



UNIVERSITETET
I OSLO

KOMM. OG REG. DEP
03.15 MAR 2004 03.1773-109
Ark. 405
Avd. BB / BY / KFR

Professor Erik Boe
Institutt for offentlig rett
Karl Johansgt. 47
0162 Oslo

Oslo: 12. mars 2003

Miljøverndepartementet
Avdeling for regional planlegging
Postboks 8013 Dep
0030 Oslo

Postadr.
Postboks 6706
St. Olavspl.
0130 Oslo

Telefon: 22 85 94 42
Telefaks: 22 85 94 20
Epost: erik.boe@jus.uio.no

og

DET JURIDISKE FAKULTET

Kommunal- og regionaldepartementet
Planavdelingen
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo

cc: h.c.bugge@jus.uio.no, karl.inge.rommen@md.dep.no, jostein.sell@krd.dep.no, egil-s.rasmussen@krd.dep.no, knut.rasmussen@krd.dep.no

NOU 2003:14 Planlovutvalgets utredning II og NOU 2003:24 Bygningslovutvalgets utredning I: Utbyggingsavtaler

1. I det følgende knytter jeg kommentarer til den delen av innstillingene som gjelder utbyggingsavtaler – henholdsvis NOU 2003:14 side 76-77 og 338 og NOU 2003:24 side 137-176.

Utbyggingsavtaler er en utbredt form for forvaltningsavtaler. Feltet ligger i kjernen av ansvarsområdet som jeg har som faglærer i alminnelig forvaltningsrett ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. I årevis har jeg erfart hvor vanskelig det er å forutsi med rimelig sikkerhet hva rettsstillingen er for forvaltningsavtaler i sin alminnelighet og for utbyggingsavtaler i særdelshet. Rettsuvissheten kan gi opphav til ulike forventninger blant de som blir berørt av et mulig utbyggingstiltak, og den kan gi grobunn for skarpere motsetninger og konflikter enn nødvendig mellom de som ønsker å bygge ut et område, som grunneier, entreprenør og kommunale organer, og de som ønsker å bevare området som skog og mark, lekeplass eller annet miljøområde, typisk naboer, grendelag, velforeninger, miljøorganisasjoner, idrettsforeninger osv. Rettsuvissheten kan også gi uheldig rom for å spekulere i å tøyne rettslige grenser, så lenge det er beskjedne risiko for at kommune, grunneier og utbygger skal måtte stå til rette for slik atferd overfor allmennheten. Av disse grunnene har jeg lenge håpet på en lovregulering av feltet.

2. Det er positivt at så vel Planlovutvalget som Bygningslovutvalget foreslår lovregler – og at de gjør det både om evnen til å inngå utbyggingsavtale, om materielle grenser for kompetansen og om hvilken saksbehandling som er påkrevd når en utbyggingsavtale skal inngås. Selv om utvalgene på flere punkter fremmer forslag som er nokså likelydende, er det også betydelige ulikheter mellom dem. Ulikhetene skyldes ikke bare avvikende syn på lovtekniske forhold. De er langt på vei produkt av hvilke

rettskonflikter Planlovutvalget og Bygningslovutvalget har hatt for øyei sin tenkning. De aller siste årene har den politiske debatten om utbyggingsavtaler kretset mest om ett bestemt spørsmål, nemlig om hvilke vilkår en utbygger kan påføres gjennom en utbyggingsavtale. (Av praktiske grunner bruker jeg i det følgende betegnelsen utbygger om så vel grunneieren som er innstilt på å bygge ut sin eiendom, som om entreprenøren som skal påta seg oppdraget.) Hvor langt kan kommuner forlange at utbyggere skal bekoste f eks skole, barnehage, vei eller annen sosial infrastruktur for å få lov til å bygge ut et område som krever tillatelser etter plan- og bygningsloven? Tvisten står her mellom kommune og utbygger. Motsetningen dem imellom må ikke få oss til å overse at i utgangspunktet har kommunen og utbygger viktige fellesinteresser; begge er interessert i å regulere området for å bygge det ut. Uenigheten gjelder hvor mye utbyggeren skal prestere eller yte for å få nødvendige tillatelser eller utsikt til å få tillatelsene fra det offentlige. Mellom utbygger og kommune står konflikten altså ikke om reguleringstillatelsen eller byggetillatelsen, dvs om kommunens ytelse. Det er vederlaget i avtalen som det tvistes om.

Denne rettskonflikten kan betegnes som spørsmålet om *vernet for utbygger* mot å bli presset av kommunen til å finansiere sosiale tiltak, som i utgangspunktet er kommunens sak.

Denne siden av saken har kommet til å skygge for det som både før og nå er hovedsaken – nemlig hvordan en skal unngå å ofre samfunnsinteressen i å bevare et område med en utbyggingsavtale som kommunen inngår med en utbygger, og som formelt eller reelt binder kommunen til bestemte regulerings- eller byggetillatelsesvedtak i forkant av den lovfestede saksbehandlingen. Dette rettsspørsmålet handler om allmennhetens mulighet til å få bevart et område som urørt natur. Tvisten står ikke da mellom kommune og utbygger, den står mellom disse interessentene på den ene siden og tredjemannsinteresser på den annen side, interesser som gjerne forfektes av naboer, av grendelag, av velforeninger, av skiklubber eller av organisasjoner for friluft-, natur- eller jordbruksinteresser. Til forskjell fra avtalepartenes interesser taler disse samfunnshensynene *mot* utbygging. De knytter seg til *kommunens* ytelse, ikke til vederlaget som kontraktsparten må yte. Rettsspørsmålene har både en materiell side og en saksbehandlingsside. Den materielle siden er: Går det an å ofre tredjemannsinteressene gjennom å avtale på tomannshånd hva planvedtaket skal gå ut på? Saksbehandlingssiden har å gjøre med hvordan kommunens ytelse kan bestemmes: Kan kommunen og utbyggeren slå fast i avtalen – formelt eller reelt – hva kommunens ytelse skal gå ut på uten at tredjemann har hatt muligheter til å gjøre sine interesser gjeldende? Rekker det å høre tredjemann først etter at kontraktsforhandlingene er fullført (men før planvedtaket blir truffet), eller må saksbehandlingsreglene i plan- og bygningsloven (pbl), i forvaltningsloven (fvl) og ulovfestede forvaltningsrettslige saksbehandlingsprinsipper komme til anvendelse alt på avtalestadiet?

For å skille slike rettsspørsmål fra *vernet for utbygger*, kan vi sette betegnelsen *vernet for tredjeparter* i å *bevare* et område som det er, på denne rettskonflikten. Forskjellen på de to rettskonfliktene kan illustreres med følgende figur:

	Motparter	Kjemper om	Tvistegjenstand	Interessevern
Utbygger-interessene	Kommune vs utbygger	Utbyggings- vilkårene	Vederlaget til kommunen	Private utbyggings- interesser
Bevarings-interessene	Kommune vs 3-menn	Motstand mot utbygging	Ytelsen til kommunen	Fellesskapets bevarings- interesser

3. I *Planlovutvalgets innstilling* drukner ikke tredjemannsvernet i oppmerksomheten til vernet for utbygger. Perspektivet er like mye faren for at planresultatet skal bli avtalebestemt over hodet på naboer, grendelag, velforeninger, skiklubber og lignende, som at utbygger skal bli presset til å påta seg å finansiere samfunnstiltak. Uttrykksmåten i NOU 2003:14 viser hvordan utvalget var klar over at hvor langt vernet for utbyggeren strekker seg, bare er ett av rettsproblemene som utbyggingsavtaler skaper. Rettsproblemet kommer på toppen av, og i tillegg til, tredjemannsspørsmålene som har vært diskutert i tiår etter tiår, og som handler om hva som skal til for at en kommune skal kunne legge bånd på sin offentlige myndighet i forkant av planbehandlingen (side 76-77 og side 338-342).

Når Planlovutvalget klarte å holde fast ved tredjemannsperspektivet, enda stadig flere begynte å sette likhetstegn mellom utbyggingsavtaler og utbyggers rettsvern, kan grunnen ha vært at det tradisjonelle tredjemannsperspektivet, som er velkjent for forvaltningsrettsjurister, alt var blitt introdusert i utvalgets første delutredning, NOU 2001:7, dvs før den politiske debatten for alvor ble dreid mot rettsbeskyttelsen til utbyggeren. NOU 2001:7 hadde trukket opp lerretet. Innstillingen hadde vist hvor viktig det er med høy grad av rettssikkerhet og medvirkning for *alle* berørte i planprosessen, og hva grundige utredninger av miljø- og samfunnsmessige konsekvenser har å si for tilliten til det offentlige og for vissheten om at arealdisponering har gått for seg på en ordentlig og rettferdig måte. Med det ble grunnen lagt for nødvendig refleksjon og ettertanke, som motvekt mot og korrektiv til en populær debatt som med ett invaderte feltet.

4. *Bygningslovutvalget* har ikke hatt en like heldig hånd med sine lovgrep. Rett nok er vernet for tredjemannsinteresser framme også i NOU 2003:24. Det står til og med i sentrum for oppmerksomheten enkelte steder, slik som på side 140 og side 145-152. Premissene har imidlertid i liten grad satt spor etter seg i de konkrete lovforslagene som Bygningslovutvalget går inn for (side 169-176, og da hjelper det ikke at premissene er tilfredsstillende. Spriket har til dels sammenheng med hva som foregikk de siste månedene før utvalget leverte sin innstilling. Jeg ble invitert til å lese utkastet. Det jeg leste gjorde at jeg måtte minne utvalget på at myndigheten til å forhåndsbinde plan- og reguleringsmyndighet slett ikke er noe teknisk-juridisk spørsmål. Adgangen til å båndlegge offentlig myndighetsutøvelse gjennom avtale dreier seg om grunnleggende og prinsipielle forhold, nemlig om vernet for tredjemannsinteresser i å få bevart et område som det er, typisk som LNF-område, istedenfor å bygge det ut, med boliger, skole, kirke, veier og mer til. Allmennhetens interesse i å unngå utbygging må komme tydeligere fram i lovutkastet, pekte jeg på i brev til utvalget 11. jul 2003. Jeg fant også grunn til å framheve at avtalebinding av planvedtak ikke bare har en materiell side. Saken har også en prosessuell side, som skal sikre at kommunen foretar en fri, åpen og bred avveining av så vel hensynet til utbygging som mothensynene når plan- og reguleringsvedtakene skal treffes. Først langt ut i kapittel 9 i utkastet ble disse grunnleggende rettsproblemene omtalt. Det ble dessuten gjort på en upoengtert måte om hvilke interesser som står på spill. Til da hadde utbyggingsperspektivet og vernet for utbyggeren dominert synsfeltet fullstendig. Nettopp fordi det er dette perspektivet som har fanget politikernes oppmerksomhet og interesse den siste tiden, pekte jeg på hvor nødvendig det til gjengjeld blir for lovutvalget å balansere framstilling og lovforslag, slik at ikke de viktigste samfunnsmessige sidene av saken skal bli stukket under en stol fordi de er mindre synlige i mediene og i politiske fora. På flere punkter har Bygningslovutvalget lyttet til hva jeg hadde å si, og innstillingens premisser er flere steder skrevet om. Men når det kom til stykket – det vil si *til de konkrete reformforslagene* – bærer ikke forslagene til Bygningslovutvalget preg av det skjedde en justering av tankegangen i tolvte time. Formodentlig kom jeg inn for sent til å få gjort stort annet enn å få pyntet på premissene i innstillingen. Derfor er det ikke godt nok samsvar mellom premisser og konklusjon.

5. Jeg skal i punkt 5 og 6 konkretisere forskjellene mellom Planlovutvalget og Bygningslovutvalget.

Holder vi oss foreløpig til den siden av saken som har med *bevaringsinteressene* å gjøre, merkes forskjellen tydelig på to punkter (a og b nedenfor).

a. For det første foreslår Planlovutvalget lovfestet en viktig materiell regel om grunnforutsetningen for å kunne inngå avtale om bruk eller ikke bruk av planmyndighet etter loven. Forslaget lyder slik:

"Avtalen må ikke legge vesentlige bånd på den brede vurderingen av alle interessene som knytter seg til bruken av arealet" (§ 18-3 annet ledd).

En slik bestemmelse vil synliggjøre faren for at interessene i å bevare et område skal bli ofret uten å ha fått den sjansen som en fri og ubundet planbehandling ville ha gitt dem. Bestemmelsen vil få en viktig forebyggende funksjon, fordi den pålegger kommunen samme plikt til å veie interesser under avtaleforhandlingene som under ordinær planbehandling. Fremfor alt vil bestemmelsen gjøre det klart at det ikke bare er formelle forhåndstilsagn som er problemet. Det problemfylte er alle avtaler som reelt legger vesentlige bånd på kommunens avveiningsmåte forut for planprosessen.

Noe regelstykke til § 18-3 annet ledd blir ikke foreslått av Bygningslovutvalget. Det er et savn. Bygningslovutvalget sier seg enig med Planlovutvalget i at "Verken endelig utbyggingsavtale eller avtaleforhandlinger forut for denne skal kunne foregripe planvedtaket slik at vernet om hensynet til tredjemanns og allmennhetens interesser svekkes" (NOU 2003:24 side 172). Men Bygningslovutvalget viker tilbake for å tydeliggjøre slike skranker i loven: "Bygningslovutvalget har ikke funnet det hensiktsmessig å foreslå en eksplisitt, materiell beskranking i kommunens kompetanse tilsvarende Planlovutvalgets forslag" (side 172). I virkeligheten er det fortrinnsvis *formelle* avtalebånd som utvalget vil bekjempe. "Formålet er å unngå formell forhåndsbinding av kommunens planmyndighet" (side 174). Bygningslovutvalget forbyr derfor bare å "inngå bindende avtale før arealplan er vedtatt" (§ x-4 femte ledd). Avtaler kan godt forhandles fram parallelt med planprosessen, og de kan bli underskrevet i samme møte som planen vedtas, sier Bygningslovutvalget (side 174). Med en slik tilnæringsmåte settes ambisjonsnivået for loven for lavt. Grensen for hvilke avtaler som vil gå, vil i så fall fortsatt måtte trekkes hovedsakelig etter ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper, nedfelt i rettspraksis, istedenfor etter en prinsippnorm som *loven* angir.

b. En annen forskjell gjelder saksbehandlingen når utbyggingsavtale skal inngås. "Klare saksbehandlingsregler og regler om offentlighet bidrar til gode avtaleprosesser, ivaretagelse av berørte tredjemenns interesser, samt behovet for offentlighetens innsyn. Grunnlaget for eventuelle mistanker om korrupsjon og at utbyggere "kjøper" seg et positivt planvedtak, reduseres. Åpenhet omkring avtale og avtalerprosessen er således tillagt betydelig vekt. Det er også lagt vekt på at kommunens formelle og reelle planbehandling og planvurderinger ikke forhåndsbindes", sier Bygningslovutvalget (NOU 2003:24 side 169). Ikke desto mindre går Bygningslovutvalget selv på dette punktet vesentlig kortere enn det Planlovutvalget gjør. Mens Planlovutvalget foreslår å forplikte kommunen til aktivt å trekke berørte tredjemenn inn i kontraktsprosessen, og som motstykke til plikten en rett for tredjemenns til å medvirke under kontraktsprosessen, foreslår Bygningslovutvalget avgrensede og spesifikke saksbehandlingsplikter. Bygningslovutvalget går inn for å forplikte kommunen til å "kunngjøre *oppstart* av forhandlinger om utbyggingsavtaler" (§ x-4 første ledd, min uthevelse). For det annet skal avtaleløsningen som kommunen og utbyggeren kommer fram til, "legges ut til offentlig ettersyn med 30 dagers frist for merknader" (§ x-4 annet ledd). For det tredje skal utbyggingsavtalen kunngjøres når den er inngått (§ x-4 tredje ledd). Regler av denne støpningen vil være framskritt, men de går ikke langt nok. "Ut over forslaget til bestemmelser om kunngjøring av oppstart av forhandlinger og endelig avtale, samt offentlig ettersyn av fremforhandlet forslag til avtale i § x-4 første til tredje ledd, har imidlertid Bygningslovutvalget ikke funnet det nødvendig eller hensiktsmessig med en tilsvarende regel om medvirkning ved forhandlinger om utbyggingsavtale som bygger på forslaget i § x-2 andre ledd" (side 174). Det skyldes forenkling- og effektiviseringshensyn. Jeg er uenig i denne prioriteringen. Én ting er å bli forelagt et utkast som *er forhandlet frem*; det gir, som utvalget sier, en regel om ettersyn, ikke en regel om demokrati. Noe annet er

å la samfunnsinteressene komme til orde under prosessen. Skal en unngå risikoen for at kommunen skal stirre seg blind på fordelene som en utbygging medfører, må de som er mot utbygging få anledning til å gjøre sine synspunkter og interesser gjeldende *mens forhandlingene føres*. Det trengs en regel om medvirkningsrett for berørte interesser. Ved første øyekast kan det virke uvant å trekke naboer, grendelag, velforeninger og andre representanter for fellesskapsinteresser inn i avtaleprosessen; noen vil mene at det er umulig av hensyn til forretningsinteressene i prosjektet. Tenker en etter, går det imidlertid an å organisere prosessen slik at naboer, grendelag mv får være med på prinsipielle diskusjoner og veivalg uten å få innsyn i forretningshemmeligheter. Det er heller ikke noe i veien for å føre diskusjoner om arealbruken i et klima der motinteressene er til stede. Det gjør prosessene mer motsetningsfylt, det er så. Men det er jo hele poenget. Kommunen skal ikke bli fristet til ensidig å fokusere på fordelene ved utbygging. Selv når saken ses fra utbyggerens side, har det mye for seg å la representanter for fellesskapsinteressene få være med under kontraktsforhandlingene. Konsulent Rolf H. Jensen sa det slik da Kommunal- og regionaldepartementet holdt dagskonferanse om utbyggingsavtaler i fjor: I framtiden er det ikke bare ønskelig å ha tredjemenn med, det er nødvendig for å legitimere at alt har gått rett for seg. Tredjemenn må ikke etterpå kunne angripe utbyggingsavtalen med den begrunnelsen at deres interesser ble stukket under en stol og ikke fikk sjanse under forhandlingene. Medvirkningsregelen som Planlovutvalget foreslår, er derfor fremsynt. Den lyder:

"Kommunen skal legge til rette for medvirkning av berørte grupper og interesser i samsvar med reglene i § 1-7 som grunnlag for sin deltakelse i forhandlingene." (§ 18-4 første ledd annet punktum)

Språklig kan formuleringen forbedres, for medvirkningsretten og kommunens ansvar bør komme like klart til uttrykk i lovteksten som i premissene, se NOU 2003:14 side 3421-342. Er lovgiverviljen til stede, burde klargjøring av lovinnholdet være en smal sak.

6. Forskjellene mellom lovforslagene til de to utvalgene er ikke så stor når det gjelder vernet til *utbyggeren* mot å bli presset til å prestere vederlag som utbyggeren opplever er det offentliges oppgave. Paradoksalt nok kan forskjellen som tross alt eksisterer, likevel komme til å tiltrekke seg den offentlige oppmerksomheten, mens de betydelige forskjellene som er diskutert foran, kan komme til å bli forbigått i stillhet.

Det har vært diskutert hvilken vinkel som bør anlegges for å bestemme hvilke vederlag kommunen kan betinge seg. Skal vederlag for offentlig tillatelse ses under synsvinkelen avtalevilkår, slik at alle vederlag kan betinges så sant disse ligger innenfor avtalefrihetens grenser, eller skal ytelsen til utbyggeren snarere ses som vilkår til et begunstigende forvaltningsvedtak, slik at vederlaget bare kan betinges når det har saklig sammenheng med reguleringstillatelsen, når det ikke er uforholdsmessig tyngende, og når det heller ikke på annet vis er i strid med den ulovfestede, forvaltningsrettslige vilkårs læren? Er kanskje en mellomløsning på sin plass – en modell der en tar utgangspunkt i forvaltningsrettens vilkårs lære, men så utvider kretsen av vilkår noe fordi medkontrahenten tross alt har "godtatt" vederlaget, mer eller mindre nødtvunget? For å skjære gjennom tvilen som har rådet, anbefaler så vel Planlovutvalget som Bygningslovutvalget å lovfeste hva slags vederlag som kommuner kan betinge seg. Planlovutvalget foreslår i tillegg en uttrykkelig bestemmelse som forbyr kommuner å ta andre vederlag enn de som er hjemlet i loven (NOU 2003:14 side 339). Bestemmelsen lyder:

"Kommunen kan ikke sette betingelser om andre forhold, eller motta gaver som har sammenheng med planvedtaket eller tillatelsen." (§ 18-1 annet ledd)

Etter mitt syn er det en fordel å få sagt med rene ord i loven at det ikke går an å "kjøpe seg" tillatelser fra det offentlige.

Hva slags vederlag foreslår så de to lovutvalgene at kommuner skal kunne kreve? Så vel Planlovutvalget som Bygningslovutvalget mener at det langt på vei har vært tverrpolitisk enighet om å begrense kommunenes mulighet til å bruke ettertraktete offentlige tillatelser til å få finansiert kommunale tiltak som har liten forbindelse med utbyggingen, se f.eks. på side 77 og 338 i Planlovutvalgets innstilling, NOU 2003:14. I tråd med dette grunnsynet avgrensner Planlovutvalget kretsen av goder som kan kreves finansiert av utbyggeren, til teknisk infrastruktur (NOU 2003:14 side 339). Det vil si til

"veg, annet anlegg for offentlig kommunikasjon, anlegg for energiforsyning, vanntilførsel og avløp, og fellesarealer, som kommunen påviser er nødvendig for å gjennomføre utbyggingen." (§ 18-1 første ledd).

Forslaget er dels en artsavgrensning; det nytter ikke å tilby seg å finansiere sosial infrastruktur, som sykehjem, barnehager, skoler osv, eller å kreve finansiert den slags samfunns-goder. Dels avgrenses vederlagene til infrastruktur som er nødvendig for utbyggingen. Bygningslovutvalget er uenig i avgrensningen, fordi Bygningslovutvalget finner "at de mulige konsekvensene av en så stram regel ikke er hensiktsmessig eller ønskelig sett fra verken partenes eller samfunnets side. Etter alt å dømme vil en konsekvens kunne bli at utbyggingen i en periode stopper helt opp dersom kommunene ikke har midler til å etablere nødvendig sosial infrastruktur" (NOU 2003:24 side 168). Utvalget går for sin del inn for en fleksibel grense, som tillater kommuner å kreve finansiert så vel teknisk som sosial infrastruktur (NOU 2003:24 side 170). Forslaget lyder:

"Slik avtale kan også gå ut på at en 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." (§ x-2)

Til forskjell fra Planlovutvalgets forslag skal altså i prinsippet hvilke som helst tiltak kunne kreves finansiert, bare disse "står i saklig sammenheng med og er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak". Jeg forstår Bygningsutvalgets syn, for en utbygger som tjener godt på utbyggingen, slipper billig fra det når regningen for grunnskole, barnehage, sykehjem og andre investeringer som kommer når et område forandrer karakter, i sin helhet kan sendes til fellesskapet. Men hvor praktisk er Bygningslovutvalgets modell? Etter utvalgets syn skal bare den *delen* av en samfunnsinvestering som direkte kan føres tilbake til utbyggingstiltaket, kunne kreves finansiert av utbyggeren (NOU 2003:24 side 169). Er det grunn til å tro at denne distinksjonen vil bli etterlevd i praksis? Tatt i betraktning hvordan kommuner forholdt seg til grensene som Høyesterett staket opp gjennom blant annet Eskemyrdommen, Rt 1975 side 620, og Nordheimskogdommen, Rt 1975 side 246, er det neppe realistisk å forestille seg at en bestemmelse som § x-2 vil bli håndhevd så strengt som Bygningslovutvalget tenker seg. Planlovutvalgets løsning er retts-teknisk enkel å praktisere, Bygningslovutvalgets modell er det ikke. Spesielt er den ikke det fordi den vil støte an mot hvordan det kommunale Norge opplever sine interesser. Hvor lurt er det da å legge opp til så mange skjønsmessige vurderinger fra kommunens side som Bygningslovutvalget gjør ("saklig sammenheng", "nødvendige", "stå i rimelig forhold til")? Jeg mener at det trengs skarpe avgrensningskriterier.

Aller viktigst for mitt standpunkt er likevel at romslig adgang til å få bekostet sosial infrastruktur ikke bare vil gå ut over utbyggeren, det vil også ramme fellesinteressene som er mot utbygging. Bli'r vederlaget i kommunens øyne tilstrekkelig godt, risikerer naboer, grendelag, velforeninger og andre motstandere av utbygging at kommunen "ikke har råd til å si nei" til utbygging. "Det er nettopp når kommunen oppnår et særlig fordelaktig vederlag, for eksempel ved at utbyggeren påtar seg å finansiere en skole eller barnehage, at riskoen for å ofre tredjemannsinteressene gjennom avtalen kan bli spesielt stor. I den grad slike interesser skulle tale mot utbygging av området, kan de komme til å bli ignorert

dersom oppmerksomheten blir ledet vekk fra motforestillingene og over på vederlaget som kommunen har oppnådd gjennom avtalen" (NOU 2003:24 side 140). Det vil være spesielt alvorlig.

7. Så vel Planlovutvalget som Bygningslovutvalget foreslår at utbyggingsavtaler skal kunne omgjøres etter forvaltningsrettslige regler – henholdsvis § 18-5 (Planlovutvalget) og § x-5 annet ledd (Bygningslovutvalget). Jeg er enig i dette utgangspunktet, men offentligrettslige omgjøringsregler bør anvendes med tanke på at utbyggingsavtale et stykke på vei er en kombinasjon av vedtak og avtale (NOU 2003:24 side 150-152). Så nær sammenheng som det er mellom den offentlige tillatelsen og utbyggerens vederlag, går det ikke an å la vederlagsdelen av avtalen reguleres eksklusivt av kontraktsrettslige prinsipper. Men selv om utgangspunktet tas i de forvaltningsrettslige omgjøringsreglene, bør kommunens plikt til å legge vekt på medkontrahentens vederlagsforventning og behov for stabile kontraktsforhold komme fram i loven. Det kan gjøres ved f eks å føye til en ny, siste setning i § 18-5 (Planlovutvalgets forslag) eller i § x-5 (Bygningslovutvalgets setning):

"Under omgjøringsvurderingen skal det legges vekt på å rokke minst mulig ved etablerte kontraktsforhold."

8. Ingen av utvalgene har gått tilstrekkelig inn på hva som skal gjøres for å hindre utglidning i praksis. Erfaringen så langt gir ikke grunn til blåøyd optimisme. Høyesterett satte bremsene på i 1970-årene for avtaler om bruk eller ikke bruk av offentlig myndighet, jfr punkt 5-6. Det vil være en overdrivelse å si at forvaltningen har holdt seg borte fra feltet siden. De åpenbare utvekstene forsvant kanskje, men avtalene som vokste fram i stedet, ble forsvart med at de ikke lenger forhåndsbandt selve avgjørelsen i ett og alt; avtalene forespeilte bare utsiktene til å få positivt vedtak i kommunestyret. Skulle en slik avtale, som i realiteten avgjør plansaken, komme for retten, tviler jeg på at det formelle skillet mellom å love et bestemt resultat og å love å gjøre sitt ytterste vil være nok til å få Høyesterett til å godta avtalebruken; det var ikke en bestemt form Høyesterett reagerte på i Eskemyrdommen, Nordheimskogdommen osv. Rammene ble satt for å hindre at offentlig myndighet reelt skal bli "kjøpt og solgt", hvilket kan bli konsekvensen når offentlig myndighetsutøvelse blir erstattet med disposisjoner i kontraktens drakt. Spesielt siden loven formodentlig kommer til å trekke trangere grenser for kommunens avtalekompetanse enn kommune-Norge ønsker seg, er det all grunn til å ha juridisk beredskap mot utglidning. Klageretten som begge lovutvalgene forutsetter, er ett slikt tiltak, men siden tredjemenn sjelden får vite om kommuner har tøyd sin kompetanse for å få til en avtale som kommunepolitikerne ser seg tjent med, hjelper det ikke nok med klagerett. Det trengs en firkantet regel som gjør utbyggingsavtale og planvedtak automatisk ugyldig hvis loven brytes. En slik regel vil motvirke utglidning og understreke sakens alvor. En egen, ny paragraf kan f eks lyde:

"Brudd på reglene om utbyggingsavtale i loven gjør så vel avtale som innvilgelse av offentlige tillatelse ugyldig".

9. De to lovutvalgene har ikke sett på kommunens rolle når kommunen selv eier arealet som skal reguleres. Kommunen sitter da "på begge sider av bordet" i utbyggingsavtalen; den blir kontraktspart både i egenskap av å være eier og i egenskap av å være planmyndighet. I tillegg blir kommunen både beslutningsmyndighet og part i forvaltningssaken; kommunen gir seg selv tillatelse etter plan- og bygningsloven. Dobbeltstillingen avviker fra utbyggingssaker flest. Ikke desto mindre vet jeg at kommuner ikke alltid har sett problemer med denne dobbeltrollen. Argumentasjonen har vært helt formell. Kommuner har sagt at kommunens eiendomsetat forfekter grunneierinteressene, og derfor er part i utbyggingsavtalen, mens kommunens plan- og reguleringsetat gir de nødvendige tillatelsene. Betraktningmåten ser bort fra at kommunen sitter i glasshus. Det går ikke an å behandle søknad fra seg


selv. Skal kommunen forhandle med en utbygger når den eier arealet som skal reguleres, må kommunen overlate til en utenforstående, nøytral instans å avgjøre hva planvedtaket skal gå ut på. Det er mulig at kommunen i så fall ikke vil finne det formålstjenlig å gå inn på en utbyggingsavtale, for kommunen mister maktposisjonen som makten over planutfallet gir. Men da får den greie seg uten utbyggingsavtale. Skal det bli noen realitet i at plan- og reguleringsvedtaket må være et selvstendig vedtak, som verken formelt eller reelt skal bli bestemt gjennom utbyggingsavtalen, må det vedtas en bestemmelse i loven med f eks dette lovinnholdet:

"Forhandler kommunen om en utbyggingsavtale for et område som kommunen eier, må plan- og reguleringsbehandlingen overlates nabokommunen eller annen uhildet forvaltningsmyndighet."

10. Konklusjonen min er at Planlovutvalgets lovforslag ikke bare er retsteknisk enklere å praktisere enn Bygningslovutvalgets lovforslag. De tar også i større grad enn Bygningslovutvalgets forslag konsekvensen av at den største risikoen for utglidning av utbyggingsavtaler er faren for å overkjøre naboer, grendelag, velforeninger og andre representanter for myke og "grønne" interesser. Den gode analysen til Bygningslovutvalget hjelper lite når analysen ikke blir fulgt tilstrekkelig opp med konkrete lovforslag. Planlovutvalgets løsninger bør derfor velges

- for å få slått fast i loven den grunnleggende materielle forutsetningen for å kunne inngå utbyggingsavtale ("må ikke legge vesentlige bånd på den brede vurderingen av alle interessene ...")
- for å få gjort det klart og tydelig at det ikke skal gå an å "kjøpe seg" til offentlige tilatelser ("... kan ikke sette betingelser om andre ytelser, eller motta gaver ..").
- for å slått fast at de som er mot utbyggingskal ha rett til å medvirke når de reelle beslutningen blir tatt, dvs alt under kontraktsforhandlingene ("Kommunen skal legge til rette for medvirkning av berørte grupper ...").
- for å innskrenket utbyggerens finansiering av samfunnsinvesteringer til teknisk infrastruktur ("veg, annet anlegg for offentlig kommunikasjon, anlegg for energiforsyning ...")

På den annen side ser jeg behov for å bygge ut regelverket om utbyggingavtaler på enkelte punkter som verken Planlovutvalget eller Bygningslovutvalget var inne på. Blant annet bør det komme en regel om omgjøringsvernet til den som inngår avtale med kommunen, det bør gis en regel om rettsvirkningen av å la være å respektere lovens grenser, og nødvendigheten av å overføre plan- og reguleringsmyndighet til uhildet forvaltningsmyndighet bør lovfestes for tilfelle av at kommunen forhandler om en utbyggingsavtale som grunneier.

Vennlig hilsen

Erik Boe
Professor dr juris