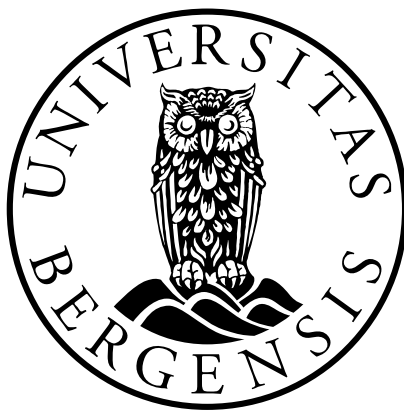


Domstolskontroll av utbyggingsavtalers innhold

*Domstolens adgang til å prøve nødvendigheten
av tiltak utbygger forpliktes til å besørge eller
bekoste i utbyggingsavtaler*

Kandidatnummer: 197

Antall ord: 14979



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2020

| | | |
|-----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1. | Introduksjon | 4 |
| 1.1 | Oppgavens tema og problemstilling | 4 |
| 1.2 | Temaets aktualitet | 6 |
| 1.3 | Metode | 7 |
| 1.4 | Fremstillingen videre | 8 |
| 2. | Læren om domstolskontrollen | 8 |
| 2.1 | Høyesteretts argumentasjonsmønster ved vurderingen av prøvingsadgangen | 8 |
| 2.2 | Overordnede hensyn bak kompetansefordelingen | 10 |
| 2.2.1 | Maktfordelingshensyn | 10 |
| 2.2.2 | Domstolenes forutsetninger for prøving | 10 |
| 2.2.3 | Hensynet til borgernes rettssikkerhet | 11 |
| 3. | Offentlig myndighetsutøvelse eller en privatrettslig avtale? | 12 |
| 4. | Vurderingen av domstolens adgang til å prøve nødvendigheten av tiltak utbygger skal besørge eller bekoste etter en utbyggingsavtale | 13 |
| 4.1 | Innledende bemerkninger | 13 |
| 4.1.1 | Relevant underrettspraksis | 13 |
| 4.2 | Vilkårets ordlyd og betydningen for prøvingsadgangen | 14 |
| 4.3 | Formålet med lovreguleringen | 16 |
| 4.4 | Lovens forarbeider om domstolens prøvingsadgang | 17 |
| 4.4.1 | Innledende bemerkninger | 17 |
| 4.4.2 | Uttalelse om domstolens rolle | 17 |
| 4.4.3 | Uttalelser om bevisbyrden | 18 |
| 4.4.4 | Uttalelser om myndighetsmisbrukslæren | 18 |
| 4.4.5 | Forarbeidenes betydning for prøvingsnormen | 19 |
| 4.5 | Nødvendighetsvilkårets materielle innhold og betydningen for domstolens prøvingskompetanse | 20 |
| 4.5.1 | Den materielle rettsregelens innhold | 20 |
| 4.5.2 | Den materielle rettsregelens betydning for prøvingsadgangen | 21 |

| | | |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 4.6 | Bestemmelsens forhistorie - den ulovfestede vilkårslærens betydning for prøvingsnormen | 22 |
| 4.6.1 | Innledende om lovhistorikken og betydningen for prøvingsadgangen | 22 |
| 4.6.2 | Den ulovfestede vilkårslæren og dens begrensninger | 22 |
| 4.6.3 | Avtalekompetansen som kompetansegrunnlag og dets begrensninger | 23 |
| 4.6.4 | Betydningen for domstolens prøvingsrett | 24 |
| 4.6.5 | Vilkårslærens supplerende funksjon | 25 |
| 4.7 | Tilsier maktfordelingshensyn at domstolens prøvingsadgang er begrenset? | 26 |
| 4.8 | Er domstolen tilstrekkelig egnet til å overprøve nødvendighetsvurderingen i pbl. § 17-3 tredje ledd? | 27 |
| 4.9 | Er utbyggers rettsikkerhet tilstrekkelig ivaretatt ved en begrenset prøving av tiltakenes nødvendighet? | 29 |
| 5. | Konkluderende betraktninger om domstolens prøvingskompetanse etter pbl § 17-3 tredje ledd | 31 |
| | Kilderegister | 34 |
| | Litteratur | 34 |
| | Norske lover og forskrifter | 36 |
| | Forarbeider, forhandlinger i Stortinget og offentlige publikasjoner | 36 |
| | Rettsavgjørelser | 37 |

1. Introduksjon

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens tema er domstolskontrollen med utbyggingsavtalers innhold. Den overordnede problemstilling er om domstolen har kompetanse til å prøve om tiltak utbygger etter utbyggingsavtalen skal besørge eller bekoste er «nødvendige for å gjennomføre et planvedtak», jf. pbl. § 17-3 tredje ledd første punktum.

En utbyggingsavtale er en avtale mellom utbygger eller grunneier om gjennomføringen av en arealplan. Det som kjennetegner en utbyggingsavtale er at kommunen bruker sin kompetanse som planmyndighet som grunnlag for avtalen.¹ Avtalen innebærer typisk at kommunen vedtar en foreslått reguleringsplan, gir byggetillatelse, rammetillatelse eller dispensasjon fra byggeforbud mot at utbygger bekoster eller utfører nærmere avtalte tiltak som kommunen ellers har ansvaret for. I praksis inngås utbyggingsavtaler først og fremst i de tilfeller hvor det allerede foreligger, eller hvor kommunen vedtar reguleringsplan med rekkefølgekrav. Etter pbl. § 12-7 nr. 10 kan kommunen, i nødvendig utstrekning, gi bestemmelser om at utbyggingen innen et gitt planområdet ikke kan finne sted før nærmere tiltak, oftest infrastrukturtiltak, er tilstrekkelig etablert. I realiteten medfører dette et byggeforbud på planområdet frem til bestemmelsene er oppfylt. Utbyggingsavtalen er et sentralt verktøy for en utbygger som ønsker å komme rundt slike bestemmelser, ved at utbygger påtar seg å oppfylle hele eller deler av bestemmelsene. Selv om rekkefølgekravene ikke formelt pålegger utbygger å gjennomføre tiltakene, vil utbygger ofte ta regningen for å sikre effektivitet og forutsigbarhet i plan- og byggeprosessen. Kommunen kan derfor i realiteten nærmest fremtvinge en utbyggingsavtale med utbygger ved å innta rekkefølgebestemmelser i arealplan.²

Tidligere var ikke utbyggingsavtaler regulert ved lov. Både grunnlaget for og rekkevidden av adgangen til å inngå utbyggingsavtaler var noe uklart.³ Etterhvert som bruken av utbyggingsavtaler økte, og avtalene stadig gikk lenger i å stille krav ovenfor utbyggeren, ble det større fokus på kommunens forhandlingsposisjon. Til tross for at utbyggingsavtalen er en gjensidig frivillig avtale, er balansen noe forstyrret. Kommunen kan fritt velge å ikke gi byggetillatelse eller reguleringsvedtak dersom utbygger ikke går med på de kravene kommunen stiller. Utbyggeren har på sin side ofte et større behov for kommunens ytelse. Kommunen har altså det beste forhandlingskortet på sin hånd. Man ønsket derfor å danne klarere rammer for bruken av utbyggingsavtalene.⁴ I 2005 ble bruken av utbyggingsavtaler lovregulert i plan og bygningsloven av 1985 kapittel XI-A. Bestemmelsene er videreført uendret i dagens plan og bygningslov kapittel 17.⁵ Bestemmelsen i § 17-3 regulerer hvilket innhold en utbyggingsavtale kan ha, og bestemmelsens tredje ledd hvilke krav som lovlig kan settes ovenfor en utbygger:

”Avtalen kan også gå ut på at grunneier eller utbygger skal besørge eller helt eller delvis bekoste tiltak som er *nødvendige for gjennomføringen av planvedtak*. Slike tiltak må stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag til gjennomføringen av planen og forpliktelser etter avtalen. Kostnadene som belastes

¹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 5 og pbl. § 17-1.

² Pedersen m. fl. (2018) s. 537.

³ Se kapittel 4.6.

⁴ Ot.prp. nr. 22(2004-2005) s. 6.

⁵ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 306.

utbygger eller grunneier til tiltaket, må stå i forhold til den belastning den aktuelle utbygging påfører kommunen [mine uthevninger]”.⁶

Lovreguleringen har imidlertid ikke løst alle problemer. Det har i ettertid vært usikkerhet og uenigheter om innholdet i disse skjønsmessige kriteriene, og særlig vilkåret «nødvendige for gjennomføringen av planvedtak.» Nødvendighetskriteriets skjønsmessige karakter leder imidlertid ikke bare til usikkerhet om dets innhold, men også om domstolens adgang til å prøve den konkrete nødvendighetsvurderingen ved domstolsbehandling. Dette er temaet for denne oppgaven.

Domstolskontrollen refererer til domstolenes adgang til å prøve lovligheten av forvaltningens avgjørelser. Forvaltningen må ved sin myndighetsutøvelse holde seg innenfor den kompetansen de er gitt ved lov. Domstolens skal ved domstolskontrollen sikre at dette overholdes. Prøvingsretten ble lenge ansett som en konstitusjonell sedvanerettslig regel basert på langvarig rettspraksis.⁷ Nylig ble Grunnloven § 89 endret til å omfatte domstolens kontroll med forvaltningsavgjørelser. Etter bestemmelsens ordlyd har domstolen blant annet «rett og plikt til å prøve om det strider mot (...)landets lover å anvende *andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet* [min uthevning]». Domstolens rett til å overhodet prøve forvaltningens avgjørelser kan det derfor ikke fravikes ved lov. Intensiteten, eller omfanget av domstolenes prøvingsrett i det enkelte tilfelle kan derimot begrenses.

Hvor loven legger den konkrete vurderingen til forvaltningens «frie» skjønn, må domstolen avstå fra å prøve denne vurderingen fullt ut. Det sies gjerne at domstolen ikke kan overprøve subsumsjonen, dvs. anvendelsen av rettsregelen på sakens faktiske forhold.⁸ Domstolenes oppgave er å prøve avgjørelsens lovlighet, dvs. hvorvidt forvaltningen har holdt seg innenfor de rettslige grensene som følger av loven. Dersom en kompetansebestemmelse gir forvaltningsorganet et større skjønnsrom, hvor flere mulig utfall er innenfor disse rettslige grensene, kan domstolen måtte avstå fra å prøve den konkrete vurderingen.⁹ Domstolene skal ikke prøve forvaltningens hensiktsmessighet- eller rimeligvurderinger.¹⁰ Det avgjørende for domstolens kompetanse er derfor hvorvidt den konkrete vurderingen, eller subsumsjonen, er fullt ut rettslig styrt.¹¹ Hvis vurderingen er fullt ut styrt av rettslige regler, så vil domstolen kunne prøve den opp mot disse rettslige begrensningene.¹² Dersom domstolen i stor grad overprøver åpne og skjønsmessige vurderinger uten rettslige begrensninger, kan domstolen risikere å trå ut av sitt mandat som dømmende makt og over i forvaltningens oppgaver som utøvende makt.¹³

I tråd med Grl. § 89 kan ikke loven frata domstolen prøvingsretten i sin helhet. Domstolen kan derfor alltid prøve forvaltningens personelle kompetanse, lovforståelse, saksbehandling

⁶ Pbl. § 17-3 (3).

⁷ NUT 1958: 3 s. 368, Innjord (2015) s. 618.

⁸ Se blant annet Rt. 2007 s. 257 (36).

⁹ Innjord (1996) s. 172 mener det derfor er mer treffende å si at domstolen avstår fra å prøve *den konkrete vurdering* fremfor *subsumsjonen*.

¹⁰ Se blant annet NUT 1958: 3 s. 370.

¹¹ Innjord (1996) s. 164, Eckhoff og Smith (2018) s. 363 og 374, Stub (2008) s. 169 og Prop. 64 L (2016-2017) s. 9 hvor det uttales at «[r]ettsbruksskjønnet er fullt ut styrt av rettsreglane, til forskjell frå det frie skjønnet eller hensiktsmessigskjønnet.».

¹² Det finnes flere tilnærminger til forvaltningsskjønnet og domstolskontrollen. Det overnevnte synet omtales som den *materielle tilnærming*. Etter den *formelle tilnærmingen* ses derimot alle vurderinger etter loven på som rettslig styrte, og den manglende domstolskontrollen som et resultat av en hensiktsmessig kompetansefordeling mellom domstolene og forvaltningen, se Graver (2019) s. 252, Moen (2018) s. 13-14, Krarup (1969) s. 6-7, og Bernt (2016) s. 330-331.

¹³ Kapittel 2.2.1.

og hvorvidt de faktiske forhold lagt til grunn for avgjørelsen er korrekte.¹⁴ Og etter den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren kan domstolen alltid prøve visse sider av avgjørelsens innhold; om forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn, om avgjørelsen er vilkårlig eller åpenbart urimelig, eller om den innebærer usaklig forskjellsbehandling.¹⁵ Skillet mellom skjønnsmessige kriterier domstolen kan og ikke kan prøve har i teorien en rekke navn.¹⁶ I nyere teori er det vanlig å betegne vurderingene domstolen kan prøve fullt ut som *rettsanvendelsesskjønn*, og vurderingene domstolen må avstå fra å prøve fullt ut for *fritt skjønn* eller *forvaltningsskjønn*. I det følgende benyttes disse begrepene som navn på resultatet om domstolens prøvingsrett.¹⁷

Lovgiver kan gi forvaltningen en slik skjønnsfullmakt på flere måter. Dersom det i loven er åpnet for at forvaltningen «kan» benytte seg av en gitt kompetanse, uten at det er angitt grenser for når kompetansen kan benyttes eller hvilket innhold avgjørelsen kan ha, er forvaltningen ofte gitt et såkalt *fritt hensiktsmessighetsskjønn*. Denne formen for skjønn omtales også som «*kan*»-*skjønn*.¹⁸ Der loven gir en slik kompetanse, vil domstolen som regel måtte avstå fra å prøve subsumsjonen.¹⁹ Også hvor det er benyttet vage og skjønnsmessige vilkår for når en kompetanse kan benyttes, eller hvilket innhold en avgjørelse kan ha, kan loven åpne for skjønn. I slike tilfeller må domstolen mer inngående vurdere hvorvidt forvaltningen er gitt et fritt skjønn. Det er nettopp domstolens kompetanse til å prøve et slikt skjønnsmessig vilkår, ved «nødvendig» i § 17-3 tredje ledd, oppgaven i det videre skal vurdere.

1.2 Temaets aktualitet

Oppgavens tema er aktuelt av flere grunner. For det første finnes ingen rettskraftige avgjørelser som behandler spørsmålet om domstolens adgang til å prøve nødvendighetskriteriet i pbl. § 17-3 tredje ledd. Spørsmålet er også lite behandlet i den juridiske litteraturen.²⁰

For det andre er det selv etter lovreguleringen usikkerhet om hvor langt kommunen kan gå når det stilles krav til utbygger i utbyggingsavtale.²¹ Entra-saken er et eksempel på dette.²² Saken er behandlet i tingretten, men er anket til lagmannsretten og har derfor ikke rettskildemessig betydning. Hovedspørsmålet for retten var gyldigheten av utbyggingsavtale mellom Oslo kommune og Tullinkvartalet AS og Universitetsgaten 7 AS, som eies av Entra Eiendom ASA. Partene var blant annet uenige om hva som lå i kravet om nødvendighet, og om de aktuelle tiltakene oppfylte dette kravet. Domstolen måtte derfor først ta stilling til om de hadde kompetanse til å prøve nødvendigheten av tiltakene etter § 17-3 tredje ledd. Tingretten fant at de hadde slik prøvingsadgang, og at de aktuelle tiltakene ikke var nødvendige.

¹⁴ Rt. 2011 s. 304 (55). sml. Graver (2015) s. 249 som legger til grunn at lovtolkningen ikke alltid kan prøves fullt ut.

¹⁵ Rt. 2011 s. 304 (55), Hopsnes (2013) s. 173-174 og Aulstad (2008) s. 262-263.

¹⁶ Tøssebro (2019) s. 188 flg.

¹⁷ Eckhoff og Smith (2018) s. 365. Sml. Boe (2007) s. 69 flg. som benytter en «funksjonell» beskrivelse av skjønnsutøvelsen, og Tøssebro (2019) s. 194 flg. som tar utgangspunkt i kompetansenormen ved inndelingen.

¹⁸ Rt. 2015 s. 1232 (33) og Moen (2018) s. 43.

¹⁹ Rt. 2015 s. 1232 (33).

²⁰ Martin Lie Hauge (2019) s. 302 og Eckhoff og Smith (2018) s. 435 behandler temaet kort.

²¹ Se blant annet rapport fra Bygg21 «Utbyggingsavtaler - byrdefordeling i ubalanse» (2018) s. 6.

²² TOSLO-2018-132587.

Denne usikkerheten har videre ledet til at det er varslet en lovrevisjon om utbyggingsavtaler.²³ Det er usikkert hva en eventuell lovrevisjon vil innebære. I rapporten «Utbyggingsavtaler–byrdefordeling i ubalanse», utarbeidet på oppdrag fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet, er det foreslått at departementet bør utforme en ny NOU for å presisere vilkårenes innhold slik at tolkningstvilen reduseres.²⁴ Rapporten går imidlertid ikke inn på problematikken rundt domstolens prøvingsadgang.

For det tredje er utbyggingsavtalene av en noe spesiell rettslig karakter. Avtalen befinner seg i grenseland mellom det offentligrettslige og privatrettslige området. Det er derfor interessant å se på konsekvensene dette kan ha for domstolens prøvingskompetanse.

1.3 Metode

Det relevante rettskildet bildet er sammensatt. Domstolskontrollen med forvaltningsavgjørelser følger nå av Grl. § 89. Bestemmelsen var imidlertid kun ment som en kodifisering av læren utviklet i rettspraksis.²⁵ Rettspraksis er derfor den mest sentrale rettskilden ved vurderingen av om et lovvilkår er forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn. Domstolens prøvingsadgang er et tema i mange Høyesterettsdommer. Det er derfor ikke nødvendig å se hen til underrettspraksis. Dommene som benyttes er valgt ut fordi de er av nyere tid, og fordi Høyesterett i premissene går relativt grundig inn i den konkrete vurderingen av prøvingsadgangen. Avgjørelsene er fra ulike rettsområder, og ingen omhandler utbyggingsavtaler eller pbl. § 17-3 tredje ledd. De er likevel høyst relevante, ettersom de viser høyesteretts argumentasjonsmønster ved spørsmålet om domstolsprøving.

Juridiske litteratur har også spilt en stor rolle ved utviklingen av læren.²⁶ Det er skrevet mye om domstolskontrollen og dens grunnlag, og det finnes flere tilnærminger til forvaltningsskjønnet og domstolskontrollen. Ettersom oppgaven søker å avdekke gjeldende rett, er fokuset på hvordan Høyesterett faktisk argumenterer i rettspraksis. Hvor mer teoretiske diskusjoner er av interesse vil dette vises til.

Vurderingen av domstolens prøvingsadgang er først og fremst en tolkningsprosess.²⁷ Ved tolkningen av nødvendighetskriteriet får lovens forarbeider en særlig betydning. Bestemmelsen er relativt ny, og reguleringen av utbyggingsavtalene er grundig behandlet i forarbeidene. Relevante uttalelser vil derfor potensielt ha stor rettskildemessig vekt. Metodiske utfordringer er imidlertid at utredningene ble skrevet av to ulike utvalg, Planlovutvalget²⁸ og Bygningslovutvalget²⁹, og at det har vært flere uenigheter gjennom lovarbeidet. Vekten av uttalelser i forarbeidene må vurderes etter om de er i tråd med det endelige vedtatte lovforslaget.

Ved vurderingen er også de overordnede hensyn bak kompetansefordelingen mellom forvaltningen og domstolen sentrale. De reelle hensyn som her benyttes er utledet av høyesterettspraksis, og har derfor stor rettskildemessig vekt.³⁰

²³ Brun, «Lovrevisjon om utbyggingsavtaler på vei», Estatenyheter.no, 13. februar 2020, <https://www.estatenyheter.no/utvikling/lovrevisjon-om-utbyggingsavtaler-pa-vei/103517> (lest 15. september 2020).

²⁴ Bygg21, «Utbyggingsavtaler-Byrdefordeling i ubalanse», 2018, s. 18.

²⁵ Innst. 258 S (2019–2020) s. 1 og s. 3.

²⁶ Se Moen (2018) s. 13.

²⁷ Kapittel 2.1.

²⁸ NOU 2003: 14.

²⁹ NOU 2003: 24.

³⁰ Kapittel 2.1.

1.4 Fremstillingen videre

I oppgavens kapittel 2 gjøres det rede for hvordan Høyesterett går frem for å vurdere om et vilkår i loven er forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn, og hvilke hensyn som ligger bak en slik kompetansefordelingen mellom domstolen og forvaltningen. I kapittel 3 gjøres det rede for utbyggingsavtalens rettslige karakter, og det problematiseres hvilken betydning dette kan få for anvendelsen av læren om begrenset domstolskontroll.

I kapittel 4 anvendes utgangspunktene i kapittel 2 ved vurderingen av domstolens adgang til å prøve nødvendighetskriteriet i § 17-3 tredje ledd. Hvert delkapittel gjør rede for en rettskilde med relevans for tolkningen av nødvendighetskriteriet. Kapittelets struktur er bygget opp slik Høyesterett foretar vurderingen av prøvingsadgangen i praksis, hvor det først ses hen til lovens ordlyd og de øvrige demokratisk forankrede kildene som kan bidra til å belyse lovgivers intensjon om prøvingsnormen i delkapittel 4.2 til 4.5. I delkapittel 4.6 ses det hen bestemmelsen forhold til den ulovfestede vilkårslæren og betydningen dette kan ha for prøvingsadgangen. I delkapittel 4.7 til 4.9 gjøres det så rede for hvordan Høyesterett benytter de overordnede hensynene bak kompetansefordelingen i vurderingen av prøvingsnormen, og hvilken betydning henholdsvis maktfordelingshensyn, hensynet til domstolens egnethet og rettssikkerhetshensyn har for vurderingen om nødvendighetskriteriet er forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn.

I kapittel 5 samles trådene fra vurderingen i kapittel 4, og det konkluderes på om domstolen etter gjeldende rett har adgang til å prøve nødvendigheten av tiltakene utbygger etter utbyggingsavtalen skal besørge eller bekoste.

2. Læren om domstolskontrollen

2.1 Høyesteretts argumentasjonsmønster ved vurderingen av prøvingsadgangen

I dette delkapittelet gjøres det rede for hvordan Høyesterett foretar vurderingen av om et skjønnsmessig kriterium er forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn.

Domstolens kontroll med gyldigheten av forvaltningens vedtak bygger på domstolskapt rett. Rettspraksis er derfor en sentral rettskilde når omfanget av kontrollen skal vurderes.³¹ Likevel er det først og fremst loven, mer konkret den enkelte kompetansebestemmelse, som avgjør om domstolsprøvingen er begrenset. Forvaltningslovkomiteen la i sin tid til grunn at årsaken til at forvaltningens skjønn i det konkrete tilfellet ikke kan prøves, er «at loven i det enkelte tilfelle har beskåret prøvingsretten», og videre at «hvor loven ingen klar eller uttrykkelig bestemmelse har, kan det likevel være at en tolkning av vedkommende lov viser at det er lovens mening at et rettsanvendelsesskjønn ikke skal prøves av domstolene».³² Dette er fulgt opp i senere rettspraksis, hvor vurderinger av domstolens prøvingsrett først og fremst baseres på en tolkning av den aktuelle kompetansehjemmelen.³³ I plenumsdommen Rt. 2015 s. 1388 uttalte annenvoterende på flertallets vegne at «prøvingskompetansen må (..) utledes av kompetansegrunlaget(..). Kompetansen beror på lovgivers forutsetninger».³⁴

³¹ Rt. 2001 s. 995 s. 1000, Rt. 2012 s. 1985 (53) og (54) og Innjord (2015) s. 618-619.

³² NUT 1958: 3 s. 374.

³³ Rt. 2012 s. 1985 (142), Rt. 2015 s. 1232 (30), og Rt. 2015 s. 1388 (98), (216), (225) og (234).

³⁴ Rt. 2015 s. 1388 (234).

Som ved en alminnelig tolkningsprosess er derfor lovens ordlyd, formål og uttalelser i forarbeidene sentralt for å avgjøre om domstolene mangler prøvingsrett. Men til forskjell fra en alminnelig tolkningsprosess, er ikke målet med tolkningen å utlede den materielle rettsregelen. Målsetningen for tolkningen er å avdekke om lovens kriterium viser til en rettslig vurdering, eller om vurderingen er et fritt skjønn domstolen ikke kan overprøve.³⁵ Vangsnes skiller mellom de «materielle rettsregler» som regulerer den aktuelle situasjonen mellom partene uavhengig av reglene om domstolskontroll, og "prøvningsnormer" som regulerer domstolenes prøving av de materielle regler.³⁶ Både de materielle rettsreglene og den såkalte prøvningsnormen fastlegges ved hjelp av den alminnelige rettskildelæren. Ulikheten ligger i hva tolkningen skal søke å avdekke. Det er likevel en nær sammenheng mellom regelens materielle innhold og prøvningsnormene, ved at det materielle innholdet av regelen kan gi holdepunkter for i hvilken grad vurderingen er rettslig.³⁷

Det kan virke som om lovgiverviljen står særlig sterkt ved spørsmålet om domstolenes prøvingsadgang. Den overnevnte uttalelsen fra Rt. 2015 s. 1388 kan tjene som argument for et slikt standpunkt. Og i litteraturen fremheve lovgiverviljen som styrende for domstolenes prøvingsadgang.³⁸ Hvor lovgivers intensjoner klart fremgår av lovens ordlyd eller forarbeidene er dette naturligvis avgjørende. Men vanligvis gir ordlyden og forarbeidene kun holdepunkter for prøvningsnormen. Domstolen ser derfor ofte hen til overordnede hensyn bak kompetansefordelingen mellom domstolen og forvaltningen ved den konkrete vurderingen.³⁹ Hvor slike reelle hensyn tilsier at domstolene bør avstå fra prøving, kan dette få betydning for domstolens prøvingsadgang. Disse hensynene har imidlertid ikke den samme demokratiske forankringen, og gir ikke nødvendigvis uttrykk for lovgivers intensjoner. Derfor kan det heller sies at vurderingen av domstolens prøvingsadgang ofte baseres på en «fiktiv» lovgivervilje, eller en antagelse om at lovgiver har ment å legge vurderingen til forvaltningen hvor de overordnede hensyn bak kompetansefordelingen tilsier det.⁴⁰ Trolig er dette bakgrunnen for diskusjonen om det i realiteten er loven eller domstolen selv som avgjør hvor langt domstolen kan gå i å prøvingen av forvaltningens vurderinger.⁴¹ Og i forlengelsen av dette, uenigheten om man bør se domstolskontrollen som et spørsmål om prøvningsintensitet, fremfor et spørsmål domstolens om *adgang* til overprøving.⁴² Det vil imidlertid gå for langt å behandle disse teoretiske diskusjonene i oppgaven.

Av flere teoretikere omtales denne rettsanvendelsesprosessen som en helhetsvurdering som styres av *relevante momenter*, eller *tolkningsprinsipper*, utledet fra Høyesterettspraksis.⁴³ Høyesterett omtaler imidlertid ikke vurderingene de foretar som momenter eller prinsipper. Det er derfor mer naturlig å anse vurderingene som utslag av de overordnede reelle hensyn bak kompetansefordelingen mellom domstolen og forvaltningen.⁴⁴ I oppgaven tas det derfor heller utgangspunkt i de overordnede hensyn.⁴⁵ Nedenfor gjøres det rede for de mest relevante hensyn ved vurderingen av domstolens prøvingsrett.

³⁵ Bernt (2016) s. 329.

³⁶ Vangsnes (2014) s. 133-134.

³⁷ Se kapittel 4.5.

³⁸ Graver (2019) s. 248, Bernt (2016) s. 329 og Moen (2018) s. 392.

³⁹ Se kapittel 2.2.

⁴⁰ Graver (2019) s. 256.

⁴¹ Tøssebro (2019) s. 180.

⁴² Frihagen (1992) s. 226, Bernt (2016) s. 335 og s. 339, Tøssebro (2019) s. 202 og Myklebust (2019) s. 282.

⁴³ Moen (2018) s. 91.

⁴⁴ Tøssebro (2019) s. 202 benytter en lignende kategorisering.

⁴⁵ Kapittel 4.7 til 4.9.

2.2 Overordnede hensyn bak kompetansefordelingen

2.2.1 Maktfordelingshensyn

Praksis fra domstolene viser at det er sentralt for prøvingsretten hvorvidt den konkrete vurderingen kriteriet viser til er av en *særlig politisk karakter*.⁴⁶ Dette henger sammen med det grunnleggende skillet i maktfordelingen mellom forvaltningen og domstolen, hvor forvaltningen er det politisk utøvende organ og domstolen et kontrollerende organ som skal løse enkeltsaker basert på rettslige regler. En fornuftig arbeidsfordeling mellom statsmaktene står her sentralt.⁴⁷

Åpne og skjønsmessige vurderinger lagt til forvaltningen, er et viktig verktøy for å sikre den politiske utøvelsen til enhver tid. Ved at loven åpner opp for vurderinger som ikke er bundet av klare rettslige grenser eller retningslinjer, sikres forvaltningen muligheten til å benytte kompetansen mest mulig i tråd med sitt politiske ståsted. Dersom domstolen i stor grad prøver slike vurderinger på områder som er politisk preget, vil både prøvingen av den konkrete saken som står for domstolene, og avgjørelsens prejudikatsvirkning for senere avgjørelser risikere å motvirke den fremtidige politiske utøvelsen.⁴⁸ Dette er av demokratiske hensyn ikke ønskelig. Domstolen og dens sammensetning er ikke folkevalgt, og nyter derfor ikke den direkte eller avledede demokratiske legitimitet som Stortinget og forvaltningen. På den bakgrunn vil overprøving av skjønsmessige politiske vurderinger kunne undergrave eller svekke avgjørelsens demokratiske legitimitet.⁴⁹ Hensynets rettskildemessig vekt vil variere med hvor avledet den demokratiske legitimiteten til det aktuelle forvaltningsorganet er, og eventuelt hvor stor påvirkningskraft det overordnede folkevalgte organet har på enkeltavgjørelsene ved bruk av retningslinjer og instruksjonsmyndighet.

Når domstolen overprøver en politisk vurdering som mer eller mindre styres av rimelighets- og hensiktsmessighetsbetraktninger må domstolen ta stilling til politisk betonte temaer. Det vil derfor også være en fare for at domstolens sentrale rolle som uavhengig og objektivt kontrollorgan svekkes. Dette er verken ønskelig ut fra maktfordelingshensyn, eller tilliten til domstolen.⁵⁰

2.2.2 Domstolenes forutsetninger for prøving

Et annet overordnet hensyn av betydning for prøvingsadgangen, er domstolens forutsetninger for prøving. I Rt. 2010 s. 376 (drosjeløyve) vektla Høyesterett at kriteriet «alvorlig forbrytelse» i yrkestransportforskriften annet ledd b, jf. yrkestransportforskriften § 29 ikke angir et skjønsmessig vurderingstema, som heller ikke er av utpreget faglig karakter; «*[t]vert imot gjelder det et kriterium som ligger vel til rette for prøving ved domstolen [min uthevning]*».⁵¹ Lignende uttalelser finnes i en rekke Høyesterettsdommer.⁵² Det fremgår imidlertid i liten grad av rettspraksis hvorfor dette hensynet er av relevans for domstolens prøvingsadgang. Det er trolig mest nærliggende å se det som et utslag av hensynet til materielt

⁴⁶ Rt. 2007 s. 257 (42), Rt. 2015 s. 1232 (32), Rt. 2015 s. 1388 (116). Motsatt Tøssebro (2019) s. 209 som mener at rettspraksis er «sprikende» hvor lovgiver legger opp til en politisk vurdering.

⁴⁷ Eckhoff og Smith (2018) s. 526, Nisja og Reusch (2009) s. 255.

⁴⁸ Moen (2018) s. 68, Graver (2015) uttaler på s. 109 at domstolsbehandling fører til en «rettsliggjøring som innebærer at politiske og moralske aspekter skrelles vekk.»

⁴⁹ Moen (2018) s. 68.

⁵⁰ NUT 1958: 3 s. 377.

⁵¹ Rt. 2010 s. 376 (39).

⁵² Se blant annet Rt. 2006 s. 1348 (40).

riktige resultater.⁵³ Dersom forvaltningen har bedre forutsetninger til å foreta vurderingen enn domstolen, vil inngående overprøving kunne lede til feilaktige avgjørelser.

I de nevnte dommene knyttes domstolens egnethet for prøving opp mot flere ulike forhold. Blant annet er det av betydning hvorvidt vurderingen er av en særlig faglig karakter, eller om det aktuelle forvaltningsorganet besitter en særskilt kunnskap eller erfaring som er nødvendig for vurderingen.⁵⁴ Slike vurderinger vil forvaltningen være bedre rustet for å foreta enn domstolen, på bakgrunn av en særlig kompetanse eller innsikt. Som Tøssebro trekker frem, kan det skape en «uheldig, fragmentert og uklar rettstilstand» dersom domstolene gjør inngående prøvinger av vurderinger hvor de ikke har tilfredsstillende innsikt i de faglige spørsmålene som oppstår.⁵⁵ Dette henger nært sammen med hensynet til likebehandling. Noen vurderinger vil forvaltningen trolig være bedre egnet til å foreta enn domstolen, fordi deres kunnskap og erfaring på området vil kunne sikre større grad av likebehandling. Særlig gjelder dette på områder hvor forvaltningen fatter store antall vedtak.⁵⁶

De vurderingen som er av mer rettslig karakter, vil domstolen derimot være vel så egnet som forvaltningen til å foreta.⁵⁷ Til tross for at et vilkår i loven peker hen på en skjønnsmessig vurdering, kan denne være rettslig i større eller mindre grad. Dommen i Rt. 2010 s. 376(drosjeløyve) gjaldt nettopp en slik vurdering. Høyesterett la til grunn at vilkåret «alvorlig lovovertrøvelse» gjaldt en vurdering av de objektive og subjektive straffbarhetsvilkårene, og ikke andre forhold eller hensyn. Dette er vurderinger domstolen til stadighet gjør. Trolig er det på denne bakgrunn Høyesterett konkluderte med at det var et «kriterium som ligger vel til rette for prøving ved domstolene.»⁵⁸

2.2.3 Hensynet til borgernes rettssikkerhet

Domstolskontrollen med forvaltningens avgjørelser er en helt sentral rettssikkerhetsgaranti, og hensynet til borgerens rettssikkerhet og behov for uavhengig prøving står derfor som et viktig hensyn for domstolens prøvingsadgang.⁵⁹ Dersom domstolen ikke kan prøve forvaltningens vurdering fullt ut, er borgernes eneste mulighet til overprøving å klage vedtaket inn til et overordnet forvaltningsorgan. I klagebehandlingen kan dette organet som den klare hovedregel prøve «alle sider av saken», jf. forvaltningsloven § 34. Dette sikrer riktignok en viss kontroll med avgjørelsen i første omgang, men denne formen for prøving er ikke uavhengig. I motsetning til domstolene, kan underordnede forvaltningsorganer som hovedregel instrueres av overordnede organer, og i større grad påvirkes av politiske, og administrative føringer. Uavhengig prøving ved domstolene sikrer derfor at avgjørelsene i større grad avgjøres på grunnlag av generelle regler og prinsipper fremfor politiske, administrative eller opportunistiske hensyn.⁶⁰ Dette gir igjen en større garanti for en upartisk avgjørelse. Slikt sett kan domstolskontrollen med forvaltningens avgjørelser også bidra til å sikre tilliten til forvaltningen.⁶¹

⁵³ Moen (2018) s. 70.

⁵⁴ Blant annet Rt. 1995 s. 1427 s. 1435, Rt. 2000 s. 1065 s. 1063, Rt. 2004 s. 1092 (70), Rt. 2005 s. 117 (49), Rt. 2007 s. 257 (42) og (44), Rt. 2007 s. 1573 (52), Rt. 2010 s. 376 (39). Se også NUT 1958:3 s. 375, Graver (2015) s. 109, Nisja og Reusch (2009) s. 255.

⁵⁵ Tøssebro (2019) s. 207.

⁵⁶ Rt. 2015 s. 1388 (115) og (247).

⁵⁷ Se blant annet Rt. 1998 s. 1795 s. 1803, Rt. 2000 s. 591 s. 596, Rt. 2005 s. 117 (49) og Rt. 2015 s. 1388 (232).

⁵⁸ Rt. 2010 s. 376 (39).

⁵⁹ Rt. 1995 s. 1427 s. 1433, Rt. 2005 s. 117 (40) og (50)-(51), Rt. 2006 s. 1348 (40), Rt. 2007 s. 1573 (52), Rt. 2015 s. 1232 (38).

⁶⁰ Graver (2015) s. 169 og Moen (2018) s. 63.

⁶¹ Moen (2018) s. 73.

3. Offentlig myndighetsutøvelse eller en privatrettslig avtale?

Læren om domstolskontrollen gjelder først og fremst ved overprøving av forvaltningens avgjørelser, vedtak og enkeltvedtak. Som det fremgår av Grl. § 89 har domstolen «rett og plikt til å prøve (..) om det strider mot Grunnloven eller landets lover å anvende andre *beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet.*» (min uthevning). En utbyggingsavtale er imidlertid ikke en typisk ensidig avgjørelse fra forvaltningen. Utbyggingsavtalene ligger i grenseland mellom offentlig myndighetsutøvelse og en mer privatrettslig avtale.⁶² Avtalen har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet,⁶³ men den forplikter ikke den enkelte utbygger før han samtykker, og er ofte fremforhandlet mellom partene.

I lovens forarbeider er det tydelig at dette reiste vanskelige spørsmål. I den første lovutredningen la Planlovutvalget til grunn at en utbyggingsavtale er «et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2».⁶⁴ Utvalget mente det dreide seg om utøvelse av offentlig myndighet fordi grunnlaget for avtalen er kommunens kompetanse som planmyndighet. Bygningslovutvalget ville derimot ikke konkludere på om utbyggingsavtaler mer generelt reguleres av offentligrettslige eller privatrettslige regler.⁶⁵ De uttrykte at utbyggingsavtalen kunne ses som en avtale der den ene parten forplikter seg privatrettslig, og den andre offentligrettslig.⁶⁶ De tok ikke stilling til om den avtalerettslige siden av utbyggingsavtalen er et enkeltvedtak.⁶⁷ Heller ikke i proposisjonen ble det konkludert tydelig om utbyggingsavtalens rettslige karakter. Departementet viste til bygningslovutvalgets utredning, og uttrykte at avtalen ligger i grenseland mellom privat og offentlig rett.⁶⁸ Og selv om proposisjonen ikke gir et eksplisitt svar på om avtalene er et enkeltvedtak, konkluderer departementet med at utbyggingsavtalene ikke kan påklages.⁶⁹ Dette kan tilsi at departementet mente utbyggingsavtalene ikke er enkeltvedtak.⁷⁰

Det kan problematiseres hvilken betydning denne noe privatrettslige karakteren ved utbyggingsavtalene får for domstolens prøvingsadgang. Hvor domstolskontrollen er begrenset, er dette først og fremst av hensyn til maktfordelingen og demokratiske hensyn.⁷¹ Slike hensyn gjør seg imidlertid ikke gjeldene med samme styrke når forvaltningen handler i kraft av sin privatautonomi, utenfor forvaltningsrettslig kompetanse. Dersom utbyggingsavtalen skal anses som en ren privatrettslig avtale, aktualiserer det spørsmålet om domstolens prøvingsadgang i det hele tatt kan begrenses med grunnlag i denne læren. Pbl. § 17-3 tredje ledd er i så tilfelle en bestemmelse som legger begrensninger på avtalefriheten. Er dette begrensninger domstolen i så tilfelle kan prøve fullt ut, uavhengig av skillet mellom forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn? Eller leder dette til at en eventuell ugyldighet heller må baseres på avtalerettslige prinsipper.

Det vil gå utenfor oppgavens formål å ta stilling til disse mer prinsipielle spørsmålene. Og det kan uansett neppe konkluderes med at utbyggingsavtalen er en *ren* privatrettslig avtale, selv

⁶² Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 68-69, Rasmussen (2007) s. 338-339 og Pedersen mfl. (2018) s. 531.

⁶³ Pbl § 17-1.

⁶⁴ NOU 2003: 14 s. 340.

⁶⁵ NOU 2003: 24 s. 144.

⁶⁶ NOU 2003: 24 s. 150.

⁶⁷ NOU 2003: 24 s. 151-152.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 53.

⁶⁹ Pbl. § 17-5.

⁷⁰ Sml fvl. § 28.

⁷¹ Kapittel 2.2.1.

om departementet ikke vil kategorisere den som et enkeltvedtak. Utbyggingsavtalen har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet⁷², og denne avgjørelseskompetansen benyttes i utbyggingsavtalene som et byttemiddel ovenfor utbyggeren. Derfor innebærer utbyggingsavtalen «beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet» jf Grl. § 89. En slik form for avtalekonstruksjon reiser en rekke hensyn av sentral betydning for domstolens prøvingsadgang. Utbyggingsavtaler kan for det første ha en side til politiske vurderinger.⁷³ Derfor kan likevel demokrati- og maktfordelingshensyn aktualiseres. Og den nære sammenhengen til kommunens kompetanse til å stille rekkefølgekrav i utbyggingsavtale reiser både sentrale rettssikkerhetshensyn og tydeliggjør elementet av myndighetsutøvelse ovenfor utbyggeren.⁷⁴ Det er derfor høyst aktuelt å vurdere domstolens adgang til å prøve nødvendigheten av tiltakene utbygger forpliktet til å besørge eller bekoste i en utbyggingsavtale.

4. Vurderingen av domstolens adgang til å prøve nødvendigheten av tiltak utbygger skal besørge eller bekoste etter en utbyggingsavtale

4.1 Innledende bemerkninger

I dette kapitlet foretas tolkningen av pbl. § 17-3 tredje ledd første punktum med sikte på å avdekke prøvingsnormen. I hvert enkelt delkapittel nedenfor gjøres det rede for en rettskilde eller et rettslig argument av relevans for tolkningen. Før dette gjøres det rede for relevant underrettspraksis. Denne praksisen har liten eller ingen direkte rettskildemessig vekt for den videre vurderingen av prøvingsnormen, og vises derfor til innledningsvis.

4.1.1 Relevant underrettspraksis

Til tross for at bestemmelsene i pbl. kapittel 17 trådte i kraft i 2006, er det lite rettspraksis om utbyggingsavtaler og rammene for avtalens innhold. Dette trolig fordi utbygger ønsker å gjennomføre utbygning snarlig, og heller tar på seg større tiltak enn det de anser som planfaglig nødvendig. Dersom saken tas til retten vil det være både tidkrevende og kostbart. Det vil derfor ofte være rimeligere for utbygger å betale en større andel til investeringsbidrag. Per dags dato er det to underrettsavgjørelser hvor vilkårene i pbl. § 17-3 tredje ledd er sakens kjerne.

I en avgjørelse fra Follo Tingrett, avsagt 27. juli 2015, krevde utbygger tilbakebetalt det investeringsbidrag de hadde betalt til kommunen som en følge av en tilleggsavtale til utbyggingsavtale.⁷⁵ Utbygger mente at kommune hadde overtrådt de begrensninger som følger av pbl. § 17-3 tredje ledd. Et sentralt spørsmål var derfor om investeringsbidraget var «nødvendig» for å gjennomføre planvedtaket. Retten gikk grundig til verks i prøvingen av bidragets nødvendighet, uten å reise spørsmålet om domstolens prøvingsadgang. Dommen tilsier derfor isolert at nødvendighetsvilkåret er et rettsanvendelsesskjønn domstolen kan prøve fullt ut. På den annen side var ikke prøvingsadgangen anført av partene, og det er kun tale om en dom fra tingretten uten særlig rettskildemessig betydning. Dommen vil derfor ikke benyttes som rettskilde i den videre analysen.

⁷² Pbl. § 17-1.

⁷³ Kapittel 4.7.

⁷⁴ Kapittel 4.9.

⁷⁵ 14-165704TVI-FOLL.

I den omtalte Entra-saken kom Oslo tingrett til at nødvendighetskriteriet i § 17-3 tredje ledd er rettsanvendelsesskjønn.⁷⁶ Dommen er ikke rettskraftig, og har derfor ingen rettskildemessig betydning. Det er likevel av interesse for oppgaven å se hen til tingrettens premisser og hvilke rettskilder som var avgjørende for deres konklusjon. Tingretten gjorde ingen grundig drøftelse av spørsmålet om prøvingsadgangen. Domstolen la kort til grunn at bestemmelsen i seg selv ikke gir holdepunkter for om vurderingen tilfaller kommunens skjønn eller ikke. Retten viste så til en uttalelse i Bygningslovutvalgets utredning om at lovens materielle skranker er vesentlig snevrere enn det som rammes av de ulovfestede regler om myndighetsmisbruk. Denne uttalelsen lest i lys av formålet bak lovreguleringen; å sette begrensninger for hva kommunen kunne inngå avtaler om, fant tingretten tilstrekkelig til å konkludere med at domstolen kunne prøve nødvendighetsvurderingen. Som gjennomgangen av lovens forarbeider vil vise, er det imidlertid ikke åpenbart at konklusjonen kan bygge på dette grunnlaget alene.⁷⁷

4.2 Vilkårets ordlyd og betydningen for prøvingsadgangen

Utgangspunktet for vurderingen av domstolens prøvingsadgang er en tolkning av lovens ordlyd.⁷⁸ I Rt. 2007 s. 257(Trallfa) uttalte Høyesterett at kriteriet «særlige grunner» i plan og bygningsloven 1985 § 7 var så vagt og skjønnsmessig at det gav et dårlig utgangspunkt for rettslig presisering.⁷⁹ Hvor ordlyden er vag eller skjønnsmessig og peker på en mer åpen vurdering eller avveining, taler dette for at vurderingen ikke er ment å være rettslig styrt, og at kompetansen derfor ligger hos forvaltningen. Det kan imidlertid sjeldent trekkes klare slutninger om prøvingsnormen fra lovens ordlyd alene, med mindre loven eksplisitt legger vurderingen til forvaltningsorganet. I Rt. 1995 s. 72 fremhevet førstvoterende at man ikke kan trekke bindende konklusjoner fra lovens ordlyd, og at en vag og skjønnsmessig formulering i loven ikke var et avgjørende argument mot domstolens prøvingsrett.⁸⁰ Dermed kan en skjønnsmessig eller vag ordlyd mer treffende betegnes som en forutsetning for forvaltningsskjønn, fremfor et argument for.⁸¹ I norsk lovgivning benyttes ofte skjønnsmessige rettslige standarder, uten at dette nødvendigvis medfører at vilkåret er unntatt domstolsprøving. Ordlyden i pbl. § 17-3 tredje ledd legger ikke vurderingen eksplisitt til kommunen, og får således ingen *avgjørende* betydning for prøvingsretten. Det er likevel relevant å se hvilke holdepunkter for vurderingen som kan leses ut av lovens ordlyd.

Tradisjonelt har vilkåret «nødvendig» ofte vært ansett å vise til vurderinger som ligger hos forvaltningens skjønn.⁸² I blant annet Rt. 2007 s. 1573(Krekar) kom Høyesterett frem til at domstolen ikke kunne prøve hvorvidt det var «nødvendig» av hensyn til rikets sikkerhet å fatte et utvisningsvedtak.⁸³ Avgjørende syntes å være at vilkåret etter domstolens syn pekte hen på en mer avveining av ulike alternativer.

⁷⁶ TOSLO-2018-132587 pkt. 3.2.

⁷⁷ Kapittel 4.4.4.

⁷⁸ Rt. 2015 s. 1232 (Enkepensjon) (31).

⁷⁹ Rt. 2007 s. 257 (40).

⁸⁰ Rt. 1995 s. 72 s. 77. Se også Rt. 2007 s. 257 (40).

⁸¹ Graver (2015) s. 249.

⁸² Se blant annet Rt. 1908 s. 145, Rt. 1949 s. 564, Rt. 1993 s. 587 og Rt. 2007 s. 1573 og NUT 1958: 3 s. 378. Moen (2018) s. 105 legger til grunn at praksis viser at Høyesterett nesten uten unntak har unnlatt å prøve «nødvendighet» også når begrepet er lovfestet.

⁸³ Rt. 2007 s. 1573 (58). I dommen kom Høyesterett riktignok frem til at domstolen kunne prøve hvorvidt det var forhold som var innenfor «hensyn til rikets sikkerhet». Men den konkrete nødvendighetsvurderingen ble ansett å være forvaltningsskjønn.

Det er ikke tvilsomt at nødvendighetsvilkåret i § 17-3 tredje ledd viser til en vurdering av skjønsmessig karakter. Hvorvidt et tiltak er «nødvendig for gjennomføring av planvedtak» må vurderes konkret etter de aktuelle forhold i den enkelte sak. Det som er nødvendig i ett tilfelle, vil ikke være nødvendig i et annet. Det er imidlertid av betydning *hvor* åpen eller skjønsmessig vurderingen er etter vilkårets ordlyd. Det kan vanskelig trekkes en helt presis forståelse fra ordlyden. Vilket må forstås som at det i det minste kreves et *behov* for tiltaket. Men det kan også tolkes slik at tiltaket må være mer eller mindre *påkrevd*. Det er derfor nærliggende at et eventuelt behov må være av en viss styrke.⁸⁴ Lovens ordlyd presiserer også hva som må reise dette behovet. Tiltaket må nødvendiggjøres av gjennomføringen av et planvedtak. Dette konkretiserer vurderingen.

En naturlig forståelse av nødvendighetsvilkåret tilsier også at et tiltak må være egnet til å dekke dette behovet. Dersom tiltaket ikke dekker behovet som aktualiserer seg, kan tiltaket neppe sies å være nødvendig. Det samme gjelder dersom det foreligger andre mindre byrdefulle tiltak som er egnet til å oppfylle det samme formål.⁸⁵ Det kan også stilles spørsmål om et vilkår om nødvendighet mer generelt stiller krav til proporsjonalitet mellom mål og middel.⁸⁶ Hvorvidt et slikt krav kan leses ut av ordlyden «nødvendige for gjennomføring av planvedtak» er noe uklart. For det første inneholder bestemmelsens andre og tredje punktum eksplisitte krav til tiltakets forholdsmessighet og proporsjonalitet. For det andre har det i norsk teori vært vanlig å kategorisere et krav om nødvendighet som en underkategori i en vurdering av forholdsmessighet i vid forstand.⁸⁷ En slik kategorisering kan underbygge at det ikke nødvendigvis kan leses et krav om proporsjonalitet ut av et vilkår om nødvendighet.

Til tross for at vilkåret om nødvendighet peker på en bred og noe skjønsmessig vurdering, har vurderingen på denne bakgrunn et noe konkretisert innhold etter sin ordlyd. Dette er særlig sammenlignet med vilkår som «hensiktsmessighet» eller «særlige grunner», som fremstår som mer åpne avveiningsnormer. Sammenfattet kan et vilkår om nødvendighet vanskelig sies å være en mer ren avveining av ulike hensyn, slik Høyesterett syntes å legges til grunn i Rt. 2007 s. 1573(Krekar).

Lovens ordlyd indikerer også at nødvendighetskriteriet i § 17-3 tredje ledd er en kompetansebegrensning. Kommunen kan inngå utbyggingsavtaler som innebærer at utbygger skal bekoste eller besørge tiltak, men bare når disse er «nødvendige for gjennomføringen av planvedtak». I både Rt. 2007 s. 257(Trallfa) og Rt. 2015 s. 1232(Enkepensjon) antyder Høyesterett at de kriterier som etter sin ordlyd fremstår som betingelser for forvaltningens kompetanse, eller som en «materiell kompetansebegrensning», er nærliggende å anse som rettsanvendelsesskjønn.⁸⁸ I Rt. 1995 s. 1427(Naturfredning) og Rt. 2015 s. 1388(Internflukt) syntes Høyesterett å oppstille en slags presumpsjon for, eller et utgangspunkt om rettsanvendelsesskjønn hvor det er tale om «lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse».⁸⁹ På bakgrunn av disse, og en rekke andre Høyesterettsdommer er det skapt en diskusjon teorien om det *kan* oppstilles en slik generell presumpsjon, om denne

⁸⁴ I bl.a. *Silver and others v. The United Kingdom* avsnitt 97, og *Olsson v. Sweden* avsnitt 67 har EMD tolket vilkåret «necessary in a democratic society» som et krav om «a pressing social need».

⁸⁵ Se også Moen (2018) s. 105.

⁸⁶ I bl.a. *Silver and others v. The United Kingdom* avsnitt 97, og *Olsson v. Sweden* avsnitt 67 har EMD innfortolket et proporsjonalitetskrav i vilkåret «necessary in a democratic society.»

⁸⁷ Østenstad (2015) s. 113-114, Graver (1995) s. 284.

⁸⁸ Rt. 2007 s. 257(Trallfa) (40) og Rt. 2015 s. 1232 (31).

⁸⁹ Rt. 1995 s. 1427 s. 1436 og Rt. 2015 s. 1388 (224) som viser til de overnevnte dommene og konkluderer med at det aktuelle vilkåret «fremstår som en materiell kompetansebegrensning som normalt prøves fullt ut. Det alminnelige prinsippet om full prøving må derfor i utgangspunktet gjelde ved anvendelsen av bestemmelsen. Et unntak må begrunnes særskilt.»

eventuelt bare gjelder for inngrepssituasjoner, og hvor sterke holdepunkter som må til for å fravike en eventuell presumpsjon.⁹⁰ Det vil imidlertid gå for langt utover oppgavens formål å fordype seg i denne diskusjonen. Uavhengig av om det kan oppstilles en slik presumpsjon er vilkårets karakter som en kompetansebegrensning, etter sin ordlyd, et argument for at vurderingen er rettsanvendelsesskjønn. Det er en naturlig slutning at domstolen kan prøve de rammene loven stiller for forvaltningens kompetanse, og at disse ikke alene er opp til forvaltningens selv å bedømme.

4.3 Formålet med lovreguleringen

Ved lovtolkning er det sentralt å tolke lovens ordlyd i lys av formålet bak loven og den enkelte bestemmelse. Formålet kan kaste lys over hvilket tolkningsalternativ som er det mest nærliggende, og gi holdepunkter for lovgivers intensjoner vedrørende prøvingsnormen. Dette var en viktig kilde i tingrettens premisser i Entra-saken.

Som fremhevet innledningsvis skapte den økende bruken av utbyggingsavtalene en viss frykt for manglende balanse i avtalevilkårene.⁹¹ Hovedformålet med lovreguleringen av utbyggingsavtaler var derfor å tydeliggjøre grensen mellom akseptable og uakseptable avtalevilkår.⁹² Lovreguleringen skulle også redusere risikoen for avtalevilkår som la et for stort press på utbyggingsprosjektets økonomi, med de følger dette særlig kan få for boligprisene.⁹³ I Innstillingen til Stortinget ble det blant annet presisert at lovforslaget hadde som formål «å stille strenge krav til nødvendighet av de krav kommunene kan stille gjennom utbyggingsavtaler samt forhindre at kommunene bruker sin myndighet på uheldig måte overfor utbygger eller grunneier.»⁹⁴ Som trukket frem av tingretten i Entra-dommen, tilsier et slikt formål at domstolen kan prøve nødvendighetskriteriet fullt ut.⁹⁵ Dersom intensjonen bak reguleringen har vært å skal sette begrensninger for hvor langt kommunen kan gå i det enkelte tilfelle, er det lite hensiktsmessig at det skal være opp til kommunen selv å vurdere hva som er nødvendig i det enkelte tilfelle.

I forarbeidene trekkes det frem et annet formål bak *utformingen* av reglene i § 17-3 tredje ledd. Departementet uttalte i proposisjonen at reglene «samtidig(..) skal være fleksible slik at kommune og grunneier/utbygger i størst mulig grad kan komme frem til avtaler som er egent til å få gjennomført planen og utbyggingsprosjektet.»⁹⁶ Og bygningslovutvalget fremhevet i utredning viktigheten av at reglene skulle være fleksible, dynamiske og skjønnsmessige. Denne todelingen i formålet med bestemmelsen vises også til av flere i teorien.⁹⁷ Andre fremhever enten den ene eller den andre siden av formålet med bestemmelsen.⁹⁸ Uttalelsene indikerer at lovgiver bevisst har benyttet seg av skjønnsmessige og åpne kriterier, for å sikre fleksible og dynamiske regler. Dette kan tilsi at lovgiver har ment å sikre rom for skjønn, og at vurderingen ikke er fullt ut rettslig styrt.

⁹⁰ Se Rt. 2007 s. 1573 (52), Rt. 2008 s. 681 (34), Rt. 2010 s. 376 (39), Og Nisja og Reusch (2009) s.258-259 som syntes å legge til grunn en presumpsjon for inngrepssituasjonene. Se også Stub (2016) s.99 flg. og Moen (2018) s. 96 og 102 og Bragdø-Ellenes, Terje Abusland (2017) s. 54 for flere ulike standpunkter.

⁹¹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 5.

⁹² Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 5, Innst. O. Nr. 73 (2004-2005) s. 6.

⁹³ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

⁹⁴ Innst. O. Nr. 73 (2004-2005) s. 6.

⁹⁵ TOSLO- 2018-132587 punkt 3.2.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

⁹⁷ Innjord og Zimmermann (2020) s. 493, Pedersen mfl. (2018) s.538.

⁹⁸ Rasmussen (2007) s. 345 sml. Ness og Øyasæter (2018) 214.

På den annen side syntes den skjønsmessige utformingen av vilkåret å være begrunnet i lovtekniske hensyn. I den første utredningen foreslo Planlovutvalget en uttømmende regulering av hvilke tiltak utbygger kunne forpliktes til å besørge og bekoste i en utbyggingsavtale.⁹⁹ Departementet foreslo, basert på Bygningslovutvalgets utredning, den skjønsmessig utforming som følger av loven i dag. I proposisjonen begrunnet departementet dette valget blant annet med at en slik opplistende avgrensning ville være «vanskelig å avgrense og definere», og at det ville kunne oppstå «vanskelige grensetilfeller.»¹⁰⁰ Lignende betraktninger ble lagt til grunn ved behandlingen i Stortinget. Her ble det uttalt at en uttømmende lovregulering er en lovteknikk som helst bør unngås, og at det ikke vil være mulig å skille klart mellom lovlige og ulovlige tiltak på en slik måte som planlovutvalget foreslo.¹⁰¹ Dette mer retts tekniske formålet tilsier at lovgivers intensjon med en skjønsmessig utforming ikke var å sikre skjønnsrom for forvaltningen, men å sikre mest mulig praktikable regler. En slik forståelse vil også medføre at det ikke foreligger motstrid mellom det overordnede målet med lovreguleringen og formålet bak utformingen av reglene. Det er derfor mest nærliggende å legge til grunn at formålet bak lovreguleringen og formålet bak den konkrete utformingen samlet trekker i retning av at nødvendighetskriteriet er rettsanvendelsesskjønn.

4.4 Lovens forarbeider om domstolens prøvingsadgang

4.4.1 Innledende bemerkninger

I en rekke høyesterettsdommer er kompetansebestemmelsens forarbeider benyttet som en viktig rettskilde i vurderingen av domstolens prøvingsadgang.¹⁰² Som nevnt, er lovgiverviljen sentral for å avdekke prøvingsnormen.¹⁰³ Lovens forarbeider er trolig den mest egnede rettskilden for å avdekke lovgivers intensjoner.

I delkapittel 4.4.1 til 4.4.3 trekkes det frem uttalelser i forarbeidene av betydning for tolkningen av nødvendighetskriteriet. I delkapittel 4.4.4 vurderes uttalelsenes betydning for prøvingsnormen.

4.4.2 Uttalelse om domstolens rolle

I proposisjonens innledning la departementet til grunn at «[v]urdering og overprøving av utbyggingsavtalenes innhold må foretas av domstolen.»¹⁰⁴ Uttalelsen tilsier isolert at nødvendighetsvurderingen, som gjelder nettopp innholdet av avtalen, kan prøves av domstolene. Men departementet utdyper ikke *i hvilken grad* den enkelte vurdering kan prøves av domstolen.¹⁰⁵ Det er ikke omstridt at domstolen alltid kan prøve visse sider av forvaltningens avgjørelser, uavhengig av om den konkrete vurdering er lagt til forvaltningens frie skjønn. Hvorvidt domstolen med denne uttalelsen viser til prøving av forbudene etter den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren eller en fullstendig prøving, er derfor uklart.

Uttalelsen har mer karakter av å være sidebemerkning enn et resultat av en overveid vurdering. Domstolens prøvingsadgang ble ikke problematisert utover dette. Uttalelsen

⁹⁹ NOU 2003: 24 s. 339 flg.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 47.

¹⁰¹ Møte i Odelstinget tirsdag 19. april 2005, s. 503 og s. 505.

¹⁰² Rt. 2005 s. 117 (48), Rt. 2006 s. 1348 (39), Rt. 2007 s.257 (41), Rt. 2008 s. 681 (37), Rt. 2015 s. 1388(235) flg.

¹⁰³ kapittel 2.1 med videre henvisninger.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7 og s. 68.

¹⁰⁵ Se også Hauge (2017) s. 89.

kommer som en følge av at departementet i lovforslaget legger til grunn at utbyggingsavtalene ikke kan påklages.¹⁰⁶ Lest i sammenheng med avsnittet for øvrig er det mest naturlig å forstå uttalelsen som en presisering om at det er domstolene og ikke de overordnede forvaltningsorganene som skal prøve avtalene.

På den annen side er det rimelig å forvente at departementet hadde uttrykt det eksplisitt dersom deres intensjon var å begrense domstolens prøvingsadgang. Når domstolsprøvingen eksplisitt omtales, uten en slik presisering, er det derfor mest nærliggende å forstå uttalelsen slik at det ikke er noen begrensning i prøvingsadgangen. Likevel, på bakgrunn av de overnevnte usikkerhetsmomentene bør uttalelsen trolig ikke få noen *avgjørende* betydning.

4.4.3 Uttalelser om bevisbyrden

I den første utredningen foreslo Planlovutvalget en uttømmende regulering av hvilke tiltak en utbyggingsavtale lovlig kunne inneholde i forslagets §§ 18-3, jf. § 18-1. Bestemmelsen inneholdt i tillegg et krav om at kommunen «påviser» at tiltaket er «nødvendig for å gjennomføre utbyggingen. Vilkåret innebar en bevisbyrde for kommunen.¹⁰⁷ Dette tilsier at utvalget har ment at domstolen skal prøve nødvendigheten. Det er ikke hensiktsmessig å oppstille en bevisbyrde på kommunen, dersom den konkrete vurderingen ikke skal overprøves av domstolen.

I proposisjonen tok departementet utgangspunkt i Bygningslovutvalgets forslag. Men også elementer av Planlovutvalgets forslag ble videreført i reglene om avtalens innhold.¹⁰⁸ Og til tross for at Bygningslovutvalget og departementet gikk bort fra en uttømmende regulering, oppstilte også deres forslag et krav om nødvendighet. Bevisbyrden kommenteres imidlertid verken i utredningen eller proposisjonen. Dette kan tilsi at det ikke har vært meningen å gå bort fra den bevisbyrden som opprinnelig ble pålagt kommunen i planlovutvalgets forslag. På den annen side presiserer ikke lovteksten i de senere lovforslagene at nødvendigheten skal påvises av kommunen. Denne endringen gjør det noe usikkert om departementet har ønsket å videreføre bevisbyrden på kommunen.

4.4.4 Uttalelser om myndighetsmisbrukslæren

I forarbeidene finnes flere uttalelser om forholdet til myndighetsmisbrukslæren. I merknadene til sitt lovforslag fremhevet Bygningslovutvalget at «[k]ommunens handlefrihet er begrenset av de ulovfestede reglene om myndighetsmisbruk».¹⁰⁹ Videre ble det lagt til grunn at lovens materielle skranker for hva utbyggingsavtaler kan inneholde er «vesentlig snevrere enn det som rammes av de ulovfestede regler om myndighetsmisbruk».¹¹⁰ Departementet uttalte tilsvarende at kommunen «selvsagt uansett [vil] måtte inngå avtalen innenfor rammene av de ulovfestede reglene om myndighetsmisbruk. Forslaget til innhold i avtalen trekker imidlertid snevrere rammer enn det som følger av disse reglene».¹¹¹

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7 og s. 68.

¹⁰⁷ NOU 2003: 14 s. 339.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 44.

¹⁰⁹ NOU 2003: 24 s. 172.

¹¹⁰ NOU 2003: 24 s. 172.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

Dette kan forstås på samme måte som tingretten i Entra-saken, hvor uttalelsen om «snevriere rammer» ble benyttet som argument for domstolsprøving.¹¹² Domstolen kan alltid prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor forbudene som følger av myndighetsmisbrukslæren, også hvor den konkrete vurderingen er forvaltningsskjønn. Dersom reglene i § 17-3 tredje ledd skal oppstille «snevriere rammer», er det derfor nærliggende å forstå uttalelsen slik at domstolen kan prøve vurderingen lovens vilkår oppstiller i større grad enn etter myndighetsmisbrukslæren. På den annen side oppstiller myndighetsmisbrukslæren begrensninger for forvaltningens myndighetsutøvelse også uavhengig av domstolens behandling. Forvaltningen står ikke fritt til å begrunne vedtak i usaklige hensyn, selv om vedtakets gyldighet ikke kommer opp for domstolen. Uttalelsene kan derfor også tolkes slik at vilkårene i § 17-3 tredje ledd oppstiller strengere materielle begrensninger på kommunens kompetanse enn den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren, helt uavhengig av domstolens prøvingsadgang.

Det kan videre reises spørsmål om *hvorfor* lovgiver uttrykte at kommunen må holde seg innenfor myndighetsmisbrukslærens rammer. Ettersom myndighetsmisbrukslæren har sin mest praktiske side som begrensninger på forvaltningens skjønn, har det vært hevdet at uttalelsen kan tas til inntekt for at nødvendighetsvurderingen er forvaltningsskjønn.¹¹³ Ses det hen til bygningslovutvalgets utredning for øvrig omtales imidlertid myndighetsmisbrukslæren først og fremst som en begrensning på kommunens adgang til å stille vilkår i utbyggingsavtale etter dagjeldende kompetansegrunnlag. I utredningen ble det antatt at det fantes flere mulige grunnlag for kommunens kompetanse; plan- og bygningslovens bestemmelser, den ulovfestede vilkårlæren og avtalefriheten eller samtykke fra den private part. Utvalget uttalte videre at disse begrenses av myndighetsmisbrukslæren.¹¹⁴ Også departementet omtalte myndighetsmisbrukslæren som den dagjeldende begrensning for hvilket innhold kommunen kunne inngå i en utbyggingsavtale.¹¹⁵ Sett hen til forarbeidene som helhet, er det derfor mer nærliggende å forstå uttalelsene om at forvaltningen uansett må holde seg innenfor rammen av myndighetsmisbrukslæren som en henvisning til de begrensninger på forvaltningens kompetanse som gjelder uavhengig av reglene i § 17-3 tredje ledd. De kan altså ikke tas til inntekt for at nødvendighetskriteriet *kun* kan prøves etter myndighetsmisbrukslæren.

Dette tyder på at tingrettens premisser i Entra-dommen er noe unyansert. Uttalelsene i forarbeidene må ses i lys det større bilde de er skrevet i. Dette medfører at det blir mindre klart hvilken betydning uttalelsene om myndighetsmisbrukslæren er ment å ha, noe som svekker uttalelsenes rettsskildemessige verdi. Likevel, er det trolig *mest* nærliggende å forstå uttalelsene om at begrensningene i § 17-3 tredje ledd er ment å være vesentlig snevrere enn rammene etter myndighetsmisbrukslæren, som et argument for domstolens prøvingskompetanse. Poenget er at det nok ikke er like åpenbart som tingretten syntes å legge til grunn.

4.4.5 Forarbeidenes betydning for prøvingsnormen

Det finnes altså ikke klare uttalelser i forarbeidene om domstolens prøvingsadgang. Uttalelsene kan forstås på ulike måter, og etterlater et noe usikkert bilde av lovgivers intensjoner. De bør derfor ikke være *avgjørende* for prøvingsnormen. Like fullt kan de gi

¹¹² TOSLO-2018-132587 pkt 3.2.

¹¹³ Hauge (2019) s. 302.

¹¹⁴ NOU 2003: 24 s. 152.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 48.

holdepunkter for tolkningen.¹¹⁶ Samlet sett tilsier de overnevnte forarbeiduttalelsene at nødvendighetsvilkåret i § 17-3 tredje ledd er et rettsanvendelsesskjønn domstolen kan prøve fullt ut. Dette særlig på bakgrunn av uttalelsen om at begrensningene er ment å være vesentlig snevrere enn skrankene etter myndighetsmisbrukslæren. Dersom lovgiver har ment å begrense domstolens prøvingsadgang, er det naturlig å anta at de ville kommentert dette når de eksplisitt omtalte behandlingen i domstolene.

Lovens forarbeider kan også ha betydning for vurderingen av prøvingsnormen på en mer indirekte måte. I kapittel 4.5 gjøres det rede for nødvendighetsvilkårets materielle innhold, og betydningen dette har for domstolens prøvingskompetanse. Her spiller forarbeidene en sentral rolle.

4.5 Nødvendighetsvilkårets materielle innhold og betydningen for domstolens prøvingskompetanse

4.5.1 Den materielle rettsregelens innhold

Den materielle rettsregelen er som nevnt på et annet rettslig nivå enn den mer abstrakte prøvingsnormen. Likevel kan regelens materielle innhold være av betydning for domstolens prøvingsadgang. Her gjøres det derfor rede for det materielle innholdet i nødvendighetsvilkåret. Hvilken betydning dette får for domstolens prøvingsadgang vurderes i delkapittel 5.5.2.

Lovens ordlyd gir isolert visse holdepunkter for at nødvendighetsvurderingen har et noe konkretisert materielt innhold.¹¹⁷ Lovens forarbeider indikerer på sin side at det nødvendighetsvilkåret består av flere tydelige elementer. Opprinnelig oppstilte Bygningslovutvalget fire selvstendige vilkår i bestemmelsen. Etter forslaget § x-2 andre ledd kunne det bare avtales tiltak som sto i (1) «saklig sammenheng med» og (2) var «nødvendige for gjennomføringen av planvedtak». Tiltakene skulle også (3) «tjene interessene i utbyggingsområdet» og (4) «stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang». I proposisjonen tok departementet ut kriteriene «saklig sammenheng» og «tjene interessene i utbyggingsområdet» fra lovteksten, men understrekte at dette ikke utvidet rammene foreslått av Bygningslovutvalget.¹¹⁸ Departementet mente disse kriteriene uansett var forutsetninger for at et tiltak var «nødvendig». Endringene var begrunnet i lovtekniske hensyn, og skulle ikke medføre noen realitetsendring.¹¹⁹ Proposisjonen viser derfor til bygningslovutvalgets utredning for «den nærmere forståelsen av nødvendig, saklig sammenheng og tjene interessene».¹²⁰ Her utdypet utvalget at med «saklig sammenheng menes at det må være en relevant og nær tilknytning mellom det kommunen krever og *planens* innhold (min utheving).»¹²¹ Utvalget gav videre uttrykk for at kravet om at tiltaket må tjene interessene i utbyggingsområdet er en ”betydelig skranke” på hva som kan avtales, og knytter kravet nært opp mot den aktuelle utbyggingen når det vises til at det f eks ikke kan kreves at det skal oppføres en skole når det skal bygges seniorboliger.¹²²

¹¹⁶ Rt. 2007 s. 257 (41).

¹¹⁷ Kapittel 4.2.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66.

¹²¹ NOU 2003: 24 s. 171.

¹²² NOU 2003: 24 s. 171.

I forarbeidene er det også gitt uttrykk for at nødvendighetsvilkåret innebærer et krav om en kobling mellom det avtalte tiltaket og *den konkrete utbygging*, og ikke bare det overordnede planvedtak som ordlyden isolert indikerer. I proposisjonen ble det lagt til grunn at «[u]tbyggingen må være den direkte foranledningen til behovet for ytelsen, slik at det er en relevant og nær sammenheng mellom ytelsen og planens innhold.»¹²³ Enda tydeligere følger dette av Bygningslovutvalgets utredning, som uttalte at «[k]ravet til at det grunneiere eller utbygger påtar seg skal være en nødvendig følge av gjennomføring av planen, innebærer et krav om at den aktuelle utbyggingen medfører et konkret behov for ytelsen.»¹²⁴ Også sivilombudsmannen har lagt til grunn en slik innskrenkende tolkning av lovens ordlyd.¹²⁵ Det er nærliggende å tolke dette kriteriet som et krav om årsakssammenheng mellom behovet tiltaket skal dekke og det konkrete utbyggingsprosjektet. Dersom behovet hadde vært til stede også uavhengig av den aktuelle utbygging, er ikke denne utbyggingen den direkte foranledningen til behovet.

Disse forarbeiduttalelsene er tolket på ulike måter. Noen ser på de kriteriene som ulike presiseringer av ett og samme krav.¹²⁶ Andre tolker forarbeiduttalelsene slik at det inngår flere selvstendige elementer eller momenter i nødvendighetsvurderingen.¹²⁷ Etter min mening er det mest nærliggende å konkludere med at vilkåret har flere elementer, som hver for seg må være oppfylt for at et tiltak skal være nødvendig i lovens forstand. Blant annet la departementet til grunn at nødvendighetskravet *også* omfatter «krav til saklig sammenheng mellom avtalevilkårene og utbyggingsformålet og at tiltakene skal tjene interessene i utbyggingsområdet eller avhjelpe ulemper.»¹²⁸ Men disse kriteriene flyter utvilsomt over i hverandre.

4.5.2 Den materielle rettsregelens betydning for prøvingsadgangen

Gjennomgangen ovenfor viser at nødvendighetsvurderingen er mindre skjønsmessig enn ordlyden isolert tilsier. Forarbeidene gir klare føringer om innholdet i vurderingen, og hva som kreves for at tiltak anses «nødvendige» i lovens forstand. Samtlige elementer i vurderingen har denne funksjonen. Men særlig de uttalelsene i forarbeidene som knytter nødvendigheten og det konkrete behovet til selve utbyggingen presiserer innholdet i nødvendighetsvurderingen. Dermed består vurderingen av tre mer eller mindre konkretiserte krav, fremfor en bred og noe skjønsmessig vurdering av hvilke tiltak et planvedtak nødvendiggjør. Dette får betydning for tolkningen av § 17-3 tredje ledd. Når forarbeidene peker på en mer konkret og presis vurdering, taler det for at vurderingen er ment å være rettslig styrt og derfor et rettsanvendelsesskjønn domstolen kan prøve. Eckhoff og Smith gir blant annet uttrykk for at desto flere detaljer en tolkning av kompetansebestemmelsen identifiserer, jo mindre plass blir det igjen til forvaltningsskjønn om hvordan bestemmelsen skal benyttes i det enkelte tilfelle.¹²⁹

Høyesterett har i flere dommer benyttet forarbeiduttalelser til å belyse innholdet i den aktuelle vurderingen. I Rt. 2007 s. 257(Trallfa) fant domstolen på bakgrunn av uttalelser fra

¹²³ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65-66.

¹²⁴ NOU 2003: 24 s. 171.

¹²⁵ SOM-2015-1194 s. 5. Hauge (2018) s. 90-92 argumenterer for en presiserende tolkning.

¹²⁶ SOM-2015-1194 s. 5 og Innjord og Zimmermann (2020) s. 497.

¹²⁷ Ness og Øyasæter (2018) s. 217. Hauge (2018) s. 89 flg. mener at vilkåret inneholder et saklighetskrav og et nødvendighetskrav.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7.

¹²⁹ Eckhoff og Smith (2018) s. 374.

forarbeidene om at det måtte gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, og at lovens krav var oppfylt hvor en overvekt av hensyn talte for dispensasjon.¹³⁰ Dette var en av flere grunner til at Høyesterett konkluderte med at vilkåret om «særlige grunner» for dispensasjon var forvaltningsskjønn. Dersom forarbeidene derimot hadde presisert innholdet i vilkåret i større grad, ville det trolig ikke være like åpenbart at vilkåret var forvaltningsskjønn. Vurderingens skjønnsmessige karakter ville i så tilfelle være vesentlig svekket.

4.6 Bestemmelsens forhistorie - den ulovfestede vilkårlærens betydning for prøvingsnormen

4.6.1 Innledende om lovhistorikken og betydningen for prøvingsadgangen

Høyesterett trekker i flere dommer frem bestemmelsens lovhistorikk, eller den tidligere rettstilstanden, ved spørsmål om domstolens prøvingsadgang.¹³¹ Dersom den tilsvarende vurderingen etter tidligere gjeldende lov var lagt til forvaltningens frie skjønn, taler det for at dette er ordningen også etter den nye loven når prøvingsadgangen ikke er eksplisitt regulert i loven eller kommentert i forarbeidene.

Selv om bruken av utbyggingsavtaler ikke var lovregulert før 2005, fantes det etter dagjeldende rett begrensninger for hvilket innhold en utbyggingsavtale kunne ha. Det var riktignok usikkerhet rundt hvilket kompetansegrunnlag kommunens adgang til å stille krav ovenfor utbygger i utbyggingsavtale kunne hjemles i. Bygningslovutvalget gikk i sin utredning grundig gjennom gjeldende rett før lovreguleringen. Her ble særlig den ulovfestede vilkårlæren og forvaltningens avtalekompetanse trukket frem som mulige kompetansegrunnlag for kommunens adgang til å innta vilkår i en utbyggingsavtale.¹³² Både vilkårlæren og avtalekompetansen innebærer begrensninger for hvilke krav om kan stilles ovenfor eller avtales med en privat part. Disse begrensningene har klare likhetstrekk med vilkårene i pbl. § 17-3 tredje ledd.

4.6.2 Den ulovfestede vilkårlæren og dens begrensninger

Vilkårlæren er et ulovfestet kompetansegrunnlag som gir forvaltningen hjemmel til å stille tyngende vilkår ved et ellers begunstigende vedtak. Læren kommer først og fremst til anvendelse hvor avgjørelsen om det begunstigende vedtaket er lagt til forvaltningens frie skjønn. Vilkårlæren setter imidlertid også begrensninger for forvaltningens adgang til å stille slike vilkår. Forvaltningen kan bare stille vilkår som er saklige og forholdsmessige.¹³³ Til tross for at en slik ordning kan lede til effektiv saksbehandling og gunstige mellomløsninger for både forvaltningen og den private part, er adgangen til å stille vilkår et potensielt stort maktmiddel på forvaltningens hånd. Den private part vil ofte være i en situasjon hvor vedkommende er mer eller mindre avhengig av det aktuelle vedtaket.

De nevnte begrensningene bøter til en viss grad på dette ujevne forholdet mellom forvaltningen og borgeren. I kravet om at vilkårene må være saklige ligger for det første et krav om saklig motivering.¹³⁴ Dette kravet gjelder for øvrig all myndighetsutøvelse, gjennom den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren og forbudet mot usaklig myndighetsutøvelse.

¹³⁰ Rt. 2007 s. 257 (42)

¹³¹ Se blant annet Rt. 1995 s. 1427 s. 1436 og Rt. 2015 s. 1388 (235)-(238)

¹³² NOU 2003: 24 s. 152, s. 154 flg. og s. 143-144

¹³³ Rt. 2008 s. 1110 (22) hvor Høyesterett uttaler at «[i] tråd med forvaltningsrettslige prinsipper må slike vilkår være saklige og ikke uforholdsmessig tyngende».

¹³⁴ Graver (2019) s. 284, NOU 2003: 24 s. 154.

Saklighetskravet i vilkårlæren innebærer imidlertid i tillegg et krav om en objektiv saklig sammenheng mellom ytelsen fra borgeren og motytelsen fra forvaltningen, dvs. mellom det aktuelle vilkåret og det begunstigende vedtaket.¹³⁵ Slik saklig sammenheng foreligger blant annet hvor vilkåret tjener til å motvirke de skadevirkninger eller ulemper som kan følge av vedtaket.¹³⁶

Vilkårlærens krav om forholdsmessighet innebærer trolig også et strengere krav enn myndighetsmisbrukslærens forbud mot åpenbart urimelige avgjørelser. Høyesterett har ikke tatt eksplisitt stilling til forholdet mellom disse. Men i dommene Rt. 2008 s. 110 og Rt. 2003 s. 764(Løvenskiold) om vilkårlæren, benytter Høyesterett terminologien forholdsmessighet. Og i den sistnevnte dommen skiller Høyesterett anførselene om og vurderingen av om vilkåret var uforholdsmessig tyngende og om vilkåret var et resultat av myndighetsmisbruk.

Det har imidlertid lenge vært diskutert i den juridiske litteraturen om, og i hvilken grad, et samtykke fra den private part utvider forvaltningens kompetanse til å stille tyngende vilkår.¹³⁷ Dersom dette er tilfellet er det uklart hvorvidt vilkårlærens krav satte begrensninger for kommunens adgang til å stille vilkår i utbyggingsavtaler, ettersom utbyggeren må samtykke til avtalens innhold. Den rådende oppfatning syntes imidlertid å være at et samtykke ikke utgjør et eget kompetansegrunnlag som gir en videre kompetanse til å stille vilkår. Men samtykket kan være et viktig argument i vurderingen av om vilkåret er saklig og forholdsmessig.¹³⁸ Dommen i Rt. 2003 s. 764(Løvenskiold) syntes å bekrefte dette. Høyesterett foretok en konkret vurdering av om vilkåret oppfylte kravet til saklig sammenheng, og vektla her at løsningen var valgt med samtykke av og i betydelig grad av hensyn til den private parten.¹³⁹ Dommen indikerer derfor at begrensningene er reelle til tross for et foreliggende samtykke, men at samtykket får betydning for vilkårets saklighet og forholdsmessighet. En slik regel har gode grunner for seg. Sett hen til de overnevnte betenkelighetene med forvaltningens bruk av vilkår, kan det stilles spørsmålsteget til hvor reell frivilligheten bak samtykket egentlig er. Dette burde derfor ikke alene være avgjørende for vilkårets gyldighet. Det er på denne bakgrunn mye som tyder på at begrensningene også gjelder i de tilfeller hvor borgeren eksplisitt samtykker til vilkåret.

4.6.3 Avtalekompetansen som kompetansegrunnlag og dets begrensninger

Forarbeidene trekker frem avtalekompetansen som kompetansegrunnlag for utbyggingsavtaler på to ulike måter. Bygningslovutvalget viste for det første til at det hevdes at kommunens kompetanse til å stille vilkår i plan og bygningsloven «utvides under henvisning til den private autonomi, dvs. den kompetansen rettssubjekter i alminnelighet har til å dissonere over sine eiendeler og til å inngå avtaler.»¹⁴⁰ For det andre ble det vist til at noen hjemler kompetansen til å inngå utbyggingsavtaler i sedvanerett og den private parts samtykke, hvor Høyesterett over tid har godkjent avtaler hvor kommunen har benyttet sin offentlige

¹³⁵ Graver (2019) s. 284, NOU 2003: 24 s. 154, Østenstad (2015) s. 136-137 og Rt. 2003 s. 764 (60)-(61). Motsatt Rt. 2008 s. 110 og NOU 2019: 5 s. 298 som kan tas til inntekt for at et vilkår er saklig etter den ulovfestede vilkårlæren så lenge vilkåret er i tråd med lovens formål.

¹³⁶ Rt. 2003 s. 764 (61), NOU 2003: 24 s. 154.

¹³⁷ Bernt (1977) s.75 flg., Aulstad (2002) s. 241 flg.

¹³⁸ Bernt (1977) s. 91-92, Graver (2019) s. 283.

¹³⁹ Rt. 2003 s. 764 (71)-(72).

¹⁴⁰ NOU 2003: 24 s. 144.

kompetanse som byttemiddel.¹⁴¹ Uavhengig av hvilket syn man legger til grunn, er det klart at forvaltningens avtalekompetanse begrenses av myndighetsmisbrukslæren.¹⁴²

Som vist over, begrenser myndighetsmisbrukslæren forvaltningens kompetanse i mindre grad enn den ulovfestede vilkårlæren. Det kan problematiseres om grensdragningen mellom en formell avtale og ensidig stilte vilkår bør være avgjørende for hvilke begrensninger som gjelder for myndighetsutøvelsen. Det vil ofte være utfordrende å trekke et skille mellom de tilfeller et vilkår formelt fremsettes ensidig av kommunen, de tilfeller hvor den private part samtykker til vilkåret, og hvor vilkåret og vedtaket er en del av en større avtalekonstruksjon. Også her benytter forvaltningen sin myndighetsutøvelse som et «byttemiddel» mot en ytelse fra den private part. Graver syntes på bakgrunn av lignende betraktninger å legge til grunn at det ikke bør legges for stor vekt på formen, og at avtalekarakteristikken gir liten veiledningen ved den rettslige bedømmelsen av forholdet.¹⁴³ Hopsnes tar også til orde for at vilkårlæren kan og bør anvendes som materiell grense for hva borgeren kan samtykke til ovenfor forvaltningen.¹⁴⁴ Forvaltningen vil ellers kunne omgå vilkårlærens krav ved å inngå en forvaltningsavtale med den private part fremfor å stille vilkår ved vedtaket, med det samme innhold.

På denne bakgrunn kan det argumenteres for at vilkårlærens krav om saklighet og forholdsmessighet bør være en begrensning på forvaltningens adgang til å stille vilkår, også hvor det er del av en større avtalekonstruksjon med den private part. Riktignok må avtaleelementet og en eventuell forhandlingssituasjon her, som i samtykketilfellene, få betydning for den konkrete vurderingen av sakligheten og forholdsmessigheten.

4.6.4 Betydningen for domstolens prøvingsrett

Vilkårlærens krav til saklighet og forholdsmessighet var derfor trolig gjeldende begrensninger på kommunens kompetanse uavhengig av om en utbyggingsavtale ble ansett hjemlet i vilkårlæren eller avtalekompetansen. Kravene som følger av vilkårlæren prøver domstolen fullt ut. Det betyr at domstolen etter gjeldende rett, før lovreguleringen, kunne prøve om tiltaket utbygger forpliktet seg til i en utbyggingsavtale var saklig motivert, om det var i saklig sammenheng med det overordnede vedtaket, og om det var forholdsmessig. Til tross for at nødvendighetskravet i pbl. § 17-3 tredje ledd har et mer presist og noe strengere innhold enn kravet om saklig sammenheng etter vilkårlæren, er det en naturlig slutning at kriteriene om nødvendighet og forholdsmessighet i det minste er sterkt inspirert av disse ulovfestede begrensningene.¹⁴⁵ Dette særlig i lys av forarbeidenes grundige gjennomgang av dagjeldende rett og innholdet i vilkårlærens krav. Spørsmålet er så om dette får betydning for vurderingen av domstolens rett til å prøve nødvendighetskriteriet i pbl. § 17-3 tredje ledd.

Når Høyesterett har sett bort fra tidligere rettstilstand ved vurdering av domstolskontrollen har dette vært fordi det nye kompetansegrunnlaget har fått en annen utforming, eller et annet innhold enn den tidligere regelen.¹⁴⁶ Det er også eksempler hvor Høyesterett har funnet

¹⁴¹ NOU 2003: 24 s. 144.

¹⁴² NOU 2003: 24 s. 144.

¹⁴³ Graver (2019) s. 280.

¹⁴⁴ Hopsnes (2016) s. 374 flg.

¹⁴⁵ Hopsnes (2016) s. 382 legger til grunn at begrensningene nærmest er en kodifisering av kravene etter vilkårlæren. Aulstad (2005) s. 506 mener begrensningene «svarer langt på vei til den avgrensning som følger av den ulovfestede vilkårlærens krav om saklig sammenheng og forholdsmessighet».

¹⁴⁶ Rt. 1995 s. 1427 s. 1436.

uttalelser i forarbeidene som tilsier at lovgiver bevisst har ment å endre rettstilstanden vedrørende domstolens prøvingsrett.¹⁴⁷ I de aktuelle dommene konkludere Høyesterett med at vurderingene, som etter tidligere gjeldende rett var forvaltningsskjønn, nå er rettsanvendelsesskjønn domstolen kan prøve fullt ut. Av rettssikkerhetshensyn bør det trolig kreves sterkere holdepunkter i lov eller forarbeider, dersom det skal konkluderes med at loven har innskrenket domstolens prøvingsadgang.

Det finnes ingen klare uttalelser i plan- og bygningslovens forarbeider som tilsier at lovgiver ved lovreguleringen har ment å begrense domstolens adgang til å prøve lovligheten av utbyggingsavtalenes innhold, sammenlignet med tidligere rettstilstand. Tvert imot har formålet med lovreguleringen vært å nettopp begrense forvaltningens kompetanse.¹⁴⁸ Det er heller neppe tale om materielle endringer av en slik karakter at dette alene tilsier en innskrenket prøvingsadgang. De materielle begrensningene er strengere og ytterligere presisert, og derfor trolig mer egnet for prøving. På den annen side var kompetansegrunnlaget etter dagjeldende rett ulovfestet og noe uklart. I dommene hvor Høyesterett benytter den tidligere rettstilstand i vurderingen av prøvingsadgangen er det derimot tale om eldre varianter av lovbestemmelsen. Dette kan svekke overføringsverdien noe.

Avgjørende burde det likevel være at en eventuell endring fra tidligere gjeldende rett medfører at rettstilstanden går fra full prøving av begrensningene på forvaltningens kompetanse, til en rettstilstand hvor domstolen ikke kan prøve vilkårene som nå følger av loven. Det bør kreves sterkere holdepunkter for en slik innskrenkning av domstolskontrollen. Når en slik endring ikke følger tydelig av forarbeidene til tross for at utvalget grundig behandlet den tidligere rettstilstand, bør dette tolkes som at domstolen fortsatt kan prøve de tilnærmet like begrensningene selv om disse nå er lovfestet.

4.6.5 Vilkårslærens supplerende funksjon

Dersom nødvendighetskriteriet anses som forvaltningsskjønn vil det kunne lede til en spesiell rettstilstand. Domstolen kan da i utgangspunktet kun prøve om myndighetsmisbrukslæren er overtrådt. Det kan imidlertid argumenteres for at vilkårslærens krav kan komme inn som en strengere begrensning på forvaltningens frie skjønn. Det er antatt i teorien at vilkårslærens krav om saklig sammenheng og forholdsmessig kan supplere en lovhjemmel som ikke spesifisert eller uttømmende regulerer hvilke vilkår som kan stilles, og dermed begrense forvaltningens adgang til å stille vilkår.¹⁴⁹ Vilkårslærens krav er utviklet som en begrensning på domstolens skjønnsutøvelse, hvor kompetanseregelen åpner for et helt fritt diskresjonært skjønn. Etter en fra det mer til det mindre-betraktning bør domstolen kunne prøve den saklige sammenhengen og forholdsmessigheten av vilkåret også hvor adgangen til å stille vilkår er hjemlet ved lov og nødvendigheten er underlagt forvaltningsskjønn.

Dette forutsetter imidlertid at bestemmelsen er innenfor vilkårslærens anvendelsesområde. Ettersom § 17-3 tredje ledd regulerer en avtale hvor utbygger må samtykke før han forpliktes, kan det problematiseres om det er tale om en vilkårsbestemmelse. På den annen side er dette realiteten i de fleste tilfeller hvor forvaltningen stiller vilkår ved begunstigende vedtak.

¹⁴⁷ Rt. 2015 s. 1388 (235)-(238).

¹⁴⁸ Se kapittel 4.3.

¹⁴⁹ Backer (1986) s. 436 flg. og Graver (2015) s. 436 flg. skiller mellom formålsoverrettede og tiltaksorienterte hjemler. Aulstad (2005) s. 200 mener vilkårslærens krav kan komme begrensende inn når loven ikke inneholder en klar presisering av hva forvaltningen kan fastsette vilkår om. Jørgensen (2017) s. 55 flg. argumentere for at vilkårslæren kommer til anvendelse på rekkefølgebestemmelsen i pbl. § 12-7 nr. 10.

Kommunen fremmer riktignok vilkåret ensidig, men borgeren er ikke forpliktet til å oppfylle det vilkåret forvaltningen stiller. Fremfor en mer avtalelignende situasjon påtar borgeren seg det aktuelle vilkåret ved en samtykkende handling – å oppfylle vilkåret. Også vilkår etter den ulovfestede vilkårs læren krever slikt sett et samtykke, enten stilltiende eller eksplisitt. Dermed er det nærliggende å anse pbl. § 17-3 tredje ledd som en vilkårsbestemmelse. Det er ikke tvilsomt at bestemmelsen ikke regulerer uttømmende hvilke vilkår som kan stilles, da det kun settes krav at tiltakene må være nødvendige og forholdsmessige. Dette tilsier at vilkårs lærens begrensninger kan supplere vilkårene i § 17-3 tredje ledd.

Hvis nødvendighetskriteriet er underlagt forvaltningsskjønn, risikeres derfor en rettstilstand hvor domstolen kan prøve den saklige sammenhengen, men ikke nødvendigheten. Sett hen til den materielle likheten mellom kravene vil dette kunne føre til en spesiell og neppe tilsiktet rettstilstand.

4.7 Tilsier maktfordelingshensyn at domstolens prøvingsadgang er begrenset?

Hensynet til maktfordelingen og den demokratiske legitimiteten er trolig det mest sentrale hensynet bak en begrenset prøvingsadgang.¹⁵⁰ Hensynet gjør seg først og fremst gjeldende hvor den aktuelle vurderingen er av en særlig politisk karakter. I rettspraksis er dette derfor ofte et tungtveiende argument for at et kriterium i loven er forvaltningsskjønn.¹⁵¹ I Rt. 2007 s. 257(Trallfa) uttalte Høyesterett at vurderingen av om det forelå «særlige grunner» for dispensasjon i pbl. 1985 § 7, var «planrelatert og ofte politisk på samme vis som utarbeidelsen av planene(..)».¹⁵² Dette var et sentralt premiss for konklusjonen om at vilkåret var forvaltningsskjønn. Derfor er det av stor betydning for prøvingsadgangen om og eventuelt i hvilken grad nødvendighetsvurderingen i § 17-3 tredje ledd er av politisk karakter.

Nødvendighetskriteriet i §17-3 tredje ledd er en bestemmelse i plan- og bygningslovgivningen. Dette er mer generelt et rettsområde hvor kommunen har mye avgjørelseskompetanse og ofte stort skjønnsrom. Særlig bestemmelsene som gjelder arealplanene og deres innhold, overlater stor grad av fritt skjønn til kommunene. Dette for å sikre lokalt og politisk selvstyre i planleggingen.¹⁵³ Lovens ordlyd indikerer at vilkåret har en side til politiske vurderinger, ettersom det avgjørende er hvilke tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av *planvedtak*. Som fremhevet i Rt. 2007 s. 257(Trallfa) er arealplanene og derav også planvedtak klart av en politisk karakter. Spørsmålet er derfor om denne koblingen til planvedtak medfører at selve nødvendighetsvurderingen er politisk.

Planvedtaket, arealplanene som utbyggingsavtalene skal gjennomføre, er allerede vedtatt på tidspunktet avtalen inngås. Etter pbl. § 17-4 femte ledd må arealplanen være vedtatt *før* kommunen inngår bindende utbyggingsavtale. Altså er de politiske vurderingene som inngår i arealplanen foretatt før utbyggingsavtalen inngås. Dette tilsier at nødvendighetsvurderingen ikke er av politisk art. I praksis er det imidlertid vanlig at forhandlingen av utbyggingsavtalen foregår parallelt med planarbeidet.¹⁵⁴ Det er ofte utbygger eller grunneier som fremmer detaljreguleringsplan de ønsker vedtatt av kommunen. I så tilfelle vil den politiske behandlingen av reguleringsplanen foregå i samme tidsrom som forhandlingene om utbyggingsavtalene. I slike tilfeller vil det være vanskeligere å skille mellom den politiske

¹⁵⁰ Kap. 2.2.1.

¹⁵¹ Rt. 2007 s. 257 (42), Rt. 2015 s. 1232 (32) og Rt. 2015 s. 1388 (116).

¹⁵² Rt. 2007 s.257 (42).

¹⁵³ NOU 2001: 7 s. 107

¹⁵⁴ Pedersen m.fl. (2018) s. 533, Ness og Øyasæter (2018) s. 236, forutsatt i NOU 2003: 24 s. 172.

vurderingen og vurderingen av tiltakenes nødvendighet. Noen kommuner har imidlertid en kompetansefordeling mellom ulike organer eller etater som likevel gjør det mulig å skille vurderingene fra hverandre. I for eksempel Oslo kommune fremforhandler Eiendoms- og byfornyelsesetaten utbyggingsavtalene, mens det er plan- og bygningsetaten som har ansvaret for arealplanen. Også i mindre kommuner er det vanlig med en slik kompetansefordeling, ved at rådmannen gis fullmakt til å forhandle og signere utbyggingsavtaler på vegne av kommunen.

Videre er det av betydning at lovgiver ønsket å skille myndighetsutøvelsen mest mulig fra utbyggingsavtalene.¹⁵⁵ Dette ble gjort ved å stille krav om forutsigbarhetsvedtak, som skal angi i hvilke tilfeller utbyggingsavtale er en forutsetning for utbygging, som grunnlag for utbyggingsavtalen.¹⁵⁶ Forutsigbarhetsvedtaket skulle sikre at det avtalene inneholder av myndighetsutøvelse samtidig fremkommer gjennom offentlige vedtak «slik at en unngår for stor grad av samfunnsmessig styring gjennom avtaler.»¹⁵⁷ Offentlig forvaltningsmyndighet skulle først og fremst fremgå av plan og andre politiske vedtak, slik at avtalen lettere kunne karakteriseres som privatrettslig.¹⁵⁸ Det er nærliggende å forstå departementet slik at de politiske vurderingene skulle gjennomføres i forbindelse med de overordnede planene, og ikke den konkrete avtalen med hver enkelt utbygger. Lovens system kan derfor indikere at de politiske vurderingene på tidspunktet for utbyggingsavtalen allerede er foretatt, og at nødvendighetsvurderingen derfor ikke er politisk.

Det er derimot usikkert i hvilken grad denne målsetningen er oppnådd i praksis. Loven stiller få krav til forutsigbarhetsvedtakets innhold og detaljnivå. Som et resultat er vedtaket ofte både overordnet og lite detaljerte, og dermed lite egnet til å sikre den forutsigbarheten lovgiver ønsket. For eksempel gir forutsigbarhetsvedtaket i kommuneplanen for Oslo knapt flere forutsetninger enn de som følger av pbl. kapittel 17.¹⁵⁹ Det er derfor uklart i hvilken grad de politiske vurderingene faktisk løftes fra utbyggingsavtalene. Det er derimot klart at dette har vært lovgivers intensjon, noe som isolert tilsier at vurderingen er rettsanvendelsesskjønn.

Selv om det i praksis kan være vanskelig å skille de politiske vurderingene i forbindelse med et planvedtak og vurderingen av nødvendigheten av tiltak i en utbyggingsavtale, utgjør sistnevnte neppe en *særlig* politisk vurdering. De politiske vurderingene skal etter lovens system gjøres utenom utbyggingsavtalen, ved forutsigbarhetsvedtaket og vedtagelse av arealplanen.

4.8 Er domstolen tilstrekkelig egnet til å overprøve nødvendighetsvurderingen i pbl. § 17-3 tredje ledd?

Det overordnede hensynet om domstolens egnethet er i Høyesterettspraksis benyttet på flere måter.¹⁶⁰ Og ved nødvendighetsvurderingen under § 17-3 tredje ledd er det flere ulike forhold som påvirker domstolens egnethet til å prøve forvaltningens vurdering.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7.

¹⁵⁶ Pbl. § 17-2.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 47.

¹⁵⁹ Kommuneplanen 2015 «Oslo mot 2030: Smart, trygg og grønn» s. 31.

¹⁶⁰ Kap 2.1.2.

I rettspraksis er det vektlagt at vurderingen er av en faglig karakter.¹⁶¹ I Rt. 2007 s. 42(Trallfa) var et argument for begrenset prøvingsadgang at vurderingen «i liten grad dreier seg om rettslige rammer, men har langt større tilknytning til en *planfaglig forvaltningsoppgave* med islett av politikk [min uthevning]». ¹⁶² Vurderingen av om et tiltak er nødvendig for gjennomføringen av planvedtak har tilsvarende planfaglige elementer. Nødvendighetskriteriet kan blant annet innebære vanskelige vurderinger av hvilken infrastruktur som må være på plass før utbyggingen kan begynne. Forarbeidene presiserer at tiltaket må være «planfaglig nødvendig». ¹⁶³ Med dette menes at tiltaket «etter en faglig vurdering» er en forutsetning for at utbyggingsområdet skal ha tilfredsstillende utforming. ¹⁶⁴ Isolert kan dette tilsi at kommunen er bedre egnet til å foreta vurderingen av den konkrete nødvendigheten enn domstolen, og at den derfor er lagt til forvaltningens skjønn. Ettersom slike vurderinger krever en viss nærhet til de faktiske forholdene i saken, kan dette også tilsi at kommunen er bedre egnet til å foreta vurderingen av nødvendigheten i det konkrete tilfelle. Kommunen har en oversikt over lokale forhold som domstolen ikke har.

Betydningen av disse forholdene for domstolsprøvingen er imidlertid noe kritisert. ¹⁶⁵ Det kan problematiseres om domstolen er mindre egnet til å foreta faglige vurderinger på dette rettsområdet enn på andre. Utenfor forvaltningsretten gjør domstolen ofte vurderinger som er utpreget faglige uten at dette anses problematisk. Det kan derfor reises tvil om domstolsbehandling av faglige vurderinger faktisk leder til flere uriktige avgjørelser. ¹⁶⁶ Et sentralt poeng er at domstolen skal overprøve forvaltningens vurdering og avgjørelse, ikke fatte vurderingen i første omgang. Domstolen kan også benytte seg av sakkyndige. ¹⁶⁷ Heller ikke kommunens nærhet til de faktiske forholdene bør være et tungtveiende hensyn i vurderingen. Kommunen må selv sørge for tilstrekkelig bevisføring når saken er oppe for domstolen. Sammenlignet med de mer utpreget politiske vurderingene, er det mer utfordrende å avdekke begrunnelsen bak dette hensynets betydning for domstolens prøvingsadgang.

Kanskje er det nettopp derfor vurderingenes faglige karakter ikke har vært avgjørende eller tungtveiende i Høyesteretts premisser ved vurderingen av domstolskontrollens omfang. I en rekke dommer hvor den konkrete vurderingen er av faglig karakter, konkluderer Høyesterett likevel med at domstolen har prøvingsadgang. Vurderingens faglige karakter har først og fremst betydning som et argument for domstolens tilbakeholdenhet i den konkrete prøvingen, til tross for prøvingsadgang. ¹⁶⁸ I Rt. 2007 s. 257(Trallfa) konkluderer domstolen riktignok med at vurderingen var forvaltningsskjønn. På den annen side var vurderingen ikke bare faglig, men også mer utpreget politisk. ¹⁶⁹ Det er derfor vanskelig å si hvilken betydning den faglige karakteren isolert hadde for konklusjonen.

Hvis vurderingen er av rettslig karakter, og domstolen derfor er egnet til å foreta vurderingen, er dette et argument *for* domstolens prøvingsadgang. ¹⁷⁰ Ordlyden nødvendighetskriteriet i § 17-3 tredje ledd viser til en noe skjønsmessig og konkret vurdering. Lovens forarbeider gir

¹⁶¹ Rt. 1995 s. 1427 s. 1435, Rt. 2000 s. 1056 s. 1063, Rt. 2004 s. 1092 (70), Rt. 2005 s. 117 (49), Rt. 2007 s. 257 (42) og (44), Rt. 2007 s. 1573 (52), Rt. 2010 s. 376 (39).

¹⁶² Rt. 2007 s. 257 (42).

¹⁶³ NOU 2003: 24 s. 171.

¹⁶⁴ NOU 2003: 24 s. 171.

¹⁶⁵ Moen (2018) s. 70-71, s. 120, Innjord (1996) s. 184, og Graver (2019) s. 261.

¹⁶⁶ Moen (2018) s. 70.

¹⁶⁷ Moen (2018) s. 71.

¹⁶⁸ Rt. 1975 s. 603, Rt. 1995 s. 1427, Rt. 2004 s. 1092. Se også Innjord (1996) s. 184.

¹⁶⁹ Rt. 2007 s. 257 (42).

¹⁷⁰ Rt. 1998 s. 1795 s. 1803, Rt. 2000 s. 591 s. 596, Rt. 2005 s. 117 (49) og Rt. 2015 s. 1388 (232).

imidlertid klarere holdepunkter for vurderingens innhold.¹⁷¹ Nødvendighetsvurderingen har derfor et tydeligere og mer konkret materielt innhold enn ordlyden isolert tilsier. Den består av et krav om en saklig sammenheng mellom tiltak og det overordnede planvedtaket, et krav om at tiltaket skal tjene interessene i utbyggingsområdet, og et krav om at tiltaket må dekke behov utløst av den konkrete utbyggingen.¹⁷² Disse ulike elementene i nødvendighetskravet er rettslige vurderinger, uten særlig preg av planfaglighet og politikk. Kravet om saklig sammenheng har en klar parallell til vilkårlæren og myndighetsmisbrukslæren. Kravet om tilknytningen mellom den konkrete utbyggingen og tiltaket minner først og fremst om et årsakskrav. Det kan derfor sies at lovgivers presiseringer i forarbeidene rettsliggjør nødvendighetsvurderingen i § 17-3 tredje ledd. Dette er ytterlige rettslige vurderinger domstolen til stadighet foretar. Tilsvarende vektla Høyesterett i Rt. 2005 s. 117 (elvebåt) blant annet at kriteriet «til last» viste til en aktsomhetsvurdering som domstolen måtte foreta på en rekke livsområder. Derfor var kriteriet «velegnet for overprøving».¹⁷³

Ettersom en vurdering av tiltakenes nødvendighet må gjøres etter de konkrete forholdene, vil visse sider av vurderingen innebære planfaglige komponenter som forvaltningen muligens er bedre egnet til å foreta enn domstolen. Nødvendighetsvurderingen innebærer imidlertid også en klar kjerne av rettslige elementer som domstolen har best forutsetninger for å prøve.

4.9 Er utbyggers rettsikkerhet tilstrekkelig ivaretatt ved en begrenset prøving av tiltakenes nødvendighet?

Rettsikkerhetshensyn er et helt sentralt argument *for* domstolens prøvingsadgang.¹⁷⁴ Vekten av hensynet avhenger av hva slags type kompetansebestemmelse det er tale om, og vil stå sterkere ved inngripende avgjørelser enn ved tillatelser og tildelinger. I Rt. 2015 s. 1232 (enkepensjon) uttalte førstvoterende at det kan være større grunn til inngående prøving ved særlig inngripende vedtak, men at vedtaket som gjaldt tilståelse av et gode vedkommende ikke hadde krav på ikke var av en slik karakter.¹⁷⁵ Til sammenligning har det i noen avgjørelser tilsynelatende vært et avgjørende poeng for domstolens prøvingsadgang om kompetansebestemmelsen omhandler en rettighet, eller et rettskrav mot det offentlige.¹⁷⁶ Et skille mellom rettighet og ikke rettighet har imidlertid ikke noen avgjørende betydning i vurderingen.¹⁷⁷ I blant annet Rt. 2006 s. 1348 (bilberging) fremhevet Høyesterett at de store konsekvensene vedtaket ville få for den næringsdrivende det ble rettet mot, tilsa på bakgrunn av grunnleggende rettsikkerhetshensyn at domstolen har full prøvelsesrett. Det må derfor vurderes konkret i hvilken grad den aktuelle kompetansebestemmelsen aktualiserer hensynet til borgernes rettsikkerhet.

Utbyggingsavtalens rettslige karakter får her betydning.¹⁷⁸ Utbyggingsavtalen er først og fremst en avtale mellom utbygger og kommunen. Selv om avtalen innebærer klare elementer av myndighetsutøvelse, forpliktes ikke utbygger til å besørge eller bekoste de aktuelle tiltakene før han samtykker. Det er altså ingen ensidig avgjørelse fra kommunens side. Utbyggingsavtalen kan derfor ikke isolert anses som særlig inngripende, selv om den

¹⁷¹ Kap. 4-5.1.

¹⁷² Kap 4.5.1.

¹⁷³ Rt. 2005 s. 117 (49).

¹⁷⁴ Rt. 1995 s. 1427 s. 1433, Rt. 2005 s. 117 (40) og (50)-(51), Rt. 2006 s. 1348 (40), Rt. 2007 s. 1573 (52) og Rt. 2015 s. 1232 (38).

¹⁷⁵ Rt. 2015 s. 1232 (38).

¹⁷⁶ Rt. 1975 s. 603 og Rt. 2015 s. 1388 (229) og (223) og Innjord (1996) s. 187-188.

¹⁷⁷ Innjord (1996) s. 187-189 mener at det ikke kan vektlegges at det ikke er rettighetsbestemmelse. Graver (2015) s. 251 har mer fokus på hvor inngripende den aktuelle avgjørelsen er.

¹⁷⁸ Se også kapittel 3.

forplikter utbyggeren økonomisk. Bestemmelsen regulerer heller ikke en rettighet eller unntak fra en rettighetsbestemmelse. Tvert imot gjelder utbyggingsavtalen oftest en tillatelse, en disposisjon eller et vedtak vedkommende utbygger ikke har krav på. Det er også en kjensgjerning at utbygger ofte er næringsdrivende med sterkere ressurser, og således ingen svak motpart. Sammenlignet med overnevnte domstolspraksis kan dette tilsi at utbyggingsavtaler ikke reiser særlige rettsikkerhetsaspekter, og at det derfor er mindre problematisk å begrense domstolens prøvingsadgang her enn ved ensidige pålegg fra forvaltningen.

Det er imidlertid omdiskutert hvor reell utbyggers frivillighet faktisk er.¹⁷⁹ I forarbeidene anerkjennes det at det forekommer situasjoner hvor utbygger opplever et sterkt press fra kommunen om å samtykke til vidtrekkende infrastrukturforpliktelser.¹⁸⁰ Kommunens vide adgang til å stille bestemmelser og rekkefølgekrav i reguleringsplan medfører også at kommunen har en særlig sterk posisjon i forhandlingene med utbygger som ønsker detaljreguleringsplan vedtatt, dispensasjon fra eksisterende reguleringsplan, byggetillatelse o.l. Den vide skjønnsadgangen til å stille rekkefølgekrav medfører at kommunen i realiteten nærmest kan fremtvinge en utbyggingsavtale, ved at utbygger enten må påta seg å besørge eller bekoste de aktuelle tiltakene, eller unnlate å bygge.¹⁸¹ Selv om rekkefølgekravene ikke formelt forplikter den enkelte utbygger, kan det gå lang tid før rekkefølgekravene oppfylles av kommunen selv eller andre. Utbygger kan på tidspunktet rekkefølgekravene vedtas i reguleringsplan være svært investert i det aktuelle utbyggingsprosjektet. Det kan for eksempel være tale om større påløpte utgifter til prosjektering, eller forpliktelser ovenfor tredjeparter. Kommunen skal riktignok fremme sine krav tidlig i prosessen slik at utbygger får en større grad av forutsigbarhet.¹⁸² Dette er imidlertid ikke et krav etter loven, noe som i flere tilfeller leder til at kravene kommer på et tidspunkt hvor utbygger allerede har hatt større utgifter til prosjektet. Behovet for byggetillatelse eller vedtatt detaljregulering kan derfor medføre at utbygger føler seg presset til å påta seg å besørge eller bekoste større og mer kostbare tiltak. Utbygger er også avhengig av kommunens samarbeidsvilje i den videre prosessen, og vil derfor kunne vegre seg for å protestere mot de krav kommunen fremmer i avtalen. Kommunens særlige forhandlingsposisjon og utbyggers behov for kommunens myndighetsutøvelse kan derfor samlet medføre at utbygger forplikter seg til mer byrdefulle tiltak enn vedkommende ellers ville gjort.

Saksforholdet i Entrasaken er egnet til å illustrere disse betenkeligheten. Her mottok kommunen forslag til detaljreguleringsplan i juli 2014. Forslaget var på offentlig ettersyn og det ble gjennomført to omganger med begrenset høring. Her ble det lagt frem flere bemerkninger til forslaget, men ingen av disse gjaldt rekkefølgekrav om infrastrukturen. Utbygger antok på dette tidspunkt at rammene for prosjektet var tilstrekkelig klare, og inngikk leiekontrakt med Universitet i Oslo. Først etter dette ble rekkefølgekravene om trikkespør og sykkelvei bragt på banen. Til tross for motstand fra utbygger ble kravene vedtatt i reguleringsplanen i februar 2017. Oslo kommune og utbygger inngikk derfor utbyggingsavtalen hvor utbygger forpliktet seg til å betale et kontantbidrag for å besørge sykkel- og trikketiltakene mot dispensasjon. Utbygger var imidlertid fortsatt av den oppfatning at både rekkefølgekravene og vilkårene i avtalen var ugyldige. Dette enkelttilfelle viser hvordan det kan skape problemer for utbyggers forutsigbarhet dersom kommunen sent i prosessen vedtar rekkefølgekrav. Utbygger var på dette tidspunkt allerede kontraktsrettslig

¹⁷⁹ Bygg21, «Utbyggingsavtaler-Byrdefordeling i ubalanse», 2018.

¹⁸⁰ NOU 2003:24 s. 174 og Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 53.

¹⁸¹ Pedersen mfl. (2018) s. 537, og NOU 2003: 24 s- 141 hvor kommunens sterke posisjon fremheves.

¹⁸² Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 43.

forpliktet ovenfor universitetet, og risikerte å lide økonomiske tap utover prosjekteringskostnadene dersom de ikke gikk med på kommunens vilkår.

Disse omstendighetene gjør det problematisk i et rettsikkerhetsperspektiv å argumentere for domstolens begrensede prøvingsadgang på bakgrunn av utbyggers samtykke til avtalens innhold. Selv om det inngås en avtale, som krever utbyggers samtykke, vil det i noen tilfeller være så som så med utbyggers frivillighet. Forholdet til rekkefølgekravene gjør også at prosessen rundt utbyggingsavtalene får et tydeligere element av ensidig myndighetsutøvelse.

Et ytterligere rettsikkerhetsaspekt er at kommunen selv drar økonomisk nytte av de tiltak utbygger etter avtalen skal besørge eller bekoste. I Rt. 2005 s. 117 (elvebåt) stod rettsikkerhetshensynet sterkt i domstolens premisser. Av særlig interesse er at Høyesterett vektla at det ville være i dårlig samsvar med rettsikkerhetshensynet at kreditor for kravet, her tollmyndigheten, alene skulle avgjøre vurderingen med endelig virkning.¹⁸³ Blant annet på denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at domstolen kunne prøve vurderingen fullt ut. Tilsvarende vil det være problematisk om kommunen alene skal foreta vurderingen av hvilke tiltak som er «nødvendige» etter § 17-3 tredje ledd. Selv om det er oppstilt et forbud mot finansiering av sosial infrastruktur som skoler, barnehager og lignende gjennom utbyggingsavtaler¹⁸⁴, omfatter tiltakene i utbyggingsavtale typisk øvrig infrastruktur som kommunen ellers måtte finansiert selv. Kommunen kan derfor ha en egeninteresse i at utbygger bekoster eller besørger slike tiltak. Dette medfører et større behov for en uavhengig prøving.

Til slutt er det sentralt at utbyggingsavtaler ikke kan påklages.¹⁸⁵ Dette medfører at domstolsprøving er utbyggers eneste mulighet til å prøve lovligheten av avtalens innhold. Ved annen myndighetsutøvelse har borgeren som hovedregel klageadgang, hvor et overordnet forvaltningsorgan prøver den aktuelle avgjørelsen fullt ut uavhengig av vurderingens art.¹⁸⁶ Dersom domstolen kun har en begrenset prøvingsadgang, vil tiltakets nødvendighet kun vurderes fullt ut av det kommunale organet som inngår avtalen. Dette styrker behovet for domstolsprøving betraktelig og medfører at utbyggers rettsikkerhet trolig ikke er tilstrekkelig ivaretatt uten en reell domstolsprøving, til tross for utbyggingsavtalens noe privatrettslige karakter.

5. Konkluderende betraktninger om domstolens prøvingskompetanse etter pbl § 17-3 tredje ledd

I dette kapittelet samles vurderingene i kapittel 4, og det konkluderes på om domstolen bakgrunn har adgang til å prøve nødvendigheten av tiltakene utbygger etter utbyggingsavtalen skal besørge eller bekoste.

Til tross for at det ikke kan trekkes helt klare konklusjoner om domstolens prøvingsadgang på bakgrunn av lovens ordlyd og forarbeidene, er det etter gjennomgangen av relevante rettskilder og hensyn mest nærliggende å konkludere med at nødvendighetskriteriet i pbl. § 17-3 tredje ledd er et rettsanvendelsesskjønn som domstolen kan prøve. Både formålet bak lovreguleringen av utbyggingsavtaler,¹⁸⁷ og lovgivningens forhold til den ulovfestede

¹⁸³ Rt. 2005 s. 117 (50)-(51).

¹⁸⁴ Forskrift om vilkår i utbyggingsavtaler § 1.

¹⁸⁵ Pbl. § 17-5.

¹⁸⁶ Fvl. §§ 28 og 34.

¹⁸⁷ Kapittel 4.3.

vilkårslæren¹⁸⁸ tilsier en slik løsning. Mest tungtveiende er imidlertid at vilkårets materielle innhold medfører at vurderingen av nødvendigheten ikke er særlig skjønsmessig eller åpen.¹⁸⁹ Nødvendighetsvilkåret stiller etter forarbeidene krav om at tiltakene skal stå i saklig sammenheng med planvedtaket, at tiltaket skal tjene interessene i utbyggingsavtalene, og at tiltaket skal dekke behov utløst av den konkrete utbyggingen.¹⁹⁰ Dette er vurderinger av klar rettslig karakter, som domstolen er egnet til å prøve.¹⁹¹ Dermed har nødvendighetsvilkåret i § 17-3 tredje ledd en tydelig rettslig kjerne som domstolen kan prøve.

Men selv om nødvendighetskriteriet har en rettslig kjerne som er egnet for overprøving, vil kommunens vurdering av hvilke tiltak som er nødvendige for å gjennomføre planvedtak også innebære andre elementer, som typisk vil være av en planfaglig karakter og/eller ha en side til politiske vurderinger.¹⁹² Det er derfor mer tvilsomt om domstolen bør ha kompetanse til å overprøve nødvendigheten av tiltakene i sin helhet.

På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål om man er tjent med en rettstilstand hvor det konkluderes med enten eller på spørsmål om domstolen har prøvingsadgang. I teorien er det flere som hevder at man heller burde se på domstolskontrollen som et spørsmål om prøvingsintensitet fremfor et spørsmål om prøvingsadgang.¹⁹³ I Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) syntes Høyesterett å ta et lignende standpunkt. Domstolen uttalte at rettsikkerhetsgrunner kunne tilsi en mer intensiv domstolskontroll i andre tilfeller hvor den konkrete vurderingen ved spørsmål om dispensasjon etter pbl. 1985 § 7 er mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger, og mer av juridisk eller moralsk art.¹⁹⁴ Høyesterett åpner her for at intensiviteten i domstolskontrollen vil kunne avhenge av de konkrete forholdene i den enkelte sak. Ved en situasjon som her, hvor vurderingen inneholder visse elementer av faglige og til dels politiske vurderinger, men det likevel kan konstateres klare elementer av rettslige kriterier, vil en slik tilnærming være gunstig. Domstolen vil da kunne prøve de rettslige elementene ved vurderingen, og avstå fra å prøve de mer faglige og politiske vurderingene i samme grad, uten at klassifiseringen av den konkrete vurdering som forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn er av betydning.

Dette syntes imidlertid å være den eneste dommen hvor Høyesterett eksplisitt tar et slikt standpunkt. I de øvrige dommene hvor Høyesterett vurderer domstolsprøvingen er spørsmålet drøftet som et kompetansespørsmål hvor prøvingsadgangen er det avgjørende. Dette må derfor også være gjeldende rett. Til gjengjeld fremheves ofte at domstolen må være tilbakeholden i den konkrete prøving.¹⁹⁵ I Rt. 1995 s. 1427 (naturfredning) tilføyde tredjevoterende på flertallets vegne etter konklusjonen om rettsanvendelsesskjønn, at «domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige skjønn bak et fredningsvedtak.»¹⁹⁶ Domstolen kan altså ha prøvingskompetanse, uten at dette medfører noen plikt til å overprøve forvaltnings vurdering helt og holdent.¹⁹⁷ Som sitatet fra Naturfredningsdommen viser, gjelder dette særlig hvor det aktuelle kriteriet innebærer faglige vurderinger. Denne praksisen, hvor Høyesterett oppstiller en prøvingsadgang med

¹⁸⁸ Kapittel 4.6.

¹⁸⁹ Kapittel 4.5.

¹⁹⁰ Kapittel 4.5.1.

¹⁹¹ Kapittel 4.8.

¹⁹² Kapittel. 4.7 og 4.8.

¹⁹³ Frihagen (1992) s. 226, Bernt (2006) s. 335 og s. 339, Tøssebro (2019) s. 202 og Myklebust (2019) s. 282.

¹⁹⁴ Rt. 2007 s. 257 (44)

¹⁹⁵ Rt. 1975 s. 603 s. 606.

¹⁹⁶ Rt. 1995 s. 1427 s. 1433.

¹⁹⁷ Moen (2018) s. 119.

tilbakeholdenhet i prøvingen av de faglige vurderinger, gir trolig den samme fleksibiliteten i prøvingen som et spørsmål om prøvingsintensitet ville ha gjort.

Overført til vurderingen av domstolens prøvingsadgang etter § 17-3 tredje ledd, vil ikke en konklusjon om at nødvendighetskriteriet er rettsanvendelsesskjønn nødvendigvis medføre at domstolen vil overprøve de mer planfaglige eller politiske sidene av kommunens nødvendighetsvurdering. Domstolen kan derimot holde seg til å prøve den rettslige kjernen i nødvendighetsvurderingen; den saklige sammenhengen, om tiltaket tjener utbyggingsområdets interesser, og om tiltaket dekker et behov utløst av den konkrete utbyggingen. En slik prøvingsadgang av nødvendighetsvurderingen vil også være i tråd med de overordnede hensyn bak en begrenset domstolskontroll. Prøvingen av den rettslige kjernen er ikke problematisk av hensyn til den demokratiske legitimiteten eller maktfordelingshensyn. Det er heller ikke tvilsomt at dette er en vurdering domstolen er egnet, og mulig bedre egnet enn forvaltningen, til å foreta. Og uten en reell domstolsprøving vil utbygger stå uten mulighet til å få prøvd avtalens innhold for et uavhengig organ. Sett hen til kommunens særlige forhandlingsposisjon er dette etter grunnleggende rettssikkerhetshensyn ikke holdbart.

Domstolen har på denne bakgrunn kompetanse til å prøve om de tiltak utbygger etter utbyggingsavtalen skal besørge eller bekoste er «nødvendige for gjennomføringen av planvedtak», jf. § 17-3 tredje ledd.

Kilderegister

Litteratur

Aulstad, Johan Greger, «Forholdet mellom legalitetsprinsippet og prinsippet om avtalefrihet - illustrert ved avtaler som gjør unntak fra forurensningsforbudet i forurensningsloven § 7», Forvaltningsrettslig tidskrift, 2002, s. 229-265.

Aulstad, Johan Greger, Kommunale utbyggingsavtaler, Fagbokforlaget 2005.

Aulstad, Johan, «Ny Høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (Rt 2008-560)», Jussens Venner, 2008 s. 262-273.

Backer, Inge Lorange, Naturvern og naturinngrep, Universitetsforlaget 1986.

Bernt, Jan Fridthjof, «Forbehold ved forvaltningsvedtak – Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkningsmiddel», Institutt for offentlig retts skriftserie 1977:7, s. 1-92.

Bernt, Jan Fridthjof, «Rammene for rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser – fra fritt skjønn til pragmatiske vurderinger?», Jussens venner, 2016, s. 324-342.

Boe, Erik, «Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?», Lov og Rett nr. 2, 2007 s. 67-88.

Brun, Thor Arne, «Lovrevisjon om utbyggingsavtaler på vei», Estatenyheter.no, 13. februar 2020, <https://www.estatenyheter.no/utvikling/lovrevisjon-om-utbyggingsavtaler-pa-vei/103517> (lest 15. september 2020).

Bygg21, «Utbyggingsavtaler - byrdefordeling i ubalanse», 2018.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 11. utg., Universitetsforlaget 2018.

Ellesnes, Sunniva Christine Bragdø og Terje Abusland, Forvaltningsrett i et nøtteskall, 1. utgave, Gyldendal 2017.

Frihagen, Arvid, Forvaltningsrett bind III: omgjøring, kontroll og ugyldighet, 4. utg., Forlaget A Frihagen A/S 1992.

Graver, Hans Petter, Alminnelig forvaltningsrett, 4. utg., Universitetsforlaget 2015.

Graver, Hans Petter, Alminnelig forvaltningsrett, 5. utg., Universitetsforlaget 2019.

Graver, Hans Petter, «Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser», Lov og Rett 1995, s. 279-306.

Hauge, Martin Lie, «Nødvendighetskriteriene i plan- og bygningsloven §§ 12-7 og 17-3 tredje ledd – to nye tingrettsdommer om rekkefølgekrav og utbyggingsavtaler», Kart og plan årgang 112 nr. 4, 2019, s. 299-303.

Hauge, Martin Lie, Privat finansiering av kommunale tiltak, Det Juridiske Fakultet, Bergen, 1. Juni 2017.

Hauge, Martin Johan Lie, «Rammer for utbyggingsavtalers innhold», Tidsskrift for eiendomsrett, årgang 14 nr. 1, 2018, s. 82-107.

Hopsnes, Roald, «Myndighetsmisbrukslæren som rettslig skranke for forvaltningsorgans avtaleinngåelser?», i *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe*, Graver, Hans Petter, Ida Hjort Kraby, Marius Stub (red.) Universitetsforlaget 2013, s. 173-202.

Hopsnes, Roald, Kommunale forhåndstilsagn: en analyse av adgangen til og rettsvirkningen av forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, Det Juridiske Fakultet, Bergen 2016.

Innjord, Frode, «Hva er "vakkert"? – Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk», *Jussens venner*, 1996, s. 161- 194.

Innjord, Frode, «Høyesterett og prøving av forvaltningsvedtak – hovedlinjer og utviklingstrekk», *LOV SANNHET RETT – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, 2015, s. 617-649.

Innjord, Frode A. Og Liv Zimmermann(red.), Plan- og bygningsloven med kommentarer, bind II, Gyldendal 2020.

Jørgensen, Emilie Ovanger, «Rekkefølgekrav – hvor langt kan kommunen gå?», *Tidsskrift for eiendomsrett*, årgang 13, nr. 1, 2017 s. 53-58.

Krarp, Ole, Øvrighedsmyndighedens Grænser, Juristforbundet 1969.

Moen, Olav Haugen, Forvaltningsskjønn og domstolskontroll, Det juridiske fakultet Universitetet i Oslo 2018.

Myklebust, Ingunn Elise, «Handlerommet for skjønn i plan- og byggjesaker», i *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Henriette Nilsson Tøssebro(red.), Universitetsforlaget 2019, s. 279-315

Ness, Stein og Anne Siiri Øyasæter, Eiendomsutvikling – fra planlegging til ferdigstillelse, Universitetsforlaget (2018)

Nisja, Ola og Christian Reusch, «Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer», *Jussens Venner* 2009 s. 254-263.

Pedersen, Odd Jarl, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness og Audvar Os, Plan- og bygningsrett del I planlegging og ekspropriasjon, 3. utg., Universitetsforlaget 2018.

Rasmussen, Knut Fredrik, «Utbyggingsavtaler», *Tidsskrift for eiendomsrett* 2007 nr. 4, s. 333-347.

Stub, Marius, «Om «fjordlaksformelen» og forvaltningens subsumsjonsfrihet. En kommentar til Hans Petter Graver», *Lov og Rett* 2008 s. 166-181.

Stub, Marius, «Noen kommentarer til Rt-2015-1388», Jussens venner 2016 s. 92-118.

Tøssebro, Henriette Nilsson, «Læren om begrenset domstolskontroll», i *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Henriette Nilsson Tøssebro(red.), Universitetsforlaget 2019, s. 177-210.

Vangsnes, Jørgen, «Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen», Tidsskrift for rettsvitenskap 2014 s. 131-205.

Østenstad, Bjørn Henning, «Vilkårslæra sitt forholdsmessigkrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimeleg-standard – og vice versa» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Søvig, Karl Harald(red.), Fagbokforlaget 2015, s. 111-147.

Norske lover og forskrifter

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 / Lov-17. mai 1817 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 14. juni 1985 nr. 77 Plan- og bygningslov [opphevet]

Forskrift 20. april 2006 om forbud mot vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler (Forskrift om vilkår i utbyggingsavtaler).

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan og bygningsloven).

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

Forarbeider, forhandlinger i Stortinget og offentlige publikasjoner

Forarbeider

NUT 1958: 3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning, Spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.

NOU 2001: 7 s. 107 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven. Planlovutvalgets første delutredning.

NOU 2003: 14 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II. Planlovutvalgets utredning med lovforslag.

NOU 2003: 24 Mer effektiv bygningslovgivning. Grunnprinsipper og veivalg. Utbyggingsavtaler. Bygningslovutvalgets første delutredning.

Ot.prp nr. 22 (2004-2005) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler).

Innst. O. Nr. 73 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)

Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen)

Prop. 64 L (2016-2017) Endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m. (overprøvingskompetanse m.m).

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov. Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).

Innst.258 S (2019–2020) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Michael Tetzschner, Erik Skutle og Per Olaf Lundteigen om endring i § 89 (domstolskontroll med lover mv).

Behandling i Stortinget

Møte i Odelstinget, tirsdag 19. april 2005, sak 1.

Offentlige publikasjoner

Kommuneplanen 2015 «Oslo mot 2030: Smart, trygg og grønn» s. 31

SOM-2015-1194

Rettsavgjørelser

Høyesterettspraksis

Rt. 1908 s. 145 (A)

Rt. 1949 s. 564 (A)

Rt. 1975 s. 603 (A)

Rt. 1993 s. 587 (A)

Rt. 1995 s. 72 (A)

Rt. 1995 s. 1427 (A)

Rt. 1998 s. 1795 (A)

Rt. 2000 s. 591 (A)

Rt. 2000 s. 1056 (A)

Rt. 2001 s. 995 (A)

Rt. 2003 s. 764 (A)

Rt. 2004 s. 1092 (A)

Rt. 2005 s. 117 (A)

Rt. 2006 s. 1348 (A)

Rt. 2007 s. 257 (A)

Rt. 2007 s. 281 (A)

Rt. 2007 s. 1573 (A)

Rt. 2008 s. 681 (A)

Rt. 2008 s. 1110 (A)

Rt. 2010 s. 376 (A)

Rt. 2011 s. 304 (A)

Rt. 2012 s. 1985 (P)

Rt. 2015 s. 1232 (A)

Rt. 2015 s. 1388 (P)

Underrettspraksis

TOSLO-2018-132587

14-165704TVI-FOLL.

Rettsavgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen

Silver and others v. The United Kingdom (J), ECHR:1983:0325JUD000594772.

Olsson v. Sweden (P), ECHR:1988:0324JUD001046583.