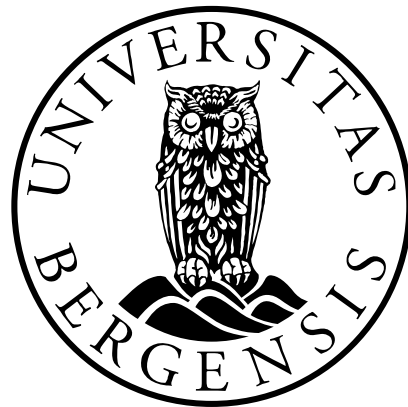


Privat finansiering av kommunale tiltak

*Utbyggingsavtaler som rettslig virkemiddel for
å realisere arealplaner for byutvikling*

Kandidatnummer: 107

Antall ord: 36 861



JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2017

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INTRODUKSJON	5
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	5
1.2	PRESISERINGER OG AVGRENSNINGER	7
1.2.1	INTERESSENE I AVTALEFORHOLDET	7
1.2.2	YTELSENE	9
1.2.3	KOMMUNALE TILTAK	10
1.3	METODESPØRSMÅL	11
1.4	NÆRMERE OM RETTSKILDEBILDET	13
2	VIRKEMIDLER I PLAN- OG BYGGESAK	16
2.1	INNLEDNING	16
2.2	PLANSYSTEMET	16
2.3	PRINSIPPET OM BÆREKRAFTIG UTVIKLING	18
2.4	DETALJSTYRING GJENNOM VILKÅRSSTILLELSE OG PÅLEGG	22
2.4.1	VILKÅRSLÆREN	22
2.4.2	VILKÅRSSTILLELSE GJENNOM PLANBESTEMMELSER	24
2.4.3	SÆRLIG OM REKKEFØLGEBESTEMMELSER («REKKEFØLGEKRAV»)	27
2.4.4	OPPARBEIDELSESPLIKTER OG REFUSJON I BYGGESAK	29
2.5	OPPSUMMERING	31
3	EN «PRIVAT- OG OFFENTLIGRETTLIG HYBRID»	33
3.1	INNLEDNING	33
3.2	VIRKEOMRÅDET: HVA SÆRPREGER UTBYGGINGSAVTALEN?	33
3.3	HENSYN BAK AVTALEMEKANISMEN	35
3.4	AVKLARING AV KOMPETANSEGRUNNLAG	38
3.5	VEIVALG VED REGULERINGEN AV AVTALEADGANGEN	40
3.6	FORHOLDET TIL OFFENTLIGRETTLIGE REGLER OM MYNDIGHETSOVERSKRIDELSE	42
4	SAKSBEHANDLINGSREGLENE VED AVTALEINNGÅELSE	47
4.1	INNLEDNING	47
4.2	FORUTSIGBARHETSVEDTAK	47
4.3	FORSVARLIG SAKSBEHANDLING: MEDVIRKNING OG OFFENTLIGHET	48
4.4	TILSTREKKELIG VERN MOT UBALANSERTE AVTALER?	50
5	«SPESIELLE» VILKÅRSHJEMLER	52
5.1	INNLEDNING	52
5.2	GJENNOMFØRING AV PLANBESTEMMELSER	52
5.3	KRAV TIL «BYGNINGERS UTFORMING»	53
5.4	AVTALEFESTET FORKJØPSRETT	56

6 DEN «GENERELLE» VILKÅRSHJEMMELEN	58
6.1 INNLEDNING	58
6.2 INNLEDENDE SPØRSMÅL OM UTBYGGERS FORPLIKTELSER	58
6.3 SAKLIGHETSKRITERIET	62
6.4 NØDVENDIGHETSKRITERIET	63
6.4.1 KRAV OM «PROSJEKTRELATERTE» YTELSER?	63
6.4.2 VURDERINGSMOMENTER	67
6.4.2.1 FYSISK AVSTAND	67
6.4.2.2 UTBYGGINGENS ART	68
6.4.2.3 FORHOLD VED UTBYGGINGSOMRÅDET	68
6.4.2.4 EKSKLUSIVT TIL OMRÅDET?	69
6.4.2.5 TIDSPERSPEKTIVET	70
6.4.2.6 KOMMUNEN YTER NOE TILBAKE	71
6.4.3 EN KONKRET VURDERING	72
6.5 FORHOLDSMESSIGHETSKRITERIET	72
6.5.1 KRAVET OM «RIMELIG FORHOLD»	72
6.5.2 VURDERINGSMOMENTER	73
6.5.2.1 UTBYGGINGENS ART OG OMFANG	73
6.5.2.2 KOMMUNENS BIDRAG OG FORPLIKTELSER	76
6.5.2.3 BELASTNINGEN UTBYGGINGEN PÅFØRER KOMMUNEN	77
6.5.2.4 ØVRIGE MOMENTER	78
6.6 OPPSUMMERING	81
7 UNNTAK FRA AVTALEKOMPETANSEN	82
7.1 INNLEDNING	82
7.2 HVA OMFATTES AV FORBUDET MOT «SOSIAL INFRASTRUKTUR»?	82
7.3 DISPENSASJON DER «SAMFUNNSMESSIGE INTERESSER TILSIER DET»	84
8 DOMSTOLSKONTROLL MED AVTALENS INNHOLD	87
8.1 INNLEDNING	87
8.2 GRUNNLAGET FOR DOMSTOLSKONTROLLEN	88
8.3 SÆRTREKK VED UTBYGGINGSAVTALENE	89
8.4 SAKLIGHETSKRITERIET	90
8.5 NØDVENDIGHETSKRITERIET	91
8.6 FORHOLDSMESSIGHETSKRITERIET	93
8.7 GYLDIGHETSSPØRSMÅL	98
8.8 OPPSUMMERING	99
9 VEIEN VIDERE	100
10 KILDEREGISTER	104

1 Introduksjon

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er kommunale utbyggingsavtaler som rettslig virkemiddel for å realisere arealplaner ved byutvikling. Bruken av utbyggingsavtaler har økt i takt med den generelle velstandsutviklingen i samfunnet de siste tiår. Arealplanlegging og arealutvikling som tidligere var en kommunal hovedoppgave, har siden 1980-tallet fått gradvis større innslag av privat initiativ og gjennomføring.¹ Dette har sammenheng med en parallell befolknings- og utbyggingsvekst, som har gitt økt etterspørsel av bolig- og næringseiendommer i særlig byer og tettsteder. Når byene blir mer kompakte («fortettes»), oppstår kapasitetsmessige utfordringer på kommunal infrastruktur. Kommunens utfordring som planmyndighet er å kombinere økt arealutnyttelse med tilfredsstillende offentlig infrastruktur og tjenestetilbud.

Selv om utbyggingsavtaler kan benyttes til ulike formål, er det primært i forbindelse med fortetting og omregulering av planområder at behovet for avtalemekanismen er størst.² I mange kommuner, deriblant Oslo og Bergen, har utbyggingsavtalene blitt et utbredt virkemiddel for å realisere kommunens byutviklingspolitikk. Et siktemål med avhandlingen er å undersøke hvordan utbyggingsavtalene etter gjeldende regelverk kan bidra til en samordnet utvikling mellom kommuner og private aktører, som sikrer et godt bymiljø, med fokus på grøntstrukturer, fellesområder, gang- og sykkelstier, kollektivtrafikk, veier, avløp, mv. I denne forbindelse vil avhandlingen også undersøke hvordan utbyggingsavtalene fungerer i samspill med plan- og bygningslovens øvrige virkemidler for å pålegge utbygger plikter i plan- og byggesak.

En utbyggingsavtale er definert i plan- og bygningsloven (pbl.) § 17-1 som en

«avtale mellom kommunen og grunneier eller utbygger om utbygging av et område, som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan».

Avtaletypen kjennetegnes ved at kommunen i kraft av rollen som reguleringsmyndighet, inngår skriftlig avtale med en part som har interesse i å bygge i planområdet.³ Utbyggeren påtar seg frivillig å oppfylle betingelser som i medhold av lov eller plan må være oppfylt for at området skal bli byggeklart. Til «gjengjeld» stiller kommunen i utsikt bruk av vedtak som gir utbygger adgang til å etablere eget prosjekt.⁴

¹ NOU 2003:14 s. 75 og Boe (2004) s. 516-518.

² NOU 2003:14 s. 165 og Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 5.

³ Heretter benyttes begrepet «utbygger» som en samlebetegnelse både for grunneiere og entreprenører som er kommunens avtalemotpart.

⁴ NOU 2003:24 s. 150.

Myndighetsutøvelsen kan gjelde innholdet i en arealplan (gjerne etter et privat planforslag), eller vedtak om byggetillatelse dersom betingelsene for byggesøknaden innfris. Avtalen kan forhandles parallelt med planbehandling eller før tillatelsen gis, men planen må være vedtatt før avtalen binder kommunen.⁵

Som reguleringsmyndighet har kommunen overordnet ansvar for å besørge en forutsigbar og samordnet arealutvikling som balanserer offentlige og private interesser. Derfor forutsetter kommunen ofte at viktig kommunal infrastruktur som veinett, vann og avløp, friområder og velferdstilbud, er etablert før byggetillatelse gis. Plan- og bygningsloven gir kommunen kompetanse til å ekspropriere eller overlate til utbygger å gjennomføre tiltak av offentlig interesse.⁶ Utbyggingsavtalene er et særlig aktuelt verktøy når øvrige virkemidler ikke gir tilstrekkelig fleksibilitet eller kompetanse til å pålegge utbyggeren opparbeidelsesplikter.

Inntil relativt nylig var utbyggingsavtalene et ulovfestet rettsområde. Tidlig på 2000-tallet ble det imidlertid stilt spørsmål om hvor langt kommuner kan og bør kunne kreve at private finansierer tiltak som tradisjonelt har vært underlagt det offentliges ansvar å etablere. Utbyggerne fryktet en utvikling i retning av stadig tyngre forpliktelser med manglende saklig tilknytning til planområdet.⁷ Dette resulterte i at rammene for avtaleinngåelse og avtalens innhold ble lovregulert i plan- og bygningsloven (1985) kap. XI-A, med ikrafttreden 1. juli 2006. Formålet med lovfesting var å «forhindre en kostnadsovervelting på boligkjøper, og sikre forutsigbarhet for utbyggere og kommunene».⁸ Ved vedtakelsen av plan- og bygningsloven av 2008, ble reglene videreført til pbl. (2008) kap. 17.

Det har i etterkant vært reist tvil om lovreguleringen i praksis har bidratt til å skape mer balanserte og rimelige avtaler. Mange utbyggere opplever at utbyggingsavtalene ikke er gjenstand for reelle forhandlingsprosesser mellom likeverdige parter. I en undersøkelse på vegne av Kommunal- og moderniseringsdepartementet, opplyser to tredjedeler av de forespurte utbyggerne at de har forpliktet seg til urimelig tyngende avtalevilkår.⁹ Samtidig opplyser utbyggerne at det er kommunens praktisering av utbyggingsavtalene som oppleves utfordrende, mens avtaleverktøyet i seg selv er et positivt virkemiddel for planlegging og gjennomføring av samordnet infrastruktur og utbygging. Tilbakemeldingene er egnet til å illustrere dagens problemkompleks. For det første er reglene om avtalenes materielle innhold skjønnsmessige, slik at det er uklart hvor grensen går i enkelttilfeller. For det andre kan avtalepartene ha nokså ulike målsetninger bak avtaleinngåelsen. Eksempelvis er ikke en kommersiell utbygger nødvendigvis interessert i å ivareta fellesinteresser i

⁵ Jf. pbl. § 17-4 femte ledd.

⁶ Eksempelvis pbl. §§ 12-7, 16-2, 18-1 til 18-3 og 28-1.

⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 10.

⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 5 og 64.

⁹ Plathe og Jørgensen (2009) s. 11.

større grad enn det som gagnar prosjektøkonomien. Ulike målsetninger kan medføre at partene legger ulike målestokker til grunn for når avtalevilkårene anses ubalanserte. Undersøkelsen konkluderer med at det bør gis ytterligere retningslinjer for avtalenes innhold. Dette har foreløpig latt vente på seg fra departementets og Stortingets side. Desto større blir behovet for en teoretisk gjennomgang av rettsstoffet.

Avhandlingens hovedproblemstilling knytter seg til avtalenes innhold: *I hvilken utstrekning kan utbygger forplikte seg til å etablere kommunale tiltak gjennom en utbyggingsavtale?* Som ledd i besvarelsen av hovedproblemstillingen, tar fremstillingen sikte på å behandle tilgrensende spørsmål som bidrar til å belyse utbyggingsavtalenes funksjon og rekkevidde.

I kap. 2 drøftes den *rettslige konteksten* utbyggingsavtalene befinner seg i: Avhandlingen drøfter hvordan plan- og bygningsloven mer generelt balanserer det offentlige styringsbehov mot borgerens rett til å disponere egen eiendom, herunder hvilke andre virkemidler kommunen har til rådighet for å kreve at private bidrar til arealutviklingen i kommunen.

Kapittel 3 analyserer nærmere utbyggingsavtalen som *rettslig instrument*: Hva er det som særpreger utbyggingsavtalene, og hvordan har lovgiver valgt å imøtegå utfordringene utbyggingsavtalene reiser?

Dernest snevres fremstillingen inn mot tolkningsspørsmål knyttet til avtaleinngåelsen. I kap. 4 drøftes *saksbehandlingsreglene* for avtaleinngåelse, mens kapittel 5-7 behandler *de materielle kriteriene* for hva slags plikter avtalen kan inneholde. *Domstolskontrollen* med avtalens innhold behandles i kap. 8.

Avslutningsvis tar behandlingen stilling til visse utfordringer ved regelverket som antagelig vil gjøre seg gjeldende i tiden fremover, jf. kap. 9.

1.2 Presiseringer og avgrensninger

1.2.1 Interessene i avtaleforholdet

Utbyggingsavtalene berører grovt sett tre interessegrupper: kommunen, utbygger og tredjeparter.

Kommunens motivasjon for avtaleinngåelsen, er å få dekket utgifter forbundet den bebyggelse og befolkningsvekst arealplanen legger opp til.¹⁰ Kommunen opererer i denne sammenheng som ivaretaker av allmenne verdier på fellesskapets vegne. Som avtalepart kan kommunens forhandlingsposisjon bl.a. bero på kommunens

¹⁰ Sml. Aulstad (2005) s. 27.

økonomi (bevilgede midler for gjennomføring av arealplaner), om kommunen er preget av vekst eller fraflytting (mer eller mindre attraktive utbyggingsområder) samt administrasjonens faglige kompetanse med avtaleverket (kjennskap til hvilket spillerom loven gir).

Utbyggere kan ha ulike formål med avtaleinngåelsen. Alminnelige privatpersoner kan stilles overfor forventninger om å inngå utbyggingsavtaler. Men ofte dreier det seg om profesjonelle aktører som har målsetninger om å oppnå størst mulig fortjeneste, typisk ved salg av eiendommer. Når utbygger er en profesjonell aktør, harmonerer avtalepartenes interesser i den grad opparbeiding av kommunal infrastruktur øker prosjektets markedsverdi.¹¹ Dersom markedsverdien overstiger utbyggingskostnadene, vil utbygger i prinsippet kunne pulverisere sine utgifter ved videre salg. Dette er særlig aktuelt i kommuner som opplever sterk befolkningsvekst. På den annen side blir utbyggers økonomiske risiko stor dersom markedet svikter. Dette har man sett tilfeller av i kommuner som opplever økt arbeidsledighet og befolkningsreduksjon, som Stavanger og Sandnes.¹²

Tredjepartsinteressene er en sekkepost med aktører som ikke er parter i avtalen, men som på grunn av sin tilknytning til utbyggingsområdet (eksempelvis boligiere, næringsvirksomhet eller friluftinteressenter), likevel kan ha interesse i hvordan rettigheter og plikter fordeles i avtaleforholdet. Plansystemet krever at en rekke samfunnsinteresser avveies mot hverandre. Det kan lett oppstå konkurranse mellom verne- og utviklingsinteresser på tvers av samfunnssektorer. Planer som åpner for industrialisering, kan gå på bekostning av tredjeparters ønske om å beholde området uberørt. Ettersom arealressursene ikke er uuttømmelige, må myndighetene foreta interesseprioriteringer.

Avhandlingen behandler ikke tredjepartsinteressene særskilt. Likevel er hensynet til tredjepartsinteressene relevant for utformingen av regelverket, nærmere kap. 3.3. Videre påpekes at tredjeparter kan angripe gyldigheten av planvedtaket eller byggetillatelsen, med anførsler om at vedtaket var motivert av en utbyggingsavtale som inneholdt ulovlige motytelser fra utbygger. Påstandsgrunnlaget kan eksempelvis være at utbyggingsavtalen innebar usaklig forskjellsbehandling eller utenforliggende hensyn for planvedtaket.¹³ Selv om innholdet i utbyggingsavtalen da utgjør et prejudisielt forhold ved gyldighetsspørsmålet, kan en eventuell ugyldig plan i sin tur medføre at avtalen bortfaller som en bristende forutsetning i avtaleforholdet mellom utbygger og kommunen.

¹¹ Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 21.

¹² http://www.aftenbladet.no/lokalt/Otium-selskap-er-slatt-konkurs-323812b.html?spid_rel=2 (sjekket 26. mai 2017)

¹³ Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 69 og Bernt (1977) s. 6-7. Saksforholdet i RG 1969 s. 325 (Tjøme) illustrerer konfliktsituasjonen, selv om det er noe uklart om retten underkjente vedtaket grunnet utenforliggende hensyn eller uforholdsmessighet, nærmere hhv. Eckhoff og Smith (2014) s. 431-432 og Bernt (1977) s. 54-55.

1.2.2 Ytelsene

Avhandlingen fokuserer på utbyggers ytelse i avtaleforholdet. Problemstillingen er hva kommunene har materiell kompetanse til å betinge fra utbygger. Spørsmål om forhåndstilsagn, dvs. i hvilken grad planmyndighetene kan binde sin fremtidige vedtakskompetanse gjennom en utbyggingsavtale, faller utenfor fremstillingens tema.¹⁴

Et hovedmoment i analysen, er de materielle skrankene i pbl. § 17-3, jf. avhandlingens kap. 5 og 6. Etter denne paragrafen kan avtalen regulere kvalitetskrav til selve utbyggingsprosjektet, samt pålegge utbyggeren å påkoste tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak og som er forholdsmessige, jf. § 17-3 første til tredje ledd. Et særlig spørsmål blir om, evt. hvor langt, kompetansegrunnlaget åpner for å avtalefeste krav til utbyggeren som går utover plikter kommunen kan ilegge utbygger gjennom andre virkemidler i plan- og bygningsloven.

Samtidig kan avtalen også forplikte *kommunen* til å bidra økonomisk eller på annen måte til etableringen av området, eksempelvis gjennom grunnavståelse.¹⁵ Slike «privatrettslige» motytelser øker preget av gjensidighet i avtaleforholdet, og kan ha betydning for avtalens gyldighet. Kommunens vedtakskompetanse som plan- og byggesaksmyndighet er derimot ikke naturlig å betrakte som en «ytelse» i avtalerettslig forstand. Likevel utgjør myndighetsutøvelsen en viktig forutsetning for avtaleinngåelsen, da det er denne som gir utbygger adgang til å igangsette utbyggingsprosjektet. Utad kan myndighetsutøvelsen dermed fremstå som en fordelaktig «motytelse» for utbygger. Utbyggingsavtalen gir imidlertid utbygger ingen rett til å tilsidesette planbestemmelser eller andre materielle krav gitt i eller i medhold av loven. Slike forhold må eventuelt vurderes etter dispensasjonshjemmelen i pbl. § 19-2.

Utbyggingsavtaler kan inngås i forbindelse med utbyggingsprosjekter knyttet til alle arealbrukskategorier, herunder «bebyggelse og anlegg», «samferdselsanlegg og teknisk infrastruktur» og «grøntstruktur», jf. pbl. §§ 11-7 og 12-5. Forutsetningen for denne avhandlingen, er at utbyggers prosjekt gjelder «bebyggelse og anlegg», og at kommune har regulert til dette arealformålet. Dette fordi den mest praktiske situasjonen ved byutvikling er at utbyggingsavtalene inngås i forbindelse med større byggeprosjekter som boliger, næringseiendom og fritidsbebyggelse, som typisk nødvendiggjør opparbeidelse eller utbedring av infrastruktur som vei, avløp, energiforsyning eller offentlige tjenesteytelser som skoler og barnehager.¹⁶

¹⁴ Kommunens adgang til å gi forhåndstilsagn ved bruk av utbyggingsavtaler, og eventuelle rettsvirkninger av et slikt tilsagn, er et t.d. uavklart spørsmål selv etter lovreguleringen av utbyggingsavtalene, se Hopsnes (2016) s. 416-417.

¹⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 5.

¹⁶ NOU 2003:14 s. 338.

1.2.3 Kommunale tiltak

I avhandlingen brukes begrepet kommunale tiltak, evt. infrastrukturtiltak, som betegnelse på fysiske anlegg og andre oppgaver som kommunen har interesse av å få realisert. Dette kan være infrastruktur knyttet til offentlig tjenesteyting, samferdselsanlegg, teknisk infrastruktur og grønnstruktur, jf. pbl. §§ 11-7 nr. 1-3 og 12-5 nr. 1-3 og 5. Kommunens og utbyggers interesser antas å sammenfalle så langt tiltakene fremstår som lønnsomme for prosjektet. Konfliktpotensialet blir derimot større dersom fordelene ved tiltakene ikke står i forhold til utbyggers etableringskostnader eller har begrenset nytteverdi for utbygger.

Et særlig fokus vil ligge på kommunale tiltak som søker å ivareta klima-, natur- og helsemessige forhold. Det gis ingen uttømmende liste over aktuelle tiltak som omfattes, ettersom hvilke tiltak som ønskes etablert, må bero på lokalpolitiske siktemål for arealutviklingen og hva partene anser hensiktsmessig for det konkrete prosjekt. For utbyggingsavtalene kan imidlertid praktisk viktige tiltak dreie seg om *vegetasjon og friluftsliv* gjennom etablering av grøntstruktur som friområder og turstier, *forurensningsdempende* løsninger ved nærings- og industrietablering, *miljøvennlig ferdsel* som kollektivtrafikk og gang- og sykkelstier, eller oppføring av mer *energieffektive* bygg. Slike tiltak kan langt på vei forutsettes gjennomført gjennom kommunens «rekkefølgebestemmelser», og kan dermed være en viktig forutsetning for avtaleinngåelse, nærmere kap. 2.4.3.

Ved ratifiseringen av Paris-avtalen har Norge forpliktet seg til å øke innsatsen mot globale klimautslipp, bl.a. gjennom etablering av nasjonale klimamål.¹⁷ Planleggingen av infrastruktur og transportløsninger de neste årene vil være blant de viktigste tiltakene for å redusere klimagassutslipp og å nå «togradermålet», jf. Paris-avtalen art. 2 nr. 1 bokstav a. Dermed får kommunene et viktig ansvar for å bidra til at Norge oppnår sine forpliktelser etter avtalen. Riksrevisjonen har tidligere fastslått at Norge ikke ivaretar plan- og bygningslovens formål om bærekraftig arealutvikling bl.a. i byer og tettsteder.¹⁸ Dette gir grunn til å spørre om gjeldende regelverk gir kommunene tilstrekkelige virkemidler for å respondere på samfunnsutfordringene vi står ovenfor.

Regjeringen har vedtatt et siktemål om å bl.a. omlegge og effektivisere energiløsninger i bygg og infrastruktur, utvikle kompakte byer og tettsteder rundt kollektivknutepunkt, imøtegå transportbehov og klimagassutslipp, og å sikre at landskapsverdier, vann og grønne elementer aktivt benyttes som ressurser i sentrumsutviklingen. Videre oppfordrer Regjeringen kommunene til å legge særlig vekt på høy

¹⁷ Avtalen finnes på: <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf> (sjekket 26. mai 2017).

¹⁸ Dok. nr. 3:11 (2006-2007) s. 16-17 og 20-21 og Innst. S. nr. 35 (2007-2008).

arealutnyttelse, fortetting og transformasjon, bl.a. slik at områder med stort utbyggingspress tilrettelegger for arealutnyttelse utover det som er vanlig.¹⁹ Disse retningslinjene følges opp i forslaget til kommuneplanens arealdel i Bergen kommune (KPA 2016), som fremhever bærekraftig utbyggingsmønster med fortetting innenfor eksisterende bysone, grøntområder og miljøvennlige transportmidler, som satsningsområder.²⁰ På denne bakgrunn kan det spørres hvorvidt utbyggingsavtalene kan stimulere til å etablere kommunale tiltak som fremmer en positiv miljøutvikling og avbøter dagens miljøutfordringer.

1.3 Metodespørsmål

Fremstillingen ilegger et forvaltningsperspektiv. Dette betyr at problemstillingene som behandles hovedsakelig knytter seg til rettsregler som binder kommunens avtalekompetanse, uavhengig av domstolskontroll. Forvaltningsperspektivet har en selvstendig normativ verdi.²¹ I forvaltningsretten avgjøres en rekke spørsmål med endelig virkning i saksbehandlingsapparatet, enten fordi domstolene ikke kan eller vil prøve saken, eller fordi søksmål innebærer for stor prosessrisiko for borgeren. Det er dermed viktig å avdekke hvilke skranker lovgivningen setter når forvaltningen utøver myndighet i medhold av lov, uavhengig av hva domstolene eventuelt vil kjenne ugyldig i siste instans. Med denne innfallsvinkelen vil særlig teorien kunne bidra med sin systematiserende funksjon.

Grensen mellom forvaltningsperspektivet og domstolsperspektivet er ikke alltid skarp, ettersom også domstolene må ta stilling til rekkevidden av forvaltningens kompetanse. Domstolene kan likevel velge å innta en mer eller mindre intensiv kontroll med forvaltningens avgjørelser, basert på avveininger mellom hensynet til effektiv forvaltning mot borgerens rettssikkerhetsbehov. Poenget er altså at det ikke er en nødvendig sammenheng mellom domstolskontrollen og forvaltningens kompetanse.²² Som Østenstad poengterer, sier det forhold «at moment kan komme inn med større eller mindre styrke (...) i utgangspunktet ikkje noko om kor intens legalitetskontrollen med forvaltninga sine vurderingar av desse premissane kan vere».²³ Ettersom utbyggingsavtalene i svært beskjeden grad er behandlet i rettspraksis, tar jeg utgangspunkt i at det påtrengende behovet for klargjøring gjelder rekkevidden av kommunenes avtalekompetanse. Som nevnt omtales domstolskontrollen særskilt i kap. 8.

¹⁹ Hhv. «Nasjonale forventninger til regional og kommunal planlegging», vedtatt ved kgl. res. 12. juni 2015, og «Statlige planretningslinjer for samordnet bolig-, areal- og transportplanlegging», (FOR-2014-09-26-1222), pkt. 4.3.

²⁰ KPA 2016 s. 5-6, se <https://www.bergen.kommune.no/aktuelt/tema/kommuneplanens-arealdel-2016> (sjekket 26. mai 2017).

²¹ Sml. Smith (1976) s. 185 og Bernt (2016) s. 337-338.

²² Smith (1976) s. 181.

²³ Østenstad (2015) s. 127.

For enhver rettsanvender som skal praktisere regelverket, innebærer det visse systematiske og metodiske utfordringer at kommunen kan inngå avtaler om forhold som er nært knyttet til forvaltningsvedtak. Utbyggingsavtalene har både «privatrettslige» og «offentligrettslige» trekk. Tradisjonelt håndterer disse rettsdisiplinene noe ulike konflikttyper: Mens privatretten primært fokuserer på aktørenes rettsstilling *inter partes*, søker det offentligrettslige regelsett å etablere rettssikkerhetsgarantier for borgeren overfor det offentlige, hvor også mer allmenne hensyn som likebehandling mellom borgere, spiller inn.²⁴

Det kan oppstå problematiske grensdragninger om hvilke rettsregler som skal anvendes i partsforholdet.²⁵ Boe tar til orde for å håndtere denne type problemstillinger etter en pragmatisk løsningsmodell, hvor valg av regelsett må bero på hvilke konkrete rettsspørsmål som oppstår og hva slags myndighetsavtale det er tale om.²⁶ Utgangspunktet må likevel bero på tolkning av hjemmelsgrunnlaget som påberopes. Forarbeidene til plan- og bygningsloven kap. 17 fastslår at «avtalerettens krav skal gjelde, uansett hva avtalen går ut på».²⁷ Dette innebærer bl.a. at alminnelige spørsmål som avtalerettslige tilblivelses- og innholdsregler, samt avtaletolkning, må vurderes etter avtalerettslige regler. Enkelte spørsmål består mer uavklarte, som forholdet mellom forvaltningens omgjøringskompetanse og tilbakekall av løfter, og hvilke rettsvirkninger som inntreffer ved kompetanseoverskridelse. Avhandlingen har imidlertid valgt å fokusere på utbyggingsavtalenes offentligrettslige skranker. Med dette sikter jeg til reglene som er nedfelt i plan- og bygningsloven kap. 17, herunder særlige krav til saksbehandlingen i forkant av avtaleinngåelsen og til avtalens innhold.

Utbyggingsavtalene har vært ansett som et til dels uoversiktlig og uhandgripelig rettsområde, ettersom kompetansegrunnlaget lenge var tuftet på ulovfestet rett, og det ikke fantes høyesterettsprejudikater på området. Ved spørsmål om rekkevidden av kommunens materielle avtalekompetanse, har teorien ofte sett hen til vilkårlæren og myndighetsmisbrukslæren.²⁸ Her har betydningen av at borgeren frivillig påtar seg plikter som kommunen ellers ikke hadde kompetanse til å kreve, vært et omtvistet tema. Lovreguleringen innebærer at avtalekompetansen har fått et sikrere rettsgrunnlag. Men selv om lovens ordlyd utgjør startpunktet i rettsanvendelsesprosessen, er det fortsatt behov for presiseringer fra andre rettskilder ved kartlegging av gjeldende rett. Mangelen på klargjørende rettspraksis, innebærer at rettsanvenderen må se hen til ikke-autoritative kilder, som reelle hensyn og tolkningsuttalelser fra Sivilombudsmannen og fagdepartementene.

²⁴ Sml. Bernt og Krüger (1986) s. 90.

²⁵ Bl.a. Eckhoff (1963) s. 279. Nærmere om ulike teoretiske posisjoner i Hopsnes (2016) s. 11 flg.

²⁶ Boe og Woxholth (2013), s. 84 flg., samt Boe (2002) s. 136-137.

²⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7 og 49.

²⁸ Bl.a. Aulstad (2005) s. 323-325.

Til sist benytter avhandlingen praktiske eksempler og erfaringskunnskap (empiri). En utfordring er å avgjøre hvilke problemstillinger som er representative for praksis. Som ledd i oppgaveskrivingen har jeg derfor undersøkt inngåtte avtaler, vedtatte planer, offentlige rapporter og hatt samtaler med aktører i det offentlige og næringslivet. Her peker særlig Bergen og Oslo seg ut i en særstilling, fordi kommunene opplever økonomisk vekst, har uttalte målsetninger om å fortette byområdet, og har erfaring med bruk av utbyggingsavtaler. Hensikten har ikke vært å påvise noen systematisk forvaltningspraksis på området, men å finne illustrasjon på typetilfeller og tolkningsproblemer som oppstår i praksis. Denne innfallsvinkelen er ikke ukjent i forvaltningsrettslige fremstillinger.²⁹ Behovet for å vise til eksempler er trolig sterkest på rettsområder hvor rettskildebildet er begrenset, særlig fordi det i praksis ikke er domstolene, men forvaltningen som avgjør rettsspørsmål med endelig virkning for borgeren.

1.4 Nærmere om rettskildebildet

Lovreguleringen av utbyggingsavtalene fremgår av plan- og bygningsloven kap. 17 (§§ 17-1 til 17-7), sammenholdt med byggesaksforskriften kap. 18. Plan- og bygningsloven (1985) kap. XI-A ble videreført uendret til pbl. (2008) kap. 17. Dermed har rettskilder tilknyttet pbl. (1985) kap. XI-A, fortsatt relevans for rettsanvendelsen. Samtidig må det tas høyde for at utbyggingsavtalene opererer i en litt annen rettslig kontekst etter lovendringen. Øvrige bestemmelser i plan- og bygningsloven (2008) kan bringe inn dynamiske elementer ved rettsanvendelsen, som potensielt kan påvirke gjeldende rett.

En viktig del av avhandlingens hovedanalyse, er rekkevidden av kommunens materielle avtalekompetanse etter pbl. § 17-3 tredje ledd. Bestemmelsen er underlagt vage rammer, hvilket medfører at vurderingene er skjønnsmessige og dynamiske. Det innebærer at rettsregelens innhold kan endre seg over tid i takt med samfunnsforholdene, eksempelvis gjennom den teknologiske utviklingen eller endrede miljøsyn. Siktemålet med fremstillingen blir dermed å bidra med generelle argumentasjonslinjer, som gjennom teorien og praksis gradvis kan fylles med innhold.

Videre kan alminnelig forvaltningsrettslig teori bidra til å avdekke underliggende rettslige verdier knyttet til avtalemekanismen.³⁰ Den grundigste analysen av utbyggingsavtalenes materielle skranker er foretatt av Aulstad.³¹ Derimot finnes ingen vitenskapelig fremstilling av rettstilstanden etter lovfestingen i 2006.

²⁹ Nærmere Boe (1979) s. 329, se eksempelvis Boe (2012) s. 96 flg.

³⁰ Sml. Nygaard (2004) s. 268-269.

³¹ Aulstad (2005), som bygger på forfatterens doktoravhandling om emnet.

Som nevnt kan tolkningsbidrag søkes i tolkningsuttalelser fra organer som omhandler problemstillingene i praksis. Slike organer er Sivilombudsmannen og Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD). Sakene har utvilsomt illustrasjonsverdi for praktisk viktige problemstillinger og typetilfeller. Spørsmålet er hvilken rettskildemessig vekt tolkningsuttalelsene skal tillegges. Det klare utgangspunkt må være at uttalelsene vurderes ut fra argumentasjonens egen overbevisningskraft. Uttalelsenes relevans og vekt kan dermed i alle fall likestilles med juridisk teori.³² Spørsmålet er om tolkningsuttalelsene også har rettskildemessig verdi utover dette.

Sivilombudsmannen er et uavhengig organ som kan realitetsbehandle forvaltningsaker som et alternativ til forvaltningsklage og domstolsbehandling. Ombudsmannen har kompetanse til å «uttale sin mening», herunder «påpeke at det er gjort feil» i saker som tas under behandling av eget tiltak eller etter klage fra borger, jf. Sivilombudsmannsloven (ombml.) §§ 5 og 10. Avgjørelsene gir ofte velbegrunnede avklaringer på lovtolkningsspørsmål. Selv om Ombudsmannen ensidig innhenter saksopplysninger, jf. ombml. § 7, er sakene stort sett gjenstand for kontradiktorisk behandling.³³ På den annen side er ikke Sivilombudsmannens uttalelser juridisk bindende for forvaltningen, jf. § 10. Men det følger av selve systemet med å ha en tillitsmann oppnevnt av Stortinget, at uttalelsene skal etterfølges av forvaltningen, jf. ombml. § 3 og Grunnloven § 75 bokstav 1. Hensynet til forutberegnelighet og likebehandling legitimerer dermed at uttalelsene kan gis relativt tung vekt som tolkningsfaktor, avhengig av hvor grundig saken er behandlet.

I plan- og bygningssaker er ombudsmannsuttalelsene ofte sentrale, ettersom relativt få saker behandles i rettsapparatet. Stadig flere plan- og bygningssaker behandles for Sivilombudsmannen.³⁴ Det praktiske behovet for ombudsmannskontroll på området er dermed stort, særlig når det gjelder ivaretagelse av ideelle verdier og enkeltborgeres interesser. Støtte for dette finnes i Sivilombudsmannordningens formål, som er å forhindre at det «øves urett mot den enkelte borger», jf. ombml. § 3 og Grl. § 75 bokstav 1. Til dette kan det innvendes at utbyggingsavtalene angår *avtalte* rettigheter og plikter, noe som normalt egner seg for domstolsbehandling. Men det må tas høyde for at utbyggerne opplyser å være avhengig av et godt forhold til kommunen.³⁵ Det kan dermed ikke forventes at mange ubalanserte avtaler når rettsapparatet. Sett i sammenheng med at utbyggingsavtalene faller utenfor klageapparatet, jf. pbl. § 17-5, fremstår Sivilombudsmannen som et viktig organ for å få vurdert lovligheten av kommunenes praksis.

Høyesterett har ikke vært konsekvente i bruken av Sivilombudsmannens uttalelser, hvilket sender noe usikre metodiske signaler til rettssamfunnet. Dommen Rt. 2011 s. 1433 indikerer at Sivilombudsmannens standpunkt har begrenset vekt. I saken

³² Sml. Eckhoff og Smith (2014) s. 37.

³³ Eckhoff og Smith (2014) s. 38.

³⁴ Innst. 376 S (2015-2016) s. 4 og 6.

³⁵ Plathe og Jørgensen (2009) s. 11.

konkluderte Sivilombudsmannen med at et pålegg fra NAV om å innhente journalopplysninger «klart» var et enkeltvedtak. Etter en gjennomgang av lovens forarbeider, teori og reelle hensyn, kommer Høyesterett til motsatt resultat, uten å engang nevne Sivilombudsmannens konklusjon. Det kan imidlertid hevdes at den rettskildemessige betydningen av Sivilombudsmannens uttalelser i denne konkrete saken uansett var svak, ettersom tungtveiende rettskildefaktorer ifølge Høyesterett syntes å trekke ensidig i motsatt retning. I Rt. 2015 s. 795 (Geiranger), som gjaldt spørsmål om myndighetsmisbrukslæren kommer til anvendelse når kommunen disponerer i kraft av privatautonomien, henter både flertallet og mindretallet støtte fra Sivilombudsmannens praksis ved utformingen av sine rettssetninger, jf. avsnitt 30, 51 og 73.

Samlet legger jeg til grunn at Sivilombudsmannens uttalelser kan ha tung rettskildemessig vekt ved klarleggingen av forvaltningens kompetanse. Uttalelsene antas å ha tung vekt for forvaltningens egen praksis, av hensyn til forutberegnelighet, likebehandling og konsistens. Dette må særlig gjelde på rettsområder som sjelden berøres av domstolene. Samtidig må den konkrete vekten bero på uttalelsenes konsistens og grundighet. Det samme utgangspunktet gjelder ved eventuell domstolskontroll, men her vil vekten antagelig i større grad kunne variere, avhengig av hvilke andre tolkningsfaktorer som foreligger for tolkningsspørsmålet.

Når det gjelder KMDs tolkningsuttalelser, er disse helt generelle og ikke juridisk bindende for kommunene. Uttalelsene anses derfor ikke å gi uttrykk for en ensartet sedvanebasert forvaltningspraksis på området.³⁶ Uttalelsenes vekt må således bero på om uttalelsene fremstår konsekvente og velbegrunnede, sammenholdt med det øvrige rettskildematerialet, på linje med juridisk teori. Uansett vil KMDs tolkningsuttalelser og rundskriv være nyttige som illustrasjonsmateriale, ettersom uttalelsene behandler spørsmål som er relevante i praksis.

³⁶ Sml. Eckhoff og Smith (2014) s. 36-37.

2 Virkemidler i plan- og byggesak

2.1 Innledning

I dette kapittelet gis en presentasjon av plan- og bygningsloven, som utgjør utbyggingsavtalenes overordnede rettslige rammeverk. Plan- og bygningsloven etablerer grunnlaget for forvaltningen av landets arealressurser, hvor behovet for offentlige styringsmekanismer er stort. Samtidig forutsetter plan- og bygningslovens system at det offentliges styringsbehov må avveies mot borgerens råderett over egen eiendom. Siktemålet i dette kapittelet er dermed å belyse samspillet mellom kommunal og privat gjennomføring av målsetningene for et planområde.

Spørsmålet i kap. 2.2 er hvilken kompetanse kommunen har til å nedlegge den overordnede føringen for arealutviklingen i området, og hvilke forutsetninger som må være til stede for at borgeren kan igangsette tiltak på sin eiendom. Videre er kommunen i sin rolle som planstyresmakt forutsatt å etterstrebe visse målsetninger. Derfor skal vi i kap. 2.3 behandle plan- og bygningslovens formål om å fremme en bærekraftig utvikling. Fokuset vil ligge på miljøhensynet gjennomslagskraft, da miljøhensynet kan anses som et utslag av prinsippet om bærekraftig utvikling. Til sist er spørsmålet i kap. 2.4 hvilken kompetanse kommunen har til fastsette krav til borgerne gjennom planbestemmelser og byggesak. Formålet er å belyse hvordan sentrale virkemidler for plangjennomføring virker i sammenheng, før vi i kap. 3 flg. snevrer fokusområdet inn på utbyggingsavtalene, som nettopp utgjør en del av dette helhetsbildet.

2.2 Plansystemet

Ved inngangen av 1800-tallet var bygningsretten tuftet på et *byggefrihetsprinsipp*.³⁷ Byggefrihetsprinsippet hviler på et liberalistisk ideal om at rådighetsinnskrenkninger i borgeren eiendomsrett bare helt unntaksvis bør godtas, hvis det er påkrevd for å verne sterke allmenne hensyn.

Forarbeidene til Christiania-loven av 1827 er illustrerende: «Commisjonen har troet, at man bør være ytterst vaersom i at paaberobe Indskrænkninger (...) i det hele med at inskreænke Eiendomsrettens ubehindrede udøvelse (...) uden hvor Medborgernes Sikkerhed aabenbare vilde lide under en uindskrænked frihed».³⁸

I takt med at den teknologiske utviklingen gjorde stadig nye utnyttelsesmåter regningsvarende, utviklet det seg mot slutten av 1800-tallet og utover 1900-tallet økende aksept for at privatøkonomiske hensyn må avveies mot andre allmenne ver-

³⁷ Uggerud (1994) s. 96 flg.

³⁸ Stortingsforhandlinger 1827, s. 490-491.

dier, som trivsel og velferd. Slik fikk *reguleringsystemet* større gjennomslag i lovgivningen. Borgeren har fortsatt krav på å få bygge, med mindre det offentlige har hjemmel for å nekte. Men en byggetillatelse forutsetter samtidig at tiltaket holder seg innenfor rammene som er gitt i loven eller i medhold av denne, jf. pbl. § 21-4. Et slikt system gir myndighetene økt innflytelse på arealutviklingen i samfunnet. Sagt med Bugges ord:

«Hva en grunneier til enhver tid ønsker å gjøre med og på sin eiendom er en viktig drivkraft bak arealbruken. Men det er staten og kommunene som har det siste ord i spørsmål om hvordan arealene skal utnyttes og landskapet og bybildet formes, ut fra målet om størst mulig samlet nytte for fellesskapet».³⁹

Utslag av reguleringsystemet finner vi allerede i formålsparagrafen til dagens plan- og bygningslov. Foruten å stadfeste prinsippet om bærekraftig utvikling, fastslår lovgiver at arealplanleggingen skal «bidra til å samordne statlige, regionale og kommunale oppgaver og gi grunnlag for vedtak om bruk og vern av ressurser», mens byggesaksbehandlingen skal «sikre at tiltak blir i samsvar med lov, forskrift og planvedtak», jf. pbl. § 1-1 første til tredje ledd.

For å ivareta lovens formål, er kommunene pålagt et særlig ansvar som planmyndighet, jf. pbl. § 3-3 første og annet ledd. Kommunen skal samordne alle interesser, jf. § 1-1 annet ledd. Samtidig har staten kompetanse til å fremme innsigelser ved spørsmål av «nasjonal eller vesentlig regional betydning», jf. § 5-4 første ledd, samt oppheve eller endre planer som «strider mot nasjonale interesser eller regional plan», jf. §§ 11-16 og 12-13 tredje ledd.

Rammene for områdeutviklingen fastsettes gjennom kommuneplanens arealdel og reguleringsplaner, jf. plan- og bygningsloven kap. 11 og 12. Kommuneplanens arealdel konstituerer den overordnede planleggingen i kommunen. Arealdelen angir «hovedtrekkene i arealdisponeringen», «rammer og betingelser» for nye tiltak som kan settes i verk, samt «hvilke viktige hensyn som må ivaretas ved disponeringen av arealene», jf. pbl. § 11-5 annet ledd. Videre gir reguleringsplanen mer spesifikke retningslinjer for gjennomføringen av kommuneplanen. Reguleringsplanen består av et «arealplankart med tilhørende bestemmelser som angir bruk, vern og utforming av arealer og fysiske omgivelser», jf. § 12-1 første ledd. Det sondres mellom områderegulering og detaljregulering, avhengig av hvilken detaljeringsgrad som er mest tjenlig for området, jf. §§ 12-2 og 12-3.

Reguleringen av den fremtidige arealutnyttelsen kommer til uttrykk gjennom arealplanenes arealformål og hensynssoner, jf. hhv. pbl. §§ 11-7 og 11-8, og §§ 12-5 og 12-6. Valg av arealformål og hvilke områder som skal omfattes av reguleringen, er

³⁹ Bugge (2015) s. 189.

underlagt kommunens frie skjønn.⁴⁰ Men arealbrukskategoriene er uttømmende regulert, sml. LE-2016-44539.

Reguleringsvedtaket er rettslig bindende for området inntil planen endres, jf. pbl. §§ 11-6 og 12-4 første ledd. Dette medfører at borgeren er ilagt et alminnelig forbud mot å etablere søknadspliktige tiltak som strider med planen, jf. §§ 20-2 og 21-4. Arealplaner som båndlegger arealbruken, kan dermed innebære drastiske inngrep i borgerens utnyttelse av egen eiendom. Som klar hovedregel nyter rådighetsinnskrenkninger likevel ikke erstatningsrettslig vern.⁴¹

På den annen side skal kommunen gi byggetillatelse dersom tiltaket «ikke er i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven», jf. pbl. § 21-4 første ledd. Ettersom planen skal «følges ved avgjørelse av søknad om tillatelse», jf. §§ 11-6 og 12-4 tredje ledd, har grunneier i utgangspunktet rettskrav på å få bygge i tråd med planen.⁴² Tiltaksforbudet i § 20-2, samt kommunens kompetanse til å gi midlertidig forbud mot tiltak etter § 13-1, jf. § 21-4, markerer imidlertid at det er kommunen som har siste ord inntil tiltak har fått byggetillatelse. Dette kan anses som utslag av reguleringssystemet, som nevnt ovenfor.

Etter dette kan det konkluderes med at arealplaner legger de avgjørende premissene for at borgeren skal kunne igangsette tiltak på sin eiendom. Plansystemet fungerer som et viktig politisk og rettslig styremiddel: Myndighetene får et grunnlag for å kontrollere omfanget og karakteren av tiltak som etableres, og til å stimulere ulike former for arealutvikling. Det neste spørsmålet blir da hvilke målsetninger myndighetene skal forfølge i rollen som planstyresmakt. Dette bringer oss til prinsippet om bærekraftig utvikling.

2.3 Prinsippet om bærekraftig utvikling

Plan- og bygningsloven § 1-1 første ledd fastslår at loven skal «fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner». Bærekraftig utvikling er et vidtrekkende begrep, og dets betydning som rettslig prinsipp har vært omdiskutert.⁴³ Kjernen synes å være et krav om en samfunnsutvikling som opprettholder et forsvarlig livsgrunnlag for fellesskapet nå og for fremtiden. Plan- og bygningslovens forarbeider tilslutter seg definisjonen fra Verdenskommisjonen

⁴⁰ Rt. 2007 s. 281 (Barka) avsnitt 39.

⁴¹ Jf. pbl. § 15-3 og Rt. 2005 s. 469.

⁴² Sml. Bugge (2015) s. 220. Kommunen kan likevel ha avslagsgrunn etter regler i byggesaksdelen, eller ha grunnlag for å nedsette midlertidig forbud mot tiltak iht. pbl. § 13-1, jf. Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 320.

⁴³ Se bl.a. Bugge (2015) s. 138-145 og Jerkø (2009) s. 354-387. Winge (2012) s. 398-404 stiller seg kritisk til prinsippets reelle gjennomslagskraft i plan- og bygningsloven.

for miljø og utvikling. Verdenskommisjonen taler om «[e]n utvikling som imøtekommer dagens behov uten å ødelegge mulighetene for at kommende generasjoner skal få dekket sine behov».⁴⁴

Bærekraftbegrepet sidestiller økologiske, økonomiske, sosiale og kulturelle mål og verdier.⁴⁵ Ivaretagelse av miljøet står likevel i en særstilling, ettersom miljøskader kan være uopprettelige og kostbare for samfunnet, og true selve livsgrunnlaget for dagens og framtidens generasjoner.⁴⁶

I 1992 ble prinsippet om bærekraftig utvikling innført i Grl. § 110 b. Siden har prinsippet blitt adaptert i sektorlovgivningen, jf. genteknologiloven § 1 (i 1993), akvakulturloven § 1 (i 2005), samt naturmangfoldloven og mineralloven § 1 (begge i 2009). En fellesnevner er at alle disse lovene, i likhet med plan- og bygningsloven, regulerer ressursforvaltning. Arealene og naturressursene er ikke uuttømmelige, og det oppstår lett interessekonflikter knyttet til disponeringen av disse.⁴⁷ Det er dermed nødvendig å sikre beslutningsprosesser som balanserer verne- og utnyttelsesinteresser. Plan- og bygningsloven står samtidig i en særstilling, som en sektorovergripende lov.

Bærekraftprinsippet ble innført i plan- og bygningsloven (2008). Lovgivers intensjon var å understreke at bærekraftprinsippet er lovens «overordnede materielle formål».⁴⁸ Formålet kommer til uttrykk i en rekke enkeltbestemmelser, f.eks. §§ 1-8 første ledd, 3-1 første ledd, 11-8 tredje ledd, 19-2 tredje ledd og 28-1 første ledd, og utgjør dessuten et viktig hensyn ved tolkningen av regelverket og ved forvaltningens skjønnsutøvelse. Plan- og bygningsloven har på bakgrunn av sin funksjon og sitt formål blitt kalt «vår viktigste miljøvernlov».⁴⁹

Prinsippet om bærekraftig utvikling har bidratt til å sette økt fokus på miljøhensyn i rettssystemet. Bernt viser at miljøhensyn er legitimert som en generell rettslig verdi i vår rettskultur, som har relevans og vekt i alle sammenhenger hvor det ikke finnes særlig grunnlag for å anta annet.⁵⁰ Det viktigste autoritative uttrykket for miljøhensynets rettslige status følger nå av Grl. § 112 (som avløser den tidligere Grl. § 110 b). Bestemmelsens første ledd angir at

⁴⁴ World Commission on Environment and Development (1987); *Our Common Future*, s. 42, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 170

⁴⁵ NOU 2003:14 s. 239.

⁴⁶ Winge (2012) s. 72.

⁴⁷ Sml. Bugge (2015) s. 190.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 170.

⁴⁹ Bl.a. Bugge (2015) s. 190.

⁵⁰ Bernt mfl. (2007) s. 310-311. Samme retning Bugge (2015) s. 25.

«[e]nhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares. Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten».

Formuleringen i første punktum presenterer miljøhensynet som en verdi for menneskets livsgrunnlag («miljø som sikrer helsen»), men opphever samtidig naturmiljøet som en selvstendig egenverdi («natur der produksjonsevne og mangfold bevares»). Også mer spesifiserte interesser følger med, herunder «rett til en viss miljøkvalitet, plikt til å unngå miljøforringelse og miljøskade».⁵¹

Ved Grunnlovsrevisjonen i 2014, ble miljøparagrafen plassert i Grunnlovens kap. E (menneskerettighetskatalogen). Dette tyder på at miljøvernet ikke er ment som en tom faneerklæring, men en rettighet som kan håndheves av borgerne. Samtidig ble det presisert at myndighetene «skal iverksette tiltak» som «gjennomfører disse grunnsetninger», jf. Grl. § 112 tredje ledd. Denne formuleringen ble gitt for å styrke grunnlovsvernet.⁵² Det er nokså usikkert hvilken rettslig betydning Grl. § 112 vil ha for borgerne, forvaltningen, lovgiver og domstolene. Verken ordlyden eller motivene gir særlige retningslinjer for hvilke materielle «minsterettigheter» borgerne kan utlede av bestemmelsen. Som med de øvrige bestemmelsene i Grunnlovens menneskerettighetskapittel, vil det først og fremst bero på rettspraksis å fylle miljøparagrafen med innhold.⁵³ Men myndighetene er utvilsomt pålagt et ansvar for å ivareta miljøet, og domstolene kan tenkes å underkjenne lovgivning eller vedtak som bryter med grunnlovsvernet. I dette ligger at miljøhensynet utgjør en viktig tolkningsfaktor, som argument i favør av det tolkningsresultat som best motvirker miljømessige ulemper, eller som gir mest positive utslag for miljøet.⁵⁴

Et illustrerende eksempel på miljøhensynets gjennomslagskraft privatrettens område, er Rt. 2006 s. 179 (Støvletthæl). Rettsspørsmålet var om en mangelfull vare skulle omleveres eller rettes. Som argument for å tolke forbrukerkjøpsloven § 29 første ledd annet punktum («urimelige kostnader») innskrenkende, vektlegger flertallet at

«[e]n utstrakt plikt til omlevering vil innebære at det med loven i hånd etableres en «bruk og kast»-ordning som det generelt kan være grunn til å ta avstand fra. Selv om belastningene for miljøet nok vil variere, (...) kan det ut fra en bredere samfunnsøkonomisk betraktning være grunn til å reagere mot at forbrukerkjøpsloven anvendes slik at den fører til manglende bruk av tilgjengelige ressurser» (avsnitt 38).

⁵¹ Innst.S. nr. 163 (1991-1992) s. 6.

⁵² Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 245-246 og Innst. 187 S (2013-2014) s. 25.

⁵³ Se f.eks. sakene om miljøkriminalitet, hvor grunnlovsvernet vektlegges som et skjerpene moment i straffeutmålingen: Rt. 2015 s. 392 avsnitt 52, jf. Rt. 2011 s. 10 avsnitt 17 og Rt. 2011 s. 631 avsnitt 49-50.

⁵⁴ Innst.S. nr. 163 (1991-1992) s. 5-6 og Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 243, sml. Bugge (2015) s. 155.

Vektleggingen av miljøhensynet var antagelig utslagsgivende for flertallets resultat. Ifølge Monsen kan dommen «betraktes som et eksempel på nettopp et slikt tilfelle hvor miljøhensynet aktualiserte og begrunnet et tolkingsalternativ som man ikke tidligere ville ha lagt til grunn, fordi det ville stride mot lovens ordlyd og forarbeider».⁵⁵ Dermed illustrerer dommen hvordan miljøhensynet utgjør et dynamisk element i rettsanvendelsen, også ved interesseavveininger i rent privatrettslige «topartsforhold». I denne sammenheng er det verdt å bemerke at miljøhensynet har blitt positivert i privatrettslig lovgivning, eksempelvis bustadoppføringslova § 7 første ledd første punktum, naboloven § 2 annet ledd annet punktum og servituttlova § 2 annet ledd.

Videre illustrerer Rt. 1993 s. 528 (Lunner Pukkverk) at Grl. § 112 kan bringes inn i rettsanvendelsen. Departementet hadde avslått en utslippssøknad etter forurensningsloven. Rettsspørsmålet var om vedtaket kunne legge avgjørende vekt på *trivselsreducerende virkninger* (som støy og ulykkesrisiko), som følge av den tungtrafikk som ville oppstå i et omkringliggende boligområde. Førstvoterende uttaler at

«[d]et dreier seg om et hensyn som har vesentlig betydning på tvers av forvaltningssektorene. I så måte er dette en del av de overordnede miljøhensyn som det er en målsetning å innarbeide i beslutningsprosessene - jf det prinsipp som nå er nedfelt i grunnloven § 100 b – og som nettopp miljøvernmyndighetene er satt til å ivareta. For min del finner jeg det nokså klart at *også andre miljøulemper* enn de forurensningsmessige etter omstendighetene vil kunne tillegges *avgjørende vekt* som avslagsgrunn etter forurensningsloven. For eksempel må dette kunne gjelde *ødeleggelser av naturmiljøet* eller *estetiske ulemper*, også når slike konsekvenser skyldes andre sider ved virksomheten *enn den forurensning som utløser konsekvensplikt*» (mine uthevninger).

Det kan innvendes at Grunnlovsvernet primært tjente som støtteargument for domsresultatet, ettersom Høyesterett hadde konkludert med at trafikale forurensningshensyn var relevante formål etter forurensningsloven. Det sentrale i vår sammenheng er likevel Høyesteretts klare formodning om at miljøhensyn skal etterstrebes i både forvaltningens og domstolenes avgjørelsesgrunnlag på tvers av forvaltningssektorene. Premissene gir klarsignal om at miljøhensynet skal vektlegges tungt i rettsanvendelsen, og må på bakgrunn av sin prinsipielle og generelle utforming antas å ha stor prejudikatsverdi.

Likevel må det tas høyde for at miljøhensynets gjennomslagskraft kan variere. Monsen understreker viktigheten av å ta høyde for den konkrete interesseavveiningen som rettsregelen skal være et resultat av.⁵⁶ Miljøhensyn må også avveies mot andre rettslige verdier og formål som regelen tar sikte på å ivareta. Rettsanven-

⁵⁵ Monsen (2007) s. 624

⁵⁶ Monsen (2007) s. 628.

deren må vurdere hvilke spesifikke miljøhensyn det er tale om, og hvor sterkt hensynet gjør seg gjeldende i den konkrete sak. Eksempelvis kan estetiske hensyn veie tungt i en plan- eller byggesak (jf. pbl. § 12-7 nr. 1 og § 29-2), men har antageligvis mindre vekt ved tildeling av oppdrettskonsesjon etter akvakulturloven. Undertiden kan ulike miljøhensyn stå mot hverandre i én og samme sak, eksempelvis der vindmølleanlegg fører til støyulempere.⁵⁷ Dernest må miljøhensynet avveies mot argumenter som taler for alternative tolkningsresultat, eksempelvis hensyn om å unngå urimelig press på utbygger. Dersom mothensynene veier tilstrekkelig tungt, kan rettsanvenderen måtte falle ned på en rettsregel som ikke fremmer det aktuelle miljøhensynet.

Etter dette gjøres følgende oppsummering: Miljøhensynet bør ses i sammenheng med, som et utslag av, prinsippet om bærekraftig utvikling. Videre er miljøhensynet relevant ved beslutningsprosessene etter plan- og bygningsloven, og kan utgjøre et tungtveiende argument i favør av den løsning som best ivaretar miljøet. Dessuten er ikke miljøhensynet bare noe som *det offentlige* er forpliktet til å ivareta som planstyresmakt. Vel så viktig er det at også *private aktører* må være forberedt på å yte sin del ved ivaretagelsen av arealressursene, ut fra et langsiktig perspektiv. Realiseringen av arealplaner i et område må altså skje i samspill mellom det offentlige og private aktører. Dette kan få utslag på bruken av utbyggingsavtalene. Det kan eksempelvis tenkes at kommunen ønsker å benytte avtalemekanismen som pådriver for at utbygger skal utvikle særlig miljøvennlige utbyggingsprosjekter, eller bidra med tiltak som fremmer kommunens miljømål. Spørsmålet er bare *hvor langt* myndighetene kan vektlegge slike hensyn før forpliktelsene overskrider kommunens avtalekompetanse. Hvilke miljøkrav kommunen kan velte over på utbygger, inngår i fremstillingen av kommunens materielle avtalekompetanse, jf. kap. 5-7.

Som fremstillingen videre vil vise, gir plan- og bygningsloven ulike virkemidler som kan bidra til å gi miljøhensynet nokså stor gjennomslagskraft i praksis. Utbyggingsavtalene er en del av disse. I kap. 2.4 skal vi imidlertid fokusere på kommunens adgang til å detaljstyre borgerens arealutnyttelse gjennom vilkårsstillelse og pålegg om opparbeidelsesplikter, som et alternativ til utbyggingsavtalene.

2.4 Detaljstyring gjennom vilkårsstillelse og pålegg

2.4.1 Vilkårslæren

Vilkårslæren er betegnelsen på et sedvanebasert rettsgrunnlag som etterhvert har blitt et utbredt virkemiddel i sektorlovgivningen. Når forvaltningen utøver skjønn, har den i alminnelighet kompetanse til å stille tyngende plikter («vilkår») til ellers

⁵⁷ Sml. Rt. 2011 s. 780 avsnitt 94-96 (nabolovent § 2)

begunstigende vedtak, f.eks. tillatelser eller offentlig støtte. Formålet er å oppnå effektiv detaljstyring eller motvirke skadevirkninger av å fatte vedtaket.⁵⁸

Vilkårslæren må ikke forveksles med «uegentlige» vilkårshjemler. Mens kompetansen til å fastsette «egentlige» vilkår følger av forvaltningens diskresjonære vedtakskompetanse, utgjør de «uegentlige» vilkår en del av selve vedtakshjemmelen. Sistnevnte utgjør en lovfestet materiell skranke for vedtaket, som normalt gir borgeren rettskrav på vedtak når lovens vilkår er oppfylt. Eksempler på dette er pbl. §§ 28-1 første ledd og 29-4 annet ledd. «Uegentlige» vilkår faller altså utenfor vilkårslærens anvendelsesområde.⁵⁹

Kommunens vilkårskompetanse kan følge av loven selv. Plan- og bygningsloven angir en rekke lovfestede vilkårshjemler, f.eks. §§ 11-9 til 11-11, 12-7, 14-3 annet ledd, 19-2 første ledd, 18-2 første og annet ledd og 28-1 annet ledd.⁶⁰ I disse tilfeller beror grensen for tillatte vilkårsstillinger på lovtolkning. Lovgiver kan ha ønsket å kodifisere den ulovfestede vilkårslæren, slik at loven suppleres av denne. Alternativt kan lovgiver ha tiltenkt å utvide eller innskrenke vilkårsadgangen. Når lovteksten åpner for vilkårsstilling for å fremme spesifikke formål, setter i utgangspunktet formålsangivelsen grensen for hvilke vilkår som kan stilles.⁶¹ Trolig må vilkårsadgangen samtidig tolkes innskrenkende i tråd med den ulovfestede vilkårslæren, med mindre rettskildene tilsier noe annet.⁶² Utpensler loven derimot spesifikke vilkår som kan oppstilles, må det vurderes om oppregningen er uttømmende.⁶³ Eksempel på en ikke-uttømmende vilkårsadgang er forurensningsloven § 29, som åpner for å sette vilkår «blant annet» om transport, behandling, gjenvinning og oppbevaring av avfall.

Forvaltningens ulovfestede vilkårskompetanse gjelder der forvaltningen har diskresjonær kompetanse til å avslå en søknad. Borgeren har da intet rettskrav på å få vedtaket oppfylt etter sitt innhold. Rammene for å tillate vilkår må utledes fra teori og praksis. Her har vurderingstemaet gradvis utkrystallisert seg til et todelt krav om saklighet og forholdsmessighet.⁶⁴ Saklighetskravet innebærer at vilkåret objektivt sett må *fremme hjemmelslovens formål* og stå i *nær saklig sammenheng* til vedtaket. Forholdsmessighetskravet forutsetter en viss balanse mellom ulempene vilkårsstillingen påfører borgeren og fordelene som oppnås med vedtaket og vilkårsstillingen. Ifølge Bernt dreier det seg om

⁵⁸ Eckhoff og Smith (2014) s. 410 flg., Graver (2015) s. 259 flg., Østenstad (2015) s. 111 og Reusch (2014) s. 28-31. Jf. også Rt. 2003 s. 764 (Løvenskiold) avsnitt 61.

⁵⁹ Nærmere Østenstad (2014) s. 489-491 og Reusch (2014) s. 16-18.

⁶⁰ Nærmere Reusch (2014) s. 18 flg.

⁶¹ Eckhoff og Smith (2014) s. 412. Motsatt Graver (2015) s. 264.

⁶² Graver (2015) s. 264 og Aulstad (2005) s. 199.

⁶³ Graver (2015) s. 264-265 samt Eckhoff og Smith (2014) s. 411.

⁶⁴ Østenstad (2015) s. 112-113. Se Rt. 2003 s. 764 avsnitt 60 og 82 og Rt. 2008 s. 1110 avsnitt 22.

«en ganske bred helhetsvurdering ikke bare av lovens ordlyd, forarbeider og formålsramme, men også av faktorer som inngrepets størrelse, de offentlige interesser involvert, partens typiske situasjon m.m.». Det er således tale om en skjønsmessig avveiningsnorm, som «dels presiserer, dels utvider og dels innskrenker forvaltningens handlefrihet i forhold til en ren motivbestemt begrensning».⁶⁵

Hvor intervensjonsterskelen skal settes, dvs. hvor tyngende ulempene må være før vilkåret blir uforholdsmessig, er mer uklart. Spørsmålet er gjennomgått av Østenstad, som bl.a. med støtte i Rt. 2010 s. 612 (Sårstell), konkluderer med at forholdsmessighetskravet er en *fleksibel standard*.⁶⁶ Terskelen for tilsidesettelse av vilkår kan variere med rettsgodets art, grad av skjønnsfrihet, grad av press og hvor hardt vilkåret rammer borgeren, mv.

2.4.2 Vilårsstillelse gjennom planbestemmelser

Både kommuneplanens arealdel og reguleringsplanen kan suppleres med presiserende bestemmelser til plankartet, jf. hhv. pbl. §§ 11-9 til 11-11 og § 12-7. Planbestemmelsene er utslag av en lovhjemlet vilkårsadgang, hvor borgeren kan forbys å etablere tiltak i strid med bestemmelsene, og samtidig påbys å bygge i samsvar med disse. Formålet er å gi kommunen et mer nyansert verktøy for å detaljstyre arealutnyttelsen, enn det som er mulig gjennom arealformål og hensynssoner. Kommunen kan derimot ikke fastsette vilkår som åpner for annen arealutnyttelse enn det kommunen har forutsatt, eller som motvirker en forsvarlig utnyttelse av det vedtatte arealformål.⁶⁷ I det følgende gis en fremstilling av reguleringsplanbestemmelsene, da kommunens kompetanse etter § 12-7 i hvert fall ikke rekker kortere enn vilkårskompetansen i kommuneplanens arealdel, og der spørsmålet om grensene for kommunens kompetanse til å detaljstyre byplanleggingen oftest kommer på spissen.

Reguleringsplanbestemmelsene kan nedlegges i «nødvendig utstrekning», jf. pbl. § 12-7 første setning. Ordlyden peker på at det må være et behov for å avvente opparbeidingen av aktuelle tiltak, men gir få føringer for avveiningen. Bestemmelsen nedlegger antagelig ikke materielle begrensninger på planmyndighetene utover myndighetsmisbrukslærens forbud mot utenforliggende hensyn, usaklig forskjellsbehandling og åpenbar urimelighet.⁶⁸

Spørsmålet er hva reguleringsplanbestemmelsene innholdsmessig kan gå ut på. Lovteksten angir en uttømmende liste over vilkår som kan fastsettes, jf. ordlyden «følgende forhold» og Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 131. Eksempler på tillatte vil-

⁶⁵ Bernt (1977) s. 74-75. Nærmere kap. 3.6 om forholdsmessighetskravet stilling i norsk rett.

⁶⁶ Østenstad (2015) s. 115-147.

⁶⁷ Innjord (2010) s. 340 og Bugge (2015) s. 214. Sml. Rt. 2007 s. 281 avsnitt 39.

⁶⁸ Tilsvarende Bugge (2015) s. 215 og Frihagen (1989) s. 250.

kår er krav til miljøkvalitet og grenser for forurensning (nr. 3), funksjons- og kvalitetskrav til bebyggelse og anlegg (nr. 4) og trafikkregulerende tiltak (nr. 7). Samtidig er vilkårene i nr. 1-14 utformet vagt og skjønnsmessig, for å dekke «alle relevante forhold».⁶⁹ Dette tyder på at lovgiver ønsket å konsumere den ulovfestede vilkårlæren, ovenfor.

Loven angir meget generelle vilkårshjemler for utforming og bruk for arealer, bygninger og anlegg i § 12-7 nr. 1 og 2, som langt på vei overlapper den øvrige oppregningen. Bestemmelsene viderefører den generelle utformingen i pbl. (1985) § 26 første og annet punktum.⁷⁰ Ordlyden «vilkår for bruk (...) eller forbud mot former for bruk», jf. pbl. § 12-7 nr. 2, viser til begrensninger i utnyttelsen av utbyggingsprosjektet, eksempelvis byggegrenser, forurensningsdempende tiltak eller dreneringssystemer. Ordlyden omfatter også plikter som utbygger må oppfylle før byggetillatelse gis, eksempelvis at utbygger etablerer visse former for tiltak.⁷¹ Bestemmelsen kan anses som utslag av prinsippet om bærekraftig utvikling: Utbyggers ønske om fri utnyttelse av eiendommen, kan måtte nedprioriteres til fordel for mer langsiktige samfunnsbehov.

Kommunen må begrunne at vilkårsstillelsen er påkrevd for å «hindre, være til ulempe for eller true formålet med planen».⁷² Dette samsvarer med den ulovfestede vilkårlærens krav om nær saklig sammenheng. Et sentralt moment vil ofte være om de uønskede effektene har en viss geografisk nærhet med utbyggingsprosjektet. Men iht. ordlyden «ivareta hensyn i eller (...) utenfor planområdet», kan de kompensierende tiltak også relatere seg til andre planer enn utbyggingsprosjektets arealplan.⁷³ Selv om det trolig skal lite til for å konstatere avbøtende behov for vilkårsstillelsen, gir saklighetskravet et minimumsvern. Utbygger kan eksempelvis ikke påkrevdes å etablere grøntarealer og turstier bare fordi kommunen selv ikke har råd.

Ordlyden «fremme eller sikre formålet med planen», tilsier at vilkårsstillelsen må ivareta saklige formål. Dette tilsvarer den ulovfestede vilkårlærens formålsskrav. Plansystemet skal ivareta en rekke formål, jf. pbl. § 3-1 første ledd, jf. § 1-1. Formålsskravet må dermed anses å rekke vidt. Dette støttes av forarbeidene, som uttaler at det kan gis vilkår av «hensyn til miljø, sikkerhet, samfunnsinteresser, eller andre forhold».⁷⁴ Eksempelvis kan det ilegges ferdselsrestriksjoner for å verne naturmangfoldet eller allmennhetens tilgjengelighet i friluftsområder, jf. § 12-5 nr. 5. Også formålet bak andre planområder kan vektlegges: Selv om planen åpner for

⁶⁹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 232.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 131 og 233. Samtidig understrekes det at pbl. § 12-7 på visse punkter går lengre i dag enn etter pbl. (1985) § 26, jf. også Innjord (2010) s. 337.

⁷¹ Sml. Frihagen (1989) s. 252.

⁷² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 233.

⁷³ Sml. Rt. 1993 s. 278, hvor Høyesterett tillot restriksjoner for grusuttak av hensyn til naturverninteresser i omkringliggende områder, selv om den aktuelle planen var regulert til råstoffutvinning.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 233.

industribebyggelse, kan kommunen kreve etablert støyskjermer for å redusere trafikkstøyen i et omkringliggende skoleområde.

Kommunen kan derimot ikke stille vilkår om forhold av «privatrettslig karakter».⁷⁵ Forarbeidene presiserer at forbudet omfatter bl.a. økonomiske forhold eller plikter og rettigheter, eierforhold eller krav om deltaking i velforening. Planmyndighetenes oppgave er ikke å regulere privatrettslige mellomliggende, sml. pbl. § 3-1. Forhold som eiendomsgrenser, krav om bankgaranti for gjennomføring av lovlig pålagte vilkår, krav til selskapers organisering og daglige drift eller krav om forkjøpsrett for boliger i planområdet, faller således utenfor vilkårskompetansen.⁷⁶

Verken ordlyden i pbl. § 12-7 eller forarbeidene oppstiller krav om forholdsmessighet mellom byrdene utbyggeren påføres og fordelene reguleringsvedtaket medfører. Oppfatningen er imidlertid at dette må innfortolkes i loven.⁷⁷ Ved en slik vurdering vil relevante momenter bl.a. være hvor belastende vilkårsstillelsen blir for grunneier, sammenlignet med andre tenkelige midler som kunne vært benyttet, og nytteverdien av de ulike midlene.

Gjennomgangen viser at planbestemmelsene gir kommunen en generell og omfattende vilkårskompetanse, uten helt klare skranker.⁷⁸ Kommunens utfordringer ved å stille vilkår i plan, er nok særlig tidsaspektet. Vurderingene som foretas på planstadiet kan være usikre og hypotetiske: Det er eksempelvis vanskelig å vurdere planbestemmelsens forholdsmessighet før utbygger har søkt om igangsettelse av sitt prosjekt. Her har utbyggingsavtalene den fordel at vurderingene kan foretas på søknadstidspunktet for byggetillatelse. Der det eventuelt skulle være tvil hvor langt vilkårskompetansen rekker i det enkelte tilfelle, er spørsmålet om utbyggingsavtalene kan tjene som et presiserende verktøy, jf. kap. 5 og 6.

Det har vært reist spørsmål om planbestemmelsene kan stille strengere krav til konstruksjon, byggematerialer, energiløsninger mv, enn det som følger av byggeteknisk forskrift.⁷⁹ Formålet bak planbestemmelsene er primært å bidra som et presiserende verktøy for arealformål og hensynssoner, ikke som et alternativt kompetansegrunnlag for å pålegge plikter. Arealplanene får vesentlig innvirkning på borgernes eiendomsrett, da kravene kan fordyre og komplisere utbyggingsprosjektene. Hensynet til forutberegnelighet og harmoni i regelverket tilsier dermed at kommunen bør ha særskilt hjemmel for å innstramme forskriftsfestede krav.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 233.

⁷⁶ Pedersen mfl. (2010) s. 317-318 og Innjord (2010) s. 339.

⁷⁷ Bugge (2015) s. 217 og Reusch (2014) s. 32. Forfatterne uttaler seg imidlertid ikke om *terskel-spørsmålet*, sml. Østenstad (2015) ovenfor i kap. 2.4.1.

⁷⁸ Sml. t.d. mindretallets påpekning i NOU 2003:14 s. 320 og høringsuttalelsene i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 115, samt LE-2016-44539.

⁷⁹ Tolkningsuttalelse 14/6661-3 (KMD).

Videre ønsket lovgiver ved plan- og bygningsloven (2008) å opprettholde skillet mellom krav som hører til arealplanlegging og byggtekniske krav som stilles i forskrift.⁸⁰ Dette synet er lagt til grunn av KMD, som påpeker at forskriftens formål er å skape et omforent regelverk.⁸¹ Det må dermed konkluderes med at kompetansen til å gi planbestemmelser må avgrenses mot krav som følger av byggteknisk forskrift. Likevel kan det spørres om utbyggingsavtalene utgjør et særskilt hjemmelsgrunnlag for å innta strengere krav, nærmere kap. 5.3.

2.4.3 Særlig om rekkefølgebestemmelser («rekkefølgekrav»)

Etter pbl. § 12-7 nr. 10 kan kommunen fastsette «særskilt rekkefølge for gjennomføring av tiltak etter planen», og at utbygging ikke kan finne sted før «tekniske anlegg og samfunnstjenester som energiforsyning, transport og vegnett, sosiale tjenester, helse- og omsorgstjenester, barnehager, friområder, skoler, mv. er tilstrekkelig etablert». Innholdsmessig svarer bestemmelsen til § 11-9 nr. 4.⁸² Bestemmelsen viderefører plan- og bygningsloven (1985) § 26 første ledd tredje punktum, og er dermed ingen nyordning ved plan- og bygningsloven av 2008.

Formålet er å bidra til en koordinert og hensiktsmessig utvikling av planområdet.⁸³ Bestemmelsen kan slik ses på som utslag av lovens bredere formål om en samordnet og langsiktig, bærekraftig utvikling, jf. § 1-1.

Bestemmelsens andre alternativ gir en vidtrekkende adgang til å ta forbehold om kommunale tiltak som må være etablert. Ordlyden «tekniske anlegg» omfatter fysiske installasjoner og infrastruktur, som kjørebane, kollektivanlegg, havn, gang- og sykkelsti, parkeringsplasser, vann og avløp. Videre dekker ordlyden «samfunnstjenester» diverse velferdsmessige ytelser. Lovtekstens oppregning er vag, og listen er heller ikke uttømmende, jf. formuleringen «som» og «mv.». Fellesnevneren er at det dreier seg om tiltak som kommunen tradisjonelt har ansvar for å etablere. Kommunens økonomi blir dermed et viktig hensyn bak rekkefølgebestemmelsene. Ved å styre utviklingstakten i området, unngår kommunen at etablering av infrastrukturtiltak blir unødig fordyrende.⁸⁴ Dette skiller rekkefølgebestemmelsene fra reguleringsbestemmelsene omtalt ovenfor og opparbeidelsespliktene (like nedenfor), hvor den private part i større grad forutsettes å bære kostnadene.

I motsetning til de øvrige vilkårshjemplene i pbl. § 12-7, gir ordlyden bare uttrykk for et byggeforbud. Kommunen har kompetanse til å båndlegge arealbruken, men kan ikke pålegge utbyggere slik opparbeiding. Konsekvensen er at rekkefølgekravet

⁸⁰ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 222

⁸¹ Tolkningsuttalelse 14/6661-3 (KMD).

⁸² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 235.

⁸³ Sml. Pedersen m.fl. (2010) s. 314 samt Myklebust og Schütz (1999) s. 196.

⁸⁴ Sml. Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 113.

tjener som avslagsgrunn ved søknad om byggetillatelse, jf. § 21-4 første ledd. Utbygger står dermed overfor valget mellom å vente til tiltakene er etablert av kommunen, søke dispensasjon fra rekkefølgekravet, eller påta seg å etablere rekkefølgetiltak gjennom en utbyggingsavtale.⁸⁵ Utbygger kan imidlertid ikke kreve avtaleinngåelse.

I praksis blir rekkefølgebestemmelsene et aktivt virkemiddel for å sikre opparbeidelse av infrastruktur fra utbyggere. Rapporten «Kommunenes tilrettelegging for boligutbygging», foretatt på vegne av Kommunal- og moderniseringsdepartementet, viser at 89 % av de forespurte kommunene bruker utbyggingsavtaler for å oppfylle rekkefølgekrav.⁸⁶ Rekkefølgekravene er dermed en vesentlig årsak til at utbygger påtar seg forpliktelser gjennom avtaleinngåelse. Kompetansen til å fastsette rekkefølgekrav gir kommunen en sterk forhandlingsposisjon ved avtaleforhandlingene: Reguleringsmyndigheten kan benyttes til å lempe potensielt omfattende etableringskostnader over på den private utbygger. På den annen side fremstår det gjerne som rimelig at utbygger dekker utgifter som følge av at han får igangsette utbyggingsprosjektet tidligere enn forutsatt.

Rekkefølgebestemmelsene kan nedlegges i «nødvendig utstrekning», jf. pbl. § 12-7 første ledd første setning, jf. kap. 2.4.2. En rettesnor for skjønnsavveiningen er § 3-1 tredje ledd, som presiserer at arealplanleggingen «skal bygge på økonomiske og andre ressursmessige forutsetninger for gjennomføring og ikke være mer omfattende enn nødvendig». Ordlyden gir uttrykk for at planleggingen må være realistisk gjennomførbar innenfor behovene og utfordringene som finnes i planområdet. Dette innebærer at omfanget av rekkefølgekravene kan variere fra områder med lite utbyggingspress, til områder med mer komplekse behov og interessekonflikter, typisk større fortettings- og transformasjonsområder.⁸⁷

For kommunen kan det være utfordrende å formulere rekkefølgebestemmelser som finner god balanse mellom utbyggingsinteresser og behovet for offentlig infrastruktur. På den ene siden må kommunen ta høyde for behovene som oppstår ved fremtidig områdeutvikling. På den andre siden skal ikke planbestemmelser motvirke arealformålet, hvilket innebærer at rekkefølgekravene ikke reelt må fungere som «skjulte» byggeforbud. En rettesnor for når den offentlige infrastrukturen må forutsettes gjennomført, kan være tiårsfristen for å kreve ekspropriasjon på grunnlag av plan, jf. pbl. § 16-2 første ledd sml. § 12-4 femte ledd.⁸⁸ Dersom kommunen derimot bruker rekkefølgekompetansen som et strategisk virkemiddel for å presse

⁸⁵ Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 16.

⁸⁶ Barlindhaug m.fl. (2014) s. 72. Også Plathe og Jørgensen (2009) s. 9, finner at rekkefølgekravene etablerer det dominerende grunnlaget for kommunens forhandlingsposisjon.

⁸⁷ Sml. Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 181.

⁸⁸ Pedersen m.fl. (2010) s. 315 og Aulstad (2005) s. 204-205.

utbygger til å påta økonomiske forpliktelser, er det ikke utenkelig at bestemmelsene tilsidesettes etter myndighetsmisbrukslæren.⁸⁹

For en utbygger som ønsker byggetillatelse, er et viktig spørsmål når rekkefølgekravene kan anses «tilstrekkelig etablert», jf. pbl. § 12-7 nr. 10. Ordlyden «etablert» peker på tidspunktet tiltakene er fysisk opparbeidet. Departementet har imidlertid slått fast at vilkåret også er innfridd ved finansiell sikkerhetsstillelse, hvilket innebærer at en inngått utbyggingsavtale avbøter faktisk opparbeidelse.⁹⁰ Standpunktet fremstår velbegrunnet, da finansiell sikkerhetsstillelse både ivaretar kommunens økonomihensyn og utbyggers formål om hurtig prosjektgjennomføring. Men etter som selve formålet bak rekkefølgebestemmelsene er å sørge at infrastrukturen etableres, må forutsetningen være at fysisk opparbeidelse skjer innen rimelig tid, hvor tårnsfristen ovenfor kan tjene som retningslinje.

Videre tilsier ordlyden «etablert» at tiltakene må oppfylles *i sin helhet* før byggetillatelse kan gis. Denne ordlydstolkningen understøttes av hensynet til en samordnet og bærekraftig arealutvikling, som må anses å veie tyngre enn utbyggers behov for effektiv prosjektgjennomføring.⁹¹ At tiltakene må oppfylles i sin helhet, er også lagt til grunn av departementet.⁹² Der rekkefølgekravene gjelder for et større planområde, er det altså utilstrekkelig at utbygger finansierer sin ideelle andel – han må betale «alt eller ingenting». Løsningen innebærer imidlertid at avtaleforpliktelsene kan bli ganske omfattende, og skaper risiko for at utbygger påtar seg tiltak som går lenger enn loven tillater. Det foreligger altså en viss disharmoni i rettstilstanden mellom rekkefølgekravene og utbyggingsavtalenes innhold. Dette bør planmyndighetene søke å avbøte, ved å allerede i planprosessen ta stilling til om rekkefølgekravene realistisk kan oppfylles gjennom avtaleinngåelser innenfor grensene i pbl. § 17-3.

2.4.4 Opparbeidelsesplikter og refusjon i byggesak

Byggesaksbehandlingen er en regelbundet prosess. Ettersom borgeren har *rettskrav* på byggetillatelse for tiltak som er i tråd med arealplan, jf. pbl. § 21-4, har myndighetene som klar hovedregel ikke diskresjonær kompetanse til å avslå søknaden. I den grad myndighetene kan fastsette supplerende vilkår til byggetillatelsen, må det være fordi loven uttrykkelig hjemler en påleggs- eller vilkårskompetanse, eller hjemler en avslagsgrunn som bringer den ulovfestede vilkårs læren til anvendelse.⁹³

⁸⁹ Nærmere om myndighetsmisbrukslæren i kap. 3.6.

⁹⁰ Rundskriv H-5/02 s. 22 og bl.a. tolkningsuttalelse 11/951-2 (KRD).

⁹¹ Jf. omtalen av miljøhensynet som tolkningsfaktor i kap. 2.3.

⁹² Rundskriv H-5/02 s. 24 og tolkningsuttalelse 15/3677 (KMD).

⁹³ Reusch (2014) s. 22 flg. Antagelig er det en viss adgang til å supplere lovbundne vedtak med vilkår, sml. Reusch (2014) s. 24-28 med videre henvisninger.

To praktiske hjemler for å pålegge utbygger opparbeiding av enkelte typer infrastruktur før byggetillatelse gis, følger av pbl. §§ 18-1 og 18-2. Slike tiltak vil ofte fremgå som rekkefølgekrav i kommuneplan eller reguleringsplan. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at opparbeidelsesplikter etter §§ 18-1 og 18-2 også må kunne nedfelles som vilkår i planbestemmelser.⁹⁴ En slik adgang øker dessuten borgerens forutberegnelighet, som får varsel om at kommunen tilsikter å ta virkemidlene i bruk.

Etter pbl. § 18-1 første ledd bokstav a-c, jf. tredje ledd, kan kommunen kreve at tiltakshaver etablerer offentlig adkomstveg frem til og langs tomta, samt hovedledning for vann og avløp med nærmere krav til arrondering og maksimal størrelse. Med «veg» omfattes «kjørebane med fortau og snuplasser, busslomme, gangveg, sykkelsti, turveg, gatetun og offentlig plass», jf. bokstav a. Formålet er å sikre at planområder er tilfredsstillende dimensjonert før utbyggingsprosjektet igangsettes. Bestemmelsen fremmer slik sett allmenne hensyn som ivaretagelse av miljøet, helse og optimal ressursutnyttelse.⁹⁵ Etter ordlyden faller infrastruktur som gjennomfartsveier, lyktestolper, rundkjøringer og lyskryss utenfor tiltakshavers opparbeidelsesplikt. I byutviklingsområder ønsker kommunen ofte slike tiltak opparbeidet.

Plan- og bygningsloven § 18-1 oppstiller ikke krav om forholdsmessighet. Opparbeidelsesplikten gjelder dermed uavhengig av infrastrukturprosjektets kostnad. Dette har sammenheng med at opparbeidelsesplikten er et lovpålagt vilkår, og ikke et «egentlig» vilkår i vilkårlærens forstand, jf. kap. 2.4.1. Til gjengjeld er tiltakene uttømmende regulert.⁹⁶ Dessuten kan utbygger på visse betingelser kreve refusjon for opparbeidelse som begunstiger andre tomter, se like nedenfor. Slik sett kan forholdsmessighetsbetraktninger sies å være innbakt i lovens system – lovgiver har allerede vurdert forholdsmessigheten av pålegget «på gruppenivå».⁹⁷

Videre gir pbl. § 18-2 første ledd kommunen adgang til å kreve opparbeidet infrastruktur som utbygger ikke nødvendigvis anser direkte hensiktsmessig for sitt eget prosjekt, men som kommer planområdet til gode.⁹⁸ Kommunen kan betinge byggetillatelsen av at utbygger erverver, sikrer og opparbeider «felles avkjørsel, felles gårdsrom eller annet fellesareal for flere eiendommer». Tiltak som kan tenkes omfattet er lekeplasser og grøntarealer med turstier. Ved industriutbygging kan tilsvarende vilkår stilles for tilgrensende «parkbelte», jf. annet ledd. Ordlyden «kan (...) sette som vilkår», jf. § 18-2, gir anvisning på en lovhjemlet vilkårskompetanse. Det må dermed kreves at vilkårsstillelsen ikke rammer borgeren uforholdsmessig tyngende.⁹⁹

⁹⁴ Sml. Myklebust og Schütz (1999) s. 200 og Aulstad (2005) s. 205-206.

⁹⁵ Sml. Innjord (2010) s. 477.

⁹⁶ NOU 2005:12 s. 380.

⁹⁷ Sml. Sjøvig (2015) s. 316-317 og 341.

⁹⁸ Reusch (2014) s. 19.

⁹⁹ Jf. kap. 2.4.1. Sml. Reusch (2014) s. 32 samt Myklebust og Schütz (1999) s. 198.

Adgangen til å ilegge opparbeidelsesplikter må ses i sammenheng med refusjons-hjemmelen i pbl. § 18-3 flg. En tiltakshaver som gjør annen eiendom byggeklar, kan dels kreve utgifter dekket så langt tiltakene øker eiendommens verdi, jf. §§ 18-5 til 18-7. Etablering av fellesanlegg kan innebære en begunstigelse for øvrige grunneiere som drar særlig nytte av infrastrukturen. Formålet med refusjonsreglene er derfor å sikre en rimelig fordeling av utbyggers utgifter.

En ulempe er at refusjonssystemet ikke er særlig tilpasset utbyggingsavtalene. Utbyggingsavtaler kan gjelde forpliktelser av annen art eller videre omfang enn tiltaket som omfattes av pbl. §§ 18-1 og 18-2, eksempelvis etablering av gjennomfartsveier eller rense- og vannforsyningsanlegg.¹⁰⁰ Slike utgifter kan ikke refunderes, jf. § 18-3. For at utbyggers refusjonsrett skal være i behold, må opparbeidelsesplikter som omfattes av §§ 18-1 og 18-2 ikke bare nedfelles i avtalen, men også fremgå som et selvstendig enkeltvedtak, jf. § 18-5, jf. § 18-3.¹⁰¹ Og ettersom refusjonsadgangen kun gjelder for «[d]en som» forserer tiltaket, jf. § 18-3, kommer ikke refusjonsreglene til anvendelse for utbyggere som «bekoste[r]» økonomiske bidrag til kommunen, jf. § 17-3 tredje ledd.¹⁰² Disse forhold medfører at mange utbyggere kvier seg for å være først til å opparbeide felles infrastrukturtiltak. Én mulig løsning er at utbyggere og grunneiere isteden initierer privatrettslige avtaler («spleiselag»), om kostnadsfordeling av slike fellestiltak. En annen mulighet kan være å ta i bruk jordskiftelovens regler om fordeling av planskapt verdiøkninger mellom grunneierdommer, jf. jordskifteloven § 3-30 flg., jf. pbl. § 12-7 nr. 13.¹⁰³

Opparbeidelsesplikten gir kommunen hjemmel for å sikre at visse tiltak av offentlig interesse blir gjennomført. Slik har lovgiver valgt å balansere kommunens interesse i helhetlig gjennomføring av arealplan mot utbyggers interesse i å gjennomføre sitt prosjekt. Legalitetsprinsippet medfører som utgangspunkt at kommunen ikke kan pålegge tiltakshaver strengere plikter enn det som følger av loven og vilkårslæren.¹⁰⁴ Hvis kommunen gjennom rekkefølgebestemmelser forutsetter opparbeiding av større eller andre infrastrukturtiltak enn det som følger av pbl. §§ 18-1 eller 18-2, kan det imidlertid bli aktuelt å inngå utbyggingsavtale.

2.5 Oppsummering

Gjennom rollen som planstyresmakt, har kommunen en viktig oppgave i å kontrollere arealplanleggingen og arealutviklingen i kommunen. Videre har kommunen gjennom ulike virkemidler i plan- og byggesak, fått kompetanse til å stille makt bak formålet om å ivareta en bærekraftig utvikling av landets arealressurser. Dette betyr

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 271 og Pedersen mfl. (2011) s. 526.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 50 samt Bjørkholt og Løvf (2012) s. 69.

¹⁰² Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 50 og tolkningsuttalelse 14/913 (KMD).

¹⁰³ Denne kompetansen omtales ikke nærmere i avhandlingen.

¹⁰⁴ Jf. kap. 3.4.

at private parter som ønsker å ta del i arealutviklingen, må være forberedt på å yte sin del for fellesskapets beste.

Gjennomgangen viser at kommunen har nokså vidtrekkende virkemidler til å styre arealutviklingen i samfunnet etter dagens plan- og bygningslov. Kompetansen til å vedta innholdet i arealplaner gjennom arealformål og planbestemmelser, avgjør i hvilket omfang grunneiere kan utnytte sine arealer. Videre gir kommunens kompetanse i byggesaksbehandlingen mulighet til å stille krav til gjennomføringen av konkrete byggetiltak. Men særlig der kommunens kompetanse til å stille vilkår eller pålegg i plan- og byggesak ikke strekker til, kan utbyggingsavtale være et aktuelt virkemiddel. Dette kommer på spissen ved rekkefølgekravene, ettersom utbyggeren ikke har rettskrav på byggetillatelse før disse er oppfylt.

Det kan fremstå som rimelig at utbyggere som belaster området, yter noe tilbake til fellesskapet. Samtidig har kommunen i kraft av sin kombinerte rolle som planmyndighet og kontraktsmotpart, i stor grad anledning til å definere premissene for avtaleforhandlingene. Hvor sterk og reell frivillighet som kan sies å ligge bak utbyggeres avtaleinngåelse, kan bl.a. bero på om avtaleforhandlingene skjer før eller etter arealplanen for området er vedtatt, og hvor vidtrekkende rekkefølgekrav som ligger i planen. For å forhindre at kommunen går for langt i å utnytte kompetansen den er tildelt ved lov, er det behov for å supplere kommunens avtalekompetanse med visse offentligrettslige skranker, jf. plan- og bygningsloven kap. 17. Det er disse offentligrettslige skrankene som skal behandles i den videre fremstillingen.

3 En «privat- og offentligrettslig hybrid»

3.1 Innledning

Mens forrige kapittel undersøkte den rettslige konteksten som utbyggingsavtalene befinner seg i, er siktemålet med dette kapittelet å gi en beskrivelse av overordnede hensyn som kan belyse forståelsen av utbyggingsavtalene som rettslig instrument, samt å identifisere flere rettskilder som har relevans ved tolkningen av regelverket.

Som nevnt i kap. 1.3, har utbyggingsavtalene både privatrettslige og offentligrettslige trekk. Dette skaper visse utfordringer når man skal plassere utbyggingsavtalene i det rettslige landskapet. Første steg på veien er å danne en felles forståelse om hva en utbyggingsavtale *er*. Dermed skal vi se nærmere på hvordan utbyggingsavtalene er definert i loven (kap. 3.2). I det følgende tar vi startpunktet i en utdypende redegjørelse for legaldefinisjonen i pbl. § 17-1. Fra dette utgangspunktet ser vi deretter nærmere på hvilke overordnede hensyn utbyggingsavtalene hviler på (kap. 3.3).

Etter at vi har fått en klarere oppfatning av hva som kjennetegner utbyggingsavtalene, behandles løsningsmodellen lovgiver har lagt til grunn. Dette gjøres ved å drøfte hvordan utbyggingsavtalene stiller seg til forvaltningsrettens og avtalerettens krav om kompetanse (kap. 3.4), og videre ved å drøfte hvilke innholdsmessige rammer lovgiver har valgt å gi avtaleadgangen, sett i relasjon til avtalerettslige regler og mer tradisjonelle forvaltningsrettslige krav om forholdsmessighet, herunder myndighetsmisbrukslæren og vilkårslæren (kap. 3.5 og 3.6).

3.2 Virkeområdet: Hva særpreger utbyggingsavtalen?

Siktemålet er her å undersøke hvordan utbyggingsavtalene er definert i pbl. § 17-1, herunder å avgrense utbyggingsavtalene mot andre avtaler som kommunen inngår i sitt daglige virke. Problemstillingen har betydning for å avklare i hvilke tilfeller reglene i plan- og bygningsloven kap. 17 kommer til anvendelse. Departementet ønsket en vid legaldefinisjon, fordi et snevert virkeområde kunne skape risiko for at partene konstruerer avtaleformer som omgår regelverket.¹⁰⁵ Som nevnt i avhandlingens innledning, defineres en utbyggingsavtale som en

«avtale mellom kommunen og grunneier eller utbygger om utbygging av et område, som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan».

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 41. Veilederen (KRD) s. 25-26 hevder at bestemmelsen ikke kan tolkes utvidende for å ramme andre avtaler som inngås av det offentlige. Spørsmål om reglene kan anvendes *analogisk*, eksempelvis på avtaleinngåelser ved dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2, faller utenfor avhandlingens tema.

Avtalepartene er «kommunen» og «grunneier eller utbygger». Dermed faller avtaleforhold med private tredjeparter utenfor, eksempelvis avtaler om grunnerverv eller refusjon.

Avtalegjensstanden er «utbygging av et område». Etter ordlyden dreier det seg om et fysisk utbyggingsprosjekt som utbygger ønsker gjennomført, typisk boligbebyggelse, fritidsbebyggelse, kjøpesenter, næringsbebyggelse, mv. Men prosjektet kan også knytte seg til andre utbyggingsformål.

Dernest må avtalen ha «grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov». Ordlyden tilsier at avtalekompetansen er avledet kommunens kompetanse til å vedta arealplaner. Vilkåret understreker dermed innslaget av offentlig myndighetsutøvelse i avtaleforholdet. Intensjonen var å omfatte avtaler hvor utbygger oppnår en spesiell fordel knyttet til et ønsket vedtak i plan- eller byggesak.¹⁰⁶ Slik avgrenses regelverket mot avtaler kommunen inngår i kraft av privatautonomien (jf. kap. 3.4), så som entreprise- eller tomtefesteavtaler.

En praktisk vanlig avtaletype er OPS-avtalene (Offentlig Privat Samarbeid). OPS-avtaler er en ekstern finansieringsmåte for etablering av offentlige tiltak, eksempelvis omsorgsinstitusjoner. Kommunen inngår avtale med en privat aktør, som påtar seg midlertidig finansiering og drift av tiltaket. Finansieringen nedbetales typisk over tid ved at kommunen står som leietaker. Slik sett har avtalen utspring i kommunens privatautonomi. Men OPS-avtaler som har vedtakelse av et bestemt reguleringsvedtak *som forutsetning*, har likevel «grunnlag i kommunens planmyndighet». I så fall kommer plan- og bygningsloven kap. 17 til anvendelse. Alternativt kan partene velge å dele ytelsene i separate avtaler: én utbyggingsavtale og én privatrettslig avtale, som ikke omfattes av regelverket.¹⁰⁷

Ytterligere avgrenser ordlyden «planmyndighet etter denne lov» mot myndighetsutøvelse hjemlet i andre offentlige kompetansegrunnlag enn planmyndigheten, eksempelvis vedtak i medhold av jordskifteloven eller konsesjonslovgivningen.¹⁰⁸

Det siste vilkåret «gjennomføring av kommunal arealplan» viser at avtalens siktemål er å oppfylle en kommunedelplan eller reguleringsplan, hvilket har sammenheng med at arealplanen må følges for at utbygger kan få byggetillatelse, jf. pbl. §§

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 63.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 6.

¹⁰⁸ Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 41.

11-6 og 12-4 tredje ledd. Ordlyden forutsetter at arealplanen *er vedtatt før* avtaleinngåelse, sml. også § 17-4 femte ledd.¹⁰⁹ Avtaleforhandlinger kan likevel skje samtidig med planbehandlingen. Dersom kommunen bare har angitt en grovmasket kommunedelplan, kan det være aktuelt å fremforhandle avtalen i sammenheng med et spesifikt reguleringsplanvedtak, der dette er påkrevd etter § 12-1 annet og tredje ledd.

Videre avgrensner ordlyden mot avtaleinngåelse i forbindelse med søknad om dispensasjon fra plan etter pbl. § 19-2.¹¹⁰ Noe mer tvilsomt er det om intensjonsavtaler omfattes av regelverket. Intensjonsavtalene har utarbeidelse og gjennomføring av plan som forutsetning. Men intensjonsavtaler som bare trekker opp rammene for senere avtaleforhandling og plangjennomføring, må antas å falle utenfor pbl. § 17-1.¹¹¹

Heller ikke avtaler knyttet til saksbehandlingen av en arealplan, omfattes av ordlyden. Slike avtaleforpliktelser kan være ønskelige der utbygger ønsker hurtig fremdrift i prosjektet. Et illustrerende eksempel er Sivilombudsmann-saken SOMB-2009-77. Utbygger finansierte én million kroner til en toårig saksbehandlerstilling, som bl.a. skulle inngå til behandlingen av utbyggers private reguleringsforslag. Avtalen ble inngått før lovreguleringen om utbyggingsavtaler trådte i kraft, og Sivilombudsmannen drøftet ikke kommunens adgang til å motta slike ytelser. Lovligheten av slike avtaler må vurderes etter ulovfestede forvaltningsrettslige regler, som forbudet mot utenforliggende hensyn eller usaklig forskjellsbehandling.¹¹²

3.3 Hensyn bak avtalemekanismen

Gjennomgangen i kap. 3.2 viste at kommunens kompetanse til å inngå utbyggingsavtaler er avledet fra kommunens rolle som planmyndighet. Innslaget av offentlig myndighetsutøvelse i avtaleforholdet, aktualiserer hensyn som ikke like tydelig kommer på spissen i «alminnelige» privatrettslige avtaleforhold. I det følgende beskrives dermed hensyn som gjør seg særlig gjeldende ved bruken av utbyggingsavtalene, og som har stått sentralt bak utformingen av lovverket. Spørsmålet er hvilke hensyn som kan være relevante ved vurderingen av grensene for kommunens avtalekompetanse.

¹⁰⁹ Sml. den tyske modellen i Baugesetzbuch (BauGB) § 12, som åpner for en forhandlingsbasert planprosess der reguleringsplan, utbyggingsavtale og byggesøknad behandles samtidig, men slik at utbyggingsavtalen må inngås *før* planen vedtas, jf. Holth (2017) s. 69.

¹¹⁰ NOU 2003:24 s. 170.

¹¹¹ Sml. Pedersen m.fl. (2011) s. 519.

¹¹² Sml. Boe (2012) s. 105.

På den ene siden taler hensynet til *fleksibel og effektiv plangjennomføring* for en viss avtalefrihet mellom kommune og utbygger. Arealplanene gir ingen føringer på gjennomføringstempo, økonomi og ansvarsfordeling for arealutviklingen. Utbyggingsavtalene kan bidra til hurtig realisering av målsetningene for området, slik at utbygger slipper å avvente igangsetting til kommunen selv utfører kommunale tiltak.¹¹³ Dette er særlig aktuelt i kommuner med begrensede ressurser og som opplever sterkt utbyggingspress. Fremforhandlede rettigheter og plikter i samarbeid mellom kommune og utbygger, fremstår dessuten som et mer praktisk og fleksibelt alternativ enn ensidige pålegg i plan- eller byggesak.

Videre kan en viss avtalefrihet *tjene felleskapets interesser*. Allmenheten kan nyte godt av at utbygger gjennomfører tiltak som fremmer miljømessig, sosial eller kulturell utvikling, som kommunen ellers ikke ville hatt kapasitet til å etablere innen overskuelig fremtid.

Offentlighets- og medvirkningshensyn kan også tale for å akseptere en viss avtalefrihet. Disse kan øke allmennhetens tillit til avtalemekanismen og kontrollen med at regelverket etterleves, og bidra til at øvrige hensyn får reell gjennomslagskraft. Faren for forskjellsbehandling mellom borgere er antagelig større dersom avtalevilkårene tillates fremforhandlet under «lukkede prosesser», utilgjengelig for allmenheten. Dessuten kan offentlighet rundt saksbehandlingen trolig redusere risikoen for at partene inngår ubalanserte avtaler.¹¹⁴

På den annen side kan risikoen for forskjellsbehandling tilsi at arealutviklingen bør skje gjennom offentlig styring i vedtaks form, fremfor avtale. Grunnleggende *likebehandlings- og rettferdighetshensyn* tilsier at borgerne bør ha samme forutsetninger for å få fremmet sine rettigheter overfor forvaltningen, uavhengig av status, økonomi, tilfeldigheter, mv.¹¹⁵ Avtaleinngåelser skaper en viss risiko for at markedskrefter og utbyggers økonomi får innvirkning på kommunens myndighetsutøvelse. Utbyggers ytelser bør derfor ikke være så avledet fra utbyggingsprosjektet at det utad skaper inntrykk av at utbygger «kjøper» seg en byggetillatelse ved å tilby opparbeiding eller kostnadsbidrag.¹¹⁶

Hensynet til likhet må vurderes i relasjon til øvrige utbyggere og allmenne interesser. I relasjon til førstnevnte kan det tenkes at kommunen forventer så omfattende ytelser at enkelte utbyggere må skrinlegge sine prosjekter, fordi de ikke har råd til å betale «inngangsbilletten» som kreves for å få byggetillatelse. I andre tilfeller kan det tenkes at kommunen prioriterer områdeutvikling på steder der utbyggerne er

¹¹³ NOU 2003:24 s. 163-164, Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 21 og Aulstad (2005) s. 300.

¹¹⁴ Saksbehandlingsreglene i pbl. §§ 17-2 og 17-4 behandles nærmere i kap. 4.

¹¹⁵ Innjord (2014) s. 578 samt Eckhoff og Smith (2014) s. 62-63. Sml. Rt. 1933 s. 548 (s. 552).

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 56. Tilsvarende skepsis har vært adressert i England, jf. NOU 2003:24 s. 158.

villige til å yte godt for etableringen av kommunale tiltak. Denne risikoen gjør seg særlig gjeldende når avtaleforhandlinger skjer forut for vedtakelse av arealplan.

Hensynet til likhet og rettferdighet tilsier også at avtaleformen ikke undergraver kommune- og reguleringsplanen som plan- og bygningslovens sentrale styringsverktøy. Det er viktig at tredjepartsinteresser som vil unngå utbygging, eksempelvis naboer eller friluftsansjoner som ønsker å bevare områder til natur- og friluftformål, får reell innflytelse i planprosessen, og at ikke kommunen ønsker om få dekket utgifter er motiverende for planens innhold.¹¹⁷ Jo strengere avtalenes innhold reguleres, desto vanskeligere blir muligheten for å la markedskreftene påvirke planens innhold.

Det har også vært hevdet at en vidtgående avtalefrihet åpner for at kommunen tilegner seg ytelser som i utgangspunktet skal belastes skatteinntekter og kommunale avgifter.¹¹⁸ Slik kan ytelsene minne om *dobbeltbeskatning* som krever hjemmel i stortingsbeslutninger, jf. GrL. § 75a. Alternativet til å inngå utbyggingsavtaler kan være å omprioritere kommunens budsjettmidler eller avkreve eiendomsskatt¹¹⁹ til kommunale formål. Dobbeltbeskatningshensynet har en side til likebehandlingshensynet, ettersom det kan oppleves som urettferdig at noen må betale for ytelser som andre borgere får dekket gjennom skattesystemet. Skepsisen har særlig vært rettet mot «sosiale tjenester» som skole, barnehager eller helsetjenester som kommunen tradisjonelt har hatt ansvar for å etablere.¹²⁰ Det har vært påpekt at utbyggingsutgiftene i praksis lempes over på boligkjøpere gjennom økte boligpriser.¹²¹ Mot dobbeltbeskatningshensynet kan det innvendes at økte boligpriser også kan skyldes andre faktorer, som alminnelig verdistigning i samfunnet.

Dobbeltbeskatningshensynet får antagelig mindre gjennomslag dersom utbyggeres forpliktelse ikke avviker vesentlig fra det utbygger oppnår med avtaleinngåelsen. Forarbeidene presiserer at vektlegging av «[f]iskale (...) hensyn må anses som klart utenforliggende» i avtaleforholdet.¹²² Dette betyr at tiltakene utbyggeren påtar seg, forutsettes å ha en viss sammenheng med utbyggingsprosjektet, nærmere kap. 6.3 og 6.4.

Ytterligere kan det ut fra *fordelingshensyn* fremstå rimelig at utbyggere som oppnår økonomiske fordeler på fellesskapets bekostning, gjennom raskere eller høyere arealutnyttelse, bør bidra med å finansiere tiltak som nødvendigjøres av utbyggingen. For utbygger kan finansieringen anses som en investering: utbygger oppnår

¹¹⁷ Sml. Boe (2004) s. 520.

¹¹⁸ Bl.a. NOU 2003:24 s. 168, Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 22 og Aulstad (2005) s. 301.

¹¹⁹ Jf. Eieendomsskattelova § 3.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 37 og Innst.O. nr. 73 (2004-2005) s. 2.

¹²¹ Nærmere Aulstad (2005) s. 301-303.

¹²² NOU 2003:24 s. 171.

selv økte verdier gjennom opprustning og/eller utbygging av kommunale tiltak, og nyter godt av hvordan kommunen prioriterer sine midler.¹²³ Dermed blir også utbyggers fordeler med avtaleinngåelsen et relevant hensyn bak kostnadsfordelingen i en utbyggingsavtale.

Til sist kan utbyggingsavtalene ses i sammenheng med bredere *systemhensyn*. Det er ikke uvanlig at offentlige tjenester finansieres av brukergrupper som nyter godt av tiltakene, eksempelvis bompengavgifter for veiltak etter veglova § 27, vann- og avgiftsgebyrer etter vass- og avløpsanleggslova § 3 og avfallsgebyrer etter forurensningsloven § 34. Ettersom kommunen kan ha begrensede ressurser til rådighet, kan brukerfinansiering på sektorområdene anses som en sentral del av formålet om å oppnå bærekraftig utvikling i samfunnet, jf. kap. 2.3.

Gjennomgangen viser at det er en rekke hensyn som gjør seg gjeldende bak avtalemekanismen, og at disse ikke er helt sammenfallende. Dette skaper utfordringer for hvordan avtalekompetansen bør lovreguleres, samt for hvordan loven skal tolkes. I det følgende skal vi dermed se nærmere på bakgrunnen for lovfestingen, og løsningsmodellen som lovgiver har lagt til grunn.

3.4 Avklaring av kompetansegrunnlag

Norsk rett hviler på et prinsipp om at enhver beslutning som endrer eller definerer rettslige forhold, må forankres i et kompetansegrunnlag.¹²⁴ I forvaltningsretten uttrykkes dette gjennom *legalitetsprinsippet*. Legalitetsprinsippet kan formuleres som et krav om lovhjemmel for forvaltningens rettslige beslutninger der ikke annet kompetansegrunnlag strekker til.¹²⁵ Dette utgangspunktet var uproblematisk ved gjennomgangen i kap. 2.4, ettersom kommunens kompetanse til å fastsette vilkår og opparbeidingsplikter, hviler på lov og den sedvanebaserte vilkårlæren. Tradisjonelt har det imidlertid vært knyttet større utfordringer til utbyggingsavtalene, da avtalemekanismen tidvis ble benyttet til å ilegge utbyggeren forpliktelser *utover* hva kommunen ensidig hadde kompetanse til å pålegge.¹²⁶ Det ble dermed i økende grad stilt tvil om hvor langt planmyndighetene hadde kompetanse (hjemmel) til å kreve motytelser fra private parter som ønsket byggetillatelse for sitt prosjekt. Spørsmålet som måtte besvares, var om borgerens samtykke kunne avbøte et ellers manglende kompetansegrunnlag.

¹²³ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 20-21.

¹²⁴ Bernt m.fl. (2007) s. 57-58.

¹²⁵ Eckhoff og Smith (2014) s. 337-342 og Graver (2015) s. 197-198.

¹²⁶ Sml. bl.a. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 9, Bernt (1981) s. 221 og Frihagen (1989) s. 100-101.

I avtaleretten gir *privatautonomien* ethvert rettssubjekt kompetanse til å fastsette rettigheter og plikter overfor seg selv og andre.¹²⁷ Der forvaltningen disponerer over formuesgoder i kraft av eierrådigheten, eksempelvis ved kjøp og salg av eiendom, kan forvaltningen stifte rettigheter og plikter overfor borgerne som et alminnelig privat rettssubjekt.¹²⁸ Derimot strekker ikke kommunens privatautonomi til når forvaltningen råder i kraft av myndighet den er tildelt ved lov. Som Boe påpeker, er «offentlig myndighet ingen handelsvare som forvaltningen kan rå over».¹²⁹ Forvaltningen disponerer over uomsettelige verdier på vegne av fellesskapet. En aksept av at myndighetsutøvelse underkastes full avtalefrihet, risikerer å undergrave forvaltningens legitimitet som en nøytral og demokratisk forvalter av felles goder. Bernt, Graver og Aulstad har hevdet at det må kreves et særskilt offentligrettslig kompetansegrunnlag for denne type avtaleinngåelser.¹³⁰ Forvaltningens avtalekompetanse må dermed bero på tolkning av det påberopte kompetansegrunnlag (lov eller vilkårlæren).

Det har vært uenighet knyttet til om borgerens samtykke kan avbøte manglende kompetanse, der kompetansegrunnlaget ikke alene strekker til. Dommene Rt. 1964 s. 209 (Mimi Halvorsen) og Rt. 2002 s. 764 (Løvenskiold) synes å besvare spørsmålet bekreftende. I saksforholdene hadde borgeren samtykket til vilkår som sto i et tvilsomt forhold til vilkårlærens krav om saklighet og forholdsmessighet. Høyesterett synes særlig å vektlegge at vedtaket var istandbrakt på borgerens eget initiativ, og at ordningen fremsto som rimelig.¹³¹

I teorien tar Eckhoff/Smith som utgangspunkt at borgerens skriftlige samtykke ikke binder ham til plikter som forvaltningen ellers var avskåret fra å pålegge. Men samtykket kan likevel reparere manglende kompetanse dersom «søkeren var klar over at han påtok seg en plikt som det ikke var adgang til å pålegge ham, og ikke var i en tvangssituasjon, (...) så lenge forvaltningen ikke går ut over grensene for *saklig og rimelig myndighetsutøvelse* [myndighetsmisbrukslæren]» (mine uthevinger).¹³² Tilsvarende ble lagt til grunn i rundskriv H-5/02 om juridiske spørsmål knyttet til utbyggingsavtaler, s. 24-25.

Aulstad finner derimot at borgerens samtykke ikke kan tjene som selvstendig kompetansegrunnlag for forvaltningens vilkårsstillelse. Men «utbyggerens opptreden –

¹²⁷ Giertsen (2006) s. 1.

¹²⁸ At forvaltningen samtidig er underlagt visse offentligrettslige normeringer, som habilitetsreglene i fvl. § 6, er ikke tvilsomt, jf. bl.a. Eckhoff (1963) s. 270 flg. og Graver (2015) s. 206-207. Sml. også Rt. 2015 s. 795 (Geiranger), som stadfester at myndighetsmisbrukslæren kan komme til anvendelse for kommunens private avtaleinngåelser (avsnitt 30, 51 og 72-73).

¹²⁹ Boe (2004) s. 515, samt Boe og Woxholth (2013) s. 86.

¹³⁰ Bernt (1981) s. 108 flg. og 320-321, Graver (2015) s. 212-213, Aulstad (2005) s. 96-110 og 145-148.

¹³¹ Sml. Frihagen (1989) s. 100 og Aulstad (2005) s. 245 flg.

¹³² Eckhoff og Smith (2014) s. 416, sml. Frihagen (1989) s. 100-102.

herunder hans skriftlige aksept i en utbyggingsavtale – kan kaste lys over om planmyndighetene har holdt seg innenfor de rammer som følger av pbl./vilkårslæren». Borgerens opptreden og holdninger på vedtakstidspunktet ble altså antatt å ha relevans i vurderingen av om vilkårsstillelsen er lovlig, men bare som bevismoment.¹³³

Nå er imidlertid kompetansespørsmålet avklart for utbyggingsavtalenes vedkommende. Gjennom lovfestingen ønsket lovgiver å «skape rammer for avtalene, trekke prinsipielle grenser for avtaler i forbindelse med myndighetsutøvelse og for privat finansiering av offentlig infrastruktur, og hindre en fremtidig uheldig utvikling».¹³⁴ Det viktigste spørsmålet i dag blir dermed *hvor langt* avtalekompetansen rekker.

3.5 Veivalg ved reguleringen av avtaleadgangen

Den mest prinsipielle avklaringen ved lovreguleringen av utbyggingsavtalene, er forutsetningen om at utbyggeren samtykke utvider reguleringsmyndighetenes kompetanse i forhold til hva kommunen ensidig kan kreve.¹³⁵

Planlovutvalget og Bygningslovutvalget lanserte ulike grenser for hvor langt kommunen kunne innta avtalevilkår om utbygging av infrastrukturiltak. Planlovutvalget (nedsatt av Miljødepartementet) foreslo en uttømmende oppregning som omfattet «veg, annet anlegg for offentlig kommunikasjon, anlegg for energiforsyning, vanntilførsel og avløp, og fellesarealer, som kommunen påviser er nødvendig for å gjennomføre utbyggingen».¹³⁶ Kommunen kunne således ikke betinge seg ytelser utover det den uansett kunne krevd i medhold av lov eller arealplan. Bygningslovutvalget (nedsatt av Kommunal- og regionaldepartementet) stilte seg friere. Utvalget ønsket mer fleksible rammer, for å forhindre at utbygging stopper opp i tilfeller der kommunen ikke har tilstrekkelige ressurser til å etablere nødvendig infrastruktur for planområdet. Bygningslovutvalget foreslo derfor en skjønnsmessig avgrensning av avtalekompetansen, tuftet på krav om saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet.¹³⁷

De avvikende forslagene kan muligens illustrere at det offentliges styringsbehov under velferdsstaten kan organiseres på alternative måter. Planlovutvalgets forslag samsvarer best med reguleringssystemet i plan- og bygningsloven, skissert i kap. 2.2, hvoretter det langt på vei er den lovgivende og dømmende makt som foretar de

¹³³ Aulstad (2005) s. 316-318 og 324. Samme retning Bernt (1977) s. 76. flg. og Graver (2015) s. 202-203 og 266.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 45.

¹³⁵ Bl.a. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 40-41.

¹³⁶ NOU 2003:14 s. 339-441.

¹³⁷ NOU 2003:24 s. 23 og 169-170.

overordnede verdiprioriteringene mellom samfunnets behov for infrastruktur og utbyggerens rettssikkerhetsbehov (behovet for stabilitet, forutberegnelighet og å unngå urimelig press). Bygningslovutvalgets forslag minner mer om en markedsrettet forvaltningsideologi, hvor aktørene i større grad fastsetter sine egne rettigheter og plikter gjennom et fleksibelt avtaleverktøy fremfor ensidige vedtak.¹³⁸ Under sistnevnte betraktningmåte, finner de offentligrettslige skrankene for avtalekompetansen, sin parallell i kontraktsrettens *preseptoriske regler*, som kan sies å hvile på et paternalistisk ideal om å verne den presumptivt svakerestilte part mot motpartens overlegne forhandlingsstyrke.

Lovproposisjonen baserte seg hovedsakelig på Bygningslovutvalgets innstilling. Planlovutvalgets forslag ville ifølge departementet «(...) være for lite fleksibel, og kunne ødelegge mulighetene for gjennomføring av utbygging i mange situasjoner».¹³⁹

Videre fastslår proposisjonen at «avtalerettens krav skal gjelde, uansett hva avtalen går ut på».¹⁴⁰ Dette betyr at avtalerettslige regler får anvendelse på utbyggingsavtalene, herunder misligholdsbeføyelser. En praktisk viktig følge er at ugyldighetsreglene i avtaleloven (1918) (avtl.) kap. 3, kan påberopes. Et illustrerende eksempel på dette, er dommen LE-2008-78952. Her slår lagmannsretten fast at avtalepartene må bære risikoen for sine egne forutsetninger ved avtaleinngåelsen, samt at endrede forhold eller uforutsette kostnader etter avtaleinngåelsen må vurderes etter avtalerettslige regler (avtl. § 36 eller læren om bristende forutsetninger), hvor terskelen for tilsidesettelse er høy.

Samtidig kan det spørres om lovproposisjonens standpunkt om at avtalerettslige regler skal gjelde, er i overenstemmelse med avtl. § 41. Bestemmelsen angir at avtaleloven kommer til anvendelse på «formuerettens område». Ordlyden er imidlertid vag og krever nærmere presisering. Avtalelovens forarbeider holder det åpent om loven kan anvendes (evt. analogisk) på avtaler med innslag av offentlig myndighetsutøvelse.¹⁴¹ Aulstad konkluderte på sin side med at avtalelovens regler ikke får anvendelse i disse tilfeller.¹⁴² Aulstads slutninger av forarbeidene imøtegås imidlertid kraftig av Hopsnes.¹⁴³ I lys av den uklarhet som eventuelt tidligere måtte råde, må lovgivers standpunkt om at utbyggingsavtalene er underlagt en avtalerett-

¹³⁸ Sml. Boe (2004) s. 516.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7 og 49.

¹⁴¹ NOU 1979:32 s. 42 og 59, Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 17-18 samt Innst.O. nr. 31 (1982-1983) s. 3.

¹⁴² Aulstad (2005) s. 98-104. Aulstad åpner derimot for at enkelte ugyldighetsregler kan anvendes på deler av avtalen som er av formuerettslig karakter. Motsatt SOMB-1989-40, Svarva og Kristensen (2004) s. 353 flg. samt NOU 2003:24 s. 144 og 155.

¹⁴³ Hopsnes (2016) s. 235-239.

slig regulering, anses som en autoritativ avklaring for utbyggingsavtalenes vedkommende.

Lovgivers løsningsmodell baserer seg dermed på at avtalerettens regler virker i sammenheng med de lovfestede offentligrettslige skrankene for utbyggingsavtalene. Dette må ses i lys av de prinsipielle hensynene som aktualiseres av at kommunen disponerer over rettsgoder i medhold av lov, og ikke i kraft av privatautonomien, jf. kap. 3.4. Det var nødvendig å supplere avtaleadgangen med reglene som nå er nedfelt i plan- og bygningsloven kap. 17. Proposisjonen tar ikke stilling til om en utbyggingsavtale kan være enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven (fvl.) § 2 bokstav a og b.¹⁴⁴ Men ettersom lovgiver har valgt å avskjære borgernes klagemuligheter, jf. pbl. § 17-5, er det praktiske utfallet av å anse avtalen som et enkeltvedtak, antagelig begrenset.

Videre uttaler departementet at «lovforslagets rammer for avtalens innhold (...) er så snevert at det vanskelig kan tenkes tilfeller der de alminnelige avtalerettslige rammer kommer til anvendelse».¹⁴⁵ Uttalelsen gir tilsynelatende uttrykk for at handlerommet for avtalekompetansen er mer begrenset etter pbl. § 17-3, enn etter avtaleloven – især avtl. § 36. Imidlertid er standpunktet ikke nærmere begrunnet, og bør ikke trekkes for langt. Forarbeidsuttalelsen illustrerer nettopp viktigheten av å analysere hvor langt de offentligrettslige reglene tar sikte på å balansere det offentliges behov for styringsmekanismer mot borgerens rettssikkerhetsbehov i utbyggingsavtalene.

3.6 Forholdet til offentligrettslige regler om myndighetsoverskridelse

Ovenfor så vi at avtalerettslige regler kommer til anvendelse på utbyggingsavtalene. Ettersom utbyggingsavtalene springer ut av kommunens kompetanse til å vedta arealplaner, jf. kap. 3.2, kan det også spørres om visse alminnelige forvaltningsrettslige regler kommer til anvendelse på avtaleforholdet. Her skal det tas stilling til to problemstillinger.

Det første spørsmålet er om utbyggingsavtalene kan underlegges krav om forholdsmessighet. I forvaltningsretten oppstilles en rekke krav om at forvaltningen treffer avgjørelser som ivaretar en rimelig balanse – forholdsmessighet – mellom målet som søkes oppnådd og midlene som tas i bruk. Utslag av et slikt krav finner vi både i prosessuelle og materielle kompetanseregler. Eksempelvis skjerpes forvaltningens

¹⁴⁴ NOU 2003:24 s. 150-152 besvarer spørsmålet benektende. Motsatt NOU 2003:14 s. 340 og Aulstad (2005) s. 65 flg.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 49.

plikt om å gi en grundig og individuell begrunnelse i tråd med inngrepets styrke, jf. fvl. § 25 tredje ledd.¹⁴⁶ Videre er utlendingsloven § 70 og den ulovfestede vilkårs-læren eksempler på regler som stiller krav til avgjørelsens materielle innhold. Et grunnleggende proporsjonalitetsprinsipp ved statlige inngrep i fundamentale rettigheter, følger dessuten av EU-/EØS-retten og EMK.¹⁴⁷

Grunnet sin vide utbredelse i norsk forvaltningsrett, har Rasmussen hevdet at forholdsmessighetskravet gir uttrykk for et ulovfestet prinsipp. Graver betegner forholdsmessighet som et generelt «ulovfestet krav». Men han påpeker at forholdsmessighetskravet primært retter seg mot lovgiver og forvaltningen, ikke domstolskontrollen. Eckhoff og Smith anser ikke forholdsmessighetskriteriet som et prinsipp.¹⁴⁸ Høyesterett har benektet at det gjelder noen «generell forholdsmessighetsbegrensning» eller «et generelt krav om forholdsmessighet når det gjelder innholdet av forvaltningsvedtak», jf. Rt. 2008 s. 560 avsnitt 48 og Rt. 2011 s. 304 avsnitt 56.

Ved lovfestingen av utbyggingsavtalene valgte lovgiver å nedfelle et forholdsmessighetskrav i pbl. § 17-3 tredje ledd. Dermed er det aktuelt å se nærmere på hvordan forholdsmessighetskravet kan systematiseres i norsk rett.

I teorien beskrives gjerne forholdsmessighetskravet som en rettsnorm bestående av tre elementer. Virkemidlet forvaltningen tar i bruk må være *egnet* og *nødvendig* for å realisere formålet («minste inngreps vei»). Dernest må fordelene med å treffe avgjørelsen oppveie ulempene borgeren påføres.¹⁴⁹ Selv om et inngrep isolert kan være nødvendig, kan byrdene anses som såpass belastende at ulempene overstiger fordelene av å gjennomføre tiltaket. Kravet om egnethet og nødvendighet retter seg altså mot *valg av middel*, og kan slik sett ses på som absolutte størrelser: tiltaket er enten egnet og nødvendig for å realisere formålet, eller ikke.¹⁵⁰ Det siste elementet beror derimot på en konkret interesseavveining av hensynene som taler for og mot forvaltningens avgjørelse, og betegnes derfor tidvis som den «egentlige» forholdsmessighetsvurderingen.¹⁵¹

Østenstad påpeker at elementene bør ses i sammenheng: Det vil ikke være balanse mellom fordelene og ulempene ved et inngrep, dersom middelet er unødvendig, og et middel er aldri nødvendig hvis det ikke er egnet til å realisere formålet.¹⁵² Vi kan

¹⁴⁶ Bl.a. Rt. 1981 s. 754 (Isene) og Rt. 2000 s. 1066.

¹⁴⁷ Hhv. Sejersted mfl. (2011) s. 69 og Aall (2011) s. 141.

¹⁴⁸ Hhv. Rasmussen (1995) s. 307-322, Graver (2015) s. 130 samt Eckhoff og Smith (2014) s. 405.

¹⁴⁹ Graver (2015) s. 128-129, Bernt (2015) s. 37-41, sml. Eckhoff og Smith (2014) s. 404. I rettspraksis er det derimot få utslag av en slik nyansering, jf. Østenstad (2015) s. 145. Modellen er mer vanlig ved Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD), se f.eks. *Sunday Times v. The United Kingdom (No 2)* avsnitt 50-51 og *Cumpana & Mazare v. Romania* avsnitt 88 flg.

¹⁵⁰ Wallevik (2015) s. 151.

¹⁵¹ Bl.a. Eckhoff og Smith (2014) s. 404. Sml. Wallevik (2015) s. 152, som introduserer begrepet «forholdsmessighetsavveiningen».

¹⁵² Østenstad (2015) s. 113.

dermed si at det dreier seg om vurderinger som delvis utfyller og overlapper hverandre. Men ettersom spørsmål om egnethet og nødvendighet ofte krever faglig kynighet eller skjønn, vil nok «slaget» ofte stå i den konkrete interesseavveiningen.

Samtidig må det understrekes at den konkrete interesseavveiningen ikke representerer noen «formel» for en entydig rettsregel som umiddelbart lar seg anvende på det gitte faktum.¹⁵³ Hensynene som gjør seg gjeldende er som regel usammenlignbare størrelser, og synet på hvilke momenter som er relevante, samt vektningen av disse, kan variere over tid. Rettsanvenderens utfordring blir særlig å identifisere rettslig relevante vurderingsmomenter og å stadfeste terskelen for avveiningen.

Det neste spørsmålet er om ulovfestede materielle skranker for kommunens avgjørelseskompetanse, kan komme til anvendelse på utbyggingsavtalene. Ettersom avtales innhold nå er lovfestet i pbl. § 17-3, har ulovfestede regler antagelig mindre praktisk betydning enn tidligere. Likevel kan det spørres om den forvaltningsrettslige myndighetsmisbrukslæren og vilkårslæren kan ha en supplerende funksjon etter gjeldende regelverk.

Myndighetsmisbrukslæren er en betegnelse på ulovfestede rettsregler som stiller krav til forvaltningens skjønnsutøvelse overfor borgerne. Avgjørelsen skal ikke vektlegge *utenforliggende hensyn* i avgjørelsesgrunnlaget (usaklig motivasjon), være tuftet på *usaklig forskjellsbehandling* eller *vilkårighet*, eller i resultatet fremstå som *åpenbart urimelig* for parten.¹⁵⁴ Forbudet mot åpenbart urimelige avgjørelser har utslag av forholdsmessighetsvurderinger, men rettsnormen representerer en svært høy terskel for tilsidesettelse.¹⁵⁵ Det må her foretas en avveining av

«styrken og karakteren ikke bare av de ulemper borgeren påføres, men også i høyeste grad av de hensyn som tilgodeses ved dette vedtaket. Målestokken for vurderingen av styrken av disse hensynene må søkes dels i lovvedtaket og premissene for dette, dels i vår mer generelle samfunnsmessige verdimeslige referanseramme».¹⁵⁶

Som påpekt i kap. 2.2, er kommunens valg av arealformål og hvilke områder som skal omfattes av reguleringen, underlagt kommunens frie skjønn. Forarbeidene til pbl. § 17-3 stadfester derfor at utbyggingsavtalene må holde seg «innenfor rammene av de ulovfestede reglene om myndighetsmisbruk».¹⁵⁷ Eksempelvis kan det

¹⁵³ Monsen (2012) s. 124.

¹⁵⁴ Bernt og Rasmussen (2010) s. 353 samt Graver (2015) s. 115. Begrepsbruken varierer i praksis, men gir uttrykk for samme rettsnorm, sml. Rt. 2011 s. 304 («åpenbart urimelig»), Rt. 2002 s. 209 («sterkt urimelig») og Rt. 2014 s. 321 («grovt urimelig»).

¹⁵⁵ Eckhoff og Smith (2014) s. 400. Sml. Rt. 2008 s. 560 avsnitt 48, hvor førstvoterende påpeker at forbudet mot åpenbart urimelige resultater inneholder forholdsmessighetsbegrensninger av en «helt annen karakter» enn det lovfestede forholdsmessighetskravet i utlendingsloven (1988) §§ 29 andre ledd og 30 tredje ledd.

¹⁵⁶ Bernt (2015) s. 42.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

innebære usaklig forskjellsbehandling dersom to naboeiendommer med samme tomteareal og bruksformål må betale ulike kostnadsbidrag for etablering av et kommunalt tiltak. Dette viser at myndighetsmisbrukslæren fortsatt har selvstendig betydning som skranke for kommunens materielle avtalekompetanse. I andre tilfeller har myndighetsmisbrukslæren trolig mer begrenset betydning. Forarbeidene understreker at vilkåret «nødvendig for gjennomføringen av planvedtak», er langt snevrere enn normen utenforliggende hensyn, og at kravet til forholdsmessighet mellom det utbygger påtar seg og utbyggingen er «strengere enn det ulovfestede kriteriet sterkt urimelig resultat».¹⁵⁸

Når det gjelder forholdet til vilkårslæren, har denne læren klare paralleller til utbyggingsavtalene. Eckhoff/Smith holder det mulig «å se det slik at plikter i form av vilkår har [forankring i] avtalemessig grunnlag». Likevel er det «neppe naturlig å betrakte forvaltningsvedtak som et tilbud man aksepterer ved å forholde seg passiv».¹⁵⁹ Aulstad anser det derimot «ikke noe mer konstruert å karakterisere en reguleringsplan med vilkår som en avtale, enn det er å bruke betegnelsen avtale om en utbyggingsavtale».¹⁶⁰ Ifølge ham inneholder både vilkårsstillelse og avtaleinngåelse avtalerettslige elementer, ettersom borgeren ikke bindes til å oppfylle vilkårene før han har forpliktet seg til dette. Forskjellen i virkemidlene ligger altså primært i *formen* borgeren forplikter seg: Ved utbyggingsavtalene forplikter utbyggeren seg skriftlig, og partene kan i prinsippet fremforhandle hvilke plikter utbyggeren skal oppfylle.¹⁶¹

Jeg er enig med Aulstad i at utbyggingsavtalene og vilkårslæren langt på vei kan betraktes som samme juridiske instrument. Dette kan begrunnes i at formålet med både utbyggingsavtaler og vilkårsstillelse er å ivareta offentlige interesser som ellers kan bli skadelidende av å fatte det begunstigende vedtak. Dessuten hviler begge regelsettene på samme rettssikkerhetshensyn: å kontrollere at forvaltningen ikke bruker vilkårs- og avtalekompetansen til å fremme hensyn som skiller seg kvalifisert fra det som kan oppnås gjennom ensidige vedtak, samt å forhindre at forvaltningen går for langt i å «presse gjennom» i og for seg saklige hensyn.¹⁶² Selv om utbyggingsavtalene er underlagt en avtalerettslig regulering, kan plan- og bygningslovens materielle krav struktureres etter vilkårslæren som modell. Utformingen av pbl. § 17-3 første til tredje ledd fremstår langt på vei som en kodifisering av denne

¹⁵⁸ NOU 2003:24 s. 172.

¹⁵⁹ Eckhoff og Smith (2014) s. 413. Sml. votumet til annenvoterende i Rt. 1999 s. 1672 (Fysioterapeut).

¹⁶⁰ Aulstad (2005) s. 88, også s. 316-318.

¹⁶¹ Bl.a. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 43.

¹⁶² Sml. Østenstad (2015) s. 134 flg., om hensynene bak vilkårslærens saklighets- og forholdsmessighetskrav.

læren.¹⁶³ En slik systematikk samsvarer med lovgivers forutsetninger om at det «må være sammenheng mellom utbyggingen og utbyggers/grunneiers forpliktelser og en rimelig balanse i avtalene».¹⁶⁴

¹⁶³ Sml. Hopsnes (2016) s. 382. Også Rogstad (2007) s. 130 fremholder at utbyggingsavtalene bør ses «i sammenheng med adgangen til å stille vilkår for forvaltningsvedtak og spørsmålet om et samtykke fra berørte parter utvider denne adgangen».

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 43.

4 Saksbehandlingsreglene ved avtaleinngåelse

4.1 Innledning

I dette kapittelet behandles lovens særskilte krav om forutsigbarhetsvedtak og forsvarelig saksbehandling, i henholdsvis kap. 4.2 og 4.3. Saksbehandlingsreglene har paralleller til forvaltningslovens krav om kontradiksjon, utredning og kunngjøring, som er tuftet på hensynet til best mulig saksopplysning.¹⁶⁵ Som påpekt i kap. 3.3, er hensynet til offentlighet og medvirkning med på å legitimere en viss avtalefrihet. Saksbehandlingsreglene kan bidra til å ivareta tredjepartsinteresser, men kan også indirekte forhindre at utbygger påtar seg avtaleforpliktelser i strid med lovens materielle krav. De prosessuelle reglene ivaretar således hensyn som de materielle reglene ikke kan oppnå alene, og det er nettopp samspillet mellom de prosessuelle og materielle reglene som styrker utbyggingsavtalenes legitimitet. Gjennomgangen av saksbehandlingene inngår derfor som en viktig del av helheten i analysen av hvor langt utbyggere kan forplikte seg til å etablere kommunale tiltak gjennom utbyggingsavtaler.

4.2 Forutsigbarhetsvedtak

Plan- og bygningsloven § 17-2 første ledd krever at det foreligger et forutsigbarhetsvedtak før utbyggingsavtalen fremforhandles. Kommunestyret må fatte et «vedtak» som angir «i hvilke tilfeller utbyggingsavtale er en forutsetning for utbygging, og som synliggjør kommunens forventninger til avtalen». Lovformuleringen «vedtak» skal ikke forstås som et enkeltvedtak etter fvl. § 2, men som en formell beslutning fra kommunestyret etter kommuneloven § 30.¹⁶⁶ Dette innebærer at forutsigbarhetsvedtaket skal fattes under et formelt møte, i tråd med kommunelovens saksbehandlingsregler om innkalling, mv.

Spørsmålet er hvor inngående tydeliggjøringsplikt pbl. § 17-2 første ledd pålegger kommunen. Etter ordlyden skal forutsigbarhetsvedtaket tydeliggjøre i hvilke områder utbyggingsavtaler forutsettes benyttet for å gjennomføre en arealplan, hvilke ytelser utbygger forventes å bidra med, samt hvordan avtaleprosessen skal skje. Eksempelvis kan forutsigbarhetsvedtaket avgjøre om utbyggingsavtalen skal fremforhandles parallelt med arealplanarbeidet, etter at planforslaget har vært ute til høring og offentlig ettersyn, eller først i forbindelse med byggesak.¹⁶⁷ Ordlyden gir likevel vage føringer på hvor detaljert forutsigbarhetsvedtaket skal være.

¹⁶⁵ Jf. fvl. §§ 16-17, 27 og 37-38.

¹⁶⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 63.

¹⁶⁷ Sml. Veilederen (KRD) s. 28.

Formålet er å gi utbygger en mer forutsigbar prosess på et tidlig stadium i prosjektet, slik at utbygger kan innrette sine økonomiske investeringer og kostnadsberegninger på kommunens målsetninger for området. Vedtaket må «synliggjøre at en utbygging ut over et bestemt nivå eller tidligere enn kommunen selv planlegger, vil medføre et behov for investeringer som kommunen ikke selv kan håndtere».¹⁶⁸ Dette tyder på at kommunen har en streng tydeliggjøringsplikt etter pbl. § 17-2 første ledd.

Imidlertid tyder forarbeidenes spesielle merknader til bestemmelsen på at lovgiver ikke har funnet grunn til å regulere hvor detaljert beslutningen må være i det enkelte tilfelle. Vedtaket gir ikke bindende føringer for fremtidig planlegging eller for hva avtalen skal inneholde.¹⁶⁹ Dessuten behøver vedtaket ikke å knyttes til et bestemt planvedtak eller et konkret utbyggingsprosjekt. Dette innebærer at vedtak etter § 17-2 først og fremst må forstås som et informativt varsel for utbygger. Utbyggers forutsigbarhetsvern etter loven må samlet sies å være ganske spinkelt. Dette viser seg også i praksis, ved at forutsigbarhetsvedtakene ofte er kortfattede og svært generelle.¹⁷⁰

Etter plan- og bygningsloven § 11-9 nr. 2 kan vedtaket nedfelles i kommuneplanens arealdel. Dette har man valgt å gjøre i Bergen kommune. Et bystyrevedtak fra 2007 angir kommunen overordnede prinsipper for utbyggingsavtaler. Bystyrevedtaket forutsetter at utbyggingsavtaler inngås før igangsettingstillatelse gis, i tilfeller der utbygging «også forutsetter bygging/oppgradering av offentlige anlegg og/eller tilpasning til slike anlegg» i henhold til vedtatt arealplan. Videre må utbyggingsområder forventes å «bære alle kostnadene med tilrettelegging av teknisk og grønn infrastruktur».¹⁷¹

4.3 Forsvarlig saksbehandling: medvirkning og offentlighet

Utbyggingsavtalene er underlagt krav om åpen og forsvarlig saksbehandling. Dette er prinsipielt viktige nyvinninger ved lovfestingen. Formålet er å forhindre at avtalene foregriper interesseavveiningene som skal foretas under planbehandlingen, og å «reducere grunnlaget for eventuelle mistanker om korrupsjon og at utbyggere «kjøper» seg et positivt planvedtak».¹⁷² Hensynet til likebehandling og offentlighet er spesielt viktige når avtaleforhandlingene skjer før planvedtaket fattes. Det er særlig her tredjeparters interesser om alternativ arealutnyttelse risikeres forbigått. Det

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 50.

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

¹⁷⁰ Se Bjelkarøy (2010) s. 100, som analyserer bruken av utbyggingsavtaler og forutsigbarhetsvedtak i 12 kommuner i Sogn og Fjordane.

¹⁷¹ Bergen bystyres vedtak i sak 63-07, datert 26.03.07, pkt. 1 bokstav a-i.

¹⁷² NOU 2003:24 s. 22-23.

må antas at tilliten til avtalemekanismen øker dersom tredjeparter får reell adgang til å komme med relevante innspill og etterhåndskontroll.

Etter pbl. § 17-2 annet ledd skal kommunen «legge til rette» for medvirkning av «berørte grupper og interesser». Planlovutvalget understreker viktigheten av å innhente synspunkter fra alle berørte interesser som grunnlag for forhandlingene.¹⁷³ Ordlyden «legge til rette» gir imidlertid usikre holdepunkter for hvor vidtrekkende kommunens plikt er. Kommunen bestemmer selv omfanget og opplegget for slik medvirkning.¹⁷⁴ I praksis ivaretas medvirkningen ved kunngjøring i lokalaviser hvor interesserte oppfordres til å gi innspill, jf. like nedenfor om kunngjøringskravet.¹⁷⁵

Før lovfestingen hevdet Boe *de lege ferenda* at tredjepartsinteresser bør kunne inviteres inn i selve avtaleforhandlingsprosessen. Berørte interesser kan gis adgang til å diskutere og foreslå løsninger, uten at utbygger dermed behøver å måtte gi innsyn i forretningshemmeligheter.¹⁷⁶ Slik lovens vage ordlyd og forarbeidene nå er utformet, har tredjepartsinteresser neppe rettskrav på en såpass inngående medvirkning. På den annen side gir ordlyden «skal» uttrykk for at kommunen i visse tilfeller må forventes å gjøre mer enn å bare kunngjøre oppstart av forhandlinger, da kunngjøring alene ikke nødvendigvis gir tredjeparter tilstrekkelig oppfordring til å ivareta sine interesser.

Plan- og bygningsloven § 17-4 første til fjerde ledd knesetter hensynet til offentlighet ved avtaleinngåelse. Kommunen skal «kunngjøre oppstart av forhandlinger om utbyggingsavtale», jf. første ledd. Ordlyden «kunngjøre oppstart» krever at allmennheten informeres om at forhandlinger tar sted. Kunngjøringen må tilfredsstillende kunngjøringskravene i §§ 11-12 og 12-8 annet ledd.¹⁷⁷ Tredjeparters adgang til gjennomsiktighet og kontroll er likevel begrenset når offentligheten ikke vet *hva* forhandlingene innholdsmessig går ut på. Blant annet har tredjeparter få muligheter til å etterprøve om de er tilstrekkelig berørte til å ha krav på medvirkning. Det kan derfor spørres om «berørte (...) interesser», jf. § 17-2 annet ledd, i det minste burde gis særskilt varsel, slik Planlovutvalget foreslo.¹⁷⁸ Løsningen etter gjeldende rett må likevel være at kommunen selv vurderer om berørte interesser har behov for varsel etter medvirkningsregelen i § 17-2 annet ledd.

Videre skal utbyggingsavtaler som er fremforhandlet på bakgrunn av avtalekompetansen i pbl. § 17-3 annet eller tredje ledd, legges ut til «offentlig ettersyn med 30

¹⁷³ NOU 2003:14 s. 341.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 68, med henvisninger til Planlovutvalget sitert ovenfor.

¹⁷⁵ Pedersen m.fl. (2011) s. 531.

¹⁷⁶ Boe (2004) s. 522.

¹⁷⁷ Sml. NOU 2003:24 s. 173.

¹⁷⁸ Jf. forslaget til § 18-4 i NOU 2003:14.

dagers frist for merknader», jf. § 17-4 annet ledd. Behovet for allmennhetens kontroll gjør seg særlig gjeldende når utbygger påtar avtaleforpliktelser som går ut over det kommunen ensidig kan pålegge gjennom plan. Bygningslovutvalget fremhevet at det er

«nettopp når kommunen oppnår et særlig fordelaktig vederlag, for eksempel ved at utbyggeren påtar seg å finansiere en skole eller barnehage, at risikoen for å ofre tredjemannsinteressene gjennom avtalen kan bli spesielt stor. I den grad slike interesser skulle tale mot utbygging av området, kan de komme til å bli ignorert dersom oppmerksomheten blir ledet vekk fra motforestillingene og over på vederlaget som kommunen har oppnådd gjennom avtalen». ¹⁷⁹

Dersom forslag til ny arealplan og avtaleforhandlingene behandles samtidig, kan varslings-, hørings- og kunngjøringsannonsene samordnes.¹⁸⁰ På denne måten tydeliggjøres sammenhengen mellom utbyggingsavtalen og arealplanen, hvilket må anses å styrke gjennomsiktigheten for tredjepartsinteressene.

Til sist kan det nevnes at byggesaksforskriften § 18-2 gjør unntak fra pbl. §§ 17-4 og 17-2, dersom utbyggers forpliktelser etter pbl. § 17-3 andre til fjerde ledd «i det alt vesentlige» omfattes av pbl. §§ 18-1 og 18-2. Dette unntaket fremstår velbegrunnet, ettersom behovet for en åpen saksbehandling er størst der utbyggingsavtalen kan tenkes å påvirke innholdet i kommunens arealplanlegging. Opparbeidingsplikter som uansett kan pålegges i byggesak, påkaller ikke det samme rettsikkerhetsbehovet som ellers.

4.4 Tilstrekkelig vern mot ubalanserte avtaler?

Gjennomgangen viser at saksbehandlingsreglene som må være oppfylt før avtaleinngåelse, gir kommunen nokså fritt spillerom. Kravet om forutsigbarhetsvedtak er en såpass løst definert pliktnorm, at bestemmelsen neppe bidrar til å øke utbyggers forutberegnelighet eller forhindre at det inngås ubalanserte avtaleinngåelser. Det er imidlertid grunn til å oppfordre kommunene om å benytte virkemiddelet aktivt: Et tydelig rammeverk skaper en mer forutsigbar prosjektøkonomi for både utbygger og kommunen, hvilket igjen kan bidra til mer effektiv plangjennomføring.

På prinsipielt grunnlag styrker kravet om medvirkning og offentlighet avtalens legitimitet. En innvending er at det langt på vei blir opp til allmenheten selv å sørge for at deres interesser ivaretas i tilstrekkelig grad. På den annen side kan reglene ha

¹⁷⁹ NOU 2003:24 s. 140.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 68.

en viss preventiv effekt: Kommunene er trolig mer tilbakeholdne med å kreve ytelser som står i et tvilsomt forhold til lovens materielle krav, når avtalen underlegges krav om medvirkning og offentlighet.

5 «Spesielle» vilkårshjemler

5.1 Innledning

Temaet for kapittel 5-7 er hvilke materielle forpliktelser utbygger kan påta seg i en utbyggingsavtale. Her i kap. 5, ligger fokuset på enkelte kasuistiske reguleringer av kommunens avtalekompetanse, som er nedfelt i pbl. § 17-3 første og annet ledd. I kap. 5.2 gis en kort behandling av adgangen til å avtalefeste kommunale planbestemmelser.

Før utbyggingsavtalene ble lovfestet, var det ikke uvanlig at kommuner brukte avtalemekanismen som virkemiddel for å styre bolig- og beboersammensetningen i samfunnet. Dette ble gjort bl.a. ved å regulere krav til boligens størrelse og standard, eller forbeholde seg forkjøpsrett for vanskeligstilte grupper i markedet.¹⁸¹ Departementet ønsket å videreføre kommunenes praksis på dette området. Da det her dreier seg om ytelser av en nokså annen karakter enn det som følger av pbl. § 17-3 tredje ledd, valgte lovgiver å nedfelle et særskilt hjemmelsgrunnlag for å innta denne type avtalevilkår i § 17-3 annet ledd. Etter § 17-3 annet ledd første punktum, kan kommunen innta krav til bygningens utforming mv., mens annet punktum gir en særlig rett til å avtalefeste kommunal forkjøpsrett for bolig. Rekkevidden av disse hjemlene drøftes separat i kap. 5.3 og 5.4.

5.2 Gjennomføring av planbestemmelser

Som vi så i kap. 2.4.2, har planmyndighetene nokså vid adgang til å stille vilkår gjennom planbestemmelser som utbyggeren må etterleve i en byggesøknad. At slike krav formaliseres gjennom en utbyggingsavtale, reiser ikke problematiske kompetansespørsmål. Både utvalgene og departementet mente at utbyggingsavtalene burde åpne for en slik adgang.¹⁸² Plan- og bygningsloven § 17-3 første ledd fastslår dermed at

«[e]n utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan».

Lovformuleringen «forhold» er vag. Men ettersom utbyggingsavtalene gjelder «gjennomføring av kommunal arealplan», jf. pbl. § 17-1, må lovvilket anses å rette seg mot enhver forpliktelse som kommunen ensidig kan pålegge gjennom planbestemmelser. Ved tolkningen av § 17-3 første ledd er det altså kompetansen

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 24. Nærmere Aulstad (2005) s. 218 flg.

¹⁸² Jf. forslagene hhv. NOU 2003:14 § 18-3, NOU 2003:24 § x-2 og Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) § 64 b.

til å nedlegge planbestemmelser som danner de materielle skrankene for tillatte avtalevilkår. Slik kommer kravene om saklig sammenheng, formålmessighet og forholdsmessighet *indirekte* til uttrykk i § 17-3 første ledd, ettersom disse må være oppfylt for at planbestemmelsene skal være lovlige.¹⁸³

Utfordringen er ofte at planbestemmelsene ikke gir fulldekkende krav og føringer for den nærmere realiseringen av tiltakene. Hensynet til effektiv og fleksibel plan gjennomføring tilsier at partene i utbyggingsavtalen bør kunne avklare hvordan gjennomføringen mer detaljert skal foregå. Plan- og bygningsloven § 17-3 første ledd gir derfor en praktisk viktig adgang til å presisere plankravene mht. tid og sted for gjennomføring av prosjektene, utbyggingstakt og rekkefølge, rettsvirkninger av brudd, etc. Ettersom kommunen gjennom planbestemmelser ikke kan stille krav av «privatrettslig karakter»,¹⁸⁴ er det altså ikke helt uten selvstendig betydning at planbestemmelser formaliseres gjennom avtales form.

Ordlyden «har gitt», jf. pbl. § 17-3 første ledd indikerer at planen må være *vedtatt* før avtalen blir gjensidig bindende. Formålet er å unngå forhåndsbinding av planmyndigheten.¹⁸⁵ Lovens presisering kan synes overflødig, da det samme fremgår av § 17-4 femte ledd. Vilkåret har imidlertid selvstendig betydning, ettersom forpliktelser som i og for seg ville vært lovlige etter §§ 11-7 til 11-9 og 12-7, men som ikke har blitt formalisert i plan, ikke kan inntas i avtale med hjemmel i § 17-1 første ledd.

Reguleringen i pbl. § 17-1 første ledd stadfester en prinsipiell hovedregel om at kommunen ikke kan utvide sin planmyndighet ved å avtalefeste strengere pålegg enn det som følger av gjeldende arealplan.¹⁸⁶ Dette innebærer bl.a. at utbygger ikke kan påta seg å oppfylle rekkefølgebestemmelser med hjemmel i første ledd. Systematisk kan annet til fjerde ledd betraktes som *unntak* fra denne hovedregelen, da disse bestemmelsene åpner for å likevel innta avtalevilkår som går lenger enn kommunens kompetanse til å nedfelle planbestemmelser.

5.3 Krav til «bygningers utforming»

Plan- og bygningsloven § 17-3 annet ledd første punktum åpner for å stille krav til utbyggers prosjekt. Etter ordlyden kan utbyggingsavtalen

«regulere antallet boliger i et område, største og minste boligstørrelse, og nærmere krav til bygningers utforming der det er hensiktsmessig».

¹⁸³ Jf. kap. 2.4.1 og 2.4.2.

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 233, jf. kap. 2.4.2.

¹⁸⁵ Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

Tolkningsspørsmålet som her skal behandles, er hvor langt vilkåret «bygningers utforming» kan omfatte krav til miljøløsninger i utbyggingsprosjektet. Ordlyden henspiller etter naturlig språkforståelse på fysiske trekk ved bygningsmassen. Det kan gjelde ytre forhold som byggets utseende. Men også indre teknisk konstruksjon omfattes, eksempelvis valg av interne energiløsninger eller materialer (f.eks. tre vs. betong). Lovens ordlyd gir dermed uttrykk for en vidtrekkende adgang for å avta- lefeste miljøkrav til utbyggingsprosjektet.

Ifølge proposisjonen omfatter «utforming» bl.a. krav om «livsløpsstandard eller andre krav til tilgjengelighet og kvalitet», samt «krav til lokalisering og utforming av bygninger som skal bygges for eller kunne tilpasses eldre, ulike typer funksjons- hemming osv.».¹⁸⁷ Videre er et formål bak lovreguleringen å åpne for utbyggings- avtaler som kan ha positive miljømessige effekter, og «[a]vtalepunkter vedrørende bl.a. kvalitet i boligene (...) kan være eksempler på dette».¹⁸⁸ Det er dermed liten tvil om at lovgiver har tiltenkt at «bygningens utforming» kan omfatte miljøkrav til utbyggingsprosjektet.

Som utgangspunkt må det konstateres at avtalen kan inneholde detaljerte krav til miljøvennlige løsninger, så som varmegjenvinning, energikilder, byggematerialer, livsløpsstandard, universell utforming, arkitektoniske kvaliteter, mv.¹⁸⁹ Det må li- kevel nyanseres om kompetansen til å stille miljøkrav er den samme som ved plan- eller byggesak, eller om avtalekompetansen også rekker videre enn dette.

Når det gjelder forholdet til arealplan, er det i alle fall klart at partene må kunne avtalefeste vilkår som kunne vært (men ikke har blitt) nedfelt i planbestemmel- ser.¹⁹⁰ Eksempel på et slikt vilkår er pbl. § 12-7 nr. 8, som åpner for pålegg om forsyning av vannbåren varme og tilknytningsplikt til fjernvarmeanlegg etter § 27- 5.¹⁹¹ Departementet anbefaler imidlertid at slike reguleringer fastsettes gjennom vedtak, og ikke utbyggingsavtaler alene.¹⁹² Dette har bl.a. sammenheng med at bor- geren bør ha anledning til å påklage avgjørelsen.

Samtidig angir Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65 at vilkåret «bygningers utforming» også gir kompetanse til å avtalefeste «krav som går lenger enn det som kan vedtas i plan». Forhistorien tilsier imidlertid at lovgiver neppe tilsiktet noen vidtrekkende kompetanseutvidelse. Det var tidligere noe usikkert hvorvidt denne type vilkår kunne inntas i planbestemmelser. Arealplaner angir i første rekke krav til bruk, vern og utforming av *arealer og fysiske omgivelser*, sml. pbl. § 12-1 første ledd, og ikke

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 60.

¹⁸⁹ Tilsvarende Veilederen (KRD) s. 17, Pedersen m.fl. (2011) s. 521 og Rasmussen (2007) s. 341.

¹⁹⁰ Sml. Innjord (2010) s. 466.

¹⁹¹ Innført ved lovendring 01.01.15, jf. Prop. 121 L (2013-2014) s. 15. Fjernvarmeanlegg er definert i Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 191.

¹⁹² Veilederen (KRD) s. 20.

detaljerte krav til bygningers utforming. I utkastet til plan- og bygningsloven (2008), foreslo Planlovutvalget likevel en uttrykkelig hjemmel for å nedlegge krav til selve bygningsmassen, jf. forslaget § 11-5 nr. 5. I påvente av regelendringene, valgte departementet å innta et likelydende forslag til § 17-3 annet ledd.¹⁹³ Forarbeidsuttalelsen må altså primært forstås som en presisering av plankompetansen etter plan- og bygningsloven (1985). Ved vedtakelsen av plan- og bygningsloven (2008), ble Planlovutvalgets forslag vedtatt. Nå gir pbl. § 12-7 nr. 4 og 5 adgang til å stille til bygningers utforming og kvalitet, herunder «krav for å sikre hensynet til helse, miljø, sikkerhet (...)», jf. nr. 4. Ettersom arealplanleggingen har som formål å vektlegge bærekraftig utvikling og «langsiktige løsninger», jf. § 1-1 første og fjerde ledd, er kommunens vilkårskompetanse trolig nokså vidtrekkende på dette punkt. Dette tilsier at vilkårskompetansen etter § 12-7 nr. 4 og 5 og avtalekompetansen etter § 17-3 annet ledd, rekker like langt etter dagens plan- og bygningslov. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der man står overfor et kvalifisert grensetilfelle om hvorvidt kommunen kan sette miljøkrav i planbestemmelse. I så fall må spørsmålet kunne løses gjennom en utbyggingsavtale.

Når det gjelder forholdet til byggesak, må det være adgang til å formalisere miljøkrav som kommunen uansett kunne stille med hjemmel i loven eller forskrift. I disse tilfeller bruker ikke kommunen avtalemekanismen til å tilforhandle seg fordeler som kommunen ikke kunne oppnådd uten partens samtykke. Prinsipielle hensyn mot avtalemekanismen gjør seg følgelig ikke gjeldende. Tvert imot tilsier hensynet til effektiv plangjennomføring at slike krav må kunne inntas i utbyggingsavtalene for å sikre partene en mer forutsigbar prosess. Eksempelvis fastsetter byggt teknisk forskrift § 14-4 (4) b, at bygningers energiforbruk må oppfylle kravene til passivhus og lavenergibygninger, jf. NS 3700:2013 (tabell 3).

Et særlig spørsmål er om pbl. § 17-3 annet ledd første punktum gir kommunen kompetanse til å stille mer detaljerte krav til energibruk, varmesystem, mv., enn kravene som følger av byggt teknisk forskrift.¹⁹⁴

Eksempelvis har det i nyere tid vært satset på bygg med «plusshus»-standard. Byggene kjennetegnes ved at de egenproduserer fornybar energi som overstiger bygningens årlige energiforbruk. Utbygger kan naturligvis frivillig etablere slike bygg. For kommunens side kan det derimot være ønskelig at utbygger forplikter seg gjennom en utbyggingsavtale, eksempelvis fordi det har vært en forutsetning under planbehandlingen at utbygger skal bygge særlig miljøvennlig mot å oppnå høyere utnyttelsesgrad. Spørsmålet blir da om avtalen kan inneholde krav om bygninger med «plusshus»-standard, eller om ordlyden «bygningers utforming» må tolkes innskrenkende.

¹⁹³ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 25 og 51 samt NOU 2003:14 s. 321.

¹⁹⁴ Sml. tolkningsuttalelse 06/2903-4 (kommunal- og regionaldepartementet (KRD)).

Som nevnt var bakgrunnen for lovfesting av pbl. § 17-3 annet ledd å avklare forhold som tidligere sto uavklarte opp mot kommunens *plankompetanse*. Forholdet til byggetekniske krav omtales ikke særskilt i forarbeidene. Men formålet bak utbyggingsavtalene er å sikre «gjennomføring av arealplan», jf. pbl. § 17-1. Ordlyden tilsier at avtalemekanismen skal tjene som et supplerende verktøy til planbestemmelsene, med andre ord utgjøre en «nærmere presisering av hvilke krav som følger av planen».¹⁹⁵ Dette innebærer at forskriftskrav må kunne inntas i en utbyggingsavtale, så langt de kan inntas i arealplan. Da det i kap. 2.4.2 ble konkludert med at planbestemmelser ikke kan nedfelle strengere krav enn det som følger av byggeteknisk forskrift, tilsier hensynet til et forutberegnelig og sammenhengende regelverk, at tilsvarende gjelder for utbyggingsavtalene.

Ettersom lovgivers intensjon ikke har vært å utvide kommunens kompetanse til å stille byggetekniske krav, må vilkåret «bygningers utforming» tolkes innskrenkende på dette punkt. Konklusjonen er at det ikke kan avtales strengere krav til energiløsninger eller andre interne miljøkrav i bygninger, enn det som følger av byggeteknisk forskrift.

5.4 Avtalefestet forkjøpsrett

Kommunene er lovpålagt å medvirke til å anskaffe boliger for samfunnsgrupper med spesielle behov, jf. sosialtjenesteloven § 15, jf. § 3 og helse- og omsorgstjenesteloven § 3-7. Dette er bakgrunnen for at utbyggingsavtalen etter pbl. § 17-3 annet ledd annet punktum også kan

«regulere at kommunen eller andre skal ha fortrinnsrett til å kjøpe en andel av boligene til markedspris».

Hensikten var å gi kommunen «et nødvendig virkemiddel for å nå kommunens boligpolitiske målsettinger [om] at kommunen eller andre boligpolitiske aktører disponerer boliger for vanskeligstilte på boligmarkedet».¹⁹⁶ Dette må sies å falle innenfor formålet bak arealplanleggingen, som bl.a. skal ta sikte på å fremme kommuners sosiale utvikling, tilrettelegge for gode oppvekst- og levevilkår, bedre befolkningens helse og motvirke sosiale helseforskjeller, jf. pbl. § 3-1 første ledd bokstav a, e og f. Problemet er at disse målsetningene er vanskelige å etterleve i praksis, ettersom kommunen har få virkemidler for å oppnå formålene.

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 63.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 52.

Plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 1-14 gir nemlig ikke kommunen kompetanse til å vedta planbestemmelser som betinger kommunen forkjøpsrett eller boligreservasjon for bestemte samfunnsgrupper. Dette følger av at planbestemmelsene som nevnt ikke kan omhandle forhold av «privatrettslig karakter».¹⁹⁷ Tidligere var avtaleklausuler om forkjøpsrett formodentlig bare tillatt der kommunen hadde «en privatrettslig posisjon for forhandlingene, som der den var grunneier i området, eller der den også har vedtatt å ekspropriere grunn og forhandler på grunnlag av et slikt vedtak».¹⁹⁸ Dermed utgjør kompetansegrunnlaget i § 17-3 annet ledd annet punktum en vesentlig nyvinning ved lovreguleringen av utbyggingsavtalene.

En eventuell avtalefestet forkjøpsrett må skje «til markedspris», jf. pbl. § 17-3 annet ledd annet punktum. Formålet er å forhindre at kommunens økonomiske interesse av å oppnå lavest mulig pris, ikke oppleves som et urimelig pressmiddel overfor utbygger. Slik sett ligger en *forholdsmessighetsvurdering* innbakt i loven.

Sml. RG 1969 s. 325 (Tjøme), hvor en dispensasjon fra standloven § 2 ble betinget av at grunneieren overdro deler av eiendommen til kommunen til klar underpris. Lagmannsrettens underkjennelse av vedtaket, kan ifølge Bernt anses som utslag av en forholdsmessighetsvurdering.¹⁹⁹

Ifølge motivene må verdsettelsen bero på hva utbygger ville oppnådd ved frivillig salg på det åpne marked.²⁰⁰ En viss rettesnor kan hentes i ekspropriasjonerstatningslova § 5 annet ledd, som stadfester at verdifastsettingen bl.a. skal vektlegge «kva slag eigedom det gjeld, kvar eigedomen ligg» og «dei prisane som er oppnådd ved omsetnad av andre eigedomar som det er naturleg å samanlikna med (...)».

Avtalekompetansen etter pbl. § 17-3 annet ledd annet punktum er antagelig et særlig egnet virkemiddel i kommuner som opplever befolkningspress. Økte boligpriser kan medføre at vanskeligstilte befolkningsgrupper sliter med å etablere seg i boligmarkedet. Likevel synes bestemmelsens praktiske betydning foreløpig å være begrenset. Undersøkelsen NIBR 2014:13 viser at kommuner sjelden eller aldri bruker forkjøpsretten for å oppnå boligsosiale formål.²⁰¹

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 233. Jf. kap. 2.4.2.

¹⁹⁸ Rogstad (2007) s. 145. Motsatt Aulstad (2005) s. 221-222.

¹⁹⁹ Bernt (1977) s. 54-55.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 52 og 65.

²⁰¹ Barlindhaug m.fl. (2014) s. 78.

6 Den «generelle» vilkårshjemmelen

6.1 Innledning

I dette kapittelet behandles rekkevidden av pbl. § 17-3 tredje ledd. Bestemmelsen avgrensar kommunens avtalekompetanse gjennom brede og skjønnsmessige vilkår, og kan dermed betegnes som den «generelle» hjemmelen for å pålegge utbygger forpliktelser i avtaleforholdet. Reguleringen er utslag av en avveining mellom hensynet til effektiv plangjennomføring mot hensynet til balanserte avtaleinngåelser. På den ene side understreker departementet behovet for å verne utbygger mot vilkår som «legger for stort press på økonomien i utbyggingsprosjekter, med de følger dette kan få for utbyggingsprosjektenes gjennomførbarhet, byggekostnader, tomtepriser og boligpriser». På den annen side ønsket departementet nettopp en mulighet for å operere med fleksible rammer, «slik at kommune og grunneier/utbygger i størst mulig grad kan komme frem til avtaler som er egnet til å få gjennomført planen og utbyggingsprosjektet».²⁰²

En ulempe med skjønnsmessige kriterier, kan være at kriteriene kompliserer avtaleforhandlingene og kan skape uforutsigbare rettsstillinger for partene. På spørsmål om hva som oppleves problematisk ved bruken av utbyggingsavtaler, viser undersøkelsen NIBR 2014:13 at lovens t.d. uklare grenser er gjenstand for betydelige diskusjoner. Om lag 25 % av kommunene opplever store diskusjoner omkring saklighets- og nødvendighetskravet (i undersøkelsen omtalt som «relevanskravet»), mens over 40 % av kommunene opplever store diskusjoner rundt forholdsmessighetskravet. Det er også verdt å merke at særlig de minste kommunene (under 10 000 innbyggere) opplever manglende ekspertise eller kapasitet til å håndtere forhandlingsprosessene.²⁰³

I det videre behandles først innledende krav som pbl. § 17-3 tredje ledd stiller til utbyggingsavtalen (kap. 6.2). Deretter foretas en dypere drøftelse av lovens materielle krav til avtalen, strukturert etter kriteriene saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet (kap. 6.3-6.5).

6.2 Innledende spørsmål om utbyggers forpliktelser

Det første spørsmålet som her skal tas stilling til, er på hvilken måte utbygger kan forplikte seg overfor kommunen. Plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd første punktum, fastslår at utbygger kan «besørge eller helt eller delvis bekoste tiltak». Ordlyden «besørge eller (...) bekoste» åpner for at utbygger enten yter en realytelse

²⁰² Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

²⁰³ Barlindhaug m.fl. (2014) s. 75. Sml. Plathe og Jørgensen (2009) s. 19, som finner at vurderinger av avtalevilkårenes nødvendighet og forholdsmessighet er det mest kompliserte området i avtaleforhandlingene, og et punkt hvor loven fremheves som uklar.

ved å egenhendig opparbeide kommunale tiltak, eller økonomisk gjennom innbetaling til kommunen som selv forserer tiltaket.

Denne valgfriheten er delvis motivert av regelverket for offentlige anskaffelser. Det var usikkert om en avtale som forplikter utbygger til å opparbeide kommunale tiltak, er en bygge- og anleggskontrakt som bringer anskaffelsesregelverket til anvendelse, jf. anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav d, jf. § 1-1.²⁰⁴ Konsekvensen er i så fall at utbyggeren tar kommunens rolle som oppdragsgiver, og må etterleve anskaffelsesreglene. For å unngå eventuelle uklarheter kan utbyggeren isteden bidra økonomisk, og overlate ivaretagelsen av anskaffelsesreglene til kommunen.

I praksis sondres gjerne valget av finansieringsmodell mellom anleggsbidrags- og justeringsmodellen. Gjennom justeringsmodellen påtar utbygger ansvaret for etableringen av tiltak som er regulert til offentlige formål. Et eksempel på dette er utbyggingsavtalen mellom Bjørvika Infrastruktur AS og Oslo kommune, jf. Oslo bystyresak 246/03. Her har grunneier påtatt ansvaret for prosjektering, finansiering og etablering av tekniske infrastrukturtiltak i området, herunder gater, broer, gang- og sykkelveier, parker, allmenninger og havneanlegg. Tiltakene koster anslagsvis 2 milliarder kroner, og skal overføres vederlagsfritt til kommunen ved ferdigstillelse.

Anleggsbidragsmodellen består i at utbygger helt eller delvis dekker kommunens utgifter, mens kommunen står oppført som byggherre for infrastrukturen. Kommunen påtar dermed ansvaret og risikoen knyttet til etableringskostnader og ferdigstillelse. Ordningen kan være fordelaktig for kommunen, fordi den sikrer en mer samordnet og effektiv opparbeidelse av den samlede infrastrukturen i utbyggingsområdet. På den annen side kan byggherreansvaret være ressurskrevende, fordi kommunen må følge opp prosjektet, følge anbudsregler, osv. Eksempel på anleggsbidragsmodellen er Nyhavn-avtalen i Bergen kommune, som gjaldt oppgradering av vei med fortau, belysning, mv., som var inntatt som rekkefølgekrav i reguleringsplan.²⁰⁵ Kommunen skulle forestå opparbeidningen av infrastrukturtiltakene, samt nødvendige grunnerverv som ledd i oppgraderingen. Anleggsbidraget var på 5 300 000 kroner, med mulighet for «etteroppgjør» ved eventuelle kostnadsendringer oppad begrenset til 7 000 000 kr, og en tilbakebetalingsrett dersom kostnadene ble mindre enn anslått. Etter avtalen forfaller utbyggers forpliktelser ved søknad om igangsettingstillatelse.

I nyere tid har det vært en økende tendens til å benytte såkalte «områdemodeller» som beregningsgrunnlag for utbyggingsavtaler. Dette er særlig aktuelt ved fortet-

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 27-31 og 65. Se også KOFA-2013-35 avsnitt 38.

²⁰⁵ <https://www.bergen.kommune.no/aktuelt/kunngjoringer/kunngjoring-99780> (sjekket 26. mai 2017).

tings- og transformasjonsprosjekter i byområder. Områdemodeller består i at utbygger innenfor en større områdeplan betaler t.d. standardiserte kostnadsbidrag for infrastrukturtiltak innenfor området. Innbetalingen kan eksempelvis skje gjennom fond som forvaltes av kommunen, og kommunen tar deretter hovedansvaret for opparbeidelse av infrastrukturtiltakene.²⁰⁶ Siktemålet er å sikre en helhetlig og samordnet infrastruktur i planområdet, som samtidig sørger for at utbygger bidrar på lik linje. Bruk av områdemodeller reiser imidlertid visse rettslige utfordringer, nærmere kap. 6.4.1.

En prinsipiell betenkelighet med å åpne for at kommunen kan motta økonomiske ytelser fra utbygger, er at bidragene risikeres brukt på tiltak som har begrenset tilknytning til utbyggingsformålet, noe som kan innebære «skjult» eller «dobbel» skattelegging i kommunen, i strid med lovgivers forutsetninger. I ytterste konsekvens kan ytelsene foregripe interesseavveiningene som skal foretas under planbehandlingen, hvilket kan lede tanken i retning av «korrupsjonslignende» ordninger, ved at utbygger får anledning til å «kjøpe» seg positive planvedtak.²⁰⁷ Dette kan være grunnen til at Frihagen antok at myndighetene ikke uten lovhjælp kunne kreve betaling eller kompensasjon for ulempene virksomheten påfører samfunnet.²⁰⁸ I dag er det nok større oppfatning om at forvaltningen må kunne stille økonomiske vilkår i forbindelse med begunstigende vedtak, sml. Graver (2015) s. 267. Samtidig kan det være grunn til å være ekstra oppmerksom på at det økonomiske bidraget oppfyller saktighets- og nødvendighetskravet, jf. kap. 6.3 og 6.4.

Det neste spørsmålet er hva slags ytelser kommunen kan kreve at utbyggeren forplikter seg til. I pbl. § 17-3 tredje ledd første punktum heter det bare at utbyggeren kan påta seg å oppfylle «tiltak». Ordlyden «tiltak» omfatter ulike aktiviteter og ytelser, uten noen skarpe avgrensninger. Departementet anså det

«svært vanskelig å lage presise og anvendelige avgrensninger. Både konkrete forbud og angivelser av konkrete tillatte tiltak innebærer en klar fare for å utelukke tiltak som begge parter kan anse som hensiktsmessige og riktige i forhold til utbyggingsprosjektet. Reglene skal også være dynamiske, slik at de vil kunne fungere i tråd med den fremtidige utviklingen».²⁰⁹

Formålet var således å gi pbl. § 17-3 tredje ledd et vidtrekkende virkeområde, som måtte avgrenses gjennom de skjønsmessige kriteriene i første til tredje punktum, i tråd med Bygningslovutvalgets lovforslag. Eksempelvis omfatter tiltaksbegrepet opparbeidning av idrettshaller, parkeringsplasser, kulturhus, alpinanlegg, energianlegg og innhenting jord- eller vannprøver for å undersøke virkninger for miljø, helse og sikkerhet i utbyggingsområdet.

²⁰⁶ Sml. tolkningsuttalelse 14/913 (KMD).

²⁰⁷ NOU 2003:24 s. 22-23, jf. også gjennomgangen av hensyn bak avtalemekanismen i kap. 3.3.

²⁰⁸ Frihagen (1989) s. 101.

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

Hensynet til effektiv plangjennomføring og fleksibilitet i regelverket tilsier at forhold som er naturlige å avklare som ledd i realiseringen av planen, bør kunne inntas i avtalen. Dermed må det også kunne avklares at utbygger skal stå for rettighets- eller grunnerverv i forbindelse med opparbeidingen, påta organisatoriske handleplikter som etablering av velforeninger, eller bidra med håndtering av forurenset grunn eller miljøoppfølgingsprogram.²¹⁰ Dette innebærer at avtaleadgangen er videre enn vilkårshjemmelen i pbl. § 12-7, som forbyr plikter av «privatrettslig karakter».²¹¹ Forhold knyttet til drift og vedlikehold av kommunale tiltak som snørydding eller avløpsledninger, faller derimot utenfor tiltaksbegrepet.²¹² En parallell kan her trekkes til § 18-1 femte ledd, som forutsetter at kommunen har plikt til å overta driften og vedlikehold av tiltak som utbygger må opparbeide etter første ledd.

Tiltaksbegrepet i pbl. § 17-3 tredje ledd står i en viss disharmoni med legaldefinisjonen av «tiltak» i § 1-6. Dette skyldes nok at reguleringen av utbyggingsavtalene ble videreført uendret fra pbl. (1985) kap. XI-A til pbl. (2008) kap. 17, jf. Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 306. Formålet med tiltaksdefinisjonen i § 1-6 er å tydeliggjøre det generelle forbudet mot all aktivitet som strider med loven og arealplan i medhold av lov, samt tydeliggjøre myndighetenes kontrollfunksjon gjennom søknads- og tillatelsessystemet. På denne måten skulle «lovens system framstå(r) klarere enn det har gjort til nå».²¹³ Legaldefinisjonen gir altså uttrykk for reguleringssystemet, jf. kap. 2.2. Tiltaksbegrepet i § 17-3 tredje ledd gjelder et helt annet spørsmål. En utbyggingsavtale vil jo alltid omhandle utbygging i tråd med en vedtatt arealplan, jf. § 17-1. Av hensyn til konsekvent språkbruk i lovverket, kan et forslag være å endre ordlyden «tiltak» til «kommunal infrastruktur» i § 17-3 tredje ledd.

Til sist stiller loven nærmere materielle krav til tiltakene utbygger påtar seg. Det siste spørsmålet i dette delkapittelet, er hvordan lovens materielle krav kan struktureres. Plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd første punktum krever at tiltakene utbygger påtar seg er «nødvendige for gjennomføringen av planvedtak».

Ordlyden «nødvendige» tilsier at tiltaket må være aktuelt og påkrevd for å oppnå et relevant formål i planområdet. Et minstekrav for at et tiltak anses påkrevd, er at det foreligger en viss sammenheng mellom tiltaket og formålet planen skal oppnå. Bygningslovutvalget foreslo derfor at tiltakene måtte ha «saklig sammenheng» med gjennomføringen av planvedtak. Departementet var enig i dette, men anså saklighetskravet som en såpass åpenbar terskel, at en uttrykkelig presisering var overflødig.²¹⁴

²¹⁰ Sml. Veilederen (KRD) s. 16.

²¹¹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 233. Jf. Kap. 2.4.2.

²¹² NOU 2003:24 s. 172.

²¹³ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 174.

²¹⁴ NOU 2003:24 s. 170 og Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65.

Samtidig krever ordlyden «nødvendige» noe *kvalifisert mer* enn saklig sammenheng. Et vilkår som i og for seg er saklig, er ikke dermed sagt påkrevd i den gitte situasjon, dersom kommunen kunne tatt midlere midler i bruk for å oppnå samme formål. Dermed kan pbl. § 17-3 tredje ledd første setning anses å inneholde *to tersk-ler* som må være innfridd for at avtalevilkåret skal være gyldig: et saklighetskrav og et nødvendighetskrav. Videre kommer et forholdsmessighetskrav direkte til uttrykk i § 17-3 tredje ledd annet og tredje punktum.

Dette viser at lovens materielle krav kan struktureres etter en «tredele» modell hvor saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet utgjør selvstendige skranker, i likhet med den «trinnsvis» oppbygningen av forholdsmessighetskravet omtalt i kap. 3.6. Mot dette kan det innvendes at det dreier seg om skjønsmessige vurderinger, hvilket innebærer at kriteriene innholdsmessig kan flyte noe over i hverandre. Som ledd i en systematisk fremstilling av rettsstoffet, får man likevel best frem verdspenningene som ligger bak lovteksten ved å behandle kriteriene separat. I det videre behandles dermed saklighetskriteriet i kap. 6.3, nødvendighetskriteriet i kap. 6.4 og avslutningsvis forholdsmessighetskriteriet i kap. 6.5.

6.3 Saklighetskriteriet

Kravet om saklig sammenheng forutsetter en «relevant og nær tilknytning mellom det kommunen krever og planens innhold».²¹⁵ Formålet er å forhindre at forvaltningen vektlegger hensyn som kvalifisert avviker fra det som kan oppnås gjennom ensidige vedtak. Dermed kan det systematisk trekkes en parallell til den alminnelige vilkårslærens krav om at vilkåret fremmer hjemmelslovens formål og står i nær sammenheng med vedtaket, jf. kap. 2.4.1.

Et avtalevilkår må bidra til å sikre «gjennomføring av kommunal arealplan» pbl. § 17-1. Dette innebærer at tiltaket objektivt sett må tjene formålene som den aktuelle kommunedelplanen, område- eller detaljreguleringsplanen hviler på, jf. § 3-1 første ledd, jf. § 1-1. Eksempelvis er hensynet til miljøet alltid relevant ved avgjørelser etter plan- og bygningsloven, jf. § 1-1, jf. kap. 2.3. Det er lovgivers intensjon at avtalen skal kunne stille miljøkrav og andre kompensierende tiltak som lovgivningen ellers ikke ville gitt hjemmel for å kreve.²¹⁶ Hvis planen eksempelvis forutsetter etablert et knutepunkt for kollektivtrafikk, er det i tråd med planformålet å kreve at utbyggere bidrar til etableringen av kollektivanlegg.

Dernest må tiltaket ha nær tilknytning til den arealutnyttelse som planen legger opp til, sett hen til planens arealformål og eventuelle planbestemmelser. Tiltaket kan

²¹⁵ NOU 2003:24 s. 171.

²¹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7, 49 og 55-56.

eksempelvis gjelde opparbeidelse av rundkjøring, bygging av gangbroer eller oppfylling av rekkefølgekrav knyttet til etablering av skoler, barnehager, mv.²¹⁷ Dette kan særlig være aktuelt dersom planen legger opp til økt arealutnyttelse og fortetting, som sprenger kapasiteten på eksisterende infrastruktur.

Saklighetskravet har antagelig størst selvstendig betydning når utbygger yter økonomiske bidrag i avtaleforholdet, da det som nevnt i kap. 6.2 er en viss risiko for at infrastrukturbidragene benyttes til dekning av tiltak som har begrenset tilknytning til utbyggingsformålet. Innbetalingen må benyttes til relevante planformål, og ikke andre sider ved kommunens virksomhet. Eksempelvis kan ikke kommunen bruke pengene på å etablere sosialtjenester i et helt annet distrikt eller oppussing av rådhuset.²¹⁸

Likevel oppstiller saklighetskriteriet antagelig en begrenset terskel for avtalekompetansen i pbl. § 17-3 tredje ledd. I de fleste tilfeller kan kommunen relativt enkelt påberope en relevant og nær tilknytning til planformålet. Eksempelvis vil bidrag til kommunal infrastruktur som er nedfelt i planens rekkefølgekrav, alltid være i saklig sammenheng med planen. Derfor er det av interesse å avdekke om utbyggingsavtalene må underlegges strammere kriterier gjennom kravene om nødvendighet og forholdsmessighet.

6.4 Nødvendighetskriteriet

6.4.1 Krav om «prosjektrelaterte» ytelser?

Plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd første setning krever at tiltak er «nødvendige for gjennomføringen av planvedtak». I dette delkapittelet skal dette vurderingstemaet utpensles nærmere, mens kap. 6.4.2 undersøker relevante momenter ved grensedragningen.

Formuleringen «planvedtak» tyder på at vurderingstemaet favner nokså bredt. Etter ordlyden er det tilstrekkelig at tiltaket er påkrevd av hensyn til utviklingen som arealplanen legger opp til. Dette har vist seg å skape en viss usikkerhet i praksis. Utbyggere opplever tidvis at kommunen setter «likhetstegn» mellom tiltak som er nødvendige og kan pålegges etter pbl. § 17-3, og tiltak som er nødvendige å stille som rekkefølgekrav etter §§ 11-9 nr. 4 og 12-7 nr. 10.²¹⁹

²¹⁷ NOU 2003:24 s. 171. Jf. likevel det forskriftsfestede forbudet mot «sosial infrastruktur», kap. 7.2.

²¹⁸ Sml. Graver (2015) s. 267.

²¹⁹ Plathe og Jørgensen (2009) s. 22. Sml. også Sivilombudsmann-saken, like nedenfor.

Utfordringene oppstår særlig der kommunen opererer med områdemodeller, typisk utmålt etter en standard kvadratmeterpris på alle utbyggere innenfor et større utviklingsområde, jf. kap. 6.2. Kommunens standpunkt kan være at infrastrukturbehovene må ses i sammenheng, fordi det er den totale utnyttelsesgraden i områdeplanen som skaper behovene for en samlet etablering eller oppgradering av infrastrukturtiltak i området. Problemet er at finansieringsmodellen risikerer å pulverisere det økonomiske ansvaret på utbyggere med svak eller ingen tilknytning til infrastrukturtiltakene.

Spørsmålet blir derfor om nødvendighetskravet i pbl. § 17-3 tredje ledd må tolkes presiserende: Må det enkelte utbyggingsprosjektet skape et behov for tiltaket som kreves opparbeidet – mao. være prosjektrelatert?

Et kontekstuell tolkningsbidrag finnes i pbl. § 17-3 tredje ledd tredje setning. Bestemmelsen krever at tiltaket står i forhold til belastningen «den aktuelle utbygging» påfører kommunen. Når forholdsmessighetskravet fokuserer på forholdet mellom tiltaket og det konkrete utbyggingsprosjektet, gir det liten mening om nødvendighetskravet ilegger et videre perspektiv.

Proposisjonen presiserer at utbyggeren bare kan bekoste «tiltak som skal avhjelpe offentlige behov som skapes av utbyggingen» og at utbyggingen må være den «direkte foranledningen til behovet for ytelsen».²²⁰ Bygningslovutvalget uttaler at

«[k]ravet til at det grunneier 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. (...) I dette ligger en betydelig skranke for hva som kan avtales».²²¹

Forarbeidsuttalelsene taler sterkt for at nødvendighetskriteriet må tolkes presiserende.

Underliggende hensyn trekker i sprikende retninger. På den ene siden taler hensynet til effektiv plangjennomføring mot å tolke nødvendighetskravet presiserende. Rekkefølgekravene er ikke innfridd før tiltaket er opparbeidet eller sikret *i sin helhet*, jf. kap. 2.4.3. Det kan ta lang tid før utbyggerne i planområdet kan få igangsettningstillatelse for sitt prosjekt, dersom utbyggere må vente til enkeltprosjektet som skaper behov for infrastrukturen, har oppfylt rekkefølgekravene. Alternativet kan være at kommunen selv må bidra økonomisk. Men dersom kommuneøkonomien er dårlig, kan resultatet bli at plangjennomføringen stopper opp.

²²⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65-66.

²²¹ NOU 2003:24 s. 171.

Mot dette kan det innvendes at gjennomførbarheten ivaretas dersom kommunene utformer mer detaljerte reguleringsplaner, slik at rekkefølgekravene tilpasses de enkelte utbyggingsprosjektene allerede i planprosessen. Imidlertid kan slike vurderinger være vanskelige å gjennomføre fullt ut i planprosessen, når planmyndighetene ikke nødvendigvis vet hva slags utbyggingsprosjekter som vil etablere seg i fremtiden. Hensynet til kommunens effektivitet og faktiske forutsetninger på planvedtakstidspunktet, kan dermed tale mot en presiserende tolkning.

Videre kan det hevdes at en presiserende tolkning innebærer at enkeltprosjekter kan bli stilt overfor svært omfattende krav som presser prosjektøkonomien. Ut fra likhetsbetraktninger og hensynet til like konkurransevilkår i samme område, kan det fremstå som rimelig at kostnadene utjevnes mellom utbyggingsprosjektene som nyter godt av at området får et «kvalitetsløft», uten at man nødvendigvis må foreta en konkret vurdering av det enkelte prosjekt. Dersom det dreier seg om boligutbygging, hvor kostnadene langt på vei lempes over på boligkjøperne, kan også dobbelt-beskatningshensynet være et argument mot presiserende tolkning.

Ovennevnte hensyn må avveies mot hensynet til utbyggere som ikke skaper behov for infrastrukturiltakene, og som kan ha begrenset nytteverdi av disse. Overfor disse utbyggerne gjør ikke fordelingshensynet seg gjeldende: utbyggerne oppnår ikke fordeler på fellesskapets bekostning. For disse kan kostnadsbidraget isteden fremstå som en «områdeskatt» som bør besørgeres på andre måter, eks. gjennom eiendomsbeskatning. Dette taler for at nødvendighetskravet må tolkes presiserende.

En presiserende tolkning av lovteksten støttes av en Sivilombudsmann-sak fra 2015, som gjaldt forståelsen av nødvendighetskravet.²²² I saken hadde kommunen inntatt rekkefølgebestemmelser i kommunedelplanen som krevde at felles anlegg i sentrumsområdet var finansielt sikret før utbygging kunne skje. Tiltakene skulle sikres gjennom anleggsbidrag fra alle utbyggere i sentrumsplanen. Disse var fiksert etter kvadratmeter BRA, kr. 950 og 650 for henholdsvis boligutbyggingsprosjekter og næringsbygg, uten nærmere individualisering av utbyggeres prosjekt og plassering mot infrastrukturen. Ifølge Sivilombudsmannen medførte finansieringsmodellen at utbyggere kunne

«pålegges å besørge anlegg som ikke ligger i utbyggingsområdet, og som heller ikke gjennomføres for å avbøte skader eller dekke konkrete behov ved utbyggingen avtalen gjelder. For eksempel vil kostnadsbidraget fra en utbygger av boliger eller kontorbygg kunne brukes til å finansiere en kunstnerisk utsmykning, småbåthavn, gjestehavn eller havnekanal som ligger i en helt annen del av planområdet. I så fall vil tiltaket neppe tjene interessene i utbyggingsområdet eller dekke behov som oppstår ved den aktuelle utbyggingen».

²²² SOM-2015-1194.

Sivilombudsmannen fant dermed at ordningen var i strid med nødvendighetskravet. Sivilombudsmannen underlegger vurderingstemaet en konkret og individuell bedømmelse, i samsvar med forarbeidsuttalelsene som er trukket frem ovenfor. I samme retning trakk KMDs forutgående tolkningsuttalelse i saken.²²³ Rettsoppfatningen på området trekker dermed tungt i retning av at utbyggingsprosjektet må skape et behov for tiltaket.

Med særlig vekt på forarbeidsuttalelsene og Sivilombudsmann-saken, må konklusjonen bli at nødvendighetskriteriet må tolkes presiserende, slik at den enkelte utbyggingen må skape behovet for kommunale tiltak. Dette innebærer samtidig at perspektivet i nødvendighetsvurderingen etter pbl. § 17-3 tredje ledd, er snevrere enn nødvendighetsvurderingen under rekkefølgebestemmelsene, jf. § 12-7 nr. 10.

For kommunene innebærer dette tolkningsresultatet en praktisk viktig avklaring. Vurderingen av nødvendighetskravet i pbl. § 17-3 tredje ledd bør foretas allerede i planprosessen, ved utformingen av rekkefølgekravene, dersom disse forutsettes oppfylt gjennom utbyggingsavtaler.

Det er prinsipielt uheldig at lovens ordlyd ikke gir eksplisitt uttrykk for den vurdering som skal foretas. Lovteksten bør gi uttrykk for verdibetraktningene som ligger til grunn for lovreguleringen: Det er først og fremst nødvendighetskravet, ikke saklighetskravet, som ivaretar lovens formål om å unngå økt press på økonomien i utbyggingsprosjekter. Både prinsipielle og praktiske hensyn tilsier dermed at lovteksten bør gis en mer presis utforming.

Boe rettet tilsvarende innvending til Bygningslovutvalgets lovforslag før proposisjonsbehandlingen i 2004, uten at det synes å ha vekket departementets oppmerksomhet. Som Boe uttaler, vil man nemlig kun gjennom å stille tydeligere krav i lovteksten, unngå «(...) tvil om hvor langt en kommune kan kreve finansiert tiltak som i og for seg har forbindelse med kommunens planer, bare ikke med den konkrete utbyggingen».²²⁴ For å skape klarhet i regelverket, kan pbl. § 17-3 tredje ledd første punktum eksempelvis omformuleres slik:

«Avtalen kan også gå ut på at grunneier eller utbygger skal besørge eller helt eller delvis bekoste tiltak som *på grunn av utbyggingsprosjektet* er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak» (min presisering uthevet).

Hva skal så til for at utbyggingen kan sies å skape et konkret og direkte behov for infrastrukturtiltaket? Forarbeidene gir en viss veiledning. En forpliktelse kan for det første «avhjelpe skadevirkninger eller ulemper av den konkrete utbyggingen».²²⁵ Tiltaket kan eksempelvis gjelde opparbeidelse av støydemperer fra en vei, dersom

²²³ Tolkningsuttalelse 12/539-2 (KMD).

²²⁴ Boe (2004) s. 527.

²²⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66.

boligprosjektet øker trafikken i området som følge av tilflyttingen. Et praktisk interessant tilfelle er Frysja-avtalen i Oslo kommune, hvor utbygger bl.a. har påtatt seg å opparbeide et bekkeløp.²²⁶ Bekkeløpet er ment som et miljøtiltak for å håndtere overflatevann som ville oppstå som følge av at området skulle transformeres til tettbyområde med boliger, skole, torg, gater, mv.

Alternativt kan tiltaket «tjene interessene i utbyggingsområdet». Dette skal innebære en betydelig skranke for hva som kan avtales.²²⁷ Bygningslovutvalget viser til at et utbyggingsprosjekt for etablering av seniorboliger, ikke kan pålegges å oppføre en skole. Eksempelifiseringen tilsier at tiltaket må ta sikte på å realisere samme formål som utbyggingsprosjektet. Det må således foretas en vurdering av hvilke interesser utbyggingsprosjektet etter sitt formål og sin karakter tar sikte på å fremme, sett hen til den arealutnyttelsen som planen legger opp til. Eksempelvis knytter det seg åpenbare forskjeller mellom et lagerbygg og et kontorbygg, selv om begge utbyggingsprosjektene er næringseiendommer. Kontorbygget vil i større grad nyte godt av kollektivtransport som skal betjene arbeidstakerne, mens lagerbygget kan ha særlige fordeler av tilpasset infrastruktur, som brede veier.

Utover dette kan ikke så mye mer generelt sies om vurderingstemaet. Isteden kan det være nyttig å søke å identifisere vurderingsmomenter som vil være relevante i den konkrete grensdragningen.

6.4.2 Vurderingsmomenter

6.4.2.1 Fysisk avstand

I vurderingen av om utbyggers ytelse tjener interessene i utbyggingsområdet eller avhjelper skadevirkninger eller ulemper av den konkrete utbyggingen, er den fysiske avstanden mellom utbyggingsprosjektet og tiltaket et sentralt moment. Et tiltak har presumptivt svakere tilknytning til utbyggingsprosjektet, jo lengre unna tiltaket befinner seg.²²⁸

Fysisk avstand vektlegges i SOM-2015-1194, hvor det påpekes at anleggsbidraget fra enkelte utbyggere kunne risikere å «brukes til å finansiere en kunstnerisk utsmykning, småbåthavn, gjestehavn eller havnekanal som ligger i en helt annen del av planområdet. I så fall vil tiltaket neppe tjene interessene i utbyggingsområdet eller dekke behov som oppstår ved den aktuelle utbyggingen».

²²⁶ <https://www.oslo.kommune.no/politikk-og-administrasjon/etater-og-foretak/eiendoms-og-byfornyelsesetaten/kunngjoringer-fra-eiendoms-og-byfornyelsesetaten/kunngjoring-22-04-2016-fry-sjaparken-utbyggingsavtale-til-offentlig-ettersyn-article62986.html> (sjekket 26. mai 2017).

²²⁷ NOU 2003:24 s. 171 og Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66.

²²⁸ Sml. Myklebust (2013) s. 120 og Reusch (2014) s. 29. Se til sammenligning akvakulturloven § 11 første ledd, jf. § 4, hvor myndighetene ved utstedelse av akvakulturtilatelse sette som vilkår at søker besørger nødvendige miljøundersøkelser for å dokumentere miljøtilstanden «innenfor lokalitetens influensområde».

Veiledende retningslinjer for avstandsvurderingen, er om tiltaket befinner seg på *samme eiendom* som utbyggingsprosjektet, eller om tiltaket befinner seg *i eller utenfor* samme planområde som utbyggingsprosjektet. Dette har likevel ikke avgjørende betydning, dersom kommunen kan påvise at interesser i omkringliggende planområder blir skadelidende, sml. pbl. § 12-7 nr. 2 og Rt. 1993 s. 278 (Gaulosen), jf. kap. 2.4.2.

6.4.2.2 Utbyggingens art

Ettersom ulike prosjekter kan aktualisere forskjellige behov i området, vil et annet moment være sammenhengen mellom tiltaket og utbyggingsprosjektets art. Ofte er behovet for tiltak universelt for ulike typer utbyggingsprosjekt, så som kollektivanellegg, gang- og sykkelveier, gangbroer. På den annen side er tiltak som etter sin art mangler all sammenheng med utbyggingsprosjektet, klart ulovlig.

Vurderingen bør ta utgangspunkt i særegenheter ved *det konkrete utbyggingsprosjektet*, jf. kap. 6.4.1. Et illustrerende eksempel er Rt.1935 s. 85 (Ulvøya), hvor utbygger ville etablere boliger på en øy. Spørsmålet var om kommunen kunne gjøre godkjenning av utbyggers reguleringsplanforslag betinget av at utbygger etablerte en broforbindelse til fastlandet. Saksforholdet gjaldt altså kommunens adgang til å stille vilkår til et diskresjonært vedtak, og anses dermed å ha overføringsverdi til vårt spørsmål. Det sentrale i vår sammenheng, er at Høyesterett aksepterte vilkårsstillingen, fordi boligutbyggingen ville gi en befolkningsvekst som overskred kapasiteten på det eksisterende fergenettet. Dermed var etablering av en broforbindelse nødvendig for å akseptere utbyggingen.

Dersom et kjøpesenter øker trafikken i området, kan det eksempelvis være naturlig å etablere støydempende tiltak. Eller dreier utbyggingsprosjektet seg om industrivirksomhet som overskrider grenseverdier for akseptabel luftforurensning, kan det være nødvendig å kreve tiltak som hever luftkvaliteten eller reduserer utslipp.

6.4.2.3 Forhold ved utbyggingsområdet

Situasjonen i utbyggingsområdet er også et relevant moment. I omreguleringsområder som legger opp til en annen eller høyere arealutnyttelse enn tidligere, kan det lettere oppstå behov for oppgradering eller ny infrastruktur, sammenlignet med ferdigutviklede strøk. Men også i etablerte strøk kan utbyggingsprosjektet skape særskilte behov, eksempelvis hvis planen sprenger kapasiteten i området.

Kommunen kan ikke kreve bidrag som er påkrevd på grunn av den alminnelige utviklingen i strøket, eksempelvis opprustning av vei eller kunstverk i et sentrumsområde, uten direkte sammenheng med utbyggingsprosjektet avtalen dreier seg

om.²²⁹ I disse tilfeller er det jo ikke utbyggingsprosjektet som skaper behovet for infrastrukturgrepene.

Videre kan det tenkes at én utbygger blir den som «velter lasset» og skaper behovet for ny infrastruktur. Eksempelvis kan en industrivirksomhet legge så stort press på veinettet, at veien må oppgraderes. For utbygger kan det da fort virke urimelig å måtte forestå hele opparbeidingen alene. Her setter imidlertid forholdsmessighetskriteriet skranker for hvor store utgifter utbyggeren kan påta seg.

Ellers vil tiltak som kommunen ensidig kunne kreve med hjemmel i plan- og bygningsloven, uansett oppfylle kriteriene i pbl. § 17-3 tredje ledd, jf. bl.a. §§ 18-1 og 18-2.²³⁰ Når lovgiver har gitt autoritativt uttrykk for at slike tiltak kan pålegges, er det ingen sterke motforestillinger mot å pålegge slike krav gjennom en utbyggingsavtale.

6.4.2.4 Eksklusivt til området?

Infrastrukturtiltaket trenger ikke å ligge «eksklusivt til interessene i området», og kan dermed tjene samfunnet for øvrig.²³¹ Utbygger kan dermed pålegges å opparbeide infrastruktur som skal være offentlig tilgjengelig eller på annen måte tjene som fellesområde, eksempelvis gjennomfartsvei, parkeringsplass, idrettsanlegg, en dam eller et parkområde. Det kan imidlertid være begrensninger:

For det første taler dobbeltbeskatningshensynet mot at kommunen skal kunne tillegge seg ytelser som forutsettes belastet av skattesystemet og kommunale avgifter. Det må dermed trekkes en klar grense mot kostnader som angår det offentliges behov *helt generelt*.²³²

For det andre må behovet for tiltaket aktualiseres av utbyggingen. Denne grensedragningen kan i praksis være vanskeligere. Ulike former for fellesområder kan benyttes både av utbygger og andre. Som en retningslinje for grensedragningen kan det i disse tilfeller trekkes paralleller til det ulovfestede «parkprinsippet» i ekspropriasjonsretten:

Som utgangspunkt utmåles ekspropriasjonserstatningen iht. eiendommens salgsverdi, jf. ekspropriasjonserstatningslova § 5 første og annet ledd. Dette innebærer at eiendommens arealformål og påregnelig bruk skal legges til grunn for verdiberegningen: Er eiendommen regulert som friområde, skal utmålingen ta utgangs-

²²⁹ Sml. tolkningsuttalelse 12/539-2 (KMD) og Rogstad (2007) s. 142.

²³⁰ NOU 2003:24 s. 171 og Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 65, sml. LE-2008-78952.

²³¹ NOU 2003:24 s. 171.

²³² Sml. tolkningsuttalelse 12/539-2.

punkt i dette, selv om det omkringliggende området er regulert til bebyggelsesformål som ville gitt vesentlig høyere utmåling.²³³ Fra denne hovedregelen kan det gjøres unntak for eiendommer som inngår i fellesområder som *betjener* bebyggelsen. I så fall skal fellesområdet beregnes som byggegrunn etter tomteprisen i strøket (parkprinsippet).²³⁴ Parkprinsippet gjelder imidlertid ikke dersom området er regulert som fellesområde for allmennheten generelt. Dette påkaller en vurdering av *hvor nær tilknytning fellesområdet har til utbyggingen*.

Rt. 2009 s. 740 (Seimsmyrane), er illustrerende. Det omtvistede arealet gjaldt en bydelspark. Selv om bydelsparken i utgangspunktet manglet konkret tilknytning til grunneiers bebyggelse, var spørsmålet om parkprinsippet likevel skulle legges til grunn, fordi parken måtte ses i sammenheng med den høye arealutnyttelsen som reguleringsplanen la opp til. Høyesterett poengterer at det ut fra likhets- og rettferdighetshensyn var grunnlag for å akseptere parkprinsippet, såfremt det «er tale om ein park som gir høve til sterkare utnytting av tilgrensande område, til dømes ved fortetting med reduserte krav til uteareal» (avsnitt 48). Høyesterett krevde altså at fellesområdet måtte være en direkte kompenserende faktor for å akseptere en høyere arealutnyttelse i området, og dermed betjente et særlig behov for befolkningen i det aktuelle nærområdet.²³⁵

Overføringsverdien for vårt spørsmål er at tilknytningen mellom infrastrukturtiltaket og utbygningsprosjektet kan være tilstrekkelig sterk, dersom det kan påvises at fellesområdets *hovedformål* er å komme utbyggingen direkte til gode. Dette kan særlig være aktuelt ved byområder som åpner for fortetting. Her må kommunen eksempelvis kunne kreve at utbygger bidrar til kompenserende grøntområder. Om man da velger å anse tiltaket som «avbøtende» eller for å «tjene interessene i området», blir langt på vei en smakssak.

Samtidig må det understrekes at også parkprinsippet har uklare rammer, og at grensdragningen mellom *hovedformål* og andre formål kan være en vanskelig øvelse. Det er naturligvis heller ikke gitt at grensdragningen blir identisk ved utbyggingsavtalene.

6.4.2.5 Tidsperspektivet

Kravet om at utbyggingen utløser et konkret og direkte behov for tiltaket, tilsier at kommunen ikke kan kreve at utbygger bekoster infrastruktur som allerede er etablert eller fullfinansiert i planområdet.²³⁶ En slik tidsbegrensning harmonerer med

²³³ Sml. Rt. 2009 s. 740 avsnitt 42.

²³⁴ Bugge (2015) s. 244. Parkprinsippet er anvendt i omfattende rettspraksis, jf. bl.a. plenumsdommen Rt. 1977 s. 24 (Østensjø), Rt. 1999 s. 213, Rt. 2009 s. 695 og Rt. 2009 s. 740.

²³⁵ Sml. Rt. 1983 s. 700 og Rt. 1992 s. 55.

²³⁶ Sml. tolkningsuttalelse 10/647-3 (KRD), 13/1383-2 og 14/912 (KMD).

pbl. § 12-7 nr. 10. Når rekkefølgekrav anses «tilstrekkelig etablert» ved fullfinansiering, jf. kap. 2.4.3, vil betingelsene i planen samtidig være oppfylt. Dette innebærer at etterfølgende utbyggere får et rettskrav på byggetillatelse, jf. § 21-4 jf. § 12-4 tredje ledd. I praksis medfører dette at kommunen så langt som mulig bør innta en organiserende rolle på gjennomføringsstadiet, for å sikre at alle relevante utbyggere bidrar til oppfyllelsen av planens rekkefølgekrav på like premisser.

Hva som er en god løsning *de lege ferenda*, kan imidlertid diskuteres. Dagens retts-tilstand tilgodeser utbyggere som ikke ønsker å bidra til etableringen, men som likevel nyter godt av tiltakene, hvilket kan være prinsipielt uheldig bl.a. ut fra fordelingshensynet. Det kan tenkes at utbyggere og kommunen er mer tilbakeholdne med å igangsette prosjekter, dersom de ikke har sikkerhet for at etterfølgende «gratispassasjerer» også bidrar til fellesskapet. En mulighet er å utvide virkeområdet for refusjonsberettigede tiltak etter plan- og bygningsloven kap. 18, jf. behandlingen i kap. 2.2.4.

6.4.2.6 Kommunen yter noe tilbake

Som påpekt i kap. 3.1.3, fordrer nødvendighetskravet etter sin natur en «absolutt» vurdering: Et tiltak er enten nødvendig, eller så er det ikke det. Likevel slår forarbeidene fast at nødvendighetskriteriet får mindre selvstendig betydning dersom kommunen bidrar i avtaleforholdet gjennom egne bidrag til plangjennomføring eller andre avtaleforpliktelser.²³⁷ Synspunktet er at kommunen i større grad yter i kraft av rollen som privat rettssubjekt, enn som planmyndighet. Da må kommunens ytelse kunne verdsettes etter alminnelige privatrettslige prinsipper.

Dette innebærer at nødvendighetskravet må anses som en relativ størrelse: Jo mer kommunen yter «tilbake», jo mindre skal det til for å anse infrastrukturtiltakene som «nødvendige» etter pbl. § 17-3 tredje ledd første punktum. Denne «relativiteten» kommer direkte til uttrykk i loven for så vidt gjelder forholdsmessighetskravet, jf. § 17-3 annet punktum, nærmere kap. 6.5.2.2.

Det er vanskelig å presisere hvordan denne grensdragningen konkret skal foretas i praksis. Dersom kommunen yter i svært stor grad, er det antagelig myndighetsmisbrukslæren som vil tjene som offentligrettslig skranke på avtaleforholdet. Man må i så fall se bort ifra nødvendighetskriteriet, og isteden spørre om det kommunen oppnår i avtaleforholdet er saklig motivert, ikke hviler på usaklig forskjellsbehandling, og har forpliktelsen ikke fremstår som grovt urimelig for utbygger.²³⁸

²³⁷ Nærmere Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 49-50.

²³⁸ Jf. kap. 3.6, sml. Rt. 2015 s. 795 (Geiranger).

6.4.3 En konkret vurdering

Avslutningsvis må det foretas en samlet konkret vurdering av hvilke behov utbyggingssprosjektet påfører omgivelsene. Momentene påpekt ovenfor er retningsgivende argumenter. Momentene kan dermed komme inn med ulik styrke, og er heller ikke uttømmende. En avtaleforpliktelse som i ett saksforhold fremstår som usaklig og unødvendig, kan i et annet saksforhold slå ut som saklig og nødvendig, fordi avtalen er inngått under andre forutsetninger. Andre ganger kan rettsanvenderen stå overfor et grensetilfelle mellom hva som kan anses som en akseptabel eller uakseptabel forpliktelse. Lar man avtalen likevel passere på dette punkt, kan det være grunn til å ilegge en noe strengere terskel i forholdsmessighetsvurderingen.

6.5 Forholdsmessighetskriteriet

6.5.1 Kravet om «rimelig forhold»

Vi har nå sett at saklighets- og nødvendighetskriteriene setter overordnede skranke for hva utbygger kan påta seg i en utbyggingssavtale. Spørsmålet er hva som kreves for at et avtalevilkår som i og for seg er saklig og nødvendig, også anses forholdsmessig. Nærmere bestemt tas det stilling til kravet om at tiltaket må stå «i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag til gjennomføringen av planen og forpliktelser etter avtalen», jf. pbl. § 17-3 tredje ledd annet punktum. Herunder behandles kravet om at «[k]ostnadene som belastes utbygger eller grunneier til tiltaket, må stå i forhold til den belastning den aktuelle utbygging påfører kommunen», jf. tredje punktum.

Ordlyden «rimelig forhold» tilsier at det må foretas en balansering av partenes fordeler og ulemper etter avtalen. Vurderingstemaet er skjønnspreget. Det kan spørres hvor stor grad av ubalanse som må til før avtalen anses ulovlig. Som Graver påpeker, varierer terskelspørsmålet («forholdsmessighetsstandard») fra rettsområde til rettsområde, og det er til syvende og sist «opp til lovgiver å fastsette hvor mye de offentlige hensyn som skal telle opp mot hensynet til den berørte part». ²³⁹ Ordlyden «rimelig», sett i sammenheng med lovens opplistede avveiningsmomenter, forutsetter en viss gjensidighet i avtaleforholdet, slik at det ikke forekommer betydelig skjevfordeling av byrder i borgerens disfavør. Ifølge forarbeidene er terskelen strengere enn myndighetsmisbrukslærens forbud mot åpenbart urimelige resultater. ²⁴⁰ Men uttalelsen gir ikke nevneverdig tolkningsbidrag for hvor terskelen skal fastsettes i det enkelte tilfelle. Det er mulig man her må operere med en fleksibel standard. Avveiningen som skal foretas består av dels usammenlignbare størrelser, og det kan dermed være utfordrende å finne en «rimelig» balanse mellom byrder

²³⁹ Graver (2015) s. 129. Sml. eksempelvis phvl. § 3-3 nr. 6 som krever at tvangsinngrepet er «den klart beste løsning» for pasienten.

²⁴⁰ NOU 2003:24 s. 172.

og fordeler i avtaleforholdet. I mangel av klargjørende praksis, blir det i stor grad opp til aktørene å operasjonalisere forholdsmessighetsstandarden i den konkrete sak.

Selv om pbl. § 17-3 tredje ledd første og annet punktum angir avveiningsmomenter i forholdsmessighetsvurderingen, ville departementet «ikke gi særskilte føringer for forholdsmessighet».²⁴¹ Dette tilsier at loven ikke er uttømmende regulert. Rettsanvenderen står derfor overfor en nokså bred interesseavveining. Det er dermed nærliggende å se hen til mer alminnelige forholdsmessighetsavveininger, hvoretter det må foretas en «bred helhetsvurdering ikke bare av lovens ordlyd, forarbeider og formålsramme, men også av faktorer som inngrepets størrelse, de offentlige interesser involvert, partens typiske situasjon m.m.».²⁴²

I det følgende tas stilling til vurderingsmomenter som er relevante under forholdsmessighetsavveiningen.

6.5.2 Vurderingsmomenter

6.5.2.1 Utbyggingens art og omfang

At tiltaket må «stå i rimelig forhold til» utbyggingens «art og omfang», jf. pbl. § 17-3 tredje ledd annet punktum, tilsier at utbyggingsprosjektet og tiltakene må vektas mot hverandre. Jo større press prosjektet påfører kommunen, jo større plikter er det «rimelig» å pålegge utbygger.²⁴³

Utbyggingens «art» henspiller på en vurdering av utbyggingens karakter og kvaliteter. Avveiningsmomentet er mer differensiert enn nødvendighetskriteriet ovenfor. Det kan tenkes at *ulikeartede prosjekter* utløser behov for samme tiltak i et utbyggingsområde (slik at begge oppfyller pbl. § 17-3 første punktum), men at det ene prosjektet har særegenheter som medfører at utbyggerne må bidra i større grad. I et fortettingsområde kan både et boligprosjekt og et kontorbygg skape behov for å etablere fri- og grøntområder, som følge av distriktet blir «urbanisert». Men boligbebyggelsen skaper typisk større behov for fri- og grøntområder enn kontorbygget, ettersom beboere har større behov for rekreasjon enn ansatte. Boligprosjektet må i så fall bidra mer til plangjennomføringen enn kontorprosjektet.

Et spørsmål er *hvor langt* utbyggingsprosjektene bør differensieres fra hverandre ved kostnadsfordelingen. Valget av arealbruksformål og utnyttelsesgrad i arealplanen, kan tjene som rettesnor. Eksempelvis kan beregningene ta utgangspunkt i om utbyggingen gjelder boligbebyggelse, fritidsbebyggelse, kjøpesenter, forretninger,

²⁴¹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 49.

²⁴² Bernt (1977) s. 74-75, jf. kap. 2.4.1 og 3.6.

²⁴³ Sml. NOU 2003:24 s. 171-172.

mv., jf. pbl. § 12-5 nr. 1. Men kommunen bør likevel sørge for å tilpasse kostnadsbidraget til det individuelle prosjektet.

Videre peker vilkåret utbyggingens «omfang» på en vurdering av utbyggingsprosjektets fysiske og økonomiske størrelse. Momentet viser at *likeartede* prosjekter kan utløse behov for samme tiltak i et utbyggingsområde, men at det ene prosjektet likevel kan måtte bidra mer. For eksempel vil en boligblokk med 200 beboere skape større behov for fri- og grøntområder eller støytiltak mot økt trafikk, enn en boligblokk med 20 beboere.

I en konkret forholdsmessighetsvurdering må likevel utbyggingens «art» og «omfang» ses i sammenheng. Eksempelvis kan det være problematisk å basere utbyggerens bidrag utelukkende på en standardisert kvadratmeterpris i området. Sivilombudsmann-saken omtalt ovenfor illustrerer dette.²⁴⁴ I saken hadde kommunestyret vedtatt at *boligprosjekter* skulle bidra med kr. 950 per kvadratmeter BRA, mens alle *næringsbygg* skulle bidra med kr. 650. Kommunen hadde dermed til i en viss grad differensiert utbyggingsprosjektene individuelle kvaliteter og størrelse. Men ikke i tilstrekkelig grad. Som Sivilombudsmannen uttalte, ville eksempelvis «et stort *kontorbygg* med mange ansatte gi andre behov for kollektivanlegg, gang- og sykkelveier enn et *lagerbygg* på samme størrelse» (mine uthevninger). Sitatet viser at ulikeartede næringsbygg kan skape nokså ulik belastning på området, selv om prosjektene har samme størrelse.

Forholdsmessighetskravet overlapper delvis nødvendighetskravet i første punktum. Jo mer nødvendig tiltaket er, jo lettere blir infrastrukturbidraget forholdsmessig. Samtidig må disse prinsipielt ulike vurderingstemaene holdes adskilt. Nødvendighetskravet fokuserer «kvalitativt» på sammenhengen mellom utbyggingsprosjektet og behovet for tiltaket. Forholdsmessighetskriteriet fordrer i større grad «kvantitative» vurderinger: Gitt at utbyggingsprosjektet utløser behov for tiltak i området – *hvor mye* er det rimelig at utbyggeren bidrar med? Proposisjonen uttaler at:

«Blant annet fordi tiltak skal stå i forhold til utbyggingens art og omfang, innebærer tredje ledd uansett at en avtale om skolekapasitet ikke kan medføre bidrag *til mer enn det antall elevplasser utbyggingen konkret medfører behov for*. At skolekapasiteten sprenges ved tilførselen av noen elever, slik at det blir behov for en helt ny skole, kan ikke føre til en avtale om bidrag til *hele skolen*» (mine uthevninger).²⁴⁵

Sitatet har generell overføringsverdi, idet tiltaket utbyggeren pålegges ikke kan gå lenger enn de konkrete ulempene utbyggingsprosjektet påfører kommunen. Det vil med andre ord ikke være «rimelig» å pålegge utbyggeren større byrder enn de utgifter prosjektet påfører kommunen, jf. pbl. § 17-3 tredje ledd annet punktum.

²⁴⁴ SOM-2015-1194.

²⁴⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66.

Denne presiseringen kan ses på som et utslag lovens overordnede formål om å unngå dobbeltbeskatning og urimelig press på økonomien i utbyggingsprosjekter.²⁴⁶

En utfordring er at det i praksis kan være vanskelig å foreta treffende kostnadsberegninger av hvilken belastning utbyggingsprosjektet påfører kommunen. Praktiske hensyn tilsier derfor at kostnadsberegningen må kunne bygge på anslag og gjennomsnittsberegninger.²⁴⁷ Spørsmålet er om også andre kostnadsberegninger må kunne godtas.

Rt. 2003 s. 764 (Løvenskiold) gjaldt spørsmål om et vedtak om dispensasjon og mindre vesentlig endring fra reguleringsplan, kunne betinges med vilkår om at utbygger bekostet gang- og sykkelsti.²⁴⁸ I dommen ble utbygger ansett å ha samtykket til kommunens pålegg. Saksforholdet har dermed overføringsverdi til utbyggingsavtalene. Høyesterett anså vilkårsstillelsen verken usaklig eller uforholdsmessig. Det interessante for vår sammenheng, er at Høyesteretts foretar en forholdsmessighetsavveining av utbyggingsprosjektets totale utgifter mot infrastrukturutgiftene. Opparbeidelseskostnadene på 3-4 millioner kroner, utgjorde i forhold til utbyggingskostnadene på ca. 100 millioner kroner, ikke et «utilbørlig tyngende vilkår» (avsnitt 83).

At utbyggingsprosjektets totalkostnader rent språklig omfattes av ordlyden «omfang», jf. § 17-3 tredje ledd annet punktum, tilsier at beregningsmåten i Rt. 2003 s. 764 kan anvendes ved bruk av utbyggingsavtaler. På den andre siden sørger ikke beregningsmodellen alene for differensiering mellom utbyggingsprosjekter, slik loven forutsetter. Eksempelvis kan et kontorbygg og et boligprosjekt være like kostbare å etablere, men likevel skape ulikt press på infrastrukturen i området. Dette tilsier at beregningsmodellen ikke uten videre oppfyller lovens krav. Til dommen kan det også innvendes at valget av beregningsmodell er ubegrunnet. Det er mulig at dommen må tolkes som et uttrykk for konkret rimelighet: Totalkostnadene kunne tilsi at utbygger var økonomisk sterk, slik at byrdene ikke ville ramme prosjektets «økonomiske bæreevne» uforholdsmessig hardt. Dette svekker beregningsmodellens overføringsverdi til utbyggingsavtalene, spesielt der kommunen benytter områdemodeller med t.d. standardiserte kostnadsbidrag.²⁴⁹ Samlet sett må konklusjonen bli at en isolert avveining av infrastrukturkostnadene mot utbyggers totalkostnader, ikke bør benyttes som beregningsmodell.

²⁴⁶ Jf. kap. 3.3.

²⁴⁷ Sml. Veilederen (KRD) s. 19 og Pedersen m.fl. (2011) s. 523.

²⁴⁸ Se Aulstad (2005) s. 247 flg. for en kritisk gjennomgang av dommen.

²⁴⁹ Jf. kap. 6.4.1.

6.5.2.2 Kommunens bidrag og forpliktelser

Utbyggerens ytelse må også vurderes opp mot kommunens «bidrag til gjennomføringen av planen og forpliktelser etter avtalen», pbl. § 17-3 tredje ledd annet punktum. Etter ordlyden kan kommunen gjennom egen handling motta større ytelse fra utbygger, og på denne måten opprettholde balanse i avtaleforholdet. Disse utgangspunktene faller naturlig i en forholdsmessighetsvurdering – jo større nytte utbygger får ved avtalen, jo mer rimelig er det at utbygger yter noe tilbake.

Kommunens bidrag til «gjennomføring av planen» henspiller etter naturlig språkforståelse på bidrag som gjør området byggeklart. Kommunen kan eksempelvis forsere infrastruktur som oppfyller planens rekkefølgekrav. Bidraget må dreie seg om *plangjennomføring* – kommunen må altså gjøre mer enn å bare vedta arealplanen. Proposisjonen presiserer vilkåret slik:

«Der kommunen for eksempel endrer egne investeringsplaner og forserer utbyggingen av kommunal infrastruktur til fordel for utbyggingsprosjektet, vil det være rimelig at også rammene for en utbyggingsavtale utvides».²⁵⁰

Kriteriet må ses i lys av at kommunen skal prioritere og budsjettere en rekke kommunale oppgaver. Dersom kommunen velger å prioritere etablering av utbyggingsområdet, typisk oppfylle rekkefølgekrav, bespares utbyggeren tid og oppnår fordeler som styrker gjensidigheten i avtalen. Også andre bidrag enn *fysisk* opparbeidelse kan tenkes, eksempelvis at kommunen påtar byggherreansvar, økonomisk risiko (eks. garantiforpliktelser), grunnverv, anbudsrunder eller annen tilrettelegging ved oppfølgingen av prosjektet.²⁵¹ Slike bidrag øker balansen i avtalen og må aksepteres, såfremt bidraget kan sies å være «til fordel for utbyggingsprosjektet», jf. forarbeidsuttalelsen ovenfor.

Det kan samtidig innebære store utfordringer å avveie hvor mye som skal til for at kommunens bidrag kan sies å stå i «rimelig forhold» til utbyggerens kostnader. Det er neppe mulig eller hensiktsmessig å foreta en finmasket avveining av bidragene, ettersom disse ikke nødvendigvis er av økonomisk karakter. Dette illustrerer vanskelighetene med å balansere usammenlignbare størrelser mot hverandre i forholdsmessighetsvurderinger.²⁵² I stedetfor bør kommunens bidrag til «gjennomføring av planen» inngå som ett av flere momenter i en totalvurdering av om ytelsene i avtaleforholdet fremstår «rimelig» balansert.²⁵³

²⁵⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66.

²⁵¹ Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7.

²⁵² Jf. kap. 3.6.

²⁵³ Sml. t.d. LE-2008-6605, hvor retten vektlegger at kommunen bidro med forskuttering av statlige bidrag, byggherreansvar, økonomiske tilskudd og økonomisk ansvar for etablering av hovedvannforsyning.

Verken loven eller forarbeidene omtaler betydningen av at kommunen opparbeider «infrastruktur som skoler, barnehager, sykehjem eller tilsvarende tjenester som det offentlige med hjemmel i lov er forpliktet til å skaffe til veie», jf. byggesaksforskriften § 18-1 første punktum.²⁵⁴ På dette punkt må imidlertid loven tolkes innskrenkende. Det ville uthule formålet bak forskriftshjemmelen dersom kommunen kunne forsere slike tiltak og deretter «trekke dette fra» i oppgjøret med utbyggeren. Dessuten kan ikke bidrag som kommunen har lovpålagt ansvar for å etablere, sies å medføre reelle avtaleforpliktelser for kommunen. Det kan først sies å foreligge gjensidighet i partsforholdet når kommunen yter *utover* sine lovfastsatte oppgaver.²⁵⁵

Lovtekstens andre henvisning til kommunens «forpliktelser etter avtalen», henspiller på motytelser kommunen særskilt har påtatt seg overfor utbygger. Spørsmålet er hvilke «forpliktelser» som er relevante å vektlegge. Ordlyden tilsier at kommunen påtar seg byrder i kraft av privatautonomien, og altså disponerer utover rollen som planmyndighet. Dette understøttes av forarbeidene, som påpeker at forpliktelsen må være av «rendyrket privatrettslig karakter».²⁵⁶ Som Aulstad påpeker, ville det være urimelig å avskjære kommunen fra å ta betalt for sin eiendom.²⁵⁷ En må i disse tilfeller akseptere avtalevilkår som medfører større forpliktelser for utbyggeren, enn ellers. Hvilke ytelser som kan være av «rendyrket privatrettslig karakter», er imidlertid ikke helt klart. Men kriteriet omfatter i hvert fall overdragelse av fast eiendom til utbygger, samarbeid om opparbeiding av infrastruktur, eller andre avtaler om salg eller tjenester.²⁵⁸ Dette må vel antas å være de mest praktisk relevante ytelsene. Andre avtaleforpliktelser kan være at kommunen tilbyr utbygger gunstige lånebetingelser som rentefritt lån eller langsiktig avdragsbetaling.

Loven *krever ikke* at kommunen bidrar i avtaleforholdet. En avtale kan med andre ord være forholdsmessig selv om én eller flere utbyggere forestår hele infrastrukturtiltaket uten hjelp fra kommunen, jf. også ordlyden «helt eller delvis» i § 17-3 tredje ledd første punktum. Likevel skal utbyggers kostnader være rimelig balanserte. Kommunens valg om å ikke bidra selv, må typisk kunne begrunnes med at det er utbyggingsprosjektet som alene skaper behovet for infrastrukturtiltakene, eller (dersom det er flere utbyggere i området) at kostnadsfordelingen mellom utbyggerne er forholdsmessig lav.

6.5.2.3 Belastningen utbyggingen påfører kommunen

Videre presiserer pbl. § 17-3 tredje ledd tredje punktum at «kostnadene som belastes utbygger eller grunneier til tiltaket», må stå i forhold til «den belastning den

²⁵⁴ Nærmere om forskriftshjemmelen i kap. 7.2.

²⁵⁵ Sml. også Aulstad (2005) s. 80-86.

²⁵⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66.

²⁵⁷ Aulstad (2005) s. 373-374.

²⁵⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66-67.

aktuelle utbygging påfører kommunen». Lovteknisk er sammenhengen mellom § 17-3 annet og tredje punktum ikke helt tydelig. Tredje punktum ble først tilføyd av mindretallet i Stortingets kommunalkomite, og kriteriet er ikke nærmere kommentert.²⁵⁹ Rettsteknisk er tredje punktum naturlig å behandle som et selvstendig avveiningsmoment under helhetsvurderingen av om det foreligger «rimelig» balanse mellom avtalepartenes byrder og fordeler, jf. § 17-3 tredje ledd annet punktum.

Ordlyden «belastning[en] den aktuelle utbygging påfører kommunen», overlapper delvis «utbyggingens art og omfang» jf. annet punktum, men har et bredere perspektiv. Etter tredje punktum må «kommunen» forstås som en representant for allmenne interesser, slik at vurderingsmomentet peker på utbyggingens bredere samfunnsmessige belastninger på omgivelsene. Hensynet til tredjeparter i lokalmiljøet og andre offentlige interesser bak arealplanleggingen, er relevante, jf. pbl. § 3-1. Eksempelvis vil tiltaket lettere anses forholdsmessig dersom verdifulle aktiviteter for barn og unge fortrenses som følge av utbyggingen.²⁶⁰ Utbyggingsprosjektets miljøkonsekvenser har også betydning, og det kan derfor være aktuelt å stille miljøkrav eller andre kompensierende tiltak.²⁶¹ En rekke miljøhensyn kan vektlegges, så som dyreliv, estetikk, støynivå, luftkvalitet og grøntområder. Som vist i kap. 2.3, kan miljøhensynet være tungtveiende og t.d. utslagsgivende momenter i forholdsmessighetsvurderingen.

Samlet fremstår tredje punktum som et autoritativt uttrykk for fordelingshensynet, jf. kap. 3.3. Det fremstår lettere som «rimelig» at utbyggere som får innfridd sine økonomiske interesser gjennom raskere eller høyere arealutnyttelse, kompenserer ulempene utbyggingen påfører allmenheten. Hvor sterkt de allmenne interessene gjør seg gjeldende, beror dels på hvor påtrengende behovet er, og dels på verdivurderinger (hvor viktig interessen er for området), noe som langt på vei blir politiske og faglige vurderinger.

6.5.2.4 Øvrige momenter

De lovfestede avveiningsmomentene gir en pekepinn på hensyn som kan vektlegges ved spørsmålet om avtalevilkårene er forholdsmessige. Men som påpekt i kap. 6.5.1, ville ikke lovgiver gi en uttømmende regulering av forholdsmessighetsvurderingen. Her behandles noen momenter som ikke faller naturlig under lovens oppregning, men som likevel kan være relevante i vurderingen.

²⁵⁹ Innst.O. nr. 73 (2004-2005) s. 11 og 15. Imidlertid forutsatte proposisjonen at utbyggingsprosjektets belastning for kommunen kunne henføres under momentet «kommunens bidrag til gjennomføringen av planen», jf. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66.

²⁶⁰ Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 66.

²⁶¹ Dette fremheves i de generelle lovmotivene, jf. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7, 49, 55-56 og s. 60.

Et spørsmål er i hvilken grad *utbyggers nytteverdi* med avtaleinngåelsen kan trekkes inn i vurderingen. Ordlyden «rimelig forhold» fordrer en viss balanse i avtaleforholdet, hvilket trekker i retning av at også utbyggers fordeler hører med i forholdsmessighetsvurderingen. Dette understøttes av fordelingshensynet, som tilsier at utbyggere som oppnår gevinster på allmenhetens bekostning, bør bidra tilbake til fellesskapet.

Det finnes også eksempler i rettspraksis hvor nytteverdi har vært trukket frem som et relevant hensyn. I Rt. 2003 s. 764, nevnt i kap. 6.5.2.1, fremhever Høyesterett under spørsmålet om utbyggers plikt til å opparbeide gang- og sykkelsti var uforholdsmessig, at Løvenskiold fikk frigjort utbyggingsgrunn ved at den opprinnelige gangveien ble fjernet (avsnitt 83). Det skulle altså mer til for at vilkårsstillelsen rammet uforholdsmessig hardt, når byggetillatelsen samtidig representerte økonomisk fordeler for utbygger.

På mer generelt plan, kan Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks) nevnes. Saken gjaldt en annen forvaltningsrettslig problemstilling, nemlig om en avgift for etablering av en felles laksefryseordning hadde tilstrekkelig lovhjemmel. Høyesterett nyanserer her hjemmelskravet ut fra forholdsmessighetsbetraktninger.²⁶² I avveiningen fremhever førstvoterende at «belastningen overfor medlemmene [må] avveies mot den fordel de ble antatt å ville få». Når ordningen bidro til å sikre fiskerne økonomisk, og fiskerne dessuten i stor grad nyttiggjorde seg av ordningen, skulle det mer til for at den pålagte fryseordningen kunne anses inngripende. Fjordlaks-dommen kan ha en viss generell overføringsverdi, ettersom domspremissene viser hvordan Høyesterett argumenterer ved forholdsmessighetsavveininger på forvaltningsrettens område. Dette er særlig tydelig hos Graver, som trekker frem dommen i ulike sammenhenger.²⁶³ Overføringsverdien styrkes dessuten av at rettsgodet var av økonomisk karakter, i likhet med utbyggingsavtaler.

Konklusjonen er at utbyggers nytteverdi med avtaleinngåelsen utgjør et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen. Ofte vil nytteverdien samsvare med den belastningen utbyggingsprosjektet påfører kommunen. Eksempelvis jo større utstrekning beboerne i et boligkompleks forutsettes å benytte seg av en gangbro, jo større nytte vil boligeierne ha av tiltaket. Det fremstår da rimelig at boligkomplekset finansierer en større del av gangbroen, sammenlignet med en lagerbygning som trolig drar lite nytte av gangbroen.

I mange tilfeller er utbygger en profesjonell aktør som tar sikte på å oppnå profitt gjennom videresalg (typisk entreprenører) eller virksomhet. Spørsmålet er da om

²⁶² Førstvoterende uttaler på s. 537 at «kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn».

²⁶³ Bl.a. Graver (2015) s. 253-254 (forvaltningsskjønn) og s. 557 (det offentliges erstatningsansvar).

utbyggers økonomiske fortjeneste utgjør en relevant nytteverdi. Som påpekt forutsetter forholdsmessighetsvurderingen at borgerens ulemper og fordeler ses under ett. I konkrete tilfeller kan dette resultere i at man ikke anser en forpliktelse som uforholdsmessig tyngende, fordi forpliktelsen ikke overskrider borgerens økonomiske bæreevne. Dette taler for at utbyggers fortjeneste kan være et relevant moment.

Dessuten er det gjerne ikke utbyggers eget prosjekt alene, men den samlede utviklingen, som medfører verdistigning i et område. Eksempelvis blir et kjøpesenter enda mer attraktivt av at det opparbeides et offentlig kollektivanlegg som øker tilgjengeligheten til kjøpesenteret. En må dermed kunne vektlegge at utbygger selv oppnår økte verdier av infrastrukturiltakene.²⁶⁴ Infrastrukturiltaket blir slik sett en del av utbyggers investering i en potensiell økonomisk gevinst.

I praksis kan vurderingsgrunnlaget for utbyggers fortjeneste bero på om infrastrukturiltakene utgjør en henholdsvis høy eller lav prosentandel av fortjenesten. Et boligprosjekt kan tenkes å ha forventet salgspris på 10 millioner kroner. Dersom etablering av infrastruktur utgjør 1 million kroner, hvilket utgjør en prosentandel på 10 %, vil dette kunne telle med i forholdsmessighetsvurderingen. Utgjør kostnadene til infrastrukturiltak 7 millioner kroner, må kommunen i større grad vise til andre momenter som taler for at kostnaden er rimelig, eksempelvis at utbyggingsprosjektet alene skaper behovet for infrastrukturen, eller at kommunen selv bidrar med ytelser i avtaleforholdet.

En innvending mot å vektlegge fortjeneste som et moment i forholdsmessighetsvurderingen, er at beregningsgrunnlaget eller inntektsutsiktene kan være usikre, typisk på grunn av markedssituasjonen eller at inntjeningen kan ta svært langt tid.²⁶⁵ Det er dermed forbundet en betydelig økonomisk risiko ved å vektlegge utbyggers fortjenestepotensial i beregningen. Det er ikke utenkelig at et slikt usikkerhetsmoment i seg selv kan være en faktor i forholdsmessighetsvurderingen, slik at jo mer usikre framtidsutsiktene er, jo mindre vekt bør man legge på fortjenestepotensialet. Dessuten vil kommunen i praksis formodentlig søke å beregne infrastrukturkostnadene så tidlig som mulig i planprosessen, gjerne før det har blitt klarlagt hvilke utbyggingsprosjekt som skal etableres, eller før utbyggers økonomi blir et forhandlingstema. I så fall tas ikke utbyggers prosjektøkonomi og fortjeneste i betraktning i planbehandlingen. Dette viser at fortjenesteelementet først og fremst bør være et relevant moment ved eventuell etterhåndskontroll med utbyggingsavtalen.²⁶⁶ For kommunens egen praksis, bør derimot fortjenesteelementet ikke være styrende.

²⁶⁴ Sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 20-21.

²⁶⁵ Sml. Aulstad (2005) s. 258.

²⁶⁶ Jf. kap. 8.

Et annet moment som kan få betydning i forholdsmessighetsvurderingen, er hvorvidt tiltaket er tiltenkt *eksklusivt brukt* av utbygger, eller om tiltaket forbeholdes tilgjengelig for allmenheten. Dersom infrastrukturtiltaket f.eks. gjelder en åpen bypark som skal forbeholdes offentlig tilgjengelighet, vil også kommunen nyte godt av tiltaket, hvilket kan tale for at det vil være «rimelig» med en kostnadsfordeling mellom utbygger og kommunen.

Et tredje moment er hvilke plikter utbygger *alternativt* måtte ha tålt. Dette kan begrunnes i hensynet til harmoni i regelverket. Det ville gi liten sammenheng om utbygger ikke skulle behøve å finne seg i avtaleforpliktelser som kunne vært pålagt ved lov, jf. eksempelvis pbl. §§ 18-1 og 18-2, jf. kap. 2.4.4. I disse tilfeller kan lovgiver selv sies å ha vurdert forholdsmessigheten av forpliktelsen. Til illustrasjon fremhever LE-2008-78952 at kommunen «uavhengig av utbyggingsavtalen kunne (...) stilt krav ved ordinær byggesaksbehandling etter plan- og bygningsloven § 67 [pbl. (2008) § 18-1] om godkjent vegopparbeidelse frem til utbyggingsområdet, som vilkår for å tillate bebyggelse». Dette tilsa at avtalen ikke kunne tilsidesettes som ugyldig.

6.6 Oppsummering

Gjennomgangen viser at kravene om saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet har ulike funksjoner i loven. Mens saklighetskravet i første rekke utgjør en overordnet terskel for kommunens begrunnelse eller motivasjon for å kreve bidrag fra utbygger, legger nødvendighets- og forholdsmessighetskravet opp til en mer inngående vurdering av hvilken funksjon tiltaket vil ha for utbyggingsprosjektet. Samtidig er vilkårene skjønnsmessige, og det kan dermed vanskelig trekkes absolutte grenser for avtalekompetansen etter pbl. § 17-3 tredje ledd. Vurderingstemaene er utslag av avveininger, og ikke rettsregler som lar seg umiddelbart subsumere på det gitte faktum. Dette innebærer at grensdragningen kan bli krevende å foreta i praksis. Ved tvilstilfeller kan det være grunn til å se kriteriene i sammenheng: Jo lavere saklig tilknytning eller konkret behov mellom tiltak og utbygging, jo større krav til balanse bør stilles i forholdsmessighetsvurderingen. Og jo sterkere tilknytning og behov, jo mer fleksibel blir forholdsmessighetsterskelen. Dette samsvarer med den «trinnvise» modellen av forholdsmessighetskravet omtalt i kap. 3.6.

Lovgiver fant det likevel ikke helt tilfredsstillende å la avtalekompetansen avgrenses av skjønnsmessige kriterier. Som vi nå skal se, er pbl. § 17-3 dermed supplert med visse regler som både «innskrenker» og «utvider» avtalekompetansen som er gjennomgått hittil.

7 Unntak fra avtalekompetansen

7.1 Innledning

I denne siste drøftelsen av hvilke materielle forpliktelser utbygger kan påta seg i en utbyggingsavtale, trekkes frem visse «unntak» fra de alminnelige reglene om kommunens avtalekompetanse. I kap. 7.2 tas stilling til hvordan forbudet mot «sosial infrastruktur» i byggesaksforskriften § 18-1 innskrenker den generelle avtaleadgangen i pbl. § 17-3 tredje ledd. Videre utgjør også dispensasjonshjemmelen i pbl. § 17-7 en del av helhetsbildet av utbyggingsavtalenes materielle skranker. Bestemmelsen drøftes dermed avslutningsvis i kap. 7.3.

7.2 Hva omfattes av forbudet mot «sosial infrastruktur»?

Byggesaksforskriften § 18-1, jf. pbl. § 17-6, ble vedtatt i forbindelse med lovfestingen av utbyggingsavtalene. Som vi har sett, ønsket departementet at reguleringen av hvilke offentlige ytelser utbygger kunne påta seg, skulle avgrenses gjennom de generelle kriteriene om saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet. Proposisjonsforslaget møtte imidlertid motbør ved behandlingen i Stortingets kommunalkomité. Flertallet bestående av AP, FrP, SV og SP, ville nedlegge et klart skille mellom finansiering av såkalt «teknisk» og «sosial infrastruktur». Et knapt flertall bestående av AP, FrP, SP, tilrådet dermed å avgrense lovforslaget til «veg, annet anlegg for offentlig kommunikasjon, vanntilførsel og avløp og felleskostnader».²⁶⁷

Komiteflertallets forslag ble imidlertid ikke vedtatt i Odelstinget. Isteden valgte Stortinget å følge tilrådingen fra mindretallet bestående av H, SV, KrF, som la departementets lovforslag til grunn.²⁶⁸ SV var det eneste partiet som *både* ønsket å opprettholde en generell vilkårshjemmel, *og* å forby vederlag om «sosial infrastruktur» gjennom forskrifts form.²⁶⁹ Ved behandlingen i Odelstinget kom SV i en vippeposisjon, som resulterte i at deres standpunkt fikk gjennomslag. Dette innebærer at kommunens avtalekompetanse etter pbl. § 17-3 tredje ledd i dag må leses i sammenheng med byggesaksforskriften § 18-1.

Også Sverige og Danmark har forbud mot å finansiere «sosial infrastruktur» som det offentlige har lovpålagt ansvar å etablere, se hhv. plan- og bygglagen 6 kap. 41 § (Sverige), innført i 2015, og planloven § 21 b Stk. 3 (Danmark), innført i 2007. Mens den svenske reguleringen langt på vei minner om den norske, har Danmark valgt en positiv avgrensning, slik at det bare er «fysiske

²⁶⁷ Innst.O. nr. 73 (2004-2005) s. 4, 6 og 16.

²⁶⁸ Innst.O. nr. 73 (2004-2005) s. 15, jf. Besl.O. nr. 65 (2004-2005) s. 1.

²⁶⁹ Innst.O. nr. 73 (2004-2005) s. 4 og 11.

infrastrukturanlæg» som kan finansieres gjennom utbyggingsavtale. Dette minner om forslaget fra flertallet i Stortingets kommunalkomité, jf. like ovenfor. Det svenske og danske forbudet mot «sosial infrastruktur» er inspirert av norsk rett.²⁷⁰ Det er i så måte et lite paradoks at Sverige og Danmarks regulering er mer rigid enn den norske, da disse hviler på lov, sammenlignet med det norske forbudet som «bare» hviler på forskrifts form.

Spørsmålet blir dermed hvilke tiltak som faller innenfor forskriftshjemmelen. Byggesaksforskriften § 18-1 første punktum stadfester at det ikke kan avtales

«at grunneier eller utbygger helt eller delvis skal bekoste infrastruktur som skoler, barnehager, sykehjem eller tilsvarende tjenester som det offentlige med hjemmel i lov er forpliktet til å skaffe til veie».

For det første må tiltaket være en lovpålagt offentlig oppgave. Slike tiltak forutsettes tradisjonelt å skulle belastes gjennom det ordinære skatte- og avgiftssystemet, fremfor enkeltborgere. Stortingsflertallet fryktet at kommunene skulle gå for langt i å påføre utbygger «betydelige ekstrakostnader (...) som kan gjøre boligene unødvendig dyre», som kunne medføre dobbeltbeskatning i samfunnet.²⁷¹ Kommunen kan tenkes å ha særlige økonomiske incentiver til å forplikte utbygger til ytelser som er kommunens lovpålagte ansvar å etablere. Dette kan spesielt gjelde i presskommuner hvor den eksisterende infrastrukturen kan være kapasitetsmessig sprenget.

Dernest må tiltaket omfattes av avgrensningskriteriene «infrastruktur som» skoler, barnehager, sykehjem eller «tilsvarende tjenester». Etter ordlyden synes forbudet å dreie seg om fysiske anlegg og ytelser som inngår i det offentliges velferdstilbud for å sikre menneskelige behov som helse, utdanning, sosialstøtte, o.l. Dette understøttes av paragrafoverskriften «sosial infrastruktur». Oppregningen er ikke uttømmende, og formuleringen «tilsvarende tjenester», favner vidt. Det kan dermed tenkes tiltak som befinner seg i en gråsoner, hvor grensedragningen blir vanskelig.

Et tolkningsmoment ved den konkrete grensedragningen, er hvilke formål det aktuelle tjenestetilbudet tar sikte på å fremme. Eksempelvis skal kommunen etter forurensningsloven § 29 tredje ledd ha anlegg for håndtering av husholdningsavfall og kloakkslam. Slike avfallsanlegg er «infrastruktur» som inngår i det offentliges lovpålagte oppgaver, og det kan spørres om avfallsanlegg dermed omfattes av byggesaksforskriften § 18-1. Avfallsanlegg er imidlertid noe kvalifisert annet enn «skoler, barnehager, sykehjem» som inngår i det offentliges velferdstilbud, jf. ordlydstolkningen ovenfor. Videre er forurensningslovens formål å verne miljøet mot forurensning og sikre en forsvarlig miljøkvalitet i samfunnet og naturen, jf. § 1 første og

²⁷⁰ Se Prop 2013/14:126 s. 158 (Sverige) og Anker (2013) s. 472 (Danmark).

²⁷¹ Innst.O. nr. 73 (2004-2005) s. 2.

annet ledd. Lovformålet omfatter således noe annet enn sosiale behov. Byggesaksforskriften § 18-1 kan dermed ikke anses å forby utbygger til å forplikte seg til å etablere avfallsanlegg, selv om dette er en lovpålagt offentlig ytelse.

Et mer utpreget tvilstilfelle, er om et folkebibliotek omfattes av forskriftsforbudet, jf. folkebibliotekloven § 4. Folkebibliotek kan sies å inngå i statens velferdstilbud, men skiller seg noe fra grunnbehov som helse og utdanning. På den annen side er formålet med folkebibliotekene er bl.a. å «fremme opplysning, utdanning og annen kulturell virksomhet» og å være en «uavhengig møteplass og arena for offentlig samtale og debatt», jf. lovens § 1 første og annet ledd. Loven har dermed et klart sosialt formål. I et slikt grensetilfelle, må det legges vekt på Stortingsflertallets prinsipielle forestillinger mot at kommuner betinger ytelser knyttet til deres lovpålagte virksomhet, ovenfor. Konklusjonen er dermed at utbygger ikke kan forplikte seg til å etablere et folkebibliotek.²⁷²

En annen grensdragning som må foretas etter forskriften, oppstår ved spørsmål om utbygger kan påkoste infrastruktur som *ikke skal benyttes eksklusivt* til offentlige formål som omfattes av forskriftsforbudet. Eksempelvis kan en allmenn tilgjengelig gymsal eller svømmehall inngå i skolens undervisningstilbud. Vil opparbeidelse av slike anlegg da være «infrastruktur» for skolen, jf. § 18-1? Rent språklig er det unaturlig å si at infrastrukturen er en del av skoletilbudet, dersom tiltaket skal tjene samfunnet generelt. En rettesnor må dermed være om tiltakets hovedformål er å betjene det offentlige tjenestetilbudet, eller allmenheten for øvrig.²⁷³

7.3 Dispensasjon der «samfunnsmessige interesser tilsier det»

Departementet «kan» dispensere fra reglene i plan- og bygningsloven kap. 17 der «samfunnsmessige interesser tilsier det», jf. pbl. § 17-7 annet punktum.²⁷⁴ Spørsmålet er hva som skal til for at bestemmelsen kan bringes til anvendelse. Formuleringen «kan» indikerer at departementet har diskresjonær kompetanse til å velge om bestemmelsen skal benyttes. Spørsmålet er dermed når «samfunnsmessige interesser» kan tale for at det bør gis dispensasjon for et utbyggingsprosjekt.

Ordlyden «samfunnsmessige interesser» tilsier at allmenne hensyn må tale i favør av at regelverket unntas. Eksempler kan være hensynet til miljø, sosial og kulturell utvikling og øvrige samfunnsforhold i området. Vilkåret krever mer enn at partene

²⁷² Sml. Prop 2013/14:126 s. 305 (Sverige), som eksemplifiserer med bibliotek som et tiltak som omfattes av forbudet mot «sosial infrastruktur» i plan- og bygglagen 6 kap. 41 §.

²⁷³ Sml. Veilederen (KRD) s. 23.

²⁷⁴ Ordlyden har likhetstrekk med lovendringsforslaget til plan- og bygningsloven § 19-2 annet ledd annet og tredje punktum, se Prop. 149 L (2015-2016) s. 85.

selv ønsker å unngå regelverket. Det kan eksempelvis ikke vektlegges at prosjektøkonomien samlet tjener på å gjøre unntak fra regelverket. Likevel er det uklart hvilke hensyn som er tilstrekkelig relevante for å begrunne fravikelse, og hvor sterkt slike hensyn eventuelt må gjøre seg gjeldende. Ordlyden gir heller ikke uttrykk for at det skal foretas avveininger av eventuelle hensyn mot å gi dispensasjon. Ordlyden er således vag og må presiseres gjennom øvrige tolkningsfaktorer.

Lovformålet er å ramme utbyggingsprosjekter som «ikke er av en slik art at det ligger innenfor det lovforslaget er ment å regulere».²⁷⁵ Dette tyder på at dispensasjonsadgangen skal være snever, og ikke virke som en alternativ avtalekompetanse. Det må dreie seg om avtaler som er så *atypiske* at de legislative hensyn som taler for å begrense avtalefriheten, ikke gjør seg gjeldende. At terskelen bør være høy, understøttes av risikoen for å omgå regelverket.

Videre kan det ifølge forarbeidene aldri dispenseres generelt mot bestemte geografiske områder eller avtaletyper. Søknaden må dreie seg om konkrete utbyggingsprosjekter, og partene må være samstemte. Utover dette kan dispensasjon være aktuelt for spesielle avtaler som forutsetter en kommunal planleggingsprosess, men hvor etableringen av tiltakene mangler direkte sammenheng med utbyggingen, eller blir så omfattende at balansen og forholdsmessigheten i avtalen forrykkes.²⁷⁶ Som eksempel viser forarbeidene til større nasjonale arrangementer som idrettsarrangementer (OL ell.), etablering av industrianlegg, og gaver som har sammenheng med arealplanleggingen, som etablering av museum, bibliotek eller idrettsanlegg.

En sammenfatning av ordlyden, lovformål og forarbeidene, tilsier at det må foretas en konkret avveining av hva som særpreger den aktuelle avtalen, med utgangspunkt i prosjektets og tiltakets art. Også samfunnsforholdene på stedet kan være relevante. Men terskelen for dispensasjon er høy – avtaleforholdet må være ekstraordinært.

Eksempel på et tilfelle der dispensasjonshjemmelen kan være aktuell, kan være at kommunen har særskilte miljøutfordringer som forhindrer nyetablering av boligprosjekter eller virksomhet, som luftforurensning over akseptabelt nivå. Det kan da tenkes at utbygger likevel ønsker å påta miljøsikringstiltak, som håndtering av forurenset grunn utenfor utbyggingsområdet, som går utover rammene i pbl. § 17-3 tredje ledd.

En illustrerende, og foreløpig eneste, dispensasjonssak, er KMDs vedtak 15/2529, som gjaldt et boligutbyggingsprosjekt på Fornebu. Her ga departementet dispensasjon fra forbudet mot «sosial infrastruktur» i byggesaksforskriften § 18-1. Departementet baserer dispensasjonsavveiningen på

²⁷⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 70.

²⁷⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 55-57 og 70.

«tiltakets art, tiltakets omfang og eventuelle særlige forhold ved tiltaket for øvrig. Et vedtak om samtykke til fritak må slik departementet ser det, fattes etter en selvstendig og konkret vurdering av om utbyggingsprosjektet ellers har særskilte trekk som skiller det fra andre utbyggingsprosjekter».

Departementet vurderer altså om det ut fra en helhetsvurdering foreligger særskilte forhold som skiller avtaleforholdet fra andre utbyggingsprosjekter. Dette samsvarer med lovformålet og forarbeidsuttalelsene ovenfor.

Et moment som særpreget utbyggingsprosjektet i saken, var utbyggingsprosjektets *størrelse*. Utbyggingen omfattet 6300-10 000 boliger, hvilket ville skape et betydelig behov for infrastruktur i området. Dette måtte ses i sammenheng med at det ikke fantes tilfredsstillende eksisterende infrastruktur i området. Tiltakene måtte bygges fra grunnen, hvilket ble ansett som en meget stor *økonomisk belastning* for kommunen, og en *tidsmessig belastning* for utbygger. Et særskilt moment som skilte utbyggingsavtalen fra andre utbyggingsområder, var prosjektets *plassering*. Etter som Fornebu er en halvøy, var adgangen til å benytte eksisterende infrastruktur i øvrige deler av kommunen, svært begrenset. Dette viser at *graden av behovet* for tiltaket, utgjorde et relevant og tungtveiende moment.

En svakhet både ved forarbeidsuttalelsene og departementets vedtak, er at fokuset ensidig rettes mot interesseforholdet mellom utbygger og kommune. Som vi har sett i kap. 3.3, skal utbyggingsavtalene også ivareta andre hensyn. Forutsetningen om at avtaleforholdet må være ekstraordinært, tilsier at vurderingen også bør trekke inn hvilke samfunnsmessige hensyn som taler mot å dispensere fra regelverket. Det bør bl.a. vurderes om en dispensasjon kan medføre forskjellsbehandling i lokalsamfunnet, herunder om dispensasjonen gir kommunen økonomiske fordeler. En rettesnor kan være hvor ofte kommunen og utbygger søker om dispensasjon. Det kan også være grunn til varsomhet dersom kommunen åpner for en særlig høy utnyttelsesgrad i arealplanen (hvilket gagnar utbygger), og partene dernest søker dispensasjon for å oppfylle tyngende rekkefølgekrav (hvilket gagnar kommunen).

Ytterligere kan begrunnelseskravet etter fvl. § 25 tredje ledd trolig skjerpes i tråd med en forholdsmessighetsvurdering: Jo mindre «ekstraordinært» avtaleforholdet er, eller jo større «betenkeligheter» som er knyttet til dispensasjonen, jo tydeligere må det fremgå hvilke hensyn departementet har vektlagt i vurderingen.²⁷⁷

²⁷⁷ Sml. bl.a. Rt. 1981 s. 754 (Isene).

8 Domstolskontroll med avtalens innhold

8.1 Innledning

Frem til nå har fremstillingen fokusert på de materielle reglene som binder kommunens avtalekompetanse – hvor langt kommunen kan betinge seg ytelser gjennom utbyggingsavtaler. I dette kapittelet behandles domstolskontrollen med avtalemekanismen. I den alminnelige forvaltningsretten, er ofte klage til overordnet organ den mest praktiske måten å få tilsidesatt vedtak på. Utbyggingsavtaler kan imidlertid ikke påklages, jf. pbl. § 17-5. Dermed blir det prinsipielt viktig å avklare hvorvidt de materielle kravene til avtalens innhold, er rettslige vilkår som domstolene kan prøve. I det følgende avgrenses drøftelsen til avtalekompetansen i § 17-3 tredje ledd, da denne bestemmelsen er den mest skjønnsmessige og antagelig har størst praktisk og teoretisk interesse.²⁷⁸ Problemstillingen er etter dette om domstolene har kompetanse til å prøve om kravene til saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet i § 17-3 tredje ledd, er oppfylt.

Verken Planlovutvalget, Bygningslovutvalget eller proposisjonen drøfter om domstolene kan prøve om lovens materielle vilkår er oppfylt. Dette er uheldig med tanke på at utbyggingsavtalenes har blitt et svært utbredt verktøy i Norge. I praksis blir det dermed opp til domstolene selv å trekke grensene for prøvingens omfang og intensitet. Domstolens rolle kan være usikker, da hensynene for og mot domstolsprøving kan variere med tiden og det konkrete saksforhold.²⁷⁹ Siktemålet med fremstillingen er å bidra med generelle argumentasjonslinjer for hvordan domstolene bør forholde seg dersom den får forelagt problemstillingen på sitt bord.

I kap. 8.2 gis en kort fremstilling av grunnlaget for domstolskontrollen med forvaltningen i norsk rett. Videre vil kap. 8.3 behandle visse overordnede hensyn for og mot domstolskontroll med utbyggingsavtaler som sådan, som kan ha relevans ved drøftelsen av domstolens prøvingskompetanse under alle vilkårene. Videre er det en fellesnevner at alle vilkårene henspiller på skjønnsmessige vurderingsnormer (rettslige standarder), uten helt faste rammer. Men prøvingen av vilkårene kan likevel stå i ulik stilling. Vilråene behandles dermed separat i kap. 8.4 til 8.6. Etersom domstolskontrollen vil være forbundet med gyldighetssøksmål, omtales avslutningsvis virkningen av at en avtaleforpliktelse blir kjent ugyldig, jf. kap. 8.7.

²⁷⁸ Problemstillingen kan anses som et bidrag til den teoretiske diskusjonen om i hvilken utstrekning domstolene prøver forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten, nærmere bl.a. Søvig (2015) s. 319-352.

²⁷⁹ Sml. Bernt (2016) s. 336.

8.2 Grunnlaget for domstolskontrollen

Domstolene har gjennom langvarig og etablert praksis ansett seg kompetente til å prøve lovmessigheten av forvaltningens avgjørelser. Dette omfatter forvaltningens lovtolkning, forståelse av faktum, saksbehandlingen og forvaltningens subsumsjon, dvs. om lovens betingelser for avgjørelsen er anvendbar på sakens faktum.²⁸⁰ Unntaksvis overlates likevel subsumsjonen av slike vilkår til forvaltningen selv, fordi vilkåret ikke fullt ut anses rettslig normert, jf. Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning), s. 1436.²⁸¹

Dersom lovvilket anses underlagt forvaltningens «frie» skjønn, er avgjørelsen ikke uttømmende styrt av rettsregler, noe som innebærer at domstolene ikke fullt ut kan prøve om avgjørelsen er materielt riktig eller gal, jf. bl.a. Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) avsnitt 36.²⁸² Eksempler på dette så vi i kap. 2.2 og 2.4, hvor det ble påpekt at kommunens valg av arealformål samt valget om planbestemmelser skal tas i bruk, er underlagt kommunens frie skjønnsvurderinger.

Domstolskontrollen med forvaltningen er prinsipielt sett et maktfordelingsspørsmål, hvor hensynet til oppgavefordeling, effektiv forvaltning og borgernes rettssikkerhetsbehov, står sentralt. Sentrale momenter i den nærmere grensedragningen er vurderingstemaets karakter, herunder om lovanvendelsen fordrer høy faglig kompetanse, politiske prioriteringer eller er av mer juridisk eller moralsk art.²⁸³ Grensedragningen må foretas konkret, noe dommen Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) illustrerer. Selv om en enstemmig Høyesterett fant at vurderingen om det forelå «særlige grunner» for dispensasjon etter pbl. (1985) § 7, var underlagt forvaltningsskjønn, utelukket ikke førstvoterende at

«skjønnet i andre typer saker hvor det er spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, vil kunne være mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger og mer være av juridisk eller moralsk art. I en slik situasjon vil rettsikkerhetsgrunner kunne tilsi en mer intensiv domstolskontroll» (avsnitt 44).

Med disse utgangspunktene blir spørsmålet om saklighet-, nødvendighet- og forholdsmessighetskriteriene i pbl. § 17-3 tredje ledd, er rettslige vurderinger som

²⁸⁰ Bl.a. Eckhoff og Smith (2014) s. 372-374, 407-409, 515 og 520 flg., sml. Rt. 2001 s. 995 s. 1000. Derimot avgjør domstolene som klar hovedregel ikke sakens realitet, jf. Rt. 2001 s. 995 (1003-1004).

²⁸¹ Sml. bl.a. Rt. 2003 s. 662 avsnitt 36. Om det gjelder en generell tolkningspresumsjon for prøvingskompetanse, er omdiskutert. Bekreftende Eckhoff og Smith (2014) s. 373 samt Aulstad og Lie (2007) s. 223. Nisja og Reusch (2009) s. 258-259 forbeholder trolig en eventuell presumsjon for inngripende vedtak.

²⁸² Bl.a. Eckhoff og Smith (2014) s. 361-362 nærmere Graver (2015) kap. 15. Bernt (2016) s. 331 flg. kritiserer en slik «materiell» tilnærming mot domstolskontrollen, hvor omdreiningspunktet er om avgjørelsen klassifiseres som forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn.

²⁸³ Bl.a. Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning) s. 1433, Rt. 2007 s. 44 (Trallfa) avsnitt 44 og Rt. 2005 s. 117 (Osen) avsnitt 48. Nærmere Bernt (2016) s. 335 flg., Eckhoff og Smith (2014) s. 379-384 og Innjord (1996) s. 182-191.

domstolene kan prøve fullt ut, eller om vurderingene beror på forvaltningsskjønn som begrenser domstolenes prøvingskompetanse.

8.3 Særtrekk ved utbyggingsavtalene

Ettersom utbyggingsavtaler skiller seg fra andre avgjørelser i forvaltningens daglige virke, kan det være grunn til å fremheve noen generelle trekk som gjør seg særlig gjeldende ved prøving av utbyggingsavtalene.

For det første er ikke utbyggers forpliktelser etter avtalen utslag av politiske vurderinger, i motsetning til f.eks. valget av arealformål i en arealplan. Kommunens planpolitiske diskurs stadfestes ved vedtakelsen av kommune- og reguleringsplan, og utbyggingsavtalenes funksjon er å gjennomføre disse, jf. pbl. § 17-1. Fra et maktfordelingsperspektiv er det derfor prinsipielt liten fare for at domstolene tiltar seg politisk makt som burde vært forbeholdt et demokratisk valgt kommunestyre.

For det annet er ikke kommunens rolle som avtalepart knyttet opp mot forvaltningshierarkiet, da borgeren ikke kan få overprøvd forvaltningens avgjørelser for et uavhengig overordnet organ, jf. pbl. § 17-5. Borgerens manglende klagemuligheter øker behovet for rettssikkerhetsgarantier mot at forvaltningen opptrer lovstridig gjennom domstolskontroll. Forarbeidene forutsetter da også at overprøving av utbyggingsavtalene skal foretas av domstolene.²⁸⁴ Men det er ikke gitt at domstolene anser seg kompetente til å prøve *alle sider* ved avtalens innhold.

For det tredje må det tas i betraktning at partene står overfor en avtalesituasjon. Det kan hevdes at avtalelovens ugyldighetsregler gir et adekvat beskyttelsesvern som gjør domstolskontrollen med pbl. § 17-3 mindre aktuell.²⁸⁵ En annen mulig synsvinkel, er at behovet for inngående overprøving «avbøtes» når utbyggeren med viten og vilje inngår en avtale.

Dommen Rt. 2003 s. 764 (Løvenskiold), kan muligens tas til inntekt for sistnevnte synspunkt.²⁸⁶ Som nevnt i kap. 6.5.2.1, ble vilkårene om at utbygger måtte etablere gang- og sykkelsti verken ansett usaklige eller uforholdsmessige av Høyesterett. Fordi det heftet feil ved den opprinnelige arealplanen, kunne ikke gang- og sykkelstien gjennomføres på tilfredsstillende måte, uavhengig av om det omsøkte parkeringshuset tenktes borte. Det var derfor tvilsomt om tiltaket hadde nær sammenheng

²⁸⁴ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7 og 68.

²⁸⁵ Sml. t.d. Aulstad (2005) s. 299-300, hvor avtalerettslige ugyldighetsregler fremheves som et viktig argument ved spørsmålet om utbyggers skriftlige samtykke kan utgjøre selvstendig kompetansegrunnlag for kommunen.

²⁸⁶ Aulstad (2005) s. 247 flg. analyser dommens materielle spørsmål, men uten å ta stilling til domstolskontrollen. Som nevnt i kap. 1.3 er det ingen nødvendig sammenheng mellom forvaltningens kompetanse og domstolskontrollen, jf. Smith (1976) s. 181.

med vilkåret, slik vilkårlæren forutsetter, jf. kap. 2.4.1. En enstemmig Høyesterett fant det imidlertid «unødvendig å ta noe endelig standpunkt til disse spørsmålene», fordi vilkårene skjedd «med samtykke av, og i betydelig grad av hensyn til, Løvenskiold» (avsnitt 71). Vedtaket måtte på dette punkt anses gyldig, «selv om det skulle ligge i ytterkant av hvilke vilkår som kan stilles i en slik forenklet saksbehandling» (avsnitt 73). Høyesterett kobler vurderingen opp mot gyldighetsspørsmålet, uten å konkludere på om vilkårsstillelsen materielt sett var lovlig. Det er dermed mulig å tolke domspremissene som utslag av en tilbakeholden prøvingsintensitet, når avtalesituasjonen fremsto som rimelig.²⁸⁷ Denne slutningen underbygges av at Høyesterett fant det tilstrekkelig å konkludere med at forpliktelsen var saklig begrunnet, og heller ikke «manglet all forbindelse med den konkrete dispensasjonsøknaden» da den omsøkte parkeringsplassen ville få en viss virkning for eventuell realisering av gangveien (avsnitt 64 og 70).

Fjerde og siste poeng er at domstolene, ved ordinære enkeltvedtak, undertiden nøyer med å vurdere om skjønnsstemaet er tilstrekkelig vurdert av forvaltningen.²⁸⁸ Dette skjer typisk ved at domstolene stiller strengere krav til vedtakets begrunnelse, jo mer inngripende vedtaket rammer borgeren, jf. fvl. § 25, jf. bl.a. Rt. 1981 s. 754 (Isene). I utbyggingsavtalene dokumenteres det imidlertid sjelden hvorvidt kommunen har vurdert sakligheten, nødvendigheten og forholdsmessigheten av tiltaket i den konkrete sak. Som nevnt i kap. 4.2, gir kommunens forutsigbarhetsvedtak etter pbl. § 17-2 første ledd beskjedne føringer for konkrete utbyggingsprosjekter. Det er heller ikke vanlig at partene omtaler lovens kriterier i utbyggingsavtalen. Men det er ikke utenkelig at partene inntar klausuler som viser at (og hvordan) lovens krav er vurdert. Eksempelvis kunne partene stadfestet «enighet om at en utbygging av [omfang X], skaper behov for [tiltak Y og Z], som dermed er «nødvendige» etter pbl. § 17-3 tredje ledd første punktum». Slike klausuler vil ikke bare styrke avtalepartenes bevissthet om lovens krav, men kan trolig redusere behovet for en intens domstolskontroll.

Ved en eventuell lovrevisjon, kunne lovgiver vurdert å tilføye et begrunnelseskrav etter modell fra fvl. § 25, eksempelvis i pbl. § 17-4. Eventuelt kan et begrunnelseskrav nedfelles i forskrifts form, jf. pbl. § 17-6.

8.4 Saklighetskriteriet

Saklighetskriteriet kommer ikke direkte til uttrykk i pbl. § 17-3 tredje ledd. Når saklighetskriteriet likevel trekkes frem i denne delen av fremstillingen, er det fordi

²⁸⁷ Sml. t.d. Hopsnes (2013) som tar dommen til inntekt for at en kontraktsmotpart som «ser omstendighetene som eventuelt utgjør et myndighetsmisbruk, men som likevel velger å inngå avtalen, ikke [kan] gjøre gjeldende omstendigheten som en ugyldighetsgrunn», jf. s. 200-201, note 74.

²⁸⁸ Graver (2015) s. 133-134.

kravet anses som et relevant vurderingstema ved spørsmålet om tiltak er «nødvendige for gjennomføringen av planvedtak», jf. kap. 6.2.

Domstolene må antas å være egnet til å vurdere om det foreligger «en relevant og nær tilknytning» mellom det kommunen krever og planens innhold.²⁸⁹ En vurdering om tiltaket samsvarer med arealplanens formål og den arealutnyttelse planen legger opp til, samsvarer med den alminnelige vilkårslærens krav om formålmessighet og nærhet. Dette er juridiske vurderinger som domstolene er kjent med.

En viss parallell kan trekkes til Rt. 2007 s. 281. Her prøver Høyesterett om kommunens planlagte arealutnyttelse var «av en slik karakter at den faller inn under reguleringsformålet» (avsnitt 39). Høyesterett anså det uforenelig å omregulere uteområdet ved en barnehage til friområde, når kommunen ikke hadde påregnelige utsikter om å tilrettelegge for allmenn fri ferdsel: området skulle fortsatt benyttes til barnehagevirksomhet. Overføringsverdien er at når domstolen først ser seg kompetente til vurdere hva som er arealplanens formål og hvilken arealutnyttelse planen legger opp til, er det nokså enkelt å konstatere om avtalevilkåret faller innenfor eller utenfor disse målsetningene.²⁹⁰

Utfordringen med saklighetskriteriet er ikke anvendelsen av vurderingstemaet, men snarere at *perspektivet* er så bredt at vilkåret som nevnt utgjør en begrenset sikkerhetsventil for borgerne. Det interessante spørsmålet er derfor om domstolsprøvingen blir mer inngående etterhvert som vi nærmer oss de mer individuelle vurderingene i nødvendighets- og forholdsmessighetskravet.

8.5 Nødvendighetskriteriet

Domstolene kan alltid prøve forvaltningens lovtolkning. Dette innebærer bl.a. at domstolene kan prøve om tiltaket må være «prosjektrelatert» etter pbl. § 17-3 tredje ledd første punktum, jf. kap. 6.4.1. Spørsmålet er imidlertid om domstolene kan vurdere subsumsjonen under nødvendighetskravet, altså hvilke konkrete behov for tiltak utbyggingsprosjektet skaper i det aktuelle planområdet.

Vurderinger av hvilke behov for infrastruktur som oppstår ved nybygging, transformasjon, mv., fordrer faglig kunnskap. Eksempelvis kan det være vanskelig å overprøve om opparbeidelse av en rundkjøring eller et lyskryss var påkrevd ved etableringen av et hotell. Forarbeidene uttaler at tiltaket må være «funksjonelt og

²⁸⁹ NOU 2003:24 s. 171, jf. kap. 6.3.

²⁹⁰ Sml. LE-2016-44539: Spørsmålet var om kommunen kunne innskrenke reguleringsplanens arealformål til næring «tilknyttet travsport». Lagmannsretten prøver om arealformålet samsvarte med kommunens overordnede formål med reguleringsplanen, og fant planen gyldig ettersom reguleringsformålet var å tilrettelegge for et helt begrenset bruksområde.

planfaglig nødvendig».²⁹¹ Dette legger opp til tekniske vurderinger av hvilke tiltak som best fyller behovene i planområdet. Rettspraksis viser at faglige vurderinger ofte forbeholdes forvaltningen. I Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) var tolkningsspørsmålet som nevnt om kriteriet «særlige grunner» for dispensasjon fra pbl. (1985) § 7, kunne underlegges rettslig kontroll. Høyesterett fremhever at vurderingen er

«planrelatert og ofte politisk på samme vis som utarbeidelsen av planene er av faglig og politisk karakter. Kombinert med at uttrykket «særlige grunner» er svært skjønnsmessig, trekker dette nokså bestemt i retning av at det i liten grad dreier seg om rettslige rammer, men har langt større tilknytning til en planfaglig forvaltningsoppgave med islett av politikk» (avsnitt 42).²⁹²

At vurderingstemaet i stor grad inneholder tekniske og planfaglige vurderinger, taler dermed for at nødvendighetskravet er underlagt forvaltningsskjønn.

På den annen side er ikke nødvendighetskriteriet like skjønnsmessig og avveiningspreget som uttrykket «særlige grunner» i Rt. 2007 s. 257. Nødvendighetskravet har *en viss kjerne* som objektivt lar seg etterprøve: tiltaket kan ikke løsrives helt fra utbyggingsprosjektet.²⁹³ Det er dermed åpning for at domstolene fører en viss etterhåndskontroll av sammenhengen mellom utbyggingen og tiltaket, bl.a. hensett til utbyggingens art og fysiske avstand.²⁹⁴

Fra et rettssikkerhetsperspektiv er det klart å foretrekke at nødvendighetskriteriet anses som rettsanvendelsesskjønn. I mangel av klagemuligheter, blir det domstolenes oppgave å påse at tiltaket avbøter behov eller tjener interessene til utbyggingsprosjektet. Å anse nødvendighetskravet som rettsanvendelsesskjønn, kan således ha en viss preventiv effekt mot at utbyggingsavtalene i praksis benyttes som en generell skattelegging i kommunen.²⁹⁵

Etter mitt syn bør en falle ned på at nødvendighetskravet er rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan overprøve. Domstolen kan likevel velge å *tilpasse prøvingsintensiteten* i den konkrete sak. Høyesterett ilegger tidvis en tilbakeholden prøvingsintensitet, begrunnet med at lovvilkåret fordrer faglige vurderinger som forvaltningen har best forutsetninger for å gjennomføre.²⁹⁶

²⁹¹ NOU 2003:24 s. 171.

²⁹² Tilsvarende Rt. 2012 s. 18 (Kistefos) avsnitt 41, sml. Eckhoff og Smith (2014) s. 383 og Bernt (2016) s. 335.

²⁹³ Sml. Rt. 1991 s. 586, som sonderer mellom flyktningbegrepets kjerneområde og randsone mht. hva domstolene kunne overprøve (s. 594).

²⁹⁴ Jf. kap. 6.4.2.1 og 6.4.2.2.

²⁹⁵ Jf. presiseringen av at kommunen ikke kan vektlegge «[f]iskale (...) hensyn», NOU 2003:24 s. 171.

²⁹⁶ Bl.a. Rt. 1975 s. 603 (Swingball) s. 606, Rt. 1995 s. 1427 s. 1433 og Rt. 2009 s. 354 avsnitt 47.

I Rt. 2009 s. 354 (Kvinnherad) var spørsmålet om reguleringsplan måtte utarbeides for det omsøkte tiltak. For å ta stilling til dette, måtte domstolene vurdere om begrepet «større bygge- og anleggsarbeid» i pbl. (1985) § 23 nr. 1, var underlagt rettsanvendelsesskjønn. Førstvoterende fremhever at vurderingen beror på tiltakets «[l]okalisering, dagens bruk, bestående miljø, virkningen av tiltaket, bygningstekniske vurderinger og en rekke andre forhold». Domstolene måtte da vise «betydelig tilbakeholdenhet med å overprøve planmyndighetenes faglige vurdering av når tiltak medfører at reguleringsplan er nødvendig» (avsnitt 47). Det er i denne sammenheng grunn til å bemerke mindretallets standpunkt i dommen. Annenvoterende tilslutter flertallet i at domstolskontrollen bør være tilbakeholden. Men dette kunne likevel ikke gjelde i den aktuelle sak, når de planfaglige vurderingene hadde vært av «helt underordnet betydning for vurderingen» (avsnitt 82). Dette illustrerer at prøvingsintensiteten kan *differensieres* avhengig av det konkrete saksforhold. Denne innfallsvinkel fremstår som velegnet i utbyggingsavtalene, ettersom avtalesituasjonen, behovene i planområdet og borgernes rettssikkerhetsbehov, kan variere.

Skulle domstolene avstå fra å ilegge nødvendighetskravet en intensiv vurdering, er det en mulighet at svakere tilknytning mellom utbyggingsprosjektet og tiltaket intensiverer forholdsmessighetsvurderingen, jf. den trinnvise modellen omtalt i kap. 3.6, som viser at vilkårene virker i sammenheng.

8.6 Forholdsmessighetskriteriet

Det siste spørsmålet er om domstolene kan prøve om tiltaket står i «rimelig forhold» til utbyggingen, jf. pbl. § 17-3 tredje ledd. Som nevnt kommer myndighetsmisbrukslærens forbud mot åpenbart urimelige resultater til anvendelse på avtaleforholdet, jf. kap. 3.6. I dette ligger det allerede en forholdsmessighetsvurdering. Problemstillingen er derfor om domstolene kan foreta en enda mer inngående vektning og balansering av hensynene i det konkrete avtaleforhold.

Forarbeidene til pbl. § 17-3 understreker at «[k]ommunens handlefrihet er begrenset av de ulovfestede reglene om myndighetsmisbruk», men at «[l]ovens materielle skranker for hva utbyggingsavtaler kan inneholde (...) vesentlig snevrere» enn etter myndighetsmisbrukslæren.²⁹⁷ Som eksempel vises det til at forholdsmessighetskriteriet er strengere enn forbudet mot åpenbart urimelige resultater. Det kan spørres om uttalelsen indikerer at domstolene skal overprøve om tiltaket står i «rimelig forhold» til utbyggingen, jf. § 17-3 tredje ledd. Forarbeidene sikter imidlertid til skrankene for forvaltningens materielle kompetanse, da uttalelsen uttrykkelig retter seg mot «[k]ommunens handlefrihet» og «[l]ovens materielle skranker». Når domstolskontrollen ikke nevnes eksplisitt, kan uttalelsen ikke anses å gi tolkningsbidrag til

²⁹⁷ NOU 2003:24 s. 172, sml. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64.

spørsmålet om forholdsmessighetsvurderingen er underlagt rettsanvendelses-skjønn.

Vurderingstemaet «rimelig forhold» sikter til en balansering av fordeler og ulemper i avtaleforholdet. Dette er en typisk rettslig vurdering som domstolene ofte foretar, hvilket trekker i retning av at domstolene er egnet til å prøve lovanvendelsen.²⁹⁸ Videre er domstolene ofte velegnet til å prøve skjønnsmessige vurderingsnormer dersom skjønnsstemaet kan konkretiseres gjennom håndfaste referanserammer. Plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd annet og tredje setning angir avveiningskriterier for forholdsmessighetsvurderingen. At domstolen har en autoritativ referanseramme å forholde seg til ved balanseringen av forpliktelsene i avtaleforholdet, kan dermed tale for at domstolene kan prøve forholdsmessighetsvurderingen.²⁹⁹

Imidlertid er lovens avveiningsmomenter i seg selv vurderingspregede: Hvor store belastninger utbyggingstiltak vil ha på omgivelsene, beror nok i større grad på faglige enn juridiske avveininger. Dette kan tilsi at avveiningsmomentene i første rekke er tiltenkt som en retningslinje for kommunens skjønnsvurderinger.

I Rt. 2002 s. 209 var et spørsmål om sanksjoner for ulovlig oppføring sto «rimelig forhold» til ulovligheten, jf. pbl. (1985) § 116b (nå pbl. § 32-10). Flertallet fant at denne vurderingen ikke kunne gjøres til gjenstand for domstolskontroll. Dommen har enn viss overføringsverdi for vårt spørsmål, da vurderingstemaet var identisk med pbl. § 17-3 tredje ledd annet punktum. At Høyesterett sto tilbake for å prøve sanksjoner, som i sin karakter er mer inngripende enn frivillig påtatte forpliktelser gjennom utbyggingsavtaler, kan tilsi at domstolene heller ikke ser seg kompetente til å prøve forholdsmessighetsvurderingen i § 17-3 tredje ledd. Overføringsverdien svekkes imidlertid av at flertallet fant autoritativ støtte i forarbeidsuttalelser, som tydet på at lovgiver ikke ønsket å utvide prøvingsretten ift. myndighetsmisbrukslæren (dommen s. 226).

Videre kan underliggende hensyn gi bidrag til hvor finmasket domstolskontrollen bør være.³⁰⁰ Det nærliggende spørsmålet er hva som legitimerer en mer inngående prøving med avtalevilkårene i utbyggingsavtalene etter pbl. § 17-3 tredje ledd, enn etter myndighetsmisbrukslærens forbud mot åpenbart urimelige resultater.³⁰¹ Hvorfor skal domstolene foreta en mer intensiv kontroll av en avtale som munner ut i en byggetillatelse?

²⁹⁸ Sml. forholdsmessighetskravet i utlendingsloven (1988) §§ 29 annet ledd og 30 tredje ledd, som Høyesterett prøvde fullt ut, jf. Rt. 1998 s. 1795, Rt. 2000 s. 591, Rt. 2005 s. 229 og Rt. 2005 s. 238. Høyesterett påpekte at vurderingen er av «typisk rettslig karakter», som gjør at motforestillingene mot domstolsprøving ikke gjør seg gjeldende.

²⁹⁹ Sml. Bernt (2016) s. 340 og Boe (2007) s. 74.

³⁰⁰ Bl.a. Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) avsnitt 44 og Rt. 2005 s. 117 (Osen) avsnitt 48.

³⁰¹ Sml. Østenstad (2015) s. 132.

Forvaltningens egen praksis kan spille inn på om vurderingen er underlagt rettsanvendelsesskjønn, og eventuelt hvor intensivt domstolskontrollen bør være.³⁰² Hensynet til oppgavefordeling mellom domstolene og forvaltningen, forvaltningens fagkompetanse og likebehandling mellom borgere, kan tilsi at domstolene er mindre egnet til å prøve avtalemottakelser som kommunen etterhvert får god erfaring med å utarbeide i sine byutviklingsstrategier. Dette kan tilsi at domstolene ikke går inn på en finmasket balansering av byrder og ulemper i den konkrete sak, dersom kommunen kan påvise en hensiktsmessig og velbegrunnet kostnadsfordeling mellom utbyggere og kommunen. På den annen side kan det være desto viktigere at domstolen kontrollerer enkelttilfeller hvor kommunens avtalevilkår rammer «hard på individnivå»,³⁰³ noe som kan tale for at forholdsmessighetsvurderingen bør underlegges rettsanvendelsesskjønn.

Videre må avveilingen (her som ellers i forvaltningsretten) tilpasses det aktuelle rettsområdet og rettsgodet som står på spill for parten.³⁰⁴ I forvaltningen foretas et spenn av avgjørelser som påvirker borgernes rettsstilling i forskjellig grad og som aktualiserer ulike behov for rettssikkerhetsgarantier. I utbyggingsavtalene er utbyggers ytelse av økonomisk art. Det er ikke tale om ensidige inngrep fra forvaltningen, men spørsmål om å fordele kostnader som ledd i en byggetillatelse. Dette skiller seg fra mer følbare inngrep i borgerens integritet og frihet hvor rettssikkerhetsbehovet ofte er større, slik at utbygger normalt må kunne forventes å ivareta sine økonomiske interesser.³⁰⁵ Dette kan forklare hvorfor Høyesterett fullt ut prøvde forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven (1988) §§ 29 annet ledd og 30 tredje ledd.³⁰⁶ Til sammenligning har Høyesterett stått tilbake for å prøve om vilkårene for inngrep er tilstede på ekspropriasjonsrettens område, hvor rettsgodet også er av økonomisk art.³⁰⁷

Samtidig reiser avtalemekanismen litt andre typer rettssikkerhetsspørsmål enn ordinære enkeltvedtak.³⁰⁸ Rollen som planmyndighet gir kommunen en sterk forhandlingsposisjon som avtalepart. Ved å akseptere at kommunen oppnår motytelser fra utbyggere, ligger det en risiko for at kommunen går langt i å presse frem ubalanserte avtaler. Denne risikoen er kanskje større når rettsgodet er av økonomisk karakter

³⁰² Se Nisja og Reusch (2009) s. 255-256 og Boe (2007) s. 81-84, med henvisning til Rt. 2000 s. 591. Sml. også Rt. 2003 s. 764 (Løvenskiold), hvor førstvoterende i avsnitt 83 påpeker at det ikke er «uvanlig» å pålegge utbygger å dekke veier som blir nødvendige på grunn av utbyggingen.

³⁰³ Søvig (2015) s. 349, som samtidig understreker at kontrollen «må tilpasses områdets egenart og den grunnleggende arbeidsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene».

³⁰⁴ Sml. Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks) s. 357.

³⁰⁵ Sml. Graver (2007) s. 365-374, Bernt og Rasmussen (2010) s. 52 samt Myklebust (2013) s. 124.

³⁰⁶ Rt. 1998 s. 1795 mv., like ovenfor. Disse sakene befant seg på EMK-rettens område, hvor forholdsmessighetsvurderinger er en velkjent øvelse. Dette kan også ha påvirket domstolskontrollen, jf. Søvig (2015) s. 326-327.

³⁰⁷ Sml. Rt. 1949 s. 564.

³⁰⁸ Sml. Eckhoff og Smith (2014) s. 429, tilsvarende Østenstad (2015) s. 115 om forvaltningens vilkårsstillelser.

enn der inngrepet rammer borgerens integritetssfære, fordi kommunen kan ha betydelige økonomiske interesser i å lempe kostnadene over på private aktører. Dommen RG 1969 s. 325 (Tjøme), er muligens et eksempel på at kommunen gikk for hardt til verks for å ivareta sine økonomiske interesser, jf. omtalen i kap. 5.4.

Rettspraksis på vilkårslærens område tyder likevel på at det langt på vei blir partenes egen oppgave å finne balansen mellom byrder og fordeler avtaleforholdet. I Rt. 2003 s. 764 (Løvenskiold) avsnitt 83, vurderer ikke Høyesterett forholdsmessigheten av utbyggers opparbeidelsesplikter særlig inngående. Førstvoterende påpeker at utbyggers utbyggingskostnader ikke kunne anses «utilbørlig tyngende». Formuleringen tyder på at det skulle mye til før opparbeidelsesplikten ble ansett ubalansert. Det er uklart om domstolen iligger til grunn en høy *materiell* terskel, eller om formeningen signaliserer at *prøvingsintensiteten* er lav i et tilfelle der utbygger måtte anses å ha akseptert forpliktelsene. Dommen kan likevel tas til inntekt for at domstolene ikke inntar en streng kontrollfunksjon, på et område der borgeren forventes å kunne ivareta sine økonomiske interesser i avtaleforholdet.³⁰⁹ Det kan likevel ikke utelukkes at situasjonen stiller seg annerledes dersom borgeren er en privatperson, fremfor en profesjonell aktør.

Dessuten kommer det at ikke enhver form for press kan anses som rettsstridig, selv om avtaleinngåelsen ikke nødvendigvis oppleves fullt frivillig fra utbyggers side. Som vi så i kap. 2.4.3, har eksempelvis kommunen ofte legitimt behov for å stille rekkefølgekrav i et område før utbygging kan skje. I andre tilfeller kan utbygger stå overfor en tydeligere pressituasjon, eksempelvis dersom behandlingen av reguleringsplanforslag gjøres betinget av at utbyggingsavtale inngås.³¹⁰ Slikt tilbakehold undergraver hele forutsetningen om reelle og frivillige avtaleinngåelser. Tilsvarende kan kommunen heller ikke kreve at utbyggeren inngår en utbyggingsavtale for å behandle byggesøknader. Dersom utbygger iht. pbl. § 21-4 har oppfylt betingelsene for byggetillatelse, vil pålegg om betaling kreve hjemmel i lov.³¹¹ I tilfeller hvor utbygger står overfor en rettsstridig pressituasjon, har imidlertid domstolene *andre verktøy* for å kontrollere tilblivelsen enn forholdsmessighetskravet i pbl. § 17-3 tredje ledd, herunder myndighetsmisbrukslæren og avtl. §§ 28-33 og 36.

³⁰⁹ Sml. Rt. 2010 s. 612 (Sårstell), hvor flertallet uttaler at adgangen til å stille vilkår vil være forholdsvis snever ved tilbud om sykehjemsplass, fordi «søkerens reelle valgfrihet ofte [vil] være høyst begrenset» (avsnitt 32). Dette tilsluttes av mindretallet, som påpeker at forholdsmessighetsvurderingen preges av «de særlige hensynene som foreligger for personer som er innlagt i institusjoner og ikke har noe annet reelt valg» (avsnitt 42).

³¹⁰ Etter pbl. § 12-11 «skal» kommunen vurdere om private forslag skal fremmes til behandling. Nærmere Aulstad (2005) s. 286-289 og Rundskriv H-5/02 s. 17. Enkeltkommuner har tidvis operert med en slik praksis, jf. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 50. Men planforslaget trenger selvsagt ikke tas til følge.

³¹¹ Sml. Reusch (2014) s. 29-30, Aulstad (2005) s. 289-290, SOM-2011-1557-1 og tolkningsuttalelse 11/951-2 (KRD).

Det må også nevnes at styrkeforholdet i avtaleforholdet i mange tilfeller reelt sett kan være snudd: Behovene for offentlig infrastruktur i et område kan være stort, og kommunen kan ha begrensede økonomiske midler til å sikre tiltak. Utbygger kan selv ha tatt initiativet for arealplanen, presset på for å få til avtaleinngåelsen og bidratt med avklaringen av hvilke tiltak som skal bekostes. Det kan virke urimelig om utbygger deretter skal kunne bruke domstolsapparatet for å «reforhandle» avtalevilkårene gjennom en forholdsmessighetskontroll. Utbyggerens opptreden forut for avtaleinngåelsen kan muligens få selvstendig vekt ved en vurdering av hvor langt domstolene bør overprøve om forholdsmessigheten er oppfylt i det konkrete avtaleforhold.³¹²

Her kan det også ha betydning om avtaleforhandlingene har skjedd parallelt med planprosessen eller ved byggesøknad. I førstnevnte tilfelle vil utbyggers beskyttelsesinteresse normalt være mindre, fordi han kan ha bidratt til utformingen av planen og/eller har oppfordring til å påklage planvedtak som han eventuelt måtte være uenig i.³¹³ I sistnevnte tilfelle kan utbyggers muligheter for å påklage rekkefølgekravene være utløpt, og kommunen kan nekte å gi dispensasjon fra disse. Utbyggers reelle forhandlingsmakt vil dermed være mindre, hvilket kan tale for at beskyttelsesbehovet er noe større.

Oppsummert synes flere faktorer å spille inn på hvor sterkt rettssikkerhetshensyn gjør seg gjeldende. Styrkeforholdet mellom partene, avtalesituasjonen og godene som står på spill, er momenter som kommer inn med ulik styrke. Tatt i betraktning variasjonen av typetilfeller som kan oppstå, samt at klageretten er fjernet, jf. pbl. § 17-3, synes det vanskelig å avskjære domstolskontrollen helt. Det er dermed mest forsvarlig å konkludere med at forholdsmessighetsvurderingen i § 17-3 tredje ledd, er underlagt rettsanvendelsesskjønn.

Samtidig kan avtalesituasjonen være så forskjellig at prøvingsintensiteten vil kunne variere. Antagelig kan prøvingsintensiteten legges enda lavere ved forholdsmessighetsvurderingen enn ved nødvendighetsvurderingen, fordi man her står overfor enda mer finmaskede vurderinger som forvaltningen i alle fall et stykke på vei bør overlates å foreta. Hvor langt domstolene overprøver forholdsmessighetsvurderingen i det konkrete saksforhold, kan imidlertid bero på hvor inngripende tiltaket fremstår, tiltakets formål og hvem som tok initiativ til avtalen. Domstolenes rolle bør være å ta de groveste tilfellene, der resultatet fremstår som så lite rimelig at det er behov for å verne borgeren. Dermed vil prøvingsintensiteten med avtalevilkårene trolig i de fleste tilfeller smelte sammen med myndighetsmisbrukslærens forbud mot grovt urimelige resultater.

³¹² Sml. Rt. 1964 s. 209 (Mimi Halvorsen) og Rt. 2002 s. 764 (Løvenskiold): I begge tilfeller var det den private part som tok initiativ til avtaleinngåelsen. Sml. dansk rett, som ikke tillater at kommunen tar initiativet, jf. planloven § 21 b stk. 1.

³¹³ Sml. Rt. 2003 s. 764 (Løvenskiold) avsnitt 83.

8.7 Gyldighetsspørsmål

Lovteksten antyder ikke hva som er rettsvirkningene av at avtalevilkårene overskrider kommunens avtalekompetanse. Men forarbeidene fastslår at utbyggers ytelser kan bli kjent ugyldig.³¹⁴ Spørsmålet er da om et ugyldig avtalevilkår kan medføre at hele avtalen faller bort, og hvilke vilkår som eventuelt må være oppfylt for at dette kan skje.

Problemstillingen kommenteres ikke i lovforarbeidene, og må dermed søkes besvart i mer allmenne hensyn. Både forvaltningsrettens og avtalerettens ugyldighetslære bygger på at ugyldigheten ikke rekker lengre enn ugyldighetsgrunnen tilsier.³¹⁵ Dette tilsier at avtalen som utgangspunkt forblir stående uten det ugyldige avtalevilkår. Det er *unntak* fra dette utgangspunktet som må begrunnes. Forarbeidene til avtl. § 36 uttaler at formålet med avtalen i enkelte tilfeller

«faller bort dersom det urimelige vilkår endres, eller at det fra den annen parts side fortøner seg som urimelig om avtalen skal opprettholdes uforandret bortsett fra det aktuelle vilkår. I en slik situasjon kan mer vidtgående endringer være nødvendig, eventuelt at avtalen i sin helhet tilsidesettes. (...) Utgangspunktet ved valg av reaksjon må være at en skal søke å komme fram til det som er rimelig, sett fra begge parter side».³¹⁶

Dette synspunktet har overføringsverdi til utbyggingsavtalene. Et sentralt hensyn bak lovfestingen var å etterstrebe gjensidighet i avtaleforholdet.³¹⁷ Det bør dermed foretas en avveining av om avtalen kan stå på egne ben slik partene har forutsatt, uten det ugyldige vilkåret. Utbyggingsavtalen må kunne tilsidesettes i sin helhet, dersom tiltaket er en så sentral forutsetning for avtalen at det ville virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende.

Det kan eksempelvis tenkes at kommunen selv har forpliktet seg til å delvis bidra med etableringen av det aktuelle tiltaket. Kommunens motytelse hviler her på en forutsetning om at utbygger skulle yte noe tilbake. Gjensidighetsbetraktninger tilsier da at kommunens forpliktelse overfor utbygger, lett kan tenkes bortfalt.

En annen situasjon kan være at utbyggers avtaleforpliktelser omfatter flere infrastrukturtiltak. De lovlige avtalevilkårene må som utgangspunkt bestå: Prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått, jf. NL 5-1-2, tilsier at utbygger ikke kan «fri seg» fra ellers lovlige avtalevilkår. Unntak må likevel kunne tenkes dersom

³¹⁴ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 69.

³¹⁵ Eckhoff og Smith (2014) s. 475 og Giertsen (2006) s. 182.

³¹⁶ NOU 1979:32 s. 60.

³¹⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7.

hovedformålet med avtaleinngåelsen har vært å få etablert tiltakene i nær sammenheng. Dette kan være tilfelle dersom det ulovlige vilkåret inngår i et sett med rekkefølgekrav som skulle oppfylles etter avtalen.

Videre kan det være problematisk for kommunen dersom et planvedtak som bygger på at utbygger skal yte noe tilbake, blir stående, mens utbyggers motytelse faller bort som ugyldig. Derfor kan det spørres hvilken virkning eventuell ugyldighet har for *planvedtaket*.

Kommunens arealplanvedtak fremgår ikke som en avtalerettslig forpliktelse i utbyggingsavtalen. Planvedtak blir dermed stående, selv om avtalen var en forutsetning for vedtakelsen.³¹⁸ Kommunen kan imidlertid nedlegge forbud mot tiltak etter pbl. § 13-1. Videre har kommunen som utgangspunkt kompetanse til å endre planen. En reguleringsendring eller et byggeforbud kan derimot ikke gis virkning dersom kommunen allerede har gitt bygge- eller rammetillatelse for utbyggingsprosjektet, jf. Rt. 2002 s. 683 (Vassøy Canning) og Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 105. Har kommunen derimot bare gitt byggetillatelse for *infrastrukturiltaket* som skulle etableres etter avtalen, kan en planendring eller et byggeforbud likevel nedlegges med virkning for et fremtidig, men enda ikke omsøkt *utbyggingsprosjekt*, jf. Rt. 2015 s. 413.³¹⁹

8.8 Oppsummering

Fremstillingen har funnet at domstolene kan prøve de materielle kravene om saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet i pbl. § 17-3 tredje ledd. Men hvor inngående prøvingsintensiteten vil være, avhenger av hvilke vurderinger og rettsikkerhetsbehov som gjør seg gjeldende i det aktuelle saksforhold. Samtidig er det grunn til å forvente at få saker anlegges for domstolene i fremtiden. Mangelen på klargjørende rettspraksis på området, medfører at partenes prosessrisiko er høy. Dessuten vil utbygger neppe se seg tjent med å ilegge søksmål, så lenge en dom på ugyldighet ikke gir utbygger rettskrav på byggetillatelse. I praksis kan andre kontrollmekanismer være vel så viktige, eksempelvis at borgeren innklager saksforholdet til Sivilombudsmannen, eller at kommunestyret fremmer avtalen for lovlighetskontroll etter kommuneloven.³²⁰ På den annen side kan vissheten om at domstolene til syvende sist har kompetanse til å prøve vurderingene som kommunen har lagt til grunn, fungere som et «ris bak speilet» for at kommunene opptrer innenfor de materielle rammene i § 17-3 tredje ledd.

³¹⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 69.

³¹⁹ Utbygger kan likevel ha erstatningsrettslig vern for vesentlige pådratte utgifter i tillit til en reguleringsplan som senere endres, jf. dommens avsnitt 51.

³²⁰ Jf. kommuneloven § 59 nr. 1 og 4.

9 Veien videre

Når byer vokser seg større og trangere, kan bruk av utbyggingsavtaler mellom kommune og utbygger være et sentralt virkemiddel for å løse kapasitetsmessige utfordringer på kommunal infrastruktur. Ved å lovfeste et klarere rettslig rammeverk for kommunens avtalekompetanse, har lovgiver prinsipielt styrket utbyggingsavtalenes legitimitet som verktøy for plangjennomføring. Bruken av avtalemekanismen kan ha stor innflytelse på byutvikling også i fremtiden. Dette ser vi tendenser til i Oslo kommune. Ifølge Eiendoms- og byfornyelsesetaten v/avdelingssjef Ove Ellingsen, har kommunen i tiden fra 2005 til 2016 mottatt samlede økonomiske bidrag fra utbyggere på om lag 170 millioner kroner. Samtidig anslås det at kommunen bare mellom 2017 til 2020, vil motta 150-200 millioner kroner *årlig*.³²¹ Avslutningsvis skal det dermed gjøres noen refleksjoner rundt utfordringer som vil gjøre seg gjeldende i tiden fremover.

Dagens lovregulering er ikke til hinder for at kommunen nedfeller arealplaner som inneholder omfattende rekkefølgekrav. Det er dermed en risiko for at planer ikke lar seg realisere dersom infrastrukturkostnadene overskrider utbyggingsprosjektets økonomiske rammer. Det er også en risiko for at utbygger påtar seg plikter som overskrider skrankene i pbl. § 17-3 tredje ledd, fordi dette anses som et bedre alternativ enn å avvente prosjektet. Loven åpner imidlertid for at avtaleforhandlingene integreres i planleggingsprosessen. Dette kan være avgjørende for at arealplaner og utbyggingsprosjekter realiseres innen rimelig tid, og innenfor lønnsomme og forutsigbare kostnadsrammer for utbygger. Kommunen bør derfor innta en aktiv rolle i planleggingsfasen: Allerede ved utformingen av rekkefølgekrav bør det vurderes hvilke infrastrukturtiltak som innholdsmessig kan realiseres gjennom utbyggingsavtaler. Dette understrekes også i rapporten «Felles løft» fra Norsk eiendom.³²² Støtte for dette synet gir dessuten endringsforslagene til plan- og bygningsloven, som påpeker at spørsmål knyttet til rekkefølgekrav og utbyggingsavtaler bør være tema ved oppstartsmøte for reguleringsplan.³²³ I visse tilfeller kan det også være et alternativ å dispensere fra rekkefølgekravene når utbygger finansierer sin ideelle andel.³²⁴

Et særlig spørsmål kan rettes til lovreguleringen av forutsigbarhetsvedtakene. Som redegjort for i kap. 4.2, stiller pbl. § 17-2 første ledd beskjedne saksbehandlingskrav til kommunen. Det er uheldig, ettersom forutsigbarhet ofte fremheves som den vesentligste forutsetningen for å unngå uheldige virkninger av utbyggingsavtaler.³²⁵

³²¹ Jf. Plan- og bygningsetatens nettmagasin, <http://byplanoslo.no/content/det-skjulte-spleiselaget> (sjekket 26. mai 2017).

³²² Norsk eiendom (2017) s. 6-7 og 12-13.

³²³ Prop. 149 L (2015-2016) s. 25 og 31.

³²⁴ Jf. kap. 2.4.3, sml. Norsk eiendom (2017) s. 7.

³²⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7.

Skal utbyggere kunne investere i området, må kommunens forventninger om infrastrukturbidrag avklares så tidlig som mulig i planprosessen. For å sikre reell forutsigbarhet, bør kommunene derfor være tydelige og åpne på vurderingene som ligger til grunn for det aktuelle utviklingsområdet. Forutsigbarhetsvedtaket bør klargjøre hvilke infrastrukturtiltak som forutsettes finansiert, anslå infrastrukturkostnader, presisere hvilke utbyggere som forventes å bidra og angi hvilken beregningsmodell som ligger til grunn for kostnadsbidraget, f.eks. om finansieringen skal baseres på kvadratmeterpris.³²⁶ Dette kan gi utbygger et grovmasket utgangspunkt for å beregne utgifter til infrastrukturbidrag. Deretter kan partene gjennom individuelle avtaleinngåelser utarbeide mer detaljerte fordelingsnøkler, basert på konkret nødvendighet og forholdsmessighet, jf. kap. 6.4 og 6.5. *De lege ferenda* bør loven styrkes med en forskriftshjemmel som presiserer krav til kommunens forutsigbarhetsvedtak, jf. pbl. § 17-6.

En annen utfordring er hvordan regelverket kan benyttes til å sikre rettssikkerheten for den enkelte utbygger på den ene siden, og likhet mellom utbyggerne på den annen. I kap. 6.2 og 6.4.1 rettet avhandlingen fokus på områdemodeller som beregningsgrunnlag for utbyggingsavtalene. En fordel med områdemodeller er at kommunen lettere får involvert utbyggere på lik forholdsmessig linje, uten at utbyggeren som kommer først eller sist i gjennomføringsrekken risikerer å måtte finansiere alt. På den annen side kan utbyggers forhandlingssituasjon være nokså begrenset i disse tilfeller, ettersom kostnadsbidragene som regel avkreves gjennom standardiserte satser. De materielle vilkårene i pbl. § 17-3 tredje ledd er såpass skjønnsmessige og dynamisk utformede, at de åpner for praktisering av områdemodeller uten å måtte gå veien om lovendring. Sivilombudsmann-saken omtalt i kap. 6.4 og 6.5, viser imidlertid at det ikke er helt uproblematisk å anvende regelverket på denne måten. Praktiseringen av det «trinnvise» forholdsmessighetskravet bestående av saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet, jf. kap. 3.6 og 6.3-6.5, møter nye rettslige utfordringer ved bruk av områdemodeller, fordi grensedragningene kan bli mer komplekse enn i mer «tradisjonelle» vurderinger som vi kjenner igjen fra bl.a. den alminnelige vilkårlæren. Vilkårene i pbl. § 17-3 tredje ledd må imidlertid være oppfylt for hvert enkelt utbyggingsprosjekt. Dette innebærer at hensynet til likhet mellom utbyggere samt kommunens effektivitet og fleksibilitet, kan måtte vike for utbyggers rettssikkerhet. Som vist i kap. 6.4.1, bør § 17-3 tredje ledd første setning omformuleres for å tydeliggjøre at infrastrukturbidraget må være nødvendig for det konkrete utbyggingsprosjektet.

Som et symptom på utfordringene ved å praktisere regelverket på en måte som balanserer rettssikkerhet, likhet og effektivitet, kan det vises til nyere rapporter som har luftet forslag om å etablere alternative ordninger med «utbyggingsavgifter» eller «strøkprismodeller», som supplement til kommunens eksisterende virkemidler

³²⁶ Sml. Norsk eiendom (2017) s. 8.

etter plan- og bygningsloven. Modellene er beregnet på situasjoner der nødvendighets- og forholdsmessighetskriteriet hindrer inngåelse av en utbyggingsavtale, og fremstår dermed som en områdebeskatning, som krever hjemmel i lov. Sammenlignet med ordinær skattelegging, har «utbyggingsavgifter» den fordel at finansieringen mer direkte og raskere kommer brukerne til gode. Kostnadene kan gå til offentlig infrastruktur som er nedfelt i overordnet kommunedelplan eller områdeplan, fordelt som en kvadratmeterpris for alle utbyggere innenfor det aktuelle planområdet. Hovedformålet blir dermed å sikre lik forholdsmessig fordeling av infrastrukturbidrag mellom utbyggere, i større grad enn det som tillates etter dagens system.³²⁷

En dagsaktuell problemstilling er om ønsket om økt fortetting i byene, kan tale for oppmykning av lovens krav til hvilke tiltak utbygger kan opparbeide eller bekoste. Det kan spørres om regelverket er så stramt regulert at det setter barrierer for positiv områdeutvikling. I nyere tid har det vært problematisert om forbudet mot «sosial infrastruktur» i byggesaksforskriften § 18-1, bør avskaffes.³²⁸ Som vist i kap. 7.2, ligger det en tydelig politisk forankring bak forskriftshjemmelen, hvilket innebærer at avskaffelse langt på vei blir et politisk veivalg. Et spørsmål er om en eventuell avskaffelse kan bidra til økt plangjennomføring, i tilfeller der etablering av sosial infrastruktur er nedfelt som rekkefølgekrav. For utbygger kan det innebære en fordel å bidra med infrastrukturbidrag, fremfor å måtte avvente prosjektet inntil infrastrukturen er etablert. På den annen side kan utbyggingsprosjekter som sprenger kapasiteten på eksisterende infrastruktur, tenkes å gi grunnlag for dispensasjon innenfor det eksisterende lovverket, etter pbl. § 17-7. Terskelen for dispensasjon er derimot høy, jf. kap. 7.3.

Hvorvidt det er hensiktsmessig å avskaffe forskriftsforbudet mot sosial infrastruktur, bør også vurderes i lys av de skjønsmessige kriteriene i pbl. § 17-3 tredje ledd. Antagelig skal det svært mye til før denne type infrastrukturtiltak oppfyller nødvendighetskriteriet, og forholdsmessighetskriteriet innebærer at infrastrukturbidraget uansett ikke kan bli større enn behovet som den konkrete utbyggingen skaper.³²⁹ Den høye terskelen kan tilsi at en avskaffelse av forskriftsforbudet i begrenset grad bidrar til økt plangjennomføring. Fra et rettssikkerhets- og rettsteknisk perspektiv kan det dessuten hevdes at klare, kasuistiske regler gir bedre vern enn vage og skjønsmessige drøftelser av nødvendighet og forholdsmessighet, som igjen kan føre til ulik praksis mellom kommuner og fra prosjekt til prosjekt. Dette taler for å opprettholde forbudet i byggesaksforskriften § 18-1.

Selv om byggesaksforskriften § 18-1 skulle velges opprettholdt, bør lovgiver undergå bestemmelsen en nærmere revisjon. Avgrensningskriteriene «infrastruktur

³²⁷ Se Eggen m.fl. (2017) s. 93-94 og Norsk eiendom (2017) s. 21.

³²⁸ Holth (2017) s. 74 og Eggen m.fl. (2017) s. 91.

³²⁹ Jf. kap. 6.5.2.1.

som skoler, barnehager, sykehjem» og «tilsvarende tjenester» er vage, og skaper uklare grensedragninger, jf. kap. 7.2. Her ser jeg tre potensielle løsninger: En første løsning er å avgrense bestemmelsen mot *all* infrastruktur som det offentlige med hjemmel i lov er forpliktet til å skaffe til veie. Dette kan begrunnes i at risikoen for dobbeltbeskatning gjør seg gjeldende uavhengig av hvilken lovpålagt kommunal forpliktelse det dreier seg om. En annen løsning er å innta en *uttømmende* oppregning av bidrag som skal være forbudt. Dette øker klarheten i regelverket sammenlignet med dagens regulering. Tredje løsning er å avskaffe forskriftshjemmelen, men samtidig presisere at avtalekompetansen etter pbl. § 17-3 tredje ledd kun gjelder «teknisk» eller «fysisk» infrastruktur, etter modell fra den danske lovreguleringen av utbyggingsavtaler i planloven § 21 b stk. 3. En ulempe med å velge en slik dansk modell, er imidlertid at avgrensningskriteriet («fysiske infrastruktur-læg») kan volde skjønnsmessige grensedragninger som kan komplisere regelverket.³³⁰

Hovedinntrykket er at lovgivers løsningsmodell for rammene for avtaleinngåelse og utbyggingsavtalenes innhold fungerer, og at det i dag hovedsakelig er behov for mindre justeringer for å optimalisere behovene for plangjennomføring, likhet og rettsikkerhet. Det må forventes at den videre rettsutviklingen først og fremst vil skje gjennom forvaltningspraksis. Men det er heller ikke utenkelig at lovgiver kommer på banen. Domstolsapparatet vil neppe stå som pådriver for å trekke opp gråsonene, men vil likevel være beredt til å ta de klareste tilfellene av kompetanseover-skrivelse.

³³⁰ Anker (2013) s. 472 og 477.

10 Kilderegister

Litteratur:

- Aall (2015):** Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utg., 2011
- Anker (2013):** Anker, Helle Tegner og Jens Flensburg, *Planloven: med kommentarer*, København 2013.
- Aulstad (2005):** Aulstad, Johan Greger, *Kommunale utbyggingsavtaler*, 2005
- Aulstad og Lie (2007):** Aulstad, Johan Greger og Markus Hoel Lie, "Rt-2007-257 - Domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak", *Jussens Venner (2007)*, s. 221-235.
- Barlindhaug m.fl. (2014):** Barlindhaug, Rolf, Holm, Anne og Nordahl, Berit, "Kommunenes til rettelegging for boligbygging", *NIBR-rapport 2014:13* (2014)
- Bernt (1977):** Bernt, Jan Fridthjof, "Forbehold ved forvaltningsvedtak - Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkningsmiddel", *Institutt for offentlig retts skriftserie* (1977), s. 1-92
- Bernt (1981):** Bernt, Jan Fridthjof, *Avtaler med stat og kommune*, 1981
- Bernt (2015):** Bernt, Jan Fridthjof, "Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving", I: *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), 2015, s. 27-47
- Bernt (2016):** Bernt, Jan Fridthjof, "Rammene for rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser - Fra fritt skjønn til pragmatiske vurderinger?", *Jussens Venner* (2016), s. 324-342
- Bernt og Krüger (1986):** Bernt, Jan Fridthjof og Kai Krüger, "Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten", I: *Festskrift til Torstein Eckhoff; Samfunn, rett og rettferdighet*, (red.), 1986, s. 86-124

- Bernt m.fl. (2007):** Bernt, Jan Fridthjof, Synne Sæther Mæhle og Jørn R. T. Jacobsen, *Rett, samfunn og demokrati: innledning til juss-studiet*, 2007
- Bernt og Rasmussen (2010):** Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett: Bind 1. Innledning til forvaltningsretten, dokumentoffentlighet, informasjonsbehandling, inhabilitet, saksbehandling, klage og omgjøring*, 2. utg., 2010
- Bjelkarøy (2010):** Bjelkarøy, Erlend Torheim, *Avtaler som verktøy i kommunal planlegging: en casestudie av 12 kommuner i Sogn og Fjordane (Universitetet for miljø- og biovitenskap Institutt for, landskapsplanlegging)*, 2010
- Bjørkholt og Løvf (2012):** Bjørkholt, Anne Sofie og Christine Løvf, "Usynkronisert regelverk vanskeliggjør eienomsutvikling", *Tidsskrift for eiendomsrett* (2012), s. 63-72
- Boe (1979):** Boe, Erik, *Distriktenes utbyggingsfond: en kritisk rettslig/retts sosiologisk studie av DUF's generelle forvaltningsrettslige stilling*, 1979
- Boe (2002):** Boe, Erik, "Forholdet mellom privatrett og offentlig rett - nye tendenser", I: *Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv*, Magnus Aarbakke m.fl. (red.), 2002, s. 113-137
- Boe (2004):** Boe, Erik, "Lovregulering av utbyggingsavtaler – to konkurrerende lovforslag", *Lov og Rett* (2004), s. 515-531
- Boe (2007):** Boe, Erik, "Hvem bestemmer - domstolene eller forvaltningen?", *Lov og Rett* (2007), s. 67-88.
- Boe (2012):** Boe, Erik, "Når miljøgaver ikke er rene gaver - Skulpturparken på Ekeberg til illustrasjon", I: *Pro Natura: Festskrift til Hans Christian Bugge*, Inge Lorange Backer, Ole Kristian Fauchald og Christina Voigt (red.), 2012, s. 96-107
- Boe og Woxholth (2013):** Boe, Erik og Geir Woxholth, "Forvaltning eller kontrakt: Det ene, det annet, begge deler eller ingen av delene?", I: *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, Ørnulf Rasmussen, Sigrid Eskeland Schütz og Karl Harald Søvig* (red.), 2013, s. 81-97

- Bugge (2015):** Bugge, Hans Christian, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4. utg., 2015
- Eckhoff (1963):** Eckhoff, Torstein, "Legalitetsprinsippet", *Tidskrift for rettsvitenskap* (1963), s. 225-285
- Eckhoff og Smith (2014):** Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utg., 2014
- Eggen m.fl. (2017):** Eggen, Fernanda Winger, Fredrik Bakkemo Kostøl, Rolf Røtnes, Anders Evjenth og Jørund Nilsen, "Mulighetsstudie for en langsiktig plan for samlet infrastrukturutvikling", *Samfunnsøkonomisk analyse, Rapport 55-2017* (2017)
- Frihagen (1989):** Frihagen, Arvid, *Plan- og bygningsloven: kommentarutgave: Bind 3: Lovens kapittel VII, Reguleringsplan*, 1989
- Giertsen (2006):** Giertsen, Johan, *Avtaler*, 2006
- Graver (2007):** Graver, Hans Petter, "Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet", *Lov og Rett* (2007), s. 365-374
- Graver (2015):** Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., 2015
- Holth (2017):** Holth, Fredrik, "Prosjektplanlegging etter tysk modell", *Kart og Plan* (2017), s. 68-76
- Hopsnes (2013):** Hopsnes, Roald, "Myndighetsmisbrukslæren som skranke for forvaltningsorgans avtaleinngåelser?", I: *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe*, (red.), 2013, s. 173-202
- Hopsnes (2016):** Hopsnes, Roald, *Kommunale forhåndstilsagn: en analyse av adgangen til og rettsvirkningen av forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet*, 2016
- Innjord (2014):** Innjord, Forde A., "Forvaltningsretten", I: *Knophs oversikt over Norges rett*, Kåre Lilleholt (red.), 14. utg., 2014, s. 572-593
- Innjord (1996):** 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 (2010):** Innjord, Frode A., *Plan- og bygningsloven med kommentarer (rettsdata.no)*, 2010
- Jerkø (2009):** Jerkø, Markus, "Det norske formålet «bærekraftig utvikling»", *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2009), s. 354-387
- Monsen (2007):** Monsen, Erik, "Om miljøhensyn på formuerettens område - særlig om bruken av miljøhensyn i Støvlettdommen i Rt-2006-179", *Lov og Rett* (2007), s. 613-630
- Monsen (2012):** Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 2012
- Myklebust (2013):** Myklebust, Ingunn Elise, "Vilkår ved vedtak om lokalitetsklarerer for akvakultur", *Tidsskrift for eiendomsrett* (2013), s. 100-125
- Myklebust og Schütz (1999):** Myklebust, Ingunn Elise og Sigrid Eskeland Schütz, "Tilrettelegging av miljøkvalitet i bustadområde", *Kart og Plan* (1999), s. 195-203
- Nisja og Reusch (2009):** Nisja, Ola og Christian H P Reusch, "Domstolsprøving av forvaltningsvedtak - nye avklaringer", *Jussens Venner* (2009), s. 254-263
- Norsk eiendom (2017):** Foreningen Norsk eiendom, "Felles løft: Modeller for å sikre utbygging av nødvendige infrastrukturtiltak i by- og stedsutvikling", *prosjektrapport 10. januar 2017* (2017)
- Nygaard (2004):** Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., 2004
- Pedersen m.fl. (2010):** Pedersen, Odd Jarl, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness og Audar Os, *Plan- og bygningsrett, del 1: Planlegging og ekspropriasjon*, 2. utg., 2010
- Pedersen m.fl. (2011):** Pedersen, Odd Jarl, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness og Audar Os, *Plan- og bygningsrett, del 2: Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner*, 2. utg., 2011
- Plathe og Jørgensen (2009):** Plathe, Erik og Allan Hjorth Jørgensen, *Undersøkelse om, og evaluering av lov, forskrift og veiledning om utbyggings-avtaler*, 2009

- Rasmussen (2007):** Rasmussen, Knut Fredrik, "Utbyggingsavtaler", *Tidsskrift for eiendomsrett* (2007), s. 333-347
- Rasmussen (1995):** Rasmussen, Ørnulf, "Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten", *Lov og Rett* (1995), s. 307-322
- Reusch (2014):** Reusch, Marianne, "Adgangen til å stille vilkår ved tillatelser etter plan- og bygningsloven", *Lov og Rett* (2014), s. 14-32
- Rogstad (2007):** Rogstad, Daniel, "Om utbyggingsavtaler - noen merknader til ikrafttreddelsen av nytt kapittel XI-A i plan- og bygningsloven", I: *Areal og eiendomsrett*, Øyvind Ravna (red.), 2007, s. 129-150
- Sejersted m.fl. (2011):** Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg., 2011
- Smith (1976):** Smith, Eivind, "Om domstoler og systematikk i forvaltningsretten", *Jussens Venner* (1976), s. 177-203
- Svarva og Kristensen (2004):** Svarva, Helge Morten og Jørn Terje Kristensen, "Kommentar til Johan Greger Aulstads artikkel i JV, hefte 2/2004 – Særlig om utbyggingsavtaler", *Jussens Venner* (2004), s. 343-364
- Søvig (2015):** Søvig, Karl Harald, "Avslutning", I: *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), 2015, s. 319-352
- Uggerud (1994):** Uggerud, Ken, *Plan- og bygningsloven § 7; Dispensasjonsavveiningen*, 1994
- Wallevik (2015):** Wallevik, Karl O., "Forholdsmessighet ved omgjøring av enkeltvedtak til skade utenfor klagesak", I: *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), 2015, s. 147-188
- Winge (2012):** Winge, Nikolai K., *Kampen om arealene: rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning*, 2012
- Østenstad (2014):** Østenstad, Bjørn Henning, "Sårstelldommen (Rt-2010-612) - prejudikat for kva?", *Lov og Rett* (2014), s. 484-501

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

Lovgivning:

Grunnloven – Grl.: Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

avtaleloven – avtl.: Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

grannelova (naboloven): Lov 15. juni 1961 om rettshøve mellom grannar

sivilombudsmannsloven – ombml.: Lov 22. juni 1962 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen

veglova: Lov 21. juni 1963 om vegar

forvaltningsloven – fvl.: Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

servituttlova: Lov 29. november 1968 um særlege råderettar over framand eigedom

eigedomsskattelova: Lov 6. juni 1975 om eigedomsskatt til kommunane

forurensningsloven: Lov 13. mars 1981 om vern mot forurensningar og om avfall

ekspropriasjons-erstatningslova: Lov 6. april 1984 om vederlag ved oreigning av fast eigedom

plan- og bygningsloven (1985): Lov 14. juni 1985 Plan- og bygningslov [opphevet]

folkebibliotekloven: Lov 20. desember 1985 om folkebibliotek

utlendingsloven (1988): Lov 24. juni 1988 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her og endringer i lov om fri rettshjelp [opphevet]

kommuneloven:	Lov 25. september 1992 om kommuner og fylkeskommuner
genteknologiloven:	Lov 2. mars 1993 om framstilling og bruk av genmodifiserte organismer m.m.
bustadoppføringslova:	Lov 13. juni 1997 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.
akvakulturloven:	Lov 17. juni 2005 om akvakultur
utlendingsloven:	Lov 15. mai 2008 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
plan- og bygningsloven – pbl.:	Lov 27. juni 2008 om planlegging og byggesaksbehandling
naturmangfoldloven:	Lov 19. juni 2009 om forvaltning av naturens mangfold
mineralloven:	Lov 19. juni 2009 om erverv og utvinning av mineralressurser
sosialtjenesteloven:	Lov 18. desember 2009 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen
helse- og omsorgstjenesteloven:	Lov 24. juni 2011 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.
vass- og avløpsanleggslova:	Lov 16. mars 2012 om kommunale vass- og avløpsanlegg
jordskiftelova:	Lov 21. juni 2013 om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m.
byggesaksforskriften (SAK10):	Forskrift 9. april 2010 nr. 488 om byggesak
byggteknisk forskrift (TEK10):	Forskrift 26. mars 2010 nr. 489 om tekniske krav til byggverk
anskaffelsesforskriften:	Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser

Plan- och bygglagen (Sverige): SFS 2010:900 Plan- och bygglag (2010:900)

Planloven (Danmark): Lov nr. 388 af 6. juni 1991 om planlægning

Baugesetzbuch (Tyskland) – BauGB: Lov 23. september 2004, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2004 Teil I Nr. 52, ausgegeben am 01.10.2004, Seite 2414

Forarbeider:

Besl.O. nr. 65 (2004-2005): Besl.O. nr. 65 (2004-2005) Lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)

Dok. nr. 16 (2011-2012): Dok. nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst. 187 S (2013-2014): Innst. 187 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter, med unntak av romertall IX

Innst.O. nr. 31 (1982-1983): Innst.O. nr. 31 (1982-1983) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4 m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)

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

Innst.S. nr. 163 (1991-1992): Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen angående forslag fra Einar Førde og Liv Aasen til ny § 110 b, § 103, § 94 eller § 112 i Grunnloven (Vern av miljøet)

NOU 1979:32: NOU 1979:32 Formuerettslig lempningsregel

NOU 2003:14:	NOU 2003:14 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II. Planlovutvalgets utredning med lovforslag
NOU 2003:24:	NOU 2003:24 Mer effektiv bygningslovgivning Grunnprinsipper og veivalg. Utbygningssavtaler. Bygningslovutvalgets første delutredning
NOU 2005:12:	NOU 2005:12 Mer effektiv bygningslovgivning II. Bygningslovutvalgets andre delutredning med lovforslag
Ot.prp. nr. 5 (1982-1983):	Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)
Ot.prp. nr. 22 (2004-2005):	Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbygningssavtaler)
Ot.prp. nr. 32 (2007-2008):	Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen)
Ot.prp. nr. 45 (2007-2008):	Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesak-sdelen)
Ot.prp. nr. 56 (1984-1985):	Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) Plan- og bygningslov
Prop. 121 L (2013-2014):	Prop. 121 L (2013-2014) Endringer i plan- og bygningsloven (forenklinger mv. i plandelen)
Prop. 149 L (2015-2016):	Prop. 149 L (2015-2016) Endringer i plan- og bygningsloven (mer effektive planprosesser, forenklinger mv.)
Stortingsforhandlinger 1827:	Stortingsforhandlinger 1827, vol. 5, del 3, O. 23.6
Prop 2013/14:126 (Sverige):	Prop 2013/14:126 En enklare planprocess

Rettspraksis og tolkningsuttalelser:

Den europeiske menneskerettighets- domstol (EMD):

Sunday Times v. The United Kingdom (No 2), EMDN-1987-13166 (Plenum)

Cumpana & Mazare v. Romania, EMDN-1996-33348-2 (Storkammer)

Høyesterett:

Rt. 1933 s. 548 (Rådhusospits)	Rt. 2005 s. 117 (Osen)
Rt. 1935 s. 85 (Ulvøya)	Rt. 2005 s. 229
Rt. 1949 s. 564	Rt. 2005 s. 238
Rt. 1964 s. 209 (Mimi Halvorsen)	Rt. 2005 s. 469
Rt. 1975 s. 603 (Swingball)	Rt. 2006 s. 179 (Støvletthæl)
Rt. 1977 s. 24 (Østensjø)	Rt. 2007 s. 257 (Trallfa)
Rt. 1981 s. 754 (Isene)	Rt. 2007 s. 281 (Barka)
Rt. 1983 s. 700	Rt. 2008 s. 560
Rt. 1991 s. 586	Rt. 2008 s. 1110
Rt. 1992 s. 55	Rt. 2009 s. 354 (Kvinnherad)
Rt. 1993 s. 278 (Gaulosen)	Rt. 2009 s. 695
Rt. 1993 s. 528 (Lunner Pukkverk)	Rt. 2009 s. 740 (Seimsmyrane)
Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks)	Rt. 2010 s. 612 (Sårstell)
Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning)	Rt. 2011 s. 10
Rt. 1998 s. 1795	Rt. 2011 s. 304
Rt. 1999 s. 213	Rt. 2011 s. 631
Rt. 1999 s. 1672 (Fysioterapeut)	Rt. 2011 s. 780
Rt. 2000 s. 591	Rt. 2011 s. 1433
Rt. 2000 s. 1066	Rt. 2012 s. 18 (Kistefos)
Rt. 2001 s. 995	Rt. 2014 s. 321
Rt. 2002 s. 209	Rt. 2015 s. 392
Rt. 2002 s. 683 (Vassøy Canning)	Rt. 2015 s. 413
Rt. 2002 s. 764 (Løvenskiold)	Rt. 2015 s. 795 (Geiranger)

Lagmannsretten:

RG 1969 s. 325 (Tjøme),

LE-2008-6605

LE-2008-78952

LE-2016-44539

Sivilombudsmannens uttalelser:

SOMB-1989-40 (Somb. 1989 s. 105)

SOMB-2009-77 (Somb. 2009 s. 308)

SOM-2011-1557-1

SOM-2015-1194

Tolkningsuttalelser fra departementet:

06/2903-4 (KRD)
10/647-3 (KRD)
11/951-2 (KRD)
12/539-2 (KMD)
13/1383-2 (KMD)
14/912 (KMD)
14/913 (KMD)
14/6661-3 (KMD)
15/3677 (KMD)

Offentlige dokumenter:

- Innst. 376 S (2015-2016):** Innst. 376 S (2015-2016) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om særskilt melding fra Sivilombudsmannen - Kommunal- og moderniseringsdepartementet følger ikke Sivilombudsmannens uttalelser
- Kongelige resolusjoner:** Nasjonale forventninger til regional og kommunal planlegging, vedtatt ved kgl. res. 12. juni 2015
- Statlige planretningslinjer:** Statlige planretningslinjer for samordnet bolig, areal- og transportplanlegging (2014), (FOR-2014-09-26-1222)
- Riksrevisjonen:** Dok. nr. 3:11 (2006-2007) Riksrevisjonens undersøkelse av berekraftig arealplanlegging og arealdisponering i Norge
- Innst. S. nr. 35 (2007-2008) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Riksrevisjonens undersøkelse av bærekraftig arealplanlegging og arealdisponering i Norge
- Rundskriv H-5/02:** Juridiske spørsmål vedrørende utbyggingsavtaler i tilknytning til plan- og byggesaksbehandling m.v., Utgitt av kommunal- og regionaldepartementet, 2002

Veilederen (KRD): Veileder utbyggingsavtaler, Utgitt av kommunal- og regionaldepartementet, 2006

Nettsider:

Paris-avtalen: <http://unfccc.int/source/docs/2015/cop21/eng/109r01.pdf>
(sjekket 26. mai 2017)

«Otium-selskap er slått konkurs»: Stavanger Aftenblad 16. august 2016,
http://www.aftenbladet.no/lokalt/Otium-selskap-er-slatt-konkurs-323812b.html?spid_rel=2 (krever innlogging)
(sjekket 26. mai 2017)

Forslag til kommune-planens arealdel 2016: Bergen kommune, 12. februar 2016,
<https://www.bergen.kommune.no/aktuelt/tema/kommuneplanens-arealdel-2016>
(sjekket 26. mai 2017)

Utbyggingsavtale for Nyhavn: Bergen kommune, 14. oktober 2012,
<https://www.bergen.kommune.no/aktuelt/kunngjoringer/kunngjoring-99780>
(sjekket 26. mai 2017)

Utbyggingsavtale for Frysjaparken: Oslo kommune, 22. april 2016,
<https://www.oslo.kommune.no/politikk-og-administrasjon/etater-og-foretak/eiendoms-og-byfornyelsesetaten/kunngjoringer-fra-eiendoms-og-byfornyelsesetaten/kunngjoring-22-04-2016-frysjaparken-utbyggingsavtale-til-of-fentlig-ettersyn-article62986.html>
(sjekket 26. mai 2017)

«Det skjulte spleiselaget»: Plan- og bygningsetaten, 20. september 2016,
<http://byplanoslo.no/content/det-skjulte-spleiselaget>
(sjekket 26. mai 2017)

