

NOTAT

Til	Hilde Hanson
Firma	Vestfold og Telemark fylkeskommune
Emne	Byromsstrategi for Horten sentrum – vurdering av løsning og ivaretagelse av hensynet til barn og unge
Fra	Tone Gjertsen
Vår referanse	TIG/TIG/60186/501/NOM/3927187.1
Dato	29. april 2020
Ansvarlig advokat:	Tone Gjertsen

1. Innledning

Forslag til byromsstrategi for Horten innebærer at i et avgrenset område i indre by kan boligprosjektene behov for lekeareal løses gjennom bidrag til opparbeidelse og kvalitetsheving av prioriterte torg og parker, i stedet for at den enkelte utbygger etablerer sine egne begrensede løsninger på egen grunn. Hensikten med modellen er å stimulere til bidrag til fellesskapsløsninger.

Vi har blitt bedt om å vurdere gjennomføringsmodellen (spleiselagsløsningen) det legges opp til i lys av utbyggingsavtalerregelverket i plan- og bygningsloven. Vi er også blitt bedt om å vurdere om hensikten bak byromsstrategien vil ivareta hensynet til barn og unge. Når det gjelder ivaretagelse av barn og unge må ordningen også sikres tilstrekkelig medvirkning fra regionale fagmyndigheter. Til slutt er vi blitt bedt om å foreslå hvordan strategien kan forankres juridisk.

Som bakgrunn for notatet har vi gjennomgått utkast til Byromsstrategi for Horten sentrum (versjon 3. desember 2019) og Pilot Horten Tillegg, 4 kvartalslekeplasser. Vi har fått opplyst at kommunen ønsker å gjennomføre opparbeidelsene/oppgraderingen mot anleggsbidrag fra utbyggere. Spleiselagsløsningen tenkes gjennomført ved bruk av rekkefølgebestemmelser og utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven. Det betyr at begrensningene som følger av pbl. § 12-7 nr. 10 og pbl. § 17-3 er sentrale.

Ordningen har mange likhetspunkter med ordinære "områdemodeller", men så vidt oss bekjent er det pt ingen helt sammenlignbare ordninger. Om ordningen anses å være i tråd med plan- og bygningsloven vil i stor grad avhenge av om det er en konkret og saklig sammenheng mellom det enkelte utbyggingsprosjekt, rekkefølgebestemmelsene og utbyggingsavtalen. Ordningen må ikke fremstå som eller være en "lekeplasskatt".

2. Sikring av barn og unge – forankring i arealplan med mer

Utgangspunktet i plan- og bygningsjussen er at det skal avsettes og opparbeides nødvendig areal til uteopphold, lek m.m og at det i stor grad løses på den enkelte eiendom, jf. pbl. § 28-7. I tillegg følger det av Rikspolitiske retningslinjer for å styrke barn og unges interesser i planleggingen (RPR BU) at det offentlige har et særlig ansvar

for å sikre barn og unge de tilbud og muligheter som samlet kan gi den enkelte utfordringer og en meningsfylt oppvekst uansett bosted, sosial og kulturell bakgrunn.

Det må derfor som utgangspunkt anses som planfaglig forsvarlig, og i mange tilfeller ønskelig, at behov for lekeareal helt eller for det meste løses på offentlig areal, slik at det er tilgjengelig for alle barn. Den bærende ide bak byromstrategien synes derfor godt egnet til å ivareta kravene i RPR BU.

Strategien bør imidlertid inneholde tydeligere kvalitetsbeskrivelser (konkrete fysiske krav til tiltak) for det enkelte byrom og en rekkefølge for gjennomføring av tiltakene (prioriteringsliste), for å sikre at planlagt kvalitet blir realisert og "fordelt" på en hensiktsmessig måte over tid. Med kvalitetsbeskrivelse mener vi eksempelvis en ytterligere konkretisering av kvaliteten i tiltakene i Pilot Horten Tillegg. Ut fra dette lages en prioritert tiltaksliste. Kommunen må avklare om hele byrom skal utbedres og ferdigstilles før arbeid starter på det neste (slik vi forstår strategien), eller om tiltakene, eventuelt de viktigste av disse, "fordeles" mellom byrommene. Den første løsningen er antakelig enklest å gjennomføre, men det er ikke sikkert at det gir den samlet sett beste ivaretagelse av barn og unge i det lange løp. Dette må kommunen vurdere nærmere. Klare kvalitetskrav og prioriteringsliste er også viktig for spleiselagsløsningen. I det lyset er det også mulig at en "fordeling" mellom plassene lettere vil kunne ivareta utbyggingsavtalenregelverket.

Vi har ikke forutsetning for å gjøre en konkret vurdering av det planfaglige skjønnet som ligger til grunn for byromsnettverket, men bemerker at det fremstår som helhetlig, fornuftig og forsvarlig. Forutsatt tilstrekkelig høy kvalitet på de offentlige rommene vil en oppgradering av offentlige områder være egnet til å gi et bedre samlet tilbud for barn og unge enn det som kan tilbys i enkeltstående boligprosjekter.

Byromsstrategien med tilhørende kvalitetsbeskrivelse og prioriteringsliste bør forankres direkte i kommune(del)planen. De overordnede kvalitetskravene til tiltak/installasjoner kan og bør inntas som bestemmelser i kommune(del)plan jf. pbl. § 11-9 nr. 5. Den nevnte bestemmelsen åpner for at kommunen kan gi rammebestemmelser og grunnleggende bestemmelser om funksjonskrav, normer for utearealer og lekeareal med hensyn til størrelse, beliggenhet/avstand, sol og lys, beskaffenhet, kvalitet osv. I tillegg vil det antakelig være hensiktsmessig med en nærmere beskrivelse av kvalitetsnivået på det enkelte tiltak i kvalitetsbeskrivelsen i strategien. Tydelige kvalitetsbestemmelser i kommune(del)plan gir en konkret juridisk forankring og gjør at det blir enklere å praktisere kravene (hvis nødvendig som avslagshjemmel) i den enkelte sak, både dersom kommunen skal utføre mot anleggsbidrag fra utbygger, eller dersom utbygger velger å gjennomføre i egen regi. Slike bestemmelser gjør det også mulig for regional myndighet å vurdere om statlige krav og retningslinjer er oppfylt.

Selve strategidokumentet med tilhørende vedlegg (kvalitetsbeskrivelse og prioriteringsliste) bør inngå som vedlegg i kommune(del)plan. Krav til opparbeidelse/utbedring må inngå som rekkefølgekrav jf. pbl. 11-9 nr. 4 og med henvisning til vedleggene. Vi antar at tanken er at noen utbyggingsprosjekter kan gjennomføres uten ny reguleringsplan, men at det er et plankrav for større prosjekter. Kommune(del)planen bør ha klar anvisning på hva som må være etablert for å "slippe" plankravet, slik at det sikres at byromsstrategien også får direkte virkning for disse prosjektene.

3. Gjennomføringsmodell - rekkefølgebestemmelser og utbyggingsavtaler

3.1 Den planfaglige vurderingen skal skje i plan, ikke i avtale

Utbyggingsavtaler gjelder gjennomføring av kommunale arealplaner (enten kommune(del)plan eller reguleringsplan). Hensikten med utbyggingsavtaler er å avtale hvordan planen skal gjennomføres, i praksis hvem som skal bekoste og besørge etablering av rekkefølgekravene. Det er vanligst å inngå avtaler knyttet til rekkefølgekrav i reguleringsplan, men det er i prinsippet mulig å inngå avtaler knyttet til kommune(del)plan. I så fall må rekkefølgekravene i kommune(del)planen være konkrete.

Avtalen skal ikke brukes til å avklare hva rekkefølgekravene innebærer. Kvalitetskrav til og omfanget av rekkefølgekravene må enten fremgå direkte av bestemmelsen eller enkelt kunne utledes av tilhørende normer (eksempelvis veinormaler) eller av overordnede planer med vedlegg. Avtaler kan i noen grad benyttes for å ytterligere presisere rekkefølgekravene, men rammen for hva kommunen kan kreve skal følge av planen.

I den forbindelse vises til Rundskriv H-05/02 pkt. 4.3.2:

"...Det er viktig at kommunene ved vedtagelsen av plan sørger for at rekkefølgebestemmelsene er tilstrekkelig detaljerte. Man må være bevisst på at kommunens avveininger som reguleringsmyndighet skal skje i forbindelse med plan. Rekkefølgebestemmelsene skal være et uttrykk for kommunens fremtidige planer for området, og forutsetningene for utnyttelsen. Ved tolkning av rekkefølgebestemmelser kan det således være et moment at kommunen er ansvarlig for utformingen. Eventuelle uklarheter i bestemmelsene bør ikke innebære en fordel for kommunen, ved at de gis et for omfattende innhold."

I de tilfellene en utbygger ikke ønsker å inngå avtale, men etablere lekearealer på egen grunn, er det svært viktig at kravene til disse typer arealer er tydelige.

3.2 Gjennomføringsmodellen må ikke være en "lekplasskatt"

Gjennomføringsmodellen legger opp til en spleiselagsløsning der kommunen tar ansvar for å gjennomføre utbygging/oppgradering mot kontantbidrag fra utbyggere. Denne type ordninger er tillatt så fremt kravene til nødvendig og saklig i pbl. § 12-7 nr 10 (rekkefølgebestemmelser) og vilkårene om nødvendig og forholdsmessig i pbl. § 17-3 (utbyggingsavtaler) er ivaretatt. Dette for at ordningen ikke skal fremstå som en ren "lekeplasskatt". Både Kommunal- og moderniseringsdepartementet og Sivilombudsmannen har uttalt seg om at spleiselagsløsning ikke skal være skattlegging

i den såkalte Sandnessaken¹ og Oslo tingrett har slått ned på det i Selvaagsaken² og Tullinsaken³. Begge tingrettssakene er anket og derfor ikke rettskraftige.

Slik vi forstår gjennomføringsmodellen er det tenkt at alle utbyggere yter et likt kontantbidrag pr. m2 BRA som skal bygges ut, og at kommunen bruker bidraget til å oppgradere de aktuelle plassene etter kommunens prioritering uavhengig av det enkelte utbyggingsområdets beliggenhet. Vi mener dette ligner på en form for skattlegging, samtidig mener vi det taler mot skattlegging at det gjelder et konkret avgrenset og mindre område og kun oppgradering for å ivareta et spesifikt formål. Vi mener det også kan ha en viss betydning at modellen søker å løse delvis "private behov". Hvordan ordningen vil vurderes av domstolene er derfor usikkert. Vi mener det vil være gunstig dersom modellen er tydelig på at den sikrer oppgradering av den fysiske nærmeste plassen selv om noe av bidraget kan brukes til "fellestiltak".

Det er også viktig å merke seg at kommunen ikke kan inngå avtaler om å betale for forhold som allerede er gjennomført⁴. Dersom det er snakk om større "spleiselagstiltak" som kommunen tenker å forskuttere er det derfor viktig å inngå avtaler om bidrag før rekkefølgetiltaket gjennomføres. Det kan imidlertid avtales at utbyggers økonomiske bidrag ytes på et senere tidspunkt, eksempelvis når de setter i gang utbygging på egen eiendom.

3.3 Å inngå utbyggingsavtale er "frivillig"

Verken kommunen eller utbygger kan kreve at det inngås en utbyggingsavtale. Kommunen kan imidlertid avslå søknader dersom rekkefølgekrav ikke er oppfylt. I det perspektivet vil utbygger ofte ha et sterkt incentiv til å inngå avtale. Kommunens strategi må imidlertid ta høyde for at den ikke kan kreve avtale.

Slik vi forstår strategien skal rekkefølgebestemmelsene utformes slik at den enkelte utbygger kan velge å oppfylle kravet enten ved å etablere tilstrekkelig lekeareal på egen tomt eller å oppfylle kravet gjennom bidrag til etablering på utpekte torg eller parker. En slik løsning ivaretar at kommunen ikke kan "kreve" at utbygger inngår en utbyggingsavtale, men den kan "kreve" at utbygger oppfyller rekkefølgebestemmelser. Den skisserte løsningen gir utbygger et valg, i prinsippet på samme måte som "områdemodellen" i Søgnesaken⁵.

For ordens skyld bemerkes at de første sidene i strategien som beskriver gjennomføringsmodellen synes å legge opp til en løsning der utbygger kan velge å selv gjennomføre rekkefølgekravene eller inngå utbyggingsavtale om anleggsbidrag. I

¹ KMD 12/539-2 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/sporsmal-om-grensene-for-bruk-av-utbyggi/id733670/>

SOMB 2015/1194 <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/bestemmelse-i-kommunedelplan-om-bruk-av-utbyggingsavtaler-ved-gjennomforing-av-tiltak/>

² 18-104016TVI-OTIR/08

³ 18-132587TVI-OTIR/07

⁴KMD 10/647-2

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/krd/vedlegg/boby/utbyggingsavtaler/10_647_3.pdf

⁵ KMD 13/1383-2 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-11-9-nr-4---Lovligheten-av-bruk-av-utbyggingsavtaler---Rekkefolgekrav-i-kommuneplan-og-plan--og-bygningsloven--11-9-nr-4/id765541/>

slutten av dokumentet synes denne valgfriheten borte og det legges mer opp til et generelt oppgraderingsbidrag. Det siste er problematisk ref. redegjørelsen i foregående punkt.

3.4 Forståelsen av "sikret opparbeidet"

Vi har forstått det slik at man med ordlyden "sikret opparbeide i samsvar med byromsstrategien" i forslag til planbestemmelse sikter til "sikring" av kvalitetsnivå, ikke sikret finansiering/gjennomføring. Rekkefølgebestemmelser både i kommuneplan (pbl. § 11-9 nr. 4) og i reguleringsplan (pbl. § 12-7 nr 10) gjelder henholdsvis "sikre etablering" og "sikret opparbeidet". Sikret gjelder ikke selve kvaliteten på infrastrukturen, men at infrastrukturen blir etablert. Det er ikke hjemmel for å bruke "sikret" for å sikre kvalitetsnivået på denne måten. Til orientering er det praksis for at ordlyden "sikret opparbeidet" benyttes i rekkefølgebestemmelser. Det benyttes typisk der kommunen ser for seg en spleiselagsløsning. I Kommunal- og moderniseringsdepartementets brev til Oslo kommune av 29. september 2015⁶ som omhandler spleiselag uttaler departementet følgene om hva som ligger i "sikret opparbeidet":

Rammen for hvilke rekkefølgebestemmelser som kan gis i denne sammenheng framgår av ordene "tilstrekkelig etablert", og som da må være konkretisert i planen. Som vist til i brevet hit har det fra departementet vært godtatt at et tiltak er sikret opparbeidet etter en slik rekkefølgebestemmelse dersom det ved inngåelse av utbyggingsavtale eller ved byggesøknaden er kontraktsrettslige forpliktelser som til sammen finansierer tiltaket.

Det er viktig å huske at et tiltak ikke er "sikret gjennomført" før det er inngått avtaler som innebærer fullfinansiering. Dersom en enkelt utbygger har forpliktet seg til å yte et anleggsbidrag, men tiltaket ikke er fullfinansiert når skjæringspunktet i bestemmelsen nås (typisk ved brukstillatelse) må det søkes og innvilges midlertidig dispensasjon fra rekkefølgekravet for at det skal anses "sikret gjennomført".

3.5 Byromsstrategien og andre spleiselagsløsninger

Som nevnt innledningsvis kjenner vi ikke til andre helt tilsvarende løsninger, men deler av byromsstrategien har klare likhetspunkter med Oslo kommunes praksis med Veiledene Plan for Offentlige Rom (VPOR). VPOR er et uformelt planverktøy (ikke forankret i plan- og bygningsloven) som inneholder en oversikt over og kvalitetskrav til all nødvendig offentlig infrastruktur innenfor et avgrenset utviklings-/transformasjonsområde. Tanken med VPOR er å gi kommunen og utviklere en samlet oversikt over behovet i området, og så gjøres det en konkret vurdering av hvilke tiltak som er nødvendig og da blir tatt inn som rekkefølgekrav i de enkelte detaljreguleringer. Typisk vil det være noen større overordnede tiltak som fordrer spleiselag, eksempelvis større parkdrag eller hovedveier, og noen tiltak som kan gjennomføres direkte av utvikler, eksempelvis fortau langs egen eiendom. Slik VPOR er praktisert er hensikten å få på plass offentlig infrastruktur, ikke å få til alternative løsninger av det enkelte boligprosjekts behov for areal til uteopphold, lek med mer på egen eiendom.

⁶ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-12-7-henvendelse-om-rekkefolgekrav-knyttet-til-spleiselag/id2483899/> - brevet henviser til brev fra Oslo kommune av 10. oktober 2015 – ref. 15/22423

Slik vi forstår byromsstrategien har den element av både oppfyllelse av "private behov" og oppfyllelse av offentlige krav. Det er usikkert om dette gjør at kommunen har et noe større handlingsrom. Vi har imidlertid blitt opplyst at det er ønskelig å benytte utbyggingsavtaler i disse sakene. I så fall må utbyggingsavtaleregulverket overholdes.

3.6 Særlige utfordringer i gjennomføring ved detaljerte rekkefølgebestemmelser

For å ivareta forutsetningen i pbl. § 12-7 nr. 10 om at rekkefølgebestemmelsen skal være planfaglig nødvendig og ha en saklig sammenheng med den enkelte plan, er det avgjørende at rekkefølgekravene er tydelige, konkrete og forholdsvis detaljerte.

En veldig detaljert fordeling av tiltak på de forskjellige eiendommene vil imidlertid være en utfordring i praksis da kommunen ikke har noen kontroll på om/når en plan faktisk blir realisert. Overlappende rekkefølgekrav, det vil si at flere eiendommer har samme eller delvis samme krav, vil kunne avhjelpe dette noe. I tillegg antas at det er noen tiltak som er av en slik karakter at det er mulig å relatere dem til alle arealer innenfor planområdet, eksempelvis oppgradering av Torget som synes å ligge "midt i" planområdet. Rekkefølgekrav i den enkelte detaljplan kan typisk inneholde noen "fellestiltak" som vil gjelde alle eiendommer og noen mer "individuelle tiltak" som gjelder for noen få eiendommer.

Kommunen må være forsiktig med å trekke prinsippet beskrevet i andre avsnitt på s. 13 i Byromsstrategien for langt og anse alle tiltak som "fellestiltak". Utbyggingsprosjektets beliggenhet må ha en viss betydning for hvilket byrom kravene er knyttet til, ellers er det risiko for at metoden blir for lik Sandnessaken⁷.

Søgnesaen⁸ beskriver en akseptert områdemodell hvor det legges opp til at alle må bidra til et større veikryss (som alle får nytte av), men at det også er andre individuelle krav for de enkelte eiendommer. Basert på rekkefølgebestemmelsen i Søgnesaen kan eksempelvis rekkefølgebestemmelsene utformes slik:

Før det gis [igangsettingstillatelse eller midlertidig brukstillatelse] må følgende tiltak være etablert på [Torget][konkrete krav som angir tiltak og utforming] og følgende tiltak være etablert på [annet byrom][konkrete krav som angir tiltak og utforming] Gjennom utbyggingsavtaler som sikrer oppfyllelse av rekkefølgekravet kan kommunen tillate at nye tiltak etableres i området før fullt ferdig [lekeplass etc] er etablert.

Det er viktig at bestemmelsen er konkret og entydig, og at utformingskravene tas inn i bestemmelsen så langt som mulig eventuelt at det henvises til kvalitetsbeskrivelsen i kommune(del)planen med vedlegg.

Dersom rekkefølgebestemmelsen bruker ordene "sikret gjennomført/oppfyllelse" referer det typisk til spleiselag. Det er imidlertid viktig å huske at et tiltak ikke er "sikret gjennomført" før det er inngått avtaler som innebærer fullfinansiering. Dersom en enkelt utbygger har forpliktet seg til å yte et anleggsbidrag, men tiltaket ikke er

⁷ KMD 12/539-2 , SOMB 2015/1194

⁸ KMD 13/1383-2 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-11-9-nr-4---Lovligheten-av-bruk-av-utbyggingsavtaler---Rekkefølgekrav-i-kommuneplan-og-plan--og-bygningsloven--11-9-nr-4/id765541/>

fullfinansiert når skjæringspunktet i bestemmelsen nås (typisk ved brukstillatelse) må det søkes og innvilges midlertidig dispensasjon fra rekkefølgekravet for at det skal anses "sikret gjennomført".

3.7 *Rekkefølgekrav uten ny reguleringsplan*

Slik vi har forstått gjennomføringsmodellen, er det også meningen å bruke de generelle rekkefølgekravet i kommune(del)planen som grunnlag for krav i byggesaker uten forutgående reguleringsplan. I prinsippet er det mulig å inngå utbyggingsavtaler til kommuneplaner, men det kan være utfordrende å oppfylle kravene til nødvendig og forholdsmessig i pbl. § 17-3 når rekkefølgebestemmelsene er så vidt generelle som gjeldende kommunedelplan. Dersom byggesaker uten forutgående reguleringsplaner skal inngå i ordningen, må mer konkrete rekkefølgekrav fremgå av kommune(del)planen, eksempelvis ved en (mindre) endring av kommunedelplanen jf. pbl § 11-17.

Helt generelle krav som vil gjelde et generelt bidrag til oppgradering av parker og torg vil ikke være i tråd med kravene til nødvendighet og forholdsmessighet i pbl. § 17-3.

4. **Særlige utfordringer - kommunens risiko som gjennomfører m.m**

Dersom kommunen skal gjennomføre oppgraderingene mot anleggsbidrag fra utbyggere er det diverse forhold som bør håndteres. For det første vil kommunen løpe risikoen for kostnadsoverskridelser. I "områdemodeller" benyttes derfor ofte risikopåslag på kostnadsoverslaget. Kommunen må også sikre at anleggsbidragene faktisk går til å utføre det som er lovet og innen en rimelig tid. Dette er spesielt utfordrende ved større tiltak som fordrer spleiselag over lengre tid.

Videre må det avklares hva som skal skje dersom tiltakene blir billigere enn forutsatt. Generelle omdisponeringsklausuler strider mot lovens system da anleggsbidraget skal gå til å dekke konkrete tiltak. Kommunen må derfor ha en løsning for tilbakebetaling.

Kommunen må også være bevisst på at den ikke kan inngå avtaler om å finansiere tiltak som allerede er utført. Det er imidlertid mulig å inngå avtale før rehabiliteringsarbeidet er påstartet, men med senere forfall.

Advokatfirma DLA Piper Norway DA



Tone Gjertsen
Partner
tone.gjertsen@dlapiper.com