

Individuelle pålegg og overvann – forutsetninger og begrensninger

Andreas Skullerud

NVE¹

Abstract: This article discusses a recent proposal for a new section 31-9 in the Norwegian Planning and Building Act. The provision shall give municipalities the right to prescribe private landowners to implement measures to ensure better management of stormwater in existing settlements. The focus is on substantive aspects that apply to the legislature when preparing new laws and injunctions, especially according to the European Convention on Human Rights. It is argued that the principle of proportionality contains more than just a ‘free law’ assessment – based on a balance of interests – which is often decided based upon a preponderance of interests. The assessment also argues that distinction should be made between different types and forms of stormwater (situations). This will, among other things, be substantiated and illustrated through judgements and decisions from the European Court of Human Rights. Finally, it is argued that the current proposal should be re-evaluated or reworked in favour of an alternative approach.

Keywords: stormwater management, division of responsibilities, European Convention on Human Rights, The Norwegian Constitution, injunction, environmental law, proportionality, the polluter pays principle

¹ Andreas Skullerud er ved utgivelsen av boken ansatt i NVE. Dette kapittelet er imidlertid et personlig vitenskapelig arbeid basert på hans masteroppgave ved NMBU.

1 Introduksjon²

1.1 Overvann blir stadig mer aktuelt – men faller mellom to stoler

Samfunnet er inne i en brytningstid hvor miljø- og klimaspørsmål får stadig større innpass i hverdagen generelt, og i jusen spesielt. Nye områder blir gjenstand for rettsliggjøring, og nye problemstillinger må håndteres. Overvann er et slikt område. Eller mer presist: Overvann er et område som er gjenstand for ytterligere rettsliggjøring.

Kvikkleireskredet i Gjerdrum i desember 2020 tydeliggjorde på tragisk vis hvor sårbare vi er overfor naturfarer. Samtidig viste hendelsen hvor viktig det er å ha kunnskap om vannets kretsløp og hvor nødvendig det er å jobbe forebyggende. Ett av tiltakene har vært å se nærmere på lovverket og hvorvidt det kan gjøres tilpasninger eller endringer i de eksisterende rammebetingelsene.³ Vann er imidlertid et stort tema, og denne artikkelen avgrenser seg til overvann.⁴

Overvann er et tema og et fagområde som faller mellom to stoler. «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».⁵ Nedbør og snøsmelting er naturlig prosesser som berører alle. Følgelig er overvannshåndtering noe

2 Artikkelen ble skrevet før Prop. 125 L (2021–2022) *Endringer i plan- og bygningsloven (reglar om handtering av overvatn i byggjesaker mv.)*. Alle henvisninger i artikkelen refererer til Kommunal- og moderniseringsdepartementets (KMD, nå Kommunal- og distriktsdepartementet, KDD) tidligere lovutkast i høringsnotat nr. 19/1221 (pbl. § 31-9). Bestemmelsen er nå erstattet med et nytt utkast (pbl. § 31-14). Det har ikke blitt tid til å foreta en fullstendig omskrivning. Det har heller ikke vært ønskelig. Resonnementene har uansett en egenverdi, både ut over selve overvannstematikken og uavhengig av hva som blir vedtatt på Stortinget. Artikkelen vil derfor i all hovedsak stå uendret, men med enkelte tilføyelser der det er relevant.

3 Ulike problemstillinger knyttet til overvann er allerede grundig behandlet av Overvannsutvalget i NOU 2015: 16, *Overvann i byer og tettsteder*. Utredningen er nå fulgt opp av KDD i ny Prop. 125 L (2021–2022). I tillegg bør nevnes Gjerdrumutvalgets siste delrapport, NOU 2022: 3 *På trygg grunn*, som drøfter sentrale overvannsproblemstillinger spesifikke for kvikkleire.

4 Artikkelen har stor relevans for naturfare, jf. bl.a. NOU 2022: 3, men behandles ikke særskilt her. Se likevel en kort omtale i punkt 2. Se for øvrig den terminologiske avklaringen i punkt 7.3.

5 Oddvar Lindholm, «Håndtering av overvann», i *Vann- og avløpsteknikk*, Hallvard Ødegaard (red.), 2. utg., Norsk Vann 2014, s. 344–373, på s. 344 (opprinnelig presisering).

som involverer mange. Aktørbildet⁶ og lovverket⁷ er så spredt og komplekst at ansvar pulveriseres, ja, muligens fordufter helt.

Erkjennelsen av et slikt faktum medførte at regjeringen 11. april 2014 nedsatte et utvalg «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».⁸ Rapporten ble fremlagt 2. desember 2015, og er siden fulgt opp av tre ulike statlige organ: Kommunal- og moderniseringsdepartementet (nå KDD),⁹ Direktoratet for byggkvalitet (DiBK)¹⁰ og Miljødirektoratet.¹¹ Enkelte (kurante) lovforslag er allerede gjennomført.¹² De resterende forslagene fremgår av de respektive organs høringsnotat (se note 9–11). KMDs høringsnotat 19/1221

-
- 6 Som eksempler kan nevnes ulike grunneiere (personer, selskaper, foreninger mv.) og offentlige sektormyndigheter på forskjellig nivå i forvaltningshierarkiet (vassdragsmyndigheter, vegmyndigheter, forurensningsmyndigheter, planmyndigheter mv.), samt tredjepartsinteresser (typisk forsikringselskaper, bankvirksomheter, naboer mv.).
- 7 Med tilhørende veiledere, retningslinjer, instruksjer, rundskriv, tolkningsuttalelser, faktaark, rapporter, maler mv.
- 8 Overvannsutvalget, jf. NOU 2015: 16 s. 3 (Min kursivering). Ordet «tettbebyggelse» bør tolkes relativt. Det nærmere innholdet må nødvendigvis bero på et skjønn. Det rommer mye mer enn store byer. Samtidig kan det være mindre relevant å medregne rurale, tynt befolkede områder med lite innslag av tette flater. Grensen er ikke skarp, men Gjerdrumutvalgets rapport viser til illustrasjon at et tettsted som Ask (Gjerdrum) bør inngå i en slik avgrensning. Virkeområdet kan derfor bli betydelig. Tilsvarende tilnærming finnes nå i Norges vassdrags- og energidirektorats (NVE) nye veileder nr. 4/2022 om overvann i arealplaner, der virkeområdet er avgrenset til *tettbebyggelser*. På side 7 i veilederen presiseres tettbebyggelse på følgende måte: «Tettbygde område finst blant anna i byar, *bygdeseentrum*, industriområde og *hytteområde*» (Min kursivering). En tilsvarende avgrensning bør ligge til grunn for fremtidige lovbestemmelser om overvann. Det vil være en fordel at det fremgår eksplisitt i forarbeidene.
- 9 Ansvarlig for endringer i lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven). Se Kommunal- og moderniseringsdepartementet, *Forslag til endringer i plan- og bygningsloven*, høringsnotat, 2020.
- 10 Ansvarlig for endringer i forskrift 19. juni 2017 nr. 840 om tekniske krav til byggverk (byggteknisk forskrift) og forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak (byggesaksforskriften). Se Direktoratet for byggkvalitet, *Endringer i byggteknisk forskrift*, høringsnotat, 2020.
- 11 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). Se Miljødirektoratet, *Forslag til endringer i forurensningsloven og vass- og avløpsanleggslova for bedre overvannshåndtering*, høringsnotat, 2020.
- 12 Se bl.a. lovvedtak 40 (2018–2019) *Lov om endringer i plan- og bygningsloven m.m. (håndtering av overvann i arealplanleggingen mv.)*. Særlig tilføyingen av nytt andre ledd i § 1 i vass- og avløpsanleggslova. Samtidig er det verdt å merke seg tilføyingen av «overvannstiltak» (med undergruppe «infiltrasjon/fordrøyning/avledning») i Vedlegg I A i forskrift 26. februar 2018 nr. 285 om endring i forskrift om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister (kart- og planforskriften).

ble nylig (03.06.2022) fulgt opp av KDD med et revidert lovforslag, jf. Prop. 125 L (2021–2022).¹³ Det fragmenterte utredningsarbeidet gir samtidig en god indikasjon på det vide og komplekse lovverket vi står overfor.

1.2 Dagens lovgivning er ikke tilpasset eksisterende forhold

Plan- og bygningsloven er i stor grad tilpasset et system basert på privat initiativ, og er følgelig rettet fremover i tid.¹⁴ Siden store deler av Norge allerede er bebyggt, blir det gjerne anført at regler som er tilpasset *nye* tiltak får begrenset betydning på *eksisterende* forhold. Dette kommer tydelig frem i Overvannsutvalgets utredning, som konkluderer med at kommunene mangler tilstrekkelige virkemidler for å håndtere overvann i eksisterende bebyggelse.¹⁵ Løsningen ble, slik jeg leser utredningen, at utvalget tok utgangspunkt i «forurenser-betaler-prinsippet», som i korthet innebærer at grunneier står ansvarlig for overvann med «opphav» fra egen eiendom.¹⁶ Det tidligere forslaget fra KMD (nå KDD) bygget videre på dette utgangspunktet, men med egne tilpasninger og utvidelser.¹⁷

13 Proposisjonen kom dessverre for sent til å bli fullstendig innarbeidet i artikkelen. Innholdet er like fullt høyaktuelt, til tross for enkelte utdaterte henvisninger til gamle utkast. Prop. 125 L (2021–2022) viderefører nemlig deler av tidligere utkast (med enkelte justeringer og presiseringer), samt at det finnes flere eksempler i lovverket som reiser tilsvarende problemstillinger.

14 Se pbl. §§ 11-6 første ledd og 12-4 første ledd.

15 NOU 2015: 16 s. 46 og 133 flg.

16 Se NOU 2015: 16 s. 46, 88–89 og særlig pkt. 22.1.5 s. 243 og pkt. 22.3 s. 245. På side 89 sies det riktignok at forurenser-betaler-prinsippet skal gjelde for forurenset overvann fra vei, mens det på side 243 og 245 formuleres mer generelt. Ser man utredningen under ett, så er det vanskelig å se forslagene annerledes enn at grunneier tillegges like stort ansvar som om overvannet var en forurenset kilde.

17 Tilpasningene og utvidelsene er til dels betydelig, slik at det på enkelte punkter vil gi lite veiledning å se tilbake på NOU 2015: 16. For en omtale av hele prosessen frem til KMDs høringsnotat, se Andreas Skullerud, *Pålegg om overvannshåndtering i eksisterende bebyggelse – en gråson mellom ekspropriasjon, rådhetsinnskrenkning og påbud*, masteroppgave, Norges miljø- og biovitenskapelige universitet 2021, kap. 4, på s. 32–46. Siste utkast til ny pbl. § 31-14 tar et stort skritt tilbake i retning av Overvannsutvalgets opprinnelige utkast, jf. Prop. 125 L (2021–2022). Det er likevel viktige forskjeller.

1.3 Pbl. § 31-9 - et overblikk¹⁸

Tidligere utkast til pbl. § 31-9 lød slik:

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 ervery, 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 kostnadene og fordelingen ved skjønn.

Ordlyden åpnet for et betydelig skjønn, som i sin tur ga rom for betydelige inngrep. Forslaget får derfor stor betydning for den pålegget rettes mot. Det er imidlertid ikke selve ordlyden til tidligere pbl. § 31-9 som skal behandles i denne artikkelen, men snarere prinsipielle rammer rundt lovarbeidet og lovforslaget.¹⁹ Fokuset vil blant annet være hvilke innholdsmessige (materielle) skranker som kan utledes fra konvensjonspraksis i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) ved bruk av pålegg, og hvilken betydning dette har for lovgiver når det vedtas nye lover. I tillegg vil jeg klargjøre viktige sider knyttet til virkemiddelet pålegg mer generelt, og ikke minst hvordan overvann bør forstås i denne sammenheng.

¹⁸ Prop. 125 L (2021–2022) går kun videre med første ledd, med enkelte justeringer. Andre og tredje ledd er ikke videreført i foreliggende proposisjon.

¹⁹ Enkelte prinsipielle brister hefter fortsatt ved ny Prop. 125 L (2021–2022), særlig med hensyn til forutsetningene for pålegg.

Erkjennelsen av at Grunnloven²⁰ inneholder enkelte materielle skran-ker for norske lovgivere og forvaltning, er ikke omstridt.²¹ Derimot er det omstridt hvor langt disse rekker.²² Skrankene i alminnelig²³ norsk rett utgjør reelt sett en beskjeden rolle i overvannssammenheng, vel og merke utenfor ekspropriasjonstilfellene, jf. Grl. § 105. Vi møter her en velkjent sondring fra stats- og forvaltningsrettslig teori: Avveiningen mellom samfunnets behov for styring og hensynet til borgernes rettigheter. Kort sagt forholdet mellom fleksibilitet og stabilitet.²⁴

Praksis har i flere anledninger vist at effektivitetshensynet gjerne vektes på bekostning av ulike rettssikkerhetsbetraktninger.²⁵ Tilsvarende kan sies om lovforberedelsen til Overvannsutvalget og KDD, som gjennomgående vektlegger samfunnsøkonomisk lønnsomhet.²⁶ Dette står i kontrast til den sparsommelige behandlingen av grunneieres interesser.

Det er samtidig svært vanlig at vernet om borgernes rettssikkerhet fastlegges med utgangspunkt i *domstolskontrollen* med forvaltningen, jf. Grl. § 89.²⁷ Det er likevel viktig å huske på at også selve *lovbehandlingen*

20 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

21 Se f.eks. Hans-Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019, på s. 113.

22 Det gjelder også i noen grad identifisering av slike skranke, slik min artikkel vil vise. EMD har en omfattende saksmengde. I tillegg praktiserer EMD en nokså dynamisk linje, både med henblikk på hvordan vernet skal forstås i den enkelte sak og i konvensjonspraksisen som helhet, jf. bl.a. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2010, på s. 114 og Jon Fredrik Kjølbrot, *Den europeiske menneskerettigheds konvensjon: For praktikere*, 5. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020, på s. 23–25.

23 Ordet «alminnelig» blir i denne artikkelen brukt for å tydeliggjøre hva som fremgår av *opprinnelig* norsk rett, *uavhengig* av konvensjonsforpliktelser o.l. EØS- og EMK-retten kan riktignok beskrives som så gjennomgripende at det knapt finnes rettsområder i alminnelig norsk rett som ikke blir berørt (inkorporerte deler av folkeretten gjelder som norsk lov). Samtidig er det viktig å tydeliggjøre rekkevidden av alminnelig norsk rett, før det blir nødvendig å bygge de rettslige resonnementene på folkerettslig grunnlag.

24 Jf. Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Universitetsforlaget 2010, på s. 90. Iblant brukes dikotomien «effektivitet» og «rettssikkerhet» om det samme, jf. Forvaltningskomiteens innstilling i NUT 1958: 3, på s. 6.

25 Se til illustrasjon Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, på s. 499.

26 Uttrykket har mange likhetstrekk med «samfunnsøkonomisk effektivitet», for eksempel i miljørettslig sammenheng, jf. omtalen i Hans Chr. Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019, på s. 28 og 34.

27 Se f.eks. Henriette N. Tøssebro, «Læren om begrenset domstolskontroll», i *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Henriette N. Tøssebro (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 177–210, på s. 177 flg. og Karl Harald Søvig, «Avslutning», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald

i Stortinget er en del av vernet, inkludert det viktige forberedende arbeidet som gjøres i statsforvaltningen.²⁸ «De færreste forvaltningsavgjørelser kommer opp for domstolene til overprøving.»²⁹ Det er tross alt lovgiver som setter rammene for hvilken myndighetsutøvelse som blir praktisert. Men vernet bør ikke overdrives, all den tid hektisk lovarbeid og politisk handlingsiver har en tendens til å overskygge (tilsynelatende) betenkeligheter, jf. det som allerede er nevnt i avsnittene ovenfor.³⁰

Verken Overvannsutvalget eller KDD drøftet lovforslaget opp mot Grunnloven og internasjonal rett.³¹ Det gjelder særlig Den europeiske menneskerettskonvensjon, første tilleggsprotokoll artikkel 1.³² Dette er etter mitt syn en svakhet ved lovarbeidet, særlig tatt i betraktning den vide påleggshjemmelen som ble foreslått. Det er også årsaken til at denne artikkelen ble skrevet.

1.4 Artikkelens struktur

Grunnloven og EMK behandles nærmere i punkt 3 og 4. Jeg begynner med en kort gjennomgang av sentrale funn i Gjerdrumutvalgets rapporter³³ (punkt 2). Hensikten er å vise artikkelens overføringsverdi på andre livsområder, samt trekke frem viktige realiteter for forståelse av overvann

-
- Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 319–352, særlig s. 335. For en mer utførlig gjennomgang og analyse vises det til Olav Haugen Moen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal 2019.
- 28 Carsten Smith, *Dommersyn utenfor dommen: Foredrag – artikler – taler*, Universitetsforlaget 2012, på s. 21.
- 29 Søvig (2015) s. 335. Søvig fokuserer imidlertid mer på forvaltningens avgjørelser. Se nærmere om tematikken i Sunniva C. Bragdø-Ellenes, *Overprøving – av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, Universitetsforlaget 2014.
- 30 I en hektisk og stadig rettsliggjort hverdag bør det samtidig tilføyes at våre politikere og den offentlige administrasjon står overfor (uheldig) store saksmengder. Av samme grunn vil det alltid være en viss fare for at enkelte saker får en overfladisk behandling. Samfunnet har riktignok blitt så komplekst, spesialisert og gjennomregulert at det nærmest sier seg selv at ikke alle lovforslag kan bli gjenstand for en like grundig kvalitetssikring, diskusjon og opposisjon på Stortinget, før lovene sanksjoneres. Se noe tilsvarende i f.eks. Moltumyr Høgberg (2010) s. 112.
- 31 Overordnede skranker er til en viss grad drøftet i Prop. 125 L (2021–2022), men relativt kortfattet.
- 32 Jf. inkorporeringen i lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Heretter omtales konvensjonsbestemmelsen som EMK TP1-1 eller bare TP1-1. Prop. 125 L (2021–2022) omtaler heller ikke denne gangen EMK. Dette kan skyldes skrinleggingen av andre og tredje ledd i tidligere utkast til pbl. § 31-9.
- 33 Olje- og energidepartementet, *Årsakene til kvikkleireskredet i Gjerdrum 2020*, 29. september 2021; NOU 2022: 3.

som sådan og hvilken rekkevidde nye påleggshjemler kan få. Deretter gjennomgår jeg kort rekkevidden av de viktigste overordnede skrankene i alminnelig norsk rett – og dens begrensninger (punkt 3). I fortsettelsen går jeg nærmere inn på forståelsen av EMK-rettens forholdsmessighetsprinsipp som skranke, illustrert ved Lindheim-saken (punkt 4). Med forholdsmessighetsprinsippet i mente, går jeg deretter nærmere inn på utvalgt rettspraksis fra norsk Høyesterett og EMD, i et forsøk på å klarlegge en fruktbar tilnærming til overvann som rettslig fenomen. Her argumenterer jeg for en sontring mellom overvann i vid og snever forstand, samt anbefalt terminologi (punkt 5). Deretter vil jeg gjennomgå et alternativ til det pågående lovarbeidet (punkt 6). Avslutningsvis har jeg tilføyd et sluttord (punkt 7), hvor hensikten er å gjennomgå de viktigste sidene ved Prop. 125 L (2021–2022). På den måten får jeg knyttet de seneste endringene opp mot drøftelsen som er gjennomgått i de øvrige punktene. Artikkelen avsluttes med en viktig terminologisk avklaring (punkt 7.3).

2 Overvann, pålegg og naturfarer

2.1 Relevansen av Gjerdrumutvalgets rapporter

Konklusjonene rundt årsaken til kvikkleireskredet i Ask (Gjerdrum) natt til 30. desember 2020, ble offentliggjort i egen rapport 29. september 2021. Rapporten er senere fulgt opp med konkrete forslag til endringer i lovverk og forvaltningspraksis, jf. NOU 2022: 3. Sistnevnte delrapport ble lagt frem for Olje- og energidepartementet (OED) 28. mars 2022. Konklusjonene i rapportene vil utgjøre et nytt og viktig bidrag inn i KDDs pågående og departementenes fremtidige lovarbeid, særlig med henblikk på pålegg som virkemiddel og praktiseringen av forholdsmessighet i norsk rett.

Den første delrapporten er relativt teknisk, men jeg har plukket ut noen hovedfunn som har stor relevans for lovregulering av overvann (punkt 2.2). Stikkordet er vannbalanse.³⁴ Gjennomgangen av delrapport 2

34 Jeg berørte tematikken i min masteroppgave, jf. bl.a. Skullerud (2021) s. 17 med henvisninger og s. 76 note 146, ifm. et fiktivt eksempel basert på Gjerdrumskredet og RG 2007 s. 486 (Nittedal/Glanerudbekken).

(NOU 2022: 3) avgrenses til å belyse pålegg anvendt på naturfarer, gjennom utvalgets forslag til ny naturskadesikringslov § 5 (punkt 2.3). Argumentasjonen i siste delrapport bygger tilsynelatende på samme grunnlag som KMDs (nå KDD) forslag til pbl. § 31-9 – og som jeg kritiserer. Lovforslagene til de ulike utvalgene har følgelig likhetstrekk som får betydning for artikkelens overføringsverdi. Det betyr at selv om min artikkel primært begrenser seg til overvann, så vil mine innvendinger knyttet til pålegg og forholdsmessighet også ha relevans på andre områder. Jeg starter med årsakene til skredet.

2.2 Delrapport 1 – overvann som medvirkende årsak

I korte trekk ble skredet utløst som følge av erosjon i Tistilbekken. En naturlig prosess som i seg selv ikke skyldes menneskelig aktivitet.³⁵ *Graden* av erosjon har derimot vist seg å være påvirket av menneskelig aktivitet. En sentral faktor som trekkes frem, er urbaniseringen av områdene rundt Ask tettsted. Urbanisering knyttes normalt til økt omfang av tette flater. Samtidig har tiltak som fjerning av vegetasjon, terrengendringer, utstrakt bruk av rør med videre innvirket på helheten. Det er viktig å presisere at man må se hele nedbørsfeltet under ett, ikke bare sentrale deler av sentrum og lignende avgrensninger. Bildet er sammensatt, ettersom «flere typer menneskelig påvirkning har virket i samme uheldige retning og bidratt til økt erosjon i Tistilbekken».³⁶

Gjerdrumutvalget konkluderer med at «[e]n ødelagt bekkelukking og flere små vannføringstopper som følge av urbanisering er de *viktigste* faktorene».³⁷ Følgende fire elementer bør fremheves:

- Hellingsgrad i terreng
- Utstrakt håndtering i rør
- Større omfang av tette flater
- Flatehogst og planering

35 Se bl.a. Olje- og energidepartementet (2021) s. 112, under pkt. 7.3.2.

36 Olje- og energidepartementet (2021) s. 10 og 114.

37 Olje- og energidepartementet (2021) s. 114 (Min kursivering). Samtidig er det verdt å merke seg oppramsingen av hvilke forhold som *ikke* har forårsaket skredet, jf. s. 115–118 i rapporten.

Fellesnevneren er at de medfører større vannhastighet og raskere tilsig, som igjen øker erosjonspotensialet. Vannhastigheten nevnes ikke eksplisitt som den viktigste årsaken, men det er nok riktig å forstå budskapet dithen at dette ligger innforstått i konklusjonen. Til syvende og sist var det den uvanlig våte høsten som var «utløsende faktor» for skredet.³⁸

Rapporten avdekker samtidig en vel så viktig tendens. Det påpekes «at frekvensen av de *største* vannføringstoppene *ikke* har økt som følge av urbaniseringen».³⁹ Det er hyppigheten av de *små* vannføringstoppene som skaper utfordringer. Problemet ligger i at disse små vannføringstoppene ofte er tilstrekkelig til å overstige såkalt kritisk nivå for erosjon.⁴⁰ I Gjerdrum-tilfellet ble det påvist en dobling av slike kritiske (små) vannopper, hovedsakelig på grunn av urbanisering.⁴¹ Et slikt faktum var ikke hensyntatt i KMDs tidligere utgangspunkt om 200 års gjentaksintervall, men har omsider blitt modifisert i ny lovproposisjon fra KDD – trolig influert av Norges vassdrags- og energidirektorats (NVE) ferske tilråding i ny veileder nr. 4/2022 om overvann i arealplaner.⁴²

2.3 Delrapport 2 – pålegg gjennom naturskadesikringslov § 5

I den første delrapporten ble det blant annet stilt spørsmål om hvorvidt «det [er] rimelig å pålegge grunneier oppstrøms å utføre sikringstiltak nedstrøms, *utenfor* egen eiendom?».⁴³ Problemstillingen ligger nært opp til KMDs (nå KDD) tidligere forslag til påleggshjemmel i pbl. § 31-9. Forskjellen er at pbl. § 31-9 hovedsakelig var ment å dekke forhold

38 Olje- og energidepartementet (2021) s. 118.

39 Olje- og energidepartementet (2021) s. 112 (Min kursivering). Se også NOU 2022: 3 s. 135.

40 Analysen var utført av Sweco.

41 Olje- og energidepartementet (2021) s. 113.

42 Se Prop. 125 L (2021–2022) s. 36–37 pkt. 5.4.4.5 og NVEs veileder nr. 4/2022 s. 23–24, pkt. 2.7, hvor det argumenteres for å anvende et 100 års gjentaksintervall. Se Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2020) s. 43–44, hvor de opprettholdt et 200 års intervall, til tross for erkjennelsen av at dette sjeldent lar seg gjennomføre. Revurdering av gjentaksintervallet ble også påpekt i høringsrunden til KMDs høringsnotat, jf. bl.a. NVE og interesseorganisasjonen Norsk Vann. Se også Skullerud (2021) s. 39–40, hvor tilsvarende innvendinger fremgår på side 91.

43 Olje- og energidepartementet (2021) s. 152 (Min kursivering).

innenfor egen eiendom.⁴⁴ Problemstillingen ble aldri fulgt opp i sin rene form, men Gjerdrumutvalget foreslår likevel en påleggshjemmel i ny naturskadesikringslov § 5. Hensikten er å gi kommunene et redskap for å pålegge sikringstiltak (på den enkeltes eiendom) mot naturskade der det anses nødvendig – uavhengig av tiltak. Etter mitt syn en tvilsom løsning.

For det første skal naturskadesikringsloven erstatte nåværende naturskadelov i sin helhet. Dels ved uendret videreføring av bestemmelser, dels ved omformuleringer, tilpasninger og tilføyelser i eksisterende bestemmelser og dels ved tilføyelser av helt nye materielle bestemmelser. For det andre skal hovedregelen om at grunneier selv er ansvarlig for sikring av egen eiendom lovfestes.⁴⁵ Det innebærer vel og merke ingen generell eller avgrenset tiltaksplikt.⁴⁶ For det tredje foreslås en selvstendig varslingsplikt der grunneier oppdager forhold som kan medføre fare for naturskade.

Sistnevnte (varslingsplikten) hviler etter mitt syn på en tvilsom forutsetning, all den tid det samtidig legges opp til at kommunen kan pålegge grunneier en sikringsplikt i forlengelsen av varslet. Alternativt skal det kunne kreves refusjon der kommunen selv gjennomfører sikringstiltaket. Spørsmålet blir imidlertid om vedkommende frivillig vil varsle om naturgitte utfordringer, hvis de samtidig står i fare for selv å pålegges ansvaret – enten faktisk eller økonomisk. Den logiske bristen blir ikke mindre betenkelig når utvalget selv forslår at *kommunen* ikke skal ha en tilsvarende sikringsplikt,⁴⁷ med følgende begrunnelse: «Å tydeliggjøre at kommunen ikke har plikt til å sikre, vil etter utvalgets oppfatning også legge til rette for at kommunene tar flere og bedre initiativ overfor staten for å gjennomføre sikringstiltak», jf. NOU 2022: 3 s. 13. Etter mitt syn vil dette også gjelde grunneieres initiativ.

I likhet med KDD, forsvarer Gjerdrumutvalget forslaget (naturskadesikringsloven § 5) med at pålegget ikke vil være «uforholdsmessig belastende for den enkelte».⁴⁸ Det påpekes samtidig at den enkelte kan

44 Ulikheten bør imidlertid ikke overdrives, ettersom forslaget til pbl. § 31-9 åpnet for ekspropriasjon der dette er nødvendig.

45 Dette er en ren kodifisering av ulovfestet rett.

46 NOU 2022: 3 s. 195–196.

47 Sett i lys av forslaget om kommunenes varslingsplikt til NVE. Tematikken har for øvrig en parallell til selvinkrimineringsprinsippet.

48 NOU 2022: 3 s. 13.

kreve refusjon fra de som har nytte av tiltaket, ikke ulikt KMDs (nå KDD) tidligere forslag til pbl. § 31-9 tredje ledd. Videre presiseres det at pålegg kun kan vedtas i «særlige tilfeller». ⁴⁹ Eksemplene på hva som kan utgjøre slike «særlige tilfeller» er etter mitt syn lite overbevisende, og i beste fall tvilsomt. ⁵⁰ Gjerdrumutvalget går imidlertid lenger enn KMDs høringsnotat i forsøket på å konkretisere en øvre grense på hva et pålegg kan beløpe seg til. Løsningen ble å begrense det oppad til ti prosent av bygningsmassens tekniske verdi. ⁵¹

Problemet med denne argumentasjonen er at forutsetningene for å anvende pålegg ikke begrenser seg til hva tiltaket vil koste i kroner og øre. Et pålegg forutsetter normalt at den enkelte har foretatt en *handling* eller *valg*, som i sin tur legitimerer nærmere håndhevelse. ⁵² Tilsvarende kan sies om forholdsmessighet, som neppe begrenser seg til økonomiske størrelser. Pålegg og forholdsmessighet har også *moralske* og *sosiale* sider som må hensyntas. Jeg stiller meg undrende til hvor lett de ulike utvalgene tar på innføringen av påleggshjemler, og hvilke begrunnelser som gis for disse. Flere burde være seg bevisst hva som bør ligge til grunn for å benytte pålegg i den daglige håndhevelse av lov og rett. Jeg vil komme inn på nyansene flere steder i artikkelen.

Første og andre delutredning burde i utgangspunktet hatt stor betydning for de ulike utvalgenes lovarbeid. Gjerdrumutvalget sitt arbeid burde for eksempel vært noe av årsaken til at oppfølging av tidligere KMDs høringsnotat drøydte ut i tid, ettersom disse utredningene bør ses i sammenheng. Dette har imidlertid vist seg å ikke være tilfellet, tatt Prop.

49 NOU 2022: 3 s. 245.

50 Utvalget skriver bl.a. følgende: «Det kan for eksempel være [behov for pålegg] der staten gjennom bistandsordningen ikke har mulighet til å prioritere sikringstiltak sett opp mot andre sikringsbehov eller tiltaket ligger beløpmessig under de grenser som er satt for bistandsordningen [normalt kr 500 000], men hvor det likevel er et klart sikringsbehov for å sikre», jf. NOU 2022: 3 s. 245 (Min tilføyelse). Uttalelsen må ses i sammenheng med utvalgets begrunnelse for å ikke innføre en begrenset lovfestet sikringsplikt, en såkalt «sikkerhetsmekanisme», under pkt. 11.4.3.2 (se særlig s. 196). Konturene av en «forurenser-betaler-mentalitet» er særlig tydelig i pkt. 11.4.3.3 (særlig s. 197).

51 Se NOU 2022: 3 s. 245, jf. s. 243. Merk likevel unntaket i § 8 andre ledd siste punktum, som åpner for utgifter som overstiger grensen dersom «særlige hensyn» tilsier det.

52 Det finnes riktignok unntak, slik som ekspropriasjon, men ekspropriasjon er så vidt spesielt (med sin respektive begrunnelse og forhistorie) at det vanskelig kan begrunne eller ha overføringsverdi til de tilfeller som her behandles. Et viktig poeng er så måte er *legitimitet*.

125 L (2021–2022) i betraktning. Videre i artikkelen skal jeg derfor argumentere for en alternativ tilnærming til problemet. Problemstillingene er så vidt like at jeg anser drøftelsen langt på vei relevant for både KDDs pågående og OEDs kommende lovarbeid.

2.4 Metodiske forutsetninger i den videre drøftelsen

Den videre drøftelsen vil naturligvis inneholde rettspolitiske overveielser. Det skyldes helt enkelt at gjenstanden for analysen – pbl. § 31-9 (nå § 31-14) – i skrivende stund ikke er vedtatt. Tolkningen av gjeldende rett og de juridiske resonnementene vil like fullt skje innenfor alminnelig juridisk metodebruk (rettskildelære). Jeg vil med andre ord innta en rettsdogmatisk tilnærming. Ved gjennomgangen av EMK-rettslige kilder vil jeg derimot gjøre bruk av EMDs metode, både når jeg underbygger mine egne resonnementer og når jeg illustrerer eksempler fra rettspraksis. Formålet er hele veien å fremheve de rettslige aspektene.

3 Forholdsmessighetsprinsippet etter alminnelig norsk rett⁵³

3.1 Et rettslig utgangspunkt

Det norske rettssystemet hviler på et utgangspunkt om at «alt som ikke er forbudt, er tillatt, og at man er fritatt fra å gjøre alt som ikke er påbudt».⁵⁴ Virkemiddelet *pålegg* kan i denne sammenheng utgjøre et unntak fra dette rettslige utgangspunktet.⁵⁵ Forutsetningen er først og fremst at det finnes en lovhjemmel for slike vedtak, jf. Grl. § 113. Men legalitetsprinsippet sier ikke all verden, ettersom virkningen av en lov i stor grad avhenger av hvilket innhold den har. Det gjelder uavhengig av hvilken tilnærming man inntar.⁵⁶ Krav til innholdet må derfor søkes annensteds. Jeg kommer nærmere inn på det i fortsettelsen.

53 Se note 23.

54 Eckhoff og Smith (2018) s. 48.

55 Også omtalt som *påbud*. Se en nærmere redegjørelse av virkemiddelet pålegg i min avhandling, Skullerud (2021) s. 53–64.

56 Normalt står det mellom en materiell, positiv tilnærming eller en formell, negativ tilnærming.

3.2 Lovgivers kompetanse

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 samtidig respektere EØS- og EMK-rett, til tross for at de kun har lovs rang, jf. Grl § 92.⁵⁷ Anvendt på fast eiendom betyr det at lovgiver som et utgangspunkt står fritt til å utstyre forvaltningen med de nødvendige fullmakter og virkemidler for å håndtere bestående tilstander, så lenge det ytes erstatning i ekspropriasjonstilfellene (Grl. § 105), at fullmaktene ikke strider med tilbakevirkningsforbudet⁵⁸ (Grl. § 97) og at eiendomsvernet etter EMK TP1-1 respekteres.⁵⁹

Virkeligheten er imidlertid sammensatt, akkurat slik overvannsutfordringene illustrerer. I tillegg kommer en rekke momenter og hensyn inn, 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.⁶⁰ I ett og alt kan alle slike verdier og hensyn sorteres under fellesbetegnelsen *rettssikkerhet*.⁶¹

57 Riktignok avgrenset til de rettsområder som konvensjonene regulerer (det vises til note 23). Se for øvrig Carsten Smiths uttrykk «halv-konstitusjonell» i Smith (2012) s. 121, også gjengitt i Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018, på s. 101 («semikonstitusjonell»).

58 Gjerne omtalt som «rettsstridig tilbakevirkning» eller «grunnlovsstridig tilbakevirkning». Se Moltumyr Høgberg (2010) s. 21; Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utg., Universitetsforlaget 2017, på s. 571.

59 TP1-1 overlapper grunnlovsbestemmelsene på enkelte punkt. Videre i artikkelen vil jeg imidlertid konsentrere meg om de deler der TP1-1 og Grunnloven ikke overlapper.

60 Se f.eks. figur 25 i Jon Christian F. Nordrum, *Bedre regulering? Årsak-virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess*, Gyldendal 2019, på s. 206, i sammenheng med koblingsordene «legitimitet» og «tillit». Etter mitt syn burde også *fullstendighet* inngått på betingelses-/årsaks siden i en slik figur.

61 Ordet «rettssikkerhet» 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, jf. f.eks. Graver (2019) s. 115; 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», jf. Bjørn O. Berg,

Alle aktiviteter og tiltak i et samfunn forutsetter tilgang på areal. Overvannsutfordringene er intet unntak. En betydelig del av landarealet er imidlertid underlagt privat eie. Myndighetene trenger derfor et lovverk som legger til rette for effektiv og rasjonell styring av arealbruk og arealressursene. I overvannssammenheng er dette av grunnleggende betydning.

Pbl. § 31-9 er imidlertid et virkemiddel som utfordrer underliggende verdier og hensyn i vår retts- og kulturarv. Påleggshjemmelen samsvarer dårlig med lovverket generelt, og plan- og bygningslovgivningen spesielt. Det kommer blant annet av at pålegg normalt fungerer som sekundærregel,⁶² med unntak av noen få særtilfeller.⁶³ Til illustrasjon, riktignok i sammenheng med forvaltningssanksjoner,⁶⁴ har Bjørn O. Berg tidligere uttalt at det er «en grunnleggende moralsk oppfatning i vår rettskultur at den som ikke er å bebreide, heller ikke er 'straffverdig'», før han senere på siden tilføyer at «[e]rfaring viser nemlig at dersom reaksjonen blir for

Forvaltningssanksjoner: Forvaltningens vedtak om bøter, tvangsmulkt og inndragning av ulovlig vinning. Universitetsforlaget 2005, på s. 31. For min del har jeg likevel unngått betegnelsen, etter som 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 Marius Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*, Universitetsforlaget 2011, på s. 30, skjønt jeg stusser litt over hvorfor han gjør bruk av ord som «individhensyn», etter selv å ha kritisert Ståle Eskelands vinkling om «menneskeverdet» i fotnote 36. Hva med vedtak som retter seg mot selskaper? Myndighetsutøvelse består dessuten av mer enn kun inngrep. Det gjelder også når myndighetene tildeler goder og rettigheter. Eskeland introduserte derfor betegnelsen «rettsriktighet», jf. bl.a. Graver (2019) s. 113. Erik Magnus Boe har oversatt det til et krav om «regelsikkerhet», jf. Erik Magnus Boe, *Forsvarlig forvaltning*, Universitetsforlaget 2018, på s. 18. Til syvende og sist en terminologisk smakssak. Samtidig er rettsikkerhet uløselig knyttet til idéen om *rettsstaten*, jf. formålsparagrafen i Grl. § 2. Se f.eks. Anne Robberstad, *Sivilprosess* 4. utg., Fagbokforlaget 2018, s. 1.

- 62 Dvs. at den rettslige normeringen (den rettslige beslutning/vedtaket/sanksjoneringen/pålegget – kjært barn har mange navn) foretas gjennom en etterfølgende håndhevelse, basert på en allerede eksisterende norm/rettsregel (primærregelen). Mer folkelig sagt: Det kan anses som en rettslig oppfølging eller påminnelse av en allerede gjeldende plikt. Normalt utledes slike primærregler av loven selv (formell lov, sanksjonert på Stortinget). I mer sjeldne tilfeller kan de utledes av andre rettsgrunnlag. F.eks. rettsedvaner (judisiell praksis), eierrådighet og avtalekompetanse (i kraft av egen autonomi).
- 63 Jf. punkt 2.3 og note 52. I tillegg må det tilføyes at plan- og bygningsloven er fundert på en grunntanke om at styring av arealressursene skal skje gjennom planer, og at realisering av slike planer i utgangspunktet er frivillig. Unntaket finnes i lovens tredje del, kapittel 16, hvor det er gitt adgang til ekspropriasjon. Ekspropriasjon er imidlertid så vidt spesielt, at det ikke lar seg sammenligne med andre mer konvensjonelle virkemidler. Se nærmere i Skullerud (2021) s. 58 flg.
- 64 Også omtalt «administrative sanksjoner», jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven), kap. IX.

‘grov’, vil myndighetene unnlate å anvende den». ⁶⁵ Etter mitt syn har budskapet overføringsverdi ut over sanksjonstilfellene.

3.3 Det norske forholdsmessighetsprinsipp

Vilkårene i ny pbl. § 31-9, slik som «nødvendig» og «forholdsmessig», kan neppe sies å utgjøre nevneverdige skranker. ⁶⁶ Et eksempel kan hentes fra Eckhoff og Smith, hvor det trekkes likhetstegn mellom ord som «nødvendig» og «sterkt ønskelig». ⁶⁷ Et forholdsmessighetskrav vil aldri utgjøre mer enn det som kan utledes av ordlyden, forarbeider og andre autoritative rettskilder, basert på en konkret tolkning. Forslaget til KMD (nå KDD) begrenser seg tilsynelatende til et kostnadsspørsmål.

Der det ikke finnes holdepunkter for noe annet, vil krav om forholdsmessighet kunne følge av ulovfestet rett. Noen eksempler fra forvaltningsretten kan nevnes. For det første gjelder det der forvaltningen stiller vilkår ved begunstigede vedtak. For det andre vil det gjelde ved vedtak om administrative reaksjoner og sanksjoner. Et tredje eksempel vil være ved omgjøringsvedtak, uavhengig av klage. ⁶⁸ Helt unntaksvis kan det inngå som et delement i «myndighetsmisbrukslæren». ⁶⁹ Det betyr at så lenge forarbeidene ikke eksplisitt henviser til et europeisk forholdsmessighetsprinsipp, så må vi falle tilbake på de tilfeller som følger av alminnelig norsk rett. ⁷⁰ Forklaringen er kort og godt at det europeiske

65 Sistnevnte sitat ble uttalt ifm. faktisk håndhevelse. Se Berg (2005) s. 39, med videre henvisning til Sanksjonsutvalgets utredning i NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring*, på s. 148. Lover bør løse samfunnsutfordringer – ikke skape nye.

66 Se tilsvarende Martin Lie Hauge, «Anleggseierens erstatningsansvar for avløp- og overvannskader» *Tidsskrift for eiendomsrett* 17 (2021) nr. 1, s. 10–33, på s. 16–18.

67 Eckhoff og Smith (2018) s. 416. Se et ferskere eksempel i HR-2021-953-A, avsnitt 72.

68 Graver (2019) s. 139.

69 Se f.eks. Eckhoff og Smith (2018) s. 408–409 og Jan Fridthjof Bernt, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, på s. 36–37, som begge bygger på uttalelsen i Rt. 2008 s. 560, avsnitt 49 og Rt. 2011 s. 304, avsnitt 56. Jeg poengterte forskjellen mellom forholdsmessighetsprinsippet i alminnelig norsk rett og EMK-retten flere steder i Skullerud (2021). Se bl.a. side 65–67 og 78 flg.

70 I denne retning også Stub (2011) s. 92–94.

forholdsmessighetsprinsippet ikke samsvarer med det norske forholdsmessighetsprinsippet i ett og alt.⁷¹

Erkjennelsen har imidlertid konsekvenser. Det er bare ved *svært graverende* tilfeller at den ulovfestede «myndighetsmisbrukslæren» kommer til anvendelse.⁷² Satt på spissen er jeg derfor enig i «at det er vanskelig [å akseptere] at borgerne skal avfinne seg med ‘urimelige forvaltningsvedtak’ så lenge urimeligheten ikke er kvalifisert».⁷³ Denne problemstillingen har imidlertid først og fremst betydning på rettsområder som ikke reguleres av menneskerettsloven eller EØS-loven.⁷⁴ Når jeg likevel nevner det, skyldes det at norsk rettstradisjon trolig har fått sitt å si for hvordan norske rettsanvendere tilnærmer seg forholdsmessighetsvurderingen. Både for rettstenkingen mer generelt, men særlig for lovgivningspraksis – som er fokuset her. Det er ikke uten grunn at Erik Magnus Boe har valgt å kalle den alminnelig norske tilnærmingen for «et forholdsmessighetsprinsipp med norsk vri».⁷⁵

3.4 Økende interesse og diskusjon

KMDs (nå KDD) tidligere utkast til pbl. § 31-9 har for øvrig blitt diskutert blant jurister, og senest i en artikkel i *Tidsskrift for eiendomsrett* (2021), skrevet av Martin Lie Hauge.⁷⁶ Han uttrykker en bekymring med hensyn til det vide spillerom som det legges opp til. Han får samtidig

71 Hvordan dette skulle stå seg i fremtiden, er vanskelig å si noe sikkert om. Enkelte har tatt til orde for en omformulering/reklassifisering av dagens «myndighetsmisbrukslære», inspirert av det europeiske forholdsmessighetsprinsipp. Det finnes også de som kun forsøker å skaffe klarhet i forholdsmessighetsavveiningen de lege lata. Noen relativt ferske bidragsytere til diskusjonen er bl.a. Ivar Alvik, «Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P1-1» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 134 (2021), nr. 2–3, s. 97–164; Tor-Inge Harbo, «Forholdsmessighet» *Jussens Venner* 56 (2021) nr. 5, s. 315–368; Henrik Jorem, «Vern av berettigede forventninger på det økonomiske området – en replikk til Ivar Alvik» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 134 (2021) nr. 5, s. 635–657. Etter min mening koker mye av bidragene ned til en ren terminologisk diskusjon, og innebærer slik sett ingen materiell endring.

72 Se NOU 2019: 5, hvor det foreslås å lovfeste deler av denne læren.

73 Søvig (2015) s. 350 (Min tilføyelse). Jeg leser Erik Magnus Boe og Olav Haugen Moen i tilsvarende retning, jf. henholdsvis Boe (2018) s. 96–97 og Moen (2019) s. 551.

74 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).

75 Boe (2018) s. 96.

76 Hauge (2021).

frem det uklare innholdet i forholdsmessighetsvilkåret. Innvendingene representerer imidlertid lite nytt, sammenlignet med høringsuttalelsene til KMDs høringsnotat.⁷⁷ Etter en kort gjennomgang bemerker Hauge at «[l]ovforslaget kan ses på som en erkjennelse av at overvannshåndtering er et problem som ikke utelukkende kan sikres og håndheves gjennom enkeltstående byggesaker og ‘trusler’ om privatrettslig erstatningsansvar, men må sikres gjennom helhetlige kontroll- og styringsmekanismer hos forvaltningen».⁷⁸ Med «helhetlige kontroll- og styringsmekanismer» siktes det trolig til en mer aktiv håndhevingsrolle fra forvaltningens side, hvor fortrinnsvis kommunene gis virkemidler til å følge opp utfordrende situasjoner ved bruk av pålegg – særlig i eksisterende bebyggelse.

Spørsmålet er hvorvidt pbl. § 31-9 (nå § 31-14) er veien å gå. Personlig er jeg kritisk til forslaget, og i det videre skal jeg klargjøre hvorfor.

4 Forholdsmessighetsprinsippet etter EMK TP1-1

4.1 Ulike inndelinger av forholdsmessighet

Det europeiske forholdsmessighetsprinsippet blir tradisjonelt omtalt som et tredelt krav om at vedtaket må være:

- Egnethet
- Nødvendig⁷⁹
- Proporsjonalt (i snever forstand)⁸⁰

⁷⁷ Se nærmere i Skullerud (2021) kap. 4.

⁷⁸ Hauge (2021) s. 18.

⁷⁹ Det er ikke uvanlig å la egnethet inngå i nødvendighetskravet, jf. f.eks. Berg (2005) s. 81.

⁸⁰ Gjerne omtalt som forholdsmessighet mellom mål og middel. Terminologien er mangfoldig og skaper etter mitt syn en viss (uheldig) fare for misforståelser (skinnuenighet). Som eksempler kan nevnes «*stricto-/strictu sensu*» (Moen (2019) s. 96 og Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendal Juridisk 2014, på s. 151), forholdsmessighet «i snever forstand» (NOU 2019: 5 s. 157), «rimelig» (Graver (2019) s. 137), «rimelig balansert» (Boe (2018) s. 93), den «egentlige» forholdsmessighetstesten (Eckhoff og Smith (2018) s. 407), eller rett og slett bare «forholdsmessighetsavveiningen» (Henriette N. Tøssebro, *Omgjøring*, Universitetsforlaget 2021, på s. 282 og 292).

Olav Haugen Moen mener å kunne påvise at EMK-retten ikke har et like restriktivt forhold til inndelingen som i EØS-retten.⁸¹ Mens EFTA- og EU-domstolen⁸² anlegger tredelingen som selvstendige vilkår, praktiserer EMD en linje som minner mer om momenter i en helhetsvurdering. For EØS-rettens vedkommende synes dette å samsvare med Niels Fengers oppfatning i Karl Harald Søvig antologi, men med den reservasjon at Fenger påviser flere unntak.⁸³

Tredelingen ovenfor knytter seg til forholdsmessighetsprinsippets enkelte bestanddeler, i et forsøk på å klargjøre hvilke *vurderinger* som faktisk foretas. I EMK-retten er den reelle avveiningen normalt knyttet til proporsjonalitetskravet i snever forstand, ettersom EMD sjelden legger avgjørende vekt på egnethet og nødvendighet alene.⁸⁴ «Det er ved *virknin-gen* av inngrepet at proporsjonalitetsspørsmålet kommer på spissen.»⁸⁵

Det finnes også forsøk på å gruppere forholdsmessighetskravet etter hvilken *situasjon* vi står overfor. Karl Harald Søvig opererer med tre hovedgrupper:

- Situasjoner hvor forholdsmessighet henspiller på en avveining mellom to størrelser som er relative i forhold til hverandre
- Situasjoner hvor forholdsmessighet knytter seg til absolutte yttergrenser (typisk forbud⁸⁶)
- Situasjoner hvor forholdsmessighet fungerer som en balansering mellom to forhold (forstått som likevekt⁸⁷)⁸⁸

81 Moen (2019) s. 445.

82 Særlig når det gjelder de fire friheter og konkurranseretten, jf. Niels Fenger, «Proportionalitetsprinsippet i EU- og EØS-retten», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 49–76, på s. 50–51.

83 Fenger (2015) s. 49–77.

84 Stig H. Solheim, «EMDs avgjørelse i tomtefestesaken: revolusjonerende eller justerende?» *Lov og Rett* 52 (2013) nr. 4, s. 295–310, på s. 82–83 og 87. Egnethet og nødvendighet inngår som momenter i helhetsvurderingen.

85 Solheim (2010) s. 83 (Min kursivering).

86 Feks. dødsstraff.

87 Feks. prinsippet om ytelse mot ytelse.

88 Karl Harald Søvig, «Forholdsmessighetsvurderinger som rettskildeprinsipp?», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 568–588, på s. 568.

Til illustrasjon bruker Søvig en «vippebenk-metafor». Tanken er utvilsomt god, men etter mitt syn blir inndelingen mer forvirrende enn klargjørende. Det kommer av at de to sistnevnte situasjonene (strekpunktene) best beskrives som det de nettopp er – absolutte yttergrenser (forbud) og likevektstilfeller (ytelse mot ytelse). Forholdsmessighet bør forbeholdes situasjoner hvor det er snakk om en variabel avveining (første strekpunkt). I den grad slike forholdsmessighetsavveielser nærmer seg en «absolutt grense», så blir det etter mitt syn mer fruktbart å snakke om *en nedre grense*. Det er en slik nedre grense jeg skal argumentere for i det følgende.⁸⁹

4.2 Forholdsmessighet – et krav om interesseovervekt?

Forholdsmessighet som selvstendig kompetanseskranke har blant enkelte jurister blitt karakterisert som «frirettlig».⁹⁰ Kritikken er forståelig, ettersom forholdsmessighet i sin rene form vanskelig kan erkjennes fullt ut.⁹¹ Det er derfor ikke så rart at noen land har utviklet egne tilnærminger og forståelser av begrepet. For Norges del har dette blitt forstått og praktisert slik at man må legge til grunn det man anser som et rimelig resultat.⁹² I praksis har derfor forholdsmessighetsprinsippet utviklet seg til et krav om interesseovervekt.⁹³ Det betyr at forholdsmessigheten må være *vurdert*.⁹⁴ Men her ligger også svakheten. Så lenge samfunnsbehovet

89 En annen innvending mot Søvigs inndeling (og for dens saks skyld andre som stadig viser til forholdsmessighet i ulike situasjoner) er at forholdsmessighet på denne måten tilskrives et innhold som gjør begrepet utvannet – litt på samme måte som uttrykket «bærekraftig utvikling», som etter mitt syn er i ferd med å miste sin verdi som effektivt styringsmiddel i miljø saker.

90 Se f.eks. Erik Magnus Boe, 2021, *Rettskildelære under debatt*, 2. utg., Universitetsforlaget, på s. 603; Moen (2019) s. 21 («ikke-rettslig»).

91 Moen (2019) s. 97. Rettsanvendere vil i mange tilfeller være nødt til å trekke slutninger, dels på rene antakelser, basert på egne verdier, kunnskap mv.

92 *Antakelser* utgjør et relativt betydelig innslag i norsk rett, særlig ved lovgivning og reguleringsprosesser. Se bl.a. Nordrum (2019).

93 Graver (2019) s. 138. Prinsippet blir riktignok omtalt som en «interesseavveining» i EMK-sammenheng, men vurderingene er ikke nødvendigvis sammenfallende. Se f.eks. Solheim (2010) s. 82.

94 Praktiseringen ligger nært opp til det beviskrav som kan utledes av ekspropriasjonsretten. Se f.eks. Pedersen mfl., *Plan- og bygningsrett: Del 1 Planlegging og ekspropriasjon*, 3. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 474.

er tilstrekkelig stort og velbegrunnet, skal det svært mye til at vedtaket ikke anses forholdsmessig. Sagt på en annen måte: Vedtaket vil være lovmessig så lenge resultatet ikke fremstår som grovt urimelig. Og som norsk rettspraksis vitner om, skal det mye til før terskelen «grov urimelighet» er oppfylt.⁹⁵

Det EMK-rettslige forholdsmessighetskravet må forstås på en annen måte. Etter EMDs praksis stopper ikke nødvendigvis forholdsmessighetsvurderingen ved en ren interesseovervekt. Flere momenter kan spille inn, og det er etter mitt syn holdepunkter for å tale om en nedre grense – særlig ved anvendelsen av pålegg og andre ensidige reguleringer. En slik erkjennelse har trolig fått for liten oppmerksomhet. Om norske domstoler er i ferd med å gjøre en dreining i denne retning gjenstår å se. Det vil alltid være en viss tregheit i et domstolsystem.

Da Grunnloven ble revidert i 2014, og vi fikk en mer omfattende menneskerettighetskatalog, inspirert av de internasjonale menneskerettighetene, ble det nødvendig å trekke opp nye grenser. «Så kort tid etter grunnlovsreformen er det ikke overraskende at Høyesterett fortsatt er på leting etter en god og hensiktsmessig tilnærming til rettighetenes konkrete innhold.»⁹⁶ Og sånn må det være, for EMK «tvinger i stedet fram nye måter å tenke og tilnærme seg rettighetene på, uten at dette skyldes aktivisme eller gal anvendelse av juridisk metode. I stedet skyldes det en bevisst Høyesterett, som evner å lete etter fruktbare tilnærminger til det nye rettslige landskapet de nå befinner seg i».⁹⁷ Etter min mening har dette sitatet stor overføringsverdi til hvordan lovgiver bør ta fatt på overvannsutfordringene. Tilsvarende tilnærming bør etterstrebnes ved overvannshåndteringen. Det er ingen rask løsning på klima- og overvannsutfordringene.

95 Jf. Eckhoff og Smith (2018) s. 408, som poengterer at grov urimelighetsvurderingen spiller en «svært beskjeden rolle» i det praktiske rettsliv.

96 Benedikte Moltumyr Høgberg, «Betydningen av internasjonale rettskilder i norsk statsforfatningsrett», i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal mfl. (red.), Universitetsforlaget 2017, s. 215–227, på s. 227.

97 Moltumyr Høgberg (2017) s. 227.

4.3 Forholdsmessighet – illustrert ved konvensjonspraksis

Jeg skal illustrere forholdsmessighetsprinsippet med hovedvekt på Lindheim-saken.⁹⁸ Dommen omhandler riktignok tomtefeste, men er likevel svært sentral. Det er tre årsaker til det. For det første er det den første og eneste avgjørelsen mot Norge som omhandler eiendomsvernet i EMK TP1-1. For det andre ble Norge dømt for brudd på konvensjonen, til tross for at inngrepet ble behandlet etter kontrollregelen.⁹⁹ For det tredje hadde forholdet til konvensjonen vært gjenstand for vurdering av både lovgiver og norsk Høyesterett.

Saken var et resultat av to forutgående avgjørelser angående tidligere tomtefestelov¹⁰⁰ § 33. Lovgiver hadde åpnet for at festetiden på utløpte festecontrakter kunne forlenges på ubestemt tid og på samme vilkår som før.¹⁰¹ Dommen er etter hvert ganske kjent og mye omtalt.¹⁰² Fokuset har ofte vært rettet mot den lave grunnleien som gjaldt fra da festecontraktene ble inngått. Dette er forståelig, ettersom partenes anførsler nettopp 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 da de tok stilling til hvorvidt EMK TP1-1 var krenket.¹⁰³ Høyesteretts feiltolkning ble eksplisitt påpekt av EMD.¹⁰⁴

Det er riktignok slik at den lave renten var en medvirkende faktor for EMDs konklusjon, men det tar etter mitt syn fokuset vekk fra det som er

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

99 EMD har utledet tre regler av EMK TP1-1 (prinsippregelen, avståelsesregelen/ekspropriasjonsregelen og kontrollregelen), jf. f.eks. Sporrøng & Lönnroth mot Sverige, klagenr. 71/51, dom 23. september 1982, avsnitt 61. Det er en tendens til å tillegge denne regelinnndelingen større betydning enn det kanskje er grunnlag for. Dette ble bl.a. påpekt av Stig H. Solheim i hans avhandling om eiendomsvernet i EMK (2010, s. 74–75). Denne oppfatning er fortsatt aktuell, jf. f.eks. Kjølbrot (2020) s. 1338.

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

101 Rt. 2007 s. 1281 (Ullern Terrasse) og Rt. 2007 s. 1306 (Rollag).

102 Se bl.a. Solheim (2013) med videre henvisning s. 296, note 4 og Knut Storberget, «17. mai og alle de andre dagene», i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal mfl. (red.), Universitetsforlaget 2017, s. 91–111, på s. 99–103. Dommen har fått mye kritikk.

103 Rt. 2007 s. 1281, avsnitt 125.

104 Lindheim mfl. mot Norge, avsnitt 135.

essensen i konvensjonens forholdsmessighetsprinsipp – både i den aktuelle saken og for EMK generelt. Poenget er 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 profit.¹⁰⁵ Problemet i saken var at lovgiver hadde lagt opp til en fordeling som utelukkende tilgodeså festerne, på bekostning av bortfester, og uten at bortfester kunne klandres for situasjonen som hadde oppstått – vel å merke på grunnlag av flere ulike moment. EMD uttalte blant annet i avsnitt 128:

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. (Min kursivering)

Det var etter EMDs vurdering ikke foretatt noen reell avveining som på en tydelig og legitim måte viste at det var sikret en rimelig balanse. Akkurat det kan diskuteres.¹⁰⁶ Uttalelsen er langt på vei sammenfallende med norsk retts tilnærming til forholdsmessighetsstandarden, jf. punkt 4.2 ovenfor. Det stopper imidlertid ikke her.

Den videre vurderingen var sammensatt, og etter mitt syn viser konklusjonen tydelig at prinsippet etter EMK er noe mer enn kun et krav om å *vurdere* forholdsmessigheten. Momenter som spilte inn var at grunneier var fratatt enhver mulighet til å gjøre tilpasninger i kontrakten, at 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, jf. avsnitt 131–133 i dommen.¹⁰⁷ Konklusjonen i Lindheim-saken

105 Solheim (2010) s. 126.

106 På dette punkt mener Stig H. Solheim at EMD går for langt, ettersom det vanskelig kan argumenteres for at lovgiver og politikere ikke var klar over byrdefordelingen, med videre henvisning til forarbeidene. Se Solheim (2013) s. 302. Fordelingen var en villet politikk.

107 Sistnevnte moment omtales gjerne som partens «berettigede forventning». Se f.eks. Jorem (2021); Solheim (2010) s. 142–144 og 218 flg. Det er etter mitt syn en tendens til at slike forventninger tilskrives en større *selvstendig* betydning enn det faktisk er grunnlag for. Med det mener jeg at forventningen i for stor grad blir tillagt *avgjørende* betydning. Selvsagt kan slike forventninger få til dels betydelig vekt, men den inngår prinsipielt som ett av flere moment i

ble derfor at «[i]n these circumstances, it does not appear that there was a fair distribution of the social and financial burden involved but, rather, that the burden was placed *solely* on the applicant lessors».¹⁰⁸

Foruten den ensidige innretningen på tomtefesteloven § 33, er det verdt å merke seg at helhetsbedømmelsen også gjaldt det *sosiale* aspektet ved byrdefordelingen («social and financial burden»). Forholdsmessighetsbedømmelsen begrenset seg derfor ikke til en ren økonomisk størrelse.

Det henvises samtidig til storkammeravgjørelsen i Hutten-Czapska mot Polen.¹⁰⁹ I sistnevnte dom hadde polske myndigheter pålagt klageren å leie ut bolig til vanskeligstilte, på betingelser som i sum ikke bestod EMDs forholdsmessighetstest. Dette omfattet blant annet en ensidig og tilfeldig byrdefordeling, der klager i praksis ble satt sosialt og økonomisk ansvarlig for noe som lå utenfor klagerens kontroll – ikke ulikt den situasjon vi gjenfinner i Lindheim-saken. En svært sentral uttalelse i begrunnelsen var at «[t]his burden cannot, as in the present case, be placed on one particular social group, *however important the interests of the other group or the community as a whole*».¹¹⁰

Her ble det altså eksplisitt presisert at det ikke var nok med interesseovervekt. Dommen viser samtidig til den eldre storkammersaken Mellacher mfl. mot Østerrike,¹¹¹ som representerte en lignende problemstilling. Sistnevnte bestod imidlertid forholdsmessighetstesten. Det var hovedsakelig begrunnet med at det nasjonale lovverket i den konkrete sak muliggjorde avbøtende tiltak for klager. Det skal imidlertid nevnes at Mellacher mfl. ble avsagt under dissens (12–5), og dommen har etter hvert blitt nokså gammel. Grensedragningen er derfor fremdeles usikker. Til det kommer også at EMD i Lindheim-saken eksplisitt presiserte at det har skjedd en konvensjonsutvikling i retning av et strengere vern av eiendomsretten.¹¹²

en helhetsvurdering. Jeg leser Erik Magnus Boe i samme retning, jf. Boe (2021) s. 675–677. Boe omtaler for øvrig momentet som et «forventningsprinsipp».

108 Lindheim mfl. mot Norge, avsnitt 134 (Min kursivering).

109 Hutten-Czapska mot Polen, klagenr. 35014/97, dom 19. juni 2006.

110 Hutten-Czapska mot Polen, avsnitt 225 (Min kursivering)

111 Mellacher mfl. mot Østerrike, klagenr. 10522/83, 11011/84 og 11070/84, dom 19. desember 1989. Dommen blir også referert til i Lindheim-saken.

112 Lindheim mfl. mot Norge, avsnitt 135 (siste punktum).

4.4 Forholdsmessighet - en nedre grense

Det er viktig å presisere at de nevnte dommene i punkt 4.3 omhandlet frivillig inngåtte avtaler, eller vedtak hvor slike avtaler ikke hadde eksistert før pålegget var gitt. Med andre ord: Ingen av partene kunne klandres for situasjonen som hadde oppstått. Det var den generelle samfunnsutviklingen som utløste behovene. Sakene har derfor til felles at klagerne ble pålagt et tyngende ansvar – både sosialt og økonomisk – uten at situasjonene kunne spores tilbake til et ansvarsbetingende handlingsmønster eller valg.

Etter mitt syn er det, slik gjennomgangen viser, grunnlag for å si at EMK TP1-1 inneholder en forholdsmessighetsterskel som går *noe* dypere enn kun å vurdere og begrunne en interesseovervekt, basert på en konkret helhetsvurdering. Forutsatt at inngrepet kan kategoriseres som vesentlig,¹¹³ viser rettspraksis etter mitt syn at det vil være vanskelig å akseptere ensidige reguleringer eller pålegg som utelukkende tilgodeser den ene part (eller partene), når situasjonen som har oppstått er et resultat av forhold som ligger utenfor partenes kontroll. For eksempel en generell samfunnsutvikling. Ser man dissensen i Mellacher mfl. mot Østerrike i sammenheng med rettsutviklingen av et strengere vern i Lindheim-saken, vil det trolig kunne trekkes en nedre grense selv der inngrepet *ikke* er utelukkende ensidig. For eksempel i tilfeller hvor byrdefordelingen ligger i området (part/kommune) 90/10 og 80/20.¹¹⁴

Den våkne leser har kanskje merket seg hovedforskjellen fra alminnelig norsk rett allerede. Der norsk rett praktiserer en terskel om kvalifisert urimelighet, kan EMD slå ned på tilfeller allerede når de er urimelige. Det er grunn til å tro at det er denne terskelforskjellen som gjorde det mulig for Høyesterett og Stortinget å falle ned på et annet resultat enn EMD. Og det er trolig en slik senkning av terskelen som etterspørres fra ulike hold, når det argumenteres for en innføring av et generelt

113 Så kan det selvsagt diskuteres hvor terskelen går for at noe kan anses som «vesentlig». Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på denne problemstillingen her.

114 Jeg erkjenner samtidig at det vil være vanskelig å trekke sikre slutninger i slike grensetilfeller. Det vil nødvendigvis være mange ulike moment som kan spille inn.

forholdsmessighetsprinsipp i norsk rett – inspirert av det europeiske forholdsmessighetsprinsipp.¹¹⁵

Samtidig er det viktig å presisere at norske myndigheter fortsatt har et vesentlig spillerom ved vurderingen av byrdefordelingen, innenfor de rammer som her er trukket opp. Konkretisert på tidligere pbl. § 31-9, sier ikke EMKs forholdsmessighetsterskel mer enn at pålegget må balanseres der det planlegges vesentlige inngrep. Særlig i situasjoner hvor årsaks-mønsteret er mer diffust. Samtidig må det sikres en sosialt rettferdig byrdefordeling, helst med den forutsetning at vedkommende har foretatt et valg eller handling som det er naturlig å belegge med ansvar.

Tidligere pbl. § 31-9 (og nåværende § 31-14) skaper imidlertid betenkeligheter som strekker seg lenger enn rene forholdsmessighetsbetraktninger. Den videre drøftelsen vil derfor gå nærmere inn på selve gjenstanden for reguleringen – overvann – i et forsøk på å trekke opp en fruktbar tilnærming til utfordringene vi står overfor.

5 Er pbl. § 31-9 et miljørettslig feilspor?

5.1 Forurenser-betaler-prinsippet

Som nevnt i punkt 1.2 ble pbl. § 31-9 utformet på bakgrunn av «forurenser-betaler-prinsippet». Dette er et vel anerkjent prinsipp i internasjonal rett, og som vi gjenfinner i norsk miljørett, jf. bl.a. forurl. § 2 nr. 5. Verken Overvannsutvalget eller KMD (nå KDD) går nærmere inn på hvorfor prinsippet tenkes anvendt på overvannstilfellene. Samtidig hadde KMD videreutviklet forslaget uten synderlige overveielser av hva som lå til grunn for Overvannsutvalgets forslag, og med til dels betydelige endringer.¹¹⁶ Bakgrunnen for en slik ukritisk «prinsipp-overføring» kan dels skyldes den hyppige og innarbeidede bruk av prinsippet på mange ulike områder, dels kan det være utviklingen i Høyesteretts praksis. La meg utdype dette nærmere.

¹¹⁵ Det vil si rettsområder *utenfor* nedslagsfeltet til internasjonal rett/folkerett. Det er imidlertid ingen tegn til at et slikt ønske innfris med det første, jf. f.eks. NOU 2019: 5 s. 157. En slik utvikling må i tilfelle staves ut av Høyesterett.

¹¹⁶ Jf. note 16 og 17.

Jeg starter med Rt. 2010 s. 306 (Hempel I). Dommen omhandlet hvorvidt et morselskap (Hempel AS) kunne pålegges å utføre undersøkelser i henhold til forurl. § 51. Undersøkelsen gikk ut på å kartlegge forurensningsomfang på en eiendom som var overtatt, fusjonert og drevet av et datterselskap. Forurensningen skrev seg fra tiden før datterselskapet overtok, og selskapet hadde senere fraskrevet seg ansvaret i kontrakt i forbindelse med et salg av eiendommen. Det sentrale tolkningsspørsmålet var hvem som «har, gjør eller setter i verk» noe som kan medføre forurensning.¹¹⁷

Mer overordnet og prinsipielt dreide saken seg om hvem som kan stå ansvarlig for forurensningen etter forurensningsloven.¹¹⁸ Etter en lang drøftelse av et komplekst faktum, med innslag av selskapsrettslige resonnementer, konkluderte Høyesterett med at loven ga hjemmel for et slikt pålegg.

Hvem som kan anses ansvarlig for et forurensningstilfelle ble på nytt et tema i Rt. 2012 s. 944 (Elverum Treimpregnering AS).¹¹⁹ Denne gangen i forlengelsen av et refusjonskrav, jf. forurl. §§ 7 og 76.¹²⁰ Refusjonskravet var et resultat av et slutført opprenskningstiltak på privat forurenset grunn, gjennomført av forurensningsmyndigheten selv. Forurensningen skrev seg fra en tidligere fester av den privateide eiendommen (Elverum Treimpregnering AS). Grunneieren (Grindalen) hadde ingen tilknytning til den tidligere festeren, ut over å være formell avtalepart i festeforholdet. Etter en rekke selskapsfusjoner og avviklinger, ble det nærmest en umulig oppgave for forurensningsmyndighetene å finne frem til den egentlig ansvarlige. Myndighetene besluttet derfor å gjennomføre opprenskningen for egen regning, i medhold av forurl. § 74. Senere kom spørsmålet opp om nåværende grunneier kunne være med å dekke deler

117 I denne saken var det ordet «har» som stod sentralt.

118 Dommen har vært gjenstand for kritikk. Det gjelder spesielt forurensningslovens vage utforming, sett opp mot det grunnleggende krav om forutberegnelighet i norsk rett. Se f.eks. Thor Falkanger, «Ansvarssubjektet etter forurensningsloven § 51 – noen refleksjoner på bakgrunn av Rt. 2010 s. 306 (Hempel)», i *Festskrift til Hans Chr. Bugge på 70-årsdagen 2. mars 2012*; Inge Lorange Backer mfl. (red.), Universitetsforlaget 2012, s. 162–169.

119 Også omtalt som Grindalen.

120 Dommen kan ses som en videreutvikling og oppfølging av Rt. 2010 s. 306 (Hempel I).

av kostnadene. Det var nåværende grunneier som tross alt fikk fordelene av at opprenskningen ble gjennomført.¹²¹

I forlengelsen av kostnadsspørsmålet ble det nødvendig å ta stilling til formuleringen «den ansvarlige» i forurl. § 76 første ledd. Bestemmelsen må ses i sammenheng med tiltaksplikten i forurl. § 7 første ledd, som sier at ingen må «ha, gjøre eller sette i verk» noe som kan medføre forurensning.¹²² Dommer Indreberg fant at forurensningsloven ikke var til hinder for en slik refusjon, ettersom «[g]runneier er ansvarssubjektet, eventuelt ved siden av andre, og det er bare i helt spesielle tilfeller dette kan tenkes ikke å gjelde» (opprinnelig kursivering). Hun presiserte deretter at myndighetene «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».¹²³ Det er i denne sammenheng viktig å presisere at dommen ikke kan tas til inntekt for at grunneier *alltid* (rent faktisk) vil være pliktsubjektet, jf. uttrykket «velge».¹²⁴

Det er nærliggende å tro at det er denne rettstilstand – at man kan velge å gå på grunneier – som reelt sett ligger til grunn for Overvannsutvalgets utredning, og som ble fulgt opp av KMDs (nå KDD) utkast til pbl. § 31-9. Jeg er ikke overbevist om at dette lar seg forene med verken det norske rettssystemet i sin helhet eller EMK-retten i særdeleshet.

121 Refusjonskravet beløp seg til 2,3 millioner, og den totale opprenskningen kom på ca. 15 millioner.

122 Tilsvarende ordlyd var oppe i Hempel I-dommen, jf. forrige avsnitt.

123 Rt. 2012 s. 944, avsnitt 81–82 (Min kursivering). Sml. også Inge Lorange Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utg., Gyldendal Juridisk 2012, på s. 130, som trekker opp et fiktivt eksempel som kan tenkes å utgjøre et unntak fra dommens generelle hovedregel. Se også Bugge (2019) s. 320. Det virker som at Backer har inntatt et mer åpent standpunkt i nyeste utgave av Knophs oversikt, men sikker kan man aldri være, jf. Inge Lorange Backer, «Areal- og miljørett», i *Knophs oversikt over Norges rett*, Harald Irgens-Jensen (red.), 15. utg., Universitetsforlaget 2019, s. 549–596, på s. 578. Det prinsipielle standpunktet ble fulgt opp i LG-2013-210482 (Hempel II), som for øvrig ble nektet fremmet for Høyesterett, jf. HR-2015-470-U.

124 Tilsvarende syn legges til grunn i Hempel II, jf. 2 94.

5.2 Skille mellom overvann i vid og snever forstand

Når det i fremtiden skal vurderes ytterligere regulering av overvann – selv i et skredulykkeperspektiv som i Ask (Gjerdrum) – blir det viktig å sondre mellom ulike typetilfeller. Etter mitt syn må vi skille mellom overvann i *vid* og *snever* forstand.¹²⁵ La meg nyansere dette nærmere.

Det underliggende formål med *miljøretten* er å bevare verdifull natur, naturressurser og artsmangfold.¹²⁶ For å nå disse målene er det ofte nødvendig å avstå fra å gjennomføre tiltak eller å opphøre igangværende bruk som forårsaker skade eller ulempe for naturmiljøet. Tilsvarende tilnærming er ikke nødvendigvis treffende for overvannstilfellene, heretter omtalt som *overvannsrett*.¹²⁷ Overvannsretten kan til en viss grad ses som et delelement i miljøretten.¹²⁸ Det er imidlertid viktige nyanseforskjeller når overvannsrett skal sorteres under miljørett, avhengig av hvilken del av overvannsretten vi befinner oss. Det er derfor viktig å skille mellom overvann i snever og vid forstand.

Overvann i *snever forstand* kan i enkelte sammenhenger ses i et miljørettsperspektiv, ettersom det kan ha en direkte påvirkning på miljøet. Et typisk eksempel vil være avløpssystemene.¹²⁹ Overvann bidrar i denne

125 Det finnes ingen omforent terminologi på dette punkt, men sontringen er ikke ukjent. Den forekommer bare mer skjult eller i andre former. Som eksempler kan det vises til NVEs nye overvannsveileder (nr. 4/2022) s. 7 pkt. 1.3, hvor det foretas en avgrensning mot det jeg kaller overvann i snever forstand. Det vil si at NVEs veileder tar for seg overvann i vid forstand (hvis vi holder oss til min terminologi). Tilsvarende kan sies om NVEs kartbaserte veileder for reguleringsplan. Her avgrenses veilederen ved at «NVE skal befatte seg med *kvantitet* [vid forstand] og ikke *kvalitet* [snever forstand] av overvann» (Min kursivering og tilføyelser i hakeparentes). Et annet eksempel finnes i NOU 2022: 3 s. 136, hvor det uttales at overvann bør vurderes i både et «*hydrologisk* [vid forstand] og «*VA-teknisk* [snever forstand]» perspektiv (Min kursivering og tilføyelser i hakeparentes). Vi bør derfor fremover, som bransje og fagfellesskap, vurdere om vi er tjent med en omforent og lettforståelig terminologi, slik at det blir lettere å forstå hva slags overvann vi snakker om i komplekse sammenhenger. Det vises samtidig til Eivind Junker, «Klimatilpasning: Begrepet, oppgaven og rettslig regulering», i *Klimarett: Internasjonal, europeisk og norsk klimarett mot 2030*, Hans Chr. Bugge (red.), Universitetsforlaget 2021, s. 433–460, på s. 437 pkt. 18.2.1, hvor det foretas distinksjoner som ligger nært opp til mitt budskap.

126 Bugge (2019) s. 15.

127 Overvannsrett er ingen etablert terminologi, men brukes her for å tydeliggjøre forskjellen fra miljørett.

128 Se i denne sammenheng Skullerud (2021) pkt. 2.1, s. 14 flg.

129 Dvs. *deler* av avløpssystemet, i den utstrekning spillvann og overvann fortsatt er knyttet sammen i fellessystemer. I tillegg kan nevnes forurenset vann fra tunneller, avrenning fra industriområder og avrenning fra enkelte større parkeringsplasser o.l. Disse er av en slik art at de best behandles for seg.

sammenheng til å redusere kapasiteten på de ulike renseanleggene, før avløpsvannet slippes ut til resipient, eller ved at spillvannet går i overløp før det kommer frem til renseanlegget.¹³⁰ I tillegg kan enkelte særtilfeller nevnes. For eksempel forurensset vann fra tunneller, avrenning fra industriområder og avrenning fra enkelte større parkeringsanlegg. På lengre sikt kan slike «utslipp» utgjøre en trussel mot det som omtales som «støttende tjenester» eller «grunnleggende livsprosesser».¹³¹ Forurensningen blir i dette tilfellet en *utilsiktet* del av vannets kretsløp.

Slik jeg bruker inndelingen, medregnes også andre former for menneskelig inngripen. Det vil si at også tilfeller som ikke knytter seg spesifikt til forurensning vil kunne inngå i den snevre betydningen. Jeg tenker særlig på menneskelige tiltak og aktiviteter. Det kan være alt fra små stikkrenner til større terrengendringer og arrangement. Poenget er at overvannsutfordringen må skyldes en direkte menneskelig påvirkning. Indirekte påvirkning, slik som klimaendringer som følge av klimagassutslipp, medregnes ikke.

Overvann *i vid forstand* må derimot ses uavhengig av menneskelig aktivitet og forurensende kilder. Det omfatter alt naturlig regnvann og smeltevann som renner av på overflaten. Denne formen for overvann knytter seg i beste fall indirekte til miljøretten, ved at byer og tettsteder av og til reduserer naturens *selvregulerende* funksjon, og som følgelig reduserer naturens *selvrensende* funksjon.¹³² Men vel og merke der vannkvaliteten blir påvirket negativt. I det store bildet utgjør dette en beskjeden rolle, og overvannet er først og fremst til skade for byggverk og infrastruktur, samt å forhindre skadelig – og potensielt livsfarlig – erosjon.

Det er en slik virkelighet pbl. § 31-9 var ment å virke i, og som ny § 31-14 fortsatt er tiltenkt. Det viser samtidig det tette samspillet mellom overvannsrett og miljørett. Ikke desto mindre er denne delen av overvannsretten (overvann i vid forstand) vanskelig å forene med virkemiddelet som foreslås. Individuelt pålegg er et indirekte tvangsmiddel som tradisjonelt

130 I tillegg kommer andre former som forringer vannkvaliteten på overvannet før det når resipienten.

131 Bugge (2019) s. 27. Dvs. menneskelig forurensning som tilføres resipientene over tid, og dermed forringer vannkvaliteten som alle livsprosesser er avhengig av.

132 Bugge (2019) s. 27. Dvs. naturens evne til å fordøye og infiltrere ved hjelp av vegetasjon mv.

knytter seg til ulovligheter, uheldig praksis eller valg. Overvann i vid forstand er derimot et problem som skriver seg fra en kombinasjon av klimaendringer og generell samfunnsutvikling. Slike omstendigheter er utenfor den enkeltes kontroll. En mer fruktbar tilnærming til problemet kan hentes fra EMDs egen praksis.

5.3 Praksis fra EMD – til illustrasjon og inspirasjon

Eksempelene som skal gjennomgås knytter seg i utgangspunktet til statens *positive forpliktelse*. Etter sikker praksis omfatter konvensjonsvernet mer enn kun en plikt til å avstå fra uforholdsmessig inngrep i konvensjonens rettigheter. For å sikre et effektivt vern kan det av og til være nødvendig å gjennomføre faktiske tiltak for å sikre at rettigheten respekteres. Rett og slett for å forhindre at vernet blir illusorisk.¹³³ Passivitet kan således bedømmes som et «inngrep».¹³⁴ Dommen trekker samtidig opp noen grunnleggende prinsipper som senere er fulgt opp og tilpasset sakene jeg skal gjennomgå.

Sakene det er snakk om er Budayeva mfl. mot Russland,¹³⁵ Kolyadenko mfl. mot Russland¹³⁶ og Hadzhiyska mot Bulgaria.¹³⁷ Alle avgjørelsene omhandler større regnhendelser, de er avsagt i kammer (bestående av syv dommere) og de er avgjort enstemmig.¹³⁸ Dette tilsier et nokså sterkt prejudikat for hvordan EMD tilnærmer seg slike spørsmål. I det videre avgrensnes gjennomgangen til spørsmål tilknyttet EMK TP1-1.¹³⁹

133 Det forutsettes riktignok at myndighetene må kjenne til, eller burde kjenne til problemet. «En berettiget forventning om handling forutsetter en foranledning til å handle», jf. Aall (2018) s. 61.

134 Jf. f.eks. Önerydiz mot Tyrkia, klagenr. 48939/99, dom 30. november 2004, avsnitt 71 og 134, i sammenheng med henholdsvis artikkel 2 og TP1-1.

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

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

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

138 Hadzhiyska mot Bulgaria er vel og merke en avvisningsavgjørelse, men praksis viser at også slike avgjørelser etter omstendighetene kan ha rettskildevekt, jf. f.eks. Önerydiz mot Tyrkia, avsnitt 134. Se også Solheim (2010) s. 28–31.

139 I to av sakene (Budayeva og Kolyadenko) var retten til liv et sentralt tema, jf. EMK art. 2. Denne siden av avgjørelsene er svært sentral ifm. naturfarer, men av hensyn til artikkelens avgrensning lar jeg dette ligge her.

Den sentrale dommen er Budayeva mfl. mot Russland. Saken omhandlet ett stort og flere mindre flomskred i fjellandsbyen Tyrnauz, som følge av en våt sommermåned. Hendelsen krevde både eiendeler, hus og menneskeliv.¹⁴⁰ Klagerne i saken anførte blant annet at den russiske stat hadde forsømt sin plikt til å iverksette forebyggende tiltak og varslinger i forkant av hendelsen, for å beskytte deres liv og eiendommer. Myndighetene var godt kjent med risikoen og forholdene på stedet, men ifølge klagerne tilsa myndighetenes passivitet at det blant annet var begått brudd på EMK TP1-1.

Klagerne fikk ikke medhold på dette punkt. Ifølge EMD måtte det i slike hendelser sondres mellom ulike typetilfeller. Med henvisning til Öneriyildiz mot Tyrkia – som omhandlet en metaneksplosjon i tilknytning til en søppelfylling – ble det trukket opp et prinsipielt skille mellom risikofylte aktiviteter som skyldes menneskeskapt aktivitet, og uønskede hendelser som skyldes forhold utenfor menneskelig kontroll. Det ble blant annet uttalt følgende:

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.¹⁴¹

Det ble samtidig poengtert at eiendomsretten naturligvis står svakere enn mer fundamentale menneskerettigheter, særlig i tilfeller forårsaket av et naturfenomen. Mens retten til liv tilsier at myndighetene må gjøre «everything within the authorities' power», vil eiendomsvernet måtte begrenses til «what is reasonable» i den konkrete sak.¹⁴² Et sentralt moment synes å være hvorvidt det kan konstateres en tilstrekkelig sammenheng mellom tiltakene som klageren påberoper og hvilken virkning det ville fått på resultatet i den foreliggende sak. Riktignok med den forutsetning at de ville blitt gjennomført («a direct link»/«a causal link»).

¹⁴⁰ Saken er særlig relevant for kvikkleireraset i Ask (Gjerdrum), men trekker samtidig opp viktige prinsipper for hvordan man bør tilnærme seg fremtidige regnvannsutfordringer mer generelt.

¹⁴¹ Budayeva mfl. mot Russland, avsnitt 174.

¹⁴² Budayeva mfl. mot Russland, avsnitt 175.

I denne vurdering må det samtidig tas hensyn til at myndighetene ikke kan pålegges «an impossible or disproportionate burden», særlig knyttet til materielle krav. For eksempel konkrete fysiske tiltak. Ikke minst må dette gjelde i sammenhenger knyttet til «a meteorological event».¹⁴³ Sistnevnte blir riktignok sagt i sammenheng med konvensjonens artikkel 2 (om retten til liv), men må forstås som en generell uttalelse.¹⁴⁴

I den neste saken som skal omtales, Kolyadenko mfl. mot Russland, ble det derimot konstatert brudd på TP1-1. Saken knyttet seg til et større offentlig drikkevannsreservoar, utformet som en demning oppstrøms bebyggelsen. Damanlegget var utstyrt med egne luker for å regulere vannstanden, med tilhørende kanaler til å lede vannet trygt gjennom bebyggelsen nedstrøms anlegget. Damanlegget ble etablert i 1936, og kanalene nedstrøms bar preg av dårlig oppfølging og vedlikehold (gjen-groing, ymse avfall, ulike konstruksjoner mv.).

Den 7. august 2001 ble regionen rammet av et forhåndsvarslet regnvær. Myndighetene var kort sagt dårlig forberedt på hendelsen. Vannmengdene ble så store at driftsoperatørene ble nødt å åpne alle lukene på full kapasitet. Dette var ikke kanalene rustet for, og resultatet ble en omfattende flom nedstrøms anlegget, hvor klagerne bodde. EMD bygger i denne saken videre på blant annet Önergyldiz mot Tyrkia og Budayeva mfl. mot Russland. Men ulikt Önergyldiz-saken, skyldtes flommen et værphenomen, likt som i Budayeva-saken. EMD gjentar i denne sammenheng uttalelsen som ble gitt i Budayeva vedrørende utgangspunktet for vurderingen:

The scope of the positive obligations imputable to the state in the particular circumstances would depend on *the origin of the threat* and the extent to which one or the other risk *is susceptible to mitigation*.¹⁴⁵ (Min kursivering)

Uttalelsen har nær sammenheng med årsakskravet («a direct link»/«a causal link»), slik det er beskrevet i Budayeva mfl. mot Russland. I begrunnelsen ble det lagt betydelig vekt på at demningen var et resultat av menneskelig innsats, og at driften av et slikt anlegg utvilsomt

143 Budayeva mfl. mot Russland, avsnitt 135.

144 Et eksempel på det ser vi i avvisningsavgjørelsen Hadzhiyska mot Bulgaria, avsnitt 16.

145 Kolyadenko mfl. mot Russland, avsnitt 161.

representerte en betydelig risiko, jf. «dangerous activities».¹⁴⁶ Sagt på en annen måte: Hvis anlegget hadde vært forsvarlig forvaltet, så ville en tilsvarende flomhendelse trolig vært unngått. Det vil si at risikoen ikke nødvendigvis ville vært eliminert, men i det minste vesentlig redusert.

Det var følgelig en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom hva som burde vært gjort og hvilken effekt det trolig ville fått på det endelige resultatet, samt at demningen måtte anses som «dangerous activities». På denne bakgrunn var det altså ikke nok å vise til det ekstreme regnværet i seg selv, og forpliktelsen ble dermed formulert som at myndighetene burde gjort «everything in their power» for å beskytte eiendommene mot slike flomhendelser.¹⁴⁷

Den siste saken, Hadzhiyska mot Bulgaria, er en avvisningsavgjørelse. I denne saken hadde klageren mislyktes i å frembringe tilstrekkelig belegg for sine påstander, og saken ble derfor avvist som åpenbart grunnløs, jf. artikkel 35 nr. 3 bokstav a og nr. 4. Kammeret fant det likevel hensiktsmessig å trekke opp noen prinsipielle linjer vedrørende de påstander som var fremlagt. Saken omhandlet en større flom, forårsaket av et kraftig regnvær. Regnmengdene resulterte i at elven Topolnitsa ekspanderte utover sine bredder og trakk seg innover bebyggelsen (der klageren bodde). Flommen gjorde skade på flere ulike eiendeler, inkludert klagers kjeller.

Ifølge klageren burde myndighetene gjort tiltak for å hindre at elven dro med seg trær og gjenstander under regnskylllet. Opphopningen hadde, ifølge klageren, i sin tur medført at elven fikk redusert kapasitet og dermed forårsaket flommen. Kammeret var ikke enig i det. I sin begrunnelse gjentok EMD sine egne prinsipielle uttalelser fra Budayeva-saken, hvor det blant annet ble presisert at myndighetene hadde «a wider margin of appreciation» når det gjaldt beskyttelsen av eiendom, sammenlignet

¹⁴⁶ Kolyadenko mfl. mot Russland, avsnitt 164 og 212.

¹⁴⁷ Kolyadenko mfl. mot Russland, avsnitt 216. I denne konkrete saken gikk heldigvis ingen menneskeliv tapt, men EMD var klar på at det var tilstrekkelig at det fantes en viss risiko for at liv kunne gått tapt.

med andre mer «absolutte» rettigheter i konvensjonen.¹⁴⁸ Men vel å merke en videre skjønnsmargin, ikke nødvendigvis fri.¹⁴⁹

Det blir videre presisert at saken skilte seg fra Kolyadenko og Önerydiz, siden disse sakene knyttet seg til menneskelig kontrollerbare konstruksjoner eller aktiviteter. Samtidig introduserer EMD et nytt moment i vurderingen, ettersom saken i hovedsak knyttet seg til et brudd på TP1-1:

From the documents made available to the Court it appears that *the scale* of the calamity was not such as to cause a *serious* damage to the applicant's house or threaten her life.¹⁵⁰ (Min kursivering)

Uttalelsen trekker tilsynelatende opp to selvstendige vilkår. For det første må det være snakk om en hendelse (regnvær/flom) av et visst omfang. For det andre må det ha medført en vesentlig skade. Samtidig er det ikke nødvendigvis et krav om at omfanget og skadene må være så alvorlig at det utsetter parten for livstruende situasjoner, jf. ordet «or». Vilkårene må ses i sammenheng med den vide skjønnsmarginen som statene er tilkjent. Det presiseres samtidig at EMD tross alt skal sikre en «genuine, effective exercise» av eiendomsretten, nedfelt i TP1-1.¹⁵¹ I tillegg avslutter EMD med å gjengi årsakskravet og at forpliktelsene ikke må utgjøre en uforholdsmessig tyngende byrde for konvensjonsstatene, jf. gjennomgangen ovenfor.

Oppsummert viser konvensjonspraksis at det ikke bare må sondres mellom de ulike rettighetene som er involvert. Det må også sondres mellom hvilken innflytelse mennesker har på situasjoner som kan oppstå i forbindelse med større regnhendelser. Det gjelder særlig ved risikofylte konstruksjoner eller aktiviteter. Utfordringen blir imidlertid, som alltid, å trekke opp grensene for ulike gråsoner. For eksempel overvann, all den tid helhetsvurderingen i EMD er utpreget konkret.¹⁵²

148 Hadzhiyska mot Bulgaria, avsnitt 15 (Min kursivering).

149 Det kan ikke utelukkes at statens fravær fra å handle, under gitte omstendigheter vil kunne medføre brudd på konvensjonsforpliktelsene etter TP1-1, til tross for at det kun gjelder rene eiendomsverdier. Men uttalelsen må nok leses dithen at det skal mye til å konstatere brudd på et slikt grunnlag. Omfanget av skadene må trolig være betydelig.

150 Hadzhiyska mot Bulgaria, avsnitt 16.

151 Budayeva mfl. mot Russland, avsnitt 172.

152 Solheim (2010) s. 114.

5.4 Tilbake til pbl. § 31-9: Er det grunnlag for å konstatere årsakssammenheng?

På bakgrunn av det som nå er gjennomgått blir det etter mitt syn mer fruktbart å se overvannsutfordringer i *vid* forstand som et gjennomgående mindre kontrollerbart fenomen, til forskjell fra overvannsutfordringer i *snever* forstand. En naturlig innvending til dette vil kunne være at overvann ofte knytter seg til en hybrid mellom menneskelig aktivitet og et rent naturfenomen. Det er menneskelig aktivitet som har gjort oss sårbare for klimaendringer. Utviklingen har imidlertid skjedd gradvis, under helt andre forutsetninger. Intet enkeltmenneske kan lastes for måten samfunnet er innrettet på som sådan, jf. rettspraksis som ble gjennomgått i punkt 4.3. Forutsetningen må i tilfelle være at den enkelte har en viss innflytelse på utfallet, og at det skyldes klanderverdige forhold, slik Kolyadenko-saken illustrerer. Jo større vannmengder det er snakk om, jo mindre kontrollerbart blir det.¹⁵³

Det kan nok tenkes situasjoner hvor grunneier vil være ansvarlig for ulempene, basert på en årsak-virkning-analyse eller tilsvarende. Skjæringsfeltet kan for eksempel vise seg å bli avgjørende i en forholdsmessighetsavveining i lys av konvensjonen. Prinsipielle uttalelser fra konvensjonspraksis vil kunne få betydning på overvannstilfeller. Hvis det ikke er grunnlag for å pålegge myndighetene konkrete tiltak ved store nedbørshendelser, er det nærliggende å tenke at det blir uforholdsmessig å pålegge tilsvarende plikt for private. Skjevheten blir enda tydeligere når grunneier ikke kan klandres for situasjonen som har oppstått, eller når vannmengdene i praksis ikke lar seg kontrollere på en god måte.

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 eller uakt-somhet. Opphopning av vann er som regel topografisk bestemt. Det kan ikke være slik at de som tilfeldigvis bor oppstrøms et problemområde blir ansvarliggjort håndtering for et større område nedstrøms bebyggelsen.

¹⁵³ Det er særlig trinn 2 i treleddsstrategien (fordrøyning) jeg har for øyet, sammenholdt med Overvannsutvalgets og KDDs forståelse av «overvannsanlegg». Inneværende punkt må samtidig leses i sammenheng med mitt forslag til alternativ tilnærming i punkt 6.

Overvannsutfordringene er som regel en sumvirkning av flere tilsig, og følgelig et samfunnsproblem som best løses av lokalsamfunnet i fellesskap. Grunnleggende rettferdighets- og likhetshensyn taler for det.

Som påpekt i rapportene til Gjerdrumutvalget (punkt 2) er det ikke nødvendigvis *store* avrenningstopper som er problemet – med eller uten tette flater – all den tid jordens egen evne til å infiltrere vann er begrenset.¹⁵⁴ Til dette kan også nevnes at både empiri og NVEs egne erfaringer viser at «størrelsen på vann og innsjøer og plasseringen av dem i feltet har stor betydning. En innsjø langt ned i et vassdrag virker *mer utjevne*nde på vannføringen enn en like stor innsjø nær vannskillet».¹⁵⁵ La gå at det her er snakk om vassdrag, men etter mitt syn har dette stor overføringsverdi på hvordan vi bør tenke løsninger i forhold til overvannsanlegg. Uttalelsen «nær vannskillet» kan fint oversettes til «nær kilden». Det vil i overvannssammenheng si «nær byggverket eller eiendommen». Store, kostbare tiltak nær kilden kan følgelig gi svært liten effekt.

Det som nå er gjennomgått, tilsier etter min mening at «forurenserbetaler-prinsippet» er et rettslig feilspor. Rt. 2012 s. 944 (Elverum Treimpregnering AS/Grindalen) omhandlet et typisk forurensningstilfelle, som utvilsomt er menneskeskapt og kontrollerbart. Men selv ikke i den saken ble det konstatert at grunneier *alltid* er pliktsubjektet. En tilsvarende årsakssammenheng er ikke like innlysende ved overvannstilfeller i vid forstand. Rett og slett fordi det er utenfor den enkeltes kontroll. Det er snakk om en klimatisk utfordring.¹⁵⁶

Hvis vi skulle innført en bestemmelse tilsvarende pbl. § 31-9, dukker også spørsmålet opp om hvordan det ville endret rekkevidden av grunneiers plikter, sammenlignet med gjeldende rett. Prinsippet om håndtering av eget overvann ville i så fall berørt mer enn bare nye tiltak, og omfattet mye mer enn alminnelig tålegrensevurderinger. Grunneiere ville blitt tillagt ansvar som strekker seg ut over alminnelig ulemper på

154 Se f.eks. eksplisitt i NOU 2022: 3 s. 135, under hjelpeoverskriften «overvann» (tredje avsnitt). Infiltrasjonsevne har en tendens til å bli overvurdert.

155 Erik Holmqvist, «Hydrologi», i *Vassdragshåndboka: Håndbok i vassdragsteknikk*; Tharan Fergus mfl. (red.), 2. utg., Fagbokforlaget 2010, s. 31–58, på s. 42 (Min uthevelse).

156 Det er særlig *intense* regnværsdager jeg har for øyet. Ved normal regnintensitet vil situasjonen kunne stille seg annerledes. Her har vi imidlertid relativt gode virkemidler i det eksisterende lovverket.

naboeiendom, jf. for eksempel gjeldende pbl. § 28-3 og tålegrensevurderinger etter naboloven¹⁵⁷ § 2. Ansvaret ville vært generelt, for et større nedbørsfelt sett under ett, særlig nedstrøms egen bebyggelse.¹⁵⁸

Etter mitt syn blir det feil å ansvarliggjøre enkeltpersoner for overvannsutfordring som knytter seg til en større krets av personer, bare problemet er tilstrekkelig stort. Til det er bildet for sammensatt. Jeg mener at ensidige påleggshjemmeler, sammenholdt med vide/vage rettslige rammer, vitner om at det ikke blir tatt tilstrekkelig hensyn til realitetene. Etter mitt syn er dette å dra prinsippet om håndtering av eget overvann for langt. I tillegg var det opprinnelig lagt til grunn et uavklart gjentak-sintervall på 200 år, basert på grenseverdier for vassdragsflom.¹⁵⁹

En ansvarliggjøring av endrede klimatiske forhold må i beste fall avgrenses til å gjelde enkle og kurante inngrep. Slike inngrep lar seg delvis løse innenfor gjeldende regelverk, jf. eksempelvis vannressursloven¹⁶⁰ § 7 andre ledd siste setning. Miljødirektoratets forslag til ny forurl. § 22a bør også nevnes.¹⁶¹ En ny påleggshjemmel bør ha en mer rasjonell innretning, som supplerer de eksisterende virkemidlene. La oss se nærmere på et alternativt forslag.

6 Avsluttende refleksjoner – en alternativ tilnærming

6.1 Pålegg og legitimitet

Torstein Eckhoff skrev i sin tid:

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. [...].

157 Lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova), her omtalt som naboloven.

158 Det ser i skrivende stund ut til at det ikke innføres en generell plikt til å håndtere overvann, jf. Prop. 125 L (2021–2022) s. 43–44 pkt. 5.5.4.6. Det betyr i sin tur at påleggshjemmelen må betraktes som en primærregel, og ikke en sekundærregel, jf. pkt. 3.3 ovenfor.

159 Jf. byggeteknisk forskrift kap. 7. Dette ser nå ut til å bli endret, jf. note 42.

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

161 Se Miljødirektoratet (2020) s. 10 flg.

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.¹⁶²

Eckhoffs poeng var at visse betingelser må være på plass for at rettslige virkemidler skal få den ønskede virkning.¹⁶³ Blir betingelsene neglisjert eller oversett, står vi i fare for at lovverket ikke oppnår den nødvendige legitimitet, med derav høyere sannsynlighet for at loven ikke blir respektert. Mulighet for moderat etterlevelse uten uforholdsmessig stor kostnad (eller ansvar) er slik sett en grunnleggende forutsetning, men vel og merke bare én forutsetning blant flere – særlig når det er snakk om virkemiddelet pålegg.¹⁶⁴ Hvis pålegg skal fungere som primærregel, så er blant annet allmenn aksept i befolkningen vel så viktig.¹⁶⁵

Lovgivers intensjon må være i tråd med disse utgangspunktene. Dessuten skulle det være unødvendig å risikere et nytt nederlag i Strasbourg. I innværende punkt skal jeg derfor forsøke å klargjøre en alternativ tilnærming. Konstruktiv kritikk blir mye bedre når man samtidig følger opp med konkrete, alternative løsningsforslag. Det er dette som er siktemålet i det følgende.

6.2 Pålegg er feil medisin

Drøftelsen i de tidligere punktene bygger hele veien på lokale overvannsutfordringer som berører en større krets av personer. Private utfordringer som berører enkeltpersoner eller noen få personer, holdes utenfor.¹⁶⁶ Felles utfordringer løses best av lokalsamfunnet i fellesskap. Overvannsutvalget var opprinnelig inne på denne tanken når de foreslo «at overvannstiltak

162 Torstein Eckhoff, *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål*, Tanum-Norli 1983, på s. 35.

163 Eckhoff (1983) s. 36.

164 Eckhoff (1983) s. 64. Blir forutsetningene oversett, så er det stor sannsynlighet for at man får en sovende bestemmelse. Det kan f.eks. vises til lov 25. juni 2010 nr. 45 om kommunal beredskapsplikt, sivile beskyttelsestiltak og Sivilforsvaret (sivilbeskyttelsesloven) § 24 og lov 21. juni 2013 nr. 100 om fastsetjing og endring av egedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskiftelova) § 3-33.

165 Jf. forskjellen mellom normering (rettslig beslutning) og faktisk handling.

166 Det presiseres at grunneiere har et selvstendig ansvar for overvannshåndtering og utfordringer på egen tomt, så sant det kun berører dem selv eller nære naboer. Dette kan bl.a. implisitt utledes av pbl. § 21-6 og bygningslovens tilhørende forskrifter, med enkelte (snevre) unntak, slik som f.eks. pbl. § 28-3. I tillegg kommer naboloven § 2 mv.

i hovedsak finansieres ved en kombinasjon av privat og gebyrfinansiert kostnadsinndekning av tiltak *som kommer fellesskapet til gode*.¹⁶⁷

Det ble imidlertid med uttalelsen, for KDDs nåværende forslag bærer verken preg av å ta hensyn til fellesidealet, ei heller har de videreført forslagene om finansiering gjennom gebyrordninger eller foreslått endring av det objektive ansvaret. Disse innvendingene kommer også tydelig frem i flere av høringsinnspillene til KMDs (nå KDD) høringsnotatet, som påpeker manglende avklaringer vedrørende ansvar og økonomi. Ansvarsaspektet knytter seg imidlertid lite til *grunneiers* interesser, men snarere til hvorvidt *kommunen* kan bli stående ansvarlig for skader som skyldes pålegget. Det viser samtidig at lovarbeidet stadig har en slagside i favør av kommunenes egne interesser.

Omfanget som kunne pålegges etter pbl. § 31-9 første ledd skulle tilsvare pbl. § 28-9, mens pbl. § 31-9 andre ledd skulle tilsvare pbl. § 18-2. Det betyr at påleggshjemlene for *eksisterende bebyggelse* kan omfatte de samme krav som stilles til *nye tiltak*, men med den begrensning at § 31-9 andre ledd ikke kan utgjøre samme omfang som pbl. § 18-1.¹⁶⁸ Ettersom problemene skyldes en kombinasjon av både generell samfunnsutvikling og naturlige endringer/svingninger i klima, har jeg vanskelig for å forstå at grensene kunne trekkes på den måten som ble gjort.

Som en illustrasjon kan det vises til pbl. § 31-3. Bestemmelsen har til hensikt å sikre at det ikke oppstår skade eller ulempe på de ytre omgivelsene. Bestemmelsen avgrenser seg imidlertid til farer og ulemper som skyldes byggverket eller andre installasjoner. Pålegget kan for eksempel ikke brukes til å fjerne istapper.¹⁶⁹ Det har trolig sammenheng med at istapper ikke er en kontrollerbar tilstand. Det er et naturlig fenomen, på samme måte som regnvann og snøsmeltevann er et naturlig fenomen.

167 NOU 2015: 16 s. 243 (Min kursivering).

168 Dvs. offentlige anlegg. KDDs nye proposisjon har imidlertid forkastet tidligere forslag til pbl. § 31-9 andre og tredje ledd, i det som nå skal bli ny pbl. § 31-14, jf. Prop. 125 L (2021–2022) s. 40–41 pkt. 5.5.4 og s. 45 pkt. 5.5.4.9. Pbl. § 31-9 første ledd opprettholdes med visse presiseringer og omformuleringer, men det fremgår ikke hvorvidt man har gått vekk fra tanken om at det kan tilsvare høringsnotatets forslag til § 28-9 (i ny proposisjon endret til § 28-10).

169 Odd Jarl Pedersen mfl., *Plan- og bygningsrett: Del 2 Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner* 3. utg., Universitetsforlaget 2018, på s. 563.

6.3 En ny tilnærming – forsvarlig ansvarsfordeling

Etter mitt syn bør pbl. § 31-9 begrenses til Overvannsutvalgets opprinnelige utkast til § 28-9 første og andre ledd, men med det tillegg at det kan sikres forsvarlig avrenning der det anses nødvendig og praktisk mulig. I tillegg vil det være legitimt å sikre en hjemmel for å pålegge tilknytning til fremtidige overvannsanlegg som det offentlige etablerer og drifter. Pbl. § 31-9 bør unngå å strekke nåværende vrl. § 7 andre ledd siste setning så langt at det tilsvarende omfanget som gjelder nye tiltak.¹⁷⁰ Forslaget til pbl. § 31-9 andre (og tredje) ledd¹⁷¹ bør forkastes i sin helhet.¹⁷² Begrunnelsen har sammenheng med hvilket typetilfelle vi står overfor (overvann i vid forstand). I tillegg bryter bestemmelsen med plan- og bygningslovens (plan)system.¹⁷³

6.3.1 Et tydeligere kommunalt ansvar

Overvannsutfordringer ut over det som her er nevnt, bør håndteres av kommunene – riktignok innenfor rammene av det som er faglig og økonomisk forsvarlig. Kommunene har mye bedre forutsetninger for å sikre nødvendig kompetanse og ressurser for å gjennomføre tiltakene. Samtidig er det en fordel å ha kontroll på helheten. Det vil si at overvannsanlegg og andre større tiltak bør planlegges, erverves, sikres, opparbeides og driftes av kommunene. Forutsatt at kommunene sikres finansiering,¹⁷⁴ vil pengene allokere til nevnte formål, ettersom kompensasjonsbetingende pålegg sterkt begrenses.¹⁷⁵

Overvannsanleggene og andre større tiltak må naturligvis plasseres ut fra hvor problemene oppstår. Til forskjell fra mange andre

170 «Regelen er ikke til hinder for pålegg i etterhånd, men vilkårene for å gi pålegg vil sjeldnere være oppfylt da», jf. uttalelsen i Ot.prp. nr. 39 (1998–1999) s. 327.

171 Tidligere pbl. § 28-9 tredje ledd.

172 Se nå Prop. 125 L (2021–2022) s. 40 pkt. 5.5.4.

173 Det skal også skytes inn at bestemmelsen la opp til et komplisert system som neppe oppfyller EMDs (nå KDD) uttalte mål om at sikre «enkle og forutsigbare regler», jf. Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2020) s. 7.

174 Gebyrordninger eller tilsvarende. 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.

175 Av samme grunn er det inntil videre en dårlig ide å vurdere splitting av dagens vann- og avløpsgebyr, ettersom dette gebyret fortsatt vil dekke nødvendige kostnader knyttet til overvann i snever forstand.

livsområder, er det begrensede muligheter for lokalisering av overvannstiltak. Overvannsutfordringer må løses der problemene er og oppstår, enten vi vil det eller ei. Ettersom min tilnærming forutsetter et større ansvar for fellesskapet (kommunene), blir det viktig å sikre tilgang på nødvendig areal uten unødige kostnader og barrierer. Bruk av privat grunn kan for enkelte formål (tiltak) og etter omstendighetene være nødvendig, uten at grunneier kan motsette seg tiltaket eller kreve erstatning. Ved visse tiltak kan det derfor være en idé å sikre en slik hjemmel, uten å måtte gå veien om ekspropriasjon. Det kan for eksempel være en god løsning ved større terrengendringer eller erosjonssikringer.¹⁷⁶ Forholder vi oss derimot til varige installasjoner som forutsetter jevnlig drift og vedlikehold, slik som offentlige overvannsanlegg, vil ekspropriasjon fremdeles være den riktige løsning. Men til forskjell fra individuelle pålegg, er det fellesskapet som eier og bekoster tiltaket.¹⁷⁷

6.3.2 Avgrensning av det kommunale ansvaret

Det bør avklares en grense for når offentlige myndigheter plikter å etablere overvannsanlegg. Skal kommunene stille opp i alle tenkelige situasjoner? Her kan vi hente inspirasjon fra vann- og avløpsbransjen. I forurensningsforskriften¹⁷⁸ del 4, kap. 11 er det inntatt en egen bestemmelse som definerer hva som regnes som tettbebyggelse, jf. § 11-3 bokstav k. Hensikten med definisjonene i § 11-3 er riktignok å skille mellom ulike krav til utslippstillatelser på bakgrunn av tettbebyggelsens størrelse, men det er like fullt en fin inspirasjon til hvordan en avgrensning kan løses. På den måten kan man sile ut de mest perifere bosetningene, og det blir samtidig mer forutsigbart for alle parter.¹⁷⁹

176 Eventuell erstatning bør begrenses til reelle tap og ulemper, men selve tilgangen på arealer for ulike angitte tiltak bør ikke i seg selv medføre erstatningskrav. Tiltakene vil ofte være en gode for den det gjelder.

177 I tillegg unngås (til dels betydelige) ekstrautgifter til formelle ekspropriasjonsprosesser – en kostnadsbesparing som kommer fellesskapet til gode. Dessuten forblir arealet i privat eie, med de fordeler det innebærer for grunneier. Kanskje *øker* verdien på restarealet (og slik sett tomten som helhet), etter at tiltaket er ferdigstilt?

178 Forskrift 1. juni 2004 nr. 931 om begrensnig av forurensning (forurensningsforskriften).

179 Med forbehold om at kommunen må stille opp når overvann kan knyttes til overhengende naturfarer e.l., f.eks. overvannsutfordringer i tilknytning til kjente kvikkleiresoner der vassdragene er sårbare for erosjon.

Bebyggelse som faller utenfor en slik ordning må finne egne løsninger, ikke ulikt den praksis som har etablert seg i vann- og avløpsbransjen når det gjelder etablering og drift av vann- og avløpsløsninger. Der partene ikke finner frem til omforente løsninger, kan jordskifte være et godt alternativ. For eksempel gjennom pålegg om felles tiltak og investeringer for å håndtere overvannet på en forsvarlig og tjenlig måte, jf. jordskiftelova § 3-9.¹⁸⁰

6.3.3 Behov for unntak

Ettersom lovverket må forholde seg til en raskt endrende og kompleks hverdag, vil det selvsagt være behov for unntak. En snever unntakshjemmel kan derfor være nødvendig, selv for overvannsutfordringer i vid forstand. Men da bør flere forutsetninger være oppfylt. For det første bør problemet eller skaden kunne tilbakeføres til en konkret, uaktsom handling, valg eller tilstand (culpa) som i sin karakter anses håndterbar. For det andre bør det kunne påvises en konkret sammenheng (årsakskravet) mellom problemet som ønskes løst og virkningen av det konkrete tiltaket. For det tredje bør tiltakets omfang fremstå forholdsmessig.¹⁸¹ Ut over slike tilfeller vil pålegg være mindre egnet som virkemiddel. Det gjelder særlig tilfeller hvor tiltaket er av et visst omfang.

6.3.4 Et blikk fremover

Jeg anbefaler fremtidige lovarbeid å overveie grundigere hvilke forutsetninger som bør ligge til grunn for å nytte pålegg som virkemiddel. Det gjelder for eksempel det pågående arbeidet knyttet til NOU 2022: 3, med utgangspunkt i de samme prinsipielle innvendinger som artikkelen har belyst.¹⁸² Det beste vil være å se på alternative løsninger og virkemidler.

Avslutningsvis er det verdt å påpeke at vi ikke må undervurdere eksisterende virkemidler i lovverket. Kanskje ligger noe av utfordringen snarere i manglende ressurser. Det koster å omstille samfunnet til en ny

180 Se en tilsvarende løsning i Gjerdrumutvalgets utkast til ny naturskadesikringslov § 10, jf. NOU 2022: 3 s. 243. Dette kan i sin tur aktualisere hyppigere bruk av jordskifteloven § 3-33.

181 Her vil forholdsmessighetsvurderingen begrense seg til alminnelig, etablert rettspraksis vedrørende forvaltnings sanksjoner/administrative sanksjoner. Se f.eks. Berg (2005).

182 Hva som blir det endelige resultatet av Prop. 125 L (2021–2022) er i skrivende stund uvisst.

klimatisk hverdag. Det er krevende å tilfredsstillere samfunnets krav til sikkerhet. Det gjelder å finne et fornuftig nivå på hva som kan aksepteres.¹⁸³

Av og til kan man få inntrykk av at stat og kommune anses som noe abstrakt og egenrådig, styrt av mennesker som sitter fjernt fra den enkelte. Men da er det viktig å huske på at stat og kommune både utgjør og er til for fellesskapet. Til syvende og sist er det fellesskapets midler som anvendes. Diskusjonene bør derfor ikke drukne i tekniske definisjoner og spørsmål knyttet til hvem som skal ta regningen. Alle må bidra, og sammen med et tydelig offentlig ansvar, samt et lovverk som sikrer tilstrekkelig handlekraft og rettferdig fordeling, så vil sikker og funksjonell overvannshåndtering for fremtiden ivaretas.

7 Sluttord

7.1 Nytt forslag til pbl. § 31-14

Det har skjedd mye siden Overvannsutvalget la frem sin utredning med forslag til konkrete lovendringer. Det startet med Overvannsutvalgets forslag til ny pbl. § 28-9,¹⁸⁴ som i sin tur ble splittet og fordelt av tidligere KMD (nå KDD) i ny pbl. §§ 28-9 og 31-9.¹⁸⁵ Inntil nylig ble disse bestemmelsene delvis videreført i det som nå ser ut til å bli ny pbl. §§ 28-10 og 31-14.¹⁸⁶

I dette sluttordet ønsker jeg å knytte noen kommentarer til Prop. 125 L (2021-2022). Siste utkast til ny pbl. § 31-14 tar et steg tilbake fra det tidligere høringsnotatet fra KMD (nå KDD). KDD går ikke videre med tidligere § 31-9 andre og tredje ledd. Det vil si den delen av bestemmelsen som skulle gjøre det mulig å pålegge etablering og drift av et felles, privat

183 Akseptabel risiko er «risiko som aksepteres i en gitt sammenheng basert på gjeldende verdier i samfunnet», jf. Meld. St. 15 (2011–2012) *Hvordan leve med farene – om flom og skred*, på s. 27. Risiko er et resultat av sannsynlighet og konsekvens. Konsekvens er et uttrykk for omfang og sårbarhet, jf. f.eks. Karstein Lied, «Lovregler i forbindelse med skredfare», i *Skred: Skredfare og sikringstiltak. Praktiske erfaringer og teoretiske prinsipper*, Kaare Høeg mfl. (red.), NGI og Universitetsforlaget 2014, s. 227–233, på s. 227. Sårbarhet må forstås som «et systems evne til å motstå eller hente seg inn igjen» etter en påkjenning, jf. Junker (2021) s. 448.

184 NOU 2015: 16.

185 KMDs høringsnotat 19/1221.

186 Prop. 125 L (2021–2022).

overvannsanlegg. Det var rett og slett for mange kritiske høringsinnspill til forslaget.

KDD går imidlertid videre med tidligere § 31-9 første ledd, «med enkelte justeringar».¹⁸⁷ Det nye forslaget lyder som følger:

Der det er nødvendig for å avverge fare for skade eller vesentlig ulempe på person, eiendom eller miljø, kan kommunen pålegge en eier eller fester av bebyggd eiendom å sørge for forsvarlig håndtering av overvann på egen eiendom, forsvarlig avledning av overvann fra eiendommen, eller å gjennomføre en kombinasjon av håndtering og avledning av overvann. Pålegget skal kunne gjennomføres uten uforholdsmessig stor kostnad.

Eieren eller festeren skal varsles etter [eksisterende] § 32-2 før det gis pålegg etter første ledd. Kommunen skal ved utferdigelse av pålegget fastsette en frist for oppfyllelse. (Min tilføyelse)

7.2 Enkelte innvendinger til forslaget

Under følger noen kommentarer til pbl. § 31-14 første ledd. Bestemmelsens andre ledd innebærer kun en prosessuell tilføyelse, og er mindre interessant i denne sammenheng.

For det første holder KDD fast ved å legge til grunn et objektivt årsakskrav, stikk i strid med det subjektive årsakskrav som normalt ligger til grunn ved bruk av pålegg. Det følger av nødvendighetskriteriet. Men, som jeg har vært inne på tidligere i artikkelen, så tolkes nødvendighetskriteriet ofte ensidig og objektivt.¹⁸⁸ I tillegg følger KDD opp oppfordringen fra Oslo kommune om å presisere at plan- og bygningslovens sanksjonsapparat kan anvendes der pålegg ikke etterkommes.¹⁸⁹ Det betyr at en uforskyldt situasjon (overvann i vid forstand) skal kunne følges opp med tvangsmulkt, forenklet forelegg, tvangsfullbyrdelse og straff.

For det andre opprettholdes tanken om et «forurenser-betaler-prinsipp». Overvannet har «opphav» fra den enkeltes eiendom, og slik sett er vannet grunneiers ansvar. Dette utgangspunktet er svært betenkelig,

¹⁸⁷ Prop. 125 L (2021–2022) s. 40 pkt. 5.5.4.

¹⁸⁸ Jf. punkt 3.3.

¹⁸⁹ Jeg legger til grunn at dette ville gjeldt uansett. I så måte er det kun en presisering, og tilfører således lite nytt.

ettersom bestemmelsen nødvendigvis er tiltenkt en virkelighet i et våtere klima. Det sondres med andre ord i for liten grad mellom overvann i snever og vid forstand.

For det tredje bærer lovforslaget fremdeles preg av et stort kostnadsfokus. Av samme grunn tilbakevises Norsk Vanns og Rådgivende Ingeniørers Forenings innspill om at «ulemper for eier utover kostnader bør takast med i samhøvevurderinga».¹⁹⁰ Hovedargumentet er at vurderingen vil være prosessdrivende. Effektivitet vektes altså på bekostning av rettssikkerhet. Det er ikke gitt at domstolene vil se det slik, hvis en sak skulle komme opp for dem.

For det fjerde vil kostnadsnivået kunne bli relativt høyt. «Utgangspunktet er at jo sterkare formålet bak føresegna gjer seg gjeldande, desto meir må tolast», samt at «[f]are for skade på kulturminne kan såleis innebere behov for meir omfattende pålegg».¹⁹¹ Dette til tross for at grunneier selv ikke kan «bebreidast for overvassproblemet som har oppstått».¹⁹² Et tankekors i så måte, er hvordan KDD samtidig kan legge til grunn at «[k]ostnadene ved å gjennomføre pålegget vil også kunne vere avhengig av grunntilhøva på eigedommen og *korleis eigedommen er utnytta*» (Min kursivering).¹⁹³ Ifølge ordlyden kan vi fort komme i en situasjon der de med høy arealutnyttelse og store investeringer kan komme bedre ut enn de med enklere standard. Det er i så fall verken rasjonelt eller rettferdig.

For det femte er rekkevidden og omfanget i bestemmelsen, særlig med henblikk på trinn to i treleddsstrategien, høyst usikker.¹⁹⁴ Det kommer blant annet av at tidligere høringsnotat la opp til at § 31-9 andre ledd skulle tilsvare det som nå foreligger som ny § 28-10. Det vil si at pålegget etter § 31-14 første ledd kan tilsvare samme omfang som hjemmelen for å stille vilkår ved nye tiltak. Denne koblingen er ikke eksplisitt nevnt eller fraveket. Snarere tvert imot. Her kan igjen nevnes koblingen

190 Prop. 125 L (2021–2022) s. 42.

191 Prop. 125 L (2021–2022) s. 42 og 44.

192 Prop. 125 L (2021–2022) s. 42.

193 Ibid.

194 Dvs. fordøyningstiltak.

til Miljødirektoratets forslag til ny forurl. § 22a. Hjemlene skal ifølge proposisjonen fortsatt kunne kombineres.¹⁹⁵

For det sjette understreker proposisjonen det jeg var inne på tidligere i artikkelen, jf. forskjellen mellom primærregler og sekundærregler, uten at dette har fått særlig å si for bestemmelsens utforming.¹⁹⁶ Det sies nemlig med rene ord at «[s]amtidig vil saker etter føresegna skilje seg frå ordinært tilsyn fordi det ikkje dreier seg om å følgje opp ei byggjesak eller avdekkje tilhøve i strid med lova», før det senere på siden presiseres at departementet ikke ser det «som formålstenleg å innføre ei generell plikt for eigar til å handtere overvatn på eigen eigedom».¹⁹⁷ Det hører samtidig med til sammenhengen at «ingen har eit rettskrav på at kommunen gjer vedtak om pålegg».¹⁹⁸

Som vi ser er det fortsatt mange uavklarte sider ved forslaget, og det er fortsatt rom for urimelig resultat. Det gjenstår å se hvordan en eventuell bestemmelse vil bli praktisert.

7.3 Overvann og overflatevann – en terminologisk avklaring

Til slutt ønsker jeg å rydde opp i en terminologisk og hyppig forekommende misforståelse. Det gjelder to svært like benevnelser: Overvann og overflatevann.

Overvann er overskuddsvann (som følge av regn og snøsmelting) som renner av på overflaten *utenfor* de naturlige forekommende vassdragene. Overflatevann er derimot knyttet til vassdrag, og er relativt tydelig definert i vrl. § 2.¹⁹⁹ Det vil si innsjøer, elver og bekker. Ikke sjeldent brukes vannspeil og vannstreng om det samme. Begrepsforvirringen er en gjennomgående trend hos flere.²⁰⁰ At vi blander slike ord i dagligtale er greit

195 Prop. 125 L (2021–2022) s. 44. I tillegg nevner jeg KDDs understrekning om at «[k]ommunen skal ikkje foreslå konkrete overvasstiltak, men den enkelte grunneigar kan påleggjast å handtere overvatn ved ein viss nedbørsintensitet» (Min kursivering), jf. Prop. 125 L (2021–2022) s. 48.

196 Jf. punkt 2.3 og 3.2.

197 Prop. 125 L (2021–2022) s. 43.

198 Prop. 125 L (2021–2022) s. 45.

199 Se f.eks. vrl. § 2 første ledd første punktum.

200 Prop. 125 L (2021–2022) s. 30. Se også Gunnhild Storbekkrønning Solli, *Ute av syne, ute av sinn: Om rettigheter til og forvaltning av grunnvann i norsk rett*, Karnov Group 2021, hvor det flere

nok, men når vi foretar tilsvarende sammenblanding på den juridiske og faglige arenaen, så oppstår fort misforståelser.

Hvis vi har et klart og tydelig forhold mellom begrepene, så blir det for eksempel mye lettere å skille mellom vanlig flom og overvannsflo. Videre blir det lettere å forstå hvorfor disse ulike flomtypene må håndteres ulikt med hensyn til gjentakintervall og sikkerhetsaksept. Presisjon er viktig på et så komplekst fagområde og tema som overvann. La oss håpe at vi kan bli mer presise og konsekvente i fremtiden.

Kilder

Litteratur

- Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utg., Universitetsforlaget 2017.
- Alvik, Ivar, «Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P1-1» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 134 (2021), nr. 2–3, s. 97–164.
- Backer, Inge Lorange, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utg., Gyldendal Juridisk 2012.
- Backer, Inge Lorange, *Loven – hvordan blir den til?* Universitetsforlaget 2013.
- Backer, Inge Lorange, «Areal- og miljørett», i *Knophs oversikt over Norges rett*, Harald Irgens-Jensen (red.), 15. utg., Universitetsforlaget 2019, s. 549–596.
- Berg, Bjørn O., *Forvaltningssanksjoner: Forvaltningens vedtak om bøter, tvangsmulkt og inndragning av ulovlig vinning*, Universitetsforlaget 2005.
- Bernt, Jan Fridthjof, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 27–48.
- Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig forvaltning*, Universitetsforlaget 2018.
- Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2021.
- Bragdø-Ellenes, Sunniva C., *Overprøving – av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, Universitetsforlaget 2014.
- Bugge, Hans Chr., *Lærebok i miljøforvaltningsrett* 5. utg., Universitetsforlaget 2019.
- Eckhoff, Torstein, *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål*, Tanum-Norli 1983.
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett* 11. utg., Universitetsforlaget 2018.

steder er vanskelig og forvirrende å holde kontroll på når hun faktisk snakker om overvann, og når hun snakker om vassdrag.

- Falkanger, Thor, «Ansvarssubjektet etter forurensningsloven § 51 – noen refleksjoner på bakgrunn av Rt. 2010 s. 306 (Hempel)», i *Festskrift til Hans Chr. Bugge på 70-årsdagen 2. mars 2012*, Inge Lorange Backer mfl. (red.), Universitetsforlaget 2012, s. 162–169.
- Fenger, Niels, «Proportionalitetsprincippet i EU- og EØS-retten», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 49–76.
- Froberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendal Juridisk 2014.
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019.
- Harbo, Tor-Inge, «Forholdsmessighet» *Jussens Venner* 56 (2021) nr. 5, s. 315–368.
- Hauge, Martin Lie, «Anleggseierens erstatningsansvar for avløp- og overvannskader» *Tidsskrift for eiendomsrett* 17 (2021) nr. 1, s. 10–33.
- Holmqvist, Erik, «Hydrologi», i *Vassdragshåndboka: Håndbok i vassdragsteknikk*, Tharan Fergus mfl. (red.), 2. utg., Fagbokforlaget 2010, s. 31–58.
- Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Universitetsforlaget 2010.
- Høgberg, Benedikte Moltumyr, «Betydningen av internasjonale rettskilder i norsk statsforfatningsrett», i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal mfl. (red.), Universitetsforlaget 2017, s. 215–227.
- Jorem, Henrik, «Vern av berettigede forventninger på det økonomiske området – en replikk til Ivar Alvik» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 134 (2021) nr. 5, s. 635–657.
- Junker, Eivind, «Klimatilpasning: Begrepet, oppgaven og rettslig regulering», i *Klimarett: Internasjonal, europeisk og norsk klimarett mot 2030*, Hans Chr. Bugge (red.), Universitetsforlaget 2021, s. 433–460.
- Kjølbrot, Jon Fredrik, *Den europeiske menneskerettighetskonvention: For praktikere*, 5. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020.
- Lied, Karstein, «Lovregler i forbindelse med skredfare», i *Skred: Skredfare og sikringstiltak. Praktiske erfaringer og teoretiske prinsipper*, Kaare Høeg mfl. (red.), NGI og Universitetsforlaget 2014, s. 227–233.
- Lindholm, Oddvar, «Håndtering av overvann», i *Vann- og avløpsteknikk*, Hallvard Ødegaard (red.), 2. utg., Norsk Vann 2014, s. 344–373.
- Moen, Olav Haugen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal 2019.
- Nordrum, Jon Christian Fløysvik, *Bedre regulering? Årsak-virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess*, Gyldendal 2019.
- Norges vassdrags- og energidirektorat, *Rettleiar for handtering av overvatn i arealplanar – korleis ta omsyn til vassmengder?* Veileder 4, 2022. https://publikasjoner.nve.no/veileder/2022/veileder2022_04.pdf
- Olje- og energidepartementet, *Årsakene til kvikkleireskredet i Gjerdrum 2020*, 29. september 2021. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/arsakene-til-kvikkleireskredet-i-gjerdrum-2020/id2872948/>

- Pedersen, Odd Jarl mfl., *Plan- og bygningsrett: Del 1 Planlegging og ekspropriasjon*, 3. utg., Universitetsforlaget 2018a.
- Pedersen, Odd Jarl mfl., *Plan- og bygningsrett: Del 2 Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner* 3. utg., Universitetsforlaget, 2018b.
- Robberstad, Anne, *Sivilprosess* 4. utg., Fagbokforlaget 2018.
- Skullerud, Andreas, *Pålegg om overvannshåndtering i eksisterende bebyggelse – en gråsoner mellom ekspropriasjon, rådhetsinnskrenkning og påbud*, masteroppgave, Norges miljø- og biovitenskapelige universitet, 2021.
- Smith, Carsten, *Dommersyn utenfor dommen: Foredrag – artikler – taler*, Universitetsforlaget 2012.
- Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2010.
- Solheim, Stig H., «EMDs avgjørelse i tomtfestesaken: revolusjonerende eller justerende?» *Lov og Rett* 52 (2013) nr. 4, s. 295–310.
- Solli, Gunnhild Storbekkrønning, *Ute av syne, ute av sinn: Om rettigheter til og forvaltning av grunnvann i norsk rett*, Karnov Group 2021.
- Storberget, Knut, «17. mai og alle de andre dagene», i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal mfl. (red.), Universitetsforlaget 2017, s. 91–111.
- Stub, Marius, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*, Universitetsforlaget 2011.
- Søvig, Karl Harald, «Avslutning», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 319–352.
- Søvig, Karl Harald, «Forholdsmessighetsvurderinger som rettskildeprinsipp?», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehaugen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 568–588.
- Tøssebro, Henriette N., «Læren om begrenset domstolskontroll», i *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Henriette N. Tøssebro (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 177–210.
- Tøssebro, Henriette N., *Omgjøring*, Universitetsforlaget 2021.
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018.

Lover og forskrifter

- Lov 17. mai 1814 nr. 17 Kongeriket Norges Grunnlov.
- Lov 16. juni 1961 nr. 15 om retts høve mellom grannar (grannelova).
- Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten 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 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).
- Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).
- Lov 25. juni 2010 nr. 45 om kommunal beredskapsplikt, sivile beskyttelsestiltak og Sivilforsvaret (sivilbeskyttelsesloven).
- 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 eiendom m.m. (jordskiftelova).
- Forskrift 1. juni 2004 nr. 931 om begrensning av forurensning (forurensningsforskriften).
- 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 endring i forskrift om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister (kart- og planforskriften).
- Lovvedtak 40 (2018–2019) *Lov om endringer i plan- og bygningsloven m.m.* (håndtering av overvann i arealplanleggingen mv.).

Offentlige dokumenter og forarbeider

- Meld. St. 15 (2011–2012) *Hvordan leve med farene – om flom og skred*.
- NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* (Sanksjonsutvalget).
- NOU 2015: 16 *Overvann i byer og tettsteder* (Overvannsutvalget).
- NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* (Forvaltningslovutvalget).
- NOU 2022: 3 *På trygg grunn* (Gjerdrumutvalget).
- NUT 1958: 3 *Forvaltningskomiteens innstilling*.
- Ot.prp. nr. 39 (1998–1999) *Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven)*.
- Prop. 125 L (2021–2022) *Endringer i plan- og bygningsloven (reglar om handtering av overvatn i byggesaker mv.)*.
- Direktoratet for byggkvalitet, *Endringer i byggteknisk forskrift*, høringsnotat, 2020.
https://dibk.no/globalassets/aktuelle-horinger3/030320_tek17--7-2_sikkerhet-for-overvann/horingsnotat_forslag-til-endringer-byggteknisk-forskrift--7-2-m.m.-om-sikkerhet-for-overvann.pdf

Kommunal- og moderniseringsdepartementet, *Forslag til endringer i plan- og bygningsloven*, høringsnotat, 2020. <https://www.regjeringen.no/contentassets/873441b5fd3840a392048779e8c93654/endelig-horingsnotat-2.-mars-2020---overvann.pdf>

Miljødirektoratet, *Forslag til endringer i forurensningsloven og vass- og avløpsanleggslova for bedre overvannshåndtering*, høringsnotat, 2020. <https://hoering.miljodirektoratet.no/Hoering/v2/990>

Rettspraksis

Lagmannsretten

RG-2007-486 (Nittedal/Glanerudbekken).

LG-2013-210482 (Hempel II).

Høyesterett

Rt. 2007 s. 1281 (Ullern Terrasse).

Rt. 2007 s. 1306 (Rollag).

Rt. 2008 s. 560.

Rt. 2010 s. 306 (Hempel I).

Rt. 2011 s. 304.

Rt. 2012 s. 944 (Elverum Treimpregnering AS/Grindalen).

HR-2021-953-A.

EMD

Mellacher mfl. mot Østerrike, klagenr. 10522/83, 11011/84 og 11070/84, dom 19 desember 1989.

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

Hutten-Czapska mot Polen, klagenr. 35014/97, dom 19. juni 2006.

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 mfl. mot Russland, klagenr. 17423/, 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.

Sporrong and Lönnroth mot Sverige, klagenr. 71/51, dom 23. september 1982.