

Om kommunenes adgang til å gi bestemmelser om frikjøpsordning for leke-, ute- og oppholdsplasser

Fredrik Holth og Nikolai K. Winge

Vitenskapelig bedømt (refereed) artikkel

Fredrik Holth and Nikolai K. Winge: Municipalities' authority to allow payment to a fund instead of fulfilling land use plan requirements

KART OG PLAN, Vol. 75, pp. 221–226, POB 5003, NO-1432 Ås, ISSN 0047-3278

This article discusses in what way the Norwegian Planning and Building Act, as a legal framework, regulates municipalities' authority to allow payment to a fund instead of fulfilling the intentions in a land use plan («frikjøpsordning»). The article discusses both general legal views on the matter and specific sections in the Norwegian Planning and Building Act. We conclude that payment to a fund is only an option in cases in which the Planning and Building Act explicitly allows for use of a fund.

Keywords: Planning and Building Act, land use plan, parking

Fredrik Holth, Senior Lecturer in law; Department of Landscape Architecture and Spatial Planning, Norwegian University of Life Sciences, POB 5003, NO-1432 Ås. E-mail: fredrik.holth@nmbu.no

Nikolai K. Winge, Associate professor in law. Department of Landscape Architecture and Spatial Planning, Norwegian University of Life Sciences, POB 5003, NO-1432 Ås. E-mail: nikolai.winge@nmbu.no

1. Tema

Denne artikkelen omhandler kommunenes adgang til å gi bestemmelser om frikjøpsordning til erstatning for manglende oppfyllelse av krav til leke-, ute- og oppholdsplasser i arealplan. Frikjøpsordning er en alternativ måte å innfri kravet til parkeringsareal på egen tomt. Etter plan- og bygningsloven (pbl.) § 28-7 tredje ledd kan kommunene samtykke i at det i stedet for parkeringsplass på egen grunn eller på fellesareal blir innbetalt et beløp for hver manglende plass til kommunen for bygging av parkeringsanlegg. Dette er ett av flere virkemidler kommunene benytter for å styre parkerings- og trafikkutviklingen i pressutsatte områder. Bakgrunnen for denne artikkelen er at enkelte kommuner har inntatt bestemmelser i kommuneplanens arealdel om frikjøp til erstatning for leke-, ute- og oppholdsplasser. Det har i det siste blitt stilt spørsmål ved om plan- og bygningsloven gir hjemmel til dette, eller om frikjøpsordningen utelukkende gjelder for parkeringsplasser. I den grad kommunenes praksis går lenger enn det er rettslig grunnlag for, er det selvsagt av prinsipiell

interesse å belyse rammene for kommunenes anledning til å etablere slike frikjøpsordninger.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har i brev av 24. oktober 2014 til Fylkesmannen i Nordland, konkludert med at frikjøpsordning for manglende leke-, ute- og oppholdsplasser mangler hjemmel i lov. Vi deler departementets konklusjon. Vi har likevel en noe annen begrunnelse enn den departementet synes å legge til grunn.

I det følgende vil vi først belyse den generelle adgangen til å gi bestemmelser til kommuneplanens arealdel. Deretter tar vi for oss muligheten til å gi bestemmelser til kommuneplanens arealdel om frikjøpsordning for manglende oppfyllelse av krav til leke-, ute- og oppholdsplasser.

2. Den generelle adgangen til å gi bestemmelser til kommuneplanens arealdel

Den daglige forvaltning av våre arealer er i det alt vesentligste lagt til kommunene. Denne forvaltningen skjer i stor grad gjennom

vedtakelse av rettslig bindende arealplaner. Arealplanene består av plankart med tilhørende bestemmelser. Anledningen til å gi bestemmelser til kommuneplanens arealdel er regulert i plan- og bygningsloven §§ 11-9 til 11-11.

Plan- og bygningsloven § 11-9 gir kommunen hjemmel til å vedta generelle bestemmelser til kommuneplanenes arealdel. Det følger av lovens ordlyd at det i stor grad er overlatt til kommunens skjønn å avgjøre hvilke bestemmelser den finner det hensiktsmessig å vedta. Dette er også i tråd med det generelle prinsipp innen planlegging, nemlig at det overlates til planmyndigheten å vurdere hvilke grep som bør tas for å styre arealforvaltningen på hensiktsmessig måte. Plan- og bygningsloven kan ut fra dette karakteriseres som en prosesslov. Den setter krav til saksbehandlingen og den legger rammene for planmyndighetenes skjønn, men determinerer ikke utfallet av vurderingene. Fastsettelse av arealformål, hensynsøner og vedtakelse av planbestemmelser vil derfor kun unntaksvis kunne settes til side av domstolene. Høyesterett har i en rekke avgjørelser på plan- og bygningsrettens område gitt uttrykk for at domstolene ikke kan overprøve vurderinger hvor det er tale om utøvelse av planfaglig skjønn.

I den såkalte Barka-saken, inntatt i Rt. 2007 s. 281, uttalte Høyesterett:

Innledningsvis bemerker jeg at domstolenes kompetanse er begrenset ved overprøving av vedtak etter plbl. § 25. Både valg av reguleringsformål og hvilke områder som omfattes av reguleringen, faller inn under forvaltningens frie skjønn, og er således i utgangspunktet ikke gjenstand for domstolsprøving.

Hvilket arealformål og hvilke planbestemmelser kommunen fastsetter er slik sett et spørsmål om planfaglig skjønn.

Selv om kommunene står fritt til å bestemme om det skal fastsettes planbestemmelser i kommuneplanen, legger §§ 11-9 til 11-11 rammen for hvilke bestemmelser som kan gis. Kommunene kan følgelig ikke fast-

sette bestemmelser som ligger utenfor de rammer loven fastsetter.

Av og til kan det oppstå tvil om hvorvidt en planbestemmelse faller innenfor lovens rammer. Det klare utgangspunktet for å vurdere gyldigheten av planbestemmelsen er en tolkning av lovens ordlyd, supplert med slutninger fra forarbeider, rettspraksis, teori mv. Det sentrale spørsmålet i denne artikkelen er om en planbestemmelse om frikjøp av areal til leke-, ute- og oppholdsplasser er hjemlet i loven.

Hvorvidt en bestemmelse går lenger enn det plan- og bygningsloven åpner for, er et rettslig spørsmål som domstolene kan prøve fullt ut.¹ Plan- og bygningsloven § 11-9 underbygger denne forståelsen. Pbl. §§ 11-10 og 11-11 som gjelder henholdsvis arealformålene nr. 1, 2, 3 og 4 i § 11-7 og arealformålene nr. 5 og 6 i § 11-7 kommer vi ikke nærmere inn på. Disse kan ikke sies å belyse temaet i denne artikkelen.

Som nevnt er det rettslige utgangspunktet at kommunen står svært fritt i å utforme bestemmelser den finner hensiktsmessig. Dette følger av lovens system og ordlyden i § 11-9. Begrensninger utover det som kan sluttes fra lovens ordlyd og forarbeider, må forankres i enten forvaltningsrettslige prinsipper om myndighetsmisbruk eller i grensedragningen mellom offentligrettslige og privatrettslige forhold. La oss forklare nærmere:

I den grad en planbestemmelse kan sies å være utslag av myndighetsmisbruk i form av usaklig forskjellbehandling, urimelighet mv. kan selvsagt dette medføre ugyldighet. Det er vanskelig å se for seg at en frikjøpsordning for manglende oppfyllelse av krav til leke-, ute- og oppholdsplasser i seg selv, og da for den som tilbys denne ordningen, skulle kunne anses som et myndighetsmisbruk på generelt grunnlag. Dette så fremt vedtaket bygger på lovlige hensyn og ikke fremmer usaklig forskjellsbehandling for den eller de som blir berørt.

Det er videre også mulig å se for seg at en bestemmelse om frikjøpsordning inntatt som en bestemmelse i kommuneplanens arealdel kan sies å være av privatrettslig karakter, og

1. Vi er imidlertid ikke kjent med at lovligheten av frikjøpsordninger knyttet til annet enn parkering og tilfluktsrom har vært prøvd i domstolene.

sådan falle utenfor det det kan gis bestemmelser om etter plan- og bygningsloven. En generell bestemmelse om frikjøp i kommuneplanen kan imidlertid vanskelig sies å være av privatrettslig karakter.

3. Adgangen til å gi bestemmelser til kommuneplanens arealdel om frikjøpsordning for manglende oppfyllelse av krav til leke-, ute- og oppholdsplasser

Bestemmelsen om frikjøpsordningen er inn tatt i pbl. § 28-7 tredje ledd, som lyder:

Det kan bestemmes i kommuneplanen at kommunen kan samtykke i at det i stedet for parkeringsplass på egen grunn eller på fellesareal blir innbetalt et beløp for hver manglende plass til kommunen for bygging av parkeringsanlegg. Kommunestyret bestemmer hvilke satser som til enhver tid skal gjelde. Innbetalte beløp kan bare benyttes til opparbeiding av offentlige parkeringsanlegg

Ordlyden kan vanskelig forstås annerledes enn at det etter denne paragrafen kun kan gis bestemmelser om frikjøpsordning til erstatning for parkeringsplasser. At innbetalt beløp bare kan benyttes til offentlige parkeringsanlegg styrker denne forståelsen. Samtidig kan man ikke fra denne paragrafen alene slutte at kommunenes adgang til å gi bestemmelser om frikjøpsordning er begrenset til parkeringsplasser. For å drøfte om det også er hjemmel til å gi bestemmelser om frikjøp til leke-, ute- og oppholdsplasser må man også tolke pbl. § 11-9 som omhandler generelle bestemmelser i kommuneplanens arealdel. Det følger av nr. 5 at det kan gis bestemmelser om:

byggegrenser, utbyggingsvolum og funksjonskrav, herunder om universell utforming, leke-, ute- og oppholdsplasser, skilt og reklame, parkering, frikjøp av parkeringsplasser etter § 28-7 og utnyttning av boligmassen etter § 31-6

Paragrafen gir kommunene kompetanse til å fastsette bestemmelser om blant annet

leke-, ute- og oppholdsplasser. Spørsmålet er imidlertid hvor stort handlingsrom kommunene har med hensyn til detaljutforming av slike planbestemmelser. Svaret vil bero på en tolkning av bestemmelsen hvor tradisjonell, juridisk metode vil kunne gi svar. Utgangspunktet må tas i ordlyden i § 11-9 nr. 5.

Ordlyden i § 11-9 nr. 5 er nokså generell i sin utforming. Den angir kun at det kan gis bestemmelser om leke- ute- og oppholdsplasser, uten at det gis nærmere retningslinjer om hva slike planbestemmelser kan gå ut på. Dette på lik linje med bestemmelser om byggegrenser, utbyggingsvolum, funksjonskrav mv. Dette tilsier at kommunene i utgangspunktet er gitt et betydelig rom for skjønn i vurderingen om hva en planbestemmelse om leke-, ute- og oppholdsplasser skal gå ut på. Dette skjønnnet er likevel ikke uten begrensninger. I Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) er det i omtalen av regelen nevnt som eksempler at det kan gis: «normer for utearealer og lekearealer mht. størrelse, beliggenhet/avstand, sol og lys, beskaffenhet, kvalitet osv.». Uttalelsen er på ingen måte en uttømmende oppstilling av mulige planbestemmelser, men det er intet i forarbeidene som taler for at det kan gis bestemmelser om frikjøpsordninger for denne type arealer. Likevel gir verken ordlyd eller uttalelsen i forarbeidene tilstrekkelig grunnlag for en sikker konklusjon i den ene eller andre retning.

For å komme nærmere et svar må man tolke formuleringen «frikjøp av parkeringsplasser etter § 28-7» i § 11-9 nr. 5. Spørsmålet er om lovgiver med denne formuleringen har ment å avgrense frikjøpsordningen til parkeringsplasser. Sagt med andre ord; kan man ut fra en antitetisk ordlydstolkning trekke den slutning at frikjøpsordninger kun er tillatt for parkeringsplasser?

Forarbeidene gir heller ikke her et entydig svar. Men i omtalen av frikjøpsordninger er det kun parkeringsplasser som nevnes. I Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) er frikjøpsordningen omtalt som «et av flere viktige verktøy for å styre trafikkutviklingen i kommunen». Dette kan tas til inntekt for at planbestemmelser om frikjøp utelukkende er tiltenkt parkeringsplasser. Det er også

grunn til å stille spørsmål om hvorfor lovgiver skulle gi en særregel om frikjøp for parkeringsplasser dersom intensjonen var at frikjøp også var tillatt for andre typer arealer.

Vi mener det er grunnlag for å tolke § 11-9 nr. 5 antitetisk. Her forstått som at loven åpner opp for å gi bestemmelser om frikjøp for parkeringsplasser, og at lovgiver ikke har ønsket bruk av frikjøps ordninger for andre formål. Det ville vært svært enkelt for lovgiver å åpne opp for en generell adgang for frikjøpsordninger dersom dette var lovgivers intensjon. Med henvisning i § 11-9 nr. 5 til § 27-8 synes lovgivers intensjon å være klar; det åpnes opp for frikjøp på et meget begrenset område.

Også reelle hensyn understøtter våre slutninger, særlig sett hen til de rettslige rammer § 11-9 nr. 5 for øvrig er plassert inn i:

For det første må man se hen til at kommuneplanens arealdel og reguleringsplaner skal være rettslig bindende, jf. §§ 11-6 og 12-4. En generell frikjøpsordning med hjemmel i pbl. § 11-9 nr. 5 ville i realiteten medføre at bestemmelser knyttet til arealbruken fastsatt i plan, for den type arealer som er omfattet av en frikjøpsordning, ikke ville være rettslig bindende for kommunen. Kommunen ville kunne etablere frikjøpsordninger for en rekke type arealer i planbestemmelser. Den rettslige bindingen, hva gjelder arealutnyttelsen, ville da nødvendigvis først inntre når kommunen enten inngår avtale om frikjøp eller fastholder et krav i bestemmelse etter § 11-9 nr. 5. En gjennomføring av plan vil dermed kunne skje på nye og endrede premisser enn de som er fastlagt i arealplan.

For det andre ville en generell frikjøpsordning medføre mindre grad av forutberegnelighet for borgerne og andre myndigheter. Hvor kommunen alternativt skulle velge å oppfylle kravet om leke-, ute- og oppholdsplasser ville forbli uklart frem til beslutning om gjennomføring.

For det tredje ville en omfattende medvirknings- og høringsprosess bli satt til side. Prosessen ville bli erstattet av en frikjøpsordning (avtale) mellom kommune og utbygger. Gjennomføringsprosessen flyttes med

dette fra en arena med klare saksbehandlingsregler til en forhandlingsarena hvor kommune etter inngått avtale og utbetaling av frikjøpssum påtar seg å skaffe til veie nødvendige arealer til erstatning for det opprinnelig krav i plan. Dette er etter vårt syn å gå betydelig lenger enn en utbyggingsavtale, som forholder seg til vedtatt plan og som følger egne saksbehandlingsregler. Dette taler i seg selv for at det må foreligge klar hjemmel.

Gjennom å sette de generelle saksbehandlingsregler i plan- og bygningsloven ut av spill, ved at frikjøpsordningen kunne overstyre/sette til side andre planbestemmelser, går man i realiteten lenger enn det man kan ved dispensasjon. Ved dispensasjon er det ikke anledning til å dispensere fra saksbehandlingsregler. At man ved en frikjøpsordning i realiteten kan gå lenger enn ved dispensasjon taler etter vårt syn også for at en frikjøpsordning må ha en klar hjemmel for å kunne inntas som bestemmelse til kommuneplanens arealdel.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har i brev til Fylkesmannen i Nordland av 24. oktober 2014 gitt uttrykk for at kommunen ikke har hjemmel til å gi bestemmelser om frikjøpsordning for leke-, ute- og oppholdsplasser. Fra brevet kan man blant annet lese følgende:

Departementet mener at verken ordlyden eller forarbeider gir holdepunkter for å utvide anvendelsesområdet i § 28-7 tredje ledd til å gjelde for manglende leke- og uteoppholdsareal.

Det er grunnlag for å stille spørsmål ved den tilnærming departementet tar til problemstillingen i denne saken. Departementet synes å slutte av pbl. § 28-7 tredje ledd, som kun gjelder frikjøpsordning knyttet til parkeringsplasser, at særregulering på dette feltet tilsier at samme ordning ikke kan etableres for andre krav i plan. Sagt med andre ord; den generelle vide adgang i pbl. § 11-9 nr. 5 til å gi bestemmelser er innsnevret ved at det er gitt særregler for parkering i § 28-7 tredje ledd.

Vi mener som uttrykt ovenfor at det er en tolking av pbl. § 11-9 nr. 5 som tilsier at be-

stemmelser om frikjøp i kommuneplan kun kan knyttes til parkeringsplasser.

Departementet legger tilsynelatende til grunn at en frikjøpsordning for leke-, ute- og oppholdsplasser vil være en utvidelse av anvendelsesområdet for § 28-7 tredje ledd.

Vi mener departementets tilnærming er upresis og at det kan stilles spørsmål ved grunnlaget for departementets konklusjon. Pbl. § 28-7 er en særregulering for parkering.

Departementet viser i sitt brev av 24. oktober 2014 til pbl. § 28-7 annet ledd, og understreker at om tiltakshaver ikke kan tilfredsstille de i planen oppstilte krav på egen grunn eller på fellesarealer, og tiltakshaver ikke får dispensasjon, må tiltakshaver normalt oppgi et byggeprosjekt. Vi er enige med departementet i denne generelle tilnærmingen. Vi mener derimot at en frikjøpsordning ikke nødvendigvis strider mot innholdet i § 28-7 annet ledd, og heller ikke er relevant for problemstillingen. Av annet ledd fremgår det jo nettopp at kommunen også her har en relativt stor skjønnsmargin. Annet ledd lyder:

Uteareal på tomta skal gjennom størrelse, utforming og beliggenhet mv. sikre forsvarlig oppholdssted i det fri for beboerne og i nødvendig utstrekning muliggjøre lek, rekreasjon, avkjørsel og parkering av biler, motorsykler, sykler o.l. Opparbeidet uteareal på tomta skal kunne brukes av alle innenfor tillatelsens formål. Kommunen kan godta at fellesareal avsettes for flere eiendommer.²

Vi har vanskelig for å se at en frikjøpsordning for leke-, ute- og oppholdsplasser i seg selv bryter med kravet i § 28-7 annet ledd. Utføringen av en frikjøpsordning kan på den annen side klart være i strid med § 28-7 annet ledd.

Kommunen har i medhold av § 28-7 annet ledd siste setning vid adgang til å godta at et fellesareal avsettes for flere eiendommer. Så lenge en frikjøpsordning holder seg innenfor rammen av § 28-7 annet ledd siste setning har vi vanskelig for å se at denne bestemmelse

sen i seg selv skulle forby frikjøpsordning for leke-, ute- og oppholdsplasser hjemlet i kommuneplanens arealdel.

I boken Plan- og bygningsloven med kommentarer, sies følgende om § 28-7 annet ledd:

Funksjons- og kvalitetskrav til utearealer mv. vil normalt være fastsatt i kommuneplanens arealdel eller reguleringsplan jf. § 11-9 nr. 5 og 12-7 nr. 4. Når dette ikke er gjort gir bestemmelsen i andre ledd kommunen anledning til å nekte det omsøkte tiltaket oppført, hvis det etter kommunens vurdering ikke gir dem som skal bruke eller bebo eiendommen tilstrekkelig areal til utendørs opphold, parkering mv. Bestemmelsen er således kommunens «sikkerhetsventil» for å påse at enhver eiendom får en forsvarlig utnyttelse.³

Denne formuleringen underbygger etter vårt syn at det rettslig utgangspunktet for vurderingen av en frikjøpsordning først og fremst må ligge i en vurdering av kommunens hjemmel til å gi generelle bestemmelser til kommuneplanens arealdel.

Pbl. § 11-9 nr. 5 gir etter vårt syn ikke hjemmel for å gi bestemmelser frikjøpsordning for leke- ute- og oppholdsplasser.

En slik klar hjemmel foreligger for parkering etter pbl. § 11-9 nr. 5, jf. § 28-7. Bestemmelse om frikjøpsordning i kommuneplanens arealdel for leke-, ute- og oppholdsarealer krever etter vårt syn tilsvarende klar hjemmel.

I boken Plan- og bygningsrett, gis det også uttrykk for at frikjøpsordninger må være uttrykkelig nevnt i § 11-9 nr. 5 for å kunne si at ordningen har hjemmel.⁴ Vi støtter dette synet og legger som uttrykt ovenfor til grunn at kun frikjøpsordning for parkering er hjemlet i § 11-9 nr. 5.

Drøftelsen ovenfor er knyttet til kommuneplanens arealdel. Det kunne tenkes at anledningen til å gi bestemmelser om frikjøpsordninger til reguleringsplan var videre. Vi er imidlertid av den oppfatning at de hensyn som gjør seg gjeldende på kommuneplanens

2. Vår understrekning.

3. Innjord m.fl., *Plan- og bygningsloven med kommentarer*, 2010 bind 2, s. 792 (våre understrekninger).

4. Pedersen m.fl., *Plan- og bygningsrett*, 2010, 2. utg. del 2 *Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner*, s. 396.

arealdelnivå også gjør seg gjeldende på reguleringsplannivå. Det skal likevel bemerkes at § 12-7 ikke nevner frikjøpsordninger overhodet. Dette kan tolkes i to retninger: Enten; da står kommunen friere her enn i kommuneplanens arealdel, eller; klar hjemmel foreligger ikke. Vi mener den siste tolkingen må være korrekt, og legger da særlig vekt på forutberegnelighet, lovens system sett i sammenheng og de hensyn som vi generelt har fremhevet i ovenfor.

Det understrekes for øvrig i forarbeidene til § 12-7⁵ at den gir en uttømmende opplysning av hva det kan gis bestemmelser om. Vi mener det også av denne grunn bør utvises forsiktighet mht. å «strekke» bestemmelsen i retning av at den skulle omfatte

hjemmel til å gi bestemmelser om frikjøpsordninger.

4. Konklusjon

Denne artikkelen drøftet om plan- og bygningsloven gir kommunenes adgang til å fastsette bestemmelser om frikjøpsordning til erstatning for manglende oppfyllelse av krav til leke-, ute- og oppholdsplasser i arealplan. Etter den ovenstående drøftelsen er vår konklusjon at plan- og bygningsloven ikke gir slik hjemmel. Vi har lagt avgjørende vekt på den klare ordlyden i § 28-7 tredje ledd og § 11-9 nr. 5 som begge knytter frikjøpsordningen til parkeringsplasser.

5. Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plandelen) s. 232.