Rundskriv fra Kommunal- og regionaldepartementet - H-1992-17

Myndighet	Rundskriv fra Kommunal- og regionaldepartementet
Dato	1992-09-29
Doknr/publisert	H-1992-17
Stikkord	Forvaltningsloven § 42.
Sammendrag	Forvaltningslovens § 42 ved klage på vedtak i byggesaker etter plan- og bygningsloven
Saksgang	H-17/92 (92/5956 B). Erstatter H-1972-18.
Forfatter	Bolig- og bygningsavdelingen

Innholdsfortegnelse

Rundskriv fra Kommunal- og regionaldepartementet - H-1992-17 1
Innholdsfortegnelse 2
1. Innledning 3
2. Forvaltningsloven § 42 3
Formål - begrunnelse for bestemmelsen 3
Underretning 4
De enkelte elementer 4
Vedtaket 5
Ombudsmannsbehandling 5
Forvaltningsloven § 35 5
4. Nærmere om skjønnsutøvelsen: 5
5. Om saksbehandlingen: 6
Inhabilitet 6
Rask avgjørelse 6
Utredning 7
Begrunnelse 7
Klage - omgjøring 7
Vilkår 7

1. Innledning

Dette rundskriv erstatter tidligere rundskriv av 22. februar 1972, H-1972-18. Hjemmelen for å beslutte utsatt iverksetting ved klage på vedtak i byggesaker var den gang forvaltningsloven § 34. Etter lovrevisjon av 1977 fremgår hjemmelen nå av forvaltningsloven (fvl) § 42.

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 42 lyder:

> «Underinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort. Når en part akter å gå til søksmål eller har reist søksmål for å få vedtaket prøvd ved domstol, kan organ som nevnt utsette iverksettingen til det foreligger endelig dom. For øvrig gjelder det som er bestemt i annen lovgivning om utsettende virkning av klage, søksmål m.m. Det kan settes vilkår for utsettingen. Avslag på anmodning om utsetting skal være grunngitt. Begrunnelsen skal gis samtidig med avslaget.»

Hovedregelen for vedtak i byggesaker etter plan- og bygningsloven (pbl) er at vedtak kan iverksettes straks de er truffet og meddelt parten. Dette innebærer at når det er gitt en byggetillatelse, kan søker sette i gang med byggingen i henhold til tillatelsen. Er det gitt bruksendringstillatelse kan bruksendringen gjennomføres, og er det gitt rivingspålegg/ eventuelt rivingstillatelse, skal/kan bygningen rives.

Vedtak i byggesaker etter plan- og bygningsloven vil som regel være enkeltvedtak som kan påklages til overordnet organ, jf plan- og bygningsloven § 15 og forvaltningsloven § 28. At et vedtak kan bli eller er påklaget er det ikke til hinder for at vedtaket kan gjennomføres. Departementet vil presisere at tiltakshaver bygger på eget ansvar dersom byggearbeider settes igang før klagen er behandlet. Tiltakshaver må selv måtte bære tapet ved en eventuell rivning eller retting dersom klagen blir tatt til følge.

Forvaltningsloven § 42 hjemler adgang til å beslutte at vedtaket helt eller delvis ikke skal kunne gjennomføres før klagefristen er utløpt og/eller inntil klagen er ferdigbehandlet. Tiltakshaver vil da ikke ha rett til å sette igang med byggearbeider før klagen er avgjort. Dersom tiltakshaver likevel setter igang med byggearbeider, kan dette kreves stanset med hjemmel i plan- og bygningsloven § 113.

Departementet har i den tid som har gått siden rundskrivet av 1972 ble gitt, fått forespørsler om et fornyet rundskriv om adgangen til å beslutte utsatt iverksetting i byggesaker. Bakgrunnen er at adgangen til å beslutte utsatt iverksetting ofte ikke benyttes eller benyttes for sent. Fra Sivilombudsmannen har det videre vært pekt på at spørsmålet om utsatt iverksetting ved klage på vedtak i byggesaker ikke alltid er behandlet på en betryggende måte i forvaltningen. Departementet vil med dette rundskriv derfor søke å angi nærmere retningslinjer for anvendelsen av forvaltningsloven § 42 ved klage på vedtak i byggesaker.

Departementet gjør oppmerksom på at forvaltningsloven § 42 også hjemler adgang til å beslutte utsatt iverksetting av vedtak i forbindelse med søksmål ved domstolene. Forvaltningsloven § 42 angir at når en part akter å gå til søksmål eller har reist søksmål for å få vedtaket prøvd ved domstol, kan organ som nevnt utsette iverksettingen til det foreligger endelig dom. Fremgangsmåten for behandling av spørsmål om utsatt iverksetting i forbindelse med søksmål, vil være den samme som for behandling i forbindelse med klage.

2. Forvaltningsloven § 42

Formål - begrunnelse for bestemmelsen

Bakgrunnen for at det er gitt adgang til å beslutte utsatt iverksetting av vedtak, er rettsikkerhetshensyn. Ved å beslutte utsatt iverksetting av et vedtak kan man forhindre at gjennomføringen av vedtaket medfører uopprettelig skade eller tap.

Dersom klage på en gitt byggetillatelse blir tatt til følge, og bygningen allerede helt eller delvis er oppført, må byggetiltaket rives. Dette betyr økonomisk tap for byggherren. Tilsvarende kan det foreligge en uopprettelig skade/tap dersom en bygning er revet i henhold til gitt rivingstillatelse og tillatelsen oppheves etter klagebehandling.

Dersom en bygning er oppført når klagen på byggetillatelsen er til behandling, kan det heller ikke utelukkes at dette indirekte kan påvirke klagebehandlingen. En beslutning om utsatt iverksetting kan derfor også bidra til å sikre en fri og uavhengig klagebehandling.

Hensynet til den som klager tilsier også ofte at det blir besluttet utsatt iverksetting mens klagen er til behandling. For klager er det lite tilfredsstillende at et påklaget vedtak gjennomføres mens klagen er til behandling.

Underretning

I praksis viser det seg at mange klagere ikke er klar over hvilken virkning en klage i byggesak kan ha. Departementet gjør oppmerksom på regelen i forvaltningsloven § 27 tredje ledd. Etter denne bestemmelsen plikter myndighetene å underrette parten om adgangen til å be om at gjennomføringen utsettes. Dette gjelder dersom vedtaket kan tenkes gjennomført til skade for parten før klagesaken er avgjort.

De enkelte elementer

I forvaltningsloven § 42 står det:

> «Underinstansen, klageinstans eller overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort.»

«Underinstansen, klageinstansen, overordnet organ»

Etter forvaltningsloven § 42 kan beslutning om utsatt iverksetting fattes av underinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ. For vedtak i byggesaker vil dette normalt henholdsvis være bygningsrådet (eventuelt administrasjonen), fylkesmannen eller departementet.

«Kan beslutte»

Utsatt iverksetting av vedtak inntrer ikke automatisk etter forvaltningsloven § 42. Som nevnt ovenfor er hovedregelen at en klage på et vedtak ikke medfører utsatt iverksetting av vedtaket. Det må fattes særskilt avgjørelse dersom en slik virkning skal inntre.

Anmodning om at det bør besluttes utsatt iverksetting fremsettes ofte av den som klager, men underinstansen, klageinstansen eller annet overordnet organ kan også treffe beslutning etter eget tiltak.

Det må fattes en særskilt avgjørelse for hvert tilfelle. Det kan følgelig ikke med hjemmel i forvaltningsloven § 42 generelt besluttes at alle eller enkelte typer vedtak i byggesaker skal/ikke skal innebære utsatt iverksetting.

I særlover kan det være gitt spesielle bestemmelser om utsatt iverksetting ved klager. Spesialbestemmelser om utsatt iverksetting vil gå foran forvaltningsloven § 42. Det er *ikke* gitt egne bestemmelser om utsatt iverksetting ved klage på vedtak i byggesaker etter plan- og bygningsloven. Dersom det skal inntre utsatt iverksetting av vedtak i byggesaker, må det derfor fattes avgjørelse om dette.

Det er her viktig å være oppmerksom på forskjellen til ekspropriasjonssaker. Etter oreigningsloven § 5 annet ledd følger at klage over vedtak om ekspropriasjon har utsettende virkning. Dette gjelder også ved ekspropriasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven, jf oreigningsloven § 30.

«Før klagefristen er ute eller klagen er avgjort»

Forvaltningsloven § 42 angir at det kan besluttes at vedtaket ikke kan gjennomføres (utsatt iverksetting) før klagefristen er ute eller inntil klagen er avgjort. Med «klagefristen» må legges til grunn den ordinære klagefristen på tre uker etter forvaltningsloven § 29 første ledd. Det er her ikke tenkt på f.eks. fristen på et år etter forvaltningsloven § 31. Førsteinstansen kan dermed beslutte at vedtaket ikke skal gjennomføres før klagefristen er ute samtidig som realitetsvedtak treffes. Det er som nevnt ovenfor viktig å være klar over at beslutning om utsatt iverksetting kan treffes selv om det ikke er begjært av en part, dvs at vedtaksorganet etter eget tiltak kan beslutte utsatt iverksetting. Dette fremkommer forutsetningsvis av at det kan besluttes utsatt iverksetting inntil klagefristen er utløpt. Før dette vil man ikke vite om det vil foreligge noen klage.

Vedtaket

Når klagen er avgjort, jf forvaltningsloven § 28, gir forvaltningsloven § 42 ikke hjemmel til å beslutte at gjennomføringen skal utsettes med mindre dette gjøres i sammenheng med søksmål ved domstolene.

En forutsetning for at det skal være aktuelt å beslutte utsatt iverksetting er at vedtaket innebærer noe som kan iverksettes/gjennomføres. I de tilfeller man har fått avslag på en søknad vil vedtaket ikke innebære noe å gjennomføre og det vil ikke være aktuelt å anvende forvaltningsloven § 42. Hvis man f.eks. har fått avslått en søknad om å rive en bygning, gir forvaltningsloven § 42 ikke hjemmel til å beslutte at rivingen likevel kan gjennomføres.

Ombudsmannsbehandling

Forvaltningsloven § 42 vil heller ikke være aktuell dersom det som kan iverksettes etter vedtaket allerede er gjennomført. Hva det aktuelle vedtaket innebærer å iverksette og når dette er gjennomført må fastlegges konkret for hvert tilfelle. Dersom et byggetiltak (f.eks. påbygging) er gjennomført, kan man ikke med hjemmel i forvaltningsloven § 42 beslutte at tiltaket skal fjernes og først eventuelt gjenoppføres etter at klagen er ferdigbehandlet. Dersom en bygning er oppført i henhold til gitt byggetillatelse, kan man ikke med hjemmel i forvaltningsloven § 42 beslutte at bygningen ikke kan tas i bruk før en foreliggende klage er ferdigbehandlet. Gjelder vedtaket imidlertid tillatelse til bruksendring, kan det besluttes at bruksendringen ikke skal skje før klagen er avgjort, men man kan ikke med hjemmel i forvaltningsloven. § 42 stoppe bruken dersom den allerede er iverksatt.

Vi gjør oppmerksom på at forvaltningsloven § 42 også vil være aktuell i forbindelse med klage på pålegg etter plan- og bygningsloven § 113. Vi viser forøvrig til særskilt omtale i rundskriv H-1989-44 av 15. september 1989.

Forvaltningsloven § 35

Forvaltningsloven § 42 hjemler ikke adgang til å beslutte utsatt iverksetting når et vedtak bringes inn for Sivilombudsmannen for behandling og uttalelse. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at forvaltningsloven er under revisjon i Justisdepartementet, og at det i denne forbindelse vurderes om forvaltningsloven § 42 også skal gi hjemmel til å beslutte utsatt iverksetting av vedtak i forbindelse med at en sak er eller kan bli brakt inn for Sivilombudsmannen. Dersom dette lovendringsforslaget blir vedtatt, vil departementet særskilt informere om dette.

Forvaltningsloven § 42 gir heller ikke hjemmel for å beslutte utsatt iverksetting av et vedtak i forbindelse med en eventuell omgjøringsvurdering etter forvaltningsloven § 35. I de tilfelle hvor vilkårene for omgjøring etter forvaltningsloven § 35 foreligger, vil imidlertid forvaltningsloven § 35 kunne hjemle eventuell beslutning om utsatt iverksetting av det vedtaket som overprøves. Det er viktig å være klar over at det i disse tilfelle er forvaltningsloven § 35 som er hjemmel for utsatt iverksetting, og ikke forvaltningsloven § 42. Adgangen til å beslutte utsatt iverksetting som ledd i en omgjøringsvurdering, tilligger det forvaltningsorgan som har omgjøringskompetansen. Grunnlaget for den lovforståelse om at forvaltningsloven § 35 også kan hjemle adgang til å beslutte utsatt iverksetting, er at det forvaltningsorgan som har kompetanse til å omgjøre vedtaket også bør kunne beslutte at vedtaket ikke kan gjennomføres før det er avgjort om vedtaket skal omgjøres.

4. Nærmere om skjønnsutøvelsen:

Beslutning om utsatt iverksetting er en avgjørelse etter fritt skjønn. Sivilombudsmannen har uttrykt vurderingen slik: «Avgjørelsen vil måtte bero på et helhetlig skjønn basert på en foreløpig vurdering av klagen og av de ulike interesser og forhold knyttet til selve klagesaken». (Sivilomb. årsmelding 1985 s. 154 [somb-1985-69]).

Det sentrale for vurderingen vil være en avveining av de fordeler og de ulemper en beslutning om utsatt iverksetting vil gi. De momenter som taler for at det gis utsatt iverksetting vil bl.a. være de hensyn som nevnt under formålet med bestemmelsen.

Et viktig moment i avveiningen er hvorvidt det konkrete tilfelle er slik at en klage bør medføre utsatt iverksetting av vedtaket for at klagen skal få en reell behandling. Man må vurdere sakens art, hva vedtaket går ut på og hvilke konsekvenser gjennomføring av vedtaket før klagen er avgjort vil gi. Dette vil f.eks. særlig være aktuelt i forbindelse med rivingstillatelser. I disse tilfeller er det nærmest en forutsetning for en reell klagebehandling at den aktuelle bygning ikke er revet når klagebehandlingen tar til.

I vurderingen vil det også måtte tas hensyn til klagens innhold. Direkte ubegrunnede og nærmest meningsløse klager vil tale imot at det gis utsatt iverksetting av vedtaket. I slike tilfelle vil utsatt iverksetting bare medføre unødvendig forsinkelse. Man bør imidlertid være forsiktig med å tillegge klageinnholdet alene avgjørende vekt. Det må da være åpenbart at klagen ikke vil føre frem. Klageinstansen kan prøve alle sider av saken og kan også ta hensyn til nye omstendigheter, jf forvaltningsloven § 34 annet ledd. Dette kan innebære at selv om en klage synes ubegrunnet og åpenbart ikke får noen betydning for den endelige resultat, kan den foreløpige vurdering av klagesaken gi så klare signaler om f.eks. manglende lovhjemmel eller andre feil, at dette må inngå som et viktig moment for at det besluttes utsatt iverksetting. I tillegg til en foreløpig vurdering av klagen, må man altså sammenholde denne med en vurdering av saken forøvrig. Sakens sannsynlige utfall vil således være et moment i avveiningen.

Dersom det er av vesentlig betydning for tiltakshaver å få satt igang tiltaket så fort som mulig, vil dette kunne være et moment for at det ikke gis utsatt iverksetting av vedtaket. Tilsvarende også i forhold til andre typer vedtak hvor den som er direkte tilgodesett har sterke interesser i å få gjennomført vedtaket med en gang. Dersom avgjørelsesorganet tillegger en slik interesse avgjørende vekt, bør den aktuelle parten minnes om at tiltaket gjennomføres på egen risiko, og at man kan risikere endring etter klagebehandlingen. Generelt må man være forsiktig med å tillegge byggherres ønske om umiddelbar gjennomføring avgjørende vekt. Dette må nøye ses i sammenheng med de hensyn som taler for utsatt iverksetting under klagebehandlingen.

5. Om saksbehandlingen:

En avgjørelse om utsatt iverksetting er *en prosessuell avgjørelse*. Flere av forvaltningslovens saksbehandlingsregler vil derfor ikke komme direkte til anvendelse. Dette gjelder bl.a. forvaltningsloven kap. IV om saksforberedelse ved *enkeltvedtak* jf forvaltningsloven § 3 første ledd.

Forvaltningsloven kap. I til III er derimot generelle regler som også kommer til anvendelse ved behandlingen av saken etter forvaltningsloven § 42.

Inhabilitet

Dersom en tjenestemann er inhabil til å behandle selve realiteten i saken, vil denne heller ikke kunne behandle spørsmål om utsatt iverksetting i saken.

Rask avgjørelse

Etter forvaltningsloven § 11 a skal saken avgjøres uten ugrunnet opphold. I saker om utsatt iverksetting av et vedtak, er en rask avgjørelse svært viktig. Behandlingen av spørsmål om utsatt iverksetting er et eget, selvstendig ledd i den forvaltningsmessige behandlingen av en sak. Hvorvidt det skal besluttes utsatt iverksetting må derfor i de fleste tilfelle behandles uavhengig av klagebehandlingen forøvrig. Vurderingen av om det skal besluttes utsatt iverksetting vil følgelig være en egen «sak». Departementet kan til orientering opplyse om at det i forbindelse med revisjonen av forvaltningsloven også vurderes å innta krav om rask saksbehandling uttrykkelig i forvaltningsloven § 42.

Når en klage kommer inn er det derfor nødvendig med en rask gjennomgang av saken for å se om partene har begjært utsettende virkning eller om det kan være aktuelt for myndighetene å beslutte dette av eget tiltak. Dette må skje med en gang saken kommer inn, selv om det er lang saksbehandlingstid ved kontoret. Når dette spørsmål er behandlet, kan så saken eventuelt legges til side for å realitetsbehandles senere. Dersom underinstansen selv ikke finner å ta anmodning om utsatt iverksetting til følge, må underinstansen oversende spørsmålet om utsatt iverksetting til klageinstansen.

Utredning

En avgjørelse om utsatt iverksetting må utredes forsvarlig. Prinsippet i forvaltningsloven § 17 om at saken skal være så godt opplyst som mulig før avgjørelse blir truffet, vil også gjelde disse beslutninger.

Begrunnelse

Forvaltningsloven § 42 annet ledd angir at et avslag på begjæring om utsatt iverksetting skal begrunnes og at begrunnelsen skal gis samtidig med avslaget. Begrunnelsen må redegjøre for hva man har funnet å være avgjørende momenter mot å gi utsatt iverksetting.

Det fremgår ikke uttrykkelig av loven hvorvidt avslag skal være skriftlig. Departementet legger til grunn at både avslag og beslutning om utsatt iverksetting bør gis skriftlig. Hvis det haster med å få informert parten, bør man informeres pr. telefon inntil avgjørelsen foreligger skriftlig.

Klage - omgjøring

En beslutning om utsatt iverksetting er som nevnt en prosessuell avgjørelse og ikke enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Dette innebærer at en avgjørelse om utsatt iverksetting ikke kan formelt påklages etter forvaltningsloven, fordi forvaltningslovens regler om klage kun gjelder enkeltvedtak, jf forvaltningsloven § 28 jf § 3.

Underinstansen, klageinstansen og annet overordnet organ har imidlertid hver for seg myndighet til å fatte beslutning om utsatt iverksetting etter forvaltningsloven § 42.

Partene vil derfor kunne anmode klageinstansen eller overordnet organ om å behandle spørsmålet på nytt selv om underinstansen har eller ikke har besluttet utsatt iverksetting. Det at bygningsrådet tidligere har behandlet saken og for sin del ikke funnet å gi klagen utsatt iverksetting, er følgelig ikke til hinder for at fylkesmannen kan beslutte utsatt iverksetting.

Tilsvarende vil fylkesmannen og annet overordnet organ også kunne omgjøre underinstansens vedtak om å beslutte utsatt iverksetting. Vi gjør oppmerksom på at departementet på dette punkt har endret sitt standpunkt i forhold til tidligere rundskriv H-1972-18. Departementet la til grunn at klageinstansen ikke kunne omgjøre underinstansens vedtak om å gi utsatt iverksetting.

Som utgangspunkt vil klageinstansen og annet overordnet organ ikke være bundet av det standpunkt underinstansen har kommet til. Departementet vil imidlertid fremheve at man bør være forsiktig med å omgjøre underinstansens avgjørelse om å gi utsatt iverksetting. Dette bør i alminnelighet bare skje dersom det foreligger f.eks. nye opplysninger eller endrede forhold som tilsier at den foreliggende beslutning ikke bør opprettholdes. Dette må også legges til grunn for underinstansens eventuelle vurderinger om å omgjøre sin egen tidligere beslutning om å gi et vedtak utsatt iverksetting.

Vilkår

Forvaltningsloven § 42 annet ledd angir at det kan settes vilkår for utsettingen. Det har vært og er fortsatt usikkerhet med hensyn til hvilke vilkår det eventuelt er aktuelt å sette i forbindelse med utsatt iverksetting ved klage i byggesaker. I lovforarbeidene ble det generelt uttalt at det man først og fremst tenkte på var vilkår som sikrer at gjennomføringen av vedtaket ikke umuliggjøres eller vesentlig vanskeliggjøres ved en eventuell utsetting, og at dette best kan skje ved at det legges et visst bånd på partens rådighet. Det sies også at adgangen til å sette vilkår må være svært vid, men at det likevel må være klart at vilkårene ikke må legge et strammere bånd på parten enn de som følger av selve vedtaket.

Kommunaldepartementet har forelagt spørsmål om man kan stille krav om sikkerhetsstillelse for mulig utgifter eller tap for å gi et byggesaksvedtak utsatt iverksetting for Justisdepartementet. Til dette uttrykte Justisdepartementet tvil om hvor hensiktsmessig et slikt vilkår er, siden det bare unntakelsesvis kan tenkes at en part kommer i erstatningsansvar for motpartens tap som følge av klage eller søksmål.

Etter Kommunaldepartementets vurdering av situasjonen ved klage på vedtak i byggesaker, vil det å stille slikt vilkår i alminnelighet være lite praktisk.

Kommunaldepartementet
Bolig- og bygningsavdelingen