snakk om en normering

¹³⁸ Se for eksempel Falkanger & Falkanger (2016), s. 523-525. Tilsvarende oversikt gis av Bertelsen (2011), s. 381-382.

¹³⁹ Se Solheim (2010), s. 58-116.

eller faktisk handling som rokker ved rettigheter på eiers hånd. Et pålegg om å iverksette tiltak på egen eiendom, mot egen vilje og uten å kunne lastes for situasjonen som har oppstått, må utvilsomt anses som et inngrep i eiendomsretten. Inngrepsterskelen er i det hele tatt ganske lav (Ibid, s. 114). Dette har nok sammenheng med det svært virksomme forholdsmessighetsprinsippet etter konvensjonen. For det tredje må det ligge til grunn en tilstrekkelig klar lovhjemmel etter konvensjonspraksis. Det vil si at det stilles visse minstekrav til tilgjengelighet og presisjon – underarter av det grunnleggende krav om forutberegnelighet. For avhandlingens del vil kravet neppe by på særlig problem, ettersom det norske legalitetsprinsipp på mange måter er strengere enn lovkravet etter konvensjonen.¹⁴⁰ Det pågående lovarbeidet er nettopp et resultat av vår tradisjon på dette punkt – å sikre en tilstrekkelig lovhjemmel. Lovkravet etter EMK må ses i sammenheng med at EMD behandler saker fra land med andre rettstradisjoner enn Norge, for eksempel common law-systemet i engelsk rett, som i større grad bygger på domstolskapt/ulovfestet rett. Det er derfor ikke et absolutt krav om formell lov etter konvensjonen. Det samsvarer også godt med det Solheim sier om at det er «*relativt få saker som kun avgjøres på dette hovedspørsmålet*» (Ibid, s. 78). For det fjerde må et offentlig inngrep forfølge et legitimt formål. Hva som menes med et legitimt formål kan lettest besvares negativt. Det innebærer for eksempel at inngrepet ikke kan være vilkårlig, diskriminerende, usaklig og lignende karakteristikk. Dette er kriterier som norske rettsanvendere vil gjenkjenne fra den ulovfestede læren om «myndighetsmisbruk». Utover slike åpenbare urimeligheter er konvensjonsstatene tilkjent en relativt vid skjønnsmargin (Solheim, 2010, s. 79-80). Det skal likevel nevnes at enkelte formål kan være av en slik karakter at det skal svært mye til for å påvise et uforholdsmessig inngrep, selv etter EMK. Det gjelder blant annet miljø saker. Se flere eksempler i Solheim (2010) s. 86 note 269. Jeg kommer nærmere inn på distinksjonen mellom overvann og miljørett i punkt 7.2.1.

¹⁴⁰ Det er skrevet mye om legalitetsprinsippet i juridisk litteratur og det opereres med ulike innfallsvinkler og terminologier, jf. punkt 5.1.

6.2.1 Hva slags inngrep er det snakk om?

For det femte må det klargjøres hva slags inngrep det er snakk om. Her kommer normalt regelvalget inn, som tidlig ble fastslått i Sporrøng og Lönnroth mot Sverige¹⁴¹, og som senere rettspraksis har fulgt opp. Solheim bemerker blant annet regelvalgets beskjedne rolle i sin avhandling (Solheim, 2010, s. 74-75). Regelvalget synes mindre viktig, all den tid EMD legger stor vekt på forholdsmessighetstesten, uavhengig av hvilket regelvalg man lander på. Lindheim mot Norge er et godt eksempel på det. Likefult tar de fleste avgjørelser stilling til regelvalget, og det har trolig størst betydning ved løsning av erstatningsspørsmål (Ibid, s. 100). Til gjengjeld spiller det en større rolle for helhetsvurderingen å kartlegge hva slags inngrep det er snakk om.

Et pålegg om overvannshåndtering har et åpenbart kontrollerende element ved seg. Det er likevel sider ved pålegget som skiller seg fra det som normalt forstås med ordet kontroll. Hvilket regelvalg som passer med pålegg om overvannshåndtering, er vanskelig å si noe sikkert om. Jeg antar at påleggssaker etter pbl. § 31-9 kan falle innunder både prinsippregelen og kontrollregelen. Stig Solheim gir samtidig uttrykk for at det er vanskeligere å spore et fast mønster på hvilke tilfeller som faller innunder prinsippregelen. Han nevner blant annet tilfeller «*som ligger nært opp mot en de facto ekspropriasjon*» eller «*inngrep som er en kombinasjon av kontrolltiltak og tiltak av en annen karakter*», kan falle innunder prinsippregelen (Ibid, s. 70). Det er i så fall den sistnevnte som er aktuell i overvannstilfellene, jf. mine innvendinger i punkt. 5.2.

6.2.1.1 Nærmere om statens «positive forpliktelse»

I lys av inngreps art så er det interessant å rette et blikk mot en side ved konvensjonen som sjeldent kommer frem i debatten når det diskuteres nye lovforslag som berører grunnleggende menneskerettigheter. Tematikken er særlig aktuell etter Gjerdrum-raset, som ble nevnt i innledningen. Poenget er å vise at Grl. § 92 og EMK artikkel 1 kan tenkes å skape en avveiningsutfordring mellom statens positive forpliktelser (å iverksette positive tiltak), samtidig som statens negative forpliktelser (inngrepsadgangen) begrenses gjennom det samme lovverket – i dette tilfellet EMK TP1-1. Samtidig danner gjennomgangen et grunnlag for avgjørelsene som blir nevnt i punkt 6.3.

¹⁴¹ Sporrøng og Lönnroth mot Sverige, klagenr. 7151/75, 7152/75, dom 23. september 1982, avsnitt 61.

I 2005 skrev Amir Mirmotahari en studentavhandling om statens mulige ansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Avhandlingens problemstilling knytter seg til hvorvidt offentlige myndigheter har et objektivt ansvar for å sikre konvensjonsrettighetene, selv om krenkelsene reelt sett utspringer fra en konflikt mellom private rettssubjekter. Det objektive ansvaret omtales som «*konvensjonens tredjepartsvirkning*» – eller mer presist; konvensjonens «*indirekte*» tredjepartsvirkning (Mirmotahari, 2007, s. 12-13). Det uklare ansvaret for å gripe inn i private mellomværender må ses som en underkategori av det som gjerne omtales som myndighetenes «*positive forpliktelse*» (Mirmotahari, 2007, s. 24 og Solheim, 2010, s. 63). Når Mirmotaharis studentavhandling, og senere bok-utgave ble skrevet, ble plikten utledet av EMK art 1:

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

Gjennom ordlyden «*The High Contracting Parties*» knesettes en viktig forutsetning for problemstillingen – det er kun staten Norge som kan pådømmes ansvar etter konvensjonen. Det er fordi *konvensjonsstatene* utgjør pliktsubjektet i avtaleforholdet. Samtidig skiller EMK seg fra den øvrige folkeretten på et grunnleggende punkt – EMK regulerer rettsforholdet *i* konvensjonsstatene, ikke *mellom*. Det er denne mekanismen som gjør at enkeltindivider kan påberope seg brudd på EMK gjennom sivil søksmål for EMD (Høstmælingen, 2012, s. 27). Videre fremgår det av ordlyden at konvensjonsstatene skal respektere, men også *sikre* («*secure*») menneskerettighetene innenfor rettsstatens jurisdiksjon.¹⁴² I dag fremgår en *tilsvarende* plikt av Grl. § 92, jf. punkt 6.1.¹⁴³ Det er Grunnloven som danner utgangspunkt for tolkningen innenfor *alminnelig* norsk rett, det vil si *utenfor* EMK-rettens anvendelsesområde.

Terminologien er imidlertid ikke konsekvent i juridisk litteratur. Jørgen Aall bruker for eksempel samlebetegnelsen «*dobbel gjennomføringsforpliktelse*» når han drøfter ansvaret på et overordnet nivå, men benytter ord som «*sikreplikt*» og «*positive tiltak*» når han spesifikt

¹⁴² Uttrykket «*within their jurisdiction*» rekker i denne sammenheng videre enn det man kan utlede av ordlyden ved første øyekast. Se nærmere Aall (2018), s. 52 flg.

¹⁴³ Ordet «*tilsvarende*» er satt i kursiv for å understreke at konvensjonens og grunnlovens beslektede bestemmelser ikke i ett og alt er sammenfallende. Se Aall (2018), s. 51.

behandler de positive sidene ved ansvaret (Aall, 2018, s. 58-61).¹⁴⁴ De mellomprivate konfliktene utgjør «*positive tiltak*», mens den mer overordnede handleplikten – altså uavhengig av de mellomprivate konfliktene – blir av Aall betegnet som «*sikreplik*». Tor Ehlers Bertelsen nøyer seg med å bruke betegnelsene «*aktiv handleplik*» eller «*positiv handleplik*», samtidig som han understreker at nyanseforskjellene hovedsakelig er et terminologisk spørsmål (Bertelsen, 2011, s. 40).¹⁴⁵

Nyansene tjener imidlertid som et nyttig utgangspunkt for å nærme oss budskapet. Det Aall kaller «*sikreplik*» er sentralt i min sammenheng. En offentlig *generell* sikreplik forutsetter at norske myndigheter enten vet, eller burde vite, at det er et nærliggende behov for avhjelpende tiltak for å sikre konvensjonsrettighetene (Aall, 2018, s. 61). Offentlige myndigheter kan derfor – under visse omstendigheter – risikere å bli anklaget for «*inngrep*» ved å forholde seg *passiv* (Solheim, 2010, s. 63). Det ligger i kortene at slike tilfeller må utgjøre en viss fare og alvorlighetsgrad. La oss hente inspirasjon fra den aktuelle Gjerdrum-saken og RG-2007-486, jf. punkt 2.2 og 3.5, og knytte det opp mot påleggsmatikken – illustrert som et *fiktivt* eksempel.¹⁴⁶ Vi kan se for oss at en kommune blir oppmerksom på en utsatt og nylig kartlagt kvikkleireforekomst under en større del av bebyggelsen. Etter at undersøkelsene er gjennomført konstaterer NGI høyt risikonivå, og kort tid senere er kartet farget (mørke-) rødt. I tillegg blir kommunen, gjennom samtaler med NVE, kjent med et tiltagende problem i det lokale vassdraget.¹⁴⁷ Vassdraget ligger i et lite dalsøkk i utkanten av bebyggelsen og den utsatte delen av vassdraget hører til to større eiendommer som eies av private. Tettstedet har vært i en rivende utvikling de siste årene og bortimot 70 prosent av overvannet blir håndtert i rør som ledes direkte til vassdraget. Selv under relativt normale regnværsdager øker vassdragets vannføring urovekkende, med dertil økende eroderingsrisiko. Kommunalteknisk

¹⁴⁴ Det må understrekes at myndighetenes «*positive*» forpliktelse kun utgjør en *sekundær* forpliktelse etter konvensjonen. Det *primære* ansvar er selvsagt å *frastå* fra å gjøre inngrep; altså den «*negative*» forpliktelsen.

¹⁴⁵ Aall formulerer seg ikke konsekvent. Han benytter f.eks. «*positive plikter*» i antologien til Søvig (2015), s. 83 når han reelt sett drøfter tilsvarende tema som senere blir kalt «*sikreplik*» i egen bok (Aall, 2018).

¹⁴⁶ Jeg benytter Gjerdrum-raset som eksempel fordi det er relativt ferskt. Tankeeksperimentet er ikke ment som en spekulasjon om rasets utløsende årsak, men det er unektelig nærliggende at *vannbalansen* i skredområde har spilt en delaktig rolle, jf. punkt 2.2.

¹⁴⁷ Vi legger nå til grunn at vassdragets størrelse tilfredsstillende vilkårene for å være vassdrag etter Lov 15. mars 1940 nr. 3 om vassdragene [vassdragsloven] § 2 første ledd, men forstått slik at vassdragets størrelse er i grenseland til å bli karakterisert som en bekk.

sjef har svært bekymret i lang tid og frykter at utvaskingen i vassdraget kan fremprovosere et ukontrollert og plutselig kvikkleireras, med potensialet til å dra med seg deler av bebyggelsen. Kommunen disponerer kun en brøkdel av arealet, resten disponeres av ulike private grunneiere. Kommunen har få rettslige virkemidler til disposisjon for å pålegge eller iverksette nødvendige og kostbare tiltak, og det eneste reelle virkemiddelet synes å være ekspropriasjon. Han har omsider orientert kommuneledelsen om situasjonen, men det er liten vilje til å bruke ekspropriasjonshjemmelen for å løse problemet. Hva skal et offentlig organ gjøre i en slik situasjon? Bør kommunen gripe inn på vegne av fellesskapet? Kunne en slik hjemmel vært løsningen? Eller skal man pålegge de to store grunneierne i eksempelet å løse utfordringene? Det er jo tross alt deres eiendom. Kanskje den utsatte bebyggelsen kan pålegges tiltak?

I Budayeva mfl. mot Russland¹⁴⁸ kom spørsmålet opp om myndighetene hadde gjort nok for å avverge et større leirras. Hendelsen skjedde i fjellandsbyen Tyrnauz, nær Mount Elbrus, en fjellkjede lengst sør i Russland, ikke så langt fra den Belgiske grensen. Både eiendeler, eiendommer og liv gikk tapt i den aktuelle hendelsen. Det var riktignok en kjent risiko for ras i den aktuelle landsbyen, ettersom det var registrert flere ulike utglidninger helt tilbake til 1937. Topografien og beliggenheten gjorde landsbyen svært utsatt. Det var også gjennomført ulike tiltak gjennom årenes løp, men det var likevel etter omstendighetene gode grunner til å forvente ytterligere innsats fra de russiske myndighetene. Med henvisning til saken Öneriyildiz mot Tyrkia¹⁴⁹ – som omhandlet en metan-eksplosjon fra en søppelfylling som hadde kostet trettini menneskeliv – sa retten:

«In the present case, however, the Court considers that natural disasters, which are as such beyond human control, do not call for the same extent of State involvement. Accordingly, its positive obligations as regards the protection of property from weather hazards do not necessarily extend as far as in the sphere of dangerous activities of a man-made nature.»¹⁵⁰

¹⁴⁸ Budayeva mfl mot Russland, klagenr. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 og 15343/02, dom 20. mars 2008.

¹⁴⁹ Öneriyildiz mot Tyrkia, klagenr. 48939/99, dom 30. november 2004.

¹⁵⁰ Budayeva mfl. mot Russland, avsnitt 174.

Russiske myndigheter kunne med andre ord ikke forventes å ha en like streng plikt til å agere i en situasjon der risikoelementet ikke er knyttet til menneskelig aktivitet alene. Det var med andre ord ingen tilstrekkelig årsakssammenheng. Av den grunn kom EMD frem til at det ikke var brudd på TP1-1 i den konkrete saken. Stig H. Solheim har tolket sitatet fra Önergyildiz mot Tyrkia¹⁵¹ slik at det kan oppstilles en form for «årsakskrav mellom hva en eier berettiget kan forvente av tiltak fra myndighetene, og hans rett til effektiv utnyttelse av sin eiendom» (Solheim, 2010, s. 64 – Solheim egne kursiveringer fjernet). Etter min mening uttrykker Solheim seg vel forsiktig på dette punkt, jf. «et slags årsakskrav» (Ibid). Slik jeg leser dommene er årsakssammenhengen et *fundamentalt* element i avveiningen om hvorvidt statens positive forpliktelser i det hele tatt aktualiseres.¹⁵² Det gjelder særlig eiendomsvernet etter EMK TP1-1. Tolkninger av rettspraksis viser at EMD oppstiller et årsakskrav i saker som omhandler positive forpliktelser. Tilsvarende kom frem av de fire krav¹⁵³ som Amir Mirmotahari konkluderte med i sin studentavhandling fem år tidligere (2005). Mirmotahari bygde imidlertid på en «*but for-test*» utviklet av Andrew Clapham, med hensyn til *mellomprivate konflikter* (Mirmotahari, 2007, s. 108-113). En av svakhetene som ble trukket frem i avhandlingen var usikkerheten rundt *når* myndighetene i tilfelle kunne stilles ansvarlig. Denne grensedragning stiller seg noe annerledes sammenlignet med de andre sidene av den positive forpliktelsen, som ifølge Mirmotahari kan deles i tre (Ibid, s. 24). Inndelingen er ikke like kategorisk hos Jørgen Aall, som nøyer seg med å ramse opp noen typetilfeller (Aall, 2018, s. 58-59). Vernet er uansett relativt, og det er ikke gitt at enhver skredhendelse er naturskapt i sin helhet, men også kan innebære en hybrid av menneskelig aktivitet og naturlig prosesser – slik tilfelle ofte er når det gjelder overvann. Men det finnes ulike grader av momentet «*menneskeskapt*». Hvorvidt den positive forpliktelse aktualiseres må derfor avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak.

6.2.2 Forholdsmessighetsterskelen

Den sjettede og siste siden ved EMK TP1-1 angår forholdsmessighetsavveielser som en *selvstendig* virksom skranke, og derigjennom betydningen av tilbudt

¹⁵¹ Önergyildiz mot Tyrkia, avsnitt 134.

¹⁵² Se f.eks. Budayeva mfl. mot Russland, avsnitt 172-173 og avvisningsavgjørelsen Hadzhiyska mot Bulgaria, klagenr. 20701/09, avvisningsavgjørelse 15. mai 2012, avsnitt 16, med videre henvisninger til praksis, deriblant Önergyildiz mot Tyrkia.

¹⁵³ De fire kravene var; 1. om klageren er sikret en effektiv beskyttelse, 2. om «inngrepet» er forholdsmessig, 3. «inngrepet» må overstige et minstenivå av alvorlighet og 4. spørsmålet om årsakssammenheng.

erstatning/kompensasjon. Forholdsmessighet er «en het potet» i disse dager. Det er lite det skrives og snakkes så mye om som forholdsmessighet, uavhengig av fagfelt og innfallsvinkel. Det gjelder særlig hva som skal inngå i begrepet. Hva er forholdsmessig? Det er ikke lett å gi et sikkert svar på det, ettersom forholdsmessighet vanskelig kan erkjennes fullt ut (Moen, 2019, s. 97). Rettsanvenderen må derfor legge til grunn det han eller hun *anser* som riktig tolkningsresultat. Dette er trolig hovedgrunnen til at enkelte kritiserer EU/EFTA- og EMK-retten for å være «frirettslig» (Boe, 2021, s. 603). Moen legger til grunn den samme innvendingen, men snakker samtidig om en «*rettsliggjøring av skjønnet*», ettersom terminologien «forholdsmessighet» i større grad knytter an mot en vektning *i forhold til noe* (Moen, 2019, s. 21 og 76). Frirettslig eller ei – forholdsmessighetsprinsippet anses sentralt i global rettstenkning og rettskultur, ja, muligens blant de mest grunnleggende prinsipper i internasjonal rett – og det gjelder som norsk rett gjennom inkorporeringen av EØS-loven og menneskerettsloven (Søvig, 2015, s. 78 note 3).

Opphavet til prinsippet knyttes gjerne til tysk rettstradisjon og juristen Robert Alexy (Frøberg, 2014, s. 149 og Mæhle, 2005, s. 277). I europeisk sammenheng er det vanlig å dele prinsippet i tre, slik at forholdsmessighet rommer både egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand.¹⁵⁴ Inndelingen er mest fremtredende i EØS-retten, men den ligger også til grunn i EMDs praksis. Olav Haugen Moen mener å påvise at EMK-retten ikke har et like restriktivt forhold til inndelingen som i EØS-retten (Moen, 2019, s. 445). Mens EØS-rett – særlig når det berører de fire friheter – anlegger tre-delingen som *selvstendige vilkår*, praktiserer EMD en linje som minner mer om *momenter i en helhetsvurdering* – dog riktignok *tungtveiende*. For EØS/EFTA-rettens vedkommende synes dette å samsvare greit med det dansken Niels Fenger skriver i Søvig (2015) s. 49-77, men dog med den reservasjon at Fenger påpeker flere unntak fra den vel kategoriske stiliseringen som Moen gir uttrykk for. Det skal likevel skytes inn at når det gjelder EMKs nødvendighetskrav ved inngrep i *eiendom*, så er det et viktig poeng etter konvensjonen at eiendom ikke anses like sentralt som for eksempel *retten*

¹⁵⁴ Det opereres med mange ulike uttrykk, blant annet «*stricto-/strictu sensu*» (Moen, 2019, s. 96 og Frøberg, 2014, s. 151), forholdsmessighet «*i snever forstand*» (NOU 2019: 5, s. 157), «*rimelighet*» (Graver, 2019, s. 137), «*rimelig balansert*» (Boe, 2018, s. 93) eller den «*egentlige*» forholdsmessighetstesten (Eckhoff og Smith, 2018, s. 407). Det er heller ikke uvanlig å la «*egnethet*» inngå i «*nødvendighetskravet*» (Berg, 2005, s. 81). Alt-i-alt en terminologisk smakssak.

til liv etter EMK art. 2.¹⁵⁵ Og i forlengelsen av dette er det heller ikke gitt at tiltaket er uforholdsmessig, til tross for at finnes alternative mildere tiltak, jf. innholdet i nødvendighetskravet (Solheim, 2010, s. 82). Solheim synes også å avdekke at egnethetskriteriet ikke spiller all verdens rolle (Ibid, s. 87). Poenget er uansett at det skal sikres *en rimelig balanse* mellom mål og middel – forholdsmessighet i egentlig forstand.

I utgangspunktet har konvensjonsstatene en vid skjønnsmargin til å bestemme hva som er nødvendig. Det er vanlig å legge til grunn at dette særlig gjelder der hvor konvensjonstatene har tatt stilling til EMK i forkant av inngrepet. Dette minner i mangt og meget om sondringen mellom legalitet og skjønnsutøvelse ved domstolskontrollen i norsk rett.¹⁵⁶ Utgangspunktet må imidlertid ikke overdrives. Dette påviste Stig H. Solheim i sin doktorgrad, og trenden gjenfinnes for eksempel i Lindheim mfl. mot Norge, hvor formålet var akseptert og hvor både lovgiver og domstolene hadde tatt stilling til EMK (Solheim, 2010, s. 82-84).¹⁵⁷ Jeg skal gjennomgå Lindheim-saken i neste punkt.

6.3 Lindheim-saken

Det er meg bekjent ingen praksis fra EMD som tar for seg tema overvann. Etter min mening finnes det likevel andre saker som har overføringsverdi og viktig betydning for å forstå de rettslige grensene som kan utledes av konvensjonspraksis. Hensikten er å belyse sider ved forslaget til ny pbl. § 31-9 som hittil ikke har vært berørt. Da passer det bra å bruke et eksempel som knytter seg til norsk lovgivning, nemlig Lindheim mfl. mot Norge. Saken var et resultat av to avgjørelser angående tidligere tomtfestelov¹⁵⁸ § 33, der lovgiver hadde bestemt at festetiden kunne forlenges på ubestemt tid, og *på samme vilkår som før*, når

¹⁵⁵ I Budayeva mfl. mot Russland ble det konstatert brudd på EMK art. 2, for under en slik vital rettighet må staten sies å ha «*a duty to do everything within the authorities' power*» for å forebygge tap av liv, jf. avsnitt 175 i dommen.

¹⁵⁶ Det viser seg imidlertid å det er uheldige misoppfattelser og sammenblandinger om hva som egentlig ligger i «*margin of appreciation*». Se nærmere om dette i Stig H. Solheims artikkel i Høgberg og Sunde (2019), s. 382-384.

¹⁵⁷ Det blir etter mitt syn misvisende når Jørgen Aall skriver at forholdet til EMK var «*grundig vurdert*» av både lovgiver og Høyesterett i Lindheim-saken (Aall, 2018, s. 104). Grunnen til at Norge ble dømt for brudd på EMK TP1-1 var pga. at det *ikke* var foretatt en «*grundig vurdering*». På tross av formuleringen tror jeg likevel at Aall må forstås på samme måte som Solheim.

¹⁵⁸ Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefesteloven).

inneværende avtaleperiode hadde utløpt. Plenumssakene ble behandlet av Høyesterett samme dag, men slik at Rt. 2007 s. 1306 (Rollag) i hovedsak henviser til drøftelsen i Rt. 2007 s. 1281 (Ullern terrasse), uten nevneverdig avvik. Den største forskjellen var at Rollag omhandlet fritidsfeste, mens Ullern Terrasse omhandlet boligfeste. Det var Rollag-dommen (Rt. 2007 s. 1306) som *formelt* lå til grunn for klagesaken i Strasbourg, samtidig var det avgjørelsen i Ullern Terrasse-dommen som dannet det *reelle* grunnlaget. Både boligfeste- og fritidsfeste-interesser var likevel representert i saken for EMD, etter en sammenslåing av to parallelt verserende klager.

Saken er etter hvert ganske kjent og mye omtalt blant norske jurister og akademikere. Fokuset har ofte vært rettet mot den lave grunnleien som gjaldt fra da festekontraktene ble inngått. Dette er forståelig, ettersom partenes anførsler omhandlet hvorvidt Grl. §§ 97, 105 og EMK TP1-1 ga krav på en oppregulering av festeavgiften som avspeilet *markedsverdien*. Til og med norsk Høyesterett tok utgangspunkt i markedsverdien når de tok stilling til hvorvidt EMK TP1-1 var krenket, jf. Rt. 2007 s. 1281, avsnitt 125. Feiltolkningen ble eksplisitt påpekt av EMD, jf. Lindheim mfl. mot Norge, avsnitt 135. Fremdeles får man inntrykk av at juridisk litteratur henger fast ved tanken om den såkalte grunnleien, jf. blant annet Falkanger og Falkanger (2016), s. 530, når de oppsummerer med at den lave grunnleien «åpenbart» var et *vesentlig* element ved avgjørelsen. Det er riktignok slik at den lave renten var en medvirkende faktor for EMDs konklusjon, men det tar etter min mening fokuset vekk fra det som er essensen i konvensjonens forholdsmessighetsprinsipp – både i den aktuelle saken og for EMK generelt. Poenget er jo at det skal sikres en *rimelig balanse* mellom det myndighetene søker å oppnå og den individuelle byrde den enkelte må bære. At grunnleien i utgangspunktet var lav, var ikke *i seg selv* avgjørende. Konvensjonen gir ingen garanti for profitt (Solheim, 2010, s. 126). Problemet i saken var at lovgiver hadde lagt opp til en fordeling som *utelukkende* tilgodeså festerne, på bekostning av grunneier. Vel og merke på grunnlag av *flere* ulike moment. Det springende punkt i avgjørelsen går etter min mening frem av avsnitt 128, hvor det sies følgende:

«However, the Court has not been made aware, nor does it appear from the material submitted, that any specific assessment was made of whether the amendment to section 33 regulating the extension of the type of ground lease contracts at issue in the applicants' case achieved a 'fair balance' between the interests of the lessors, on the one hand, and those of the lessees, on the other hand.»

Det var med andre ord ikke foretatt noen *reell* avveining som på en tydelig og legitim måte viste at det var sikret en rimelig balanse. Vurderingen er utpreget konkret. Andre momenter som spilte inn var at grunneier var fratatt enhver mulighet til å gjøre tilpasninger i kontrakten, et eventuelt salg til tredjemann ville slå svært ulikt ut på salgsprisen og at partene vanskelig kunne ha forutsett en slik ensidig regulering da kontraktene ble inngått. Det kan godt hende at Thor og Aage Thor Falkanger er enig i det, ettersom det er vanskelig å lese ut av den summariske gjennomgangen hvilket standpunkt de selv har tatt til saken. Ser man saken i et større perspektiv, så kan det argumenteres for at interessene som stod på spill – isolert sett – ikke står i stil til det som ble uttalt i Rt. 2007 s. 1281. Uttalelser som «*samfunnets vitale interesser*» og «*deres klart største investering*» treffer mindre godt for fritidsfester, jf. avsnitt 93 og 102 i dommen. Vinklingen stammer fra doktoravhandlingen til Benedikte Moltumyr Høgberg (2010), s. 103, hvor hun retter et kritisk blikk mot det som skulle utgjøre vilkårene for kontraktsforlengelsen, og som derfor – noe tvilsomt – kan kategoriseres som *reelle boligsosiale hensyn*. Særlig tatt i betraktning dem som ikke kommer inn på boligmarkedet og andre sårbare i samfunnet. Uansett hvordan man ser saken – lovreguleringen sikret ingen *forholdsmessig* fordeling.

Når vi flytter blikket mot overvannstematikken så må vi ha klart for oss hva som er årsaken til problemene som oppstår, jf. kapittel 2. At det regner mer enn før kan ingen personlig lastes for. Det er heller ikke gitt at den enkelte kan lastes for måten samfunnet er innrettet på. Den klare hovedregel bør snarere være at ingen kan ansvarliggjøres når det ikke er knyttet til en konkret handling eller valg. Det må i så fall påvises en klar årsakssammenheng mellom regnværet, den konkrete eiendom og skadene som oppstår, men selv da er det på grensen av hva EMK kan legitimere, ved å vedta en lov som ensidig lemper ansvaret over på grunneier. En distinksjon som kan gi veiledning til mitt poeng er saken Budayeva mfl. mot Russland, jf. punkt 6.2.1.1. Som vi allerede har vært inne på gjaldt saken russiske myndigheters positive forpliktelse i forbindelse med et leirras. Når EMD tok stilling til den russiske stats tiltaksplikt ovenfor eiendommene som var berørt, så ble det nødvendig å trekke opp et prinsipielt skille, med henvisning til Öneriyildiz mot Tyrkia, slik jeg siterte ovenfor i punkt 6.2.1.1., men med det tillegg at:

«[...] the obligation to protect the right to the peaceful enjoyment of possessions, which is not absolute, cannot extend further than what is reasonable in the circumstances.»¹⁵⁹

Det må altså trekkes et skille mellom hva som skyldes menneskeskapt aktivitet og hva som er utenfor menneskelig kontroll, som i sin tur vil få avgjørende betydning på hvilke konkrete tiltak som kan forventes, særlig når det gjelder eiendom. I kontrast til saken *Öneryildiz mot Tyrkia*, som omhandlet en *offentlig kontrollert søppelfylling*, kunne ikke tilsvarende årsakssammenheng påvises ved leirraset som rammet fjellandsbyen Tyrnauz. Distinksjonen er fulgt opp i avvisningssaken *Hadzhiyska mot Bulgaria*¹⁶⁰, som omhandlet en flomhendelse utløst av et voldsomt regnvær. All den tid elvas *naturlige* kapasitet ikke strakk til, kunne ikke myndighetene forventes å håndtere en slik situasjon. Det ble blant annet vist til *Budayeva mfl. mot Russland, Öneryildiz mot Tyrkia og Kolyadenko mot Russland*.¹⁶¹ Sistnevnte sak – *Kolyadenko mot Russland* – konkluderte med brudd på tiltaksplikten, på lik linje med *Öneryildiz mot Tyrkia*. I denne konkrete saken var årsaken dårlig vedlikehold og utilstrekkelig forberedelser i forkant av et varslet regnvær, som i sin tur hadde medført store flomskader nedstrøms det *offentlig kontrollerte* drikkevannsreservoaret. Hendelsen var til og med varslet av statsmetrologene i god tid før regnværet inntraff, og det var dokumentert flere varslinger om utbedringsbehov av anlegget i årene før hendelsen. Det avgjørende for sakene har derfor – nok en gang – vært hvorvidt det kan påvises en årsakssammenheng. Alle sakene, med unntak av *Öneryildiz mot Tyrkia*, omhandlet regnværshendelser, hvorav *Kolyadenko mot Russland* var den eneste som konkluderte med brudd på tiltaksplikten. En tilsvarende logikk bør etter min mening legges til grunn i overvannstilfellene. Skal pålegg rettes mot en eller flere bestemte grunneiere, bør det være en forutsetning at skaden kan tilbakeføres til en konkret handling, valg eller tilstand som i sin karakter må anses kontrollerbar. Årsakskjeden vil trolig være vanskelig å påvise i praksis, og vi står fort igjen med de rimelighetsbetraktninger og likhetsprinsipp som ble påpekt i punkt 5.3.2. Slik jeg ser det vil det utfordre forpliktelsene i EMK å rette et *ensidig* vedtak som overfører *ethvert* ansvar til de

¹⁵⁹ Avsnitt 174 og 175 i dommen.

¹⁶⁰ *Hadzhiyska mot Bulgaria*, klagenr. 20701/09, avvisningsavgjørelse 15. mai 2012.

¹⁶¹ *Kolyadenko mot Russland*, klagenr. 17423/, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 og 35673/05, dom 9. juli 2012.

tilfeldig berørte, når problemet i stor grad er knyttet til et problem som er utenfor grunneiers kontroll. Selv et beskjedent offentlig bidrag vil kunne være utilstrekkelig.

Kapittel 7: Oppsummering

7.1 Et utgangspunkt

Offentlig forvaltning består av mange ulike sektor- og ansvarsområder som fordrer mangeartede og spesialiserte regelsett. En god del av disse regelsettene utgår fra forvaltningsretten og består av tre grunnsøyler; *personell* kompetanse, *prosessuell* kompetanse og *materiell* kompetanse. Hensikten er å legge til rette for *hvem* som har kompetanse, *hvordan* myndighetene går frem og *hva* myndighetene kan bestemme. Men hvilken funksjon har slike kompetansebestemmelser når det er *selve* loven som er utfordringen? Hvilke materielle grenser gjelder for *lovgiver* når det skal vedtas ny lov?

Lovgiver kan i utgangspunktet vedta lover om hva den vil, så lenge den holder seg innenfor Grunnlovens kompetanseskranker og respekterer de internasjonale konvensjoner som vi er tilsluttet. Begrensningene har derfor to sider. *Formelt* vil det si at loven ikke må stride mot noen av bestemmelsene i Grunnlovens del E og følge riktig prosedyre i henhold til Grl. §§ 75 flg. *Reelt* sett må lovene også respektere EØS- og EMK-rett, til tross for at de kun har *lovs rang*, jf. punkt 6.1.¹⁶² Det betyr at lovgiver *som et utgangspunkt* står fritt til å utstyre forvaltningen med de nødvendige fullmakter og virkemidler for å håndtere bestående tilstander tilknyttet fast eiendom, så lenge det ytes erstatning i avståelsestilfellene (Grl. § 105), at fullmaktene ikke strir med tilbakevirkningsforbudet¹⁶³ (Grl. §97) og at eiendomsvernet etter EMK TP1-1 respekteres. Virkeligheten er imidlertid sammensatt. I tillegg kommer en rekke momenter og hensyn inn, alt avhengig av hva slags situasjon det er snakk om. Retts- og kulturarven bygger blant annet på viktige underliggende verdier som likhet, rettferdighet, forutberegnelighet, forholdsmessighet, saklighet og forsvarlighet – for å nevne noen. I ett og alt kan alle slike verdier og hensyn sorteres under fellesbetegnelsen rettssikkerhet, slik vi var inne på i punkt 2.2.2, og er uløselig knyttet til idéen om rettsstaten (Robberstad, 2018, s. 1).

¹⁶² Jf. Carsten Smiths uttrykk «*halv-konstitusjonell*». Se punkt 6.1.

¹⁶³ Gjerne omtalt som «*rettsstridig tilbakevirkning*» eller «*grunnlovsstridig tilbakevirkning*» (Moltumyr Høgberg, 2010, s. 21 og Andenæs og Fliflet, 2017, s. 571)

All aktivitet i et sivilisert samfunn forutsetter som sagt tilgang på areal.

Overvannsutfordringene er intet unntak. Myndighetene trenger derfor et overordnet lovverk som legger til rette for effektiv og rasjonell styring av arealressursene. I overvannssammenheng er et slikt overordnet verktøy av grunnleggende betydning. Nytt forslag til pbl. § 31-9 samsvarer imidlertid dårlig med det øvrige lovverket. De overordnede rammer som fremgår av Grunnloven del E har liten betydning så lenge typetilfellene ikke kan sorteres under bestemmelsene. Fast eiendom er i utgangspunktet kun beskyttet gjennom Grl. §§ 97, 105 og EMK TP1-1, men EMK TP1-1 har som sagt ikke grunnlovs rang og overlapper ikke grunnlovsbestemmelsene i ett og alt. I dette avslutningskapitlet skal jeg derfor forsøke å samle trådene fra de foregående kapitlene og se det opp mot det nye forslaget til pbl. § 31-9.

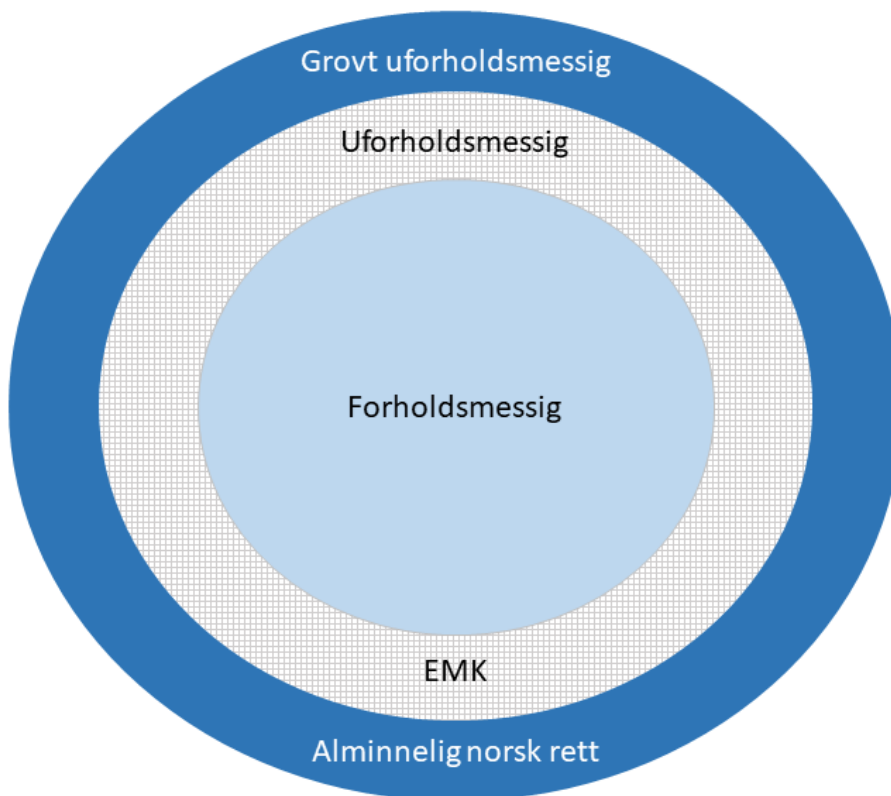
7.2 Lovgivers legitimitet og forholdsmessighet

Et av rettstatens grunnleggende prinsipper er som sagt at statsoverhodene, derav lovgiver, er bundet av rettsregler på lik linje med borgerne, jf. punkt 5.1. Det betyr at norsk lov setter grenser for hvilke fullmakter lovgiver kan gi forvaltningen. I første rekke følger de materielle skrankene av Grunnloven, men også internasjonale konvensjoner kan legge visse bånd på lovgivningen, jf. punkt 7.1. Det gjelder særlig de konvensjoner som er gjort til norsk lov gjennom inkorporering, slik tilfelle er for EØS- og EMK-rett. Gjennomføringen av disse konvensjonene har imidlertid kun lovs rang, slik at noen egentlig skranke for lovgivningsmyndighetene er de ikke. Men i dagens politiske landskap skal det trolig noe til før politikerne på Stortinget opphever og bryter bånd med forpliktelsene internasjonalt (Backer, 2013, s. 108). Det gjelder særlig den møysommelige prosessen ved å endre Grunnloven § 92, jf. Grl. § 121.

I kapittel 6 var jeg inne på hvor sentralt forholdsmessighetsvurderinger står i EMK-retten, og hvordan avveiningen på en del områder blir avgjørende for resultatet. En tilsvarende *selvstendig* forholdsmessighetsnorm finnes ikke i alminnelig norsk rett. Etter norsk rett er det læren om «myndighetsmisbruk» som i tilfelle inntreffer, og her er forholdsmessighetsvurderinger en innbakt del av kvalifisert urimelighets-bedømmelsen. Erik Magnus Boe har derfor valgt å kalle det «et forholdsmessighetsprinsipp med norsk vri» (Boe, 2018, s. 96). Terskelen er derfor svært høy. Det har nok hatt sitt å si for norsk rettstenking, derav lovgivningspraksis. Ulempen er at internasjonal rett ikke blir tilstrekkelig hensyntatt under lovgivningsarbeidet, med den konsekvens at eventuelle feil forplanter seg nedover i

forvaltningshierarkiet. En eldre beregning viser at norsk forvaltning behandler rundt 150 000 klager hvert år. Til sammenligning kommer drøyt 1000 saker om forvaltningsvedtak inn for domstolene (Bragdø-Ellenes, 2014, s. 21). Det betyr at de fleste saker får sin endelige avgjørelse av ulike forvaltningsorgan, og slik sett er det forvaltningen som bestemmer borgernes rettsstilling.¹⁶⁴ Domstolene spiller en meget beskjeden rolle.

Det er ikke rare forskjellen mellom termen rimelighet og forholdsmessighet. Det ser vi også i høringsnotatet til KMD (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020, s. 40-41) Jeg har derfor valgt å operere med termen forholdsmessighet. En grov skissering av norsk og internasjonal prøvingsterskel, med utgangspunkt i termen forholdsmessighet, illustreres i figur 4.



Figur 4: Forholdsmessighetens tre nivåer (egenprodusert)

¹⁶⁴ Det er denne virkelighet som danner grobunn for diskusjonen rundt rettslig polysentri (Boe, 2021, s. 50 flg.). Det er også denne virkelighet som medfører hyppigere bruk av «mykere» rettskildefaktorer på forvaltningsrettens område, jf. punkt 1.4.

Forholdet er selvfølgelig mer nyansert enn figuren gir inntrykk av, men jeg anser det tilstrekkelig for mitt formål. Alle vedtak som treffes innenfor den indre sirkel vil anses som uproblematisk. Slike avgjørelser vil *alltid* være lovmessig. Straks et vedtak tøyer grensene for hva som er forholdsmessig – illustrert med terskelen «uforholdsmessig» i midterste sirkel av figuren – vil vedtaket være i strid med lov. Lindheim-saken og forslaget til ny pbl. § 31-9 kan litt unyansert plasseres i den midterste sirkelen. Siden domstolene etter alminnelig norsk rett kun slår ned på grensetilfeller som er kvalifisert – det vil si høygradig eller grovt «uforholdsmessig» – ble resultatet i Ullern Terrasse-dommen at lovreguleringen var lovlig. Reelt sett vil grensedragningen ligge et sted mellom «uforholdsmessig» og «grovt uforholdsmessig» (Stub, 2011, s. 93). Til syvende og sist beror alt på en konkret avveining i den konkrete sak, men det er antagelig grunnlag for å si at en *gjennomgående ensidig byrdefordeling* raskt kan bli ansett å være konvensjonsstridig etter EMK TP1-1. Det må særlig gjelde der skadelidte ikke kan klandres for ulempene som har oppstått, eller der situasjonen må sies å være utenfor menneskelig kontroll – særlig hensyntatt det jeg var inne på i punkt 6.3. Selv *utenfor* EØS- og EMK-rett har enkelte etterspurt en noe lavere terskel enn grovt uforholdsmessig (Boe, 2018, s. 96-97 og Moen, 2019, s. 551). Terskelutfordringen har også vist seg aktuell i tilbakevirkningstilfellene, ettersom et slikt utgangspunkt reelt sett vil tilsi at tilbakevirkningsforbudet aldri kommer til anvendelse så lenge normen er «*klart urimelig og urettferdig*». Det er nok derfor Benedikte Moltumyr Høgberg konkluderte med at karakteristikken «*på en brutal måte*» oppstiller det hun kaller «*den umulige vurderingsnormen*», og som i sin tur påvirket hennes forslag til en alternativ norm – basert på det internasjonale forholdsmessighetsprinsipp – nemlig at tilbakevirkningssakene bør bero på en helhetsvurdering hvor flere ulike moment tas inn – blant annet en interesseavveining, som inkluderer forholdsmessighetsbetraktninger (Moltumyr Høgberg, 2010, s. 316-317 og 322).

Av ordlyden i pbl. § 31-9 fremgår det at forholdsmessighetsbetraktninger skal foretas i tilknytning til kostnadsvurderingen, likt som i pbl §§ 27-1 og 27-2. Det vil si kun kostnadsspørsmålet. En svakhet er at forholdsmessighetsvurderingen av kostnadsspørsmålet tar utgangspunkt i at uforholdsmessighet først oppstår når kostnaden overstiger denne terskelen. Det vil si først når vedtaket når et beløp som blir så tyngende at tilskudd er nødvendig for å holde kostnadene under terskelen for hva som anses forholdsmessig (NOU 2015: 16, s. 149). Men vel og merke kun det overskytende. Som jeg var inne på i punkt 5.3.4, kan disse beløp bli nokså store før det anses uforholdsmessig. Ser vi dette opp mot det faktum at overvann sjeldent skyldes subjektiv klanderverdig handlinger eller valg, og at overvann

som resultat av ekstremvær må sies å være utenfor menneskelig kontroll, så blir skjevhetene ekstra tydelig. Et av kriteriene i ny pbl. § 31-9 er blant annet at pålegget er «*nødvendig*». Ifølge Marius Stub må et slikt tilfelle, som et utgangspunkt, tolkes dithen at egnethet og forholdsmessighet i snever forstand *ikke* gjelder, med mindre lovgiver har gitt uttrykk for noe annet i lovforarbeidene (Stub, 2011, s. 94). Ved første øyekast – og med utgangspunkt i forarbeidene til pbl. § 31-9 – er dette tilfelle etter § 31-9, men som jeg har vært inne på befinner vi oss innenfor EMK TP1-1 sitt virkeområde, og det må derfor legges til grunn en fullstendig forholdsmessighetsavveining, som inkluderer alle de tre undergruppene egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand.

7.2.1 Et miljørettslig feilspor?

Det underliggende formål med miljøretten er å bevare verdifull natur, naturressurser og artsmangfold (Bugge, 2019, s. 15). For å nå disse målene er det noen ganger nødvendig å *avstå* fra å gjøre noe eller å *opphøre* igangværende bruk som forårsaker skade eller ulempe for naturmiljøet. Et stykke på vei må overvann ses som et *delement* i miljøretten, jf. innledning i punkt 2.1. Miljøaspektet blir særlig nærliggende ved Overvannsutvalgets fremhevning av blå-grønne strukturer. Det er imidlertid viktige forskjeller mellom miljøretten og «overvannsretten», avhengig av hvilken del av «overvannsretten» vi befinner oss.¹⁶⁵ Overvann i et miljørettsperspektiv er hovedsakelig knyttet til forurensning, og gjerne den etablerte infrastrukturen *under* overflaten.¹⁶⁶ Denne delen av «overvannsretten» er hovedsakelig plassert i forurensningsloven og det nye forslaget til forurl. § 22a. Vi kan kalle det «overvannsskade i snever forstand». Bakgrunnen for at det anses nødvendig å håndtere overvann gjennom *rettslig* styringsmidler, i likhet med mye av miljøretten, er at byer og tettsteder fjerner en av økosystemets fire grunnleggende funksjoner – den regulerende funksjonen¹⁶⁷ – en funksjon som de færreste har et nært eierskap til. Satt på spissen kan det også utgjøre en trussel mot en annen grunnleggende funksjon – det Hans Chr. Bugge kaller «støttende tjenester» eller «grunnleggende livsprosesser».¹⁶⁸ Vannets kretsløp inngår her, men

¹⁶⁵ «Overvannsrett» er ingen etablert terminologi, men brukes her for å tydeliggjøre forskjellen fra miljøretten.

¹⁶⁶ Dvs. avløpsnett. I tillegg kommer særtilfeller som forurenset vann fra tunneller og lignende, men slike er så vidt spesiell at jeg ikke regner de med her.

¹⁶⁷ Dvs. naturens evne til «egenregulering» av vannmengdene, ved naturlig fordroyning og infiltrasjon m.m. gjennom vegetasjon, mose, myrer o.l.

¹⁶⁸ Dvs. menneskelig forurensning som tilføres vannmengdene over tid, og dermed forringer vannkvaliteten som alle livsprosesser er avhengig av.

fortsatt gjelder det i forhold til forurensning – det vil si «overvannsskade i snever forstand» (Bugge, 2019, s. 27). Det viser samtidig det tette samspillet mellom «overvannsretten» og miljøretten, til tross for ulikhetene. Formålet med ny pbl. § 31-9 er å forhindre fysisk skade som foregår *på* overflaten – i hovedsak rent vann. Direkte gjelder det materialistiske skader på bebygde konstruksjoner, men også indirekte gjennom erosjon, rasforebygging m.m., jf. punkt 2.2. Vi kan kalle det «overvannsskade i vid forstand». Pbl. § 31-9 har derfor et annet mål med hensyn til overvannshåndtering.¹⁶⁹ Overvannsutfordringer «i vid forstand» – forårsaket av intens nedbør – er gjennomgående mindre kontrollerbare enn overvannsutfordringer «i snever forstand».

Et kjennetegn ved overvannstilfellene er at overvann ofte knytter seg til en hybrid mellom menneskelig aktivitet og et rent naturfenomen. Det er naturligvis menneskelig aktivitet som har gjort oss sårbare for klimaendringer, men dette er utvikling som har skjedd bit-for-bit, under helt andre forutsetninger. Ingen kan personlig lastes for måten samfunnet er innrettet på som sådan, til tross for at det er en menneskelig aktivitet. Det kan likevel tenkes situasjoner hvor grunneier er ansvarlig for ulempene, basert på en årsak-virkning-analyse. Skjæringsfeltet kan vise seg å bli avgjørende i en forholdsmessighetsavveining etter konvensjonen. Problemstillingen blir ekstra tydelig når sakene omhandler statens positive forpliktelser, slik jeg var inne på punkt 6.3. Prinsipielle uttalelser fra konvensjonspraksis kan få stor betydning for hvordan overvannshåndtering bør forstås. Hvis det ikke er grunnlag for å pålegge myndighetene konkrete tiltak ved tunge nedbørshendelser, så er det nærliggende å tenke at det blir uforholdsmessig å pålegge tilsvarende plikt for private. Balansegangen blir enda tydeligere når grunneier ikke kan klandres for situasjonen som har oppstått. Poenget er at skader som oppstår på grunn av overvann sjeldnere skriver seg fra én eller flere bestemte eiendommer. I et større tettsted eller by kan det bli vanskelig å dokumentere årsakssammenhenger. Opphopning av vann er som regel topografisk bestemt, og det kan ikke være slik at de som tilfeldigvis bor ved et problemområde blir ansvarliggjort håndtering for et større område nedstrøms eiendommen. Overvannsutfordringene er som regel en sum av flere

¹⁶⁹ Det må understrekes at skillelinjene ikke alltid er åpenbare. Tilbakeslagsskader som skyldes overkapasitet i rørsystemene er et godt eksempel på en gråsoner som like gjerne kunne vært kategorisert som fysisk skade *på* overflaten, så vel som forurensning *under* overflaten. Det mest nærliggende vil nok likevel være å knytte slike tilfeller til forurensningsaspektet – dvs. «overvannsskade i snever forstand».

tilsig. Mange bekker små danner til slutt en stor å. Overvannsutfordringene er et samfunnsproblem som kanskje best løses av samfunnet i felleskap?

Det som nå er gjennomgått i avhandlingen tilsier etter min mening at «forurenser-betaler-prinsippet» er et feilspor, jf. punkt 4.4. Rt. 2012 s. 944 (Elverum Treimpregnering AS) omhandlet et typisk *forurensningstilfelle*, et klart menneskeskapt problem. Men selv ikke i den saken ble det konstatert at grunneier *alltid* var pliktsubjektet. En tilsvarende årsakssammenheng er ikke like innlysende ved overvannstilfeller. Rett og slett fordi vi ikke kan kontrollere været.¹⁷⁰ Ved å innføre ny pbl. § 31-9 dukker også spørsmålet opp om det endrer rekkevidden av grunneiers plikter i forhold til hva som er rettstilstanden i dag. Prinsippet om håndtering av overvann kan utvides til å gjelde mer enn bare nye tiltak. Grunneiere vil i så fall tillegges ansvar som strekker seg utover alminnelige ulemper på naboeiendom, jf. gjeldende pbl. § 28-3. Ansvar vil gjelde helt generelt, for et større område sett under ett, særlig nedstrøms bebyggelsen. Det blir vel feil å ansvarliggjøre enkeltpersoner for enhver utfordring som knytter seg til overvann, bare problemet er stort nok? Til det er bildet for sammensatt. Det bør vel kreves en mer subjektiv kobling enn som så? Jeg mener at den *ensidige* innretningen på pålegget vitner om at KMD og Overvannsutvalget ikke har tatt høyde for dette. Etter mitt syn er dette å dra prinsippet om håndtering av eget overvann for langt, særlig når det legges til grunn et gjentakintervall på 200 år (Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020, s. 43).¹⁷¹ En ansvarliggjøring av endrede værphenomen må i beste fall avgrenses til å gjelde enkle og kurante inngrep, men slike inngrep lar seg med all sannsynlighet løses innenfor gjeldende regelverk, jf. vrl. § 7 andre ledd siste setning.

7.2.2 Er tvang veien å gå?

Påleggsadgangen i ny pbl. § 31-9 andre ledd inneholder både et tvangselement og et regulerende element. Den lar seg imidlertid ikke så lett kategorisere under verken ekspropriasjon eller rådighetsinnskrenkning. Vi har i ett og alt ingen etablert kategori å sortere slike vedtak under, annet enn å kalle det «andre forvaltningsvedtak». Det handler ikke om å overføre rådighet til andre, ei heller avstå fra en bestemt bruk for fremtiden (i sin rene form). Konsekvensen er at slike vedtak ikke undergis Grunnlovens bestemmelser på samme måte

¹⁷⁰ Det er særlig *intense* regnværsdager jeg har for øyet. Ved normal regnintensitet vil situasjonen kunne stille seg annerledes.

¹⁷¹ Se henvisning i fotnote 85 under punkt 4.3.1.

som for eksempel ekspropriasjon er underlagt Grl. § 105. Tilbakevirkningsforbudet er på sin side så strengt tolket – og for tiden svært uavklart i rettslig litteratur og praksis – at det er vanskelig å si noe sikkert om betydningen for ny pbl. § 31-9.¹⁷² Det skyldes blant annet uenighet om hvilken norm som skal legges til grunn for avveielser, og ikke minst hvilken terskel en slik norm burde utgjøre.¹⁷³ Systemet i dagens plan- og bygningslov er at planer virker fremover i tid, jf. pbl. §§ 11-6 første ledd og 12-4 første ledd. Hvis myndighetene ønsker å gripe inn i eksisterende bruk ved tvang, så er forvaltningen henvist til lovens tredje del, kapittel 16 om ekspropriasjon. Forslaget som foreligger bryter derfor med lovens system, ved å utnytte planer som grunnlag for indirekte tvang.¹⁷⁴ Et slikt virkemiddel bør ikke blandes med plan- og bygningslovens plansystem.

Kanskje bør ikke pålegg som virkemiddel brukes i det hele tatt? Bli det riktig å pålegge plikter ved tvang, når den enkelte ikke kan lastes for problemet, og samtidig risikere tvangsmulkt hvis pålegget ikke følges opp? Omfanget på det som kan pålegges skal tilsvare ny pbl. § 18-2. Det betyr at pålegget kan omfatte de samme krav som stilles til nye tiltak, med den begrensning at tiltaket ikke kan utgjøre samme omfang som et pålegg etter ny pbl. § 18-1, jf. punkt 4.2.1. Ettersom problemet skyldes et værphenomen, så har jeg vanskelig for å forstå at grensene kan trekkes på den måten som er gjort. Som en illustrasjon kan det vises til pbl. § 31-3. Bestemmelsen skal sikre at det ikke oppstår skade på ytre omgivelser. Bestemmelsen avgrensner seg til farer og ulemper som skyldes *byggverket*. Pålegget kan ikke brukes til å fjerne istapper (Pedersen mfl., 2018b, s. 563). Det er etter alt å dømme fordi istapper ikke er en kontrollerbar tilstand. Det er et naturlig fenomen, på samme måte som regnvann er et naturlig fenomen.

7.3 Avslutning - en alternativ tilnærming?

I utgangspunktet mener jeg at lovforslaget ikke bør videreføres. Vi bør nemlig skille mellom overvannsproblem i vid og snever forstand, jf. 7.2.1. Jeg skal likevel knytte to korte kommentarer til henholdsvis pbl. § 31-9 første ledd og andre ledd. Bestemmelsens første ledd kan *under tvil* fungere som en hjemmel for pålegg der det er klare årsakssammenhenger mellom skadene som oppstår og grunneiers subjektive skyld. I så fall bør et slikt vilkår

¹⁷² Se f.eks. Andenæs og Fliflet (2017), s. 577, note 1114.

¹⁷³ Se f.eks. punkt 7.2 om forholdsmessighet, der jeg siterer Benedikte Moltumyr Høgberg.

¹⁷⁴ Se nærmere om tvangsmidler i punkt 5.3.2.

innarbeides i bestemmelsen. Det må i tilfelle settes klare grenser for hvilket omfang et slikt pålegg skal ha, og det bør som et utgangspunkt holde seg godt under de krav som kan kreves ved nye tiltak. Jeg tror likevel at pålegget vil overlappe med både innholdet vrl. § 7 andre ledd andre punktum og pbl. § 28-3 på en del punkter, og hvis det blir realisert, så vil også ny forurl. §22a fange opp de praktisk viktigste tilfellene. For de tilfeller hvor grunneier *ikke* kan klandres for problemene som har oppstått blir det helt feil å rette ensidige pålegg som utgjør samme omfang som om det omhandlet et nytt tiltak. For disse tilfellene bør det være tilstrekkelig å se til vrl. § 7.

Forslaget til pbl. § 31-9 andre ledd bør *ikke* videreføres. En alternativ innretning til pålegget kan være å gi forvaltningen en lovhjemmel til å utføre nødvendig tiltak på annenmanns grunn, uten at det trenger å være kategorisert som verken sanksjon eller ekspropriasjon. En forutsetning må selvsagt være at grunneier ikke kan motsi seg tiltaket der vilkårene er oppfylt. På den måten får man tilgang på areal som er nødvendig for å løse større overvannsproblemer, uten å være nødt til å tvangsreserve grunn. Kommunene har mye bedre forutsetninger for å sikre nødvendig kompetanse og utstyr for å gjennomføre tiltakene, samtidig som det vil være en fordel å ha kontroll på helheten. Kommunen har nemlig bedre forutsetninger for å drive overordnet planlegging og sikre sammenheng. I de tilfeller hvor inngrepet kan tjene flere eiendommer, vil det være gode grunner for å pålegge tilknytning etter at et anlegg er etablert. En slik hjemmel kan etter mitt syn innarbeides i samme bestemmelse. Kostnaden bør dessuten bæres av samfunnet, finansiert gjennom gebyr. Dette vil være en forutsetning for at kommunen skal ha økonomi til å påta seg ansvaret. Dette bør gjelde selv om et flertall av kommunens innbyggere ikke direkte har glede av tiltakene. En slik tankegang er det bærende element bak hele vann- og avløpstjenesten som helhet, de gjenfinnes i skattesystemet og de bør også gjelde overvann.

Bilde må nemlig nyanseres. Poenget er at de mest komplekse og inngripende tiltakene i størst mulig grad bør løses av offentlig organ, for eksempel større fordrøyningsbasseng, rensedammer, nedgravde magasiner og lignende. Jeg spør; er løsningen med å pålegge tiltak nær kilden hensiktsmessig? Da tenker jeg særlig de åpne løsningene, slik som større åpne vannspeil. NVE har selv påvist – i vassdragssammenheng – at åpne vannspeil nær kilden har en mindre utjevne effekt enn et tilsvarende vannspeil lenger ned i avrenningsfeltet (Fergus mfl., 2010, s. 42). En slik empiri bør overføres til overvannshåndteringen. Etter min mening bør pålegg rettet mot private begrenses til dagens vrl. § 7. Det viktigste er til syvende og sist å

gjeninnføre mest mulig av den naturlige tilstanden. Resten bør kommunene ta seg av og tilrettelegge for.

Avslutningsvis er det verdt å påpeke at vi ikke må undervurdere de *eksisterende* virkemidlene som loven har til rådighet. Kanskje ligger noe av svaret i vilje og prioritering? I et samfunn preget av stor utbyggingstakt og høyt fokus på tilrettelegging og oppfølging av nye prosjekter, vil trolig rehabilitering og vedlikehold av den eksisterende infrastruktur komme i bakgrunn. En effektiv og målrettet separering av eksisterende vann- og avløpsnett¹⁷⁵, kombinert med pålegg om tilsvarende oppgraderinger hos private, eventuelt i kombinasjon med en mer aktiv bruk av dagens vrl. § 7 andre ledd, kan utgjøre en undervurdert forskjell. Med forslaget til ny forurl. § 22a vil man trolig oppnå ytterligere effekter. For som Eckhoff sier (Eckhoff, 1983, s. 35):

«Mange mennesker har overdrevne forestillinger om hva som kan oppnås ved hjelp av lovgivning. Når de støter på noe som de finner galt eller skjevt i samfunnet, krever de straks at det må gis en lov som kan rette på forholdet. [...]. Det virker nesten som om folk tror at loven har magisk kraft, slik at hvis det bare blir bestemt ved lov hvordan noe skal være, så blir det slik.»

For

«[...] lovgivere gjør klokt i å overveie mer inngående enn de ofte har gjort, hvilke betingelser som må være oppfylt for at lover og forskrifter skal få de ønskede virkninger.»¹⁷⁶

Blir betingelsene neglisjert eller oversett, står vi i fare for at lovverket ikke blir respektert, derav økt sannsynlighet for en «sovende bestemmelse». Lovgivers intensjon må være i tråd med disse utgangspunktene. Dessuten skulle det være unødvendig å risikere et nytt nederlag i Strasbourg. Jeg tror derfor Eckhoff har et poeng når han sier at:

¹⁷⁵ Dette kan gjøres uten unødig oppdimensjonering.

¹⁷⁶ Eckhoff (1983), s. 36.

«Mulighet for å oppnå moderat etterlevelse uten uforholdsmessige omkostninger bør det imidlertid være for at det skal ha noen hensikt å gjennomføre forbud og påbud. Ikke alle de forbud og påbud som har vært gitt, tilfredsstillende dette krav [...]. En viss evne til resignasjon kan derfor være på sin plass. Det ville være bra om lovgivere innså at det er visse ting man ikke kan få gjort noe særlig med ved hjelp av lover, og hvor man derfor heller får la verden gå sin skjeve gang, inntil man har funnet en bedre måte å rette den opp på».¹⁷⁷

¹⁷⁷ Ibid, s. 64.

Kapittel 8: Egenrefleksjon

8.1 Generelt

Mye av diskusjonen i juridisk litteratur er knyttet til domstolskontrollen. Selv om dette er det dominerende, så er jeg enig med Karl Harald Søvig når han trekker frem viktigheten av å sikre forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningen fremfor hvorvidt det eksisterer forholdsmessighetsskranker som domstolene kan overprøve (Søvig, 2015, s. 335).

Tankegangen bør overføres til et lovgiverperspektiv, ettersom det er lovgiver som setter rammene for forvaltningens myndighetsutøvelse. Lovgivningsprosessen har en viktig demokratisk forankring som sikrer større grad av legitimitet, derav større sannsynlighet for etterlevelse, til forskjell fra å gi domstolene det siste ord i saken. Særlig sett i lys av hvor få saker som faktisk ender i domstolene. Detaljene kan få ligge, det er de overordnede rammene som er sentralt. Det handler til syvende og sist om å sikre en best mulig «regelsikkerhet» (Boe, 2018, s. 18).¹⁷⁸ En regel som sikrer forholdsmessig byrdefordeling. Og der det oppstår tvil, så bør kanskje tvilen komme den enkelte borger til gode? Formålet med lover er å motvirke konflikter og klargjøre rettstilstanden. Slikt sikrer vi best med rettsregler som har sitt utspring i *forsvarlige og fullstendige* lovforarbeid.

Det har likevel vist seg at dette ikke alltid er tilfelle. Av ulike grunner kan lovarbeider mangle tilstrekkelig vurderinger av hvordan enkeltpersoner rammes. Det har for eksempel skjedd i ulike lovforarbeider i forbindelse med Grunnloven (Engstad mfl., 2012, s. 189). I atter andre forarbeider kan viktig informasjonsunderlag utebli. Det kan være bevisste eller ubevisste tilpasninger, slik som strategisk nedtoning av en sak som taler mot forslaget, eller i verste fall utelukkes helt (Nordrum, 2019, s. 37). Nordrum trekker også frem eksempler på at utvalgsutredninger ofte legges til grunn uten nevneverdig endringer i den senere beslutningsprosess på Stortinget (Ibid, note 57). Se for eksempel forarbeidene til vannressursloven – NOU 1994: 12, s. 409 og Ot.prp. nr. 39 (1998-1999), s. 326-327 – som ble gjennomgått i punkt. 3.2. I så fall vil det være en stor svakhet om enkeltbestemmelser, slik som ny pbl. § 31-9, går videre i et endelig lovutkast uten nærmere avveielser av det som her er gjennomgått.

¹⁷⁸ Andre forfattere foretrekker «rettsriktighet». Se f.eks. Graver (2019), s. 113.

Som jeg var inne på i punkt 4.3.5 ble det i høringsrunden påpekt tre hovedutfordringer ved lovarbeidet. Det gjaldt økonomi, ansvar og grunneierrettigheter. Alle tre reiser viktige spørsmål som etter alt å dømme burde vært avklart i en prinsipputredning i forkant av lovarbeidet (Backer, 2013, s. 33). Det gjelder spesielt avklaring av økonomi- og ansvarsspørsmålet, som i sin tur setter viktige premisser for grunneierrettighetene. På den måten kunne flere av spørsmålene som har blitt reist i høringsrunden vært avklart på et tidligere stadium i lovprosessen. Generelt har samfunnet riktignok blitt så komplekst, spesialisert og gjennomregulert at det nærmest sier seg selv at ikke ethvert lovforslag kan bli gjenstand for en like grundig kvalitetssikring og diskusjon på Stortinget, før lovene sanksjoneres (Moltumyr Høgberg, 2010, s. 112). Men det bør ikke bli en unnskyld for å klarlegge de viktigste overordnede rammene for vann-, avløp- og overvannsutfordringene som venter oss i årene som kommer.

Et hovedinntrykk av lovprosessen så langt er at viktige overordnede og prinsipielle spørsmål har druknet i de mange kurante presiseringer og tilføyinger, det fragmenterte rettsbilde og det fagtekniske fokuset. Kanskje er dette noe av grunnen til at enkeltbestemmelser får så lite oppmerksomhet, jf. ny pbl. § 31-9. Fokuset er etter min mening *ensidig* rettet mot kommunens behov, på bekostning av grunneiers interesser. Dette kommer tydelig frem av min gjennomgang av høringsuttalelsene, jf. punkt 4.3.1, hvor de som stiller seg *positiv* til forslaget nesten utelukkende er kommunene selv. Jeg tenker særlig på det høye fokuset rundt samfunnsøkonomisk lønnsomhet, på bekostning av rettssikkerhet. Reglene er så kompliserte at det lett overskygger de reelle virkningene ved pålegget. Det handler ikke bare om økonomi som sådan, men også de juridisk-administrative aspektene, kompetanse, transaksjonskostnader, ansvars og mer til. Det må anses som sikker rett at alle faktiske og juridiske ulemper ved inngrepet må tas i betraktning ved avgjørelsen av forholdsmessigheten. Det vil si at det må tas hensyn til den totale belastningen for den berørte. Både de faktiske¹⁷⁹ og de juridiske sidene ved pålegget¹⁸⁰ må medregnes (Bertelsen, 2011, s. 398). Påleggene kan innebære både erverv, etablering og drift i en og samme sak. Slik forslaget foreligger, vil det også innebære et uavklart og individuelt objektivt ansvar for fremtidig hendelser som skyldes anlegget. Det blir fort en lov som skaper konflikt, i stedet for å løse konfliktene.

¹⁷⁹ F.eks. selve tiltaket og økonomiske følger av tiltaket, slik som driftskostnader m.m.

¹⁸⁰ Slik som grunnerv, transaksjoner, papirarbeid o.l.

Jeg vil også trekke frem viktigheten av *fullstendighet*. Verdier som forholdsmessighet, forutsigbarhet, likebehandling, gjensidighet, fleksibilitet, rimelighet, demokrati, medvirkning, åpenhet og samarbeid blir ofte trukket frem som viktige faktorer for å sikre legitimitet og tillitt (Nordrum, 2019, s. 206). Men etter min mening er det kanskje vel så viktig med *fullstendighet*. SØAs rapport ble aldri lagt ved høringsnotatet, slik at alle høringsinstansene kunne gjøre seg kjent med innholdet. Slikt hindrer en opplyst høringsprosess. Mange av høringsinstansene påpekte nettopp hvor vanskelig det var å skaffe seg helhet når utredningen splittes opp i tre separate lovarbeid på direktorat og departementsnivå. De henviser riktignok til rapporten i høringsnotatet, men kun i forbindelse med klimastatistikk. Til tross for at jeg ikke er enig med grunnlaget som rapporten bygde på¹⁸¹, så får den likefult frem at det eksisterer betenkeligheter ved lovforslag, og slikt bør ikke holdes tilbake, selv om konklusjonen kan bli brukt imot forslaget. Det bør nemlig være et bærende hensyn i alle myndighetsarbeid at alle sider av en sak belyses, selv når det ikke er til gunst for målet som skal nås. Vel og merke grunnlagsmateriale som var tilgjengelig da beslutningen ble tatt. Når jeg snakker om fullstendighet, så mener jeg ikke at alle saker må skaffe til veie *alle* dokument og bevis som belyser en sak i vid forstand.

Jeg er i likhet med KS, Norsk Vann og Guttorm Jakobsen enig i at bestemmelser knyttet til vann-, avløp- og overvann burde vært samlet i én lov. Fragmenteringen taler *i seg selv* for et slikt resultat. Det gjelder særlig bestemmelsene som ikke har direkte sammenheng med plansystemet, slik som rene påleggshjemler. Jeg har likevel forståelse for hvorfor plan- og bygningsloven, vannressursloven og forurensningsloven blir foretrukket, ettersom disse lovene allerede inneholder et rikt tilfang av håndhevingsregler. Men slike regler kan enkelt tilrettelegges i en ny lov. Det er gitt flere gode eksempler på vellykkede lover som slår sammen enkeltbestemmelser fra flere lovverk i Backer (2013), s. 26-27. Som eksemplene i boken viser vil ofte en ny lov slå to fluer i en smekk.

¹⁸¹ Og trolig heller ikke KMD, tatt i betraktning at innspillene ikke ble hensyntatt. Jeg viser til punkt. 5.2.

8.2 Forslag til videre forskning

I et senere studie ville det – i forlengelsen av det som er gjennomgått – vært interessant å gå mer i dybden på pålegg som virkemiddel og knytte det mot hvordan økt bruk av pålegg kan utfordre morgendagens eiendomsinteresser mer generelt, jf. punkt 1.1. Det er mange ulike lover å ta utgangspunkt i, og det finnes flere lover enn de jeg har behandlet som kan sies å innvirke på eiendomsretten, enten direkte eller indirekte. Kanskje ser vi kimen til en voksende aksept for inngripende tiltak, uavhengig av skyld og evne til å kontrollere?

En annen problemstilling som dukket opp i min gjennomgang var spørsmål knyttet til derogasjon og EMK (og EØS). Spørsmålet er hvorvidt lovgiver¹⁸² har adgang til å vedta nye lover eller bestemmelser som helt eller delvis utelukker andre, såkalt derogasjonshjemmel (Graver, 2019, s. 246). En forutsetning er at endringen skjer på minimum samme trinnhøyde, jf. lex superior-prinsippet, og at lovgiver eksplisitt har gitt uttrykk for dette i forarbeidene. En slik adgang kunne i en tenkt situasjon vært brukt på pbl. § 31-9. Spørsmålet er i så fall hvordan derogasjonshjemmelen står i forhold til forrangbestemmelsen i menneskerettsloven § 3, og om bestemmelsen må forstås som et hinder for slik derogasjon.

En alternativ problemstilling – spesielt knyttet til overvann – kan være hvorvidt nye pålegg i fremtiden kan hjemle beplanting, utover fjerning av tette flater etter dagens vrl. § 7. Hvordan vil dette kunne stå seg i møte med for eksempel nabokrangler om trær?

En omfattende, men likevel spennende problemstilling, kan være å ta stilling til påleggshjemler og forbudet mot tilbakevirkende lover i Grl. § 97. Det er ikke bare Grl. § 105 som aktualiseres når det gjøres inngrep i fast eiendom. Grl. 97 kan også tenkes å få betydning. Forslaget til ny pbl. § 31-9 har helt klare trekk av å gripe inn i etablerte tilstander for å rette opp gamle innretninger som ved ny kunnskap er ansett skadelig. Det har dessverre vært umulig for meg å gripe over et så stort, og ikke minst uløst, rettsfelt som Grunnloven § 97 representerer. At virkemiddelet pålegg kan reise spørsmål om tilbakevirkning er ikke noe nytt, for eksempel i miljøretten (Backer, 2012, s. 125).

¹⁸² Her må lovgiver forstås som Stortinget, til tross for at forvaltningen i mange tilfeller utferdiger forskrifter.

En siste tanke som har slått meg underveis i arbeidet er hvorvidt en kommune kan planlegge og igangsette arbeider tilknyttet vann og avløp, derav overvann, som forutsetter at de nye løsningene legges *høyere* enn eksisterende løsninger. Det er en veldig aktuell problemstilling i forbindelse med gjenåpning av bekker, men den er også høyaktuell ved rehabilitering/ny utskiftning av eksisterende anlegg. Ulike kommuner kan for eksempel være interessert i å fase ut et eldre anlegg. Eiendommer som er tilknyttet eldre løsninger kan ved slike omgjøringer risikere å bli stående uten tilknytningspunkt, eller at de må innføre pumpekummer, for å kvitte seg med overvann og spillvann. De som da er koblet til den eldre løsningen vil kanskje bli stående med en omfattende og kostbar omgjøringsjobb når det eksisterende anlegget fases ut. Kan kommunen gjøre dette uten å gi erstatning? Er kommunen pliktig å tilrettelegge for ny løsning, eller må grunneier finne seg i utviklingen og tilpasse seg den nye situasjonen?

Det er nok av problemstillinger å ta av, og jeg håper at noen av disse tankene kan inspirere senere avgangsstudenter eller andre forskningsmiljøer til å gå mer i dybden.

Litteratur

- Andenæs, J. og Fliflet, A. (2017). *Statsforfatningen i Norge*. (11 utg.). Universitetsforlaget.
- Backer, I. L. (2012). *Innføring i naturressurs- og miljørett*. (5 utg.). Gyldendal Juridisk.
- Backer, I. L. (2013). *Loven – hvordan blir den til*. Universitetsforlaget.
- Berg, B. O. (2005). *Forvaltningssanksjoner: Forvaltningens vedtak om bøter, tvangsmulkt og inndragning av ulovlig vinning*. Universitetsforlaget.
- Bernt, J. F. og Mæhle, S. S. (2007). *Rett, samfunn og demokrati*. Gyldendal Akademisk.
- Bertelsen, T. E. (2011). *EMK: Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. Gyldendal Akademisk.
- Boe, E. M. (2018). *Forsvarlig forvaltning*. Universitetsforlaget.
- Boe, E. M. (2021). *Rettskildelære under debatt*. (2 utg.). Universitetsforlaget.
- Bragdø-Ellenes, S. C. (2014). *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*. Universitetsforlaget.
- Brekken, A. mfl. (2001). *Vannressursloven: Kommentartutgave*. Kommuneforlaget.
- Bugge, H. C. (2019). *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. (5 utg.). Universitetsforlaget.
- Bærug, S. (2017). *Verdsetting av fast eiendom: en innføring*. Universitetsforlaget.
- Eckhoff, T. (1983). *Statens styringsmuligheter: særlig i ressurs- og miljøspørsmål*. Tanum-Norli.
- Eckhoff, T. (2001). *Rettskildelære*. (5 utg.). Universitetsforlaget.

- Eckhoff, T. og Smith, E. (2018). *Forvaltningsrett*. (11 utg.). Universitetsforlaget.
- Elverhøi, A. og Hov, Ø. (2021, 04.06). Innlegg: De fornybare energikildene krever mye areal. *Dagens Næringsliv*.
- Engstad, N. A., Frøseth, A. L. og Tønder, B. (Red.). (2012). *Dommernes uavhengighet: Den norske dommerforening 100 år*. Fagbokforlaget.
- Falkanger, T. & Falkanger T. A. (2016). *Tingsrett*. (8 utg.). Universitetsforlaget.
- Fergus, T., Hoseth, K. A. og Sæterbø, E. (Red.). (2010). *Vassdragshåndboka: Håndbok i vassdragsteknikk*. (2 utg.). Fagbokforlaget.
- Fjeldstad, E. C. (2019). *Kommunens adgang til å stille krav til håndtering av overvann*. [Masteroppgave]. Norges miljø- og biovitenskapelige universitet.
- Fleischer, C A. (1992). *Plan og bygningsretten*. Universitetsforlaget.
- Frøberg, T. (2014). *Rettslig prinsippargumentasjon*. Gyldendal Juridisk.
- Graver, H. P. (2019). *Alminnelig forvaltningsrett*. (5 utg.) Universitetsforlaget.
- Grønneberg, J. M. B. (2020). *Hvem kan løse klimakrisen: klima og lederskap i en krevende tid*. Kolofon Forlag.
- Gunnarshaug, S. mfl. (2021, 09.01). Rapport: «Det har vært en økende tendens til erosjon/graving i disse bekkene i takt med at Ask sentrum har blitt urbanisert». *Romerikes Blad*.
- Hauge, K. B., Holth, F. og Larsen, I. W. (2021). *Ekspropriasjonsrett*. Universitetsforlaget.
- Holterhuset, M. (2021, 22.01). Massive terrenginngrep i skredområdet for å bedre stabiliteten i grunnen – professor peker på faktorer som kan ha motsatt effekt. *Romerikes Blad*.

Holth, F. & Winge, N. K. (2019). *Plan- og bygningsrett: kort forklart*. (2 utg.) Universitetsforlaget.

Høgberg, A. P. Og Sunde, J. Ø. (Red.). (2019). *Juridisk metode og tenkemåte*. Universitetsforlaget.

Høgberg, B. M. (2010). *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Universitetsforlaget.

Høstmælingen, N. (2012). *Internasjonale menneskerettigheter*. (2 utg.). Universitetsforlaget.

Innjord, F. A. og Zimmermann, L. (2020a). *Plan- og bygningsloven med kommentarer: Plandelen, bind I*. (2 utg.). Gyldendal.

Innjord, F. A. og Zimmermann, L. (2020b). *Plan- og bygningsloven med kommentarer: Byggesaksdelen, bind II*. (2 utg.). Gyldendal.

Irgens-Jensen, A. (Red.). (2019). *Knophs oversikt over Norges rett*. Universitetsforlaget.

Jakobsen, G. (2010). *Vann- og avløpsrett*. Norsk Vann.

Johannessen, E. B. (2021, 09.01). Naturskader for 1,5 mrd. *Dagens Næringsliv*. Innenriks.

Keiserud, E. og Bjella, K. (2015). *Oreigningsloven: Kommentartutgave*. (3 utg.). Universitetsforlaget.

Klima- og miljødepartementet. (2020). *Forslag til endringer i plan- og bygningsloven: Håndtering av overvann i plan- og bygningsloven*. (Saksnr. 19/1221). [Høringsnotat]. Regjeringen. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?expand=horingsnotater>

Miljødirektoratet. (u.å.). *Hvordan håndtere overvann*.

<https://www.miljodirektoratet.no/myndigheter/vannforvaltning/overvannshandtering/>

Mirmotahari, A. (2007). *EMK og mellomprivate konflikter: Statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. Cappelen Akademisk Forlag.

Moen, O. H. (2019). *Forvaltningskjønn og domstolskontroll*. Gyldendal.

Mæhle, S. S. (2005). *Grenser for rettsanvendelseskjønn: Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Gyldendal Akademisk.

Naustdalslid, J. (2015). *Klimapolitikk: samfunn og styring under eit klima i endring*. Abstrakt forlag.

Nordrum, J. C. F. (2019). *Bedre regulering?: Årsak-virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess*. Gyldendal

Pedersen, O. J., Sandvik, P., Skaaraas, H., Ness, S. og Os, A. (2018a). *Plan- og bygningsrett - Del 1: Planlegging og ekspropriasjon*. (3 utg.). Universitetsforlaget.

Pedersen, O. J., Sandvik, P., Skaaraas, H., Ness, S. og Os, A. (2018b). *Plan- og bygningsrett - Del 2: Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner*. (3 utg.). Universitetsforlaget.

Robberstad, A. (2018). *Sivilprosess*. (4 utg.). Fagbokforlaget.

Samfunnsøkonomisk analyse AS. (2018). *Styrket overvannshåndtering i plan- og bygningsloven* (Rapport 29). <https://www.samfunnsokonomisk-analyse.no/rapporter/2018/11/20/r29-2018-styrket-overvannshndtering-i-plan-og-bygningsloven>

Smith, C. (2012). *Dommersyn utenfor dommen*. Universitetsforlaget.

Solheim, E. (2020, 22.12). Kronikk: Megatrendene som former vår fremtid. *Dagens Næringsliv, Globalt*.

Solheim, S. H. (2010). *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*. Cappelen Akademisk Forlag.

Stavang, E. (Red.). (2019). *Ekspropriasjon*. (3 utg.) Cappelen Damm Akademisk.

Stenseth, G. (2018). Hvor sterk er eiendomsrettens stilling i norsk rett? *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 14(1), s. 3-5. DOI: 10.18261/issn.0809-9529-2018-01-01

Stub, M. (2011). *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*. Universitetsforlaget.

Søvig, K. H. (Red.). (2015). *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*. Fagbokforlaget.

Tyrén, C. W. (2018). *Plan- og bygningsloven: Lovkommentar*. (2 utg.). Universitetsforlaget.

Wang, Ø. (2015). *Forurensningsloven med kommentarer*. (2 utg.). Gyldendal Juridisk.

Ødegaard, H. (Red.). (2012). *Vann- og avløpsteknikk*. (2 utg.). Norsk Vann.

Aall, J. (2018). *Rettsstat og menneskerettigheter*. (5 utg.). Fagbokforlaget.

Rettskilder

Lover

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).
- Lov 15. mars 1940 nr. 3 om vassdragene [vassdragsloven].
- Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eigedom [oreigningslova].
- Lov 21. juni 1963 nr. 23 om veger (veglova).
- Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).
- Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefesteloven).
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).
- Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
- Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).
- Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).
- Lov 16. mars 2012 nr. 12 om kommunale vass- og avløpsanlegg (vass- og avløpsanleggslova).
- Lov 21. juni 2013 nr. 100 om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskiftelova).

Forskrifter

- Forskrift 26. juni 2009 nr. 861 om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister (kart- og planforskriften).
- Forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak (byggesaksforskriften).
- Forskrift 19. juni 2017 nr. 840 om tekniske krav til byggverk (byggteknisk forskrift).
- Forskrift 26. februar 2018 nr. 285 om endringer i forskrift om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister (kart- og planforskriften).

Forarbeider

Utvalgsutredninger

NOU 1994: 12. *Lov om vassdrag og grunnvann*. Nærings- og energidepartementet (nå Olje- og energidepartementet).

NOU 2003: 15. *Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff*. Justis- og politidepartementet (nå Justis- og beredskapsdepartementet).

NOU 2010: 10. *Tilpasning til eit klima i endring: Samfunnet si sårbarheit og behov for tilpassing til konsekvensar av klimaendringane*. Miljøverndepartementet (nå Klima- og miljødepartementet).

NOU 2015:16. *Overvann i byer og tettsteder: Som problem og ressurs*. Klima- og miljødepartementet.

NOU 2019: 5. *Ny forvaltningslov: Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)*. Justis- og beredskapsdepartementet.

Lovproposisjoner

Ot.prp. nr. 43 (1957). Om lov om ekspropriasjon av fast eiendom.

Ot.prp. nr. 1 (1964-1965). Om ny bygningslov.

Ot.prp. nr. 11 (1979-1980). *Lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)*.

Ot.prp. nr. 56 (1984-1985). Plan- og bygningslov.

Ot.prp. nr. 57 (1985-1986). *Lov om endringer i plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77*.

Ot.prp. nr. 39 (1998-1999). *Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven)*.

Prop. 62 L (2015-2016). Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).

Prop. 32 L (2018-2019). *Endringer i plan- og bygningsloven m.m. (håndtering av overvann i arealplanleggingen mv.)*.

Høringsnotater

Kommunal- og moderniseringsdepartementet. (2020). *Forslag til endringer i plan- og bygningsloven: håndtering av overvann*. (Saksnr. 19/1221) [Høringsnotat]. Regjeringen.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/>

Miljødirektoratet. (2020). *Forslag til endringer i forurensningsloven og vass- og avløpsanleggslova for bedre overvannshåndtering: oppfølging av NOU 2015: 16 Overvann i byer og tettsteder*. (Saksnr. 2020/3211) [Høringsnotat]. Miljødirektoratet.

<https://hoering.miljodirektoratet.no/Hoering/v2/990>

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1918 s. 403 (Hjemfall)

Rt. 1970 s. 67 (Sauholmen)

Rt. 1973 s. 705 (Krokedal)

Rt. 1983 s. 152 (Søndre innfartsåre)

Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks)

Rt. 1998 s. 416 (Namsos)

Rt. 1999 s. 513

Rt. 2007 s. 1281 (Ullern Terrasse)

Rt. 2007 s. 1306 (Rollag)

Rt. 2010 s. 306 (Hempel 1)

Rt. 2012 s. 944 (Elverum Treimpregnering AS)

Lagmannsrettene

RG-2007-486 (Nittedal)

LG-2013-210482 (Hempel 2)

EMD

Budayeva mfl. mot Russland, klagenr. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 og 15343/02, dom 20. mars 2008.

Hadzhiyska mot Bulgaria, klagenr. 20701/09, avvisningsavgjørelse 15. mai 2012.

Kolyadenko mot Russland, klagenr. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 og 35673/05, dom 9. juli 2012.

Lindheim mfl. mot Norge, klagenr. 13221/08 og 2139/10, dom 22. oktober 2012.

Sporring og Lönnroth mot Sverige, klagenr. 7151/75, 7152/75, dom 23. september 1982.

Öneryildiz mot Tyrkia, klagenr. 48939/99, dom 30. november 2004.

Internasjonale konvensjoner mv.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK).

FNs internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP).

FNs internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948 (FN-pakten).

Klagesaker

Fylkesmannen i Hedmark. (2007). *Klager på pålegg om tilknytning til kommunal avløpsledning – Ringsaker kommune*. (2007/900) [Klagesak]. Ringsaker. <https://va-jus.no/wp-content/uploads/2011/11/Fylkesmannen-i-Hedmark-11.04.2007.pdf> (nå Statsforvalteren i Oslo og Viken)

Fylkesmannen i Oslo og Akershus. (2017). *Vedtak i klagesak om pålegg om tilknytning til offentlig avløpsledning – Asker kommune*. (2017/9847-3) [Klagesak]. Asker. <https://va-jus.no/wp-content/uploads/2011/12/Pbl-%C2%A7-27-2.pdf> (nå Statsforvalteren i Oslo og Viken)

Fylkesmannen i Oslo og Viken. (2019). *Fylkesmannens vedtak i klagesak – tilknytningsplikt til offentlig avløpsledning – Hvalstadveien*. (2019/20800) [Klagesak]. Asker. https://va-jus.no/wp-content/uploads/2020/09/Pbl._27-2_Tilknytningsplikt_narliggende_areal_kostnadsgrense_og_uforholdsmessig_stor_kostnad.pdf (nå Statsforvalteren i Oslo og Viken)

Rundskriv, brev, stortingsmeldinger og uttalelser

Fylkesmannen i Oslo og Akershus. (2018). *Spørsmål om grensekostnader for tilknytting til kommunalt avløpsnett kontra separat avløpsanlegg – Fylkesmannens uttalelse*. (2018/497-2) [Uttalelse]. Oslo. https://va-jus.no/wp-content/uploads/2018/10/Grensekostnader_for_tilknytning.pdf (nå Statsforvalteren i Oslo og Viken)

Kommunal- og regionaldepartementet. (2002). *Ekspropriasjon på plan- og bygningsrettens område*. (H-14/02) [Rundskriv]. Regjeringen. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/rundskriv-h-1402/id109004/> (nå Kommunal- og moderniseringsdepartementet)

Kommunal- og regionaldepartementet. (2012). *Vann- og avløpstilknytning – plan- og bygningsloven § 27-1 – 27-3*. (11/312-2) [Brev]. Regjeringen. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-27-1-27-3-vann-og-avlopstilknytning-plan-og-bygningsloven/id2864052/> (nå Kommunal- og moderniseringsdepartementet)

Meld. St. 33 (2012-2013). *Klimatilpasning i Norge*. Miljøverndepartementet (nå Klima- og miljødepartementet). <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld-st-33-20122013/id725930/>

Høringsuttalelser

Advokatforeningen. (2020). *Høring – forslag til endringer – håndtering av overvann i plan- og bygningsloven*. [Høringsuttalelse]. Oslo.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=61b28958-203c-4ab4-94ce-ef4cb2641818>

Asker kommune. (2020). *Innspill til foreslåtte endringer i plan- og bygningsloven samt kort om endringer i TEK17 og SAK10*. [Høringsuttalelse]. Asker.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=8bdc1a6f-6165-4dcb-88f4-5ab64dc8f0f9>

Bergen kommune. (2020). *Hørings svar: Forslag til endringer i plan- og bygningsloven – regler om håndtering av overvann*. [Høringsuttalelse]. Bergen.

https://www.regjeringen.no/contentassets/b84e57d42b1a4d0e8200e05505433164/bergen-kommune.pdf?uid=Bergen_kommune

Björn Sederholm. (2020). *Generelle kommentarer basert på høringsforslagene fra Miljødirektoratet, KMD og DiBK etter NOU 2015: 16*. [Høringsuttalelse]. Oslo.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=a6b2d4da-4089-4789-b427-5aaad2f8fbfe>

Boligprodusentenes Forening. (2020). *Hørings svar fra Boligprodusentenes Forening*.

[Høringsuttalelse]. Oslo. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=fb26ea2c-b191-4695-b0d3-a80d60b7d2a0>

Byggenæringens Landsforening. (2020). *Høringsuttalelse til endringer i regelverk om overvann fra Byggenærings Landsforening*. [Høringsuttalelse]. Oslo.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=ad09422d-bd64-4080-aa06-b02e5df40402>

Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap. (2020). *Anmodning om uttalelse – forslag til endringer i plan- og bygningsloven – regler om håndtering av overvann*.

[Høringsuttalelse]. Tønsberg. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=9f91d155-4c5a-434a-b49f-6a4ac4763f9c>

Finans Norge. (2020). *Hørings svar fra Finans Norge*. [Høringsuttalelse]. Oslo.

https://www.regjeringen.no/contentassets/b84e57d42b1a4d0e8200e05505433164/finans-norge.pdf?uid=Finans_Norge

Huseiernes Landsforbund. (2020). *Hørings svar – forslag til endringer i plan- og bygningsloven – håndtering av overvann i plan- og bygningsloven*. [Høringsuttalelse]. Oslo.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=faea7175-e653-4777-bd96-08b84f89b289>

Justis- og beredskapsdepartementet. (2020). *Høring – forslag til endringer i gjennomføring- og byggesaksdelen av plan- og bygningsloven – regler om håndtering av overvann*.

[Høringsuttalelse]. Oslo. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=f18c2fad-daab-4076-8a7c-dc9e7d0f0a88>

Kommunesektorens organisasjon. (2020). *Forslag til endringer; Regler om håndtering av overvann – hørings svar fra KS*. [Høringsuttalelse]. Oslo.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=3c15f587-8afa-4fa2-8ede-1d053ec528d4>

Kristiansand kommune. (2020). *Høringsuttalelse – håndtering av overvann – forslag til endringer i plan- og bygningsloven/teknisk forskrift*. [Høringsuttalelse]. Kristiansand. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=3f69f7fb-b1e3-4d06-8042-3e50516b1526>

Miljødirektoratet. (2020). *Høringssvar – forslag til endringer i gjennomføring- og byggesakdelen av plan- og bygningsloven – regler om håndtering av overvann*. [Høringsuttalelse]. Oslo. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=ccbe9d48-45bf-4fc3-adf6-a942dc298e6f>

Moss kommune. (2020). *Høringssvar fra Moss kommune*. [Høringsuttalelse]. Moss. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=039bb723-10f3-416b-bc81-87fe8a36a7e6>

Nedre Telemark Jordskifterett. (2020). *Høringsuttalelse – håndtering av overvann*. [Høringsuttalelse]. Skien. https://www.regjeringen.no/contentassets/b84e57d42b1a4d0e8200e05505433164/nedre-telemark-jordskifterett.pdf?uid=Nedre_Telemark_jordskifterett

Norges Bondelag. (2020). *Forslag til endringer i plan- og bygningsloven – regler om håndtering av overvann – høring*. [Høringsuttalelse]. Oslo. https://www.regjeringen.no/contentassets/b84e57d42b1a4d0e8200e05505433164/norges-bondelag.pdf?uid=Norges_Bondelag

Norges miljø- og biovitenskapelige universitet. (2020). *Høringssvar fra Norges miljø- og biovitenskapelige universitet*. [Høringsuttalelse]. Ås. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=b41fba50-6977-4a85-861a-2b176c965964>

Norges vassdrags- og energidirektorat. (2020). *Hørings svar fra NVE – forslag til endringer i plan- og bygningsloven: Håndtering av overvann i plan- og bygningsloven.*

[Høringsuttalelse]. Oslo.

[https://www.regjeringen.no/contentassets/b84e57d42b1a4d0e8200e05505433164/norges-vassdrags--og-energidirektorat-nve.pdf?uid=Norges_vassdrags-_og_energidirektorat_\(NVE\)](https://www.regjeringen.no/contentassets/b84e57d42b1a4d0e8200e05505433164/norges-vassdrags--og-energidirektorat-nve.pdf?uid=Norges_vassdrags-_og_energidirektorat_(NVE))

Norsk Kommunalteknisk Forening. (2020). *Høringsuttalelse – håndtering av overvann – forslag til endringer i plan- og bygningsloven/teknisk forskrift.* [Høringsuttalelse]. Oslo.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=fb0ef140-5a7d-41da-ad2b-09bc6437c64a>

Norsk Vann. (2020). *Høringsuttalelse – forslag om endringer plan- og bygningsloven.*

[Høringsuttalelse]. Hamar. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=800d2d49-64a8-43cb-8370-42d8119cf13b>

Norske Boligbyggelags Landsforbund SA. (2020). *NBBLs høringsuttalelse til endringer i regelverk om overvann.* [Høringsuttalelse]. Oslo.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=2131dfd3-a1f2-45e3-b51b-3edfaf55a703>

OBOS. (2020). *Høringsnotat om forslag til endringer i plan- og bygningsloven – håndtering av overvann i plan- og bygningsloven.* [Høringsuttalelse]. Oslo.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=85f9c708-797c-42fd-a839-a40ab74c732b>

Ræstad, C. (2020). *Høringsuttalelse – forslag om endringer plan- og bygningsloven.*

[Høringsuttalelse]. Drammen. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=aaeb4097-0a14-4042-a017-9708e0d0be7c>

Sabima. (2020). *Hørings svar: Håndtering av overvann – forslag til endringer i plan- og bygningsloven*. [Høringsuttalelse]. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=06ade376-6b89-445f-8fd0-640ed3c6d7bf>

Statens Vegvesen. (2020). *Svar på høring om regler for håndtering av overvann – endringer i gjennomføring- og byggesaksdel av plan- og bygningsloven*. [Høringsuttalelse]. Oslo. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=47b4ced8-55c9-400d-a519-553bb68d7bd1>

Statsforvalteren i Rogaland. (2020). *Høringsuttalelse – endringer i plan- og bygningsloven knyttet til overvannshåndtering*. [Høringsuttalelse]. Stavanger. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=9bfde506-d874-4a05-b768-072e8b806412>

Stavanger kommune. (2020). *Handtering av overvann i plan- og bygningsloven – høyringsuttale frå Stavanger kommune, park og veg*. [Høringsuttalelse]. Stavanger. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-plan.-og-bygningsloven---handtering-av-overvann/id2691854/?uid=ba023495-320a-469e-a547-a95db9626fe3>

Trondheim kommune. (2020). *Saksprotokoll – høringsuttalelse. Endringer i plan- og bygningsloven, byggt teknisk forskrift, forurensningsloven og vass- og avl*. [Høringsuttalelse]. Trondheim. https://www.regjeringen.no/contentassets/b84e57d42b1a4d0e8200e05505433164/trondheim-kommune.pdf?uid=Trondheim_kommune

Øvre Eiker kommune. (2020). *Hørings svar – forslag til endringer i gjennomføring- og byggesaksdelen av plan- og bygningsloven – regler om håndtering av overvann*. [Høringsuttalelse]. Hokksund. https://www.regjeringen.no/contentassets/b84e57d42b1a4d0e8200e05505433164/ovre-eiker-kommune.pdf?uid=%C3%98vre_Eiker_kommune

Figurliste

Figur 1: Forvaltningens fire «hovedroller», medregnet intern administrasjon (egenprodusert)

Figur 2: Grovmasket oversikt over oppgaver og virkemidler ved myndighetsutøvelse
(egenprodusert)

Figur 3: Sanksjonspanorama (NOU 2003: 15, s. 42)

Figur 4: Forholdsmessighetens tre nivåer (egenprodusert)



Norges miljø- og biovitenskapelige universitet
Noregs miljø- og biovitenskapelige universitet
Norwegian University of Life Sciences

Postboks 5003
NO-1432 Ås
Norway