

Skyldkravet ved overtredelsesgebyr etter plan- og bygningsloven

Kommunal- og moderniseringsdepartementets
landskonferanse i plan- og bygningsrett 2019.
Seniorrådgiver Beate Storesund, Justis- og
vergemålsavdelingen



Fylkesmannen i Agder



12.09.2019



Skyldkravet ved overtredelsesgebyr etter plan- og bygningsloven

Disposisjon:

- Noen tall fra Fylkesmannen
- Hva er overtredelsesgebyr?
 - Saksbehandlingen
 - Vernet mot selvinkriminering
- Skyldkravet - med hovedvekt på uaktsomhet



12.09.2019

© Fylkesmannen i Agder 2

Fylkesmannen

2016 - 7 saker mottatt

2017 - 7 saker mottatt

2018 - 6 saker mottatt

2019 - ingen saker mottatt

Før jeg starter med gjennomgangen av skyldkravet sider jeg litt om saksbehandlingsregler inklusiv vernet mot selvdiskriminering – det er fordi saksbehandling i tråd med regelverket etter mitt syn vil tilrettelegge for gode skyldvurderinger.



Hva er overtredelsesgebyr?

- Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon som plan- og bygningsmyndighetene er tildelt kompetanse til å ilegge - den ansvarlige får en betalingsplikt for å ha brutt en regel i plan- og bygningsloven.
- Gebyret er ment å ha et pønalt formål, altså å straffe, men det er likevel ikke straff i Grunnlovens forstand.
- Oppnå at plan- og bygningslovens formål oppfylles
- Bidra til respekt for regelverket uten å belaste rettsapparatet
 - hindre gjentakelse - individualpreventivt
 - allmennpreventiv virkning - virke forebyggende for andre slik at de ikke bygger ulovlig
- Formålet er ikke å få inn penger til kommunekassen (men gebyret tilfaller kommunen)
- Formålet er heller ikke å la ulovligheten bestå



© PBA-stammen. Ligger 3

Det er viktig å være bevisst på formålet med overtredelsesgebyr, da formålet kan gi bedre forståelse av de enkelte grunnlagene for overtredelsesgebyr, og også for reglene om utmåling.



Saksbehandlingen

- Straffesakssporet eller forvaltningssporet (overtredelsesgebyr)
- Overtredelsesgebyr er straff etter EMK - medfører at særlige saksbehandlingsregler gjelder
- Objektivt riktige avgjørelser skal sikres ved at saken er tilstrekkelig opplyst, og at ileggelsen av overtredelsesgebyr er begrunnet i tråd med regelverket
- Kontradiksjon - den som skal ilegges overtredelsesgebyr må få forhåndsvarsel og rett til å uttale seg, og kommunen må veilede ved behov
- Kontrollere at overtredelsen skjedde etter 01.07.2010
- Vedtak om overtredelsesgebyr kan påklages til Fylkesmannen



© Fylkesmannen i Agder 4

1). SAK 10 § 16-3 om varslingsplikt til påtalemyndigheten kan nevnes. Pbl. inneholder ikke hjemmel for inndragning av vinning. Den som er ilagt overtredelsesgebyr kan reise sak for domstolene, og ileggelse og utmåling av overtredelsesgebyr er rettsanvendelse, der domstolene har full prøvingskompetanse. Viser til M. Raaels gode gjennomgang av hvordan Kristiansand kommune tenker om valg mellom straffesaksspor og forvaltningsspor, og vil også nevne at situasjonen noen ganger kan være at straffesakssporet går over i et forvaltningsspor fordi politiet henlegger en anmeldelse.



Videre om saksbehandlingen

- Betydningen av at overtredelsesgebyr er straff etter EMK
 - vern mot selvinkriminering innfortolket i EMK artikkel 6 om retten til rettfærdig rettergang
 - Innholdet i selvinkrimineringsvernet: det praktiske utgangspunktet er at den ansvarlige ikke kan pålegges å utlevere opplysninger som kan medføre overtredelsesgebyr, og at opplysninger innhentet i strid med vernet ikke kan brukes ved ileggelse av overtredelsesgebyr. Vernet inntreer ved forhåndsvarsel om overtredelsesgebyr. Frivillig forklaring er ikke i strid med vernet.
 - selvinkrimineringsvernet gjelder ikke innhenting av opplysninger/bevis som er uavhengig av den ansvarliges vilje
 - se særskilt regel om forhåndsvarsel i SAK 10 § 16-4: I varsel etter pbl. § 32-8 tredje ledd skal det opplyses om at det foreligger en rett for parten til å avstå fra å uttale seg i saken.
 - for å ivareta vern mot selvinkriminering og samtidig kunne pålegge opplysninger utlevert ved tilsyn og ved bruk av andre sanksjoner enn overtredelsesgebyr, bør kommunen ikke starte sak om overtredelsesgebyr før det er foretatt saksbehandling og truffet vedtak om pålegg om retting. Tilsyn bør være avsluttet. Se veileder til SAK 10.





Innhold i forhåndsvarsel

- Forhåndsvarsel skal opplyse saken og sikre kontradiksjon
- Forhåndsvarsel er straffesiktelse etter EMK
- Begrunnelse for hvorfor kommunen mener det skal gis overtredelsesgebyr og størrelse på gebyret
- Informasjon om at kommunen vil gi overtredelsesgebyr som beskrevet etter utløpet av fristen, dersom en eventuell uttalelse ikke inneholder opplysninger som endrer kommunens syn
- Opplyse om at det foreligger en rett for parten til å avstå fra å uttale seg i saken, SAK 10 § 16-4.





Hvordan er systemet i lov og forskrift

- Hjemmelsgrunnlag er plan- og bygningsloven § 32-8 og SAK 10 § 16-1 - viktig å sjekke hvilke bestemmelser i lov og forskrift som korresponderer
- Utvalgte typetilfeller
 - **Utførelse av tiltak uten nødvendig tillatelse - pbl. § 32-8 første ledd b), jf. SAK 10 § 16-1 første ledd a)**
 - **Prosjektering eller utførelse av tiltak i strid med bestemmelser gitt i eller med hjemmel i plan- og bygningsloven – pbl. § 32-8 første ledd a), jf. SAK 10 § 16 første ledd c)**
- Husk å sjekke hvilke tiltak som omfattes av hvilke bestemmelser i lov og forskrift



© Fylkesmannen i Agder 7

Fra 01.07.2017 foreligger det hjemmel for overtredelsesgebyr for brudd på reglene om konsekvensutredninger, pbl. § 32-8a og KU-forskriften § 36.

Det er viktig å være bevisst på hvilke tiltak som omfattes av hvilke bestemmelser i lov og forskrift. F. eks. omfatter pbl. § 32-8 første ledd b), jf. SAK 10 § 16-1 første ledd a) kun tiltak som er søknadspliktige etter byggesaksdelen. Utenfor faller tiltak unntatt fra søknadsplikt, eller som ikke omfattes av tiltaksbegrepet i byggesaksdelen (eks. terrasser på bakkeplan). Videre omfattes ikke tiltak etter pbl. § 1-6 første ledd, og som ikke kan utføres uten at det først er innvilget dispensasjon. Ved tiltak etter pbl. § 1-6 første ledd andre punktum der det ikke er søkt om og innvilget nødvendig dispensasjon må pbl. § 32-8 første ledd a), jf. SAK 10 § 16-1 første ledd g) brukes som hjemmel for overtredelsesgebyr. Bestemmelsen i SAK 10 § 16-1 første ledd g) trådte i kraft 01.07.2015. Her oppstilles et klarhetskrav til den planbestemmelsen som skal være grunnlag for overtredelsesgebyr. Eksempel på slike tiltak er f. eks. terrasse på bakkeplan i strid med planbestemmelse om forbud mot terrasse eller forbud mot terrasser over en viss størrelse.



Skyldkravet

- Forsett eller uaktsomhet
 - Begrepet uaktsomhet
 - Begrepet forsett
 - Streng aktsomhetsnorm
 - Kan være flere ansvarlige, og det kan foreligge flere ulovligheter for ett og samme tiltak. Nylige tolkningsuttalelser fra KMD om hvem som kan være ansvarlig.
 - Foretak – også ansvar for anonyme og kumulative feil
 - Rettsvillfarelse må være unnskyldelig
 - Skyldkravet må vurderes individuelt
 - Hvis flere ulovligheter i samme tiltak må skyldkravet vurderes for hver enkelt ulovlighet
- Beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt - mer enn mest sannsynlig



© Fikkemann - lagget 8

Begrepet uaktsomhet: Uaktsomhet foreligger hvis den ansvarlige burde visst – f. eks. at noe var søknadspliktig, eller at han bygde i strid med plan. Strid med kravet om forsvarlig opptreden. Uaktsomhet vurderes ut fra lovbrüterens egne forutsetninger, og det må være grunnlag for å bebreide. Her kan altså vurderingen bli ulik avhengig av hvem uaktsomhet vurderes i forhold til. Det er f. eks. lettere å konstatere uaktsomhet for ansvarlig foretak og profesjonell utbygger enn for privat tiltakshaver når det gjelder avvik fra krav i byggeteknisk forskrift.

Begrepet forsett: Når det gjelder forsett vil den ansvarlige ha handlet med forsett hvis vedkommende gjorde noe med vilje eller så det som mest/overveiende sannsynlig at man handlet i strid med vedkommende regel. Avgrenser mot Dolus eventualis, da jeg antar det er ganske upraktisk. Jeg har valgt å legge hovedvekten på uaktsomhet i dette innlegget, da kommunene våre i de fleste saker bare har funnet grunnlag for å fastslå uaktsomhet. Klare tilfeller av forsett er f. eks. der ulovlig bruk fortsetter etter at kommunen har pålagt opphør av ulovlig bruk, eller at byggearbeider uten nødvendig tillatelse fortsetter etter at kommunen har pålagt stans i arbeidene. Det samme gjelder der kommunen har gitt konkret veiledning om søknadsplikt, og arbeider igangsettes uten søknad og tillatelse likevel, gjerne også i strid med plan eller materielle regler.

Aktsomhetsnormen er ifølge lovforarbeidene streng. Det vil normalt være lett å konstatere om en av de nevnte bestemmelsene er overtrådt. Utførelse av tiltak i strid med reglene i plan- og bygningsloven vil som oftest kunne konstateres å være uaktsom uten en vanskelig vurdering av skyldspørsmålet.

Når den ansvarlige kan ilegges overtredelsesgebyr innebærer dette at både foretak og privatpersoner kan være ansvarlige, f.eks. tiltakshaver og et eller flere av de ansvarlige foretakene. Som vi hørte under innlegget fra Kristiansand kommune var antall involverte et forhold som kunne gjøre skyldvurderingene problematiske.

KMD har i to nyere tolkningsuttalelser tatt stilling til hvem som kan være ansvarlig. Sak 19/830-4, uttalelse av 18.03.2019 omhandlet om kommunen kan ilegge seg selv overtredelsesgebyr for ulovlig bruksendring av gammel skole til forsamlingslokale. KMD la til grunn at lovens ordlyd og lovforarbeider åpnet for at en kommune kan være ansvarlig, og dermed kan tillegge seg selv overtredelsesgebyr. Det ble vist til at lov og forskrift ikke inneholder legaldefinisjon av begrepet foretak, og at en naturlig språklig forståelse tilsier at begrepet først og fremst omfatter juridiske sammenslutninger med økonomiske formål, typisk selskaper. Dette vil omfatte sammenslutninger eid av det offentlige, f. eks. kommunale foretak, og tilfeller der en kommune driver økonomisk virksomhet. Departementet mente at overtredelsesgebyr ikke kan ilegges i tilfeller der kommunen opptrer som administrasjon/myndighetsutøver, og der virksomhetselementet er fraværende.

Sak 19/2008-3, uttalelse av 15.08.2019 omhandlet ikke overtredelsesgebyr, men fratakelse av ansvarsrett og foretaksbegrepet. Uttalelsen har imidlertid overføringsverdi til overtredelsesgebyr, da begrepet foretak brukes i både lovbestemmelsen og forskriftsbestemmelsene om overtredelsesgebyr. Et allmennaksjeselskap hadde erklært ansvarsrett for prosjektering, og deretter omorganisert slik at prosjekteringsvirksomheten var lagt til et datterselskap. Datterselskapet ønsket å erklære ansvarsrett for prosjektering. Den aktuelle kommunen hadde lagt til grunn at morselskap og datterselskap måtte anses som samme foretak, og at vedtaket om å frata ansvarsrett dermed omfattet datterselskapet. Jeg skal ikke gå i detalj her, men KMD la til grunn at ansvarsrett som hovedregel følger foretakets organisasjonsnummer, og at utgangspunktet er at hvert enkelt selskap er et selvstendig rettssubjekt, slik at mor- og datterselskap ikke hefter for hverandres forpliktelser og disposisjoner. Departementet viste videre til eksempler fra rettspraksis på ulovfestede regler om ansvarsgjennombrudd/gjennomskjæring, og viste til at det skal være høy terskel for identifikasjon. Deretter la departementet til grunn at ansvarsrett i motsetning til sentral godkjenning ikke innskrenker foretaksbegrepet til organisasjonsnummeret, og at kompliserte selskapsstrukturer, omorganiseringer eller andre selskapsrettslige endringer ikke bevisst eller ubevisst bør kunne føre til pulverisering av ansvar i byggesaker. Formålet bak reglene om ansvarsrett, og effektivitetshensyn tilsa derfor at foretaksbegrepet ikke skal tolkes slik at identifikasjon mellom mor- og datterselskap er utelukket, men det må foreligge særlige omstendigheter som med tyngde tilsier at hovedregelen om ansvarsbegrensning skal settes til side. I

helhetsvurderingen som må foretas kan det vektlegges at det må unngås at ansvaret som følger av pbl. mister sin realitet.

Overtredelsesgebyr kan ilegges ansvarlig foretak også ved anonyme og kumulative feil og unnlater, se prp. 45 s. 356. Forarbeidene beskriver samme sted foretaksansvaret ved overtredelsesgebyr som tilnærmet objektivt, idet kun hendelige uhell og force majeure-tilfeller faller utenfor.

Rettsvillfarelse må være unnskyldelig – her som ellers gjelder at den som bedriver en aktivitet eller virksomhet må sette seg inn i regelverket som gjelder. F. eks. må en privat tiltakshaver som selv skal forestå et tiltak som ikke krever ansvarlige foretak sette seg inn i plan- og bygningslovgivningen. Da holder det ikke å lese avisomtale av regelverket, for å sette det litt på spissen – her også vise til kommunens innlegg om at det ofte påberopes god tro.

Skyldkravet må vurderes individuelt – dette kommer jeg nærmere tilbake til, men vil bare nevne at skyldkravet må vurderes for hver ansvarlig, ettersom det ikke er gitt at f. eks. tiltakshaver har vært involvert i ulovlige forhold i prosjekterings- eller utførelsesfasen.

Evt. ta med noe av dette hvis det kommer spørsmål:

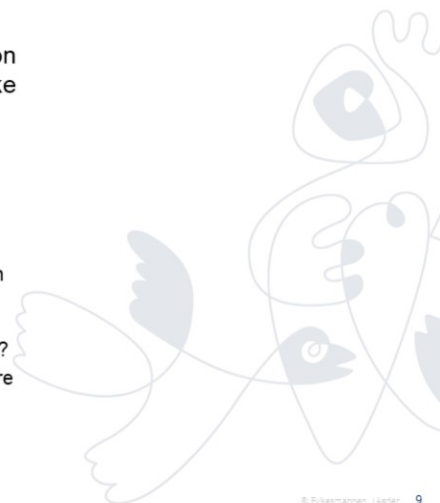
Prp. nr. 45 s. 356: Etter forslaget *femte ledd* første punktum kan det også reageres med overtredelsesgebyr mot et foretak (foretakssanksjon), når en overtredelse som nevnt i første ledd er begått på vegne av foretaket. Dette har sammenheng med ansvarssystemet, som innebærer at en rekke av handlingsnormene i plan- og bygningslovgivningen retter seg mot foretak. Det er rimelig at ansvaret og sanksjonen plasseres hos foretaket når overtredelsen er begått på foretakets vegne, og som regel i foretakets interesse. Et slikt foretaksansvar kan bidra til bedre etterlevelse av handlingsnormene i loven, og motvirke ansvarspulverisering. Begrepet foretak må forstås på samme måte som i straffeloven § 48a andre ledd. Departementet peker i den forbindelse på at foretaksstraff for enkeltpersonforetak ikke vil være aktuelt for foretak uten andre ansatte eller oppdragstakere enn eieren. I slike tilfeller vil det være riktig å rette vedtaket mot personen, ikke foretaket. Det er etter femte ledd andre punktum ikke noe vilkår for å anvende overtredelsesgebyr at man har en enkeltperson i foretaket som ansvarssubjekt. Handlingen eller unnlatsen kan bygge på feil som ikke kan knyttes til enkeltpersoner, herunder anonyme og kumulative feil. Med anonyme feil siktes til tilfeller hvor en konkret gjerningsperson ikke kan utpekes. Kumulative feil står man overfor når flere personers feil summeres, uten at skyldkravet er oppfylt for den enkelte feil. Foretaksansvaret vil således være tilnærmet objektivt, idet kun hendelige uhell og force-majeure-tilfeller faller utenfor.



Uaktsomhet

Bedømme etter den ansvarliges oppfatning av faktisk situasjon på handlingstidspunktet, men uaktsom uvitenhet utelukker ikke overtredelsesgebyr

- Først vurdere hva som er **aktsomhetskravet** – **hva må man enten man er ansvarlig foretak eller tiltakshaver gjøre for å opptre forsvarlig?** Så vurdere dette opp mot det faktiske/objektive hendelsesforløpet som er funnet bevist.
 - Ved **manglende tillatelse** (til å gjøre noe overhodet, eller til å foreta endringer underveis) - er det opptrådt aktsomt i forhold til å sjekke om nødvendig tillatelse forelå?
 - Ved arbeider i **strid med materielle regler, herunder plan** – er det opptrådt aktsomt i forhold til at arbeid ble utført i strid med regler/plan?
 - Ansvarlige foretak skal kjenne regelverket, og jo mer velkjente og klare regler jo lettere foreligger det uaktsomhet



© Fikkemannen, lagget 9

Strekpunkt 1):

F. eks. er plikten til å søke og vente på tillatelse fra kommunen før tiltak igangsettes en grunnleggende og lett tilgjengelig regel, og hvilke tiltak som er søknadspliktige følger av lov og forskrift. Det samme gjelder endringer underveis hvis de er søknadspliktige. F. eks. utvidelse av bebyggd areal i forhold til omsøkt, og som krever ytterligere dispensasjon.

-Hvis det er aktuelt med søknadspliktig endring i utførelsesfasen - kontakte ansvarlig søker, og opplyse om dette, og forsikre seg om at tillatelse og eventuell dispensasjon foreligger før arbeider igangsettes/fortsetter. Gjør man ikke det, er man uaktsom.



Videre om uaktsomhet

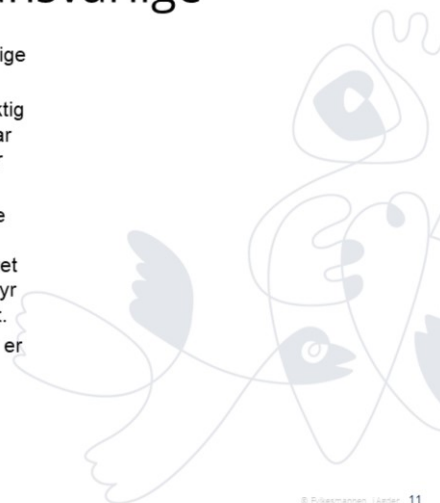
- Vanlige forklaringer: «Vi/jeg trodde ikke det var søknadspliktig», eller «vi/jeg trodde vi/jeg kunne søke etterpå», eller «Vi/jeg trodde ikke det var i strid med plan», eller «vi/jeg trodde ikke det var byggeforbud når det var brygge der fra før – vi rev jo bare den gamle og bygde ny helt lik»
 - Relevante spørsmål å stille seg (gjerne forelegge for tiltakshaver og/eller foretak). Hvilke forundersøkelser gjorde de/han? Hvis lov, forskrift og/eller plan ikke er sjekket eller bare delvis er sjekket - lett å konstatere uaktsomhet. Hvis lov, forskrift og/eller plan er uklar, f. eks. for de mindre tiltakene: Har kommunen blitt kontaktet for veiledning?





Uaktsomhet ved flere aktuelle ansvarlige

- Overtredelsesgebyr til tiltakshaver der tiltaket må forestås av ansvarlige foretak
 - Vurdere individuelt om skyldkravet er oppfylt for tiltakshaver - viktig at saken er tilstrekkelig opplyst – f. eks ikke gitt at tiltakshaver har vært involvert i endringer i utførelsesfasen - noen ganger opptrer foretak ulovlig uten at tiltakshaver har blitt involvert.
 - Vi har i den senere tid hatt saker fra to kommuner der saken ikke var tilstrekkelig opplyst når det gjaldt grunnlaget for å ilegge tiltakshaver overtredelsesgebyr der han hadde videreført ansvaret til ansvarlige foretak. Vi opphevet vedtaket om overtredelsesgebyr til tiltakshaver i begge sakene fordi saken var mangelfullt opplyst.
 - Ved flere ansvarlige i ett tiltak: Husk at hvert overtredelsesgebyr er en sak i forvaltningslovens forstand.



© Fiskerimannen, lagget 11

Eksempel fra en av våre klagesaker: I en av våre kommuner var det blitt foretatt sprengning i forbindelse med utvikling av en næringseiendom. Sprengningen var i strid med gitt tillatelse og i strid med plan. Kommunen hadde ilagt både tiltakshaver og ansvarlig utførende foretak overtredelsesgebyr. Kommunen hadde foretatt en felles skyldvurdering der det ble lagt til grunn at tiltakshaver og ansvarlige foretak burde vært oppmerksomme og kontrollert plassering før det ble sprengt. Vi opphevet vedtaket om overtredelsesgebyr til tiltakshaver, da saken ikke var tilstrekkelig opplyst til å kunne ta stilling til om tiltakshaver hadde opptrådt uaktsomt. Vi la til grunn at tiltakshaver i utgangspunktet hadde videreført sitt ansvar til ansvarlige foretak, og at det måtte foretas individuell skyldvurdering for tiltakshaver. Kommunen hadde ikke utredet om og eventuell i hvilken grad tiltakshaver var involvert i forberedelse til og utførelse av sprengning, og hadde dermed ikke påvist hva som utgjorde uaktsomhet fra tiltakshavers side. Saksdokumentene ga heller ikke grunnlag for en forsvarlig skyldvurdering. Vi ga kommunen veiledning om skritt for å opplyse saken bedre – herunder opplyste vi om muligheten for å be ansvarlig foretak uttale seg om tiltakshavers eventuelle involvering, og at kommunen kan be om å få fremlagt dokumenter som kunne belyse dette (saken om overtredelsesgebyr var ferdig behandlet for foretaket, og selvinkrimineringsvernet gjelder da ikke lenger). Kommunen ble bedt om å redegjøre for eventuelle egne observasjoner av tiltakshavers rolle, og for eventuelle relevante

samtaler mellom kommunen og tiltakshaver. Saken endte med at kommunen ikke ila overtredelsesgebyr til tiltakshaver.