

Kommunal og regionaldepartementet  
v/Egil Stabell Rasmussen  
Postboks 8112 Dep

Oslo, 5. desember 2005

#297636-003\_255060/1  
Saksansvarlig advokat:  
Geir Frøholm

0032 OSLO

## HØRINGSUTTALELSE, "FORSKRIFT OM AVGRENSNING AV BRUK AV UTBYGGINGSAVTALER".

Det vises til KRD's oversendelse av høringsutkast. Vi takker for anledningen til å få formidle våre synspunkter.

### 1. Lovteknisk – lov/forskrift/veileder

Lovteksten hjemler ikke forbud mot sosial infrastruktur jfr Pbl. § 64 b jfr Inst. O. Nr. 73 s 11 *"grunneier/utbygger ikke skal kunne pålegges å finansiere offentlig eid eller drevet sosial infrastruktur .....det derfor gjennom forskrifter må fremgå at det ikke kan inngås avtale om bidrag eller forskuttering av denne type bidrag"* Videre *"... ber regjeringen informerer Stortinget på egnet måte om dette før lov og forskrift trer i kraft."*

Dette innebærer altså at forbud, uvanlig nok, skal hjemles i forskrift. Forskriftens nærmere utforming/avgrensning blir således viktigere enn normalt i forskrifter. Dette skaper en situasjon hvor forskriften blir nærmest avgjørende i forhold til fortolkningen. Teknikken lovgiver har valgt er uvanlig og skaper betydelig uklarhet. Her overlater lovgiver til departementet og fastlegge hva som skal være gjeldende rett. Endringer av gjeldende rett vil da kunne finne sted i forskrifts form i et tilfelle med vidtrekkende betydning for samfunnet. Riktignok vil departementet være forpliktet til høring etc, men uten at lovgiver får anledning til vurdering. Dette kan skape en problemstilling i forhold til både rettsikkerhet og forutsigbarhet.

Det er også lagt til grunn i Pbl § 64 e at det kan gis supplerende forskrifter mht. en rekke andre forhold så som *"...krav til avtaleinngåelsen, typer av tiltak som kan omfattes herunder at nærmere angitte tiltak ikke kan inngå i avtale og hvordan avtalevilkårene skal gjennomføres."* Slik vi har forstått det skal disse spørsmål behandles i den varslede veilederen. Prinsipielt vil

de samme synspunkter gjelde her som anført ovenfor, med øket vekt. Her vil nye retningslinjer kunne besluttes av departementet uten å følge forvaltningslovens regler om høring etc.

Sistnevnte kan avhjelpest ved at departementet forplikter seg til å utarbeide forskrifter om de forhold som er omhandlet i Veilederen snarest. Ved at lovens ikrafttreden nå er utsatt til 1. juli 2006 vil det vel være mulighet for å utarbeide forskrifter mht. de forhold som er listet opp i Pbl. § 64 e. Dette er problemstillinger som er av en slik karakter at det vil være riktig at det utarbeides forskrifter. Utarbeidelsen av Veilederen i forkant innebærer at spørsmålene har vært gjenstand for en grundig saksbehandling og en høringsrunde basert på denne vil sikre nødvendige innspill fra andre enn dem som er med i gruppen som utarbeider Veilederen.

Det ideelle ville vært om en utarbeidet en felles forskrift for alle de forhold som bør forskriftsreguleres med en bakenforliggende veileder. På denne måten vil en kunne etablere regler i forskrifts form med klargjøring, eksempler og råd i en veileder.

## 2. Nærmere om "sosial infrastruktur"

Departementet har eksemplifisert i teksten og inkluderer også "*...andre liknende tilbud som er del av det lovpålagte kommunale tjenestetilbudet eller som i hovedsak er finansiert av det offentlige.*"

Her er det tre skjønnsstemaer;

- bidrag (dette behandles under eget punkt nedenfor)
- "liknende tilbud", eller
- "i hovedsak finansiert av det offentlige"

Begge de sistnevnte er av en slik karakter at det er nødvendig med avgrensninger, herunder mot "teknisk infrastruktur". Begrepet har vel på mange måter blitt gitt et vist innhold i gjennom anvendelsen av refusjonsreglene i Pbl. Det er ikke tilsvarende for "sosial infrastruktur" og dette skaper et behov for en nærmere presisering. Vi er langt på vei enige med departementet i at det nødvendig med en skjønnsmessig regel for å sikre dynamikken.

Det ville imidlertid vært avklarende om man hadde knyttet teksten opp mot noe mer presise kriterier. Henvisingen til lovpålagte tilbud er et greit kriterium, men så knyttes dette til "liknende" tiltak som de eksempler som er nevnt. "liknende" skal vel da trekke grensen mot teknisk infrastruktur ved de eksempler som nevnes. Vi er usikre på i hvilken grad praksis vil bidra til å gi dette begrepet innhold ved at det er mange kommuner som

skal praktisere reglen, samt at sannsynligheten for en rettslig prøving er relativt liten. Erfaringene til nå er at saker knyttet til utbyggingsavtaler ikke kommer for domstolene. Det ville vel derfor vært klargjørende og bidratt til å sikre en mer ens praksis at en for eksempel brukte veilederen til å redegjøre for de momenter som skal være med i en slik vurdering. De tiltak som er omfattet av Pbl's refusjonsregler faller i alle fall utenfor. En undersøkelse mht . hvilke tiltak kommunene har "brukt" utbyggingsavtaler til oppnå bidrag fra grunneiere og utbyggere (utenom de tiltak som er omfattet av Pbl.'s refusjonsregler) kan bidra til at en i veilederen kan redegjøre for flere eksempler. Dette vil gi et noe høyere presisjonsnivå og bedre forutsigbarhet Et annet mulig moment kan være i hvilken grad det er knyttet til en nærmere definert utbygging og beboere der.

Kriteriet "*i hovedsak finansiert av det offentlige*" er ikke eksemplifisert. En viss kvalifisering ligger i "*i hovedsak*" - her bør det nok gis noen retningslinjer for de momenter/nivåer som skal med i en slik vurdering. Er det andel av byggekostnad, skal drift ev. driftstilskudd tas med osv. Dette krever en nærmere kartlegging og vurdering.

### **3 Bidrag og forskuttering**

Vi finne det logisk og riktig at bidrag og forskuttering behandles samlet. Hvor det utelukkende er en økonomisk belastning på grunneier/utbygger er det åpenbart et bidrag. På den annen side vil det ikke være noe bidrag/forskuttering hvor det er et "ordinært" lån . Mellom-situasjonene kan være mange for eksempel; hva med en "låst" rente for en lang låneperiode – her vil jo hver av partene ta risikoen for hhv en opp – og en nedside. Vi kan vanskelig forstå annet en at dette må betegnes som en kommersiell risiko. Poenget slik vi oppfatter det må være hvorvidt det ligger et subsidierings-element i dette. Et mulig kriterium kan vel være om bidraget kan karakteriseres som "kommersielt" dvs. en fordeling av risiko som vil være forsvarlig i et slikt perspektiv. Karakter av "gave" for å oppnå en offentlig ydelse kan også være et kriterium. Dette krever en nærmere gjennomgang og vurdering!

### **5. OPS**

Enkelte OPS-prosjekter kan kreve plan-vedtak, andre ikke. Eksempelvis de to Oslo-skolene – Persbråten og Høybråten – var eksisterende skoler som skulle overdras og bygges ut og drives av privat part, her var det ikke nødvendig med omregulering. De OPS-prosjekter som nødvendiggjør planvedtak, eksempelvis hvor OPS er en del av en utbyggings sak (stort boligfelt) vil omfattes av loven. Vi kan ikke se at dette er et skille som er logisk. I forbindelse med OPS-alternativet for offentlige oppgaver er det helt andre vurderinger og hensyn enn de har foreliggende som bør være avgjørende. En

annen sak er at OPS-prosjekter gjennomgående vil være basert på kommersielle vurderinger og avtaler. Forsåvidt vil bidrags-/forskutterings-kriteriet være tilstrekkelig. Dette vil jo bli aktualisert hvor det legges inn krav om skoler etc. i forbindelse med utbygging. Dette vil vel være en mer relevant innfallsvinkel enn at OPS- avtaler skal behandles som et eget tema. Poenget er at det er bidragselementet som bør være avgjørende i forhold til om det bør falle inn under lov-/forskriftsreguleringen av utbyggingsavtaler. I praksis bør en OPS-avtale som ikke inneholder noe "bidrags"-element falle utenfor. OPS er et altfor upresist begrep til at man kan undergi denne type avtaler en egen vurdering. Slik OPS hittil er praktisert kan den inneholde et eller flere av følgende elementer; prosjektering, bygging, drift, finansiering og overføring (DBOFT – Design, Built, Operate, Finance og Transfer). En kan lett tenke seg modeller hvor kommunen beholder eiendomsretten, men inngår avtale om prosjektering, bygging og drift, uten finansiering – eksempelvis Bekkelaget renseanlegg og Os vannverk, Oslo kommune. Etter vår oppfatning vil det derfor være riktigst at en ikke fokuserer på OPS, men på avtaler i sin alminnelighet knyttet til planvedtak. Uansett bør det redegjøres for hvordan en definerer OPS slik at typetilfellene er klare. En grundigere redegjørelse i en veileder vil være hensiktsmessig.

## **6. Private tiltak**

Vi er tvil om lovligheten av at gaver til tredjepart for eksempel Røde Kors gis bidrag til et sykehjem og at dette ikke faller inn under "bidrag".

Vi legger til grunn at mottakelse av gaver, herunder garantier fra en utbygger om å oppfylle rekkefølgebestemmelser, vil være i strid med reglene om utbyggingsavtaler.

Etter vår mening bygger dette på en åpenbar uriktig forståelse av den definisjon av begrepet utbyggingsavtaler i loven. Det følger klart av ot.prp.nr 22 2004-2005 at avtaler om oppfyllelse av rekkefølgevilkår innbefattes av begrepet utbyggingsavtale. Etter vår mening kan det ikke ha noen betydning om en utbygger påtar seg å oppfylle rekkefølgevilkår i en utbyggingsavtale, eller om han for å få en byggetillatelse stiller en garanti om at han vil sørge for oppfyllelse av rekkefølgevilkår. Gaver gitt til for eksempel Røde Kors knyttet til et rekkefølgevilkår (sykehjem) må forstås på samme måte.

## **7. Hvor det foreligger "ulovlige" vilkår/mislighold**

En utbyggingsavtale vil ofte ha en blandet karakter, dels fordi den kan regulere forhold som åpenbart har sammenheng med krav/vilkår etter Pbl og dels rene privatrettslige forhold, eksempelvis overdragelse/rettigheter-plikter av/i fast eiendom. I den grad en "kople" privatrettslige og offentligrettslige forhold er det gjerne en sammenheng.

Dette innebærer at en avtales balanse lett forrykkes om en da bare enkelt skal se ort i fra den "ulovlige" offentligrettlige delen og la resten gjelde. Eksempelvis om det er forutsatt en utnyttelsesgrad (t/u) for ydelser fra en utbygger/grunneier. Om utnyttelsesgraden ikke godtas ved reguleringen vil det bli ubalanse i forhold til ytelsen fra utbygger. Privatrettlig vil dette kunne innebære mislighold fra kommunens side. I så fall vil det være nærliggende at hele avtalen bortfaller. Normalt vil det være nærliggende at virkningene reguleres i avtalen og egentlig ikke er særlig egnet for regulering i en forskrift. Poenget er at her er det behov for en grundigere gjennomgang og trolig vil det være mest hensiktsmessig at en ytterligere redegjørelse gis i en veileder. Trolig bør det også gis noen retninglinjer/maler. Problemet er svært sammensatt og krever en grundigere vurdering.

## 8. Avsluttende kommentarer

Som det fremgår av ovenstående er det flere av problemstillingene knyttet til herværende regulering av "sosial infrastruktur" som bør undergis en grundigere vurdering og anbefalinger i en veileder. Det reises en rekke relevante problemstillinger med gode vurderinger. Problemstillingene er dels av en slik karakter at de bør sees i sammenheng med de problemstillinger som synes forutsatt behandlet i en veileder, dels at de krever en mye grundigere analyse. Dette er en analyse som forutsetter innspill fra "brukerne" dvs. kommuner, utbyggere/grunneiere og rådgivere.

Dette bør lede ut i en samlet forskrift; både grundighet, forutsigbarhet, behovet for en samlet regulering og en tilhørende veileder som kommenterer problemstillingene tilsier dette. Mht. til våre synspunkter på de reiste problemstillingene vises til kommentarene ovenfor. Undertegnede står naturligvis til disposisjon ved spørsmål, kommentarer eller for eventuell videre oppfølging.

Med vennlig hilsen  
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS

Geir Frøholm  
Advokat  
geir.froeholm@schjodt.no