

Vilkår i kommunale utbyggingsavtaler

Den kommunale reguleringskompetansen som byttemiddel

Kandidatnr: 573

Veileder: Eivind Smith

Leveringsfrist: 29. januar 2004

Til sammen 34183 ord

Dato 29. januar 2004

Innholdsfortegnelse

DEL I: Introduksjon

1.1	PRESENTASJON AV TEMA	1
1.2	KOMPETANSEGRUNNSETNINGEN, LEGALITETSPRINSIPPET OG PRINSIPPET OM AVTALEFRIHET	2
1.3	BAKGRUNNN FOR VALG AV TEMA	4
1.4	AVGRENSNINGER	6
2	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	7
2.1	INNLEDNING	7
2.2	NÆRMERE OM TOLKNINGEN AV PLAN- OG BYGNINGSLOVEN	8
2.3	NÆRMERE OM RETTSKILDESITUASJONEN VED BRUK AV MYNDIGHET ETTER PLAN- OG BYGNINGSLOVEN SOM BYTTEMIDDEL	9
3	<u>BAKGRUNNSINFORMASJON</u>	11
3.1	INNLEDNING	11
3.2	UTVIKLINGEN I BRUK AV UTBYGGINGSAVTALER	12
3.3	FORDELER OG ULEMPER MED BRUK AV UTBYGGINGSAVTALER	13
3.4	UTBYGGINGSAVTALER I PLAN- OG BYGNINGSLOVENS SYSTEM	15
4	<u>UTBYGGINGSAVTALER - PRIVATRETT ELLER OFFENTLIGRETT?</u>	18
4.1	PROBLEMSTILLING	18
4.2	OVERSIKT OVER ULIKE RETTSLIGE TILNÆRMINGER TIL UTBYGGINGSAVTALER	19
4.3	DEN RETTSLIGE TILNÆRMINGEN I DENNE OPPGAVEN	21
4.4	BETYDNINGEN AV AT AVTALEN ER Å ANSE SOM ET ENKELTVEDTAK	22

DEL II: Utbyggingsavtaler i forbindelse med den kommunale behandlingen av reguleringsplanen

5	<u>PROBLEMSTILLINGEN</u>	24
6	<u>KOMMUNENS ENSIDIGE KOMPETANSE</u>	25
6.1	INNLEDNING	25
6.2	PLAN- OG BYGNINGSLOVEN § 26	26
6.2.1	GENERELT OM BESTEMMELSEN	26
6.2.2	REGULERINGSBESTEMMELSER OM SOSIAL BOLIGPROFIL	28
6.2.3	VILKÅR OM BIDRAG TIL INFRASTRUKTUR	30
6.2.4	INNLEDNING	30
6.2.5	VILKÅR ETTER PLAN- OG BYGNINGSLOVEN § 26	31
6.2.6	VILKÅR ETTER DEN ALMINNELIGE VILKÅRSLÆRE?	34
7	<u>DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT FOR UTBYGGINGSAVTALER</u>	38
7.1	INNLEDNING	38
7.2	OVERSIKT OVER DEN DISKRESJONÆRE REGULERINGSKOMPETANSE	39
7.3	HOLDEPUNKTER I LOVEN FOR AT KOMMUNEN HAR KOMPETANSE TIL Å INNGÅ UTBYGGINGSAVTALER	40
8	<u>UTBYGGINGSAVTALER INNENFOR VILKÅRSKOMPETANSEN</u>	42
8.1	INNLEDNING	42
8.2	KOMMUNENS KOMPETANSE	42
8.3	GRENSENE FOR KOMMUNENES KOMPETANSE	43
9	<u>UTBYGGINGSAVTALER MED FORPLIKTELSER UTOVER DEN ENSIDIGE VILKÅRSKOMPETANSEN</u>	43
9.1	PROBLEMSTILLINGEN	43
9.2	OVERSIKT OVER HOVEDSTANDPUNKTENE I JURIDISK TEORI	44
9.2.1	INNLEDNING	44
9.2.2	TEORIENS FØRSTE HOVEDSTANDPUNKT	45

9.2.3	TEORIENS ANNET HOVEDSTANDPUNKT	45
9.2.4	OPPSUMMERING	49
9.3	HENSYN	49
9.3.1	INNLEDNING	49
9.3.2	FORHOLDET TIL DEN PRIVATE MEDKONTRAHENT	50
9.3.3	FORHOLDET TIL ALLMENNHEITEN OG BERØRTE TREDJEMENN	51
9.3.4	OPPSUMMERING	53
9.4	RETTSPRAKSIS	53
9.4.1	INNLEDNING	53
9.4.2	HYDRO- DOMMEN RT. 1915 s. 161	53
9.4.3	DOMMEN OM KRISTIANIA SPORVEISSELSKAP RT. 1931 s. 241	57
9.4.4	MIMI HALVORSEN RT. 1964 s. 209	59
9.4.5	DROSJEDOMMEN RT. 1979 s. 994	62
9.4.6	RT 2003 s. 764	63
9.5	PRAKSIS FRA SIVILOMBUDSMANNEN	68
9.6	AVTALEPRAKSIS	70
9.7	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	72

10 NÆRMERE OM LOVLIGHETEN AV VILKÅR I DAGENS

UTBYGGINGSAVTALER **76**

10.1	INNLEDNING	76
10.2	SAKLIGHETSKRAVET	76
10.2.1	INNLEDNING	76
10.2.2	DET GENERELLE SAKLIGHETSKRAV	77
10.2.2.1	Avtalevilkår om sosial boligbygging	77
10.2.2.2	Avtalevilkår om større bidrag til teknisk infrastruktur	78
10.2.2.3	Avtalevilkår om bidrag til sosial infrastruktur	79
10.2.2.4	Avtalevilkår om avståelse av grunn til kommunale formål	82
10.2.2.5	Avtalevilkår om boligsalg til kommunen på spesielle vilkår	83
10.2.3	DET KONKRETE SAKLIGHETSKRAV	84
10.2.4	SÆRLIG OM ØKONOMISKE HENSYN VED SAKLIGHETSVURDERINGEN	86
10.3	BETYDNINGEN AV BESTEMMELSER I AKTUELL SÆRLOVGIVNING	87
10.3.1	INNLEDNING	87
10.3.2	OPPLÆRINGSLOVEN	88
10.3.3	KOMMUNEHELSESTJENESTELOVEN	90
10.3.4	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	92

10.4	FORHOLDSMESSIGHET	93
10.5	ØVRIGE RELEVANTE MOMENTER	95
10.6	URIMELIG MYNDIGHETSUTØVELSE	97
10.7	AVTALELOVEN § 36	98
10.7.1	SPØRSMÅLET OM AVTALELOVEN § 36 KAN ANVENDES VED DEN RETTSLIGE VURDERINGEN AV UTBYGGINGSAVTALERS INNHOLD	98
10.7.2	BETYDNINGEN AV EN ANALOGISK ANVENDELSE AV AVTALELOVEN § 36	100
10.8	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	102

DEL III: Avslutning

<u>11</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>104</u>
11.1	INNLEDNING	104
11.2	UTBYGGINGSAVTALER INNGÅTT PÅ ANDRE STADIER AV PLAN- OG BYGGINGS PROSESSEN	104
11.2.1	INNLEDNING	104
11.2.2	PRIVAT OPPFYLLELSE AV REKKEFØLGEBESTEMMELSER	105
11.2.3	UTBYGGINGSAVTALER INNGÅTT UNDER TRUSSEL OM EKSPROPRIASJON	106
11.3	FORHOLDET TIL DE AKTUELLE LOVFORSLAG	107
11.3.1	INNLEDNING	107
11.3.2	PLANLOVUTVALGETS LOVFORSLAG	107
11.3.3	BYGNINGSLOVUTVALGETS LOVFORSLAG	109
11.3.4	OPPSUMMERING	112
<u>12</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>113</u>

DEL I:

Introduksjon

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Kommunal- og regionaldepartementet og miljøverndepartementet har definert utbyggingsavtaler slik:

”” Utbyggingsavtaler” er et begrep som brukes om forskjellige typer avtaler inngått i forskjellige situasjoner. I vid forstand omfatter begrepet alle avtaler inngått mellom en utbygger og kommunene eller grunneier om regulering og utbygning av et område. Avtalene kan gjelde intensjonen med prosjektet, prosjektet som en helhet eller detaljer i gjennomføringen.”¹

Utbyggingsavtaler inngås i forbindelse med den kommunale plan- og byggesaksbehandlingen. Kommunene benytter for det første sin reguleringskompetanse til å forhandle frem avtaler med utbyggere. Videre benytter de rekkefølgevilkår fastsatt i de enkelte reguleringsplaner samt vilkårsbestemmelser i plan- og bygningsloven, til å fremforhandle avtaler i tilknytning til byggesaksbehandlingen.

Utbyggingsavtalene inngås i privatrettslige former gjennom forhandlinger som de vi finner i avtaleretten for øvrig. Det som skiller disse avtalene fra alminnelige avtaleforhold er at de utferdiges under forutsetning om at kommunene benytter sin offentlige myndighet på en bestemt måte. Dette er en verdi som ikke er gjenstand for alminnelig omsetning. Utbyggingsavtalene inneholder således så vel offentligrettslige som privatrettslige elementer.

¹ Se rundskriv H- 5/02 Juridiske spørsmål vedrørende utbyggingsavtaler i tilknytning til plan- og byggesaksbehandling m.v. s.5.

Målet for denne avhandlingen er å vurdere hvilke regler som gjelder for utbyggingsavtalenes innhold. Avhandlingen vil vurdere hvilke typer av vilkår som kan avtales og eventuelt i hvilken utstrekning disse vilkårene kan avtales. Gjennom analysen av denne problemstillingen vil jeg også belyse forholdet mellom legalitetsprinsippet og prinsippet om avtalefrihet.

1.2 Kompetansegrunnsetningen, legalitetsprinsippet og prinsippet om avtalefrihet

Vårt rettsystem bygger på grunnsetningen om at alle rettslige bindende handlinger, så vel offentligrettslige som privatrettslige, må ha et kompetansegrunnlag.²

Siden utbyggingsavtaler bygger på så vel offentligrettslige som privatrettslige elementer, er det hensiktsmessig å innledningsvis se nærmere på de ulike kompetansegrunnlagene innenfor avtaleretten og forvaltningsretten.

Kompetansen i avtaleretten har sitt utgangspunkt i prinsippet om avtalefrihet og den private eiendomsrett. Prinsippet om avtalefrihet defineres ofte som partenes frihet til å regulere sine formuesrettslige forhold gjennom bindende avtale, såfremt annet ikke følger av særlige regler.³ Friheten omfatter både frihet til å inngå eller å unnlate å inngå avtaler, frihet til å velge avtalemotpart og frihet til sammen med den valgte motpart å fastsette avtalens innhold.⁴ Som fremhevet av Torstein Eckhoff har avtalefrihet fått karakter av å være et rettskildesprinsipp som innebærer at bevisbyrden ligger på den parten som hevder at avtalefriheten er overskredet.⁵ Prinsippet har støtte i lovgivningen vår gjennom Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april. 1687, som sier at alle frivillige inngåtte avtaler ”skulle holdis i alle deris Ord og Puncter” såfremt de ikke er i mot loven eller ærbarheten. I avtaleretten er det altså begrensningene i partenes kompetanse som må begrunnes.

² Se Eckhoff/Smith 2003 s. 310

³ Se Hov 1998 s. 37.

⁴ Se Woxholth 2001 s 22.

⁵ Se Eckhoff/Helgesen 1997 s. 241.

Kompetanse spørsmålet i forvaltningsretten er fastsettes i medhold av legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet er tradisjonelt blitt definert som prinsippet om at offentlige myndigheter ikke kan gripe inn overfor borgerne i individuelle tilfelle uten å ha hjemmel for det i formell lov.⁶ Denne definisjonen er imidlertid upresis. Hjemmel i lov er kun nødvendig i de tilfeller hvor forvaltningens kompetanse ikke strekker til etter de øvrige kompetansegrunnlag. I så fall prater vi om legalitetsprinsippet.⁷ Et sentralt poeng er imidlertid at legalitetsprinsippet krever en positiv angivelse av det aktuelle kompetansegrunnlag.

De øvrige rettslige kompetansegrunnlag for forvaltningen kan deles i fire hovedgrupper. Kompetanse etter organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, grunnlovens spesielle kompetanseregler, annen sedvanerettslig kompetanse og eierrådighet og avtalekompetanse (privat autonomi).

Når det gjelder kompetanse til å avtale utbygningsavtaler og hvilke grenser som gjelder for denne kompetansen, må vi først og fremst se nærmere på den avtalekompetansen som et særskilt kompetansegrunnlag. Kompetansen følger her av eierrådigheten og sedvaneretten.

Det offentlige inngår en rekke avtaler. På den ene side inngås det en rekke alminnelige privatrettslige avtaler om kjøp og salg m.m. Eksempler på slike avtaler kan være avtaler med private entreprenører om bygging av offentlige bygninger, eller mindre avtaler om innkjøp av skolemateriell. Dette er avtaler som i stor grad gjøres i medhold av eierrådigheten og den sedvanerettsbaserte avtalekompetansen. Her gjelder avtalefrihetens prinsipp i stor grad. Kjennetegnet ved avtalene er at den private part i lys av sin selvbestemmelsesrett velger å påta seg en forpliktelse, ikke at det offentlige ensidig pålegger en forpliktelse. Det offentlige fremstår i disse tilfellene med store likhetstrekk med en stor privat aktør.

⁶ Se Andenæs 1998 s. 176.

⁷ Denne måten å definere legalitetsprinsippet på er det gjort rede for i Eckhoff/Smith 2003 s. 307 flg.

Disse avtalene blir i stor grad styrt av privatrettslige regler. Dersom det offentlige misligholder sine forpliktelser, er det de privatrettslige misligholdsbeføyelsene som den private part må gjøre gjeldende. Videre må kommunene på sin side angripe avtalen i medhold av avtalerettslige regler, og ikke den forvaltningsrettslige omgjøringsadgang dersom de ønsker avtalen revidert.

Offentlig rettslige regler får også betydning for disse avtalene. For det første vil de personlige kompetansebestemmelsene, sammen med andre sentrale saksbehandlingsregler få anvendelse.⁸ For det andre stilles det offentligrettslige krav til forvaltningen i henhold til hvordan de utnytter den sterke markedssituasjonen de innehar. Regelverket om offentlige anskaffelser er et sentralt eksempel på disse kravene.

9

På den andre side har vi avtaler som skiller seg ut i forhold til alminnelige privatrettslige avtaler. Utbyggingsavtaler blir fremforhandlet med bakgrunn i kommunenes lovtillagte kompetanse. Vi har ingen generell regel i norsk rett om forholdet mellom offentlig myndighet og avtalekompetansen. Hvorledes den enkelte hjemmelslov kan benyttes ved avtaleforhandlinger er således et tolkningsspørsmål. Som et ledd i denne lovtolkningen er det nødvendig å ta stilling til hvilken betydning det skal tillegges at avtalene er inngått i privatrettslige former.

1.3 Bakgrunn for valg av tema

Bruken av utbyggingsavtaler er et av de mest dagsaktuelle forvaltningsrettslige temaer. Som jeg skal gjøre nærmere rede for i kapittel 3.2 har det i løpet av de senere år vært en betydelig utvikling i forhold til hvilke, og hva slags, forpliktelser den private part har påtatt seg i utbyggingsavtaler.

⁸ Se i denne sammenheng forvaltningsloven § 1 jf. § 3 som blant annet gir habilitetsreglene anvendelse på all virksomhet som drives av forvaltningsorganene såfremt annet ikke er bestemt i lov. Det må videre kunne legges til grunn at det generelle kravet til forsvarlig saksbehandling i en viss utstrekning vil få anvendelse på disse avtalene.

⁹ Jf. lov om offentlige anskaffelser av 16. juli Nr. 69. 1999.

Denne utviklingen har medført usikkerhet hos omkring de juridiske grenser for utbyggingsavtalene.

Kommunal- og regionaldepartementet og Miljøverndepartementet har i rundskriv H-5/02, gjort rede for de ulike problemstillinger utviklingen i bruken av utbyggingsavtaler har medført. Rundskrivet konkluderer på en rekke av de spørsmål som reises og forsøker å trekke opp rammene for bruken av utbyggingsavtaler. Det er imidlertid skrevet under stort tidspress og går i liten grad til bunns i materien. Ellers finnes det lite juridisk litteratur som problematiserer utviklingen i bruk av utbyggingsavtaler.

Dette gir noe av bakgrunnen for at både planlovutvalget og bygningslovutvalget har foreslått nærmere regler om disse avtalene.

Planlovutvalget legger i sitt lovforslag til grunn at rammene for ensidige vilkår etter plan- og bygningsloven og for avtaler bør være de samme, og at de bør være relativt stramme. Planlovutvalget har ved utformingen av dette forslaget i stor grad lagt vekt på at det i Stortinget har synes å være tverrpolitisk enighet om en slik linje.¹⁰

Bygningslovutvalget fremhever at den praksis som har utviklet seg med bruk av utbyggingsavtaler, reiser en rekke vanskelige spørsmål av politisk, økonomisk og juridisk art. Gjennom en lovregulering ønsker de å rydde opp i disse problemstillingene, samtidig som de legger opp til at utbyggingsavtaler kan beholdes som et positivt verktøy for kommunen ved planbehandlingen. Bygningslovutvalget har prøvd å finne frem til et fleksibelt verktøy som ikke er til hinder for utbygging og utvikling. Utvalget åpner således for at utbygger i avtale kan påta seg å dekke noen merkostnader som følger av utbyggingen. Hensynet til utbyggeren er foreslått ivaretatt med forholdsvis strenge krav til sammenhengen og forholdsmessigheten mellom det som kan avtales og det som kan bygges.¹¹

¹⁰ Se NOU 2003: 14 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II s. 338-342.

¹¹ Se NOU2003: 24 Mer effektiv bygningslovgivning s. 167-169.

Det er tildels store avvik mellom de to lovforslagene, og usikkert hvilken løsning lovgiver til slutt vil velge. I mellomtiden fortsetter praksis å utvikle seg.

Det er først og fremst den store aktualitet og den juridiske usikkerheten omkring disse avtalene som har begrunnet mitt valg av tema.

1.4 Avgrensninger

Skjematisk kan de juridiske problemstillinger ved bruken av utbyggingsavtaler grupperes i tre. For det første kan det reises problemstillinger i tilknytning til vernet av medkontrahent. Hvor langt kan det offentlige gå i å pålegge den private part forpliktelser ved utbyggingen? For det andre har vi problemstillinger i tilknytning til vernet av felleskapsinteressene. I denne gruppen hører spørsmål om formell og reel forhåndsbinding hjemme, samt spørsmål om i hvilken grad kommunene ved avgjørelsen av reguleringsspørsmålet kan legge vekt på at utbygger har påtatt seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge. Typisk vil det i denne gruppen kunne komme opp spørsmål om miljøinteresser eller nabointeresser er tilstrekkelig ivaretatt. For det tredje kan det reises spørsmål i tilknytning til vernet av konkurrerende private interesser. I denne gruppen hører spørsmålene om forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser hjemme. Det sentrale spørsmålet i denne sammenheng, er i hvilken grad utbyggingsavtalene må sikre like muligheter for konkurrerende entreprenører i forbindelse med utbygging av det offentlige tjenestetilbudet.¹²

I denne avhandlingen vil jeg se nærmere på den første konfliktgruppen: - Forholdet mellom kommunene og medkontrahenten. Dette innebærer en avgrensning av oppgaven mot de problemstillinger som oppstår i tilknytning til regelverket om offentlige anskaffelser, og mot de problemstillinger som reiser seg i tilknytning til vernet av fellesskapsinteressene.

¹² Denne tredelingen av konfliktsituasjoner er hentet i fra Erik Boes foredrag ”Oversikt over de ulike rettsproblemer som utbygningsavtaler reiser”, holdt i forbindelse med kurs om utbygningsavtaler arrangert av juristenes utdanningssenter Oslo 9. april 2003.

Når min hovedproblemstilling i avhandlingen er hvilke vilkår som kan avtales i en utbyggingsavtaler, må jeg se på de skranker som felleskapsinteressene setter for adgangen til inngå avtaler med bestemte vilkår. For eksempel vil faren for tilsidesettelse av viktige miljøhensyn komme inn som et moment i forhold til hvilke vilkår som kan avtales i en utbyggingsavtale.

I tilknytning til forholdet mellom avtalepartene avgrenses det mot saksbehandlingsregler. Det vil således ikke bli tatt stilling til om utbyggingsavtaler er enkeltvedtak.¹³ Videre avgrenses det mot personelle kompetansespørsmål.

Avslutningsvis avgrenses det mot de avtaler hvor kommunen også opptrer som selger av byggetomten. Denne avgrensningen foretas fordi kommunen kan tenkes å ha en sterkere posisjon som tomteselger enn gjennom bruk av offentlig myndighet som byttmiddel alene.

2 Rettskildebildet

2.1 Innledning

Del II av avhandlingen består av to hovedaspekter. For det første vil jeg se nærmere på kommunenes kompetanse til å fastsette reguleringsbestemmelser. Dette er et spørsmål om å fastlegge det nærmere innhold av plan- og bygningsloven § 26. Ved denne tolkningen bygger jeg på lovens ordlyd, lovens formålsbestemmelse, lovens forhistorie og forarbeider, rettspraksis, juridisk teori samt reelle hensyn.

Det andre hovedaspektet i del II av oppgaven er i hvilken grad kommunen kan benytte sin skjønsmessige kompetanse til å vedta reguleringsplaner som byttmiddel overfor

¹³ I kapittel 4. vil jeg imidlertid kommentere hvorvidt det har betydning for vurderingen av utbyggingsavtalers innhold om avtalen helt eller delvis er å anse som et enkeltvedtak.

private utbyggere. I utgangspunktet er dette et spørsmål om å tolke de aktuelle bestemmelsene. I den grad denne fortolkningen ikke løser de aktuelle spørsmål, må imidlertid bestemmelsene tolkes i lys av annet rettskildemateriale som berører bruken av offentlig myndighet som byttmiddel. Dette rettskildematerialet består hovedsakelig av noen høyesterettsdommer, noen uttalelser fra Sivilombudsmannen, avtalepraksis, juridisk teori og reelle hensyn.

2.2 Nærmere om tolkningen av plan- og bygningsloven

I dette kapittelet skal jeg se nærmere på de rettskildefaktorer som er aktuelle ved fastleggelsen av det nærmere innhold i enkelte av plan- og bygningslovens bestemmelser.

Lovens ordlyd er det naturlige utgangspunkt ved all lovtolkning. Hovedregelen er at lover skal tolkes i samsvar med den alminnelige språklige forståelse. Generelt kan det sies at det kreves sterk støtte i de øvrige rettskildefaktorer for å velge et annet tolkningsalternativ enn det som følger av en klar lovtekst.

Lovens forarbeider og øvrig forhistorie er viktige rettskildefaktorer ved den nærmere fastleggelse av de enkeltes bestemmelsers innhold. De mest sentrale forarbeider til dagens plan- og bygningslov er NOU 1983: 15 "Planlov" og Ot. prp. 56 (1984-85) "Plan- og bygningslov". Det har også vært nødvendig å se nærmere på aktuelle endringslover til plan- og bygningsloven. I denne sammenheng kan det vises til Ot. prp. nr. 1 (1994-95).

Siden plan- og bygningsloven bygger på sine forgjengere planleggingsloven fra 1981 og bygningsloven av 1965 er også bestemmelser i disse lovene, samt tilhørende forarbeider, relevant ved tolkningen av dagens lov.

Forarbeider til lover skal etter norsk rettstradisjon tillegges betydelig vekt. Særlig gjelder dette i de tilfeller loven er forholdsvis ny og det ikke har utviklet seg noen betydelig rettspraksis i forhold til fortolkningen av loven.

Det finnes videre en del litteratur om plan- og bygningsloven. Jeg har særlig benyttet Frihagens kommentarutgave "Plan- og bygningsloven", Pedersen. Fl. "Plan og bygningsrett" samt Fleischers bok "Plan og bygningsretten".

2.3 Nærmere om rettskildesituasjonen ved bruk av myndighet etter plan- og bygningsloven som byttemiddel

Etter å ha tatt utgangspunkt i plan- og bygningslovens bestemmelser og tolket disse i lys av forarbeidene, har jeg tolket de aktuelle bestemmelser i lys av annet rettskildemateriale om bruk av offentlig myndighet som byttemiddel.

I denne sammenheng har jeg i første omgang sett på fem høyesterettsavgjørelser som har tatt stilling har vurdert bruk av offentlig myndighet som byttemiddel. Det er klart at Høyesterett sine avgjørelser må tillegges betydelig vekt ved tolkningen av et spørsmål av en slik generell karakter. Rettskildeværdien av de enkelte dommer har jeg vurdert i forhold til hvor nye avgjørelsene er, hvor representative de er i forhold til de spørsmål som reiser seg i forhold til plan- og bygningsloven, hvor grundige de drøfter spørsmålet og om de er enstemmige eller avsagt under dissens.

Jeg har videre sett nærmere på tre uttalelser fra Sivilombudsmannen.

Sivilombudsmannens uttalelser må etter mitt skjønn tillegges verdi som rettskildefaktor på bakgrunn av den kontrollrollen som institusjonen har overfor forvaltningen. Det er videre et viktig element at de mest sentrale Ombudsmannsuttalelser hvert år blir publisert. Det er også grunn til å legge vekt på at institusjonen yter stor respekt i det juridiske miljø. Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at Høyesterett har anført ombudsmannsuttaleser som en gyldig rettskildefaktor i Rt. 1997 s. 1035.¹⁴ Det er imidlertid grunn til å understreke at vekten av denne rettskildefaktoren ikke må overdrives.

¹⁴ Eckhoff og Boe fremhever Sivilombudsmannens uttalelser som en viktig rettskildefaktor. Se Eckhoff 1997 s. 227-228 og Boe 1996 s. 283-284. Fleischer er imidlertid kritisk til disse synspunktene og legger til grunn at Ombudsmannens uttalelser ikke kan anføres som en rettskildefaktor. Se Fleischer 1998 s. 295 flg.

I de rettslige vurderingene har jeg også lagt vekt på den praksis som foreligger omkring utbyggingsavtaler. Da bruken av offentlig myndighet som byttemiddel er et spørsmål om kommunenes kompetanse, er dette en form for forvaltningspraksis. Da Høyesterett ved en rekke tilfeller har anvendt forvaltningspraksis som en rettskildefaktor, er det klart at det er relevant å legge vekt på denne praksisen. Når det gjelder vekten av denne praksisen er det klart Høyesterett ikke har vist samme respekt ved prøvingen av et forvaltningsvedtaks lovlighet, som de har gjort i forhold til grunnlovmessigheten av formelle lover.¹⁵ Høyesterett fremhevet imidlertid i Rt. 2000 s. 220 at myndighetenes praksis må tillegges betydelig vekt i de tilfeller langvarig omfattende og konsekvent. Selv om dette uttalelsen spesielt var tuftet på trygdemyndighetenes praksis er det klart at de samme momenter vil være sentrale ved vektleggingen av annen forvaltningspraksis.¹⁶ Selv om forvaltningspraksis har relativ liten vekt i forhold til domstolsavgjørelser er det således tilfeller hvor forvaltningspraksis vil kunne ha sentral betydning ved regelfastsettelsen.

Jeg har også benyttet kommunal og regionaldepartementet og miljøverndepartementets rundskriv om utbyggingsavtaler.¹⁷ I fra dette rundskrivet har jeg kun hentet argumenter til mine drøftelser, da rettskildeværdien av dette rundskrivet er svært begrenset.

Ved den rettslige vurderingen har jeg videre hentet argumenter fra juridisk teori. I forhold til det generelle spørsmålet om offentlig myndighet som byttemiddel, har jeg hentet argumenter i fra Bernts "Forbehold ved forvaltningsvedtak", Aulstad "Forholdet mellom legalitetsprinsippet og prinsippet om avtalefrihet" i Forvaltningsrettslig tidskrift, Frihagens "Forvaltningsrett I", Eckhoff/Smiths "Forvaltningsrett" og Gravers "Alminnelig forvaltningsrett". Når det gjelder det spesielle spørsmål om bruk av reguleringsmyndigheten som byttemiddel har jeg hentet argumenter i fra Eckhoff/Smiths "Forvaltningsrett", Frihagens kommentarutgave "Plan- og bygningsloven".

¹⁵ Se Eckhoff 1997 s. 229.

¹⁶ Se i denne sammenheng Eckhoff 1997 s. 229 hvor han uttaler at vekten av forvaltningspraksis avhenger av hvor fast, utbredt og varig den er.

¹⁷ Rundskriv H-5/02.

Jeg har også lagt vekt på reelle hensyn i mine drøftelser. Først og fremst er dette snakk om en avveining av hensynet til fleksibilitet opp imot legalitetshensynet.

Avslutningsvis er det grunn til å kommentere rettskildeverdien av de lovutredninger som foreligger. Når det gjelder utvalgenes uttalelser om gjeldende rett, må disse likestilles med juridisk teori.¹⁸Når det gjelder selve lovforslagene har de først og fremst verdi som illustrasjon på ulike måter å avveie de foreliggende reelle hensyn.

3 Bakgrunnsinformasjon

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg gi leseren et innblikk i hvordan utbyggingsavtalers innhold har utviklet seg. Jeg vil også se nærmere på hvilke fordeler og ulemper som er forbundet med bruk av utbyggingsavtaler. Videre vil jeg gjøre rede for på hvilke stadier av den kommunale plan- og byggesaksbehandling det er aktuelt å inngå utbyggingsavtaler.

Denne gjennomgangen vil gi leseren den nødvendige bakgrunnskunnskap når jeg i del II av oppgaven vil vurdere lovligheten av ulike typer av vilkår benyttet i dagens utbyggingsavtaler.

I den følgende redegjørelse vil noen begreper gå igjen.

”Teknisk infrastruktur” omfatter anlegg av veg, vann, avløp, fjernvarme(kjøle)anlegg, avfallsanlegg, el /kabelanlegg etc., parkeringsanlegg og til en viss grad grønstruktur.

”Sosial infrastruktur” er bygg/anlegg med tilhørende tjenester som skole, barnehage, fritidshjem, grendehus, helse/omsorg, sosialtjeneste, idrett kultur kirke etc.

¹⁸ Se i denne sammenheng Eckhoff 1997 s. 69.

”Sosial boligprofil” er bestemmelser om hva slags type boliger som kan bygges, hvordan boligene skal kunne finansieres (privat eller husbank) og boliger som tilgodeser bestemte befolkningsgrupper for eksempel boliger tilrettelagt for eldre, eneforsørgere og bestemte yrkesgrupper som faller utenfor en ren markedsøkonomisk bygning.

3.2 Utviklingen i bruk av utbyggingsavtaler

Utbygningsavtaler har lang tradisjon i noen av landets kommuner. I Bærum kommune har avtaleformen vært benyttet overfor private grunneiere siden slutten av 1960-tallet.¹⁹ I 1977 oppsummerte Frihagen bruken av den tids utbyggingsavtaler:

”Vi kan si at utbyggingsavtaler særlig har betydning på to måter: De er for det første en måte å skaffe kommunen herredømme over utbygging av boligfelter uten å erverve utbyggingsarealene og fungerer dernest som et tillegg til reguleringsplan og til de lover og forskrifter som ellers regulerer rettsforholdet mellom kommune og utbygger – særlig når det gjelder økonomiske spørsmål.”²⁰

Kommunenes herredømme viste seg for det første ved avtalebestemmelser som fastsatte tidspunkt og tempoplan for utbyggingen. For det andre kunne avtalene inneholde bestemmelser om boligenes størrelse, kategori, standard, finansiering (husbankfinansiert eller privatfinansiert) og fordeling av boliger. Når det gjaldt utgiftsfordelingen mellom kommunen og utbygger, ble utbyggingsavtalene først og fremst benyttet som et alternativ til lovgivningens bestemmelser om fordeling av kostnader til vei, vann, kloakk og friarealer.²¹

Dette er avtaletyper og avtalebestemmelser som vi også finner igjen i dag. I den senere tid har det imidlertid i enkelte kommuner vært en utvikling ved disse avtalene. For det første har det skjedd en utvikling i forhold til tidspunktet for avtaleinngåelsen. De

¹⁹ Se rådmannens redegjørelse for formannskapet i Bærum kommune 16.01. 2002- saksnummer 003/02.

²⁰ Se Frihagen 1977 s. 282.

²¹ Se Frihagen 1977 s. 283.

tradisjonelle utbyggingsavtaler blir først og fremst inngått i forbindelse med gjennomføringen av en vedtatt reguleringsplan eller bebyggelsesplan. De avtale typer som har vokst frem i den senere tid inngås imidlertid ofte i forbindelse med vedtagelse reguleringsplan eller bebyggelsesplan.²² For det andre inneholder de vilkår om at utbygger helt eller delvis skal sørge for offentlige bygninger og anlegg, som tradisjonelt har blitt betalt av det offentlige. Eksempler på slike avtalevilkår er oppføring eller bidrag til skoler og barnehager, helse og sosialtjenesten, større infrastrukturtiltak, avståelse av grunn til kommunale formål og boligsalg til kommunen på spesielle vilkår.

Mens man tidligere har nøydd seg med å avtale alternative ordninger for kostnadsfordelingen av teknisk infrastruktur, har man nå beveget seg inn på områder hvor det ikke finnes klare bestemmelser om fordelingen av kostnader

Kommunene ser på denne utviklingen som en følge av dårlig kommuneøkonomi. Særlig kommuner med stort utbyggingspress har funnet det vanskelig å finne midler til tilrettelegging av nødvendig sosial infrastruktur.²³

Fra utbyggerhold er det blitt hevdet at denne utviklingen har ført til at utbyggingsavtalene som tradisjonelt er blitt sett på som balanserte avtaler som både utbygger og kommunene har fordel av, nå mer bærer preg av å legge ekstra byrder på utbygger. Dette er byrder som kommunene ikke kan kreve med hjemmel i lov.²⁴

3.3 Fordeler og ulemper med bruk av utbyggingsavtaler²⁵

I dette kapittelet skal jeg se nærmere på de fordeler og ulemper som foreligger ved bruk av utbyggingsavtaler.

²² Dette poenget ved utviklingen i bruken av utbyggingsavtaler er fremhevet i Rundskriv H-5/02 s.5-6.

²³ Denne holdningen hos kommunene fremkommer i Rundskriv H-5/02 s. 6-7.

²⁴ Dette synet fremkommer av PBL 2000 sin rapport- Utbyggingsavtaler. Praksis og utfordringer.

²⁵ Denne gjennomgangen bygger på de redegjørelser som er gitt om dette temaet i NOU 2003:24 s. 163-164, rundskriv H-05/02 s. 6 og PBL 2000 s. 8.

Fordelene ved bruk av utbyggingsavtaler kan stikkordsmessig karakteriseres som effektivitet, fleksibilitet, sikkerhet og forutberegnlighet.

Vedtakelse av en reguleringsplan gir ikke kommunen noen garantier for at planen virkelig blir gjennomført. Ved å inngå en utbyggingsavtale kan kommunen få sikkerhet for at deres planer gjennomføres, og derved økt realisering av utbyggingspolitiske målsetninger.

Samtidig som kommunen oppnår sikkerhet for gjennomføringen, vil utbyggeren oppleve en større forutsigbarhet i forhold til den kommunale reguleringsplansbehandling.

Videre gir plan- og bygningsloven begrensede muligheter til å sette krav til utbyggingens utforming og kvalitet. Ved å inngå utbyggingsavtaler kan kommunen i større grad styre den aktuelle utbygging, og således i større grad sørge for å oppnå politiske målsetninger om utforming og kvalitet. Kommunen får muligheten til å sammen med utbygger komme frem til fleksible løsninger utenfor systemet i plan- og bygningsloven.

Det er videre en del fordeler ved avtaler som regulerer de finansielle aspekter ved utbyggingen. Avtaler som trer i stedet for lovens refusjonssystem vil kunne være tidsbesparende både for utbygger og kommunen. Slike avtaler vil også kunne gi en mer hensiktsmessig fordeling av utgiftene mellom utbygger og kommunen enn det refusjonssystemet legger opp til. Videre vil disse avtalene gi utbygger forutberegnlighet i forhold til prosjektets totale kostnader.

Det er framført som en fordel at utbyggeren ved å påta seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge, vil tilføre byggeområdet sosiale tilbud eller bygnings- og områdemessige kvaliteter som gjør området mer attraktivt for boligkjøpere, slik at utbyggeren vil oppnå en økonomisk gevinst.²⁶ Dette fremstår imidlertid for meg som en sannhet med modifikasjoner. Det er markedet som bestemmer hva utbygger kan oppnå

²⁶ Se Rundskriv H-5/02 s. 6.

av pris på eiendommene. Jeg vil anta at en profesjonell utbygger vil ønske å foreta de tilpasninger på byggeområdet som vil gi størst fortjeneste. For utbygger vil det således ikke utgjøre noen fordel at slike tilpasninger er tatt med som forpliktelser i en utbygningsavtale.

Det er også betenkeligheter og negative sider ved bruken av utbyggingsavtaler. For det første er bruken av utbyggingsavtaler problematisk i forhold til kommunens roller. Det kan være vanskelig for kommunen å skille mellom sin rolle som planmyndighet og sin rolle som forhandler. Som en konsekvens av rolleproblematikken kan kommunen i lys av sine forhandlinger med utbygger miste noe av den objektiviteten som er nødvendig å inneha som planmyndighet. Dette kan gå på bekostning av tredjemenns og allmennhetens interesser.

Videre vil det for enkelte kommuner være en ulempe at avtaleformen er krevende å anvende. Bruken av avtaler krever blant annet fagpersonell som ikke finnes i alle kommuner. Mindre kommuner vil således kunne ha problemer med å vurdere innspill fra sterke private aktører med juridisk bistand.

For utbyggere kan det fremstå som en ulempe at kommunen har en sterk forhandlingsposisjon i kraft av sin kompetanse etter loven.

Det er videre en ulempe for utbyggerne at bruken av avtaleformen medfører at de får større utgifter knyttet til utbyggingen. Dette kan fremstå som en større ulempe dersom forhandlingen kommer i gang etter at utbygger allerede har lagt ned betydelige investeringer i prosjektet. I disse tilfellene kan utbyggere lett føle seg presset til å påta seg de aktuelle økonomiske forpliktelser.

3.4 Utbyggingsavtaler i plan- og bygningslovens system

I dette kapittelet skal jeg se nærmere på når utbyggingsavtaler kan inngås i forhold til den kommunale plan- og byggesaksbehandling.

Plan- og bygningsloven består hovedsakelig av to elementer. For det første regulerer loven den generelle arealplanleggingen. For det andre regulerer loven behandlingen av den enkelte byggesak. Utbyggingsavtaler kan tenkes inngått i tilknytning til begge disse elementene.

Arealplanleggingen er i loven organisert i et planhierarki med bindende og ikke bindende planer. Rikspolitiske bestemmelser etter plan og bygningsloven kap. IV og fylkesplaner etter plan og bygningsloven kap. V, fremstår som ikke bindende oversiktsplaner som skal være retningsgivende for detaljplanleggingen. Når det i denne sammenhengen sies at planene ikke er bindende, betyr det at de ikke er bindende for borgernes arealbruk. De bindende planene fastsettes innenfor de enkelte kommunegrenser, gjennom kommuneplanen etter plan og bygningsloven kap. VI, reguleringsplaner etter loven kap. VII og bebyggelsesplan etter loven § 28-2. De sistnevnte planene er direkte bestemmende for borgernes arealbruk.

Utbyggingsavtaler forekommer stort sett i forbindelse med den kommunale behandlingen av reguleringsplanen. Det følger av lovens § 27-1 at kommunestyret har ansvaret for at reguleringsplaner utarbeides. De skal sørge for at reguleringsplan utarbeides der dette er påbudt etter lovens § 23. Videre kan kommunestyret sørge for nye reguleringsplaner eller endre gjeldende reguleringsplaner, der det av andre grunner skulle være ønskelig. Etter lovens § 27-2 er det også kommunestyret som vedtar reguleringsplaner. I stor utstrekning blir planprosessen satt i gang etter privat initiativ ved at private fremmer forslag om regulering etter lovens § 30.²⁷ Det er ofte i forbindelse med at utbygger fremmer privat reguleringsplanforslag at forhandlinger om utbyggingsavtale starter opp.

²⁷ I NOU 2001: 7 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven refereres på s. 51. til en undersøkelse gjennomført av Norsk Kommunalteknisk Forening for utvalget, som viser at et flertall av reguleringsplanene nå fremmes som private planforslag. Denne tendensen er sterkest i de store byene og utvalget viser til at i 1999 ble hele 99 % av reguleringsplanene i Oslo kommune fremmet som private planforslag.

Byggesaksbehandlingen er lovbunden. Det betyr at dersom den enkelte byggesøknad tilfredsstiller kravene som stilles etter plan og bygningsloven og den enkelte plan, skal den innvilges. Utbygningsavtaler kan imidlertid komme inn på ulike måter også under denne behandlingen.

For det første kan det i reguleringsplanen være tatt inn rekkefølgebestemmelser etter lovens § 26. En utbygningsavtale kan i denne sammenhengen gå ut på at utbygger påtar seg helt eller delvis å oppfylle rekkefølgebestemmelser mot at han får satt i gang utbyggingen tidligere. Utbyggingsavtaler med bakgrunn i rekkefølgebestemmelser er i den senere tid blitt aktualisert.²⁸

For det andre vil det være aktuelt å inngå en utbygningsavtale som et smidigere alternativ til lovens refusjonssystem i kapittel IX.

For det tredje kan spørsmålet om utbygningsavtale komme opp i forbindelse med at kommunen nedlegger et midlertidig forbud mot bygge- og delingsarbeid etter loven § 33. Det vil i denne sammenhengen være snakk om forhandlinger om avtale parallelt med at det blir satt i gang en prosess med å endre reguleringsplanen. Disse avtalene vil ha store likheter med de avtaler som inngås under den kommunale behandling av reguleringsplan.

En annen mulighet, som i større grad ble benyttet tidligere enn nå enn nå for å få til utbygningsavtaler, er ekspropriasjonsadgangen. Et eksempel på en avtale forhandlet frem under denne forutsetningen finner vi i Sivilombudsmannens årsmelding for 1989 på s. 105. Kommunene har hjemmel for ekspropriasjon i den spesielle ekspropriasjonsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 35, og kan med samtykke fra kongen foreta ekspropriasjon i medhold av den generelle ekspropriasjonshjemmelen i lov om oreigning av fast eiendom av 23 okt. Nr. 3. 1959 § 2.²⁹ Ved å ekspropriere

²⁸ Se i denne sammenheng rundskriv H-5/02 som har et eget kapittel om disse avtalene. Se rundskriv H-5/02 s. 21 flg.

²⁹ Kongens kompetanse til å treffe ekspropriasjonsvedtak etter denne bestemmelsen er i medhold av lovens § 5 delegert til fylkesmannen.

reguleringsområdet slik at kommunen selv kan stå for utbyggingen vil de i større grad kunne styre den nærmere utforming og kvalitet innefor utbyggingsområdet. Det er denne styringsmuligheten kommunen har ivaretatt ved å inngå utbyggingsavtaler under trussel om ekspropriasjon.

Videre følger det av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2003 s. 726 at utbygningsavtaler kan tenkes inngått i forbindelse med at det foretas en mindre vesentlig endring av reguleringsplanen etter plan- og bygningsloven § 28-1 2. Grunnlaget vil i disse tilfellene være at den private part bistår på en slik måte at det ikke vil være nødvendig å foreta en større endring av reguleringsplanen enn det som kan foretas i medhold av denne bestemmelsen.³⁰ Denne dommen illustrerer at det kan tenkes utbyggingsavtaler inngått i forbindelse med dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7.

Jeg vil ved vurderingen av lovligheten av de ulike typer av vilkår benyttet i dagens utbyggingsavtaler ta se nærmere på avtaler fremforhandlet i forbindelse med den kommunale behandling av reguleringsplan.

4 Utbyggingsavtaler - privatrett eller offentligrett?

4.1 Problemstilling

Et viktig spørsmål når en skal vurdere hvilke rettsregler som gjelder for utbyggingsavtalers innhold er å ta stilling til hvilke regelsett som får anvendelse. Skal utbyggingsavtaler vurderes etter offentligrettslige regler, privatrettslige regler eller har vi å gjøre med en blandingsform som krever at vi benytter så vel offentligrettslige som privatrettslige regler?

Bakgrunnen for spørsmålet er at utbyggingsavtaler inngås i privatrettslige former med offentlig reguleringsmyndighet som et sentralt element ved avtaleforhandlingene.

³⁰ Det vil bli gjort nærmere rede for denne Høyesterettsdommen under kapittel 4.

Kommunen forhandler med utbygger i lys av sin reguleringsmyndighet, mens utbyggeren påtar seg forpliktelser i lys av sin avtalefrihet.

Det er uten rettsligbetydning hvilken merkelapp som benyttes. Hvorvidt man kaller utbyggingsavtaler privat eller offentlig rett, får i seg selv ingen rettslig betydning. Det sentrale er å finne frem til de rettsregler som realiteten tilsier at skal benyttes.³¹

4.2 Oversikt over ulike rettslige tilnærminger til utbyggingsavtaler

De som har sett nærmere på hvilke regler som gjelder for innholdet i dagens utbyggingsavtaler, har i ulik grad bygget sine resonnementer på offentligrettslige og/eller privatrettslige regler.

En måte å tilnærme seg disse rettslige spørsmål på, er å ta som utgangspunkt at utbyggingsavtaler kun kan regulere forhold som kommunen kan treffe vedtak om i medhold av bestemmelsene i plan- og bygningsloven og den alminnelige, ulovfestede vilkårlære. Med dette utgangspunktet legges hovedvekten på den offentlige myndighetsutøvelsen og det vil være liten plass for privatrettslige elementer ved den rettslige vurderingen av disse avtalene. Valget av denne tilnærmingen innebærer at det legges avgjørende vekt på at kommunene fremforhandler avtalen i kraft av sin reguleringsmyndighet. Begrunnelsen bygger på at utbyggingsavtaler som inngås under reguleringsplanprosessen er enkeltvedtak og at det er liten forskjell på det å skriftlig akseptere et vilkår ved å underskrive en utbyggingsavtale eller, på den annen side, akseptere et vilkår i reguleringsplanen ved konkludent adferd. Det fremheves at skillet mellom reguleringsplan og avtale er en formalitet og ingen realitet. Utbyggingsavtalen må regnes som en del av reguleringsvedtaket som inneholder de nærmere vilkårene for at dette treffes. Spørsmålet om den private part kan påta seg større forpliktelser enn det som kan pålegges ensidig gjennom bruk av offentlig myndighet, drøftes i medhold av den alminnelige vilkårlære.³²

³¹ Se i denne sammenheng Boe 2002 s. 122.

³² Slike synspunkter er fremført av Aulstad under foredraget "Utbyggingsavtalers rettslige karakter og grensene for kommunens avtalekompetanse", holdt i forbindelse med kurs om utbyggingsavtaler arrangert av juristenes utdanningscenter Oslo 9. april 2003. Videre er dette synspunktet tatt med i oppregningen av ulike rettslige tilnærminger til bruken av utbyggingsavtaler i NOU 2003: 24.

De øvrige tilnæringer til de rettslige spørsmålene ved bruken av utbyggingsavtaler, legger til grunn at vi er på et område med mer eller mindre sammenblanding av offentlig myndighet og privatrettslige prinsipper. Det er imidlertid uenighet om hvilke rettslige konsekvenser det skal trekkes av en slik sammenblanding.

Noen har lagt avgjørende vekt på at den private part i lys av sin avtalefrihet har kompetanse til å påta seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge. Denne tilnærmingen legger hovedvekten på den private part sin avtalefrihet. De som har lagt den til grunn drøfter skrankene for bruken av utbyggingsavtaler i lys av de alminnelige regler om myndighetsmisbruk i kombinasjon med prinsippene i avtaleloven § 36.^{33 34} Dette åpner for en relativ stor adgang for den private part til å påta seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge.³⁵

Andre har valgt å begrunne sammenblandingen mellom offentlig og privat rett på en mer pragmatisk måte. Det legges vekt på at kommunene i lang tid har inngått utbyggingsavtaler hvor reguleringsmyndigheten har vært byttemiddelet, og at slike avtaler ikke er underkjent av domstolene. Den rettslige begrunnelsen for at utbyggingsavtaler kan gi utbygger større forpliktelser enn det kommunen kan oppnå gjennom ensidig bruk av den offentlige myndighet, fremheves å være sedvane og den private part sitt samtykke.³⁶

³³ Myndighetsmisbruk viser til de ulovfestede skrankene for forvaltningens kompetanse. Det er i denne sammenheng vanlig å ta med læren om vilkårlighet, sterk urimelighet, forskjellsbehandling og uforholdsmessighet. Som jeg skal komme tilbake til senere er det imidlertid problematisert hvorvidt det er heldig å snakke om en generell misbrukslære.

³⁴ Det er tilsynelatende denne tilnærmingen som er lagt til grunn i Rundskriv H-5/02. Jeg har i denne sammenheng bevisst valgt ordet "tilsynelatende" da rundskrivet selv ikke gir noen innledende bemerkninger om den tilnærming som er lagt til grunn. Denne tilnærming samsvarer imidlertid med de rettsregler som rundskrivet viser til ved sine drøftelser omkring de rettslige skranker for bruken av utbyggingsavtaler.

³⁵ Se i denne sammenheng rundskriv H-5/02.

³⁶ Denne tilnærmingmåten er det redegjort for i NOU 2003: 24 s. 144.

4.3 Den rettslige tilnærmingen i denne oppgaven

Jeg vil i denne oppgaven tilnærme meg de rettslige skrankene for utbyggingsavtaler under synsvinkelen offentlig myndighet som byttemiddel.³⁷ Det tas således utgangspunkt i kommunenes kompetanse. Med dette utgangspunktet vil det sentrale spørsmålet i avhandlingen bli i hvilken grad kommunen kan benytte sin reguleringsmyndighet til å forhandle seg frem til forpliktelser de ikke kunne pålagt ensidig.

Begrunnelsen dette valget er at den lovtillagte reguleringsmyndigheten rent faktisk blir benyttet som byttemiddel ved inngåelsen av utbyggingsavtaler. I de fleste avtaler vil kommunenes adgang til å fatte et gunstig reguleringsvedtak også fremstå som den eneste ”ytelse” ifra det offentliges side. Det er således tale om en aktiv bruk av offentlig myndighet for å komme frem til en avtale. Selv om kommunen ikke formelt sett forhåndsbinder sin reguleringsmyndighet, vil en ønsket løsning av reguleringsspørsmålet fremstå som en forutsetning i den enkelte avtale.

Reguleringsmyndigheten er tillagt kommunen gjennom plan- og bygningsloven. Hvordan denne kompetansen benyttes er således et spørsmål om tolkning av denne loven. For å fastsette de rettslige skranker for bruken av utbyggingsavtaler er det således nødvendig å ta utgangspunkt i plan- og bygningslovens bestemmelser.

Ved tolkningen av plan- og bygningsloven, vil det være nødvendig å se på i hvilken grad loven åpner for at den kompetanse som den gir, blir benyttet som byttemiddel i avtaleforhandlinger med den private utbygger. I den grad dette spørsmål ikke lar seg besvare ved å se på lovens ordlyd og forarbeider, er det nødvendig å tolke kompetansebestemmelsene i plan- og bygningsloven i lys av annet rettskildemateriale som foreligger omkring bruk av offentlig myndighet som byttemiddel.

Selv om avhandlingens utgangspunkt er å fastlegge kommunens kompetanse må det ikke glemmes at utbyggingsavtaler også reiser spørsmål i henhold til den private part sin kompetanse. Utbyggere inngår slike avtaler lys av sin avtalefrihet. Det er følgelig også

³⁷ Denne tilnærmingen til utbyggingsavtalene er lagt til grunn i Eckhoff/Smith 2003 s. 392-396.

nødvendig å se noe nærmere på de rettsregler om grensene for avtalefriheten. Jeg vil således se på i hvilken grad avtaleloven § 36 kan være et supplerende element til de regler som kan oppstilles etter en nærmere analyse av kommunenes kompetanse.

Hvordan skiller så denne måten å tilnærme seg de rettslige spørsmål i fra de tilnærminger som er skissert ovenfor?

I forhold til de tilnærminger som først og fremst vektlegger den private parts avtalefrihet er det prinsipielt viktig å understreke utbyggingsavtaler også reiser spørsmål om kommunenes kompetanse. Ved å ta utgangspunkt i den aktuelle kompetanselov, i dette tilfellet plan- og bygningsloven, flytter man fokus fra den privatrettslige avtalefrihet til spørsmålet om i hvilken grad kommunen har kompetanse til å benytte sin reguleringsmyndighet til å fremforhandle avtaler med private utbyggere.

I forhold til den mest offentligrettslige tilnærming som er skissert ovenfor, foreligger det ikke noen prinsipielt viktige ulikheter. Fordi spørsmålet om offentlig myndighet som byttemiddel og spørsmålet om samtykke til mer forpliktende vilkår enn det som ensidig kan pålegges gjennom offentlig myndighetsutøvelse, må langt på vei sies å være to sider av samme sak.³⁸ Pedagogisk er det imidlertid etter min oppfatning heldigere å bruke betegnelsen offentlig myndighet som byttemiddel, da denne karakteristikken i større grad er betegne for den avtalesituasjon som foreligger.

4.4 Betydningen av at avtalen er å anse som et enkeltvedtak

Det er klart at det i mange sammenhenger er av avgjørende betydning om avtalen eller deler av denne er å anse som et enkeltvedtak. Blant annet er det avgjørende for om den private part har klageadgang etter forvaltningsloven § 28.

³⁸ Det kan i denne sammenhengen vises til behandlingen av disse spørsmål i den juridiske teori. Både Eckhoff/Smith og Graver reiser spørsmålet både i forbindelse med behandlingen av offentlig myndighet som byttemiddel og under synsvinkelen samtykke til mer forpliktende vilkår. Ved den rettslige gjennomgang viser de begge til de samme rettslige skranker. Se Graver 2002 s. 213-214 jf. s. 279, Eckhoff/Smith s. 393-396 jf. s. 378-379.

Når departementene i sitt rundskriv legger til grunn at spørsmålet om utbyggingsavtalen helt eller delvis er å anse som et enkeltvedtak har betydning i forhold til avtalenes innhold er de etter min oppfatning inne på et blindspor.³⁹ Etter min oppfatning min oppfatning har departementene her gått i den fellen som Boe gjør rede for på følgende måte:

” Blindsporet er å løse rekkevidde- og innholdsproblemene utelukkende ut fra en eller annen rettslig plassering. Fremfor å la en rettsystematisk inndeling stå i veien for rettslige løsninger som realitetene tilsier, må vi trenge bak eller under karakteristikene og se på behovene for å løse spørsmålene gjennom privatrettslige markedsmekanismer eller gjennom rettsikkerhetsgarantier hentet i fra offentlig rett.”⁴⁰

For det første foreligger det ingen støtte i rettspraksis eller øvrige autoritative kilder for å legge slik avgjørende vekt på om avtalen helt eller delvis er å anse som et enkeltvedtak.

For det andre gjelder forvaltningsloven § 2 første ledd b. egentlig et annet spørsmål. Denne bestemmelsen inneholder kriteriene for hvilke forvaltningsvedtak som etter sitt innhold er å anse som et enkeltvedtak. Etter forvaltningsloven § 3 første ledd jf. kap. IV-VI skjerpes kravene til forvaltningens saksbehandling i saker som gjelder enkeltvedtak samtidig som partene og andre med rettslig klageinteresse får klagerett. Formålet bak forvaltningslovens regler om enkeltvedtak er å gi den private part rettsikkerhet gjennom en betryggende forvaltningsprosess.⁴¹ Spørsmålet om i hvilken grad kommune kan benytte sin reguleringsmyndighet som bytemiddel, er derimot et spørsmål om tolking og presisering av forvaltningens kompetanse.

³⁹ Se rundskriv H-5/02 s. 24.

⁴⁰ Se Boe 2002 s. 122.

⁴¹ Se i denne sammenheng Ot. prp. nr. 38. 1964-65 Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker s. 9-10.

DEL II:

Utbyggingsavtaler i forbindelse med den kommunale behandlingen av reguleringsplanen

5 Problemstillingen

I denne delen av avhandlingen vil jeg ta for meg spørsmålet om hvilke vilkår som kan inntas i utbyggingsavtaler fremforhandlet i forbindelse med den kommunale behandling av reguleringsplan. Jeg vil ha fokus på typer av vilkår benyttet i dagens utbyggingsavtaler.

Spørsmålet om i hvilken grad kommunene kan benytte sin reguleringsmyndighet til å fremforhandle utbyggingsavtaler er et lovtolkningsspørsmål. Plan- og bygningsloven vil således danne utgangspunktet for den rettslige vurderingen.

For det første er det nødvendig å ta stilling til hvilke forpliktelser kommune ensidig kan pålegge utbygger gjennom sin reguleringsmyndighet. Dette spørsmålet er viktig å besvare fordi et sentralt spørsmål i forhold til utbyggingsavtaler, er om den private part kan påta seg større forpliktelser ved avtale enn det som ensidig kan pålegges gjennom reguleringsmyndigheten.

For det andre vil jeg ta stilling til hvilke holdepunkter plan- og bygningsloven gir for om det er adgang til å inngå utbyggingsavtaler.

Med disse utgangspunktene vil jeg se nærmere på hvilken adgang kommunen har til å inngå utbyggingsavtaler med forpliktelser innenfor det kommune ensidig kan fastsette i lys av sin reguleringsmyndighet. Videre vil jeg se på om kommunen har adgang til å inngå avtaler med forpliktelser utover kommunens ensidige kompetanse.

Avslutningsvis vil jeg se på lovligheten av typer av vilkår benyttet i dagens utbyggingsavtaler.

6 Kommunens ensidige kompetanse

6.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg se på hvilke bestemmelser kommunen ensidig kan gi i medhold av sin reguleringskompetanse.

Det rettslige grunnlaget for denne vurderingen er plan- og bygningsloven § 26 og den alminnelige vilkårlære.

Vurderingen er konsentrert om bestemmelser som er aktuelle i dagens utbyggingsavtaler. Dette vil være om det er adgang til å gi bestemmelser om sosial boligbygging, og om det er adgangen til å gi vilkår om bidrag til ulike former for infrastruktur. Teknisk infrastruktur som veg vann og avløp er regulert i plan- og bygningsloven §§ 67, 67 a. og kapittel IX. Spørsmålet i denne sammenheng er således om kommunen i lys av sin reguleringsmyndighet kan gi vilkår om privat bidrag til teknisk infrastruktur utover disse regler. Jeg vil også se nærmere på spørsmålet om kommunen har adgang til å stille vilkår om sosial infrastruktur som skole og barnehage.

Når det gjelder den alminnelige vilkårlære vil den være sentral på to områder i drøftelsen nedenfor. For det første vil bli trekt inn ved tolkningen av plan- og bygningsloven § 26. For det andre vil jeg vurdere om kommunen har adgang til å stille vilkår i lys av den alminnelige vilkårlære på siden av plan- og bygningsloven § 26.

6.2 Plan- og bygningsloven § 26

6.2.1 Generelt om bestemmelsen

Det følger av plan- og bygningsloven § 22 at bestemmelser gitt etter lovens § 26, er en del av reguleringsplanen. Planens overordnede arealbruksformål er fastsatt etter plan- og bygningsloven § 25. § 26 gir kommunen hjemmel for å fastsette nærmere bestemmelser om den konkrete arealutnyttelse innenfor de enkelte arealbruksformål.

Plan- og bygningsloven § 26 er således det naturlige utgangspunktet når det skal tas stilling til hvilke bestemmelser kommunen ensidig kan fastsette i lys av sin reguleringskompetanse. Bestemmelsen lyder som følgende:

”Ved reguleringsplan kan det i nødvendig utstrekning gis bestemmelser om utforming og bruk av arealer og bygninger i reguleringsområdet. Bestemmelsene kan sette vilkår for bruken eller forby former for bruk for å fremme eller sikre formålet med reguleringen. Det kan også påbys særskilt rekkefølge for gjennomføring av tiltak etter planen. Det kan ikke fastsettes bestemmelser om vannføring eller vannstand.

Bestemmelser etter første ledd bør angi minste lekeareal pr. boenhet og nærmere regler for innhold og utforming av slike arealer.”

Etter bestemmelsens første ledd første punktum kan det gis reguleringsbestemmelser om utforming og bruk av arealer. Etter denne bestemmelsen kan kommunen nærmere regulere hvordan utbyggingen i reguleringsområdet skal være og eventuelt benyttes. Det er denne delen av § 26 som må tolkes når vi skal ta stilling til å kommunen har ensidig kompetanse til å fastsette bestemmelser om sosial boligbygging.

Etter annet punktum kan det i reguleringsbestemmelsene settes nærmere vilkår for bruken. I dette ligger det for det første en adgang til å sette nærmere rammer for bruken jf. første punktum. Dette vil typisk kunne være bestemmelser om nærmere retningslinjer for industrivirksomhet for å avbøte fare eller miljøulemper. For det andre kan

kommunen gi vilkår som tiltakshaver må oppfylle for å få foreta den bruk det er tale om.⁴² Det er denne vilkårskompetansen som må fastlegges når vi skal ta stilling til hvilke forpliktelser kommunen i kraft av sin reguleringsmyndighet ensidig kan pålegge utbygger.

Det understrekes i forarbeidene at bestemmelsen er ment å fange opp den uttømmende reguleringen i de tidligere bestemmelser i bygningsloven av 1965 og planleggingsloven av 1981 § 35.⁴³ Disse bestemmelsen er derfor sentrale ved tolkningen av dagens bestemmelse. Dette gjelder både ved fastsettelsen av hvilke nærmere bestemmelser kommunen kan gi for utbyggingen i reguleringsområdet, og hvilke forpliktelser de kan pålegge utbygger i forbindelse med utbyggingen.

Ved tolkningen av bestemmelsen må det videre legges vekt på at denne har fått en videre utforming enn de tidligere bestemmelser, og at lovgiver således bevisst har valgt å gå bort i fra en uttømmende regulering av disse spørsmål. Det må således legges til grunn at bestemmelsen innebærer en viss utvidelse i forhold til tidligere lovgivning. Imidlertid er det kun er snakk om en begrenset utvidelse. Dette følger av at forarbeidene viser til de tradisjonelle rammene som utgangspunkt for tolkningen, og at utvidelsen begrunnes med at det skal være unødvendig å forandre loven hver gang det dukker opp nye forhold som det ville være ønskelig å ta opp i reguleringsbestemmelser og som klart må sies å ligge innefor lovens ramme.⁴⁴ En slik tolkning av bestemmelsen er videre i samsvar med det Frihagen har lagt til grunn.⁴⁵

Ved tolkningen av bestemmelsen må det også legges til grunn at det som kan fastsettes etter plan og bygningsloven § 20-4 andre ledd vedrørende arealdelen i kommuneplanen, også kan fastsettes etter denne bestemmelsen. Dette følger av lovens oppbygning i

⁴² Se Frihagen 1989 s. 252.

⁴³ Se Ot.prp. nr 56 1984-85 s. 121.

⁴⁴ Se ot.prp. nr 56 1984-85 s. 121.

⁴⁵ Se Frihagen 1989 s. 256-259.

større oversiktsplaner som arealdelen i kommuneplanen til mindre og mer detaljregulerte planer som reguleringsplan.⁴⁶ Ved tolkningen av bestemmelsen vil også lovens formålsbestemmelse i § 2 være av betydning.

Den nærmere vurdering av hvilke reguleringsbestemmelser som skal fastsettes innenfor lovens rammer, hører inn under kommunenes skjønn. Når det i plan- og bygningsloven § 26 første ledd første pkt. gis uttrykk for at reguleringsbestemmelser skal gis i ”nødvendig utstrekning”, innebærer dette neppe noe mer en hensvisning til de alminnelige krav om saklighet og forsvarlighet i forvaltningen.⁴⁷

6.2.2 Reguleringsbestemmelser om sosial boligprofil

I dette kapittelet skal jeg se nærmere på spørsmålet om kommunen i medhold av plan- og bygningsloven § 26 første punktum kan gi reguleringsbestemmelser om sosial boligprofil.

I medhold av § 26 første punktum kan det gis nærmere bestemmelser om utforming og bruk av arealer. Det at ordlyden gir anvisning på at det kan gis nærmere bestemmelser om bruk og utforming av ”arealet”, tyder imidlertid på at lovgiver først fremst har tenkt på utformingen av arealet og ikke på boligpolitiske forhold. Utover dette gir ordlyden få holdepunkter for løsningen av dette spørsmålet.

Etter forarbeidene er det klart at det etter denne bestemmelsen kan gis bestemmelser om utnyttingsgrad, antall etasjer, høyde, utforming av uteareal, oppføring av branntrygge bygninger støyskjerming m.v.⁴⁸ Spørsmålet er her om kommunen kan gå et skritt videre å gi bestemmelser om leilighetsstørrelser, husbankfinansiering mv, for å sikre tildeling av bolig til bestemte grupper.

⁴⁶ Se også Frihagen 1989 s. 265.

⁴⁷ Se mer om dette Frihagen 1989 s. 250-251.

⁴⁸ Se Ot.prp. nr 56 (1984-1985) s. 121.

Bestemmelsens forgjengere i bygningsloven av 1965 og planleggingsloven av 1981 åpnet ikke for at det kunne gis reguleringsbestemmelser om sosial boligprofil. Dette taler i utgangspunktet for at slike bestemmelser er utenfor rammen av § 26.

Som tidligere nevnt innebærer imidlertid plan- og bygningsloven § 26 en utvidelse i forhold til tidligere lovgivning. Begrunnelsen for denne utvidelsen var at det skal være unødvendig med en lovendring hver gang det dukker opp nye forhold som det er ønskelig å ta opp i reguleringsbestemmelser, og som klart må sies å ligge innefor lovens ramme.⁴⁹

Behovet for bestemmelser om sosial boligprofil kan imidlertid ikke karakteriseres som et nytt forhold fordi dette er forhold som enkelte kommuner har søkt ivare tatt gjennom utbyggingsavtaler siden 1960-tallet. Dette taler for at utvidelsen av bestemmelsen ikke er ment å fange opp disse forholdene.

Det er videre grunn til å se hen til at forvaltningen ved anvendelsen av plan- og bygningsloven § 26, har lagt til grunn at det ikke kan gis reguleringsbestemmelser om sosial boligprofil.⁵⁰ Dette er også lagt til grunn i juridisk teori.⁵¹

Disse forhold må sammen med det at forarbeidene ikke inneholder noen holdepunkter for at kommune skal kunne gi bestemmelser om sosial boligprofil være avgjørende for løsningen av dette spørsmålet. Kommunen har således ikke kompetanse til å gi reguleringsbestemmelser om sosial boligprofil.

Det kan imidlertid anføres gode grunner for at kommunen bør ha adgang til å gi reguleringsbestemmelser om sosial boligprofil. Kommunen vil med en slik adgang ha

⁴⁹ Se Ot.prp. nr. 56 (1984-85) s. 121.

⁵⁰ Se i denne sammenheng Miljøverndepartementet 2001 s. 19-25.

⁵¹ Se Pedersen m. fl. s. 406.

større muligheter til å større befolkningsutviklingen. Dette følger av at kommune ved å gi bestemmelser om sosial boligprofil, for eksempel kan tilrettelegge boligtilbudet for førstegangsetablerere. Videre fremstår et allsidig sammensatt boligtilbud ofte som en bred politisk målsetning. Når reguleringsvedtaket er et politisk vedtak bør således også slike hensyn kunne ivaretas.

Planlovutvalget har forøvrig i sitt arbeid med ny plan- og bygningslov foreslått å styrke kommunenes adgang til å benytte reguleringsmyndigheten som boligpolitisk styringsverktøy. Utvalget har i § 11-5 i lovforslaget foreslått følgende tatt inn i den uttømmende oppregning om bestemmelser i områdeplan:

”Antallet boliger i et område, største og minste boligstørrelse, og nærmere krav til boligens utforming der det er hensiktsmessig for spesielle behov.”

I kommentaren til lovforslaget er det lagt til grunn at bestemmelsen vil gi kommunene et styringsverktøy i forhold til fordeling av boligtyper og leilighetsstørrelser, sikring av minstestørrelse og eventuelle krav til tilpassing av boliger for spesielle samfunnsgrupper. Lovforslaget legger med dette opp til at det kan gis bestemmelser om sosial boligprofil i selve reguleringsvedtaket.

6.2.3 Vilkår om bidrag til infrastruktur

6.2.4 Innledning

Med vilkår menes i denne sammenheng at det knyttes plikter til et vedtak som ellers begunstiger den private part.⁵²

⁵² Om forskjellige betydninger av begrepet ”vilkår” se Eckhoff/Smith 2003 s. 372-373.

Når det gjelder reguleringsvedtak om utbygging er det klart at de aktuelle grunneiere blir begunstiget av vedtaket. Dette følger av de økonomiske fordeler en utbygging medfører for grunneier.⁵³

Adgangen til å fastsette vilkår til et begunstigende vedtak, er først og fremst et spørsmål om tolkning av den aktuelle hjemmelslov. Plan- og bygningsloven § 26 annet punktum gir uttrykkelig hjemmel for at viss vilkår kan fastsettes. Når loven har en vilkårsbestemmelse blir det et sentralt spørsmål om bestemmelsen uttømmende regulerer adgangen til å fastsette vilkår etter loven.

Nedenfor skal jeg se nærmere på hvilke vilkår om infrastruktur kommune kan gi i medhold av plan- og bygningsloven § 26. Videre skal jeg vurdere om kommunen i lys av den alminnelige vilkårs lære har kompetanse til å gi vilkår utover de vilkår som kan gis i medhold av denne og øvrige bestemmelser i plan- og bygningsloven.

6.2.5 Vilkår etter plan- og bygningsloven § 26

I dette kapittelet skal jeg se på i hvilken grad plan- og bygningsloven § 26 åpner for at det kan gis vilkår om at utbygger skal bekoste infrastrukturtiltak.

Utgangspunktet for denne vurderingen må tas i bestemmelsens ordlyd. I medhold av bestemmelsens første punktum kan det gis bestemmelser om utforming og bruk av arealer og bygninger i reguleringsområdet. Det følger av annet punktum at det i slike bestemmelser kan settes vilkår for bruken for å fremme formålet med reguleringen.

Ordlyden sier oss først og fremst at det må være en nær tilknytning mellom utforming og bruk av aktuelle arealer og de konkrete vilkår. Videre må vilkårene fremme formålet med reguleringen. Generelt kan det sies at ordlyden legger opp til at vilkårene må ha en saklig tilknytning til reguleringen og formålet bak denne. Ordlyden gir imidlertid få konkrete holdepunkter om hvilke typer av vilkår som kan stilles. Det er således nødvendig å se på bestemmelsen i lys av dens forarbeider.

⁵³ Se i denne sammenheng Rogstad 1999 s. 115.

Vilkår om bidrag til infrastruktur er kommentert på følgende måte i bestemmelsens forarbeider:

”Det understrekes at det ikke kan pålegges enkeltpersoner eller grupper handlingsplikt av privatrettslig karakter. Pålegg om f.eks. plikt til å delta i velforeninger eller at det skal betales visse avgifter for fellesanlegg for radio og TV vil falle utenfor rammen. En annen sak er at enkeltpersoner gjennom bestemmelsene kan bli pålagt å oppfylle visse vilkår, f.eks. å opparbeide støyvoller eller sette opp støyskjermer dersom de ønsker å utnytte sin eiendom til boligformål eller til å bidra til andre fellesanlegg.”⁵⁴

Det kan med bakgrunn i disse uttalelsene konkluderes med at kommune kan stille vilkår om bidrag til støyskjermer og andre støydempende tiltak. Dette kunne kommunen også etter planleggingsloven av 1981.⁵⁵

Spørsmålet som her reiser seg er hvilke ”andre fellesanlegg” kommune kan kreve bidrag til. For å avgjøre dette er det nødvendig å se nærmere på den tidligere lovgivning.

Planleggingsloven av 1981 punkt 8 lyder som følgende:

”utforming, bruk og behandling av ubebygde areal i byggeområder, herunder om terrengplanering, oppsetting av apparater for lek, gjerder og bevaring av eksisterende vegetasjon,”

Ved å se forarbeidenes hensvisning til ”andre fellesanlegg” i sammenheng med denne bestemmelsen, kan vi konkludere med at kommune kan stille vilkår om at utbygger skal

⁵⁴ Se ot.prp. nr 56 1984-85 s. 121.

⁵⁵ Se planleggingsloven av 1981 § 35 punkt 6.

bidra økonomisk til opparbeidelse av fellesområder, herunder gjerder og apparater for lek. Når det legges til grunn at plan- og bygningsloven innebærer en utvidelse i forhold til tidligere planleggingsloven av 1981, og forarbeidene generelt viser til ”andre fellesanlegg”, må det videre legges til grunn at kommunen kan stille vilkår om økonomisk bidrag til mindre idrettsanlegg tilpasset reguleringsområdet.

Det neste spørsmålet vi må se på er om plan- og bygningsloven § 26 åpner for at kommunen kan stille vilkår om bidrag til teknisk infrastruktur som veg, vann og avløp utover reglene i loven kapittel IX. , og §§ 67 og 67 a.

Språklig sett er dette anlegg som kan karakteriseres som ”fellesanlegg”. Dette kan tyde på at kommunen kan stille vilkår om slike bidrag. Imidlertid kan ikke dette være avgjørende. Det er lovens system at bidrag til denne typen av infrastruktur skal dekkes ved byggesaksbehandlingen gjennom reglene i kapittel IX, og §§ 67 og 67 a. ,og verken lovens ordlyd eller forarbeider inneholder noen klare holdepunkter for at bestemmelsen skal kunne gis en slik anvendelse.

Det neste spørsmålet vi skal se på er om kommunen i lys av plan- og bygningsloven § 26 kan stille vilkår om privat bidrag til sosial infrastruktur som barnehager, skoler og helse- og sosialtjenesten

Språklig sett er også dette anlegg som kan karakteriseres som ”andre fellesanlegg”. Dette kan også i denne sammenheng tyde på at kommunen har en slik kompetanse. Det må imidlertid legges vekt på at dette er vilkår som er av en annen karakter enn de eksemplene på fellesanlegg som er gitt i forarbeidene, og de vilkår som kunne gis i medhold av den tidligere lovgivning. Det er videre grunn til å legge vekt på at plan- og bygningsloven bygger på forutsetningen om at det er kommunene som skal stå for utgiftene til det kommunale tjenestetilbud. Denne forutsetningen fremgår av at adgangen til å innta rekkefølgebestemmelser i § 26 i tilknytning til barnehager, skoler

og helse- og sosialtjenesten i lovens forarbeider er begrunnet i hensynet til kommunenes økonomi.⁵⁶

Disse forhold må være avgjørende for at det ikke kan stilles vilkår om bidrag til skoler og til helse- og sosialtjenesten etter plan- og bygningsloven § 26.

Etter mitt skjønn må disse forhold også være avgjørende i forhold til vilkår om bidrag til barnehager. Spørsmålet om barnehager er imidlertid noe mer tvilsomt, da barnehager ofte er mindre anlegg med en klar tilknytning til det aktuelle boligområde.

Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at de vilkår som stilles i medhold av denne bestemmelsen, ikke må fremstå som uforholdsmessige i forhold til den aktuelle reguleringsplan. Når det gjelder dette spørsmålet må bestemmelsen tolkes i lys av den alminnelige vilkårlære.

6.2.6 Vilkår etter den alminnelige vilkårlære?

I dette kapittelet skal jeg ta stilling til om kommunen i lys av den alminnelige vilkårlære kan stille vilkår utover det plan- og bygningsloven § 26 hjemler. Idet forrige kapittelet la jeg til grunn at den alminnelige vilkårlære vil være relevant ved tolkningen av § 26. Spørsmålet i dette kapittelet er om den alminnelige vilkårlære kan benyttes ved siden av § 26. Aktuelle vilkårstyper vil i denne sammenheng være vilkår om bidrag til teknisk infrastruktur utover det som omfattes av loven kapittel IX og, §§ 67 og 67 a., og vilkår om bidrag til sosial infrastruktur.

Den alminnelige vilkårlære bygger på forvaltningens diskresjonære kompetanse. Dersom det beror på forvaltningens skjønn om en begunstigelse skal gis, er det en formodning for at forvaltningen kan stille vilkår til tillatelsen. Vilkåret må imidlertid stå

⁵⁶ Se Ot.prp. n. 56 (1984-1985) s. 113.

i saklig sammenheng med begunstigelsen og ikke være uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd.⁵⁷ I teorien er det delte meninger om hvordan denne adgangen skal begrunnes.⁵⁸ I denne sammenhengen er det imidlertid tilstrekkelig å vise til at Høyesterett har fastslått denne formodningen i Rt. 2003 s. 764.

Det er viktig å holde fast ved at adgangen for forvaltningen til å gi vilkår er et spørsmål om tolkning av den aktuelle kompetanselov. Tolkningsspørsmålet vi her står overfor, er om kommunen etter den alminnelige vilkårlære kan fastsette vilkår i medhold av sin diskresjonære kompetanse til å fatte reguleringsvedtak etter plan- og bygningsloven § 27-2, eller om adgangen til å gi vilkår til reguleringsvedtaket er uttømmende regulert i plan- og bygningsloven § 26.

Når loven inneholder en vilkårsbestemmelse, går vi i utgangspunktet ut i fra at denne er uttømmende. Etter min mening må dette utgangspunktet begrunnes i legalitetsprinsippet. Når lovgiver har tatt stilling til hvilke vilkår som kan stilles etter loven, må disse i utgangspunktet anses å være en uttømmende regulering såfremt loven ikke gir holdepunkter for noe annet.⁵⁹

Med dette utgangspunkt er det nødvendig å se nærmere på lovens bestemmelser. Verken ordlyden eller forarbeidene til plan- og bygningsloven § 27-2 gir oss noen holdepunkter for løsningen av dette spørsmålet. Det er således nødvendig å se nærmere på vilkårsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 26.

Plan- og bygningsloven § 26 er utformet som en rammebestemmelse. En naturlig forståelse av en bestemmelse med en slik utforming, er at den fastsetter grensene for hvilke vilkår som kan gis ved reguleringen.

⁵⁷ Se Eckhoff/Smith 2003 s. 377.

⁵⁸ Se mer om dette spørsmålet i Eckhoff/Smith 2003 s. 376-377.

⁵⁹ I teorien er det delte oppfatninger om dette utgangspunktet. Eckhoff/Smith og Boe tar det samme utgangspunkt som meg. Se Eckhoff/Smith 2003 s. 373 og Boe 1993 s. 723. Mens Graver leger til grunn at det ikke er grunnlag for å tolke loven slik at den gir en uttømmende regulering av vilkårskompetansen, såfremt lovens ordlyd og forarbeider ikke klar støtte for et slikt resultat. Se Graver 2002 s. 278.

En slik forståelse har også støtte i forarbeidene. For det første legger lovgiver i forarbeidene til grunn at de tidligere bestemmelser i bygningsloven av 1965 og planleggingsloven av 1981 ikke kunne suppleres av den alminnelige vilkårlære. Dette synet fremgår av at lovgiver har ønsket å komme i bort i fra den uttømmende oppregning i de tidligere bestemmelser slik at det vil være unødvendig med lovendring dersom nye forhold skulle dukke opp. For det andre understrekes det i forarbeidene at bestemmelsen er ment å gi en ramme for hva som kan gis av reguleringsbestemmelser.

Noe som taler i mot en slik uttømmende forståelse av bestemmelsen er at det i forvaltningspraksis i forhold til bygningsloven av 1965, ofte har forekommet vilkår som ikke klart har hatt forankring i lovteksten. Denne praksisen må imidlertid ilegges begrenset betydning. For det første dreide denne praksisen seg ofte om vilkår om omtrent samme type forhold som loven ga anvisning på og ellers hadde rimelig forankring i den fastsatte arealbruksbestemmelse. For det andre ble disse vilkårene ofte inntatt i forståelse med utbygger eller grunneier. Slik at det også forelå et øvrig kompetansegrunnlag.⁶⁰

Rt. 1935 s. 85 (Ulvøya-dommen) er et tidlig eksempel på at Høyesterett har akseptert vilkår om finansielle ytelser som lovgivningen ellers ikke åpnet for. Eieren av Ulvøya hadde sendt inn et reguleringsforslag om utparsellering av boliger på øya.

Reguleringsmyndighetene satte som vilkår for å godkjenne planen at grunneieren sørget for broforbindelse med fastlandet. Kommunen hevdet å ha hjemmel for vilkåret i kgl. Av 4. juni 1920 utstedt i medhold av bygningsloven av 27. juli 1896 § 85.

Bestemmelsen ga anledning til å stille vilkår om opparbeidelse av adkomstveg i henhold til utstikningsplan før tomtsalg fant sted. Herredsretten fant at ”adkomstveg” vanskelig kunne omfatte et broanlegg av de dimensjoner det her gjaldt. To av dommerne i overretten la imidlertid avgjørende vekt på resolusjonen. Høyesterett godkjente vilkåret. De synes å ha kommet til dette resultatet uavhengig av resolusjonen.⁶¹Høyesterett la i sin begrunnelse vekt på at kravet om broforbindelse til øyen ikke var absolutt men bare

⁶⁰ Se Rogstad 1999 s. 103-104 og Frihagen 1989 s. 258.

⁶¹ Denne tolkningen av Høyesterett sine premisser samsvarer med det Rogstad har gitt uttrykk for. Se Rogstad 1999 s. 127.

knyttet til eierens spesielle reguleringsforslag. Det ble videre lagt vekt på at eieren hadde startet tomtosalget og at han således i en viss grad var avhengig av at planen gikk i orden.

Høyesterett godkjenner vilkåret om bygging av bro med en begrunnelse i samsvar med den alminnelige vilkårlære. Ved tolkningen av dagens plan- og bygningsloven har imidlertid denne dommen begrenset betydning. Fordi denne dommen refererer seg til en bygningslovgivning forut for både dagens lov og den lovgivning denne i størst grad bygger på.

I den juridiske teori er det videre delte oppfatninger omkring spørsmålet om den alminnelige vilkårlære kan supplere plan- og bygningsloven § 26. Pedersen m. fl. legger til grunn at vilkår som faller utenfor plan- og bygningsloven § 26 er ugyldige. De begrunner dette synet med at en reguleringsbestemmelse griper inn i eierrådigheten ved å sette vilkår for den bruk reguleringsformålet åpner for og således må ha hjemmel i lov.⁶²

Daniel Rogstad har et annet syn på denne saken. Han åpner for bruk av vilkår utenfor plan- og bygningsloven § 26 i medhold av vanlige forvaltningsrettslige prinsipper om vilkårssetting. Han viser i sin begrunnelse til at det i praksis ofte er forekommet vilkår som lovteksten ikke gir klare holdepunkter for, som regel inntatt i forståelse med grunneiere og utbyggere. Han åpner således for at kommunen i lys av den alminnelige vilkårlære kan stille vilkår om bidrag til teknisk infrastruktur utover det som følger av lovens bestemmelser.⁶³

Bygningslovutvalget har i sin vurdering av gjeldende rett også tatt stilling til spørsmålet om anvendeligheten av den alminnelige vilkårlære. De uttaler at selv om plan- og bygningsloven inneholder enkelte hjemler for å stille vilkår, er det neppe grunnlag for å tolke dette antitetisk slik at det er utelukket å sette vilkår ut i fra andre kompetansegrunnlag. Etter deres syn måtte en slik tolkning i tilfelle ha klar støtte i

⁶² Se Pedersen m. fl. 2000 s. 401-402.

⁶³ Se Rogstad 1999 s. 103-104 og s. 126-131.

lovens ordlyd eller i forarbeidene, noe utvalget mener den ikke har. Utvalget legger videre til grunn at den alminnelige vilkårlære hjemler vilkår om bidrag til teknisk infrastruktur utover det som følger av lovens bestemmelser.⁶⁴

Etter min oppfatning må plan- og bygningsloven utforming som rammebestemmelse i sammenheng med forarbeidene og bestemmelsens forhistorie være avgjørende for løsningen av dette spørsmålet. Det er således ikke grunnlag for å anvende den alminnelige vilkårlære ved siden av plan- og bygningsloven § 26. Dette betyr at kommune ikke kan gi vilkår om bidrag til teknisk eller sosial infrastruktur utover det som følger av lovens bestemmelser.

7 Det rettslige utgangspunkt for utbyggingsavtaler

7.1 Innledning

For å ta stilling til i hvilken utstrekning kommunen kan benytte sin reguleringskompetanse til å fremforhandle utbyggingsavtaler, må vi som tidligere nevnt ta utgangspunkt i plan- og bygningslovens bestemmelser.

Plan- og bygningsloven kapittel VII om reguleringsplan inneholder ingen bestemmelser om utbyggingsavtaler. Kommunene er imidlertid tillagt diskresjonær kompetanse i behandlingen av reguleringsprosjekt. Det er denne kompetansen kommunene benytter som byttmiddel overfor utbyggerne. Denne kompetansen danner således det rettslige utgangspunktet for inngåelsen av utbyggingsavtaler i forbindelse med den kommunale behandling av reguleringsplan.

Nedenfor skal jeg gi en oversikt over den diskresjonære reguleringskompetansen. Videre skal jeg se på om de aktuelle bestemmelser gir noen holdepunkter for om det er

⁶⁴ Se NOU 2003: 24 s. 154.

adgang til å inngå utbyggingsavtaler. I denne vurderingen vil jeg også trekke inn lovens forarbeider og forhistorie.

7.2 Oversikt over den diskresjonære reguleringskompetanse

Planprosessen blir i stor utstrekning satt i gang ved et privat initiativ etter plan- og bygningsloven § 30.⁶⁵ I prosessen frem til vedtakelsen av en reguleringsplan etter loven § 27-2, fattes det to avgjørelser i medhold av diskresjonær kompetanse.

Når det fremmes et privat reguleringsplansforslag det faste utvalget for plansaker, ta stilling til om de finner grunn til å fremme forslaget for kommunestyret. Denne avgjørelsen er ikke nødvendigvis avgjørende for utbygger. Dersom forslaget omfatter et uregulert område eller innebærer en vesentlig endring av gjeldende reguleringsplan, følger det av plan- og bygningsloven § 30 annet ledd annet punktum at utbygger kan kreve av reguleringsspørsmålet skal forelegges kommunestyret.

Videre foretar kommunestyret en skjønnsmessig avgjørelse når de i medhold av plan- og bygningsloven § 27-2 tar stilling til om planen skal vedtas. Bestemmelsens ordlyd kan tyde på at kommunestyret har valget mellom å vedta planen, eller sende saken tilbake til ny behandling i det faste utvalget for plansaker. Det er imidlertid klart at kommunestyret også kan beslutte at man ikke ønsker å regulere området. Dette følger av sikker praksis og er også lagt til grunn i juridisk teori.⁶⁶ Utbygger har således ikke noe rettskrav på at det aktuelle området skal reguleres, eller at reguleringsvedtaket innholdsmessig er i samsvar med hans forslag.

I de tilfeller hvor kommunen etter loven er pliktig til å utarbeide reguleringsplan, følger det av § 27-2 at det er opp til kommunestyrets skjønn og fastsette det nærmere innholdet i planen.⁶⁷

⁶⁵ Se i denne sammenhengen note 27.

⁶⁶ Se i denne sammenhengen Frihagen 1989 s. 371.

⁶⁷ Kommunens plikt til å utarbeide reguleringsplan er regulert i plan og bygningsloven § 23.

7.3 Holdepunkter i loven for at kommunen har kompetanse til å inngå utbyggingsavtaler

Plan- og bygningslovens bestemmelser om kommunens diskresjonære reguleringskompetanse, gir ingen konkrete holdepunkter for å ta stilling til spørsmålet om kompetansen kan benyttes som byttemiddel. Det er heller ikke tatt stilling til spørsmålet i lovens forarbeider.

I forarbeidene til bygningsloven av 1965 ble imidlertid forholdet til avtaler vedrørende teknisk infrastruktur kommentert på følgende måte:

”Departementet vil ellers streke under at bestemmelsene i denne paragraf ikke tar sikte på å regulere de kontraktsforhold som i aukende utstrekning inngås mellom kommuner og større byggefretak om byggemodning og bebyggelse av større, sammenhengende råarealer. Særlig på grunn av den store byggevirksomhet som foregår i våre større byer med omegnskommuner, vil ikke kommunen kunne klare å tilrettelegge kommunikasjonslinjer og tekniske anlegg aleine. Utbyggingen har derfor i de senere år fått et noe annet mønster enn tidligere. I dag foregår utbyggingen ofte på den måte at kommunen skaffer råarealene eller tillater at de utbygges utenfor tur, og regulerer dem, mens heleutbyggingen overlates til kooperative boligbyggelag eller større private byggefretak. I slike avtaleforhold kan det bli tale om videregående forpliktelser for vedkommende byggefretak enn det som kan pålegges ved vedtekt etter § 67.”⁶⁸

Disse forarbeidene er relevante også i forhold til dagens plan- og bygningslov, da de aktuelle bestemmelser i bygningsloven av 1965 i stor grad er i samsvar med bestemmelsene i dagens lov.

Av disse forarbeidene fremgår det at lovgiver ikke ønsket å endre forutsetningen for de former for utbyggingsavtaler som hadde vokst frem mellom kommunene og utbyggere. I dette ligger det en aksept fra lovgiver om at reguleringsmyndigheten i en viss utstrekning kan benyttes som byttemiddel. Forarbeidene legger videre opp til at den

⁶⁸ Se Ot. prp. nr. 1. 1964-65 Om ny bygningslov s. 110.

private part i disse avtalene kan påta seg forpliktelser utover det kommune ensidig kan pålegge.

Med bakgrunn i disse forarbeidene kan det fastslås at lovens forhistorie gir visse holdepunkter for at den diskresjonære kompetanse kommunen er gitt i loven kan benyttes som byttemiddel ved inngåelsen av utbyggingsavtaler.

For å ta stiling til om den diskresjonære reguleringskompetansen kan benyttes som byttemiddel er det nødvendig å se nærmere på hvilke retningslinjer som gjelder for kommunestyrets skjønnsutøvelse etter § 27-2. Spørsmålet om hvorvidt et geografisk område inne kommunen skal tas opp til planbehandling er et politisk spørsmål.⁶⁹ I forhold til utbyggingsavtaler er det viktig å se på hvilke hensyn kommunestyret kan bygge på ved avgjørelsen av reguleringsspørsmålet. For det først er det klart at kommunestyret kan legge vekt på at om utbyggingen kan få negative følger for kommune økonomien.⁷⁰ For det andre må det med bakgrunn i at avgjørelsen av reguleringsspørsmålet er et politisk spørsmål, også legges til grunn at kommunestyret kan legge vekt på sammensetningen av boligmassen som inngår i forslaget. Det må således legges til grunn at kommunestyret kan avvise et forslag, som bryter med politiske mål om en allsidig sammensatt boligmasse.⁷¹

Det at kommunestyret ved sin skjønnsmessige behandling av reguleringsspørsmålet kan legge vekt på økonomiske hensyn og hensynet til en variert bolig sammensetning, gir etter min mening visse holdepunkter for at reguleringskompetansen kan benyttes som byttemiddel. Ved å inngå avtale med utbyggeren kan kommunen sørge for at viktige politiske målsetninger ivaretas, og sørge for tilstrekkelig trygghet i forhold til de økonomiske forpliktelser utbyggingen fører med seg.

⁶⁹ Se i denne sammenheng NOU 2001: 7 s. 138.

⁷⁰ Se Eckhoff/Smith 2003 s. 358-359.

⁷¹ Dette synet er fremhevet av Ørnulf Røhnebæk i foredraget "Utbyggingsavtaler – rettslig karakter og rettslige begrensninger i forhold til utbyggeren?", holdt i forbindelse med kurs om utbyggingsavtaler arrangert av juristenes utdanningscenter Oslo 9. april 2003.

For å ta et endelig standpunkt til spørsmålet om reguleringskompetansen kan benyttes som byttemiddel, er det imidlertid nødvendig å tolke plan- og bygningslovens bestemmelser i lys av annet rettskildemateriale som omhandler bruk av offentlig myndighet som byttemiddel.

Når vi skal se nærmere på dette spørsmålet vil det sondres mellom de avtaler hvor forpliktelsene ligger innenfor det som ensidig kan pålegges i kraft av reguleringsmyndigheten, og de avtaler som inneholder forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge.

8 Utbyggingsavtaler innenfor vilkårskompetansen

8.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg se på i hvilken grad avtaleinstrumentet kan benyttes i stedet for ensidige vedtak etter plan- og bygningsloven. Redegjørelsen nedenfor tar sikte på de avtaler som pålegger utbygger forpliktelser som kunne vært pålagt etter plan- og bygningsloven. Da utbyggingsavtalene ofte er sammensatt og dekker hele byggeforløpet - fra reguleringsplan til ferdig bebyggelse – vil både avtaler som regulerer bidrag til teknisk infrastruktur innenfor rammene av loven kap. XII og bidrag til infrastruktur innenfor rammene av § 26 være omfattet av redegjørelsen nedenfor.

8.2 Kommunens kompetanse

Det generelle utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at den private part kan påta seg forpliktelser overfor det offentlige i avtaleform innenfor rammene forvaltningens ensidige vilkårskompetanse.⁷² Dette utgangspunktet er ikke fastslått i rettspraksis, men når det gjelder utbyggingsavtaler foreligger det imidlertid en utstrakt forvaltningspraksis omkring dette spørsmålet. Helt siden 1960- tallet er det inngått utbyggingsavtaler som

⁷² Se Eckhoff/Smith 2003 s. 394 og Graver 2002 s. 228.

alternativ til lovens vilkårsregler. Denne praksisen ble anerkjent i forarbeidene til den tidligere bygningslov av 1965.⁷³ Videre har Sivilombudsmannen ved flere anledninger anerkjent disse avtalene, se for eksempel Sivilombudsmannens uttalelse for 1989 s. 105.

Det er således klart at kommunen har kompetanse til å benytte avtaleinstrumentet som et alternativ til å fastsette nærmere bestemmelser i reguleringsvedtaket. Denne kompetansen har imidlertid noen skranker. I forhold til utbyggingsavtaler foreligger det skranker i forhold til de samfunnsinteresser plan- og bygningsloven etter sitt formål skal sikre, og skranker i forhold til den private medkontrahent.

8.3 Grensene for kommunenes kompetanse

I forhold til medkontrahenten, som er temaet i denne avhandlingen, kan det først og fremst tenkes skranker i forhold til læren om sterkt urimelige avgjørelser og en analogisk anvendelse av avtaleloven § 36. Disse reglene blir nærmere kommentert i forhold til utbyggingsavtaler med forpliktelser utover den ensidige vilkårskompetansen. Det kan imidlertid i denne sammenhengen bemerkes at det skal mye til for at en avtale som holder seg innefor det kommunen ensidig kan pålegge vil være grovt urimelig etter den forvaltningsrettslige lære eller urimelig etter avtaleloven § 36.

9 Utbyggingsavtaler med forpliktelser utover den ensidige vilkårskompetansen

9.1 Problemstillingen

Problemstillingen i dette kapitlet er om kommunen kan benytte reguleringskompetansen til å forhandle frem utbyggingsavtaler, hvor den private part påtar seg forpliktelser utover de forhold kommunen kan gi ensidige bestemmelser om. Dersom dette spørsmålet kan besvares bekræftende, vil det være nødvendig å se

⁷³ Se Ot. prp nr. 1. Om ny bygningslov 1964-65 s. 110.

nærmere på hvilke skranker som gjelder for bruk av reguleringsmyndigheten som byttemiddel.

I forhold til dagens utbyggingsavtaler er dette først og fremst et spørsmål om lovligheten av avtalevilkår om bidrag til infrastruktur utover de bidrag som følger av plan- og bygningslovens bestemmelser.

Drøftelsen nedenfor vil bære preg av at de spørsmål som reiser seg om omkring utbyggingsavtalers innhold, er en del av et generelt forvaltningsrettslig spørsmål om bruk av offentlig myndighet som byttemiddel.

I drøftelsen nedenfor vil jeg gjennomgå de enkelte rettskildefaktorer, for så å konkludere i siste underkapittel.

9.2 Oversikt over hovedstandpunktene i juridisk teori

9.2.1 Innledning

I den alminnelige forvaltningsrettslige teori foreligger det to ulike hovedstandpunkter til det generelle spørsmål om bruk av diskresjonær kompetanse som byttemiddel.

Det ene hovedstandpunktet går i korthet ut på at forvaltningen ikke kan benytte sin diskresjonære kompetanse til å forhandle frem avtaler med den private med innhold utover det forvaltningen ensidig kan pålegge, men at en slik avtale kan komme inn som et moment i vurderingen av om den ensidige kompetanse er overskredet. Det andre hovedstandpunktet er at forvaltningen ved å bruke den diskresjonære kompetanse som byttemiddel kan inngå avtaler med vilkår utover det forvaltningen ensidig kan pålegge. De som tar dette standpunktet stiller imidlertid forholdsvis strenge rammer for denne avtalekompetansen.

Nedenfor vil jeg se på det nærmere innholdet i disse to standpunktene i forhold til kommunale utbyggingsavtaler.

9.2.2 Teoriens første hovedstandpunkt

Graver har gitt uttrykk for det første hovedstandpunkt. Han er generelt skeptisk til om samtykke er et egent kompetansegrunnlag for forvaltningen.⁷⁴ På bakgrunn av denne skepsisen legger han til grunn at forvaltningen ikke kan benytte diskresjonær kompetanse til å forhandle frem avtaler med vilkår utover det forvaltningen ensidig kan pålegge. Han åpner imidlertid for at partens uttrykte holdninger i forhold til om vilkåret er akseptabelt, kan spille en rolle i helhetsvurderingen av vilkårets saklighet og forholdsmessighet.⁷⁵ Dette synspunktet er i samsvar med de synspunkter Bernt har gitt uttrykk for. Bernt, er den som grundigst har drøftet det generelle spørsmål i norsk forvaltningsrett, går lenger i å presisere dette standpunktet. For det første understreker han at det ved drøftelsen av dette spørsmålet må legges vekt på frivilligheten og ikke samtykket. Videre legger han til grunn at et frivillig samtykke som hovedregel ikke kan fungere som et selvstendig kompetansegrunnlag for forvaltningen, men kan fremstå som et viktig tolkningsmoment ved vurderinger etter den alminnelige vilkårlære. Avslutningsvis fremhever han at det er grunn til å legge vekt på partenes opptreden før vedtak treffes.⁷⁶

Disse forfatterne uttaler seg ikke direkte om utbyggingsavtaler. Deres generelle syn på bruk av diskresjonær kompetanse som byttemiddel anvendt på utbyggingsavtaler, vil imidlertid innebære en klar begrensning i forhold til hvilket innhold disse avtalene kan ha. Typisk vil dette synet innebære en begrensning i forhold til typer av vilkår som ikke kan tolkes inn i lovens vilkårsbestemmelser. Dette vil for eksempel gjelder avtalevilkår om bidrag til skoler og helse- og sosialtjenesten.

9.2.3 Teoriens annet hovedstandpunkt

De andre forfatterne som har uttalt seg om bruken av diskresjonær kompetanse som byttemiddel har lagt til grunn at forvaltningen kan benytte denne kompetansen til å fremforhandle avtaler med vilkår utover forvaltningens ensidige kompetanse.

⁷⁴ Se Graver s. 213 og 214

⁷⁵ Se Graver s 279

⁷⁶ Se Bernt 1977 s. 91 og 92

Eckhoff/Smith aksepterer en slik bruk av diskresjonær kompetanse. De stiller imidlertid opp klare grenser for i hvilke tilfeller samtykket kan ha denne betydningen. For det første må det ikke foreligge en tvangssituasjon. For det andre må den private part være klar over at han blir pålagt en plikt det ikke er adgang til å pålegge ham i henhold til den alminnelige vilkårskompetansen. Videre må ikke avtalen gå utover grensene for saklig og rimelig myndighetsutøvelse.⁷⁷

Med dette generelle utgangspunktet har Eckhoff gitt uttrykk for følgende i forhold til utbyggingsavtaler:

”De plikter som utbyggeren påtar seg i avtalen kan f. eks. gjelde boligens prisklasse (f. eks. at de skal kunne husbankfinansieres), disponeringen av friarealer innenfor feltet, kommunal kontroll med fordeling av boligene etch. Dersom spørsmålet om slike avtalers gyldighet kom for domstolene, vil de antagelig bli godtatt hvis de plikter som grunneier og utbygger pålegges har et rimelig omfang og tjener til å fremme boligpolitiske og utbygningspolitiske formål.”⁷⁸

Det må understrekes at denne uttalelsen ikke tar i betraktning den senere tids utvikling i bruken av utbyggingsavtaler, noe som innebærer at forfatteren ikke har vurdert forholdet til privat finansiering av sosial infrastruktur. Derimot er utsagnet direkte tuftet på vilkår om sosial boligbygging.

I den siste utgaven av Eckhoff/Smith sin bok om forvaltningsrett, har Eivind Smith vurdert den nyere utviklingen i bruken av utbyggingsavtaler. Han har i denne utgaven av boken omskrevet det ovenfor siterte sitat i fra Eckhoff på følgende måte:

”Men i hovedtrekk må avtalen være egnet til å ivareta også utbyggernes interesser. De plikter som de påtar seg, kan f. eks. gjelde boligens størrelse og pris (f. eks. at de skal

⁷⁷ Se Eckhoff/Smith 2003 s. 378-379

⁷⁸Se Eckhoff/Smith 1997 s. 330. Jeg velger å kreditere Eckhoff dette utsagnet da det også er inntatt i tidligere utgaver av boken som ikke er revidert av Smith. Se Eckhoff 1992 s. 299.

husbankfinansieres), disponering av friarealer eller kommunal kontroll med fordeling av boligene.

Det er uklart hvorvidt forhåndsbinding av reguleringsmyndigheten vil stå seg. Men forøvrig vil nok gyldigheten av slike avtaler bli godtatt hvis pliktene for grunneier og utbygger har et rimelig omfang, fremmer boligpolitiske og utbygningpolitiske formål og ikke i vesentlig grad skaffer kommunen økonomiske motytelser som den ikke hadde kunnet oppnå på annet vis”

Han skriver videre at tiltak som kommunene i følge lovgivningen skal ta seg av (f . eks. skoler, kirker og primærhelsetjenester), ikke uten videre kan skyves over på utbyggerne. Han begrunner dette med at slike avtalevilkår vil kunne stå i strid med den aktuelle særlovgivningen og at dette vil kunne føre til en form for dobbeltbeskatning.⁷⁹

Smith opprettholder ved dette Eckhoff sitt standpunkt om at reguleringsmyndigheten kan benyttes som byttemiddel slik at den private part kan påta seg forpliktelser utover det kommunene ensidig kan pålegge. Uten å ta noe klart standpunkt er han kritisk til avtalevilkår om bidrag til sosial infrastruktur. Denne skepsisen bygger han på lex superior prinsippet. Lex superior prinsippet innebærer at avtalevilkårene ikke kan være i strid med gjeldende lovgivning.

Med visse variasjoner støtter Frihagen det samme hovedstandpunktet som Eckhoff/Smith inntar. Ved redegjørelsen av det generelle spørsmålet om bruk av diskresjonær kompetanse som byttemiddel, begynner han med å fastsette grensen mot lex superior prinsippet.⁸⁰ Videre legger han til grunn at samtykket må illegges en viss betydning dersom det er snakk om et vilkår som lovgivningen ikke kan sies å forby og som er i samsvar med lovens formål, selv om forvaltningen ikke har kompetanse til å fastsette vilkårene som ensidige krav. Etter hans syn må dette iallfall gjelde der hvor det er snakk om mindre byrdefylle inngrep hvor parten har hatt en reel mulighet til å

⁷⁹ Se Eckhoff/Smith 2003 s. 394-395.

⁸⁰ Se Frihagen 1991 s. 134-135

protestere, sett i forhold til hvor viktig tillatelsen var for ham og hvor sterk stilling han hadde overfor forvaltningen. Videre legger han til grunn at i de tilfeller, hvor den frivillige ordning fremstår som et alternativ til et mer byrdefylt inngrep, er større grunn til å legge vekt på den private part sitt samtykke.⁸¹

I forhold til utbyggingsavtaler legger han til grunn at kommunen i en nærmere avtale om utbygning, i noen grad vil kunne avtale ytelser som ikke kunne vært stilt som vilkår for regulering eller byggetillatelse. Frihagen understreker at det er uklart i hvilken utstrekning rettsordenen vil godta avtaler som dette, men han fremhever at det er grunn til å være noe mer liberal ved utpreget gjensidig bebyrdende avtaler. Han legger som Eckhoff/Smith til grunn at det kan stilles krav om sosial boligbygning. Han kommenterer videre det ovenstående sitat i fra Eckhoff/Smith og legger til at etter hans mening må adgangen til å dekke utgifter til fellesanlegg vurderes på samme måte.⁸² Frihagen går i liten grad inn på hvilke ytelser det her kan være snakk om. Han uttaler imidlertid at det neppe kan være innvendinger mot at utbyggeren i noen grad påtar seg å dekke utgifter kommunen har til å utarbeide ikke refusjonsberettigede anlegg.⁸³ Det er imidlertid vanskelig å ta denne uttalelsen fra Frihagen til inntekt for konkrete avtalevilkår som bidrag til sosial infrastruktur, da dette var en ukjent problemstilling på den tiden Frihagen skrev dette.

Også Boe er åpner for at kommunen kan benytte sin diskresjonære kompetanse til å forhandle frem avtaler med forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge. Han legger til grunn at det må foreligge en reel aksept i fra den private part. Han viser til at læren om myndighetsmisbruk vil utgjøre grensene for denne adgangen. Han fremhever at følgende forhold vil utgjøre myndighetsmisbruk i denne sammenhengen:

- Å forlange motytelser som er uten saklig sammenheng med hovedytelsen.
- Å forlange motytelser som er grovt urimelige overfor medkontrahenten

⁸¹ Se Frihagen 1991 s. 136-137

⁸² Se Frihagen 1989 s. 103.

⁸³ Se Frihagen 1989 s 106.

- Å forlangemotytelser som gjør usakelig forskjell på denne medkontrahenten og andre tilsvarende situasjon.⁸⁴

9.2.4 Oppsummering

Når vi nå har sett nærmere på hvilket innhold de ulike forfattere har lagt i sine standpunkter ser vi at forskjellen mellom standpunktene i realiteten ikke er så stor som man først kan få inntrykk av. I forhold til utbyggingsavtaler er det imidlertid viktig å fremheve en sentral nyansse mellom disse standpunkter. Denne nyansen går på forholdet til de avtalevilkår som klart ligger utenfor rammen av det forvaltningen kan pålegge gjennom sin ensidige kompetanse. Dett er typisk avtalevilkår om sosial infrastruktur. Dersom avtalen kun vil være et moment ved fastsettelsen av kommunens ensidige kompetanse, vil det være vanskelig å akseptere slike vilkår.

I min videre drøftelse av spørsmålet om kommunen kan benytte reguleringskompetansen til å forhandle frem utbyggingsavtaler, hvor den private part påtar seg forpliktelser utover de forhold kommunen kan gi ensidige bestemmelser om, er det således nødvendig å ta stilling til om vilkår i utbyggingsavtaler kan begrunnes i selve avtalen eller om avtalen kun vil være et moment ved fastsettelsen av innholdet i forvaltningens ensidige kompetanse.

9.3 Hensyn

9.3.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg se nærmere på de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til spørsmålet om forvaltningen kan benytte sin reguleringskompetanse til å forhandle frem avtaler med forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge.

Innenfor formuesretten kan den private part i lys av prinsippet om avtalefrihet selv velge om han ønsker å ta på seg aktuelle forpliktelser, såfremt annet ikke fremgår av bindende regler. Spørsmålet jeg skal se på her er om den private part bør ha den samme frihet til å påta seg forpliktelser i utbyggingsavtaler.

⁸⁴ Se Boe 1993 s. 817.

Ved denne vurderingen må jeg se nærmere på om den private part, i lys av bruken av offentlig myndighet som byttemiddel, bør ha det samme vern som når kommunen ensidig pålegger han en forpliktelse.

Videre må jeg se på om, en adgang for den private part til å påta seg forpliktelser utover kommunens ensidige kompetanse, er i strid med de øvrige interesser kommunen skal ivareta etter plan- og bygningsloven.

Denne drøftelsen innebærer en avveining av fleksibilitetshensynet opp i mot legalitetshensynet.

9.3.2 Forholdet til den private medkontrahent

I forhold til den private part, er hovedformålet bak legalitetsprinsippet og læren om overskridelse av forvaltningsmyndighet, å verne individet mot statsmakten. Spørsmålet vi må se nærmere på i denne sammenheng er om den private part har behov for det samme vern når han har påtatt seg forpliktelsene ved avtale.

For å få bygge ut er den private part avhengig av et positivt utfall av reguleringsspørsmålet. Dersom utbyggeren har investert mye i prosjektet vil han ofte ikke ha noe annet valg enn å akseptere kommunens forslag til avtale. At utbygger i en slik situasjon samtykker til vilkåret, trenger ikke bety at utbygger har ønsket å akseptere vilkåret. I slike tilfeller vil samtykke like ofte være uttrykk for det press utbygger har vært under.⁸⁵ I slike situasjoner vil det innebære liten forskjell for utbygger om han er pålagt forpliktelsene gjennom et ensidig forvaltningsvedtak eller om han har påtatt seg forpliktelsene gjennom avtale. Dette taler for at utbygger i disse tilfellene bør ha det samme vern mot overgrep fra statsmakten som han har ved ensidige forvaltningsvedtak.

Utbyggingsavtaler kan imidlertid også bli inngått forut for at utbygger har foretatt store investeringer i prosjektet. Når utbygger ikke har bundet opp store midler vil ha være i

⁸⁵ Disse momentene er fremhevet av Aulstad i forbindelse med avtaler i tilknytning til forurensningsloven. Se Aulstad 2002 s. 250.

en friere posisjon til å foreta reelle valg. Forhandlingen om utbyggingsavtale vil således i større grad ligne alminnelige formuesrettslige avtaleforhandlinger. Etter min mening er det gode grunner som taler for at utbygger i en slik situasjon skal kunne påta seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge. For det første vil utbyggere ofte være store firmaer med god innsikt i de økonomiske og juridiske forutsetninger for den avtalen de inngår, slik at de kan ivareta sine interesser på en god måte.

For det andre kan utbyggere ved å påta seg økonomiske forpliktelser utover det kommunen kunne ha pålagt etter plan- og bygningsloven, få adgang til å bygge utover de begrensninger som til en hver tid ligger i kommunens økonomi. For utbygger vil det å gi et slikt bidrag være mer fordelaktig enn å måtte vente til kommunen har økonomi til å bekoste den nødvendige infrastruktur.

Etter min oppfatning er det, med bakgrunn i at utbyggingsavtaler kan inngås i situasjoner hvor den private part har et reelt valg, ikke grunnlag for at utbygger bør ha det samme vern ved avtaler som ved ensidige forvaltningsvedtak. Det er imidlertid nødvendig å se nærmere på realiteten i den private part sitt samtykke. Dersom utbygger er under sterkt press og samtykke således bærer preg av å være en formalitet, bør den private part på langt vei ha de samme rettsikkerhetsgarantier som han har ved ensidige forvaltningsvedtak.

9.3.3 Forholdet til allmennheten og berørte tredjemenn

Kommunen er etter plan- og bygningsloven også satt til å ivareta interessene til allmennheten og berørte tredjemenn. Dette vil typisk være spørsmål om tilstrekkelig ivaretagelse av miljøet og interessene til berørte naboer. Spørsmålet i denne sammenheng er om kommune fortsatt vil kunne ivareta disse interessene, dersom de kan benytte reguleringsmyndigheten til å forhandle frem avtaler med innhold utover det kommunen ensidig kan pålegge.

På den ene side er det en fare for at kommuner i en vanskelig økonomisk situasjon, lett vil bli fristet av gode tilbud i fra utbygger, og således tilsidesette hensynet til allmenne samfunnsinteresser og andre private parter.

På den annen side vil kommunen få mulighet til å sørge for ivaretagelse av andre behov enn de som først og fremst er prioritert i plan- og bygningsloven. Et aktuelt eksempel er i denne sammenhengen avtalebestemmelser om sosial boligprofil.

Videre vil en slik mulighet, til å benytte avtaler hvor den private part påtar seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge, kunne bidra til at kommuner i en presset økonomisk situasjon i større grad vil kunne få realisert nødvendig utbygging i kommunen. Kommunen og utbygger vil således ha muligheten til å komme frem til fleksible løsninger som vil være til fordel for begge parter.

Det er også nødvendig å se noe nærmere på forholdet til potensielle boligkjøpere. På den ene side er det en fordel for boligkjøpere at en adgang for utbygger til å påta seg forpliktelser utover det som følger av plan- og bygningsloven vil kunne føre til utvidet grad av boligbygging i pressområder. Dette vil kunne gi boligkjøpere et større utvalg av boliger å velge imellom. På den andre side vil det at utbygger påtar seg slike forpliktelser kunne få innvirkning på boligprisen.⁸⁶For boligkjøper vil dette lett kunne føre til en form for ”dobbeltskatning”, han vil ved kjøp av bolig måtte betale for deler av det offentlige tjenestetilbud som han tradisjonelt har betalt for gjennom skatteseddelen. I denne sammenhengen må det imidlertid ikke glemmes at den enkelte boligkjøper foretar et valg ved kjøp av bolig. Det er ikke utenkelig at den enkelte boligkjøper vil være villig til å betale ekstra for å få bolig i et område med et godt utbygd offentlig tjenestetilbud.

⁸⁶ Røsnes har vurdert de ulike prismekanismer som gjør seg gjeldene ved bruk av utbyggingsavtaler med større forpliktelser for utbygger enn det som kan pålegges i medhold av plan- og bygningsloven. Han konkluderer på følgende måte: ”Selv om det kan være vanskelig å påvise direkte prisvirkninger i det enkelte prosjekt, er det klare indikasjoner på at utbyggers tilpasning til den nye situasjonen, samt økte transaksjonskostnader, usikkerhet og risiko som bruk av avtaler fører med seg, virker prisdrivende. Se Røsnes 2002 s. 18.

9.3.4 Oppsummering

Etter min oppfatning må det ved avveiningen av de ulike hensyn legges størst vekt på, at en adgang til at den private part kan påta seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge, vil gi kommunen og utbygger muligheten til å komme frem til en fleksibel løsning. En løsning som vil kunne være til fordel både for kommunen, utbygger og aktuelle boligkjøpere. Faren for berørte tredjemensinteresser vil i stor utstrekning kunne ivaretas gjennom saksbehandlingen.

På bakgrunn av denne gjennomgangen, hvor jeg både har sett nærmere på hensynet til den private medkontrahent og øvrige berørte interesser, bør kommunen ha adgang til å benytte reguleringskompetansen til å forhandle frem avtaler utover det de ensidig kan pålegge gjennom plan- og bygningsloven.

9.4 Rettspraksis

9.4.1 Innledning

Spørsmålet om kommune kan benytte reguleringskompetansen til å forhandle frem utbyggingsavtaler hvor den private part påtar seg forpliktelser utover det kommunen kan gi ensidige bestemmelser om, har ikke vært oppe for Høyesterett. Derimot foreligger fem høyesterettsavgjørelser om det generelle forvaltningsrettslige spørsmål om bruk av diskresjonær kompetanse til å forhandle frem avtaler med innhold utover det forvaltningen ensidig kan pålegge.

Spørsmålet jeg skal ta stilling til i dette kapittelet er i hvilken utstrekning Høyesterett har åpnet for bruk av offentlig myndighet som byttemiddel. Videre vil jeg se på i hvilken grad denne praksisen har betydning i forhold til kommunens bruk av reguleringskompetansen som byttemiddel.

9.4.2 Hydro- dommen Rt. 1915 s. 161

Spørsmålet var for første gang oppe i den såkalte Hydro- dommen publisert i Rt. 1915 s. 161. Norsk Hydro hadde i medhold av lov av 16. mai 1898 § 2 i 1906 fått konsesjon til

å anlegge elektriske kraftledninger. Det var satt som vilkår til tillatelsen at selskapet skulle bekoste omlegging av kraftledningene dersom dette skulle bli nødvendig i forbindelse med anlegging av jernbaneanlegg. Tillatelsen ble senere utvidet i 1909 og 1911. Norsk Hydro anførte at dette vilkåret ikke hadde hjemmel i loven. Høyesterett fant under dissens 4-3 at vilkåret var lovlig. Førstvoterende som i resultat var en del av flertallet, men som i begrunnelse sto alene, begrunnet resultatet med bakgrunn i Norsk Hydros samtykke til vilkåret. Med denne begrunnelsen fant førstvoterende det unødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet om loven i seg selv hjemlet vilkåret.

” Ti selv om det kan ansees tvilsomt, om departementet ensidig kunde oppstille dette vilkaar for koncessionens meddelelse, saa maa det dog under hensyn til de tvil, som unegtelig knytter seg til spørsmålet, i hvert fald kunne være gjenstand for vedtagelse eller godkjendelse fra koncessionssøkerens side, at loven er at forstaa som inneholdende den mer vidtgaende bemyndigelse for departementet med hensyn til avgjørelsen av, hvem der skal betale omkostningerne ved en eventuel flytning eller omlægning.... Ti at dette siste vilkaar i hvert fald man kunne være gjenstand for vedtagelse, finder jeg som bemerket lite tvilsomt, idet der handles forsaavidt om et forhold, som vistnok kan antages at ligge utenfor rammen av de hensyn, loven har ment der burde regnes med, men som ikke kan betegnes som staaende i strid enten med denne specielle lov eller med lovgivningen i sin alminndelighet.”

Førstvoterende legger altså avgjørende vekt på at Norsk Hydro hadde samtykket til vilkåret. Han legger således til grunn at forvaltningens diskresjonære kompetanse kan benyttes til å forhandle frem avtaler hvor den private part påtar seg forpliktelser utover det som forvaltningen ensidig kan pålegge. Det er imidlertid viktig å legge merke to trekk ved førstvoterende sitt votum. For det første legger han avgjørende vekt på samtykke under hensyn til at forståelsen av den aktuelle hjemmelslov er uklar. For det andre fremhever han at vilkåret ikke kan anses å være i strid med denne loven eller lovgivningen for øvrig.

Annenvoterende, med støtte av de to øvrige dommer som tilhørte flertallet, kom frem til at loven ga tilstrekkelig hjemmel for det nevnte vilkår. De kom imidlertid med følgende tilleggsbemerkning:

”Det er efter dette unødvendig for mig at komme ind paa spørgsmaalet om, hvorvidt der her foreligger vedtagelse fra Hydros side av den opstillede betingelse, og om en saadan vedtagelse i tilfælde under alle omstændigheder vilde være bindende for anlægget. Jeg er dog enig med førstvoterende og ekspropriationsretten i, at vedtagelse her foreligger. Jeg vil tilføie, at efter mit skjøn bør en saadan vedtagelse tillægges en viss betydning ved avgjørelsen av spørgsmaalet om, hvorvidt den betingelse, som er vedtat liger indenfor eller utenfor lovens ramme.”

Denne tilleggsbemerkningen slår for det første fast at det ikke tas stilling til om en vedtagelse under alle omstendigheter vil være bindende for Norsk Hydro. Det som sies av annenvoterende er imidlertid at et slikt samtykke må tillegges en viss betydning. I teorien er det fremhevet to ulike tolkningsalternativer i forhold til hva som skal legges i begrepet ”en viss betydning”. Et tolkningsalternativ er at dommerne la til grunn at den private part ved avtale kan påta seg forpliktelser utover det forvaltningen ensidig kan pålegge. Det andre mulige tolkningsalternativ er at samtykket bare bør vektlegges som et moment for at forvaltningen har holdt seg innefor sin kompetanse.⁸⁷ I disse to tolkningsalternativene kjenner vi igjen teoriens to hovedstandpunkter i forhold til spørsmålet om bruk av offentlig myndighet som byttemiddel.

For å ta stilling til hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn, må vi se annenvoterende sin uttalelse i sammenheng med følgende bemerkning fra rettens mindretall:

” Hvorvidt betingelsen nu maa ansees at være vedtat fra Norsk Hydros side, har efter min opfatning ingen avgjørende betydning for saken. Jeg mener nemlig, at selv om en saadan vedtagelse skulde findes at foreligge, hvormom jeg altsaa ikke behøver at uttale mig, vilde den ikke kunne gjøre betingelsen mere gyldig, end den i sig selv er efter det lovsted, som er dens hjemmel. Her handles om grænserne for den Kongen eller et regjeringsdepartement ved positiv lov tillagte beføielse eller myndighet; men det herved av loven bestemte myndighetsomraade kan ikke forandres hverken i utvidende eller i

⁸⁷ Se Bernt 1977 s. 80 og Aulstad 2002 s. 253.

indskrænkende retning gjennom kontraktmessige avtaler eller overhodet gjennom private retshandler. Disse anliggender er overhodet ikke av privatretslig natur og beherskes derfor heller ikke av de for privatretten gjældende normer.”

Mindretallet legger her til grunn at avtalerettslige aksept fra den private part ikke på noen måter vil kunne ha betydning i forhold til hvilke forpliktelser som kan pålegges. Etter min oppfatning er det naturlig å se annenvoterendes tilleggsbemerkning som et svar til rettens mindretall. Et svar som innebærer at den private part sitt samtykke vil kunne ha betydning i forhold til hvilke forpliktelser den private part kan påta seg. Det er imidlertid klart at samtykke vil ha betydning uansett hvilket av de to ovenfor nevnte tolkningsalternativer som legges til grunn. Ved at annenvoterende uttrykker seg vagt ved å si at samtykke kan ha en ”viss betydning” foreligger det etter min oppfatning ikke tiltrekkelige holdepunkter for å legge verken det ene eller det andre tolkningsalternativ til grunn. Etter min mening er det mest naturlig å lese en slik vag uttalelse som et uttrykk for at annenvoterende ikke har ønsket å ta stilling til spørsmålet om i hvilken utstrekning offentlig myndighet kan benyttes som byttmiddel.

Bernt og Aulstad har på den annen side konkludert med at dommen gir holdepunkter for at den private part ved avtale kan påta seg forpliktelser utover det forvaltningen ensidig kan pålegge.⁸⁸

Siden dette er en dissensdom avsagt for snart 90 år siden hvor flertallet tar stilling til betydningen av samtykke i et obiter dictum, er det klart at dommen har en begrenset rettskildemessig betydning. Etter min oppfatning er dommens verdi som rettskildefaktor først og fremst at den åpner for å legge vekt på den private part sitt samtykke.

I forhold til spørsmålet om bruk av reguleringskompetansen som byttmiddel, er det grunn til å bemerke at vurderingen om samtykkets betydning i denne dommen ble foretatt i forhold Norsk Hydro som er en stor og resurssterk aktør. Dette er i samsvar med hensynet om å legge større vekt på samtykke, når det er avgitt av en profesjonell part.

⁸⁸ Se Bernt 1977 s. 80 og Aulstad 2002 s. 253.

9.4.3 Dommen om Kristiania Sporveisselskap Rt. 1931 s. 241

Den neste høyesterettsdommen som berører spørsmålet om bruken av diskresjonær kompetanse til å forhandle frem avtaler hvor den private part påtar seg forpliktelser utover det forvaltningen ensidig kan pålegge, er dommen inntatt i Rt. 1931 s. 241 vedrørende Kristiania Sporveisselskap.

Ved fornyelsen av konsesjon til fortsatt sporvognsdrift i 1905, måtte selskapet akseptere at de ikke skulle angripe den gjeldende betraktning for fastsettelsen av den kommunale ligningen. Betrakningen gikk ut på at den kommunale avgift som ble betalt ikke skulle anses som en driftsutgift, og at selskapet derfor skulle lignedes for det samlede nettooverskudd uten fradrag av avgiften. Selskapet gikk i 1915-16 til sak om ligningens lovlighet i forbindelse med statskatten. Ved Høyesterett sin dom inntatt i Rt. 1924 s. 84 ble ligningsfastsettelsen kjent i strid med skattelovgivningen. Selskapet gikk så til sak mot kommunen for å få kjent også den kommunale ligningsfastsettelsen ugyldig. Høyesterett fant under dissens 6-1 at selskapet var forpliktet i medhold av avgitt erklæring å godta den tidligere praktisering av ligningsfastsettelsen. Dissensen gikk ut på tolkningen av erklæringen. Spørsmålet om kommunen ved konsesjonsbehandlingen hadde adgang til, å avtale en utvidet skattlegging av selskapet, blir ikke spesifikt drøftet av Høyesterett. Vedrørende dette spørsmålet nøyer Høyesterett seg med å vise til følgende i byrettens dom:

”Der kan heller ikke antas at være noget i veien for, at en skattepliktig vedtar en vidregaaende skatteplikt enn skatteloven hjemler, og det ikke blott i tilfeller hvor der kan være tvil om skattepliktens utstrekning.”

Hva kan det så utledes av denne dommen? Det er klart at Høyesterett i dommen går meget langt i å åpne for bruk av offentlig myndighet som byttemiddel. Det er grunn til å bemerke at byrettens uttalelse om det generelle spørsmål går lenger enn det som ble lagt til grunn i Hydro- dommen. Det sies her klart at den private parts samtykke kan legges til grunn selv om vilkåret ikke er hjemlet i den aktuelle lov, og at dette ikke kun gjelder i de tilfeller det foreligger en uklar hjemmelslov.

Rettskildemessig er det en styrke at dommen er enstemmig når det gjelder spørsmålet om betydning av den private parts samtykke. Den rettskildemessige verdien av dommen svekkes imidlertid ved at retten ikke foretar noen reell drøftelse av dette spørsmålet. Videre er dommen kraftig kritisert i den juridiske teori. Bernt har uttalt følgende om dommen:

” Det synes mao. som om kontraktsrettslige synspunkter helt dominerte flertallets vurderinger, det avtalemessige element utslettet etter alt å dømme den forvaltningsrettslige hjemmelproblematikken i saken. Dommen kan tilsynelatende fremtre som en etter våre dagers rettsoppfatning nærmest faglig ”arbeidsulykke” i Høyesterett,..”⁸⁹

I sin vurdering av dommen legger han videre vekt på at dommen etter hans mening egentlig angår et annet spørsmål enn samtykke til et forpliktende vilkår. Han legger til grunn at vilkåret vel så kunne sees på som hjemlet i den kommunale eiendomsretten til veigrunnen som i konsesjonsmyndigheten.⁹⁰

Videre fremheves dommen i Eckhoff/Smith sin 6. utgave som et klart eksempel på at det ble tatt utenforliggende hensyn. Det antas videre at Høyesterett ville kommet frem til et annet resultat dersom saken var blitt reist i dag.⁹¹ I 7. utgave av denne boken modererer imidlertid Eivind Smith denne kritikken noe. I denne nøyer han seg med å påpeke at dommen er et eksempel på et hensyn som i dag nok ville blitt ansett som utenforliggende i henhold til loven.⁹² Også Frihagen har vært kritisk til dommen. Han mener dommen går vel langt i å legge vekt på privatrettslige forpliktelsessynspunkter uten sideblikk på borgernes rettsikkerhetsvern. Frihagen fremhever imidlertid den mulighet at samtykket er gjort i forhold til et mer forretningslignende forhold og legger

⁸⁹ Se Bernt 1977 s. 82.

⁹⁰ Se Bernt 1977 s. 83.

⁹¹ Se Eckhoff/Smith 1997 s. 331.

⁹² Se Eckhoff/Smith 2003 s. 395.

til grunn at dommen således vil være mer akseptabel.⁹³ Aulstad er imidlertid langt mindre kritisk til dommen. Han er enig i at resultatet i dommen er lite rimelig, men finner det vanskelig å godta at et vilkår som Høyesterett med stort flertall godtar skal være utslag av utenforliggende hensyn.⁹⁴

Det er klart at denne dommen går langt i å godta bruk av offentlig myndighet som byttemiddel. Retten bygger i det store å hele på den privatrettslige avtalerett uten å se noe nærmere på grensene for forvaltningens kompetanse. Etter mitt skjønn er det dette poenget man bør feste seg ved når en skal vurdere dommens verdi som rettskildefaktor. Læren om utenforliggende hensyn vil være et element i fastsettelsen av de skranker som i dag gjelder for bruk av offentlig myndighet som byttemiddel. Når det forholdet til utenforliggende hensyn, er jeg på linje med Smiths noe modererte uttalelser. Dette innebærer at jeg ser på dommen som et klart uttrykk for hvilket syn Høyesterett i 1932 hadde på spørsmålet om bruk av offentlig myndighet som byttemiddel, men som jeg kommer tilbake til senere i oppgaven er ikke dette uttrykk for dagens rettstilstand. I forhold til en vurdering etter dagens rettstilstand ville nok dette hensynet blitt ansett som utenforliggende.

I forhold spørsmålet om bruk av reguleringskompetansen som byttemiddel er det grunn til å fremheve at vi også i denne dommen sto overfor en resurssterk privat part, slik at dommen er i samsvar med hensynet om å legge større vekt på samtykke, når det er avgitt av en profesjonell part. Videre var alternativet til å inngå avtalen at selskapet ville miste konsesjonen, noe som for de var mindre gunstig enn at de påtok seg den aktuelle forpliktelse. Retten ivaretok således fleksibilitetshensynet ved å godta en løsning som var hensiktsmessig for begge parter.

9.4.4 Mimi Halvorsen Rt. 1964 s. 209

I Rt. 1964 s. 209 (Mimi Halvorsen) kom spørsmålet om samtykkes betydning igjen opp for Høyesterett. Mimi Halvorsen fikk konsesjon av landbruksdepartementet til

⁹³ Se Frihagen 1991 s. 139.

⁹⁴ Se Aulstad 2002 s 258-259.

ervervelse av et gårdsbruk i medhold av jord- og skogbrukslovene. Konesesjonen ble betinget av at hun avga en erklæring hvor hun forpliktet å selge en del av eiendommen til naboen. Spørsmålet var om dette vilkåret var lovlig. Lagmannsretten la i sin vurdering av dette spørsmålet hovedtyngden på den private part sitt samtykke. En enstemmig Høyesterett fant det imidlertid nødvendig å løse spørsmålet med utgangspunkt i en alminnelig fortolkning av hjemmelsloven:

”Jeg er kommet til samme resultat som lagmannsretten, men finner i motsetning til denne å måtte ta standpunkt til om det konsesjonsvilkår som her er stillet, nemlig at frøken Halvorsen skal avstå 9,6 dekar av Bergløkka, derav 7,9 dekar dyrket jord, ligger innefor rammen av den fullmakt som er gitt forvaltningen i jordkonsesjonsloven § 7.”

Høyesterett fjerner seg imidlertid ikke helt i fra samtykke synspunktet. Ved vurderingen av om det fastsatte vilkår var lovlig, la retten vekt på samtykket og de omstendighetene samtykket ble avgitt under som et ”særlig forhold”:

”Etter dette finner jeg å måtte legge til grunn at det i dette tilfelle var lovlig adgang til i medhold av loven § 7 å sette som betingelse for en jord- og skogkonsesjon at erververen avsto en del av sin eiendom som tilskotts jord til en innenbygdsboende gårdbruker som trengte jorden til sitt gårdsbruk. Hvor langt administrasjonene i sin alminnelighet er berettiget til å gå, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på, idet de særlige forhold som foreligger i vår sak etter min mening i hvert fall hjemler den konsesjonsbetingelse det er tale om. I likhet med lagmannsretten legger jeg her særlig vekt på den faktiske utvikling som førte til konsesjonsbetingelsen og frøken Halvorsen sin erklæring av 14. mai.”

Hva sier så denne dommen om bruk av offentlig myndighet som byttemiddel? Det er klart at Høyesterett i denne dommen tar avstand fra den liberale holdning til samtykke som ble lagt til grunn i Rt. 1931 s. 241. De gir et klart uttrykk for at utgangspunktet for at vurdering av kompetansen til å sette tyngende vilkår ved et begunstigende vedtak, må tas i den aktuelle hjemmelslov. Det åpnes imidlertid for at samtykke i visse tilfeller kan virke utvidende på kompetansen. Høyesterett understreker imidlertid at samtykket ikke kan sees isolert. For det første blir det foretatt en forholdsvis grundig analyse av

jordloven § 7. På denne måten understreker retten at vilkåret må ha en stor grad av nærhet til de vilkår som kan fastsettes ensidig ut ifra hjemmelsloven. For det andre fremheves det at samtykket her ble inngått under særlige omstendigheter. Det ble lagt vekt på at fylkeslandbruksstyret avsto fra å bruke sin forkjøpsrett etter jordlovens kap. IV. Forvaltningens fremgangsmåte ved forhandlingen av vilkåret ble også vektlagt som et moment for å godkjenne vilkåret. Spørsmålet om frivillig avståelse av eiendom ble tatt opp etter en fremgangsmåte som helt ut var i samsvar med jordloven. Videre ble det av retten fremhevet at disse forhandlingene ble ført i god tone og at den private part hadde stilt seg imøtekommende i henhold til vilkåret. Avslutningsvis ble det vektlagt at den private part ville oppnå full erstatning for eiendom avståelsen.

Etter mitt skjønn gir avgjørelsen holdepunkter for at offentlig myndighet kan benyttes som byttemiddel, slik at den private part kan påta seg forpliktelser utover de forhold forvaltningen kan gi ensidige bestemmelser om. For meg er det avgjørende at retten ved godtakelsen av avtalen legger avgjørende vekt på samtykket og forholdene omkring dette. Det er imidlertid klart at denne avgjørelsen åpner for en snevrere adgang til å benytte offentlig myndighet som byttemiddel enn Rt. 1931 s. 241 (Kristiania Sporveisselskap). I den juridiske teori er det imidlertid uenighet om dommen kan tas til inntekt for en slik bruk av offentlig myndighet som byttemiddel.⁹⁵

Rettskildemessig må det legges vekt på at avgjørelsen er enstemmig. Videre er det av betydning at avgjørelsen er av langt nyere dato enn dommene referert ovenfor.

I forhold til bruk av reguleringsmyndigheten som byttemiddel er det grunn til å bemerke at samtykket i dette tilfellet var gitt av en uprofesjonell part. Videre fremhevet retten forholdene samtykket ble avgitt under. Det er således holdepunkter for at retten legger større vekt på samtykket når den private part aktivt har medvirket i avtaleprosessen.⁹⁶ Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at også denne dommen er i

⁹⁵ Se i denne sammenheng Aulstad 2002 s. 261 og Bernt 1977 s. 90-91.

⁹⁶ Se i denne sammenheng Bernt 1977 s. 90-91.

samsvar med fleksibilitetshensynet, ved at avtalen fremsto som alternativ til et mer inngripende vedtak overfor den private part.

9.4.5 Drosjedommen Rt. 1979 s. 994

Den neste høyesterettsdommen som berører dette temaet er den såkalte drosje- dommen i Rt. 1979 s.994. En av tre drosjeeiere som var tilsluttet en drosjesentral, søkte om å bli fritatt for tilslutningsplikten med bakgrunn i at han samarbeidet dårlig med de øvrige drosjeeierne tilsluttet sentralen. Drosjeeieren var på dette tidspunkt nesten 68 år. Søknaden ble innvilget med vilkår om at han skulle frasi seg drosjeløyvet ved fylte 70 år. Retten fant med denne begrunnelsen at vilkåret var i strid med loven:

”Jeg er enig med lagmannsretten – flertallet - i at løyveutvalgets vedtak av 9. oktober 1971 var ugyldig for så vidt angår betingelsen om at Endresen etter fylte 70 år skulle frasi seg drosjeløyvet. Endresen hadde ikke samtykket i eller på annen måte avtalemessig bundet seg til å gi avkall på sitt drosjeløyve mer enn tre år før det løp ut. Løyveutvalget hadde ingen hjemmel i lov for å sette dette vilkåret, og må da i denne sak anses avskåret fra å oppstille en betingelse av slik art og så dyptgripende innhold. Jeg finner heller ikke at Endresen kan sies å ha akseptert betingelsen ved at han unnlot å påklage den, men benyttet seg av fritaket for å stå tilsluttet drosjesentralen.”

Det interessante ved denne dommen er at retten viser til samtykke som et grunnlag som kunne ha utvidet kompetansen. Dette følger av at retten i sin begrunnelse for at vedtaket er ugyldig, viser til at drosjeeieren ikke har samtykket eller på annen måte avtalemessig bundet seg til å gi avkall på sitt drosjeløyve. En naturlig språklig forståelse av dette utsagnet er at dersom drosjeeieren på avtalemessig grunnlag hadde akseptert vilkåret, så kunne dette gitt tilstrekkelig hjemmel for vilkåret.

Etter min oppfatning må imidlertid denne dommen kun ilegges begrenset rettskildemessig betydning i forhold til spørsmålet om bruk av offentlig myndighet som byttmiddel. For det første foreligger det ikke noe samtykke i fra den private part i dette tilfellet. Retten fikk således ikke mulighet til å ta et endelig standpunkt til hvilken betydning den private parts sitt samtykke kunne tillegges. For det andre foretar ikke

retten noen reell drøftelse av hvilken betydning den private parts samtykke kan ha. For det tredje hadde det offentlige prosedert på at drosjeeieren hadde samtykket til vilkåret, slik at retten i lys av det offentliges prosedyre bare kan ha ønsket å få frem at det ikke forelå en direkte aksept eller avtale. Frihagen fremhever på denne bakgrunn, til tross for den litt sterke uttrykksmåten, henvisningen til den manglende aksept som etter mindre tilleggsargument.⁹⁷

9.4.6 Rt 2003 s. 764

Høyesterett trakk videre inn betydningen av samtykke i Rt. 2003 s. 764. Høyesterett stod i denne saken overfor spørsmålet om det som vilkår for dispensasjon fra reguleringsplan, kunne pålegges utbyggeren av en forretningseiendom å bekoste gang- og sykkelvei som er del av et overordnet sykkelveinett i tilknytning til riksvei. Utbyggeren prosjekterte sykkelveinettet i samarbeid med statens veivesen, som godkjente planene. Utbyggeren sørget videre for bygging av sykkelveinettet, for så å kreve refusjon av sine utgifter i fra både staten og kommunen.

For å forstå Høyesterett sin argumentasjon er det nødvendig å se nærmere på sakens faktiske sider. Spørsmålet ble aktuelt ved at utbyggeren skulle anlegge et parkeringshus i forbindelse med forretningseiendommen. Byggesøknaden nødvendiggjorde to dispensasjoner i fra gjeldende reguleringsplan. Videre ble det nødvendig å foreta en endring av traseen for gang og sykkelvei. Statens vegvesen Akershus ble koblet inn i forbindelse med valg av trase og utforming av gang- og sykkelveien. Statens Vegvesen gjorde det tidlig klart for utbygger at de kunne kreve at området ble regulert på ny i forbindelse med anleggelse av sykkelveinett. I denne prosessen ble det på det sterkeste fremhevet av utbygger at en ny regulering ikke var ønskelig, da dette ville medføre store forsinkelser og kostnader for ham. Dette ble løst ved at kommunen stilte vilkår om opparbeidelse av gang- og sykkelvei ved dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 og ved at reguleringsplanen ble endret som en mindre vesentlig endring etter plan- og bygningsloven § 28-1 nr. 2.

⁹⁷ Se frihagen 1991 s. 322. Aulstad legger imidlertid til grunn at dommen gir en solid forankring for at samtykke ifra den private part kan utvide forvaltningens vilkårskompetanse. Se Aulstad 2002 s. 263.

Høyesterett konkretiserte det rettslige spørsmålet på følgende måte:

”Spørsmålet er derfor i sin rene form om alene det at reguleringsplanen ikke lenger kan sies å ha noen tilfredsstillende løsning for fotgjengere og syklist, er et tilstrekkelig forhold til å knytte vilkåret om gang- og sykkelvei til dispensasjonssøknaden, uten hensyn til om det er selve dispensasjonsforholdet som påvirker gjennomføringen av den opprinnelige gangvei.”

Høyesterett påbegynner den rettslige vurderingen av dette spørsmålet med å uttale at mye taler for at spørsmålet ovenfor skal besvares bekreftende. Høyesterett legger til grunn at planens opprinnelige svakheter i forhold til gang og sykkelvei taler for at det burde utarbeides en ny plan. De fremhever imidlertid at dersom de aktuelle endringer forøvrig ikke er større en at forholdet for øvrig kunne behandles som dispensasjon etter § 7, eventuelt også som mindre vesentlig endring etter § 28-1 nr. 2, taler gode grunner for å ikke gjøre vedtakelse av endringene mer tungvint og tidkrevende enn nødvendig. Retten så det altså slik at den dispensasjonen som ble gitt, i realiteten trådte istedenfor en ny reguleringsplan. Retten finner imidlertid ikke grunn til å ta noe endelig standpunkt til dette spørsmålet om det aktuelle vilkåret kunne hjemles i plan- og bygningsloven § 7. Retten begrunner dette på følgende måte:

”Slik jeg ser det, må det nemlig være avgjørende for gyldigheten av vilkåret for gang- og sykkelvei at valg av fremgangsmåte i vår sak - dispensasjon og endring etter § 28-1 nr. 2 i stedet for ny reguleringsplan - skjedde med samtykke av, og i betydelig grad av hensyn til, Løvenskiold.”

Etter å ha uttalt at de legger avgjørende vekt på den private part sitt samtykke samt at den valgte løsning ble valgt av hensyn til den private parten, ser retten nærmere på spørsmålet om det skulle vært foretatt en omregulering av området. Under vurderingen av dette spørsmålet legger de vekt på at den raskere og mer smidige behandlingsmåten som ligger i en endring av reguleringsplanen etter § 28-1 nr. 2, var avhengig av at alle de berørte parter samtykket i det vedtak kommunen skulle fatte. Retten legger videre vekt på at utbygger hadde understreket at utarbeidelse av ny plan ikke ville vært

akseptabelt. De fremhever også at en slik forsinkelse ville påført den ankende part store kostnader i forhold til allerede inngåtte utbyggingskontrakter. Med dette som bakgrunn uttaler retten:

”På denne bakgrunn mener jeg at valg av den forenklete fremgangsmåte, som direkte tjente Løvenskiolds interesser, bør aksepteres, og at dette også må føre til at vilkåret om anlegg og bekostning av ny gang- og sykkelvei er gyldig, selv om det skulle ligge i ytterkant av hvilke vilkår som kan stilles i en slik forenklet saksbehandling. Forholdet har her en parallell i Rt-1964-209, hvor jeg finner klar støtte for resultatet.”

Utbygger reiste som en innvending mot dette synet at han aldri hadde samtykket i å bære de økonomiske utgiftene ved veiutbyggingen. Høyesterett foretar i henhold til dette spørsmålet en konkret vurdering av den korrespondanse som hadde foregått mellom partene. Med bakgrunn i denne finner de at utbygger i alle fall burde regnet med at de selv måtte bære de økonomiske utgiftene. Videre fremhever de at uklarhet på dette punkt må slå tilbake på utbygger ved at de ikke sørget for å foreta en avklaring av forholdet.

Høyesterett tar videre stilling til utbyggers anførsler om at vedtaket er ugyldig som uforholdsmessig tyngende og at avtalen er et resultat av utilbørlig press.

Anførselen om uforholdsmessighet blir tilbakevist med en tredelt begrunnelse. For det første er det vanlig å pålegge utbyggere å dekke veier som blir nødvendige på grunn av utbyggingen. For det andre er kostnadene det her er snakk om ikke forholdsmessig så store at det taler for at vilkåret skal ansees utilbørlig. Veiutbyggingen var i dette tilfelle brummet til 3-4 millioner, mens den totale kostnadsrammen for hele utbyggningsprosjektet var på ca. 100 millioner. Avslutningsvis legges det vekt på at utbygger ikke har klaget eller på annen måte protestert på vilkåret under behandlingen av dette.

Anførselen om bruk av utilbørlig press er koblet til det faktum at veimyndighetene truet med full omregulering for å få igjennom sine krav i henhold til valg av trase og utførelse av gang og sykkelveien. Høyesterett tilbakeviser dette med å vise til at

veimyndighetenes opplysning var et uttrykk for hva som faktisk kom til å skje dersom veimyndighetenes krav ikke ble akseptert.

Hvilke føringer på rettstilstanden legger så Høyesterett med denne dommen? Rettens premisser kan oppfattes som noe uklare i forhold til spørsmålet om betydningen av den private part sitt samtykke.

For det første uttaler retten at de ikke finner grunn til å ta et endelig standpunkt til om plan- og bygningsloven gir hjemmel til å stille det omstridte vilkår, da det avgjørende etter rettens syn er den private part sitt samtykke og de forhold dette ble avgitt under. Dette taler for at retten ser for seg at den private part ved avtale kan påta seg forpliktelser utover det forvaltningen ensidig kan pålegge, slik at det ikke er nødvendig å ta stilling til om vilkåret er innefor den ensidige vilkårskompetanse, når et slikt samtykke foreligger.

For det andre uttaler retten at vilkårene må aksepteres selv om de skulle ligge i ytterkant av hvilke vilkår som kan stilles i en slik forenklet saksbehandling. Spørsmålet som i denne sammenhengen reiser seg, er hvilken betydning retten legger i bruken av ordet ”ytterkant”. En mulig tolkning av bruken av ordet ”ytterkant” er at vilkåret må ligge innenfor ytterkanten av den ensidige vilkårskompetansen. Videre kan man se rettens henvisning til at vilkåret ligger i ytterkant av den ensidige vilkårskompetanse som et alminnelig krav for at den private part sitt samtykke skal kunne ilegges betydning. Ser man rettens premisser i sammenheng, kan ingen av de to ovenfor nevnte tolkningsalternativer medføre riktighet. Det klart at retten legger avgjørende vekt på den private part sitt samtykke uten å ta stilling til det konkrete lovtolkningsspørsmål, noe retten ikke ville kunne gjort dersom den ensidige vilkårskompetanse utgjorde den absolutte ytterkant. Videre er det naturlig å se rettens henvisning til ytterkanten av den ensidige vilkårskompetanse som en henvisning til den tidligere drøftelse av denne, hvor de uttaler at ”mye taler for at det bør være slik” at det aktuelle vilkår kan stilles. Dette gir etter mitt skjønn ikke gir tilstrekkelig holdepunkter for å legge til grunn at Høyesterett oppstiller et generelt krav om at vilkåret må ligge i ytterkant av den ensidige vilkårskompetanse for at samtykke kan ilegges betydning.

Etter mitt skjønn taler således de beste grunner for å forstå Høyesterett slik at de åpner for at forvatningens kompetanse kan utvides i lys av den private part samtykke. Det er imidlertid grunn til å understreke at retten ved å foreta en grundig vurdering av de aktuelle regler i plan- og bygningsloven, og med å visse til at det aktuelle vilkår ligger i ytterkant av hva som ensidig kan fastsettes, legger opp til at vilkåret må ha en saklig tilknytning til den aktuelle kompetanselov. Dommen har således klare likhetstrekk med Rt. 1964 s. 209 (Mimi Halvorsen), noe som også understrekes ved at retten selv viser til denne dommen som en parallell avgjørelse.

Høyesterett går imidlertid lenger enn de øvrige avgjørelser med å ta stilling hvilke øvrige skranker enn saklighetskrav som kan stilles i forhold til innholdet av denne typen av vilkår. Retten til grunn at det også må settes krav til forholdsmessigheten av vilkåret..

Hvilken betydning har så denne dommen i forhold til spørsmålet om kommunen kan benytte reguleringskompetansen til å forhandle frem utbyggingsavtaler, hvor utbygger påtar seg forpliktelser utover de forhold kommunen kan gi ensidige bestemmelser om? Det er klart at denne dommen må ilegges betydelig vekt ved løsningen av dette spørsmålet. For det første er dommen enstemmig og av ny dato. For det andre har ligger de rettslige problemstillinger som reises i dommen nært opp til de problemstillinger som reises i tilknytning til de kommunale utbyggingsavtaler. Kommunen har etter dispensasjonsregelen i plan- og bygningsloven § 7, som ved adgangen til å vedta reguleringsplan etter loven § 27-2 diskresjonær kompetanse. I begge tilfeller er det således et spørsmål om bruk av diskresjonær kompetanse etter plan- og bygningsloven som byttemiddel. For det tredje står vi i denne dommen overfor en profesjonell part. Videre er dommen i samsvar med de tidligere avgjørelser som åpner for bruk av offentlig myndighet som byttemiddel, der alternativet fremstår for den private part som mindre gunstig enn å inngå den aktuelle avtale.

Når denne dommen skal benyttes i forhold til den rettslige vurdering av dagens utbyggingsavtaler, er det grunn til å bemerke at utbygger i dette tilfellet var stilt i en vanskelig situasjon. Utbyggingen var allerede i gang og utbygger hadde allerede inngått kontrakter i forhold til denne utbyggingen, slik at utbygger var i en økonomisk pressituasjon. Det er videre grunn til å bemerke at samtykket i denne saken ikke var

fremforhandlet under forhold hvor det var klart at den private part stilte seg imøtekommende slik som i Rt. 1964 s. 209 (Mimi Halvorsen). I denne saken bestred derimot utbyggeren at han hadde samtykket til vilkåret, mens retten løste spørsmålet til hans ugunst ved hjelp av ukklarhetsregelen.

9.5 Praksis fra Sivilombudsmannen

Ved analysen av spørsmålet om kommunen kan benytte reguleringskompetansen til å forhandle frem utbyggingsavtaler, hvor den private part påtar seg forpliktelser utover de forhold kommunen kan gi ensidige bestemmelser om, er det også grunn til å se nærmere på et par uttalelser i fra Sivilombudsmannen.

Den første uttalelsen vi her skal se på finner vi i årsmeldingen for 1989 på side 105. Ombudsmannen hadde i denne saken tatt stilling til lovligheten av to avtalevilkår. For det første stilte avtalen krav til at utbygger skulle bidra til opparbeidelse av teknisk infrastruktur utover kravene i plan- og bygningsloven. For det andre var det avtalt kommunal overtakelse av friområder.

Saksforholdet for sivilombudsmannen var at et større område nær en by var regulert til boligbygging. Klager var eier av størsteparten av dette området. Kommunene ønsket selv å utbygge området med mindre eieren ønsket å inngå en utbyggningsavtale, der han måtte godta større forpliktelser enn det som kunne pålegges ham i medhold av plan- og bygningsloven. Det ble brudd i forhandlingene mellom partene og kommunen reiste ekspropriasjonssak for selv å foreta utbygning av området. Under denne saken godtok klager kommunens krav og det ble inngått en utbyggningsavtale. Han klaget senere vilkårenes lovlighet innfor sivilombudsmannen.

Sivilombudsmannen fant at vilkårene var lovlige. Han fremhevet at han hadde stor sympati for den betraktning at avtalevilkårene ikke kan gå utenfor loven rammer, med mindre utbygger på sin side gis et særskilt vederlag. Han slo imidlertid fast at en slik grensetrekning ikke har klar forankring i gjeldende rett. Ombudsmannen slår for det første fast at i dette tilfellet som ellers vil tvil om rettsgrunnlaget kunne oppveies av samtykke, forutsatt at den private part er klar over sin rettslige stilling og av fri vilje går

inn i avtaleforholdet. Det er imidlertid ikke et slikt tilfelle vi står overfor her, i denne saken hadde klageren påtatt seg større forpliktelser enn det som kunne vært pålagt ham etter plan- og bygningsloven. Det var videre klart at kommunene ikke hadde ytet annen kompensasjon for dette enn økning i tomteantallet og avkall på selv å foreta utbygningen. Ombudsmannen begrunner lovligheten av vilkårene med omstendighetene omkring avtaleinngåelsen. Han la ikke skjul på at avtalen var inngått under et visst press, men la vekt på at ekspropriasjon under hele prosessen hadde fremstått som et reelt alternativ og at dette ikke ble brukt som et påskudd for å fremtvinge særlige avtalefordeler. Det ble videre lagt vekt på at kommunen ønske om å selv ta hånd om utbygningen ved å sikre seg området via ekspropriasjon ikke kunne karakteriseres som usaklig. Avslutningsvis ble det lagt vekt på at klager som var eiendomsmegler ikke var noen svak avtalemotpart og at han kjente konsekvensene av den avtalen han hadde inngått. Denne uttalelsen fremstår som et klart eksempel på bruk av diskresjonær kompetanse til å inngå avtaler med forpliktelser utover det forvaltningen ensidig kan pålegge.

Hvilken betydning kan så denne uttalelsen tillegges i forhold til spørsmålet om bruk av reguleringskompetansen som byttemiddel? Etter min mening må denne uttalelsen tillegges vekt som rettskildefaktor ved avgjørelsen av dette spørsmålet.⁹⁸ For det første gjelder uttalelsen bruk av diskresjonær kompetanse etter plan- og bygningsloven for å inngå utbyggingsavtale. For det andre er uttalelsen i samsvar med rettspraksis når det fremheves at avtalen for den private part fremsto som et bedre alternativ enn ekspropriasjon. Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at den private part i dette tilfellet var eiendomsmegler og således innehar profesjonell kompetanse.

Spørsmålet om bruk av offentlig myndighet som byttemiddel ved offentlige tillatelser er også kommentert i ombudsmannens årsmelding for 1993 på side 253. Klager hadde i denne inngått avtale med kommunen om økonomisk kompensasjon for å få avkjøringstillatelse til tilstøtende veg. Kommunen ønsket kompensasjon fordi veien ikke lenger ville være avkjørselsfri. Sivilombudsmannen slo fast at dette ikke utgjorde noe grunnlag for refusjon etter plan- og bygningsloven, slik at avtalen ikke fremsto som

⁹⁸ Generelt om bruk av sivilombudsmannsavgjørelser som rettskildefaktorer se kap. 2.

alternativ til refusjonsreglene. Videre fastslå Sivilombudsmannen at kommunen ikke kunne stille vilkår om kompensasjon med hjemmel i den alminnelige vilkårs lære. Avtalens innhold lå således utenfor rammene av det kommune ensidig kunne pålegge.

Når det gjaldt det spørsmålet om den private part ved avtale kunne forplikte seg til å betale refusjon ble følgende uttal:

”Det rettslige utgangspunkt må være at myndighetene ikke ved avtale kan presse vedkommende borger til tåle eller påta seg byrder som det ikke er uttrykkelig lovhjemmel for å kreve. Er situasjonen at kommunene ikke kan oppnå slik kompensasjon lovens vei, vil dette være et tungtveiende moment mot å godta avtalen.”

Etter dette utsagnet konkluderte ombudsmannen med at avtalen var inngått på sviktende premisser vedrørende den rettslige situasjonen, og etter hans oppfatning måtte anses ugyldig.

Hvilken betydning har så denne uttalelsen i forhold til spørsmålet om bruk av reguleringskompetansen som byttmiddel ved inngåelsen av utbyggingsavtaler. Denne uttalelsen er for det første illustrerende for at det må legges vekt på den reelle frivillighet i den private part sitt samtykke. Den private part hadde i denne saken følt det nødvendig å inngå den aktuelle avtalen for i det hele tatt å få behandlet saken. Når Sivilombudsmannen på denne måten legger vekt på det press den private part var utsatt for, er det grunn til å bemerke at det i dette tilfellet var snakk om en uprofesjonell part.

9.6 Avtalepraksis

I dette kapitlet skal jeg se nærmere på hvilken betydning den foreliggende avtalepraksis har for spørsmålet om bruken av reguleringskompetansen som byttmiddel.⁹⁹

⁹⁹ Generelt om avtalepraksis som rettskildefaktor se kap. 2.

Som nevnt innledningsvis har vi langvarig praksis med bruk av utbyggingsavtaler. De tradisjonelle utbyggingsavtalene er benyttet siden 60-tallet. I forhold til spørsmålet om den private part gjennom avtale kan påta seg større forpliktelser enn forvaltningen ensidig kan pålegge, er denne praksisen særlig interessant i forhold til bestemmelser om sosial boligprofil og ekstra bidrag til teknisk infrastruktur.

Bestemmelser om sosial boligprofil og ekstra bidrag til teknisk infrastruktur har vært utbredt helt i fra de første utbyggingsavtaler. I de tidligere refererte forarbeidene til bygningsloven av 1965 kommenterte lovgiver forholdet til avtaler om teknisk infrastruktur.¹⁰⁰ I disse forarbeidene fremhever lovgiver at de er klar over praksisen med at utbygger i disse avtalene påtar seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan gi pålegg om, og at de ikke har ønske å regulere denne praksis. Et slikt standpunkt i fra lovgiver må vektlegges i forhold til den rettskildemessige verdien av denne praksisen.

Bruken av utbyggingsavtaler med bestemmelser med sosial boligprofil og økt bidrag til teknisk infrastruktur må også anses som kjent for lovgiver ved behandlingen av plan- og bygningsloven av 1985. Med bakgrunn i at bruken av utbyggingsavtaler med slike bestemmelser på dette tidspunktet ikke var ubetydelig og hadde vært forholdsvis langvarig, må det i en viss grad vektlegges, at plan- og bygningsloven ikke gir noen holdepunkter for at lovgiver har ønsket å endre denne praksisen.

Utbyggingsavtaler med avtalevilkår om blant annet bidrag til sosial infrastruktur, avståelse av grunn til kommunale formål, boligsalg til kommunen på spesielle vilkår, har i praksis vokst frem i de senere år. Selv om slike avtalevilkår ikke var helt ukjent tidligere, er det en markert økning i bruken. Denne praksisen har i stor grad vært sentrert til pressområder for boligbygging, spesielt i kommunene rundt Oslo.¹⁰¹

Rettskildemessig må det legges vekt på at denne praksisen er forholdsvis ny. Videre er det grunn til å legge vekt på at praksisen stort sett er geografisk begrenset til sentrale strøk. Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at lovgiver ikke kan sies å ha gitt

¹⁰⁰ Se Ot. prp. nr. 1 1964-65 s. 110.

¹⁰¹ Se Rundskriv H-5/02 s. 2 og 5.

inntrykk av at denne praksis skulle være akseptabel. Det kan i denne sammenheng vises til det lovgivningsarbeidet som pågår i forholdet til disse avtalene. Disse forholdene tilsier at den foreliggende avtalepraksis i forhold til moderne utbyggingsavtaler har en svært begrenset verdi som rettskildefaktor.

9.7 Oppsummering og konklusjon

Spørsmålet jeg har tatt stilling til ovenfor er om kommunen kan benytte reguleringskompetansen til å forhandle frem utbyggingsavtaler, hvor den private part påtar seg forpliktelser utover de forhold kommunen kan gi ensidige bestemmelser om.

Gjennomgangen av det foreliggende rettskildematerialet har vist at det kan legges vekt på den private parts samtykke. Det er imidlertid nødvendig å ta stilling til samtykke kun vil ha betydning som et moment ved fastsettelsen av kommunens kompetanse, eller om utbyggingsavtalen i seg selv vil være grunnlag for at utbygger kan påta seg forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge.¹⁰²

Det er klart at når en skal fastlegge rettstilstanden på dette området, må Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2003 s. 764 tillegges betydelig vekt. Da retten i denne dommen legger avgjørende vekt på den private parts samtykke og ingen av de øvrige høyesterettsavgjørelser utelukker at samtykke kan ha betydning for fastsettelsen av forvaltningens kompetanse til å gi vilkår, er det min oppfatning at Høyesterett åpner for at forvaltningen ved avtale kan pålegge den private part større forpliktelser enn gjennom ensidig bruk av offentlig myndighet.

Når det gjelder utbyggingsavtaler må det også legges vekt på at det foreligger en lang og utbredt praksis i bruk av avtaler som pålegger større forpliktelser enn det som ensidig kan pålegges gjennom bruk av ensidig offentlig myndighet. En praksis som forarbeidene til den tidligere bygningslov av 1965, samt sivilombudsmannen i sin avgjørelse fra 1989 s. 95 åpner for.

¹⁰² Når det gjelder betydningen av dette spørsmålet vises det til gjennomgangen av hovedstandpunktene i juridisk teori.

Videre er det grunn til å legge vekt på man ved å åpne for bruk av utbyggingsavtaler med videre forpliktelser, tilgodeser den avveining som ved disse avtalene må foretas mellom fleksibilitetshensynet og legalitetshensynet. Utbyggingsavtaler inngås med profesjonelle private utbyggere som har den nødvendige kunnskap til å vurdere forutsetningene for og konsekvensene av de avtaler de inngår.

Avslutningsvis er det grunn til å legge vekt på at de juridiske teoretikere som har uttalt seg konkret om hvilke forpliktelser som kan inntas i en utbyggingsavtale har åpnet for at utbygger kan påta seg noe større forpliktelser i disse avtalene enn det kommunene ensidig vil kunne pålegge gjennom bruk av sin offentlige myndighet.¹⁰³

På bakgrunn av det ovenstående rettskildemateriale er det klart at det er adgang til å inngå utbyggingsavtaler med videre forpliktelser enn det kommunen ensidig kunne ha pålagt utbygger. Den private parts privatrettslige aksept kan således tillegges en selvstendig betydning.

Det neste spørsmålet vi må se på er hvilke holdepunkter det foreliggende rettskildematerialet gir for vurderingen av i hvilken utstrekning utbygger ved avtale kan påta seg forpliktelser utover det forvaltningen ensidig kan pålegge ham.

Som det fremgår ovenfor er det i Rt. 1931 s. 241 at Høyesterett har gått lengst i å vektlegge den private parts samtykke. Det er klart at det i den øvrige høyesterettspraksis ikke finnes holdepunkter for en så vidtgående utvidelse av forvaltningens kompetanse som det ble lagt til grunn i denne dommen. Det er kun i denne dommen det foreligger en klar uttalelse på at det ikke er nødvendig å sen hen til nærheten til de bestemmelser forvaltningen ensidig kan pålegge. Både i Rt. 1964 s. 209 (Mimi-Halvorsen) og i 2003 dommen legges det opp til stor grad av nærhet til de vilkår kommunene ensidig kan fastsette i medhold av sin offentlige myndighet. Etter mitt skjønn er det imidlertid ikke tilstrekkelige holdepunkter for at disse avgjørelsene utgjør yttergrensen for bruk av offentlig myndighet som byttemiddel. For det første er begge disse dommene eksempel

¹⁰³ Se Eckhoff/Smith 2003 s. 394-395 og Frihagen 1989 s. 103.

på at Høyesterett godtar den foreliggende avtale. Samtidig har vi ikke noen høyesterettsavgjørelser som konkluderer med at forvaltningen har gått utenfor sin kompetanse i bruk av offentlig myndighet som byttemiddel.

For det andre kan det tenkes tilfeller hvor hensynene bak bruk av offentlig myndighet som byttemiddel gjør seg gjeldende på andre måter. I Rt 1964 s. 209 (Mimi-Halvorsen) ble avtalen gjort med en privatperson slik legalitetshensynet i stor grad gjorde seg gjeldende. Videre befant utbyggeren i Rt. 2003 s. 764 seg i en presset situasjon, slik at de reelle hensyn bak bruken av diskresjonær kompetanse som byttemiddel, tilsa forsiktighet med å avtale forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge. Utbyggingsavtaler inngås med store profesjonelle parter som avtalemotpart for kommunen. Videre kan utbyggingsavtaler inngås på stadier i avtaleprosessen hvor utbygger ikke er i en slik presset situasjon som i 2003 dommen. I tilfeller hvor utbygger ikke har foretatt store investeringer i det aktuelle prosjekt og avtalen således i større grad er utslag av et frivillig samtykke, er det etter min oppfatning også slik at han kan påta seg større forpliktelser i en avtale med kommunen.

Etter mitt skjønn må det imidlertid med bakgrunn i Rt. 1964 s. 209 (Mimi Halvorsen) og 2003 dommen legges til grunn, at de aktuelle avtalevilkår må stå i saklig sammenheng med den aktuelle kompetanselov og må være konkret begrunnet i de aktuelle behov.. Noe som også støttes av legalitetshensynet og hensynet til alminnelige offentlige interesser. Det kan i denne sammenheng vises til at så vel rundskrivet som den juridiske teori stiller krav til vilkårets saklighet.¹⁰⁴

Sentrale elementer ved fastsettelsen av saklighetskravet ved bruk av reguleringskompetansen som byttemiddel, vil for det første være de hensyn kommunen kan ta i betraktning ved den kommunale behandling av reguleringsspørsmålet etter plan- og bygningsloven § 27-2, da denne bestemmelsen er det rettslige utgangspunktet for bruken av reguleringskompetansen som byttemiddel. Videre vil det i saklighetsvurderingen være relevant å se på avtalevilkårets nærhet, til de vilkår som kan fastsettes i lys av kommunens ensidige kompetanse. Det kan også legges vekt på om

¹⁰⁴ Se Rundskriv H-5/02 s. 11-12 og Eckhoff/Smith 2003 s. 394-395 og Frihagen 1989 s. 103.

avtalevilkåret fremmer lovens formål. Nedenfor vil jeg redegjøre nærmere for dette saklighetskravet, ved å se nærmere på aktuelle typer av avtalevilkår.

I tilknytning til kravet om saklig sammenheng er det naturlig å nevne grensen mot lex superiorprinsippet. Dette prinsippet medfører at det er ulovlig å avtale vilkår som strider mot den aktuelle kompetanselov eller øvrig lovgivning. Denne skranken følger av alminnelige tolkningsprinsipper og er eksplisitt stilt opp i Rt. 1915 s. 161 (Hydrodommen).

Det følger videre av Rt. 2003 s. 764 at det må ses på avtalevilkårets forholdsmessighet. Avtalevilkårets saklighet og forholdsmessighet er imidlertid ikke absolutte størrelser, men momenter i en helhetsvurdering. I denne helhetsvurderingen fremgår det av rettskildematerialet at det blant annet vil kunne være viktig å legge vekt på om avtalen gagnar den private part i forhold til det alternative myndighetsvedtak. For det andre legges det vekt på partenes forutsetninger. Det må legges til grunn at adgangen til å avtale vilkår utenfor vilkårskompetansen er større der en står overfor ressurssterke parter. Videre kan det legges vekt på ulike forhold ved den aktuelle avtaleinngåelse. Adgangen vil kunne være større der partene har hatt en åpen og ærlig dialog forut for avtaleinngåelsen. Se i denne sammenheng Rt. 1964 s 209 (Mimi Halvorsen). Videre må det i en slik helhetsvurdering kunne legges vekt på den foreliggende avtalepraksis.

Videre følger det av Rt. 2003 s. 764 med støtte i det øvrige rettskildematerialet at myndighetene ikke må gå frem på en utilbørlig måte ved forhandlingene om de aktuelle vilkår. Høyesterett gjorde det imidlertid klart i Rt. 2003 s. 764 at det ikke er utilbørlig å opplyse om hva som vil skje, dersom en avtale ikke blir inngått.

Avtalen kan også tenkes å bli rammet av den ulovfestede læren om urimelige myndighetsutøvelse. Videre vil avtaleloven § 36 kunne komme inn som et supplerende element ved den rettslige vurderingen av utbyggingsavtaler.

10 Nærmere om lovligheten av vilkår i dagens utbyggingsavtaler

10.1 Innledning

Ovenfor har jeg konkludert med at lovligheten av konkrete avtalevilkår i dagens utbyggingsavtaler avhenger av en konkret helhetsvurdering hvor kravet til saklighet og forholdsmessighet står sentralt.

Når en skal vurdere lovligheten av avtalevilkår benyttet i dagens utbyggingsavtaler, er det naturlig å ta utgangspunkt i saklighetskravet. Gjennomgangen av dette tar sikte på å gjøre rede for hvilke typer av avtalevilkår i kommunale utbyggingsavtaler som kan tilfredsstillе saklighetskravet.

Etter gjennomgangen av saklighetskravet og særlovgivningen i forhold til lex superior prinsippet, vil jeg se nærmere på innholdet av forholdsmessighetsprinsippet og de øvrige momentene som har sentral betydning ved den rettslige vurdering av hvilket innhold kommunale utbyggingsavtaler kan ha.

10.2 Saklighetskravet

10.2.1 Innledning

Gjennomgangen av det foreliggende rettskildematerialet viste at de avtalte vilkår må stå i saklig sammenheng med plan- og bygningsloven, og må ha en saklig begrunnelse i de behov som følger av den aktuelle regulering. Kravet om saklig sammenheng med plan- og bygningsloven er naturlig å karakterisere som et generelt saklighetskrav. Kravet om saklig sammenheng med de behov som følger av den aktuelle regulering kan derimot karakteriseres som et konkret saklighetskrav.

Nedenfor vil jeg se nærmere både på det generelle og det konkrete saklighetskrav.

Ved gjennomgangen av det generelle saklighetskrav vil jeg se nærmere på ulike typer av avtalevilkår som er benyttet i dagens utbyggingsavtaler. Denne gjennomgangen tar sikte på å klargjøre hvilke typer av avtalevilkår som oppfyller kravet til saklig sammenheng med plan- og bygningsloven, og således vil kunne være lovlige dersom øvrige kriterier er oppfylt.

Gjennomgangen av det konkrete saklighetskrav vil gi en redegjørelse for hvilke krav som må stilles til avtalevilkårets sammenheng med de behov som følger av den aktuelle regulering.

10.2.2 Det generelle saklighetskrav

10.2.2.1 Avtalevilkår om sosial boligbygging

Spørsmålet jeg skal ta stilling til her, er om vilkår om sosial boligbygging er innefor det generelle saklighetskrav.

Det rettslige utgangspunktet for denne saklighetsvurderingen er bestemmelsene i plan- og bygningsloven §§ 27-2 og 26.

Det følger av min tidligere redegjørelse omkring § 26 at denne bestemmelsen ikke hjemler at det ensidig kan fastsettes reguleringsbestemmelser med krav om sosial boligprofil. Dette taler for at saklighetskravet for hva som kan avtales i utbyggingsavtaler ikke er oppfylt. På den annen side er kommunestyrets avgjørelsesmyndighet, i forhold til om et geografisk område innen kommunen skal tas opp til regulering et, politisk spørsmål. Avgjørelsen beror således på et politisk, og ikke et rettslig skjønn.¹⁰⁵ Det må med denne bakgrunn legges til grunn at kommunen ved reguleringsbehandlingen kan legge vekt på sammensetningen av boligmassen som

¹⁰⁵ Se i denne sammenhengen NOU 2001:7 s. 138.

inngår i forslaget. Dette taler for at utbygger skal kunne inngå utbyggingsavtaler med bestemmelser om sosial boligprofil.¹⁰⁶

Det avgjørende elementet for å godta avtalebestemmelser om sosial boligbygging må imidlertid være den utbredte og langvarige praksis med slike avtalebestemmelser. Videre er det enighet i den juridiske teori om at slike avtalevilkår må godtas.¹⁰⁷

Det kan således konkluderes med at det generelle saklighetskrav er oppfylt når det gjelder avtalevilkår om sosial boligbygging.

10.2.2.2 Avtalevilkår om større bidrag til teknisk infrastruktur

Spørsmålet jeg skal ta stilling til her, er om det er innenfor det generelle saklighetskrav å avtale større bidrag til teknisk infrastruktur enn det som kommunen ensidig kan pålegge gjennom bestemmelsene i plan- og bygningsloven.

Det rettslige utgangspunktet for denne vurderingen er bestemmelsene i plan- og bygningsloven §§ 27-2 og 26, kap. XII.

Det er i denne sammenhengen ikke nødvendig å foreta en grundig redegjørelse av disse bestemmelsene, da det må anses som klart at det generelle saklighetskrav er oppfylt når det gjelder adgangen til å avtale større bidrag til teknisk infrastruktur. Dette følger for det første av at Høyesterett i Rt. 2003 s.764 godtok samtykke som kompetansegrunnlag ved utbygging av teknisk infrastruktur. Videre forligger det en lang og utbredt praksis i bruk av avtaler med større bidrag til teknisk infrastruktur. Som tidligere nevnt er denne praksisen akseptert i forarbeidene til bygningsloven av 1965 og sivilombudsmannens årsmelding fra 1989 s. 105.¹⁰⁸ Dette er også lagt til grunn i den juridiske teori.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Disse elementene er fremhevet av Ørnulf Røhnebak i foredraget "Utbyggingsavtaler – rettslig karakter og rettslige begrensninger i forhold til utbyggeren?", holdt i forbindelse med kurs om utbyggingsavtaler arrangert av juristenes utdanningscenter Oslo 9. april 2003.

¹⁰⁷ Se i denne sammenhengen Eckhoff/Smith 2003 s. 394-395, Frihagen 1989 s. 103 og Fleischer 1992 s. 316.

¹⁰⁸ Se Ot. prp. nr. 1. 1964-65 Om ny bygningslov s. 110.

10.2.2.3 Avtalevilkår om bidrag til sosial infrastruktur

Spørsmålet jeg skal ta stilling til her, er om det er innenfor det generelle saklighetskravet å avtale at den private part skal bidra til sosial infrastruktur.

Det rettslige utgangspunktet for denne vurderingen er plan- og bygningsloven § 27-2 og 26.

Som jeg har gjort rede for tidligere i avhandlingen, har ikke kommunen adgang til å stille vilkår om bidrag til sosial infrastruktur i medhold av plan- og bygningsloven § 26. Dette taler for vi er utenfor det generelle saklighetskrav.

For å ta stilling til dette spørsmålet er det videre nødvendig å se nærmere på kommunens adgang til å fastsette rekkefølgebestemmelser etter plan- og bygningsloven §§ 20-4 og 26. Etter disse bestemmelsene kan kommunen i kommuneplan og reguleringsplan fastsette at utbygging skal skje i bestemt rekkefølge, og at utbyggingen innenfor vedkommende områder ikke kan finne sted før tekniske anlegg og samfunnstjenester som elektrisitetsforsyning, kommunikasjon, herunder gang og sykkelvegnett, helse- og sosialtjeneste, herunder barnehager, skoler og fritidshjem, m. v. er etablert. Adgangen til å gi slike rekkefølgebestemmelser bygger på forutsetningen om at det er kommunen som skal bære utgiftene til disse tiltakene. Denne forutsetningen kommer til syne i lovens forarbeider hvor adgangen til å gi slike bestemmelser begrunnes i kommunens økonomi.¹¹⁰ Det at plan- og bygningsloven bygger på forutsetningen om at kommunen skal bekoste disse tiltakene, taler for at det generelle saklighetskrav ikke er oppfylt slik at det vil være utenfor det generelle saklighetskrav å inngå utbyggingsavtaler med bidrag til sosial infrastruktur.

¹⁰⁹ Se i denne sammenhengen Eckhoff/Smith 2003 s. 394-395 og Frihagen 1989 s. 103.

¹¹⁰ Se Ot. Prp. nr. 56 (1984-1985) s. 113, se også Røsnes 2002 s. 18

På den annen side tilkjenne gir adgangen til å gi rekkefølgebestemmelser det behov for sosialinfrastruktur som genereres, ved at det reguleres til utbygging. Dette behovet må sees i sammenheng med kommunens plikt, etter de ulike særlover, til å sørge for et tilstrekkelig kommunalt tjenestetilbud.¹¹¹ Ved å regulere til utbygging påtar kommunen seg til dels store økonomiske forpliktelser knyttet til sosial infrastruktur.

Et sentralt hensyn ved den kommunale behandlingen av regulerings spørsmålet etter plan- og bygningsloven § 27-2, vil være om kommunen har tilstrekkelig økonomi til å påta seg disse forpliktelsene. Dersom kommunen ikke har tilstrekkelig økonomi vil regulerings saken kunne få et negativt utfall for utbygger. I stedet for at dette skjer vil utbygger ofte være interessert i å bidra til finansiering av den nødvendige infrastruktur. Ved å påta seg visse forpliktelser til infrastruktur vil utbygger kunne få realisert prosjektet, samtidig som kommunen vil få en ønsket utbygging. Dersom utbygger ikke har en slik adgang, kan konsekvensen i enkelte kommuner bli at utbyggingen i perioder stopper opp. Dette vil ikke være ønskelig verken i fra partenes eller samfunnets side.¹¹²

Etter min mening taler disse forhold med styrke for at bidrag til sosial infrastruktur er innefor det generelle saklighetskrav.

Det kan videre anføres at private bidrag til sosial infrastruktur vil kunne føre til en form for dobbeltbeskatning.¹¹³ Problemstillingen aktualiseres ved at man først betaler for infrastrukturen ved utbyggingen, og siden bidrar man gjennom skatteseddelen. Denne anførselen er relevant både i forhold til utbyggeren og de potensielle boligkjøpere.

I forhold til utbyggeren kan ikke denne anførselen tillegges noen særlig vekt. Dette følger av at Høyesterett i Rt. 2003 s 764 aksepterte at utbygger samtykket til infrastruktur som tradisjonelt skulle dekkes av det offentlige, da denne hadde en saklig sammenheng med den aktuelle tillatelse. I denne sammenheng kan det ikke legges vekt

¹¹¹ Se i denne sammenheng opplæringsloven § 13-1 og kommunehelsetjenesteloven § 1-1.

¹¹² Se i denne sammenheng NOU 2003: 24 s. 168.

¹¹³ Se Eckhoff/Smith 2003 s. 295

på at avgjørelsen gjaldt bidrag til teknisk infrastruktur. Videre vil utbygger ved å få muligheten til å bygge ut få realisert de verdier som ligger prosjektet.

I forhold til de potensielle boligkjøpere er imidlertid situasjonen noe annerledes. Disse har ikke, som utbygger, selv inngått avtalen med kommunen. Dette kan tyde på at boligkjøperne bør ha et større vern i forhold til hvilke forpliktelser de skal være med på å finansiere gjennom prisen på sin bolig.¹¹⁴ På den annen side foretar den enkelte boligkjøper et reelt valg når han kjøper den aktuelle bolig. Videre må det heller ikke glemmes at det ofte ikke ville blitt noe av den aktuelle utbygging, dersom utbygger ikke hadde bidratt til å finansiere sosial infrastruktur.

På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor er det min oppfatning at privat bidrag til sosial infrastruktur er innefor det generelle saklighetskravet.

For å komme frem til denne konklusjonen har jeg lagt avgjørende vekt på at kommunens forpliktelser til sosial infrastruktur er et sentralt hensyn ved avgjørelsen av regulerings spørsmålet etter plan- og bygningsloven § 27- 2. Videre har jeg lagt vekt på at private bidrag til sosial infrastruktur vil kunne være en fordel i forhold til både kommunen og utbygger så vel som potensielle boligkjøpere.

Det at plan- og bygningsloven bygger på forutsetningen om at sosial infrastruktur skal bekostes av kommunen, og at private bidrag, særlig for boligkjøperen, vil bære preg av en form for dobbeltbeskatning, tilsier imidlertid at denne adgangen må benyttes med varsomhet.

Denne varsomheten tilsier at det i forhold til avtalevilkår om sosial infrastruktur må stilles strenge krav til den konkrete saklighet og forholdsmessighet, samt i hvilken grad avtalen bærer preg av å være inngått ved reell frivillighet.

¹¹⁴ Se Røsnes 2002 s. 18.

10.2.2.4 Avtalevilkår om avståelse av grunn til kommunale formål

Spørsmålet jeg skal ta stiling til her, er om det er innenfor det generelle saklighetskrav å avtale at den private part som et ledd i en utbyggingsavtale skal overføre eiendomsretten til grunn for bruk til kommunale formål.

Når det gjelder avståelse av grunn som skal benyttes til sosial infrastruktur, må spørsmålet sees i sammenheng med øvrige bidrag til sosial infrastruktur. Drøftelsen i dette kapittelet avgrenses således mot avtalevilkår om avståelse av grunn som skal benyttes til sosial infrastruktur. Aktuelle vilkår som skal drøftes her vil således først og fremst være vilkår om avståelse av grunn til kommunale fri og rekreasjonsområder.

Det rettslige utgangspunktet for saklighetsvurderingen er plan- og bygningsloven §§ 27-2 og 26.

Det at avståelse av eiendom til kommunen ligger utenfor det kommunene kan gi reguleringsbestemmelser om etter plan- og bygningsloven § 26, taler for at saklighetskravet ikke er oppfylt i forhold til denne typen av avtalevilkår.

Etter formålsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 2 skal kommunen gjennom planleggingen legge til rette for at arealbruk og bebyggelse blir til størst mulig gagn for den enkelte og samfunnet. Samtidig skal det ved planleggingen spesielt legges til rette for å sikre barn gode oppvekstvilkår. Ved å overta grunn fra private vil kommunen i større grad ha mulighet til å tilrettelegge for friområder, park og mindre idrettsanlegg. Det at kommune på denne måten vil være bedre rustet til å ivareta lovens formål, taler med styrke for at det alminnelige saklighetskrav er oppfylt.

Sivilombudsmannen har i årsmeldingen for 1989 s. 105 åpnet for avtalevilkår om overføring til kommunen av regulerte friområder. Dette taler for at det alminnelige saklighetskrav er oppfylt. Avslutningsvis legges det vekt på at avståelse av grunn til kommunale formål har vært et vanlig vilkår å innta i kommunale utbyggingsavtaler.

Det kan med vekt på lovens formål og den forliggende avtalepraksis konkluderes med at det er innefor saklighetskravet å avtale avståelse av grunn til kommunale formål.

Det må imidlertid kreves at avståelsen av grunnen er egnet til å fremme lovens formål. Det generelle saklighetskrav vil således ikke være oppfylt dersom kommunen inngår utbyggingsavtale om avståelse av grunn for å tjene penger på videresalg av tomter.

10.2.2.5 Avtalevilkår om boligsalg til kommunen på spesielle vilkår

Spørsmålet jeg skal ta stilling til her er om det er innenfor det generelle saklighetskrav å avtale at kommunen skal overta en del boliger i prosjektet på spesielle vilkår.

Aktuelle vilkår kan i denne sammenheng være at kommunen overtar noen boliger gratis, eller til en forhåndsavtalt pris som ligger under markedspris, eller til kostpris.

Hovedsakelig kan det tenkes tre ulike formål for at kommunen ønsker denne typen avtalevilkår. For det første kan kommunen ønske å selge boligene videre for å oppnå en økonomisk gevinst. For det andre kan kommunen ønske å ha tilgang på boliger, for å kunne tilby disse til sine egen ansatte. For det tredje kan kommunen ønske å ha boliger, for å ivareta sine forpliktelser etter lov om sosiale tjenester av 13. desember nr. 81 1999 (sosialtjenesteloven).

Det rettslige utgangspunkt for om det kan avtales slike vilkår, er plan- og bygningsloven §§ 27-2 og 26.

Det at plan- og bygningsloven § 26 ikke åpner for at det kan gis reguleringsbestemmelser med et slikt innhold, taler for at vi er utenfor det alminnelige saklighetskrav.

For å ta stilling til om avtalevilkår om boligsalg til kommunen på spesielle vilkår er innenfor det alminnelige saklighetskrav, må vi videre se på de hensyn som kommunestyret kan legge vekt på ved den kommunale behandling av reguleringsplan etter plan- og bygningsloven § 27-2.

Dersom kommunen ønsker avtalevilkår om kjøp av boliger på spesielle vilkår for å tjene penger på videresalg, eller ønsker å få tilgang på boliger til bruk for sine egen ansatte,

vil kommunen benytte reguleringsmyndigheten til å skaffe seg en økonomisk vinning som ikke står i sammenheng med de forpliktelser kommunen får ved å vedta en reguleringsplan. Dette må således karakteriseres som et usakelig hensyn i forhold til plan- plan og bygningsloven § 27-2. Det kan i denne sammenheng vises til gjennomgangen av økonomiske hensyn i den alminnelige forvaltningsrettslige teori.¹¹⁵

På denne bakgrunn kan det konkluderes med at avtalevilkår om boligsalg til kommunen på spesielle vilkår vil være utenfor det generelle saklighetskrav dersom formålet med avtalevilkåret har vært å skaffe kommunen boliger de kunne tjene penger på ved videresalg, eller boliger til bruk for egen ansatte.

Når det gjelder avtalevilkår om boligsalg til kommunen på spesielle vilkår, for å ivareta kommunens forpliktelser etter sosialtjenesteloven, stiller imidlertid saken seg annerledes.¹¹⁶ I disse tilfellene vil boligene fremstå som en del av kommunens sosiale infrastruktur. Disse avtalevilkårene må således vurderes på samme måte som øvrige bidrag til sosial infrastruktur.

10.2.3 Det konkrete saklighetskrav

I den forrige delen av avhandlingen har jeg sett på ulike typer av vilkår som blir benyttet i dagens utbyggingsavtaler, i forhold de generelle krav som må stilles i medhold av plan- og bygningsloven. I denne delen av avhandlingen skal jeg se på hvilke krav som må stilles til avtalevilkårets saklige sammenheng med den aktuelle regulering.

Generelt kan det sies at de aktuelle avtalevilkår må være saklig begrunnet i forhold til de behov som følger av den aktuelle regulering. Dette innebærer at det må stilles krav til både aktualitet, tilknytning, omfang og konkretisering.

Kravet til aktualitet innebærer at det ikke kan stilles krav om bidrag til allerede utførte tiltak. Det kan altså ikke avtales bidrag til en allerede ferdig bygd vei eller skole. Denne

¹¹⁵ Se i denne sammenheng Eckhoff/Smith 2003 s. 358-359.

¹¹⁶ Kommunes plikt til å skaffe bolig følger av sosialtjenesteloven § 4-2 første ledd d., § 3-4 og § 4-5.

delen av det konkrete saklighetskrav kan illustreres ved den tidligere refererte uttalelse fra Sivilombudmannen 1993 s. 253.

Kravet til tilknytning innebærer for det første at behovet for det aktuelle tiltak må følge av den konkrete regulering. For eksempel vil det være usakelig å inngå avtale om bidrag til skole dersom det etter reguleringen skal bygges seniorboliger.¹¹⁷ For det andre må det aktuelle tiltaket tjene behovene til det aktuelle reguleringsområde. For eksempel må det ved avtalevilkår om avståelse av eiendom til friområder, kreves at disse områdene ligger i geografisk tilknytning til reguleringsområdet.

Kravet til omfang innebærer at utbygger ikke kan påta seg forpliktelser til et bestemt tiltak utover de behov den aktuelle utbygging medfører. Dette kravet vil særlig kunne være aktuelt i forhold til avtalevilkår om boligsalg til kommunen, da hver utbygging kun vil kreve noen få boliger i forhold til de forpliktelser kommunen har etter sosialtjenesteloven

En sak i fra Nittedal kommune er illustrerende i forhold til kravet om konkretisering. Kommunestyret i Nittedal hadde fattet et vedtak om at hver boligbygger i kommunen skulle betale 50.000 kroner som bidrag til kommunal infrastruktur. Fylkesmannen i Oslo og Akershus henvendte seg til kommunal- og regionaldepartementet for en avklaring av hjemmelsgrunnlaget for et slikt vedtak. Departementet vurderte saken og konkluderte med at ordningen var ulovlig da den fremtrådte som:

”.. en skatt/avgift med klart fiskalt preg. Betalingen er ikke knyttet til en konkret ytelse i fra kommunen til den aktuelle betaler, men er en inntekt som kommune står fritt til å benytte til ”infrastruktur”. Kommunen kan ikke pålegge skatter innbyggere skatter og avgifter med klart fiskalt preg uten å ha hjemmel for det i lov.”¹¹⁸

Bidraget til infrastruktur var i dette tilfellet ikke fastsatt i forhold til behovet etter den aktuelle regulering og var således ulovlig.

¹¹⁷ Dette eksempelet er hentet i fra NOU 2003: 24 s. 171.

¹¹⁸ Se Kommunal og regional departementets uttalelse i fra 21. 05. 2001.

10.2.4 Særlig om økonomiske hensyn ved saklighetsvurderingen

Gjennomgangen av det generelle saklighetskravet viste at kommunes økonomiske situasjon var et sentralt element i saklighetsvurderingen av visse typer av vilkår. Den nærmere vurdering av vilkårstypene sosial infrastruktur og boligsalg til kommunen på spesielle vilkår, viste at det var relevant å ta i betraktning de økonomiske forpliktelser den enkelte regulering ville medføre for kommunen. På den annen side var det usaklig å inngå en avtale hvor formålet var å skaffe kommunen en økonomisk vinning som ikke sto i sammenheng med de forpliktelser reguleringen medførte for kommunen. Dette innebar blant annet at kommunen ikke kunne avtale boligsalg på spesielle vilkår, for å tjene penger på videresalg av boligene.

Videre viste gjennomgangen av det konkrete saklighetskravet at det måtte stilles krav til at de aktuelle vilkår måtte være saklig begrunnet i den aktuelle regulerings situasjon. Kommunen kan således ikke benytte reguleringskompetansen som byttmiddel for å skaffe seg økonomiske fordeler ved at utbygger forplikter seg til å bygge infrastruktur som ikke er begrunnet i de behov som følger av den aktuelle regulering.

Økonomiske hensyn er således relevant både ved den generelle så vel som den konkrete saklighetsvurdering. Ved disse vurderingene har jeg imidlertid ikke tatt stilling til hvilken betydning kommunens aktuelle økonomiske situasjon skal ha. Konkret er dette et spørsmål om en privat utbygger kan påta seg å bidra til for eksempel sosial infrastruktur, dersom den aktuelle kommune selv har økonomi til å bære de økonomiske utgiftene den aktuelle utbygging medfører.

Det er et spørsmål om i hvilken utstrekning forvaltningen kan benytte sin kompetanse for å oppnå økonomiske fordeler.

Det generelle utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at det anses som usaklig å bruke offentlig myndighet som middel for å skaffe kommunen økonomisk vinning. Det kan i denne sammenhengen vises til Rt. 1957 s. 86 (Frogner Hospits).

Redegjørelsen ovenfor har vist at det kan gjøres unntak i fra dette utgangspunktet i de tilfeller hvor kommunen selv ikke har økonomi til å bekoste de nødvendige

infrastrukturiltak. Da dette er et unntak i fra det generelle utgangspunkt, må det kreves at de private bidrag er en nødvendig følge av kommunens økonomiske situasjon.

Dersom den aktuelle kommune selv har økonomi til å sørge for den nødvendige sosiale infrastruktur kan den således ikke benytte reguleringskompetansen som byttemiddel for å skaffe bidrag i fra den private part.

Da kommunen ved reguleringsbehandlingen etter plan- og bygningsloven § 27-2 kan legge vekt på usikkerhet og klare antagelser om at tiltaket kan få negative følger for den kommunale økonomi, må imidlertid kommunen innrømmes en viss skjønnsfrihet i forhold til vurderingen av egen økonomi.¹¹⁹

10.3 Betydningen av bestemmelser i aktuell særlovgivning

10.3.1 Innledning

Spørsmålet jeg her skal ta stilling til her er om andre lover enn plan- og bygningsloven har forbud mot noen typer av avtalevilkår. I denne sammenheng er det naturlig å snakke om de ulike særlover som skranker for avtalekompetansen i lys av lex superior prinsippet.

Aktuelle lover kan i denne sammenheng være lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæring (opplæringsloven) av 17. juli. Nr 61. 1998, lov om barnehager av 05.05. 1995 nr. 19 (barnehageloven), lov om helsetjenesten i kommunene av 19. nov. nr 66. 1982 (kommunehelsetjenesteloven), lov om sosiale tjenester av 13. desember nr. 81 1999 (sosialtjenesteloven) og lov om Den norske kirke (kirkeloven) av 7. juni. Nr 31. 1996.

¹¹⁹ Jf. Ørnulf Røhnebæk i foredraget ”Utbyggingsavtaler – rettslig karakter og rettslige begrensninger i forhold til utbyggeren?”, holdt i forbindelse med kurs om utbyggingsavtaler arrangert av juristenes utdanningscenter Oslo 9. april 2003.

Når det gjelder de spørsmål som reiser seg i tilknytning til utbyggingsavtalene, består denne lovgivningen hovedsakelig av to elementer. For det første sier lovgivningen noe om kommunens ansvar. For det andre sier lovgivningen i hvilken grad den private part skal betale for å benytte de aktuelle tjenester.

Siden denne lovgivningen i stor grad er bygd opp på den samme måten når det gjelder disse spørsmål, og de rettslige vurderinger i stor grad må bygge på de samme momenter, vil redegjørelsen nedenfor ta for seg to av de aktuelle lover, opplæringsloven og kommunehelsetjenesteloven.

10.3.2 Opplæringsloven

Spørsmålet jeg skal ta stilling til her, er om opplæringsloven inneholder noen skranker i forhold til avtalevilkår om private bidrag til skolebygg.

Det første vi i denne sammenhengen må se nærmere på, er finansieringsbestemmelsene i opplæringsloven. Etter opplæringsloven § 13- 1 første ledd er kommunen forpliktet til å oppfylle den enkeltes rett til grunnskoleopplæring. Dagens lov har ingen bestemmelser om finansieringen. Det følger imidlertid av lovens forarbeider at det ikke er ønsket å gjøre noen forandringer i forhold til finansieringsbestemmelsene i den tidligere grunnskolelov.¹²⁰ I den tidligere grunnskolelov § 37 nr 2. var det uttrykkelig slått fast at kommunen var ansvarlig for utgiftene til grunnskolen.

Det første spørsmålet vi i denne sammenheng må ta stilling til, er om denne forpliktelsen innebærer et forbud mot at kommunen finansierer skolebygg med hjelp av vilkår i utbyggingsavtaler. Det sentrale i disse bestemmelsene er først og fremst at kommunen er ansvarlig for å sørge for en nødvendig skolekapasitet. Dette taler for at det ikke foreligger noe forbud mot finansiering gjennom utbyggingsavtaler. I medhold av forarbeidene til opplæringsloven fremgår det videre at det er området for kommunens og fylkeskommunens ansvar som ønskes å videreføres og presiseres. En naturlig forståelse av disse bestemmelsene er at de først og fremst tar sikte på å klargjøre hvilket

¹²⁰ Se NOU 1995: 18 s. 22.

organ som er ansvarlig for de ulike skoletilbudene, og ikke tar stilling til hvordan de ulike organ går frem for å finansiere det tilbudet de er ansvarlig for.

Jeg kan således ikke se at det finnes tilstrekkelige holdepunkter for at opplæringslovens ansvarsbestemmelse kan sies å utgjøre noe forbud mot avtalevilkår om bidrag til skolebygg.

Det må videre sees på om avtalevilkår om bidrag til finansiering av skolebygg er i strid med gratisprinsippet i loven § 2-1 siste ledd. Som tidligere nevnt er det klare indikasjoner på at bruk av utbyggingsavtaler virker prisdrivende på eiendomsmarkedet.¹²¹ Dersom en utbyggingsavtale inneholder forpliktelser om bidrag til skole, vil således den enkelte boligkjøper være med på å finansiere dette bidraget. Spørsmålet her er om en slik indirekte betaling for skoletilbudet i kommunen er et brudd på gratisprinsippet i grunnskoleloven § 2-1 siste ledd.

For å løse dette spørsmålet må vi se på den nærmere utformingen av ”gratisprinsippet”. Grunnskoleloven § 2 siste ledd lyder som følgende:

”Kommune skal halde elevane i grunnskolen med lære og lesebøker, skrive- og teiknemateriell og anna undervisningsmaterieil.”

Videre uttales det i forarbeidene at ”gratisprinsippet” innebærer at elevene blant annet ikke skal betale for ekskursjoner eller undervisning ved leirskoleopphold.¹²²

Ved å lese § 2-1 siste ledd første punktum i lys av annet punktum og bestemmelsens forarbeider, ser vi at lovgiver først og fremst har nedlagt et forbud mot at den enkelte elev med familie skal ha utgifter direkte knyttet til skolegangen. Dette taler for at ”gratisprinsippet” ikke innebærer noe forbud mot at den private part gjennom utbyggingsavtaler bidrar til finansieringen av skolebygg.

¹²¹ Se Røsnes 2002 s. 18.

¹²² Se Ot. prp. nr. 46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringsloven) s.153.

Det kan imidlertid anføres at det er av liten betydning at den enkelte elev ikke skal bekoste skolemateriell, når man allerede har betalt for selve skolen. Dette argumentet kan ikke være avgjørende. Etter min mening må det legges avgjørende vekt på at utbyggingsbidraget først og fremst må sees på som et bidrag for å bygge ut det aktuelle feltet, og ikke en betaling for den aktuelle tjeneste. Dette understrekes ved at den enkelte boligkjøper må betale like mye uansett om han har barn i skolepliktig alder eller ikke.

Med bakgrunn i det ovenstående er det min oppfatning at det ikke er grunnlag for en så vid forståelse av ”gratisprinsippet” at det innebærer et forbud mot indirekte betaling for skolebygg gjennom kommunale utbyggingsavtaler.

Det kan konkluderes med at opplæringsloven ikke innebærer en skranke i forhold til avtalevilkår om bidrag til skolebygg.

10.3.3 Kommunehelsetjenesteloven

Spørsmålet jeg skal ta stilling til her, er om kommunehelsetjenesteloven setter noen skranke i forhold til avtalevilkår om bidrag til sosial infrastruktur.

Det følger av kommunehelsetjenesteloven § 1-1 første ledd at landets kommuner skal sørge for nødvendig helsetjeneste for alle som bor eller midlertidig oppholder seg i kommunen. Hvilke oppgaver dette innebærer er regulert § 1-3. Aktuelt i forhold til utbyggingsavtaler er blant annet kommunens plikt til å sørge for sykehjem eller boform for heldøgns omsorg og pleie. Videre følger det av § 5-1 at kommunen skal dekke utgiftene ved den helsetjenesten de har ansvaret for. Staten yter videre et årlig rammetilskudd til delvis dekning av statens utgifter etter § 5-2, mens det følger av § 2-3 at mottakeren av de aktuelle helsetjenester skal betale vederlag når dette følger av lov eller forskrift.

Det første spørsmålet vi må ta stilling til er om bestemmelsene om kommunens ansvar for de økonomiske utgifter innebærer et forbud mot privat finansiering gjennom vilkår i

utbyggingsavtaler. Det sentrale i disse bestemmelsene er først og fremst at kommunen skal sørge for et tilstrekkelig helsetilbud, samtidig som bestemmelsen klargjør ansvarsforholdene mellom stat, fylkeskommune og kommune. Bestemmelsene sier imidlertid ikke noe om hvordan kommune skal finansiere sitt ansvar etter loven. Dette taler for at loven ikke er til hinder for avtalevilkår om bidrag til infrastruktur for den kommunale helsetjenesten.

Videre har Sivilombudsmannen vurdert spørsmålet om private bidrag til den kommunale helsetjeneste i årsmeldingen for 2000 s. 232. I denne saken hadde Stord kommune inngått en avtale med Aker Stord om to nye fysioterapiårsverk i kommunen. I den treårige avtalen tok Aker Stord på seg å betale to tredeler av driftstilskuddet til fysioterapeutene, mot at bedriften fikk førsterett på å benytte et av årsverkene til bruk for bedriftens ansatte. Resten av driftstilskuddet skulle kommunen betale med offentlige midler. Ombudsmannen uttalte generelt at kommunehelsetjenesteloven ikke er til hinder for at kommunen kan inngå avtale med private virksomheter om å ta i mot tilskudd til kommunale helsetjenester. Han uttalte imidlertid at denne konkrete avtalen var strid med reglene i kommunehelsetjenesten. Etter ombudsmannens oppfatning var det etter kommunehelsetjenesteloven § 2-1 jf 1-3 andre ledd nr 2 ikke adgang til å avtale forrang til fysioterapitjenester for de ansatte hos Aker Stord. Dette selv om avtalen innebar et totalt sett bedre tilbud for alle kommunens innbyggere.

Sivilombudsmannen gjør det i denne uttalelsen klart at kommunene kan inngå avtaler med private aktører for å finansiere den kommunale helsetjenesten. Dette sammen med det at loven i seg selv ikke gir holdepunkter i forhold til finansieringen, må være avgjørende for at kommunehelsetjenesteloven ansvarsregler ikke innebærer en skranke i forhold til utbyggingsavtaler.

Videre må vi ta stilling til om kommunehelsetjenesteloven § 2-3 om vederlag for helsetjeneste innebærer en skranke i forhold til, vilkår om bidrag til infrastruktur for helsetjenesten i utbyggingsavtaler. Denne bestemmelsen legger til grunn at brukeren av den kommunale helsetjenesten kun skal betale vederlag der dette følger av lov eller forskrift.

Spørsmålet her er om den indirekte betalingen for infrastruktur til kommunehelsetjenesten, som den enkelte boligkjøper har foretatt ved kjøpet av boligen, er å anse som "vederlag" etter denne bestemmelsen. En naturlig språklig forståelse av at "mottakeren skal betale vederlag", er at vederlaget skal referere seg til en bestemt ytelse som er mottatt. Dette taler for at bestemmelsen ikke innebærer et forbud mot bruk av denne typen vilkår i utbyggingsavtaler. En slik forståelse av bestemmelsen har også støtte i lovens forarbeider.¹²³ Dette må sammen utbyggingsbidraget først og fremst må sees på som et bidrag for å få bygge ut det aktuelle feltet, og ikke en betaling for den aktuelle tjeneste, være avgjørende for at det ikke er i strid med kommunehelsetjenesteloven § 2-3 å avtale bidrag til finansiering av infrastruktur til den kommunale helsetjeneste.

Det kan konkluderes med at kommunehelsetjenesteloven ikke innebærer noen skranke i forhold til hvilke avtalevilkår som kan inntas i de kommunale utbyggingsavtaler.

10.3.4 Oppsummering og konklusjon

Ovenfor har jeg konkludert med at verken opplæringsloven eller kommunehelsetjenesteloven inneholder skranke for hvilke avtalevilkår som kan inntas i en utbyggingsavtale.

Siden de øvrige lovene som er aktuelle som skranke i forhold til utbyggingsavtaler, langt på vei inneholder den samme form for ansvarsregulering som de lover vi her har sett nærmere på og må vurderes på bakgrunn av de samme momenter, må det antas at denne lovgivningen ikke vil være en skranke i forhold til hvilke avtalevilkår som kan inntas i de kommunale utbyggingsavtaler.

¹²³ Se Ot. prp. nr 36 Helsetjenesten og sosialtjenesten i kommunene s. 161.

10.4 Forholdsmessighet

Kravet om forholdsmessighet er det andre hovedelementet i den konkrete helhetsvurdering som må foretas for å avgjøre om vilkår i utbyggingsavtaler er gyldige.

I tilknytning til den alminnelige vilkårlæren er det lagt til grunn at det ikke er tilstrekkelig at saklighetskravet er oppfylt for å godta et vilkår. Vilkåret må heller ikke være uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd.¹²⁴ Når det gjelder utbyggingsavtaler må dette vurderes i forhold til hva som søkes oppnådd med avtalen innenfor den konkrete regulering. I avtaler med innhold utover det kommunen ensidig kunne pålagt i kraft av den offentlige myndighet, vil dette først og fremst være et spørsmål om størrelsen og omfanget av de ulike bidrag.

Hvorvidt det avtalte vilkår var forholdsmessig ble vurdert av Høyesterett i Rt. 2003 s. 764. Som tidligere nevnt la retten vekt på hva som var vanlig i lignende avtaler, og størrelsen på de kostnader den private part påtok seg i forhold til prosjektets totale kostnadsramme. Videre fremhevet retten at det vil vektlegges i hvilken grad den private part har medvirket til vilkåret.

I den juridiske teori har Eivind Smith i forhold til spørsmålet om forholdsmessighet ved utbyggingsavtaler uttalt at slike avtaler nok vil godtas såfremt de ikke i vesentlig grad skaffer kommunene motytelser som den ikke kunne ha oppnådd på annet vis. Samtidig som understreker han at utbyggingsavtalen også må være egnet til å ivareta utbyggers interesser.¹²⁵

Også Frihagen har vurdert forholdet til forholdsmessigheten av utbyggingsavtaler. Han kommenterer de drøftelser som er foretatt av Holth utvalget og viser til deres uttalelser i tilknytning til forholdsmessigheten:

¹²⁴Se Eckhoff/Smith 2003 s. 377.

¹²⁵ Se Eckhoff/Smith 2003 s. 394.

”..mer vidtgående forpliktelser på enkelte punkter enn loven tillater ellers, så lenge avtalen samlet gir en fordeling av rettigheter og plikter som grovt sett ligger innenfor de rammer som følger av lovgivningen.”¹²⁶

Vi ser her at Frihagen, som Holth utvalget, legger til grunn at utbyggingsavtaler vil kunne være uforholdsmessige dersom de gir en fordeling av rettigheter og plikter som grovt sett ligger utenfor de rammer som følger av lovgivningen. De ser med dette for seg at det skal foretas en totalvurdering av de samlede byrder partene påtar seg i avtalen opp imot hva partene kunne vært pålagt i forhold til loven. Avtalen vil være gyldig der dette forholdet grovt sett ligger innenfor lovens ramme.

Etter mitt skjønn må det være riktig, som disse teoretikerne legger opp til, å vurdere forholdsmessigheten ved å se på den konkrete avtalens totale virkning for utbygger. Det er således større grunn til å godta avtalevilkår om bidrag til sosial infrastruktur, dersom avtalen inneholder få andre forpliktelser, utover hva kommunen ensidig kunne pålagt i kraft av sin reguleringsmyndighet.

Ved fastsettelsen av det konkrete innhold i forholdsmessighetsvurderingen er det klart at dommen i Rt 2003 s.764 må ilegges betydelig vekt. Etter mitt skjønn legger Høyesterett i denne dommen opp til en mindre streng vurdering enn det som er lagt til grunn av Frihagen og Holth utvalget. For det første godtok Høyesterett i denne saken samtykke som kompetansegrunnlag i forhold til et enkeltstående vilkår. Det var således ikke snakk om en vurdering i forhold til de samlede byrder utbygger var blitt pålagt i medhold av reguleringsmyndigheten. For det andre foretar retten en vurdering av kostnadene ved tiltaket opp imot prosjektets totalramme. De retter således fokus først og fremst mot kostnader i forhold til prosjektets kostnadsramme.

I medhold av Rt. 2003 s. 764 vil utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen ved utbyggingsavtaler være forholdet mellom de utgifter utbyggeren påtar seg utover det kommunen ensidig kunne pålagt, og utbyggingsprosjektets totalramme. Siden forholdsmessighetsvurderingen tar utgangspunkt i den private part sine kostnader, vil

¹²⁶ Se Frihagen 1989 s. 101 og NOU 1987:33 s. 65.

det være enklere å godta utbyggingsavtaler med delvis finansiering av infrastruktur. Avtaler hvor utbygger finansierer størstedelen av infrastrukturen vil fort medføre så store utgifter for utbyggeren at de må anses å være uforholdsmessig tyngende.

I Rt. 2003 s. 764 tok utbyggeren på seg utgifter i størrelsesorden 3-4 millioner i et prosjekt med totalramme på ca. 100 millioner. I denne konkrete saken godtok således Høyesterett ekstra kostnader for utbygger på 3-4 prosent av prosjektets totalramme. Dette vil kunne være en indikasjon i forhold til den forholdsmessighetsvurdering som må foretas i forhold til utbyggingsavtalene.

Det er imidlertid viktig å understreke at den forholdsmessige vurderingen av kostnader kun vil være utgangspunktet for den helhetsvurdering som må foretas.

Av Rt. 2003 s. 764 følger det videre at det i denne helhetsvurderingen er naturlig å legge vekt på hva som er vanlig i tilsvarende avtalesituasjoner. At dette er et relevant moment støttes videre av hensynet til likhet mellom de ulike utbyggere. Videre følger det av dommen at det kan legges vekt på hvordan den private part har opptrådt i forhold til inngåelsen av avtalen. Etter mitt skjønn vil det i denne sammenhengen være relevant å se på hvem som har foreslått det aktuelle vilkåret. Dersom kommunen foreslår det aktuelle vilkåret, vil utbyggers reaksjon på dette være et relevant moment i vurderingen.

Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at det ikke er mulig å angi relevante momenter i en slik forholdsmessighetsvurdering uttømmende. Redegjørelsen overfor gir således kun uttrykk for typiske momenter i en slik vurdering.

10.5 Øvrige relevante momenter

Gjennomgangen av det foreliggende rettskildematerialet visste at avtalevilkårets saklighet og forholdsmessighet ikke er absolutte størrelser, men momenter i en helhetsvurdering.

I denne dette kapitlet skal jeg se nærmere på andre momenter, som det gjennomgåtte rettskildematerialet har vist at, vil kunne være relevante ved vurderingen av om en utbyggingsavtales innhold er lovlig.

Først og fremst gjelder dette ulike forhold omkring inngåelsen av avtalen.

Det er i Rt. 2003 s. 764 og i den juridiske teori stilt opp som en forutsetning for å inngå avtaler med, forpliktelser utover det kommunen ensidig kan pålegge, at kommunen ikke har utøvd utilbørlig press og at den private part er klar over at han påtar seg større forpliktelser enn kommunen ensidig kan pålegge ham.¹²⁷ Videre kan det med bakgrunn i Rt. 2003 legges til grunn at det ikke er utilbørlig press av kommunen å opplyse om hva resultatet av den kommunale reguleringsbehandlingen vil bli, dersom den private part ikke inngår en utbyggingsavtale.¹²⁸

Selv om kommunen ikke har utøvd utilbørlig press ved avtaleinngåelsen, er det likevel relevant å legge vekt på i hvilken grad avtalen bærer preg av et reelt samtykke i fra den private part.¹²⁹

Videre viste gjennomgangen av rettskildematerialet at det kan legges vekt på om avtalen gagnar den private part i forhold til det alternative myndighetsvedtak. I forhold til avtaler som er fremforhandlet i lys av den kommunale behandling av reguleringsplan, vil det alternative vedtak være et negativt utfall av reguleringsaken. Dette må anses som mindre gunstig for den private part enn å inngå en utbyggingsavtale.

Videre kan det legges vekt på ulike forhold ved den aktuelle avtaleinngåelse. I forhold til utbyggingsavtaler vil det være større grunn til å godta forholdsvis store forpliktelser dersom kommunen har opptrådt åpent og ærlig i forhold til sin økonomiske situasjon.

¹²⁷ Se Eckhoff/Smith 2003 s. 379.

¹²⁸ Hva som ligger i utilbørlig press vil ikke bli kommentert nærmere i avhandlingen, da temaet for denne er å fastsette de reglene som gjelder for avtalenes innhold.

¹²⁹ Det kan i denne sammenheng vises til drøftelsen av reelle hensyn i kapittel 9.3.2

På den annen side vil det være et moment mot å godta avtalen dersom kommunen har forsøkt å presse mest mulig ut av den private part.

Avslutningsvis følger det av rettspraksis og de reelle hensyn, at det er det grunn til å legge vekt på hvem den private part er. Det er grunn til å akseptere at det inntas større forpliktelser i utbyggingsavtaler, hvor utbygger er et stort og ressurssterkt firma. Da det i slike tilfeller må legges til grunn at utbygger har solid kunnskap om sin rettslige og økonomiske situasjon.

10.6 Urimelig myndighetsutøvelse

Kommunens kompetanse til å benytte reguleringsmyndigheten som byttemiddel må også holde seg innefor den generelle forvaltningsrettslige lære om sterkt urimelige forvaltningsavgjørelser.

Læren om sterkt urimelige forvaltningsavgjørelser har først og fremst sitt utgangspunkt i Rt. 1951 s. 19 Mortvedt- dommen. I denne saken var fire drosjeeiere nektet drosjebevilling på bakgrunn av sitt passive medlemskap i Nasjonal Samling under krigen. Høyesterett fant det urimelig og stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning at en slik beskjedne bistand til fienden under krigen skulle medføre tap av retten til å utføre sitt gamle yrke. Denne avgjørelsen ble opprettholdt i en tilsvarende sak om landsvik i Rt. 1957 s. 1190. Etter disse avgjørelsene foreligger det imidlertid ingen eksempler på at anførsler om urimelighet har ført frem. Høyesterett kan sies å ha lagt seg på en restriktiv linje i forhold til dette spørsmålet. I Rt. 1997 s. 1784 understreker Høyesterett denne linjen med å utale at det skal "svært mye til for å sette et forvaltningsvedtak til side alene på det grunnlag at vedtaket er grovt urimelig".

Når en ser hvor strengt Høyesterett har praktisert læren om sterkt urimelige avgjørelser skal det imidlertid mye til for at denne læren skal få anvendelse i forhold til de

utbyggingsavtaler som holder seg innefor de saklighets og forholdsmessighetskriterier som det er gjort rede for ovenfor.

10.7 Avtaleloven § 36

10.7.1 Spørsmålet om avtaleloven § 36 kan anvendes ved den rettslige vurderingen av utbyggingsavtalers innhold

Spørsmålet jeg skal ta stilling til her, er om avtaleloven § 36 er relevant ved den rettslige vurdering av lovligheten av vilkår i kommunale utbyggingsavtaler.

Det rettslige utgangspunktet for denne vurderingen er avtaleloven § 41.

Det følger av avtaleloven § 41 at denne loven gjelder på ”formuesrettens omraade”. I forarbeidene til avtaleloven § 36 vises det ved forklaringen av begrepet ”formuesrett” til den tradisjonelle inndeling av vårt rettsystem. Ordlyden innebærer således en avgrensning i mot offentlig rett.¹³⁰ Ordlyden gir imidlertid få holdepunkter om hvor grensen mot offentlig rett må trekkes i de disposisjoner som inneholder elementer av så vel offentlig som privat rett.

I forarbeidene til avtaleloven § 36 åpnes det imidlertid for direkte eller analogisk bruk av bestemmelsen i de tilfeller der det er inngått en avtale mellom en privatperson og det offentlige, på det offentligrettslige område med islett av offentligrettslig myndighetsutøvelse.¹³¹ Dette kan tyde på at avtaleloven § 36 i alle fall kan gis en analogisk anvendelse ved den rettslige vurderingen av vilkår i utbyggingsavtaler.

Når det gjelder det offentliges ensidige myndighetsutøvelse gjennom enkeltvedtak følger det imidlertid av forarbeidene at avtaleloven § 36 klart ikke skal kunne anvendes.

¹³⁰ Se Ot. prp. nr 5 (1982-83) s. 16.

¹³¹ Se NOU 1979: 32 Formuesrettslig lempingsregel s 42 og Ot. prp. nr 5 (1982-83) Generell formuesrettslig lempingsregel s. 37.

¹³² Dette kan tyde på at avtaleloven § 36 verken direkte eller analogisk kan anvendes på utbyggingsavtaler som helt eller delvis er å anse som enkeltvedtak.

Dette kan imidlertid ikke være avgjørende. For det første er ikke utbyggingsavtaler utslag av ensidig myndighetsutøvelse. Den private part forplikter seg i medhold av sin kompetanse til å inngå avtaler. Avtalen hviler således delvis på et privat kompetansegrunnlag. Videre forplikter utbyggeren seg i avtalene til å bidra med ytelser som ligner de vi finner i formuesretten for øvrig.

Det er også grunn til å legge vekt på at hensynene bak vedtakelsen av avtaleloven § 36 taler for at den ska få anvendelse ved den rettslige vurderingen av utbyggingsavtaler. Det viktigste hensynet som ligger bak avtaleloven § 36 er å beskytte den svake part i avtaleforholdet mot at den annen part misbruker avtalefriheten ved å utnytte sin sterke avtaleposisjon, innsikt og erfaring m. v. til å skaffe seg urimelige fordeler på den annen parts bekostning.¹³³ Dette hensynet gjør seg også gjeldende i forhold til utbyggingsavtaler. Ved inngåelsen av utbyggingsavtaler har kommunene en sterk avtaleposisjon i kraft av sin reguleringsmyndighet, mens i andre situasjoner kan behovet for utbygging i den enkelte kommune medføre at den private byggherre innehar en sterk posisjon. Partenes innsikt og erfaring vil også kunne variere ganske så mye.

Avslutningsvis er det grunn til å legge vekt på at Høyesterett i Rt. 1991 s. 858 og Rt. 1998 s. 1398 har lagt til grunn at offentligrettslige og privatrettslige regler kan anvendes side om side. I forhold til utbyggingsavtaler kan det også vektlegges at Sivilombudsmannen i årsmeldingen fra 1989 s. 105 åpnet for at utbygger kan få avtalen revidert i medhold av avtaleloven § 36.

Etter min mening kan avtaleloven § 36 benyttes analogisk ved vurderingen av om vilkår i kommunale utbyggingsavtaler er lovlige. For å komme frem til denne konklusjonen legger jeg avgjørende vekt på at avtalen bygger på en privatrettslig aksept og at hensyne bak bestemmelsen gjør seg gjeldende i forhold til disse avtalene. På bakgrunn av lovens

¹³² Se Ot. prp. nr 5 (1982-83) s. 17.

¹³³ Ot. prp. nr 5 (1982 – 83) s. 11.

ordlyd ”formuesrettens omraade”, finer jeg imidlertid ikke grunnlag for å anvende bestemmelsen direkte.

10.7.2 Betydningen av en analogisk anvendelse av avtaleloven § 36

Ovenfor har jeg konkludert med at avtaleloven § 36 er relevant ved den rettslige vurderingen lovligheten av avtalevilkår i de kommunale utbyggingsavtaler. Nedenfor skal jeg se nærmere på hvilken rettslig betydning det har at avtaleloven § 36 kan anvendes analogisk ved den rettslige vurderingen av utbyggingsavtalers innhold.

Avtaleloven § 36 vil først og fremst ha verdi som supplement til forholdsmessighetsvurderingen og læren om grovt urimelige myndighetsavgjørelser, men også i tilknytning til de vurderinger som må foretas i forhold til de enkelte parters posisjon og opptreden, vil kunne suppleres med holdepunkter i fra rettskildemateriale knyttet til avtaleloven § 36.

Avtaleloven § 36 gir hjemmel for å revidere eller kjenne en avtale ugyldig dersom den er urimelig. Bestemmelsen legger opp til en konkret rimelighetsvurdering hvor det ikke bare tas hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtalens inngåelse og øvrige omstendigheter er elementer som også har betydning i tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen. I forhold til disse elementene er det naturlig at rettskildematerialet knyttet til avtaleloven § 36 kommer inn som supplerende elementer. Form eksempel kan rettspraksis i forhold til balansen mellom partenes ytelser være relevant i forhold til forholdsmessighetsvurderingen.

Når det gjelder senere inntrådte forhold er det usikkert om dette kan tas i betraktning ved forholdsmessighetsvurderingen. Ved å bygge på en analogisk anvendelse av avtaleloven § 36 vil man ha et klart rettslig grunnlag for å vurdere også etterfølgende omstendigheter. For eksempel kan det tenkes at avtaleloven § 36 kan gi hjemmel for revisjon dersom kommunens økonomiske stilling i vesentlig grad blir bedre etter at avtalen er inngått.

Det er usikkert i hvilken grad avtaleloven § 36 gir den private part noe større vern enn den forvaltningsrettslige lære om sterkt urimelige forvaltningsavgjørelser. Etter min mening finnes det imidlertid gode grunner for at avtaleloven § 36 kan sies å gi den private part et større vern enn den forvaltningsrettslige lære om sterkt urimelige forvaltningsavgjørelser.

Både forarbeidene til avtaleloven § 36 og rettspraksis om tolkningen av bestemmelsen, legger opp til en streng urimelighetsvurdering. I forarbeidene er det understreket at en sensur neppe vil skje uten at urimeligheten er klart eller tydelig påvist. Videre understrekes det i forarbeidene at avtalen må være positiv urimelig for at den skal kunne lempes, det er således ikke tilstrekkelig at det kan tenkes rimeligere løsninger.¹³⁴I plenumsdommen inntatt i Rt. 1990 s. 284 understrekes det av rettens flertall at avtaleloven § 36 er forutsatt brukt med varsomhet.¹³⁵ Det kan således legges til grunn at det må foreligge en klar forskjell mellom virkningen av kontraktsvilkårene og det som må anses som en rimelig løsning i rettsforholdet mellom partene.¹³⁶

Det er imidlertid klare holdepunkter for at urimelighetskriteriet etter avtaleloven § 36 er mindre strengt enn de tilsvarende kriterier etter den etter den alminnelige forvaltningsrettslige lære. Bruken av reglene i rettspraksis gir en klar indikasjon på dette. Når det gjelder den forvaltningsrettlige regel har den blitt anført en rekke ganger uten og blitt tatt til følge av retten siden 1957.¹³⁷ Flere avtaler er derimot blitt revidert etter avtaleloven § 36 siden vedtagelsen av denne bestemmelsen ved lov i 1983.¹³⁸ Det at avtaleloven § 36 er blitt en levende bestemmelse i rettsbildet har, sammen med de holdepunkter som finnes i bestemmelsens ordlyd og dens forarbeider, videre medført at det er blitt utviklet klarere kriterier for bruken av bestemmelsen. Avtaleloven § 36 er således en bestemmelse som vil være lettere å forholde seg til for retten.

¹³⁴ Se Ot. prp. nr 5 1982-83 s. 30.

¹³⁵ Nærmere om tolkningen av urimelighetskriteriet i avtaleloven § 36 se Hagstrøm 1994 s. 131 flg.

¹³⁶ Denne konklusjonen samsvarer med det Selvig har lagt til grunn, se Selvig 1998 s. 283.

¹³⁷ Se Eckhoff/Smith s. 363-364.

¹³⁸ For gjennomgang av det foreliggende domsmaterialet vises det til den juridiske teori omkring avtaleloven § 36.

10.8 Oppsummering og konklusjon

I dette kapitlet har jeg sett nærmere på lovligheten av konkrete typer av vilkår benyttet i dagens utbyggingsavtaler.

I forrige kapittel konkluderte jeg med at lovligheten av avtalevilkår i utbyggingsavtaler avhenger av en konkret helhetsvurdering hvor kravet til saklighet og forholdsmessighet står sentralt. Kravene til saklighet og forholdsmessighet har således vært sentrale ved vurderingen av avtalevilkår benyttet i dagens utbyggingsavtaler.

Gjennomgangen av saklighetskravet har for det første vist at saklighetskravet er oppfylt i forhold til de mer tradisjonelle avtalevilkår som større bidrag til teknisk infrastruktur, sosial boligbygging og overføring av grunn til kommunale formål. Det må imidlertid bemerkes at det må kreves at avtalevilkårene står i saklig sammenheng med behovet etter den konkrete regulering.

For det andre har gjennomgangen av saklighetskravet vist at dette også er oppfylt i forhold til de avtalevilkår som har vokst frem i de senere år. Det er således adgang til å avtale at utbygger skal bidra til sosial infrastruktur og at kommunen kan overta noen boliger på spesielle vilkår. Gjennomgangen av saklighetskravet i forhold til disse vilkårstypene har imidlertid vist at denne adgangen er begrenset og må benyttes med varsomhet.

På bakgrunn av at denne adgangen må benyttes med varsomhet må det stilles strenge krav til den saklige sammenhengen med de behov som reises av den konkrete utbygging.

Private bidrag til denne typen av infrastruktur er unntak fra den alminnelige måte å finansiere disse tiltakene på. Det må således også kreves at de kommuner som benytter utbyggingsavtaler med slike vilkår har et reelt behov for at utbygger bidrar med midler til sosial infrastruktur for å få realisert den aktuelle utbygging.

Ved å åpne for en slik begrenset adgang til å avtale bidrag til sosial infrastruktur, ivaretas fleksibilitetshensynet ved at det åpnes for å benytte avtaleinstrumentet for å finne frem til fornuftige løsninger som gagnar alle parter. Samtidig er legalitetshensynet ivaretatt ved at kommunene ikke har adgang til å presse mest mulig ut av den enkelte utbygger. Videre er en slik begrenset adgang til å innta forpliktelser om bidrag til sosial infrastruktur egnet til å ivareta de alminnelige offentlige interesser, da det med en slik begrenset adgang er det mindre fare for at utbyggere kan "kjøpe" seg gunstige reguleringsvedtak.

Det er videre klart at de forpliktelser utbygger påtar seg i en utbyggingsavtale ikke må være uforholdsmessig tyngende. Ved å se kravet om forholdsmessighet sammen med kravet om at kommunen må ha et reelt behov for at den private part bidrar til finansieringen, er det klart at det er lettere å akseptere utbyggingsavtaler hvor utbygger delvis finansierer den sosiale infrastruktur. Det kan imidlertid ikke utelukkes i et konkret tilfelle at en avtaleforpliktelse om totalfinansiering av sosial infrastruktur vil kunne være lovlig.

Utbyggeren vil videre kunne angripe avtalen gjennom læren om urimelig myndighetsutøvelse og avtaleloven § 36. Når det gjelder avtaleloven § 36 vil denne først og fremst være relevant som supplerende element ved forholdsmessighetsvurderingen og som et selvstendig grunnlag for avtalerevisjon som følge av etterfølgende omstendigheter.

DEL III:

Avslutning

11 Avslutning

11.1 Innledning

I denne avhandlingen har jeg gjort rede for hvilke rettsregler som gjelder for innholdet av utbyggingsavtaler inngått i forbindelse med den kommunale behandling av reguleringsplan.

Avslutningsvis vil jeg foreta en kortfattet vurdering av i hvilken grad disse reglene er representative, også når utbyggingsavtalen er inngått på andre stadier av plan- og byggesaksbehandlingen. Videre vil jeg se nærmere på de foreslåtte lovforslag, og gi en kortfattet oversikt over hvordan de forholder seg i forhold til dagens rettstilstand.

11.2 Utbyggingsavtaler inngått på andre stadier av plan- og byggingsprosessen

11.2.1 Innledning

Som jeg har gjort rede for i kapittel 3.4 kan det forekomme utbyggingsavtaler inngått i forbindelse med byggesaksbehandlingen.

Byggesaksbehandlingen etter plan- og bygningsloven er lovbindende. Dette betyr at dersom man søker om byggetillatelse og lovens vilkår er oppfylt, har man krav på å få byggetillatelse. Da dette er en tillatelse man etter loven har krav på, er det rettslige utgangspunkt at kommunen ikke kan benytte kompetansen til å gi byggetillatelse, som byttemiddel til å forhandle frem avtaler med avtalevilkår utover det kommunen ensidig kan pålegge.

Nedenfor skal jeg se nærmere på to aktuelle unntak i fra dette utgangspunktet.

11.2.2 Privat oppfyllelse av rekkefølgebestemmelser

Kommunen kan i medhold av plan- og bygningsloven § 26 gi reguleringsbestemmelser om at utbygging skal skje i bestemt rekkefølge, og at utbygging innefor vedkommende områder ikke kan finne sted før nødvendig infrastruktur er etablert.

Dersom det kommer inne en søknad om byggetillatelse og rekkefølgebestemmelsene ikke er oppfylt, vil søknaden være i strid med vilkår i reguleringsplanen, og søknaden skal såfremt det ikke gis dispensasjon etter § 7 avslås.

Denne adgangen til å avslå byggesøknaden er det rettslige utgangspunktet for å inngå utbyggingsavtaler i forbindelse med rekkefølgebestemmelsene. Ettersom utbygger vil være interessert i å få satt i gang utbygging etter planen, vil han kunne være interessert i å inngå en utbyggingsavtale hvor han helt eller delvis finansierer de aktuelle tiltak.

I hvilken grad gjelder det andre regler for utbyggingsavtalers innhold, når de er inngått under disse forutsetningene, i stedet for under den kommunale behandling av reguleringsplan?

For det første må det med bakgrunn i at byggetillatelsen i utgangspunktet er et lovbundet vedtak, kreves at avtalen ikke omfatter tiltak utover de som allerede er berørt i de aktuelle rekkefølgebestemmelser. I forhold til utbyggingsavtaler inngått under den kommunale behandling av reguleringsplan, innebærer dette en innskrenking i saklighetskravet. For eksempel vil det være usakelig å avtale bestemmelser om sosial boligprofil, da dette er bestemmelser det ikke er adgang til å innta i rekkefølgebestemmelsene.

Når det gjelder spørsmålet om i hvilken utstrekning den private part kan påta seg å finansiere infrastruktur som er inntatt i rekkefølgebestemmelsene, må imidlertid de rettslige vurderingene langt på vei være de samme som for utbyggingsavtaler inngått i forbindelse med den kommunale behandling av reguleringsplan. Dette følger av at den rettslige adgangen i stor grad må begrunnes i de samme rettsregler, samt at det i stor grad er de samme hensyn som gjør seg gjeldende i begge disse avtalesituasjoner.

Siden den rettslige vurderingen bygger på en helhetsvurdering, kan imidlertid et par forhold stille seg noe annerledes ved utbyggingsavtaler om oppfyllelse av rekkefølgevilkår:

For det første er det et poeng at disse avtalene blir inngått etter at reguleringsvedtaket er fattet. Dette gjør faren for tilsidesettelse av interessene til berørte tredjemenn og alminnelige offentlige interesser mindre, noe som i totalvurderingen tilser at adgangen for den private part til å påta seg forpliktesler vil kunne være noe større.

For det andre vil utbygger ved disse avtalene kunne bli kjent med kommunens krav og behov på et senere tidspunkt. Dette vil kunne føre til at utbygger kan ha påtatt seg ganske store utgifter før han ble kjent med kommunens krav og behov. Utbygger vil således lettere kunne være i en presset situasjon ved disse avtalene. Dette vil kunne bety at adgangen for utbygger til å påta seg å sørge for infrastruktur, vil bli noe snevrere.

11.2.3 Utbyggingsavtaler inngått under trussel om ekspropriasjon

Etter plan- og bygningsloven § 35 kan kommunestyret foreta ekspropriasjon til gjennomføring av reguleringsplan eller bebyggelsesplan. Kommunen er gjennom denne bestemmelsen gitt en mulighet til å erverve reguleringsområdet, og selv stå for utbyggingen. Ved å gjøre dette vil kommunen detaljstyre utbyggingen og således i større grad oppnå sine politiske målsetninger.

Siden kompetansen etter denne bestemmelsen er lagt til kommunestyrets skjønn, vil utbyggingsavtaler inngått under trussel om ekspropriasjon være et spørsmål om bruk av skjønnsmessig offentlig myndighet som byttemiddel. Det er således de samme rettslige utgangspunkter som vil regulere utbyggingsavtaler under trussel om ekspropriasjon, som utbyggingsavtaler inngått under den kommunale behandling av reguleringsplan.

Den konkrete saklighetsvurdering vil imidlertid være annerledes. Dette følger av at det er et annet kompetansegrunnlag som blir benyttet som byttemiddel.

Saklighetsvurderingen ved bruk av ekspropriasjonsmyndigheten som byttemiddel, må ta

utgangspunkt i hva kommunen søker å oppnå ved å benytte denne myndigheten. Sivilombudsmannens uttalelse i fra 1989 s. 105 er her illustrerende.¹³⁹

Når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen og de øvrige sentrale elementer i helhetsvurderingen vil det måtte legges vekt på de samme forhold som ved bruk av reguleringsmyndigheten som byttemiddel.

11.3 Forholdet til de aktuelle lovforslag

11.3.1 Innledning

Ettersom både planlovutvalget og bygningslovutvalget har foreslått å lovregulere adgangen til å inngå utbyggingsavtaler, vil jeg se nærmere på hovedtrekkene i disse forslagene. Jeg vil, ved denne gjennomgangen, se nærmere på hvilke forandringer forslagene legger opp til i forhold til gjeldende rett.

11.3.2 Planlovutvalgets lovforslag

Planlovutvalget har foreslått følgende bestemmelse for å regulere utbyggingsavtalers innhold:

"En utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelse om i arealdel til kommuneplan, områdeplan eller detaljplan. Slik avtale kan også gå ut på at tiltakshaver skal besørge helt eller delvis finansiere bestemte ytelser knyttet til utbyggingen, innenfor de rammene som følger av § 18-1 og regelene om offentlige anskaffelser.

Avtalen må ikke legge vesentlige bånd på den brede vurderingen av alle interessene som knytter seg til bruken av arealet."¹⁴⁰

¹³⁹ Det er grundig redegjort for innholdet i denne uttalelsen i kapittel 9.5.

¹⁴⁰ Lovforslaget § 18-3. Se NOU 2003:14 s. 340.

Etter bestemmelsens første ledd følger det at kommunen ikke har adgang til å inngå utbyggingsavtaler utenfor rammene av den ensidige vilkårskompetansen slik denne er fastlagt i § 18-1. I forhold til dagens rettstilstand stenger således lovforslaget for at kommunen kan benytte seg av sin reguleringsmyndighet, som byttemiddel, for at utbygger skal påta seg større forpliktelser enn det kommunen ensidig kan pålegge.

Lovforslaget legger opp til at avtalekompetansen skal samsvare med vilkårskompetansen. Det er således nødvendig å se nærmere på vilkårsbestemmelsen i forslagets § 18-1 for å redegjøre nærmere for hvilket innhold utbyggingsavtaler kan ha etter forslaget.

§ 18-1 i forslaget lyder som følgende:

"Innenfor de rammene som følger av reglene om offentlige anskaffelser, kan kommunen i forbindelse med planvedtak eller tillatelse etter denne lov gjøre utbygging betinget av at tiltakshaver besørger eller helt eller delvis finansierer veg, annet anlegg for offentlig kommunikasjon, anlegg for energiforsyning, vanntilførsel og avløp, og fellesarealer, som kommunen påviser er nødvendig for å gjennomføre utbyggingen. Med veg forstås kjørebane med fortau og snuplasser, gangveg, sykkelsti, turveg og offentlig plass, hvor private avkjørsler blir tillat. Betingelsen kan også gjelde avbøtende tiltak, jf. § 1-9.

Kommunen kan ikke sette betingelser om andre ytelser, eller motta gaver som har sammenheng med planvedtaket eller tillatelsen"¹⁴¹

Da det er denne bestemmelsen som regulerer de ytre rammene for utbyggingsavtalers innhold, ser vi at planlovutvalget foreslår at det ikke skal være adgang til å avtale bidrag til sosial infrastruktur. For å gjøre dette klart understreker utvalget i sitt forslag at kommunen ikke skal kunne stille ytterligere vilkår, eller motta gaver som har sammenheng med tillatelsen.

¹⁴¹ Se NOU 2003: 14 s. 339.

I dagens utbyggingsavtaler er det vanlig å regulere utbyggers bidrag til teknisk infrastruktur. I disse avtalene er det ikke uvanlig at utbygger påtar seg større forpliktelser enn kommunen etter dagens lovgivning ensidig kan pålegge. Planlovutvalget foreslår å regulere utbyggers bidrag til teknisk infrastruktur uttømmende.¹⁴² Denne uttømmende reguleringen tilsvarer i hovedsak de infrastrukturtiltak som er regulert i dagens plan- og bygningslov kap. IX. Utvalget har imidlertid foreslått en liten utvidelse ved å innta mulighet for å sette vilkår om anlegg for energiforsyning.

Som tidligere nevnt foreslår utvalget at bestemmelser om sosial boligbygging kan inntas som detaljbestemmelser i områdeplan. Utvalget har således valgt å ivareta kommunenes ønske om å kunne påvirke disse forhold ved en utvidelse av den ensidige vilkårskompetansen.

11.3.3 Bygningslovutvalgets lovforslag

Bygningslovutvalget har foreslått følgende bestemmelse for å regulere utbyggingsavtalers innhold:

"En utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelse om i arealdel til kommuneplan, områdeplan eller detaljplan.

Slik avtale kan også gå ut på at grunneier eller utbygger skal besørge eller helt eller delvis bekoste tiltak som står i saklig sammenheng med og som er nødvendig for gjennomføringen av planvedtak. Slike tiltak skal tjene interessene i utbyggingsområde og stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang."¹⁴³

Første ledd i denne bestemmelsen legger til grunn at utbyggingsavtaler kan inneholde forhold som kommunen har gitt bestemmelse om i planvedtak. Dette er i tråd med planlovutvalgets forslag. I forhold til gjeldende rett er det grunn til å bemerke at dette

¹⁴² Se NOU 2003: 14 s. 339.

¹⁴³ Lovforslaget § x-2. Se NOU 2003: 24 s. 170.

lovforslaget legger opp til at avtalen må gjelde forhold som kommune allerede har regulert i sine planer. En utbyggingsavtale vil således ikke kunne foregripe kommunens planvedtak.

Annet ledd i bestemmelsen åpner for at utbygger i en avtale med kommunen kan påta seg forpliktelser utover det som kommunen ensidig kan pålegge. Det er på dette punktet bygningslovutvalgets forslag skiller seg i fra planlovutvalget sitt forslag.

Utvalget har søkt å utforme en dynamisk og fleksibel regel som skal kunne gjøre utbyggingsavtaler til et nyttig redskap for så vel kommunen som utbygger.¹⁴⁴ Utbyggers legalitetsvern søkes imidlertid ivaretatt med forholdsvis strenge krav til hvordan kommunen kan benytte kompetansen til å inngå utbyggingsavtaler.

Bestemmelsens annet ledd åpner for at utbygger kan påta seg ansvar for å besørge eller helt eller delvis bekoste ulike typer tiltak. Utvalget legger i sine motiver til grunn at "tiltak" i prinsippet omfatter både teknisk og sosial infrastruktur. Utvalget presiserer videre at selv om de i utgangspunktet åpner for avtalevilkår om sosial infrastruktur, så setter de nærmere vilkår i bestemmelsen klare begrensninger for denne adgangen. Videre presiserer utvalget at forslaget åpner for bidrag til teknisk infrastruktur som ikke kan pålegges direkte med hjemmel i lov.¹⁴⁵ I forhold til dagens utbyggingsavtaler er det grunn til å bemerke at tiltak ikke omfatter bestemmelser om sosial boligprofil. Bakgrunnen for dette er at bygningslovutvalget har lagt til grunn planlovutvalgets forslag om at det kan gis bestemmelser om slike forhold i områdeplan.

Når det gjelder skrankene for avtalekompetansen følger det av bestemmelsens andre ledd første punktum at tiltaket må stå i saklig sammenheng med, og være en nødvendig følge av, gjennomføringen av gjeldende arealplaner for området.

Hvilken betydning legger så utvalget i disse begrepene? Når det gjelder kravet til saklig sammenheng følger det av utvalgets motiver at det må være en relevant og nær

¹⁴⁴ Se NOU 2003 s. 170

¹⁴⁵ Se NOU 2003:24 s. 171.

tilknytning mellom det kommunen krever og planens innhold. Som eksempler nevner utvalget opparbeiding og/eller bekostning av veikryss, etablering av rundskjøringer, bygging av gangbroer og bidrag til sosial infrastruktur. På dette punktet samsvarer utvalgets lovforslag med mine konklusjoner i forhold til gjeldende rett.

Når det gjelder kravet om at det utbygger påtar seg skal være en nødvendig følge av utbyggingen, uttaler utvalget at dette innebærer et krav om at utbyggingen medfører et konkret behov for ytelsen. Tiltaket må være funksjonelt og planfaglig nødvendig. I disse kravene legger utvalget til grunn at de krav utbygger påtar seg funksjonelt må stå i sammenheng med det press som blir lagt på infrastrukturen i området. Videre må tiltaket etter en planfaglig vurdering fremstå som en forutsetning for at utbyggingsområdet skal ha en tilfredsstillende utforming. Også på dette punktet er lovforslaget langt på vei i samsvar med de vurderinger jeg har foretatt av gjeldende rett.

I bestemmelsens annet ledd annet punktum legges det videre til grunn at tiltaket skal tjene interessene i utbyggingsområdet. Dette eksemplifiseres med at det ikke kan kreves bidrag til oppføring av en skole, når utbyggingen gjelder seniorboliger. Dette kravet samsvarer med det jeg under min behandling av saklighetskravet har kategorisert som kravet til nærhet til de behov for infrastruktur som den aktuelle utbygging reiser.

Det følger videre av annet ledd annet punktum at tiltaket må stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang. Utvalget legger med dette opp til en forholdsmessighetsvurdering. Det understrekes i motivene at forholdsmessighetsbetraktningen må foretas etter en konkret helhetsvurdering hvor det er tale om et større utbyggingsområde. Det er således grunn til å tro at utvalget legger opp til en forholdsmessighetsvurdering i tråd med de føringer som er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2003 s 764. I tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen er det grunn til å bemerke lovforlagets adgang til å "delvis bekoste" infrastruktur. I tråd med den redegjørelsen jeg har foretatt i henhold til gjeldende rett vil det således være lettere å akseptere at utbygger delvis er med på å finansiere infrastruktur, enn at utbygger påtar seg å bekoste hele det aktuelle infrastrukturtiltak.

11.3.4 Oppsummering

Oppsummeringsvis kan det sies at planlovutvalget legger opp til en skjerping i forhold til hvilke typer av forpliktelser som kan inntas i en utbyggingsavtale.

Bygningslovutvalget legger seg derimot på en linje som langt på vei må sies å samsvare med gjeldende rett.

12 Litteraturliste

Offentlige Publikasjoner:

NOU 1979: 32 Formuesrettslig lempingsregel

NOU 1987:33 Nytt hovedgrep på plan- og bygningslovgivningen

NOU 1995: 18 s. 22 Ny lovgivning om opplæring

NOU 2001: 7 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven

NOU 2003: 14 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II

NOU 2003: 24 Mer effektiv bygningslovgivning

Ot. prp. nr. 38. 1964-65 Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Ot.prp. nr 56 1984-85 Om ny plan- og bygningslov

Ot. prp. nr. 1. 1964-65 Om ny bygningslov s. 110

Ot. prp. nr. 46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringsloven)

Ot. prp. nr 36 Helsetjenesten og sosialtjenesten i kommunene

Ot. prp. nr 5 (1982-83) Generell formuesrettslig lempingsregel

Teori:

Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 8 utg. Oslo 1998.

Aulstad, Johan. Forholdet mellom legalitetsprinsippet og prinsippet om avtalefrihet. I Forvaltningsrettslig tidskrift 2002 s. 229-263.

Bernt, Jan Fridtjof. Forbehold ved forvaltningsvedtak. Bergen 1977.

Boe, Erik. Innføring i juss bind 2 – statsrett og forvaltningsrett. Oslo 1993.

Boe, Erik. Innføring i juss – juridisk tenking og rettskildelære. Oslo 1996.

Boe, Erik. Forholdet mellom privatrett og offentlig rett – nye tendenser. I Rettsteori og rettsliv – Festskrift til Carsten Smith 2002 s. 122.

Eckhoff/Smith. Forvaltningsrett 7. utg. Oslo 2003.

Eckhoff/Smith. Forvaltningsrett 6. utg. Oslo 1997.

Eckhoff, Torstein. Forvaltningsrett 4. utg. Oslo 1992.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 4. utg. ved Jan Helgesen. Oslo 1997.
Fleischer, Carl August. Plan- og bygningsretten. Oslo 1992.
Fleischer, Carl August. Rettskilder og juridisk metode. Oslo 1998.
Frihagen, Arvid. Kommunale utbyggingsavtaler. I lov og rett 1977 s. 282-284.
Frihagen, Arvid. Plan- og bygningsloven kommentarutgave bind III. Oslo 1989.
Frihagen, Arvid. Forvaltningsrett bind I. Oslo 1991.
Graver, Hans Petter. Alminnelig forvaltningsrett 2. utg. Oslo 2002.
Hagstrøm, Viggo. Urimelige avtalevilkår. Lov og rett 1984 s. 131-168.
Hov, Jo. Avtaleslutning og ugyldighet. Oslo 1998.
Woxholth, Geir. Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning. Oslo 2001.
Pedersen, Sandvik, Skaaraas, Ness og Os. Plan- og bygningsrett. Oslo 2000.
Rogstad, Daniel. Reguleringsplaner- innhold og virkninger. Oslo/Ås 1999.
Selvig i Knophs oversikt over Norges rett, 11 utg. 1998.

Rettspraksis:

Rt. 1915 s. 161

Rt. 1931 s. 241

Rt. 1957 s. 86

Rt. 1964 s. 209

Rt. 1979 s.994

Rt. 1997 s. 1794

Rt. 2003 s. 764

Praksis fra Sivilombudsmannen:

Sivilombudsmannens årsmelding 1989 s. 105.

Sivilombudsmannens årsmelding 1993 s. 253.

Sivilombudsmannens årsmelding 2000 s. 232

Departements uttalelser:

rundskriv H- 5/02 Juridiske spørsmål vedrørende utbyggingsavtaler i tilknytning til plan- og byggesaksbehandling m.v.

Miljøverndepartementet. Veileder Reguleringsplan Bebyggelsesplan 01- 11 - 2001

Kommunal og regional departementets uttalelse i fra 21. 05. 2001.

Lover:

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven) av 1967 10 feb.

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli Nr. 69. 1999.

Bygningslov av 18. juni. 1965

Planleggingsloven av 1981

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagter og om ugyldige viljeserklæringer 1918

lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæring (opplæringsloven) av 17. juli. Nr 61. 1998.

lov om barnehager (barnehageloven) av

05.05. 1995 nr. 19.

lov om helsetjenesten i kommunene (kommunehelsetjenesteloven) av 19. nov. nr 66.

1982

lov om sosiale tjenester(sosialtjenesteloven) av 13. desember nr. 81 1999.

lov om Den norske kirke (kirkeloven) av 7. juni. Nr 31. 1996

Øvrige kilder:

Erik Boes foredrag: ”Oversikt over de ulike rettsproblemer som utbygningssavtaler reiser”, holdt i forbindelse med kurs om utbygningssavtaler arrangert av juristenes utdanningscenter Oslo 9. april 2003.

rådmannens redegjørelse for formannskapet i Bærum kommune 16.01. 2002- saksnummer 003/02.

PBL 2000 sin rapport- Utbygningssavtaler. Praksis og utfordringer

Johan Aulstads foredrag: ”Utbygningssavtalers rettslige karakter og grensene for kommunens avtalekompetanse”, holdt i forbindelse med kurs om utbygningssavtaler arrangert av juristenes utdanningscenter Oslo 9. april 2003

Ørnulf Røhnebæks foredrag: ”Utbygningssavtaler – rettslig karakter og rettslige begrensninger i forhold til utbyggeren?”, holdt i forbindelse med kurs om utbygningssavtaler arrangert av juristenes utdanningscenter Oslo 9. april 2003.

Røsnes, August. Rapport om økonomiske og samfunnsmessige virkninger ved bruk av utbygningssavtaler 2002 s. 18