

REGJERINGSADVOKATEN

Kommunal- og regionaldepartementet

Postboks 8112 Dep
0032 Oslo

KOMM. OG REG. DEP
12 JAN 2004
03 13773-7
Ark. 405
Avd. BB 1 BY 1 KFR

Deres ref
03/3773-1 KFR

Vår ref
2003-0823 CR/CR

Dato
09.01.2004

HØRING NOU 2003: 24 MER EFFEKTIV BYGNINGSLOVGIVNING - UTBYGGINGSAVTALER

1. Innledning

Jeg viser til departementets høringsbrev 5. november 2003 og den vedlagte første delutredning fra Bygningslovutvalget.

Regjeringsadvokaten har ingen spesielle bemerkninger til Bygningslovutvalgets mer generelle beskrivelse av fordeler og ulemper ved utbyggingsavtaler (utredningens pkt. 9.6). Utvalgets konklusjon er at det er et klart behov for lovregulering av utbyggingsavtaler i en eller annen form. Regjeringsadvokaten kan slutte seg til denne vurderingen. Særlig er det grunn til å påpeke at hensynet til tredjemenn, miljøhensyn m.v. gjør at det er utilstrekkelig å la utbyggingsavtaler forbli et uavklart rettsområde mellom planmyndighet og grunneier/utbygger.

Planlovutvalget fremla i NOU 2003: 14 Bedre kommunal og regional planlegging II, også et utkast til lovregulering av utbyggingsavtaler. Det vises til lovutkastet kap. 18. Planlovutvalgets utkast er kommentert i eget brev til Miljøverndepartementet av i dag. For sammenhengens skyld legges en gjenpart ved denne høringsuttalelsen.

Regjeringsadvokaten vil i det følgende knytte enkelte kommentarer til Bygningslovutvalgets utkast til lovregulering av utbyggingsavtaler.

2. Lovutkastet § x-1 Definisjon

Utkastets definisjon ser ut til å fange opp det vesentlige elementet ved en utbyggingsavtale som gjør at det er grunn til å lovgi spørsmålet, nemlig at avtalen innebærer et eller annet element av utnyttelse av offentlig planmyndighet. Det synes hensiktsmessig å benytte uttrykket "grunneier eller utbygger" om avtalemotparten i det "iltakshaver" har en mer teknisk definisjon i byggesaksreglene i loven.

POSTADRESSE:
POSTBOKS 8012 DEP
0030 OSLO

TELEFON: 22 99 02 00
DIREKTE INNVALG: 22 99 02 57
TELEFAKS: 22 99 02 50

BESØKSADRESSE:
PILESTREDET 19

Det er foreslått at det i Planlovutvalgets utkast til § 4-5 om statlige arealplaner bør tas inn en bestemmelse om at reglene om utbyggingsavtaler får tilsvarende anvendelse. Forutsatt at Planlovutvalgets utkast til regler om bindende statlige arealplaner følges opp, vil det være nødvendig å ta stilling til om reglene om utbyggingsavtaler skal gis anvendelse. Formentlig vil dette være mindre praktisk enn utbyggingsavtaler med kommuner. Noen avgjørende innvendinger mot at staten skal kunne inngå en utbyggingsavtale er imidlertid vanskelig å se. Det er derfor grunn til, som foreslått av Bygningslovutvalget, å la reglene om utbyggingsavtaler gjelde også der det er statlig planmyndighet som er aktuell. Lovteknisk vil det muligens være mer hensiktsmessig å la dette komme direkte til uttrykk i lovens kapittel om utbyggingsavtaler enn i Planlovutvalgets utkast kap. 4. For eksempel kan dette gjøres ved en tilføyelse i Bygningslovutvalgets utkast § x-1, nytt annet ledd som kan lyde slik:

”Reglene om utbyggingsavtaler får tilsvarende anvendelse for avtaler mellom staten og en grunneier eller utbygger når avtalen har sitt grunnlag i statlig arealplan, jf. § [§4-5 i Planlovutvalgets forslag]”

3. Lovutkastet § x-2 Utbyggingsavtalens innhold

Dette er den sentrale bestemmelsen om hva utbyggingsavtaler kan gå ut på. Denne bestemmelsen gir en noe videre ramme for innholdet enn Planlovutvalgets utkast § 18-3(1) idet ikke bare teknisk infrastruktur, men også sosial infrastruktur kan omfattes. Bygningslovutvalget har påpekt at det bør gis en dynamisk og fleksibel regel for å få et nyttig redskap for så vel kommunen som utbyggeren.

Om utbyggingsavtaler strengt skal avgrenses til teknisk infrastruktur, som foreslått av Planlovutvalget, eller kunne gis en videre ramme som foreslått av Bygningslovutvalget, er i hovedsak et politisk spørsmål. Det er imidlertid vanskelig å se avgjørende innvendinger mot at det også bør være en viss mulighet for å la utbyggingsavtalen omfatte sosial infrastruktur. I noen tilfeller må det kunne antas at dette er nødvendig for å få realisert en ønsket utbygging, men der kommunen ikke selv har midler til i tide å få på plass skoler, barnehager osv. Om dette ikke skal kunne omfattes av en utbyggingsavtale vil resultatet kunne bli at vilkår om senest samtidig ferdigstillelse av slike innretninger blir tatt med som en rekkefølgebestemmelse i planen. Det vil kunne hindre enhver utbygging inntil kommunen har midler til å finansiere dette. Så lenge tredjemannsinteresser ikke blir skadelidende, men blir tilstrekkelig tatt hensyn til i prosessen som leder frem til utbyggingsavtalen, synes det ikke være grunn til absolutt å forby at utbygger bidrar til finansieringen av for eksempel skoler og barnehager.

Man må imidlertid også være på vakt mot at planmyndighetene misbruker sin myndighet. Jeg nøyer meg her med å vise til pkt. 3 i den vedlagte høringsuttalelsen fra Regjeringsadvokaten til Miljøverndepartementet.

Bygningslovutvalget har formulert fire vilkår for at grunneier eller utbygger skal bekoste eller besørge tiltak. Tiltaket skal

- stå i saklig sammenheng med gjennomføring av planvedtaket,
- være nødvendig for gjennomføringen av planvedtaket,
- tjene interessene i utbyggingsområdet, og
- stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang.

Det kan nok diskuteres om det eksplisitte sakslighetsvilkåret har noen egen betydning utover det som følger av at tiltaket må være nødvendig og tjene interessene i utbyggingsområdet.

Tiltaket må altså være nødvendig, saklig og forholdsmessig. Disse vilkårene ligner adskillig på de vilkår som begrenser adgangen til å stille vilkår i den ulovfestede vilkårslæren om at vilkåret må være saklig og ikke uforholdsmessig tyngende. Rettspraksis om vilkårslæren viser at det i en viss utstrekning er lagt vekt på om den private parten har tatt initiativet overfor forvaltningen og samtykket i vilkåret, se særlig Rt. 2003 s. 764 "Handelsstedet Bærums Verk" og Rt. 1964 s. 209 "Mimi Halvorsen". Særlig saken om Handelsstedet Bærums Verk ligger tett opp til de problemstillinger som utbyggingsavtaler reiser ved at saken gjaldt dispensasjon fra gjeldende reguleringsplan på vilkår av at utbygger fikk bygget en gang- og sykkelvei forbi Handelsstedet.

Ved inngåelsen av en utbyggingsavtale vil regelmessig initiativet ligge hos den private part og det vil alltid foreligge samtykke til de vilkår som fremgår av avtalen. Dette taler for at de materielle rammene for inngåelse av utbyggingsavtaler ikke bør være snevrere enn de rammer som etter gjeldende rett er fastslått for vilkår som kan settes ved dispensasjon fra gjeldende reguleringsplan.

Det er noe vanskelig å ta definitivt stilling til om Bygningslovutvalgets forslag vil begrense kommunens adgang til å betinge seg motytelser ift. vilkårslæren. Det vil avhenge av hvor strengt vilkårene om nødvendighet, saklighet og forholdsmessighet blir praktisert. Når utvalget uttaler at det i nødvendighet ligger at utbyggingen må medføre "et konkret behov for ytelsen" synes det å vise at vilkåret ikke skal anvendes altfor strengt. Dette leder over til en annen problemstilling, nemlig i hvilken grad man skal kunne få etterprøvd om vilkårene er oppfylt ved søksmål for domstolene. Dette er ikke omtalt i Bygningslovutvalgets forslag. Etter den ulovfestede vilkårslæren vil domstolskontroll følge de vanlige regler om rettslig prøving av forvaltningsvedtak, der myndighetsmisbrukslæren vil utgjøre en materiell skranke. Dersom vilkåret er usaklig motivert eller etter sitt innhold grovt urimelig, vil retten kunne statuere ugyldighet. Jeg viser her til bl.a. Rt. 2003 s. 764 "Bærums Verk" og videre til – fra et beslektet rettsområde – avgjørelsen i Rt. 2002 s. 209.

Dersom det gis lovregler om utbyggingsavtaler, med materielle begrensninger om nødvendighet, saklighet og forholdsmessighet, bør det tas stilling til om domstolene ved søksmål fullt ut skal kunne overprøve den vurdering kommunen har gjort i samtiden. Det må her både tas hensyn til at kommunene vil kunne handle under et visst tidsmessig press og under påtrykk fra den private parten. I en slik situasjon kan det hevdes at det er lite rimelig om den private part, som kanskje har initiert utbyggingen og selv foreslått det tiltak han skal bekoste, etter at utbyggingsavtalen er inngått skal kunne snu seg rundt og få en domstol til å underkjenne denne forpliktelsen på det grunnlag at den er uforholdsmessig overfor ham. Om det vil være hensiktsmessig å innføre noen videre prøvingsadgang enn det som er gjeldende rett for vilkårslæren bør i det minste analyseres nærmere.

De foreslåtte vilkårene om nødvendig, saklig og forholdsmessighet vil i en viss utstrekning uansett måtte vurderes på bakgrunn av hva som er vanlig praksis i denne typen avtaler og til en viss grad også måtte baseres på planfaglige vurderinger. Om man ikke vil overlate vurderingen av disse vilkårene helt ut til forvaltningens skjønn, vil disse hensyn i det minste kunne tilsi at domstolen ikke bør stå helt fritt i overprøving av kommunens samtidige vurdering, men bør legge en viss vekt på denne og utvise en viss tilbakeholdenhet med å overprøve den. Et slikt prinsipp om noe avdempet prøving er lagt til grunn innenfor andre saksfelter som patentsaker, jf. Rt. 1975 s. 603, og i naturfredningssaker, jf. Rt. 1995 s. 1427.

Bygningslovutvalget har i § x-2(1) foreslått at avtalen kan gjelde forhold som det er gitt bestemmelser om i en bindende arealplan, mens det i § x-2(2) er foreslått de vilkår som er behandlet ovenfor. Forholdet mellom første og annet ledd er ikke umiddelbart innlysende, men poenget ser ut til å være at første ledd gjelder de situasjoner kommunen ensidig kunne gitt de samme bestemmelsene med hjemmel i lovens regler om hva planer kan gå ut på, mens annet ledd utvider adgangen til å kreve motytelser utover dette. Bygningslovutvalget bygger, i

motsetning til Planlovutvalget, på en forutsetning om at samtykke fra den private part vil kunne utvide det offentliges adgang til å kreve motytelser. Sett i lys av rettspraksis om vilkårslæren, som det er vist til ovenfor, må Bygningslovutvalgets syn her være riktig. Poenget med § x-2(1) synes etter dette først og fremst å være å vise i loven at det offentlige kan inngå avtaler der et av byttemidlene er en offentlig tillatelse/reguleringsbestemmelse. Dette fremgår imidlertid ikke helt klart ved at det etter (1) kreves at planbestemmelsen allerede er gitt før avtalen bindende inngås.

Det er mulig forholdet mellom første og annet ledd ville bli klarere dersom bestemmelsen ble omformulert for eksempel slik:

"En utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen kan gi bestemmelse om i arealdel til kommuneplan, områdeplan eller detaljplan. Avtalen blir først bindende for kommunen når vedkommende planbestemmelse er gitt.

En utbyggingsavtale 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 nødvendige for gjennomføringen av planvedtak. Slike tiltak skal tjene interessene i utbyggingsområdet og stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang."

Det kommer muligens også noe klarere frem ved dette forslaget til første ledd at kommunen kan forhandle om utbyggingsavtalen parallelt med at det arbeides med plan for området. Bygningslovutvalget har foreslått at dette skal kunne skje parallelt, og det synes hensiktsmessig.

Skulle man mene at vurderingen av om vilkårene etter annet ledd er oppfylt skal være undergitt kommunens frie skjønn, kan annet ledd for eksempel omformuleres slik:

"... tiltak når kommunen finner at tiltaket står i saklig sammenheng med og er nødvendig for ..."

4. Lovutkastets § x-3

Bygningslovutvalget har påpekt at det kan hefte en viss tvil ved i hvilken grad reglene om offentlige anskaffelser setter skranker for utbyggingsavtalers innhold. Dette ser ut til å være et noe mer nyansert standpunkt enn Planlovutvalget inntok, sml. NOU 2003: 14 s. 339 høyre sp. som noe mer kategorisk fastslår at reglene om offentlige anskaffelser "vil gjelde også for de arbeider som skal utføres som en betingelse for at et område skal utbygges". Planlovutvalget har for øvrig vist til lov av 27. november 1992 nr. 116, men denne er nå avløst av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 (offanskl).

Bygningslovutvalget har foreslått en ren henvisningsregel i § x-3. Det er grunn til å spørre om det er hensiktsmessig. Bestemmelsen er ikke i seg selv ment å ha noe materielt innhold. De materielle reglene vil følge av offanskl. med tilhørende forskrifter. Reglene om offentlige anskaffelser vil kunne få betydning i mange relasjoner, uten at det av den grunn er naturlig å innta en henvisning til dem hver gang den aktuelle lovreguleringen berører et slikt felt.

En ulempe med å innta en henvisning til reglene om offentlige anskaffelser i (plan- og) bygningsloven er at lovteksten blir mer komplisert enn nødvendig. En annen innvending, som kanskje er tyngre, er at det vil kunne tenkes å få en viss normativ virkning på sikt at en slik henvisning er tatt inn. Det kan skape et press på å la reglene om offentlige anskaffelser få anvendelse for utbyggingsavtaler i større utstrekning enn det som ellers ville følge av den eksisterende materielle reguleringen i offanskl.

5. Lovutkastet § x-4

Det foreslås i denne bestemmelsen regler om saksbehandling og offentlighet ved inngåelse av utbyggingsavtaler. Det må vel antas at dette ikke er en uttømmende regulering av saksbehandlingen, men at også de alminnelige saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og i uskreven rett skal få anvendelse. Dette bør kanskje presiseres i en eventuell proposisjon.

Det vil være viktig med åpenhet rundt inngåelse av utbyggingsavtaler særlig med sikte på at tredjemannsinteressene i tilstrekkelig grad skal kunne bli hørt og tatt hensyn til. Utkastet § x-4 (1) – (4) synes å gi en hensiktsmessig regulering av dette.

Når det gjelder bestemmelsen i § x-4(5) henger den nøye sammen med utkastet § x-2(1). Jeg viser til det som er sagt om § x-2 ovenfor. Det bør derfor vurderes om ikke § x-4(5) heller bør innarbeides i § x-2.

6. Lovutkastet § x-5

Det er her foreslått regler om klage og omgjøring. Utkastet § x-5(1) 1. pkt. ser ut til å være en ren henvisning til klagereglene i pbl. § 15, jf. også fvl. § 28 og § 34. Som påpekt ovenfor kan det nok diskuteres om den private utbygger som har tatt initiativ til og fått inngått en utbyggingsavtale i ettertid skal kunne "snu seg rundt" og anfekte avtalens innhold. I forhold til reglene om forvaltningsklage vil dette ikke være noe stort problem pga. de relativt knappe tidsfrister som gjelder for klage. Klagen vil dermed måtte inngis og kunne behandles før utbyggingen settes i gang. Ved rettslig prøving kan derimot situasjonen være en annen. Noen bestemt søksmålsfrist gjelder ikke. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

Bestemmelsen i § x-5(1) 2. pkt. innebærer derimot noe nytt ved at det er særskilt bestemt at klagen ikke kan gjelde forhold som det har vært adgang til å påklage ifm. tidligere planvedtak. Det kan være gode grunner for å forenkle klagereglene i plan- og bygningsloven noe for å oppnå hurtigere saksbehandling, bl.a. slik at man unngår "dobbelbehandlig" av klagegrunner. Bygningslovutvalget drøfter dette på s. 86 – 87. I en ny plan- og bygningslov bør det trolig gis en generell bestemmelse om dette. Det vil i så fall kunne gjøre forslaget i § x-5(1) 2. pkt. overflødig.

Det er i § x-5(1) 3. pkt. foreslått at klageinstansen kun kan stadfeste eller oppheve utbyggingsavtalen, og ikke ellers foreta endringer. Forslaget synes velbegrunnet. Når klageinstansens kompetanse er begrenset på denne måten taler de beste grunner for at den samme begrensning bør gjelde ved domstolsprøving av utbyggingsavtalen. Rettspraksis om vilkårlæren har ikke helt avklart hva som er gjeldende rett innenfor det feltet. Spørsmålet har så langt ikke vært satt på spissen for Høyesterett. Det kan derfor hevdes at det p.t. er noe usikkert om en domstol kan komme til noen mellomløsning, for eksempel justere et vilkår noe i den private parts favør eller lignende. Ved ny lovgivning om utbyggingsavtaler vil det derfor være grunn til i loven eller lovforarbeidene å klargjøre at domstolens avgjørelse enten må gå ut på en fullstendig tilsidesettelse av utbyggingsavtalen eller at avtalen aksepteres.

Et særlig problem oppstår ved at det ikke gjelder noen alminnelig, bestemt frist for å reise søksmål, og noen slik frist er heller ikke foreslått for søksmål om utbyggingsavtaler. Det kan derfor for eksempel skje at den private initiativtaker går i gang med utbyggingsprosjektet, herunder de pålagte tiltak (sykkelvei eller lignende). Underveis endres økonomien i utbyggingsprosjektet, enten ved at boligprisene synker, boligene blir dyrere å bygge el. tilsvarende. Utbyggeren vil da kanskje endre oppfatning og reise søksmål om at utbyggingsavtalen var ugyldig og begrunne det med at de pålagte tiltakene ikke sto i rimelig forhold til utbyggingens art. På et slikt stadium vil det ofte ikke være noe alternativ med ikke-utbygging og spørsmålet blir dermed om utbyggeren skal kunne velte noen av kostnadene over på kommunen gjennom et erstatningssøksmål. Rt. 2003 s. 764 "Handelsstedet Bærums Verk" illustrerer problemstillingen for å så vidt gjelder vilkårlæren. Som påpekt i kommentarene til


§ x-2 ovenfor, kan det være grunn til å begrense noe domstolens adgang til å overprøve kommunens samtidsvurdering av hva som var nødvendige og rimelige tiltak å pålegge utbyggeren gjennom utbyggingsavtalen.

Det er i utkastet § x-5(2) gitt regler om omgjøring. Første pkt. er en henvisning til de alminnelige regler Planlovutvalget har foreslått om omgjøring av hhv. områdeplan og detaljplan. Så langt det bare er snakk om kommunens bruk av egen plankompetanse synes det riktig at de samme, alminnelige regler bør gjelde. I andre pkt. er det gitt en bestemmelse om andre endringer i utbyggingsavtaler. Omgjøringsadgangen her skal være snevrere, og det virker vel begrunnet. Det er imidlertid ikke så lett å få tak i innholdet i denne bestemmelsen. Det sentrale innholdet ser ut til å være at omgjøringsadgangen skal være begrenset på den måte som følger av fvl. § 35. I tillegg kommer den begrensning at kommunen ikke skal ha anledning til ensidig å endre en utbyggingsavtale som bygger på kompetansegrunnlaget i § x-2(2). Den formuleringen utvalget har foreslått om "statlig organs omgjøring av kommunale enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 35 andre til femte ledd" er ingen spesielt innarbeidet formulering i lovgivningen ellers. Den er også noe misvisende idet fvl. § 35(2) henviser til reglene i fvl. § 35(1). Det er mulig Bygningslovutvalgets mening ville komme klarere frem hvis bestemmelsen ble omformulert for eksempel til:

"... Andre endringer i utbyggingsavtaler kan skje etter reglene i forvaltningsloven § 35 av klageinstansen eller annet overordnet organ."

Forholdet mellom § x-5(1) siste pkt. og § x-5(2) annet pkt. er noe uklart. Etter den førstnevnte bestemmelsen skal det ved klage bare være adgang til å stadfeste eller oppheve avgjørelsen om utbyggingsavtale. Etter den sistnevnte bestemmelsen skal derimot fylkesmannen kunne foreta omgjøring av de elementer i utbyggingsavtalen som er hjemlet i § x-2(2). Det virker umiddelbart noe uvant at klageinstansen skal ha videre kompetanse til å gå inn i utbyggingsavtalens enkelte elementer i en omgjøringssituasjon enn ved klage. Den alminnelige ordningen i forvaltningsretten er den motsatte, sml. fvl. §§ 34 og 35. De hensyn som av Bygningslovutvalget er anført for å begrense klageinstansens kompetanse, NOU 2003: 24 s. 174 første sp. nederst, skulle tale for en tilsvarende begrensning av omgjøringsadgangen. Det burde lede til at det også ved omgjøring kun var snakk om å sette utbyggingsavtalen til side eller stadfeste den. Kanskje en slik begrensning i hva omgjøring kan gå ut på kan innfortolkes i utkastet slik det er. Det ville imidlertid være klargjørende om det ble sagt direkte. Det kunne enten gjøres ved fra § x-5(2) i.f. å vise til at (1) 1. pkt. skal gjelde tilsvarende, eller så kunne bestemmelsen i § x-5(1) i.f. skilles ut til et eget tredje ledd og gis anvendelse både for klage og omgjøring.

Med hilsen
REGJERINGSADVOKATEN


Christian H P Reusch
advokat

Vedlegg