



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

I hvilke tilfeller kan endringer i reguleringsplanen etter avtaleinngåelsen føre til at en utbyggingsavtale blir ugyldig?

Håvard Bruksås Josefsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Forutsetninger og avgrensninger	3
1.3	Veien videre	5
2	Utbyggingsavtale som avtaletype.....	6
2.1	Særtrekk ved en «utbyggingsavtale».....	6
2.2	Særlige hensyn som gjør seg gjeldende for utbyggingsavtaler	9
2.3	Særtrekk ved avtalemotparten: Kommunens adgang til å endre reguleringsplanen	10
3	Utbyggingsavtaler og etterfølgende reguleringsendringer i lys av avtaleretten som bakgrunnsrett.....	12
3.1	Anvendelsen av avtalerettslige ugyldighetsregler på utbyggingsavtalen og etterfølgende forhold	12
3.2	Den avtalerettslige hovedregelen: Avtaler skal holdes	14
4	I hvilke tilfeller kan endringer i reguleringsplanen utgjøre en bristende forutsetning for utbyggingsavtalen?.....	16
4.1	Redegjørelse for reglene om bristende forutsetninger	16
4.2	HR-2021-2364-A (Sunnfjord).....	20
4.3	Kan endringer i reguleringsplanen <i>alene</i> utgjøre en bristende forutsetning for avtalen?.....	26
4.3.1	Kan reguleringsplanens føringer være <i>forutsetninger</i> for utbygger ved inngåelsen av utbyggingsavtalen?	26
4.3.2	Når er utbyggers forutsetninger, basert på reguleringsplanen ved avtaletidspunktet, <i>motiverende</i> for inngåelsen av utbyggingsavtalen?	27
4.3.3	Når er utbyggers forutsetninger, basert på reguleringsplanen ved avtaletidspunktet, <i>synbare</i> for kommunen?	29
4.3.4	I hvilke tilfeller er det rimelig å flytte utbyggers risiko for forutsetningssvikten over på kommunen?	32
4.4	Rettsvirkningen av ugyldighet ved bristende forutsetninger.....	38

4.5	Konklusjon	39
5	Kan utbyggingsavtalen lempes etter avtl. § 36 på grunn av endringer i reguleringsplanen?	40
5.1	Lemping etter avtl. § 36	40
5.1.1	Utgangspunktet for lemping av ordinære avtaler	40
5.1.2	Gjelder samme utgangspunkt for lemping av utbyggingsavtaler som følge av endringer i reguleringsplanen?	44
5.2	I hvilke tilfeller kan det tenkes at endringer i reguleringsplanen kan føre til lemping av utbyggingsavtalen?	46
5.2.1	Innledende kommentarer	46
5.2.2	Forhold som kan tale mot lemping	47
5.2.3	Forhold som kan tale for lemping	48
5.3	Konklusjon	50
5.4	Hvilke rettsvirkninger kan inntre hvis utbyggingsavtalen kan lempes?	50
6	Avslutning	53
6.1	Kan endringer i reguleringsplanen alene føre til at en utbyggingsavtale blir ugyldig? 53	
6.2	Avsluttende betraktninger	54
7	Kildeliste	55
	Lover	55
	Forarbeider	55
	Rettspraksis	55
	Juridisk litteratur	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Oppgaven handler om utbyggingsavtaler¹ etter plan- og bygningsloven², og situasjonen som oppstår når kommunen endrer reguleringsplanen³ etter avtaleinngåelsen. Temaet vil drøftes i lys av avtaleretten.

Partene i en utbyggingsavtale er «*utbygger*» og «*kommunen som planmyndighet*»⁴. Med «*utbygger*» siktes det i denne sammenhengen til en privat og næringsdrivende aktør som har planer om å bygge ut et område. At kommunen som planmyndighet er part i avtalen, reiser flere prinsipielle og uavklarte spørsmål⁵. Bestemmelsene om utbyggingsavtaler ble lovfestet i 2006, og er videreført uten endringer i gjeldende plan- og bygningslov kapittel 17⁶. Det sentrale formålet bak lovbestemmelsene er å hindre at kommunen misbruker sin sterke posisjon overfor utbygger ved avtaleinngåelsen⁷. Det gjelder derfor særskilte saksbehandlingskrav og grenser for avtalens lovlige innhold.

Forhold som inntreffer etter avtaleinngåelsen reguleres imidlertid ikke i pbl. kapittel 17⁸. Hvorvidt avtaleloven⁹ § 36 og de ulovfestede reglene om bristende forutsetninger gjelder for omstendigheter etter inngåelsen av en utbyggingsavtale har vært et omstridt spørsmål, særlig i juridisk teori¹⁰. Avtalerettslige ugyldighetsregler har derfor i liten grad vært drøftet i tilknytning til utbyggingsavtaler.

Tidligere var bestemmelsene i pbl. kapittel 17 og forarbeidene de eneste autoritative rettskildene om denne avtaletypen. I 2021 kom de første dommene fra Høyesterett som knyttet seg til utbyggingsavtaler.

¹ Det vil redegjøres for hva en «*utbyggingsavtale*» er og hvilke særtrekk denne typen avtaler har i kapittel 2.1.

² Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (forkortet pbl.).

³ Det vil redegjøres for hva en «*reguleringsplan*» er i kapittel 2.1.

⁴ Det vil redegjøres for betydningen av at kommunen «*som planmyndighet*» er avtalemotpart i kapittel 2.1.

⁵ Departementet drøfter flere ulike rettslige problemstillinger som oppstår fordi kommunen som planmyndighet er part i utbyggingsavtalen, se Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 26-27

⁶ Lov 27. mai 2005 nr. 30 om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler), Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 305.

⁷Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7 og HR-2021-2364-A, avs. 43.

⁸ HR-2021-2364-A, avs. 41 – 43.

⁹ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (forkortet avtl.)

¹⁰ Johan Greger Aulstad, *Kommunale utbyggingsavtaler*, Bergen 2005 s. 97-104.

I Mortensrud-dommen, HR-2021-953-A, tok Høyesterett stilling til om et rekkefølgekrav¹¹ var «*nødvendig*» etter pbl. § 12-7 nr. 10. Flertallet tolket nødvendighetsvilkårene i pbl. §§ 12-7 nr. 10 og 17-3 (3) i sammenheng. Pbl. § 17-3 (3) regulerer hvilke rekkefølgekrav som kan inntas i en utbyggingsavtale. Ved avveiningen av de ulike tolkningsmomentene, la flertallet avgjørende vekt innholdet i pbl. § 17-3 (3)¹².

I Sunnfjord-dommen, HR-2021-2364-A var hovedspørsmålet i saken om en utbyggingsavtale var blitt delvis ugyldig etter reglene om bristende forutsetninger. Flertallet besvarte spørsmålet bekreftende. Et moment i flertallets vurdering var at reguleringsplanen ble endret etter avtaleinngåelsen. Flertallet på tre dommere mente at reguleringsendringen utgjorde en selvstendig bristende forutsetning for avtalen. To dommerne tok dissens, og mente at reguleringsendringen ikke hadde betydning for avtalens gyldighet. Dommen er sentral for oppgavens tema og drøftelser.

I denne oppgaven vil det drøftes om endringer i reguleringsplanen etter avtaleinngåelsen alene kan føre til at en utbyggingsavtale blir ugyldig. Problemstillingen er uavklart, og har tidligere ikke har vært gjenstand for en lengre drøftelse¹³. Hvis reguleringsendringer alene kan føre til at avtalen blir ugyldig, vil det kort drøftes om avtalen kan revideres.

«*Ugyldighet*» sikter til at avtalefriheten er overskredet, slik at avtalen ikke lenger har virkning etter sitt innhold¹⁴. Begrepet har imidlertid ikke et entydig innhold¹⁵. I denne sammenheng brukes «*ugyldighet*» som et koblingsord mellom faktiske omstendigheter og konkrete rettsvirkninger¹⁶. Med «*revisjon*» siktes det til konkrete rettsvirkninger som følge av at avtalen er ugyldig. Revisjon innebærer at partenes forpliktelser helt eller delvis faller bort, eller at avtalen får et annet innhold enn hva som opprinnelig ble avtalt¹⁷.

¹¹ Det vil redegjøres for hva et «*rekkefølgekrav*» er i kapittel 2.1.

¹² HR-2021-953-A, avs. 57 – 58.

¹³ Martin Lie Hauge redegjør grundig for på Sunnfjord-dommen i egen artikkel, se «Hvor sterkt avtalerettslig vern har utbyggere ved inngåelsen av utbyggingsavtaler? Kommentar til Sunnfjord-dommen HR-2021-2364-A» publisert på *Juridika Innsikt*, 2022, (se <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-sunnfjord-dommen-hr-2021-2364-a>), sist besøkt 08.12.22. Lie reiser avslutningsvis spørsmålet om etterfølgende endringer i reguleringsplanen kan føre til at utbyggingsavtalen blir ugyldig, og drøfter problemstillingen i de siste avsnittene i artikkelen.

¹⁴ Johan Giertsen *Avtaler*, 4. utgave 2021 s. 190.

¹⁵ Begrepet «*ugyldighet*» kan også sikte til en konkret rettsvirkning hvor avtalen opprettholdes eller settes helt til side etter avtl. §§ 28 - 33, jf. Giertsen (2021) s. 190 g 262. Brukes «*ugyldighet*», slik vil det være sammenfallende med «*revisjon*».

¹⁶ Geir Woxhølt *Avtalerett*, 10. utgave, 2017, s. 255 - 260.

¹⁷ Viggo Hagstrøm *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 254.

Bakgrunnen for problemstillingen er at utbyggingsavtalen er uløselig knyttet til en spesifikk arealregulert situasjon. For eksempel en konkret reguleringsplan. Utbyggingsavtalen er et virkemiddel for å gjennomføre en utbygging av et område i reguleringsplanen. Oppfyllelsen av forpliktelsene i avtalen skal realisere arealreguleringen av området i henhold til reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen. Imidlertid har kommunen som planmyndighet som hovedregel alltid myndighet til å endre reguleringsplanen¹⁸. Endringer i reguleringsplanen kan tenkes å legge nye føringer for gjennomføringen av utbyggers forpliktelse. På denne måten kan kommunen ensidig endre forutsetningene for hele avtaleforholdet og forpliktelsene i utbyggingsavtalen. I et ordinært avtaleforhold kan en avtalepart ikke ensidig endre grunnlaget for avtalen. Utbyggingsavtalen, og avtaleforholdet mellom utbygger og kommunen, er derfor særegent i et avtalerettslig perspektiv.

De sentrale problemstillingene i oppgaven er i hvilke tilfeller endringer i reguleringsplanen kan utgjøre en bristende forutsetning, eller alternativt medføre at utbyggingsavtalen blir «urimelig (...) å gjøre gjeldende», jf. avtl. § 36. Hvis en reguleringsendring kan føre til at avtalen blir ugyldig, vil det kort drøftes hvilke rettsvirkninger som kan inntre etter bristende forutsetninger og avtl. § 36.

1.2 Forutsetninger og avgrensninger

Ved drøftelsen av disse problemstillingene forutsettes det for det første at utbyggingsavtalen er gyldig ved avtaleinngåelsen. Det legges til grunn at saksbehandlingsreglene i pbl. § 17-2 flg. er overholdt, og at avtalens materielle innhold er innenfor grensene av pbl. § 17-3.

For det andre forutsettes det at utbyggingsavtalen ikke regulerer betydningen av at reguleringsplanen endres etter avtaleinngåelsen. Hvorvidt et etterfølgende forhold leder til avtalerettslig ugyldighet, beror på en tolkning av den konkrete avtalen¹⁹. Det er som hovedregel ikke adgang til å revidere avtalen i medhold av bakgrunnsretten, dersom betydningen av det etterfølgende forholdet er regulert i avtalen²⁰. Tolkning av avtalen har derfor stor betydning for om endrede omstendigheter kan lede til at avtalen blir ugyldig, og

¹⁸ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Oslo 2018 s. 430, samt Rasmussen, (2007) s. 347.

¹⁹ Rt. 2002 s. 1110, s. 1118, Rt. 2015 s. 321, avs. 36.

²⁰ Giertsen (2021) 328, sml. Rt. 2010 s. 1345, avs. 62.

kan revideres. Hvordan utbyggingsavtaler skal tolkes faller imidlertid utenfor oppgavens problemstilling og vil ikke behandles.

En annen sentral forutsetning er at endringene i reguleringsplanen får direkte betydning for tiltakene utbygger skal gjennomføre i henhold til utbyggingsavtalen og i utbyggers eget byggeprosjekt. Hovedregelen er at en reguleringsplan er bindende for fremtidige tiltak²¹. Det finnes imidlertid to unntak fra denne hovedregelen. En ny reguleringsplan har ikke virkning for fremtidige tiltak hvis det er søkt om en byggetillatelse for tiltakene, og den gamle reguleringsplanen gjaldt ved utløpet av saksbehandlingsfristen²². Videre kan en ny reguleringsplan kan heller ikke gjøres gjeldende for tiltak utbygger allerede er innvilget ramme- eller byggetillatelser for²³. Byggetiltakene utbygger skal etablere etter utbyggingsavtalen og i sitt eget utbyggingsprosjekt, krever som hovedregel ramme- eller byggetillatelse fra kommunen²⁴. Forutsetningene for unntakene er derfor at søknaden om, eller innvilget tillatelse, dekker alle tiltakene utbygger skal gjennomføre. Endringene i reguleringsplanen får direkte virkning for tiltakene utbygger skal gjennomføre som det ikke er søkt om byggetillatelse for, eller at den nye reguleringsplanen er vedtatt før utløpet av saksbehandlingsfristen.

Videre tar oppgavens drøftelser utgangspunkt i at «utbygger» er en næringsdrivende og profesjonell part. Imidlertid kan også privatpersoner kan være en «utbygger», og part i en utbyggingsavtale²⁵. Privatpersoner har et sterkere avtalerettslige vern enn profesjonelle parter. Det kan dermed tenkes at terskelen for ugyldighet og revisjon av en utbyggingsavtale en etterfølgende omregulering er lavere for privatpersoner. Det forutsettes også at kommunen kun opptrer som avtalemotpart og planmyndighet. Det imidlertid ikke uvanlig at kommunen også kan være selger av tomten utbygger skal bygge ut. Oppgaven avgrenses mot å drøfte problemstillingen i lys av andre partsforhold, på grunn av plasshensyn.

²¹ Pbl. § 12-4 (1) første punktum.

²² Søknad om byggetillatelse for et tiltak skal vurderes opp mot gjeldende reguleringsplan ved utløpet av saksbehandlingsfristen på 12 uker, jf. pbl. § 21-7 (5). Kommunen kan ikke avslå søknaden om byggetillatelse med begrunnelse at tiltaket det søkes byggetillatelse for, er i strid med en ny reguleringsplan som ble gjeldende etter saksbehandlingsfristen gikk ut.

²³ Det følger av Rt. 2015 s. 413, avs. 42 og Rt. 2002 s. 683 at utbygger ved en helhetlig byggesøknad har vern mot senere reguleringsendring fra innvilgelsen av byggetillatelsen. Ved en delt byggesøknad har utbygger vern når rammetillatelsen innvilges, jf. LB-2013-14712.

²⁴ Pbl. §§ 1-6 (2) og 20-1.

²⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 50 - 51 og 62

Oppgaven handler utelukkende om endringer i reguleringsplanen kan føre til ugyldighet og revisjon av utbyggingsavtalen. En omregulering kan imidlertid også tenkes å gi grunnlag for erstatning, eller utløse en selvstendig reforhandlingsplikt²⁶. Av hensyn til plass avgrenses det mot å drøfte disse alternative følgene.

1.3 Veien videre

I kapittel 2 vil det fremheves særtrekk og hensyn ved utbyggingsavtalen som skiller denne avtaletypen fra ordinære avtaler. Avtalens funksjon for å gjennomføre reguleringsplanen er sentral. Deretter vil det redegjøres for kommunens kompetanse til å endre reguleringsplanen etter avtaleinngåelsen, og hvordan endringene kan legge nye føringer for utbyggers avtaleforpliktelser. I kapittel 3 vil det tas stilling til anvendelsen av avtalerettslige ugyldighetsregler på utbyggingsavtalen og etterfølgende forhold. Deretter vil det kort redegjøres for hovedregelen om at avtaler skal holdes.

Spørsmålet i de neste kapitlene er om reguleringsendringer legitimerer at det gjøres unntak fra denne hovedregelen. I kapittel 4 er spørsmålet om endringer i reguleringsplanen kan utgjøre en bristende forutsetning for avtalen. Det vil redegjøres for innholdet i reglene om bristende forutsetninger, og den nylig avsagte Sunnfjord-dommen. Deretter vil det drøftes i hvilke tilfeller en reguleringsendring alene kan utgjøre en bristende forutsetning.

I kapittel 5 er spørsmålet om en omregulering kan føre til at utbyggingsavtalen kan lempes, jf. avtl. § 36. Dette er ikke tidligere drøftet. Et sentralt og uavklart spørsmål er derfor om terskelen for å lempe utbyggingsavtalen ved etterfølgende endring i reguleringsplanen er lavere enn hva som gjelder for ordinære avtaler. Deretter vil det fremheves forhold som taler for og mot lemping.

Til slutt vil oppgavens drøftelser sammenfattes i en generell konklusjon. Det vil også reises spørsmål ved situasjonen burde vært regulert på en annen måte enn ved reglene om bristende forutsetninger og avtl. § 36.

²⁶ Utbyggers adgang til å rette misligholdsbeføyelser mot kommunen er delvis drøftet i Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 55 – 56, samt av Martin Lie Hauge i «Utbyggingsavtaler og etterfølgende omstendigheter – Sunnfjord-saken i et kritisk lys», *Lov og Rett*, 2021, s. 367-380 (s. 378-379) og i Lie (2022). Hvorvidt det eksisterer en selvstendig reforhandlingsplikt ved irregulær utvikling i et avtaleforhold er drøftet av Andreas Meidell, «Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold», *Lov og Rett*, 2002, s. 498-508.

2 Utbyggingsavtale som avtalestype

2.1 Særtrekk ved en «utbyggingsavtale»

Pbl. § 17-1 oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at en avtale skal være en «utbyggingsavtale». Det følger av bestemmelsen at:

«Med utbyggingsavtale menes en avtale mellom kommunen og grunneier eller utbygger om utbygging av et område, som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan»

For det første må avtalepartene være «kommunen», og «grunneier» eller «utbygger». For det andre må avtalens innhold gjelde en «utbygging av et område». Videre må avtalen ha sitt «grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov». For det fjerde må avtalen gjelde «gjennomføring av kommunal arealplan». I lys av oppgavens problemstilling er det ikke nødvendig å redegjøre for alle fire vilkårene. Essensen i en utbyggingsavtale å regulere «kommunens» og «utbyggers» rettigheter og forpliktelser i forbindelse med en «utbygging av et område» etter en «kommunal arealplan».

Det første sentrale vilkåret for oppgavens problemstilling er at «kommunen» må være avtalemotpart, og avtalen inngås i sammenheng med kommunens utøvelse av rollen som «planmyndighet» etter plan- og bygningsloven²⁷. En naturlig språklig forståelse av «planmyndighet» sikter til kommunens eksklusive kompetanse etter plan- og bygningsloven til å vedta og endre arealplaner, samt innvilge byggetillatelse.

Konteksten for utbyggingsavtalen er at utbygger vil gjennomføre sitt utbyggingsprosjekt. Utbyggers primære formål med avtaleinngåelsen er å oppnå byggetillatelse. For å oppnå byggetillatelse må tiltakene som utbygger ønsker å gjennomføre være i henhold til kravene i reguleringsplanen²⁸. Det er et grunnleggende plan- og bygningsrettslig prinsipp at søker har rettskrav på byggetillatelse dersom søknaden er i henhold til gjeldende reguleringsplan²⁹. Det kan imidlertid være uklart hvordan kravene i reguleringsplanen skal forstås. Det er bare kommunen som «planmyndighet» som har myndighet til å definere hvordan kravene i reguleringsplanen skal oppfylles med bindende virkning for kommunens

²⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7 og 62 - 63.

²⁸ Pbl. § 1-6 (2) første punktum.

²⁹ Pbl. § 21-4 (1) første punktum.

byggesaksbehandling³⁰. At avtalen inngås i sammenheng med kommunens utøvelse av rollen som «*planmyndighet*» og utbyggers behov for byggetillatelse, gir kommunen en sterk forhandlingsposisjon overfor utbygger ved inngåelsen av slike avtaler³¹. Et særtrekk ved utbyggingsavtalen er at styrkeforholdet mellom utbygger og kommunen er skjevt³².

Det andre sentrale vilkåret for oppgavens problemstilling er at avtalen «*gjelder gjennomføring av kommunal arealplan*». En «*kommunal arealplan*» omfatter språklig både kommuneplanens arealdel og reguleringsplan. I denne oppgaven vil det imidlertid tas utgangspunkt i arealplantypen «*reguleringsplan*», som i oftest er den plantypen utbyggingsavtalen knytter seg til.

En «*reguleringsplan*» består av et arealplankart og bestemmelser, som sammen er rettslig bindende for hvilke tiltak som kan det er tillatt å gjennomføre i et avgrenset område³³. Det er kommunestyret som vedtar reguleringsplanen, og etterfølgende endringer³⁴.

Reguleringsplanen kan blant annet fastsette overordnet arealformål etter pbl. § 12-5 og gi ulike planbestemmelser. Plan- og bygningsloven § 12-7 gir grunnlag for å vedta ulike bestemmelser i reguleringsplanen for hvordan arealet i planområdet skal utnyttes.

Reguleringsplanen kan for eksempel fastsette rekkefølgekrav eller tillatt utnyttelsesgrad. Et «*rekkefølgekrav*» er en særlig form for planbestemmelse, som innebærer at «*utbygging av et område ikke kan finne sted*» før visse infrastrukturtiltak er tilstrekkelig etablert³⁵.

Rekkefølgekravet utgjør i realiteten et byggeforbud for utbyggers byggeprosjekt, fordi kommunen i utgangspunktet ikke kan innvilge byggetillatelse inntil det konkrete rekkefølgetiltaket er opparbeidet³⁶. Med «*rekkefølgetiltak*» siktes det til det konkrete infrastrukturtiltaket som rekkefølgekravet omfatter.

En naturlig språklig forståelse av «*gjennomføring av kommunal arealplan*» tilsier at avtalen må knytte seg til en konkret arealplan på avtaletidspunktet. For det første gir ordlyden anvisning på at utbyggingsavtalen må gjelde en utbygging innenfor planområdet til den kommunale arealplanen. For det andre tilsier en språklig forståelse av «*gjennomføring*» at

³⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 63.

³¹ Ot.prp. pr. 22 (2004-2005) s. 13 og 62 - 63.

³² Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 5-6 og 21.

³³ Pbl. §§ 12-1 (1) og 12-4 (1).

³⁴ Pbl. §§ 12-12 (1) første punktum, jf. 12-14 (1). Etter pbl. § 12-14 (2) kan imidlertid kommunestyret delegere endringskompetansen.

³⁵ Pbl. § 12-7 nr. 10, HR-2021-953-A, avs. 38.

³⁶ HR-2021-953-A, avs. 38.

forpliktelsene i avtalen må bidra til å realisere utbyggingen av planområdet slik arealplanen gir anvisning på. For utbygger vil forpliktelsene i avtalen være en ytterligere presisering av bestemmelsene som følger av reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen³⁷. Det kan slutes av «gjelder gjennomføring av kommunal arealplan» at det er en underliggende, direkte sammenheng mellom forpliktelsene i utbyggingsavtalen og bestemmelsene i den eller de reguleringsplaner som gjelder for området ved avtaleinngåelsen. Et annet særtrekk ved utbyggingsavtalen er derfor at avtaleforpliktelsene skal gjennomføre en konkret arealregulert situasjon i henhold til gjeldende reguleringsplan ved avtaleinngåelsen.

En utbyggingsavtale kan gjennomføre en rekke forhold som er fastsatt i reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen³⁸. I odelstingsproposisjonen fremhever departementet særlig utbyggingsavtalens funksjon for å realisere reguleringsplanens rekkefølgekrav³⁹. Etter pbl. § 17-3 (3) kan forpliktelsene i utbyggingsavtalen realisere «tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak». Spørklig tilsier «gjennomføring av planvedtak» at forpliktelsen må knytte seg til et konkret rekkefølgekrav i en konkret arealplan. En naturlig spørklig forståelse av «nødvendig» tilsier at det å foreligge en legitim grunn for at utbygger må oppfylle rekkefølgekravet. Høyesterett har lagt til grunn at hvilke rekkefølgekrav som er «nødvendig» etter pbl. §§ 17-3 (3) og 12-7 nr. 10 må tolkes i sammenheng. Sammenheng mellom §§ 17-3 (3) og 12-7 nr. 10 kan ha betydning ved etterfølgende reguleringsendringer, som jeg vil komme tilbake til i kapittel 4.2.

For at utbyggingsavtalen skal «gjennomføre en kommunal arealplan» kan utbygger påta seg ulike typer forpliktelser. Etter pbl. § 17-3 (3) kan utbygger forplikte seg til å «bekoste» eller «besørge» nødvendige tiltak. I utbyggingsavtaler hvor utbygger skal «besørge» tiltaket, er utbygger ansvarlig for å prosjektere og opparbeide infrastrukturtiltaket. Opparbeidelsesavtaler innebærer at utbygger påtar seg en resultatforpliktelse. For at utbyggers forpliktelse i denne typen utbyggingsavtaler skal «gjennomføre» den konkrete reguleringsplanen, vil situasjonen være at kommunen konkret utdypet i avtalen hva som skal til for at utbyggers forpliktelse vil oppfylle bestemmelsene i reguleringsplanen⁴⁰.

³⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 63

³⁸ Jf. pbl. § 17-3 (1): En utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan

³⁹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 10.

⁴⁰ Ot.prp. pr. 22 (2004-2005) s. 63.

I utbyggingsavtaler hvor utbygger «*bekoster*» et tiltak, påtar utbygger seg å betale et pengebeløp til kommunen for oppfyllelse av et rekkefølgekrav i reguleringsplanen mot at kommunen påtar seg ansvaret med å gjøre de arbeider som er nødvendig for å oppfylle kravet. Kontantbidragsavtalene innebærer at utbygger påtar seg en engangsforpliktelse til å betale en økonomisk ytelse, mens kommunen forplikter seg til en realytelse. I dette ligger det at rekkefølgekravet vil være oppfylt for utbyggers del når kontantbidraget er betalt, og utbygger vil derfor normalt ha krav på byggetillatelse⁴¹.

2.2 Særlige hensyn som gjør seg gjeldende for utbyggingsavtaler

Særtrekkene ved en utbyggingsavtale, gjør at noen særlige hensyn gjør seg gjeldende for denne avtaletypen. Et av de sentrale hensynene bak lovbestemmelsene i pbl. kap. 17 er å verne utbygger mot at kommunen misbruker sin posisjon som planmyndighet ved avtaleinngåelsen⁴². Hensynet til vern av utbygger kommer særlig til uttrykk gjennom at utbygger bare forplikte seg til å finansiere eller opparbeide «*nødvendige*» tiltak for gjennomføringen av planvedtaket, jf. pbl. § 17-3 (3).

Videre er også hensynet til forutberegnelighet for utbygger et sentralt⁴³. I denne sammenhengen knytter forutberegnelighet seg særlig til at utbygger skal kunne forutse omfanget av forpliktelsene han påtar seg ved avtaleinngåelsen⁴⁴. Hensynet til forutberegnelighet kommer til uttrykk gjennom § 17-2 (1), hvor det er et absolutt vilkår for inngåelsen av en utbyggingsavtale at kommunen har truffet et vedtak hvor forventninger til avtalen.

Lovbestemmelsene skal også sikre *gjensidighet* og *balanse* i avtaleforholdet mellom utbygger og kommunen⁴⁵. Hensynet til balanse i avtaleforholdet kommer særlig til uttrykk ved at utbygger forpliktelse må stå i et «*rimelig forhold*» til kommunens forpliktelser i avtalen, jf. pbl. § 17-3 (3) andre punktum.

⁴¹ Pbl. § 12-7 nr. 10 krever at rekkefølgetiltaket er «etablert». Ordlyden tilser at det konkrete tiltaket må være bygget før rekkefølgekravet er oppfylt. Det følger imidlertid av uttalelser fra Kommunal- og regionaldepartementet at rekkefølgekravet er oppfylt når det er stilt finansiering, jf. Lie (2022).

⁴² HR-2021-953-A, avs. 47 og Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7

⁴³ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 45.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7.

2.3 Særtrekk ved avtalemotparten: Kommunens adgang til å endre reguleringsplanen

Det forhold at avtalemotparten er kommunen som «*planmyndighet*» og at utbyggingsavtalen knytter seg til «*gjennomføring*» av en spesifikk arealregulert situasjon, er særtrekk ved utbyggingsavtalen som har en egen betydning for problemstillingene i denne oppgaven.

Det følger av pbl. § 12-14 (1) at for endringer i reguleringsplan gjelder «*samme bestemmelser som for utarbeiding av ny plan*». Ordlyden gir anvisning på kommunen må følge saksbehandlingsreglene i pbl. § 12-8 flg. ved endringer i reguleringsplan. Kommunens adgang til å vedta reguleringsplaner følger av pb. §§ 12-8 – 12-12. Disse bestemmelsene oppstiller kun krav til saksbehandlingsprosessen. Det kan slutes av ordlyden i pbl. § 12-14 (1) at kommunens kompetanse til å endre reguleringsplanen kun er underlagt de prosessuelle kravene som følger av en ordinær reguleringsplanprosess. Pbl. § 12-14 (1) oppstiller ingen materielle begrensninger for kommunen adgang til å endre reguleringsplanen. Tilsvarende forståelse er lagt til grunn av departementet⁴⁶.

Det kan derfor slutes at *hvorvidt* reguleringsplanen skal endres er underlagt kommunens frie forvaltningsskjønn. Inngåelsen av en utbyggingsavtale kan som den klare hovedregel ikke medføre at kommunen blir avskåret fra å endre reguleringsplanen som utbyggingsavtalen er tilknyttet⁴⁷. Kommunen står derfor fritt til å endre reguleringsplanen etter inngåelsen av utbyggingsavtalen.

Et eksempel på reguleringsendringer som vil ha betydning for utbygger, er at kommunen vedtar kostnadsdrivende krav. Disse endringene gjør at utbyggers forpliktelse etter utbyggingsavtalen blir dyrere å gjennomføre enn antatt ved avtaleinngåelsen.

Kostnadsdrivende krav kan blant annet være å vedta skjerpene eller flere nye rekkefølgekrav i reguleringsplanen. Et eksempel er at utbygger i henhold til en kontantbidragsavtale skal finansiere en forholdsmessig andel av kommunens kostnader ved å bygge «offentlig vei 1». I reguleringsplankartet ved avtaleinngåelsen er det forutsatt at veien skal bygges med kryss. Etter avtaleinngåelsen endrer kommunen reguleringsplanen, slik at «offentlig vei 1» skal

⁴⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 238

⁴⁷ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Oslo 2018 s. 430, samt Knut Fredrik Rasmussen, «Utbyggingsavtaler», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2007, s. 333-347, (s. 347)

bygges med en dyrere rundkjøring. Kontantbidraget blir dermed større enn hva utbygger forutsatte ved avtaleinngåelsen.

En annen type kostnadsdrivende reguleringsendring kan være at kommunen vedtar nye krav for infrastrukturiltaket utbygger skal opparbeide.. Hvis kommunen senere endrer kravene for rekkefølgekravet utbygger skal opparbeide, vil utbyggers forpliktelse i utgangspunktet fortsatt være å opparbeide slik avtalen gir anvisning på, og ikke den nye reguleringsplanen. Det er imidlertid ikke gitt at en utbygger vil ha krav på byggetillatelse selv om han oppfyller avtalen, fordi tiltaket ikke vil være i henhold til den nye reguleringsplanen. For å få byggetillatelse må utbygger derfor inngå en ny utbyggingsavtale, og påta seg nye kostbare forpliktelse.

Et annet eksempel på reguleringsendringer som kan få betydning for utbygger, er endringer som reduserer den økonomiske verdien av utbyggers byggeprosjekt. Dette vil for eksempel være hvis kommunen vedtar en reguleringsendring som innskrenker tillatt byggevolum i området ved innstramning av tillatt utnyttingsgrad i planområdet. Dette reduserer utbyggers potensielle inntektsmuligheter.

Ved å endre reguleringsplanen som utbyggingsavtalen er tilknyttet, kan kommunen ensidig endre grunnlaget for hele utbyggingsavtalen, uavhengig av om utbygger som avtalepart motsetter seg dette. Dette skiller utbyggingsavtaler fra ordinære avtaler, og er et moment som kan ha betydning i seg selv, noe jeg kommer tilbake til ved drøftelsene i kapittel. 4.3.4 og 5.1.2.

3 Utbyggingsavtaler og etterfølgende reguleringsendringer i lys av avtaleretten som bakgrunnsrett

3.1 Anvendelsen av avtalerettslige ugyldighetsregler på utbyggingsavtalen og etterfølgende forhold

Det sentrale premisset for oppgavens problemstilling er at reguleringsplanen endres etter at utbyggingsavtalen er inngått. I et avtalerettslig perspektiv vil reguleringsendringen være en omstendighet som inntreffer etter avtaleinngåelsen.

Spørsmålet i det følgende er om det er rettskildemessig grunnlag for å hevde at avtalerettslige ugyldighetsregler *ikke* kommer til anvendelse på utbyggingsavtalen når reguleringsplanen endres etter avtaleinngåelsen. Bakgrunnen for spørsmålet er at det tidligere er lagt til grunn at utbyggingsavtalen er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven⁴⁸ § 2, som utelukker anvendelsen av avtalerettslige regler på utbyggingsavtalen.

I teorien er det tidligere hevdet at bestemmelsene i avtl. kapittel 3 som utgangspunkt ikke er anvendelig på utbyggingsavtalen. Avtalelovens bestemmelser gjelder direkte på «*formuerettens omraade*», jf. avtl. § 41 (1). Ordlyden sikter til skille mellom formueretten og andre rettsområder. Rent språklig omfatter «*formueretten*» avtaler om kjøp og salg av formuesgoder. I odelstingsproposisjonen til avtl. § 36 legger departementet til grunn at bestemmelsen ikke kan anvendes på avtaler som er enkeltvedtak, jf. fvl. § 2⁴⁹. Derimot kan avtl. § 36 anvendes på avtaler som det offentlige inngår med private parter, hvor avtalen både reguleres av offentligrettslige og privatrettslige regler⁵⁰. Aulstad har hevdet at utbyggingsavtalen som hovedregel vil innebære en myndighetsutøvelse overfor utbygger som oppfyller kravene i fvl. § 2⁵¹. Han konkluderte derfor med at avtalelovens ugyldighetsregler ikke gjelder for utbyggingsavtalen⁵². I et petitavsnitt oppstiller Aulstad et unntak, og fremholder at utbyggingsavtalen ikke er et enkeltvedtak dersom kommunen før avtaleinngåelsen har truffet de aktuelle bestemmelsene i arealplanen⁵³.

⁴⁸ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (heretter fvl.)

⁴⁹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983). 17

⁵⁰ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuerettslig lempningsregel) s. 18

⁵¹ Kommunale utbyggingsavtaler (2005) s. 66 – 68.

⁵² Kommunale utbyggingsavtaler (2005) s. 97 – 104.

⁵³ Kommunale utbyggingsavtaler (2005), s. 68 (petitavsnitt)

Etter pbl. § 17-1 har lovgiver uttrykkelig legaldefinert utbyggingsavtalen som en «*avtale*». Språklig tilsier ordlyden «*avtale*» at utbyggingsavtalen er en ordinær privatrettslig kontrakt, og ikke et offentligrettslig vedtak. Lovens ordlyd åpner derfor for at utbyggingsavtalen er regulert av avtalerettslige ugyldighetsregler, på lik linje med andre typer avtaler. Det følger hverken av ordlyden i § 17-1, eller av ordlyden i de øvrige bestemmelsene i kapittel 17, noen særlig regulering av forhold som inntreer etter avtaleinngåelsen. Ordlyden i § 17-1 lest i sin kontekst tilsier derfor at avtaleretten gjelder. Plan- og bygningslovens bestemmelser kan derfor ikke anvendes *lex-specialis* fremfor den generelle avtaleretten.

I sin NOU konkluderte Planlovutvalget med at utbyggingsavtalen er et enkeltvedtak, og at avtalerettslige regler av den grunn i utgangspunktet ikke var anvendelig⁵⁴. Departementet la imidlertid til grunn i proposisjonen at avtalerettens regler gjelder for utbyggingsavtalen⁵⁵. På grunn av at avtalerettens regler ble ansett for å supplere reglene om utbyggingsavtaler i plan- og bygningsloven, anså departementet det «unødvendig» med egne lovregler om mislighold av utbyggingsavtaler⁵⁶. Departementet la eksplisitt til grunn i proposisjonen at utbygger har adgang til å påberope reglene om bristende forutsetninger⁵⁷. Uttalelsene i plan- og bygningslovens forarbeider trekker i ulike retninger. Proposisjonen ligger nærmere opp til lovvedtaket. Departementets uttalelser har derfor tyngre rettskildemessig vekt enn uttalelsene fra Planlovutvalget⁵⁸.

I HR-2021-2364-A tok Høyesterett stilling til det prinsipielle spørsmålet om avtalerettslige regler kom til anvendelse på etterfølgende forhold ved en utbyggingsavtale. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende. Retten la enstemmig til grunn at gyldigheten av en utbyggingsavtale ved etterfølgende omstendigheter reguleres av «*de alminnelige avtalerettslige prinsippene*»⁵⁹. I dommen anvender retten bare reglene om bristende forutsetninger. Uttalelsen synes imidlertid å sikte mot at også andre avtalerettslige ugyldighetsregler gjelder for utbyggingsavtalen.

⁵⁴ NOU 2003:14 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II Planlovutvalgets utredning med lovforslag s. 337-343

⁵⁵ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 44.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 55.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 68.

⁵⁸ Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019 s. 182.

⁵⁹ HR-2021-2364-A, avs. 46.

Oppsummert tilsier dagens autoritative rettskilder at utbyggingsavtalen er en privatrettslig avtale, og ikke et offentligrettslig vedtak⁶⁰. Etter pbl. § 17-4 (5) kan en utbyggingsavtale ikke inngås før kommunen har vedtatt arealplanen. Formålet med bestemmelsen er at kommunens planmyndighet ikke kan bindes gjennom utbyggingsavtalen⁶¹. Kommunen kan derfor ikke utøve sin planmyndighet overfor utbygger gjennom avtalen, slik at avtalen i utgangspunktet ikke er et enkeltvedtak, jf. fv1. § 2. Dette tilsier at utbyggingsavtaler er innenfor «*formuerettens omraade*», selv om avtalen delvis reguleres av plan- og bygningsloven. Avtl. § 36 er derfor anvendelig. Aulstads standpunkt i petitavsnittet er i tråd med dagens rettstilstand. Hans øvrige standpunkt må trolig leses i lys av at det ble fremmet før lovfesting av regelen i pbl. § 17-4 (5).

På bakgrunn av Høyesteretts uttalelser i HR-2021-2364-A må rettstilstanden anses å være avklart. Konklusjonen er at både reglene om bristende forutsetninger og avtl. § 36 kan anvendes på omstendigheter som inntreffer etter avtaleinngåelsen av en utbyggingsavtale.

3.2 Den avtalerettslige hovedregelen: Avtaler skal holdes

Hovedregelen i avtaleretten er at avtaler skal holdes slik de ble inngått, uavhengig av hvordan avtaleforholdet senere utvikler seg⁶². Avtalen er fortsatt gyldig og partene har en plikt til å oppfylle sine forpliktelser, selv om etterfølgende forhold gjør forpliktelsene mer krevende å gjennomføre enn forutsatt ved avtaleinngåelsen⁶³.

Det sentrale hensynet bak at avtaler skal holdes er forutberegnelighet⁶⁴. Forutberegnelighet innebærer at avtalepartene kan ha tillit til at avtalen holdes. Hensynet til forutberegnelighet står særlig sterkt mellom profesjonelle parter. Parter i næringslivet foretar store investeringer basert på at avtalen vil oppfylles. Det forventes at profesjonelle parter selv kan ivareta sine egne interesser ved inngåelsen av avtaler. Profesjonelle parter må derfor som hovedregel selv bære risikoen for at endre forhold gjør forpliktelsen mer tyngdene⁶⁵.

⁶⁰ Fredrik Holt og Nikolai K. Winge, *Plan- og bygningsrett*, Oslo 2021, s. 163, Knut Fredrik Rasmussen, «Utbyggingsavtaler», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2007, s. 333-347, (s. 338-339), Kommunal- og regionaldepartementets «Veileder utbyggingsavtaler» av 2006, s. 6.

⁶¹ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 68.

⁶² Blant annet NL-5-1-2, Rt. 2013 s. 769, avs. 44, Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 9, Giertsen (2021) s. 8.

⁶³ Rt. 1999 s. 922, s. 931 og Rt. 2014 s. 866, avs. 88.

⁶⁴ Giertsen (2021) s. 328.

⁶⁵ Giertsen (2021) s. 301

Overført på oppgavens problemstilling tilsier hovedregelen om at avtaler skal holdes at utbyggingsavtalen er gyldig og bindende, selv om kommunen endrer reguleringsplanen etter avtaleinngåelsen. Forpliktelsene i utbyggingsavtalen kan derfor som hovedregel ikke settes til side eller endres. Utbygger og kommunen er fortsatt forpliktet til å gjennomføre avtalen, på tross av at forpliktelsene ikke samsvarer med arealregulering i den nye reguleringsplanen. Utbygger må i utgangspunktet bære risikoen for egne forutsetninger om at reguleringsplanen ville bestå uendret. Presumpsjonen er at utbygger burde regulert hvilken betydning reguleringsendringer skal ha for forpliktelsene i utbyggingsavtalen.

Det kan imidlertid problematiseres hvorvidt hovedregelen bør opprettholdes når de endrede forholdene forårsakes av kommunen. Hensynet til beskyttelse av utbyggers forventninger ved avtaleinngåelsen tilsier at det kan gjøres et legitimt unntak når avtalemotpartens handlinger er årsaken til den endrede utviklingen.

Videre kan det anføres at kommunen ved å endre reguleringsplanen ikke har en beskyttelsesverdig forventning om at utbyggingsavtalen skal opprettholdes med samme innhold slik den ble inngått. Når kommunen endrer arealreguleringen som avtalen skal gjennomføre, kan dette tale for at kommunens behov for utbyggers spesifikke forpliktelse er svekket eller har falt bort. Utbyggers forpliktelse vil ikke lenger være i henhold til gjeldende reguleringsplan, og dermed ikke i tråd med kommunens arealpolitiske målsetninger. Dette kan ytterligere tale for å gjøre unntak fra hovedregelen.

4 I hvilke tilfeller kan endringer i reguleringsplanen utgjøre en bristende forutsetning for utbyggingsavtalen?

4.1 Redegjørelse for reglene om bristende forutsetninger

De ulovfestede reglene om bristende forutsetninger⁶⁶ er et unntak fra hovedregelen om at avtaler skal holdes. Innholdet i reglene er i senere tid utviklet gjennom Høyesterettspraksis⁶⁷.

Utgangspunktet er at hver part bærer risiko for egne forutsetninger. Avtalepartene er i utgangspunktet pliktig til å gjennomføre avtalen, selv om forpliktelsene blir mer krevende å oppfylle enn antatt⁶⁸. Høyesterett tradisjonelt stilt opp tre kumulative vilkår og en avsluttende helhetsvurdering som må være oppfylt for at løftegivers forutsetningssvikt skal flyttes over på løftemottakeren⁶⁹. For det første må løftegiveren ha inngått avtalen under en *forutsetning*, som svikter på grunn av etterfølgende omstendigheter. For det andre må den sviktende forutsetningen ha vært *motiverende* for avtaleinngåelsen. For det tredje må forutsetningen, og det forhold at forutsetningen er motiverende, være *synbar* for løftemottakeren. Avslutningsvis skal det foretas en konkret helhetsvurdering om det er rimelig å flytte risikoen for forutsetningssvikten over på løftemottaker.

Det første vilkåret er at løftegiveren har inngått avtalen under en *bestemt forutsetning*, som senere svikter⁷⁰. Forutsetningen kan være en bevisst eller ubevisst forutsetning ved avtaleinngåelsen⁷¹. I Rt. 1999 s. 922 påberopte entreprenøren AF Salhus Flytebro at de hadde en konkret *forutsetning* i anbudet om hvilken sveisemetode de måtte benytte for å bygge

⁶⁶Høyesterettsdommene som det redegjøres for nedenfor knytter seg både uriktige og bristende forutsetninger, men vil behandles under ett som «bristende forutsetninger». En *uriktig* forutsetning er en påviselig feil forutsetning allerede ved avtaleinngåelsen, eks. vedlegget om historisk forbruk i Rt. 2010 s.1345. En bristende forutsetning er derimot forutsetning som er riktig ved avtaleinngåelsen, men som ikke slår til på grunn av den etterfølgende utviklingen i kontraktsforholdet, eks. HR-2021-2364-A. I teorien behandles ofte disse typene forutsetninger separat, se Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2017, s. 436-437. Høyesterett synes imidlertid i nyere dommer ikke skille skarpt mellom uriktige og bristende forutsetninger, jf. HR-2021-2364-A, avs. 55.

⁶⁷ Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebro), Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei), Rt. 2014 s. 866 (Fjord1), HR-2021-2364-A (Sunnfjord).

⁶⁸ Rt. 1999 s. 922, s. 931 og Rt. 2014 s. 866, avs. 88.

⁶⁹ I teorien fremstilles reglene om bristende forutsetninger ofte som fire kumulative vilkår, jf. Hov/Høgberg s. 435. I Rt. 2010 s. 1345 avs. 63 uttaler Høyesterett imidlertid at det «i tillegg» skal foretas en konkret helhetsvurdering. Uttalelsen peker mot at helhetsvurderingen ikke er et selvstendig vilkår, men en avsluttende helhetsvurdering. Oppfatningen er videreført i Rt. 2014 s. 866, avs. 88 og HR-2021-2364-A, avs. 57.

⁷⁰ HR-2021-2364-A, avs. 55.

⁷¹ HR-2021-2364-A, avs. 55.

flytebroen. I Rt. 2010 s. 1345 anførte Oslo Vei at de hadde en *forutsetning* om mengden av saltforbruk som var nødvendig for å brøyte veiene⁷². I Rt. 2014 s. 866 anførte Fjord1 at de hadde en *forutsetning* om en høy trafikkmengde på fergesambandet⁷³. I disse sakene har det ikke vært problematisert at det faktiske forholdet har vært en *forutsetning* for løftegiveren. Det kan derfor slutes at vilkåret ikke kan forstås strengt, og at det ikke er tvilsomt at et faktisk eller rettslig forhold kan utgjøre en *forutsetning* for løftegiveren ved avtaleinngåelsen.

Det andre vilkåret er at den sviktende forutsetningen har vært *motiverende*. Vilkaåret innebærer et krav om årsakssammenheng mellom den sviktende forutsetningen og løftegivers inngåelse av avtalen⁷⁴. Det er ikke tvilsomt at forutsetningen har vært *motiverende* dersom avtaleparten hadde avstått fra å inngå avtalen, hvis han var klar over de reelle forholdene⁷⁵. Det foreligger derimot ikke tilstrekkelig årsakssammenheng hvis løftegiveren fortsatt hadde inngått avtalen under endrede forhold, men ikke ville akseptert de nøyaktig samme avtalevilkårene⁷⁶. For at det skal foreligge tilstrekkelig årsakssammenheng mellom den sviktende forutsetningen og avtaleinngåelsen, kreves det at forutsetningen er *vesentlig* for avtaleinngåelsen⁷⁷.

Hverken i Rt. 1999 s. 922 eller Rt. 2010 s. 1345 problematiserte Høyesterett om forutsetningen var *motiverende* for at løftegiveren inngikk avtalen⁷⁸. Fellestrekket i dommene var at den sviktende forutsetningen var et sentralt element for løftegivers kostnadsberegning ved avtaleforpliktelse. Kostnaden ved løftegivers forpliktelse ble senere flere millioner dyrere enn antatt. Forutsetningen om kostnadsnivået ved avtaleforpliktelsen var derfor avgjørende for at løftegiver påtok seg avtaleforpliktelsen. Det kan imidlertid ikke slutes fra dommene at enhver forutsetning er *motiverende*. Hvorvidt vilkåret er oppfylt beror på en konkret vurdering. Rt. 1999 s. 922 og Rt. 2010 s. 1345 viser derimot at det i enkelte tilfeller ikke er tvilsomt at en forutsetning er *motiverende* for at løftegiveren inngikk avtalen.

Det tredje vilkåret er at forutsetningen, og det forhold at forutsetningen er motiverende for løftegiveren, er *synbart* for løftemottakeren. Det kreves at forutsetningen enten er gjort kjent

⁷² Rt. 2010 s. 1345, avs. 24.

⁷³ Rt. 2014 s. 866, avs. 32 – 37.

⁷⁴ Hagstrøm (2021) s. 269.

⁷⁵ HR-2021-2364-A, avs. 56.

⁷⁶ HR-2021-2364-A, avs. 56.

⁷⁷ Hagstrøm (2021) s. 269, HR-2021-2364-A, avs. 63

⁷⁸ Rt. 1999 s. 922, s. 933, Rt. 2010 s. 1345, avs. 65 og Rt. 2014 s. 866, avs. 88.

for motparten, eller at forutsetningen er «normal» eller «typisk» for den aktuelle kontraktssituasjonen⁷⁹. Hensynet bak synbarhetsvilkåret er at løftemottakeren måtte ha en mulighet til å innse at løftegiveren hadde en forutsetning ved avtaleinngåelsen som var motiverende⁸⁰. Hverken i Rt. 1992 s. 922, Rt. 2010 s. 1345 og Rt. 2014 s. 866 var det tvilsomt at synbarhetsvilkåret var oppfylt. I disse sakene fremgikk løftegiverens forutsetning direkte av selve avtalen eller i tilhørende kontraktsdokumenter⁸¹. Det kan derfor slutes at det ikke er tvilsomt at motparten er gjort kjent med løftegiverens motiverende forutsetning, dersom forutsetningen kommer til uttrykk i avtalens dokumenter.

Høyesterett har aldri vurdert om en forutsetning kan være *synbar* for løftemottakeren, fordi forutsetningen er «normal» eller «typisk» for den aktuelle kontraktssituasjonen. I teorien er det antatt at «normale» eller «typiske» forutsetninger er karakteristiske forutsetninger som avtaleparter i alminnelighet har ved inngåelsen av den aktuelle kontraktstypen. Hvorvidt en konkret forutsetning er typisk eller normal ved inngåelsen av den aktuelle avtaletypen, beror på en konkret vurdering av om forutsetningen gjør seg gjeldende for begge kontraktsparter⁸². Hverken Hagstrøm eller Woxholth gir konkrete eksempler på hvilke forutsetninger som dette kan være.

Når de tre grunnvilkårene er oppfylt, skal det i tillegg foretas en konkret helhetsvurdering. Det overordnede vurderingstemaet er om det er rimelig å flytte risikoen for forutsetningssvikten over på løftemottakeren⁸³. Vurderingen innebærer en avveining av forholdene som taler for og mot at forutsetningssvikten tillegges virkning⁸⁴. Det må ses hen til hva som er en god løsning generelt og i det enkelte tilfellet⁸⁵. Det avgjørende blir om det er gode grunner for å gjøre unntak fra hovedregelen om at hver part bærer risikoen for egne forutsetninger⁸⁶.

Høyesterett har tidligere lagt til grunn at det kreves «*ekstraordinære omstendigheter*» for å

⁷⁹ HR-2021-2364-A, avs. 57.

⁸⁰ Hov/Høgberg s. 435 (petit)

⁸¹ I Rt. 1999 s. 922 fremgikk forutsetningen om sveisemetode av anbudsgrunnlaget. I Rt. 2010 s. 1345 var de historiske dataene inntatt i et vedlegg til kontrakten, og i Rt. 2014 s. 844 var forutsetningen om åpningen av tunnelen og trafikkmengde nedfelt i tilbudsorienteringen.

⁸² Hagstrøm (2021) s. 269, Geir Woxholth, «Forutsetningslæren og avtaleloven § 36», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2000, s. 108 – 131 (s. 115)

⁸³ Hagstrøm (2021) s. 269, Woxholth (2010) s. 373.

⁸⁴ Hov/Høgberg s. 437 (petitavsnitt)

⁸⁵ Hagstrøm (2021) s. 274.

⁸⁶ Woxholth (2010) s. 373.

gjøre unntak fra utgangspunktet om at hver avtalepart bærer risikoen for egne forutsetninger⁸⁷.

Et sentralt moment i helhetsvurderingen er hvilken avtalepart som er nærmest til å bære risikoen for forutsetningssvikten⁸⁸. Høyesterett har lagt stor vekt på selve årsaken til forutsetningssvikten, og om den knytter seg til forhold hos løftегiver eller løftemottaker⁸⁹. I Rt. 1999 s. 922 var det et sentralt moment i flertallets vurdering at årsaken til forutsetningssvikten var svikt i stål-kvaliteten. Entreprenøren hadde påtatt seg en resultatforpliktelse til å sveise brofundamentene, og var derfor nærmest til å bære risikoen for svikt i stål-kvaliteten. Dette talte med styrke mot at entreprenøren skulle få medhold⁹⁰. I Rt. 2010 s. 1345 la flertallet stor vekt på at differansen mellom reelt og historisk saltforbruk skyldtes underrapportering i det historiske forbruket som Statens Vegvesen var ansvarlig for. Statens Vegvesen var derfor nærmest til å bære risikoen for det økte saltforbruket, og talte for at det var rimelig å flytte risikoen for forutsetningssvikten.

I vurderingen av hvilken avtalepart som er nærmest til å bære risikoen for en forutsetningssvikt, har Høyesterett også lagt betydelig vekt på om avtalen innebærer en bevisst risikoplassering for en gitt forutsetning mellom partene. Både i Rt. 2010 s. 1345 og i Rt. 2014 s. 866 ble det lagt avgjørende vekt på at kontraktene bevisst plasserte risikoen for den sviktende forutsetningen hos løftегiveren⁹¹. Jeg vil komme tilbake til dette momentet ved sammenligningen av de ulike hovedtypene utbyggingsavtaler i kapittel 4.3.4.2.

Videre er et annet moment i helhetsvurderingen om den sviktende forutsetningen var påregnelig for løftегiveren. Det sentrale formålet bak reglene om bristende forutsetninger er å motvirke konsekvensene av en upåregnelig utvikling i kontraktsforholdet⁹². Hvis forutsetningssvikten var påregnelig, er dette et moment som taler mot at risikoen bør flyttes⁹³.

⁸⁷ Rt. 2014 s. 866, avs. 88.

⁸⁸ HR-2021-2364-A, avs. 58.

⁸⁹ Ole Mestad, «Kontraktsrevisjon. Læra om brestande føresetnader og forholdet til avtalelova § 36», *Jussens Venner*, 2022, s. 240–271 (s. 264.)

⁹⁰ Rt. 1999 s. 922, s. 932–933.

⁹¹ Rt. 2010 s. 1345, avs. 65, Rt. 2014 s. 866, avs. 89.

⁹² Hov og Høgberg (2017) s. 434.

⁹³ Hagstrøm (2021) s. 274.

Videre er også konsekvensene av forutsetningssvikten og størrelsen på det økonomiske tapet et sentralt moment i vurderingen⁹⁴.

Hverken i Rt. 1999 s. 922, Rt. 2010 s. 1345 eller Rt. 2014 s. 866 ga Høyesterett løftegiveren medhold i kravet om avtalerevisjon etter reglene om bristende forutsetninger. I de nevnte sakene har styrkeforholdet mellom partene vært jevnt. Det kan slutes at terskelen for revisjon i ordinære avtaleforhold, hvor styrkeforholdet mellom partene er jevnt, er høy.

I det følgende vil det gås i dybden på HR-2021-2364-A. Her var flertallet på fire dommere enig i det konkrete resultatet, og ga utbygger medhold i at en utbyggingsavtale var blitt delvis ugyldig. Førstvoterende, med tilslutning fra to dommere mente det var en selvstendig bristende forutsetning at utformingen av veitiltakene ble endret i 2017, og ble bygget i henhold til ny reguleringsplan. To dommere tok dissens fra førstvoterendes syn, og mente den konkrete reguleringsendringen ikke hadde betydning for utbyggingsavtalens gyldighet.

4.2 HR-2021-2364-A (Sunnfjord)

Hovedspørsmålet i saken var om utbyggers forpliktelse til å betale et kontantbidrag på 2,25 MNOK i henhold til en utbyggingsavtale var ugyldig etter reglene om bristende forutsetninger.

For å få byggetillatelse til nye lokaler måtte Bilskadesentret søke Sunnfjord kommune om dispensasjon fra et rekkefølgekrav i dagjeldende reguleringsplan av 2008. I henhold til rekkefølgekravet måtte en rekke veitiltak være opparbeidet før byggetillatelse kunne gis. Kommunen stilte som vilkår for dispensasjonen at partene inngikk en utbyggingsavtale. I henhold til en kontantbidragsavtale forpliktet Bilskadesenteret seg til å finansiere en forholdsmessig andel av veitiltakene. Kommunen påtok seg ansvaret for å prosjektere og etablere tiltakene. Det fulgte uttrykkelig av avtalen at kontantbidraget fra utbygger skulle gå direkte til å oppfylle rekkefølgekravet, og etablere veien. Videre skulle veien utelukkede finansieres gjennom bidrag fra private utbyggere og kommunen, og ferdigstilles innen 2014.

Etter avtaleinngåelsen betale Bilskadesentret kontantbidraget til kommunen, og fikk dispensasjon fra rekkefølgekravet. Veitiltakene ble imidlertid hverken ferdigstilt innen 2014 eller gjennomført konkret slik rekkefølgekravet gav anvisning på. Kommunen endret

⁹⁴ Rt. 2010 s. 1345, avs. 63 og Rt. 2014 s. 866, avs. 91.

reguleringsplanen i 2017, og benyttet kontantbidraget i strid med hva som fulgte av utbyggingsavtalen. Beløpet fra utbygger ble brukt av kommunen som en del av sitt eget innskudd i «Førdepakken». «Førdepakken» var et offentlig samferdselsprosjekt som omfattet flere andre veiltak i kommunen. Denne veiltakspakken skulle utelukkende finansieres av bompenger og offentlige tilskudd. «Førdepakken» forutsatte ikke bidrag fra private aktører.

Bilskadesentret påberopte at kommunens bruk av utbyggers kontantbidrag, mislighold av utbyggingsavtalen og endring av reguleringsplanen var bristende forutsetninger for betalingsforpliktelsen i utbyggingsavtalen⁹⁵. Høyesteretts flertall på fire dommere konkluderte med at avtalen var delvis ugyldig, og at utbygger hadde krav på tilbakeføring av kontantbidraget. Dissenterende dommer Noer konkluderte med at utbyggers forpliktelse til å betale kontantbidraget fortsatt var gyldig, på tross av de etterfølgende forholdene.

Høyesterett uttalte enstemmig at vurderingen av om utbyggingsavtalen er delvis ugyldig etter reglene om bristende forutsetninger må ta utgangspunkt i utbyggers *forutsetninger* ved inngåelsen av utbyggingsavtalen⁹⁶. Fordi pbl. § 17-3 (3) regulerer hvilket lovlig innhold en utbyggingsavtale kan ha ved avtaletidspunktet, er bestemmelsens vilkår relevante ved drøftelsen av bristende forutsetninger⁹⁷. Hvilke *forutsetninger* utbygger hadde ved avtaleinngåelsen må derfor vurderes på bakgrunn av den konkrete utbyggingsavtalen og pbl. § 17-3 (3)⁹⁸.

Etter flertallets syn hadde Bilskadesentret en *forutsetning* om at det var nødvendig å betale kontantbidraget og oppfylle det konkrete rekkefølgekravet i henhold til pbl. § 17-3 (3), for å få dispensasjon. Basert på de konkrete avtalebestemmelsene, hadde utbygger også *forutsetninger* knyttet til hvordan kommunen skulle bruke kontantbidraget og etablere de konkrete veiltakene. Retten la til grunn at det var en *forutsetning* for Bilskadesentret at kontantbidraget skulle brukes direkte til å oppfylle rekkefølgekravet i reguleringsplanen fra 2008. Videre hadde utbygger også en *forutsetning* om at kommunen skulle overholde sine øvrige forpliktelser etter utbyggingsavtalen⁹⁹. Kommunens bruk av kontantbidraget som innskudd i «Førdepakken» var etter flertallets syn en *svikt* i Bilskadesentrets forutsetninger¹⁰⁰.

⁹⁵ HR-2021-2364-A, avs. 29 – 31

⁹⁶ HR-2021-2364-A, avs. 59.

⁹⁷ HR-2021-2364-A- avs. 47.

⁹⁸ HR-2021-2364-A, avs. 59.

⁹⁹ HR-2021-2364-A, avs. 60.

¹⁰⁰ HR-2021-2364-A, avs. 63.

Kontantbidraget gikk ikke direkte til oppfyllelsen av det konkrete rekkefølgekravet. Førstvoterende uttalte at kontantbidraget gikk til «*et helt annet prosjekt*», og at utbyggers bidrag fikk «*et klart preg av å være fiskalt begrunnet*»¹⁰¹.

Bilskadesenteret uttalte at de ikke ville ha inngått kontantbidragsavtalen, dersom de hadde visst at veiltakene skulle etableres gjennom «Førdepakken». Etter flertallets syn var utbyggers forutsetningen om at det var nødvendig å betale kontantbidraget og oppfylle rekkefølgekravet for å få dispensasjon, en *motiverende* forutsetning for at utbygger inngikk avtalen¹⁰².

Videre var det etter flertallets syn «ikke tvilsomt» at det var *synbart* for kommunen at utbygger hadde forutsetninger om bruken av kontantbidraget, og at disse forutsetningene var at motiverende for avtaleinngåelsen¹⁰³. Flertallet viser til at forutsetningene fremgikk av utbyggingsavtalen.

I den *konkrete helhetsvurderingen* la flertallet stor vekt på at kommunen ikke informerte Bilskadesenteret om «Førdepakken». Det ble også tillagt betydelig vekt at det var det flere forhold som samlet tydet på at kommunen ikke hadde intensjon om å oppfylle sine forpliktelser etter utbyggingsavtalen. Flertallet pekte på at kommunen misligholdt fristen for ferdigstilling, og hadde ikke utført noen forberedelser for å etablere veiltakene før fristens utløp¹⁰⁴.

Avslutningsvis trekker flertallet frem i avsnitt 65 at kommunen endret reguleringsplanen i 2017. Flertallet viser til Bilskadesentret sin *forutsetning* om at betalingsforpliktelsen var nødvendig for å gjennomføre rekkefølgekravet i reguleringsplanen av 2008, jf. pbl. § 17-3 (3). Førstvoterende fremhever at betalingsforpliktelsen i avtalen knytter seg til de konkrete veiltakene i reguleringsplanen av 2008 i tråd med pbl. § 17-3 (3). Det «*skapte en ny situasjon*» at kommunen endret reguleringsplanen i 2017. Veiltakene ble regulert i en ny plan, og fikk en annen detaljutføring. Flertallet konkluderte med at reguleringsendringen utgjorde en selvstendig svikt i utbyggers *forutsetninger*. Førstvoterende la til grunn, uten

¹⁰¹ HR-2021-2364-A, avs. 62.

¹⁰² HR-2021-2364-A, avs. 63.

¹⁰³ HR-2021-2364-A, avs. 63.

¹⁰⁴ HR-2021-2364-A, avs. 64.

videre drøftelse, at forutsetningen var *motiverende* for Bilskadesenteret og *synbar* for kommunen¹⁰⁵.

Dissenterende dommer Noer, med tilslutning fra annenvoterende dommer Arntzen, mente at endringen av reguleringsplanen ikke var en selvstendig bristende forutsetning for utbygger¹⁰⁶. Etter mindretallets syn var reguleringsplanen fra 2017 en detaljregulering av den forrige reguleringsplanen. Endringen hadde ingen betydning for utbygger, fordi reguleringsplanene «for alle praktiske formål» var den samme¹⁰⁷. Mindretallet konkluderte med at endringen av reguleringsplan ikke hadde betydning for gyldigheten av utbyggingsavtalen.

Det neste spørsmålet er hvilke slutninger det kan trekkes fra dommen om forholdet mellom endringer i reguleringsplanen og gyldigheten av utbyggingsavtalen.

Dommen viser for det første at endringer i reguleringsplanen kan føre til at utbyggingsavtalen blir ugyldig. Flertallet viste til at reguleringsendringen utgjorde en selvstendig bristende forutsetning for avtalen. Dommen kan imidlertid ikke tas til inntekt for at enhver endring i reguleringsplanen utgjør en bristende forutsetning for utbyggingsavtalen, og leder til avtalerettslig ugyldighet. Slik er dommen også oppfattet i teorien¹⁰⁸. Flertallets vurdering i avsnitt 65 viser at det beror på en konkret vurdering av den spesifikke avtalen, reguleringsendringen og omstendighetene ved avtaleinngåelsen.

For det andre kan det slutes av Sunnfjord-dommen at reguleringsplanens bestemmelser er *forutsetninger* for utbyggers forpliktelser etter utbyggingsavtalen. Høyesterett fremhever flere ganger utbyggers *forutsetning* om at betalingsforpliktelsen var nødvendig for å oppfylle rekkefølgekravet, og få dispensasjon, jf. § 17-3 (3). Det kan videre slutes at utbygger kan ha andre selvstendige *forutsetninger* om andre forhold i reguleringsplanen, blant annet om utformingen av det konkrete infrastrukturtiltaket. Dommen viser at en etterfølgende reguleringsendring kan medføre en *svikt* i utbyggers forutsetninger for avtaleinngåelsen.

¹⁰⁵ HR-2021-2364-A, avs. 65.

¹⁰⁶ HR-2021-2364-A, avs. 72 og 82

¹⁰⁷ HR-2021-2364-A, avs. 82.

¹⁰⁸ Martin Lie Hauge, «Hvor sterkt avtalerettslig vern har utbyggere ved inngåelsen av utbyggingsavtaler? Kommentar til Sunnfjord-dommen HR-2021-2364-A» publisert på *Juridika Innsikt*, 2022

For det tredje kan det sluttet at bestemmelsene i reguleringsplanen kan være *motiverende* for avtaleinngåelsen. Etter flertallet syn var det en viss motstrid mellom bestemmelsene i reguleringsplanen fra 2008 og 2017. Reguleringsplanen fra 2017 forutsetter at veiltakene skal etableres med en annen standard. Endringen i reguleringsplanen førte til at veiltakene ble etablert med en annen konkrete utforming, og utgjorde en kvalitativforskjell for utbygger. Føringen for veiltakenes utforming i reguleringsplanen fra 2008 var derfor en vesentlig forutsetning for utbygger, og *motiverende* for avtaleinngåelsen. Hvor stor den endringen i reguleringsplanen må være for at den skal utgjøre en svikt i *motiverende* forutsetning kan imidlertid ikke tolkes ut av flertallets eller mindretallets votum.

Når det gjelder den *konkrete helhetsvurderingen*, kan det for det første sluttet at det er et sentralt moment at årsaken til forutsetningssvikten skyldes kommunens bruk av kontantbidraget, mislighold av avtalen og endring i reguleringsplanen. Flertallet legger stor vekt at utbyggers forutsetningssvikt skyldes forhold kommunen er ansvarlig for. I likhet med flertallet i Rt. 2010 s.1345, legger flertallet i Sunnfjord-dommen til grunn at dette momentet taler med styrke for at det er rimelig å flytte risikoen for forutsetningssvikten fra utbygger til kommunen.

For det andre kan det sluttet at et annet sentralt moment er i hvor stor grad reguleringsplanens rekkefølgekrav endres, og hvilken betydning dette får for utbyggers forpliktelse.

Førstvoterende uttalte at kontantbidraget fikk «et klart preg av å være fiskalt begrunnet», som følge av kommunens innskudd av beløpet i «Førdepakken». Førstvoterende legger til grunn at at hvilke rekkefølgekrav som kan inntas i utbyggingsavtalen, er «strengt regulert» i pbl. § 17-3 (3). Bestemmelsen krever at rekkefølgekravet er «*nødvendig*». Ved tolkningen av nødvendighetsvilkåret viser førstvoterende til Mortensrud-dommen. I Mortensrud-dommen la Høyesterett til grunn at innholdet i nødvendighetsvilkårene i pbl. §§ 17-3 (3) og 12-7 nr. 10 er sammenfallende¹⁰⁹. Vilkåret innebærer at forpliktelsen må ha en saklig sammenheng med gjennomføringen av planen. Dette innebærer at det er den konkrete utbyggingen må være foranledningen til behovet for infrastrukturtiltaket som omfattes av rekkefølgekravet¹¹⁰. Rene fiskale hensyn er ikke tilstrekkelig for at utbyggers forpliktelse er «*nødvendig*»¹¹¹.

¹⁰⁹ HR-2021-953-A, avs. 51.

¹¹⁰ HR-2021-953-A, avs. 49

¹¹¹ HR-2021-953-A, avs. 49.

Kommunen må ha «reelle behov» for infrastrukturtiltaket for at det skal være et lovlig rekkefølgekrav etter pbl. § 12-7 nr. 10¹¹².

Det kan sluttet at en etterfølgende endring av reguleringsplanens rekkefølgekrav som fjerner eller svekker «nødvendigheten» av utbyggers forpliktelse, vil et sentralt moment i helhetsvurderingen. Dette vil for eksempel være hvis kommunens endring av rekkefølgekravet er begrunnet i generelle, økonomiske hensyn. Hvis «nødvendigheten» av utbyggers forpliktelse bortfaller, vil dette tale for at utbyggers forutsetningssvikt kan flyttes over til kommunen.

Det kan videre problematiseres om Høyesterett med Sunnfjord-dommen har fraveket kravet om «*ekstraordinære omstendigheter*» for å gjøre unntak fra utgangspunktet om at hver part bærer risikoen for egne forutsetninger. Dissenterende dommer Noer konkluderte med at avtalen fortsatt var gyldig, fordi den etterfølgende utviklingen ikke var av en «ekstraordinær karakter». Dommer Noer henviser direkte til Rt. 2014 s. 866, hvor Høyesterett oppstilte kravet. Til forskjell fra dommer Noer, legger flertallet ikke til grunn et krav om «ekstraordinære omstendigheter». Det kan derfor antas at Høyesterett har fraveket dette kravet for å gjøre unntak fra utgangspunktet, og at «*ekstraordinære omstendigheter*» ikke i seg selv er avgjørende for ugyldighetsvirkninger som følge av bristende forutsetninger. I teorien er det også antatt på bakgrunn av Sunnfjord-dommen at Høyesterett har fraveket kravet om «ekstraordinære omstendigheter»¹¹³.

Oppsummert var flertallets hovedargument for at utbyggers betalingsplikt var ugyldig, at kommunen brukte kontantbidraget til i finansiære veiltakene i strid med bestemmelsene i utbyggingsavtalen. Flertallet la videre stor vekt på at kommunen misligholdt egne forpliktelser og bevisst unnlot å informere utbyggeren om «Førdepakken». At reguleringsplanen ble endret, er et støtteargument i flertallets drøftelse. Sunnfjord-dommen viser imidlertid at endringer i reguleringsplanen kan ha betydning for utbyggingsavtalens gyldighet. Dommen er et eksempel på en konkret vurdering av den spesifikke situasjonen, avtalen og reguleringsendringen. Sunnfjord-dommen avklarer imidlertid ikke om endringer i reguleringsplanen alene kan lede til at avtalen blir ugyldig. Dette vil drøftes i det følgende.

¹¹² HR-20221-953-A, avs. 40.

¹¹³ Ole Mestad i «Kontraktsrevisjon. Læra om brestande føresetnader og forholdet til avtalelova § 36», *Jussens Venner*, 2022, s. 240–271 (s. 263). Han konkluderer med at vilkåret ikke lenger er gjeldende rett.

4.3 Kan endringer i reguleringsplanen *alene* utgjøre en bristende forutsetning for avtalen?

4.3.1 Kan reguleringsplanens føringer være *forutsetninger* for utbygger ved inngåelsen av utbyggingsavtalen?

Det første underspørsmålet er om bestemmelsene i reguleringsplanen som avtalen skal gjennomføre, er *forutsetninger* for utbygger ved avtaleinngåelsen. Det må vurderes på bakgrunn av forpliktelsene i utbyggingsavtalen og pbl. § 17-3 (3).

Det følger direkte av ordlyden i pbl. §§ 17-1 og 17-3 (3) at utbyggingsavtalen «*gjelder gjennomføring*» en konkret reguleringsplan. Utbygger forpliktelser skal gjennomføre «*nødvendige*» tiltak som fremgår av reguleringsplanen¹¹⁴. Det er derfor en integrert del av selve utbyggingsavtalen og plan- og bygningslovens system at bestemmelsene i reguleringsplanen på avtaletidspunktet er *forutsetninger* for utbyggers avtaleforpliktelse.

Et praktisk eksempel er at utbygger ønsker byggetillatelse. Reguleringsplanen inneholder imidlertid en eller flere rekkefølgekrav som må oppfylles før byggetillatelse kan innvilges. I utbyggingsavtalen kan utbygger enten påta seg å finansiere eller opparbeide rekkefølgetiltaket. Utbygger vil da ha en selvstendig forutsetning ved avtaleinngåelsen om at det er nødvendig å gjennomføre rekkefølgekravet for å få byggetillatelse, jf. pbl. § 17-3 (3).

Videre kan utbygger også ha selvstendige *forutsetninger* om andre forhold som er regulert i reguleringsplanen. Som Sunnfjord-dommen viser, kan en annen *forutsetning* være at det konkrete infrastrukturtiltaket skal etableres slik reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen gir anvisning på. Det kan også tenkes at selvstendige forutsetninger for utbyggers avtaleforpliktelse er knyttet til kostnadsnivået og inntekspotensialet ved en utbygging, som reguleringsplanen gir føringer for. For eksempel hvor mye reguleringsplanen tillater at et område kan bygges ut.

Hvis kommunen endrer bestemmelsene i reguleringsplanen som utbyggers forutsetninger er tilknyttet, vil dette kunne utgjøre en svikt i utbyggers forutsetninger. For eksempel at kommunen fjerner rekkefølgekravet, vedtar kostnadsdrivende krav eller senker grensen for tillatt utnyttelsesgrad i planområdet.

¹¹⁴ Se kapittel 2.1.

Konklusjonen på første underspørsmål er at utbygger, basert på bestemmelsene i reguleringsplanen ved avtaletidspunktet, kan ha en rekke ulike bevisste eller ubevisste forutsetninger ved avtaleinngåelsen. De mer tvilsomme spørsmålene er om forutsetningene er *motiverende*, *synbar* og om det er *rimelig* å flytte risikoen for forutsetningssvikten over på kommunen.

4.3.2 Når er utbyggers forutsetninger, basert på reguleringsplanen ved avtaletidspunktet, *motiverende* for inngåelsen av utbyggingsavtalen?

Neste spørsmål er om utbyggers forutsetninger, basert på bestemmelsene i reguleringsplanen på avtaletidspunktet, er *motiverende* for inngåelsen av utbyggingsavtalen. I det følgende vil det presenteres ulike typetilfeller av konkrete situasjoner og reguleringsendringer, hvor graden av årsakssammenheng mellom forutsetningen og avtaleinngåelsen varierer.

Det første typetilfellet er at utbyggers eneste formål med å inngå utbyggingsavtalen, er å oppnå byggetillatelse. Utbygger inngår derfor en kontantbidragsavtale med kommunen, hvor utbygger eksempelvis betaler kommunen et gitt beløp for å gjennomføre et rekkefølgekrav om opparbeidelse av et grøntareal. Avtalen konkretiserer ikke hvordan kommunen skal etablere grøntarealet. Hele avtalen reflekterer at utbygger eneste formål er å oppfylle rekkefølgekravet, for å få krav på byggetillatelse. Når utbygger har betalt kontantbidraget, er rekkefølgekravet oppfylt for utbyggerens del, og utbygger har i utgangspunktet krav på byggetillatelse fra kommunen.

Her er nødvendigheten av å gjennomføre rekkefølgekravet for å få byggetillatelse den *motiverende* forutsetningen. Så lenge rekkefølgekravet videreføres og er et hinder for byggetillatelse, vil utbygger fortsatt inngå utbyggingsavtalen. Det er uten betydning at kommunen senere endrer andre forhold i reguleringsplanen. For eksempel at de endrer den konkrete utformingen av grøntarealet. I dette typetilfellet foreligger det ikke årsakssammenheng mellom forutsetningen om utformingen av det konkrete tiltaket og avtaleinngåelsen, til forskjell fra Sunnfjord-dommen.

Hvis kommunen derimot fjerner rekkefølgekravet etter avtaleinngåelsen, vil reguleringsendringen være en svikt i en *motiverende* forutsetning. Når rekkefølgekravet fjernes, kunne utbygger ha oppnådd byggetillatelse ved å vente til at kommunen endret reguleringsplanen. Det ville ikke vært nødvendig for utbygger å påta seg tyngende

forpliktelser for å oppnå byggetillatelse. Det foreligger derfor årsakssammenheng mellom forutsetningen om nødvendigheten av å påta seg forpliktelsen og avtaleinngåelsen.

Et annet typetilfelle er hvor rekkefølgetiltaket, har en økonomisk verdi for utbygger. Problemstillingen kommer på spissen ved kontantbidragsavtaler. Situasjonen kan for eksempel være at utbygger betaler kommunen et kontantbidrag for å gjennomføre et rekkefølgekrav om opparbeidelse av en lekepark. Avtalen inneholder en nærmere regulering av hvordan kommunen skal opparbeide lekeparksen, herunder frist for ferdigstilling. Hele avtalen reflekterer at lekeparksen har en selvstendig økonomisk verdi for utbygger, fordi den skal etableres i nærheten av leilighetskompleksene utbygger skal etablere. Utbygger betaler kontantbidraget til kommunen, og får innvilget byggetillatelse. Etter avtaleinngåelsen endrer kommunen lekeparksens utforming, og etablerer den med en lavere standard enn hva som var forutsatt i reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen.

Spørsmålet blir dermed om utformingen av det konkrete tiltaket er en *motiverende* forutsetning for at utbygger inngikk avtalen.

På den ene siden kan det anføres at omreguleringen i dette tilfellet bare berører kommunes forpliktelser etter avtalen. Utbygger har oppnådd byggetillatelse, og må ikke betale noe mer for lekeparksen. Rekkefølgekravet utgjør fortsatt et hinder for byggetillatelsen, slik at utbygger fortsatt måtte ha inngått utbyggingsavtalen for å få byggetillatelse. Dette taler mot at lekeparksens utforming er *motiverende* for avtaleinngåelsen.

På den andre siden har lekeparksen økonomisk betydning for utbygger. Lekeparksens standard vil påvirke markedsverdien av utbyggers leilighetskompleks. Utbygger ville neppe ha betalt et like stort kontantbidrag, hvis det var klart at kommunen ville bygge lekeparksen med en lavere standard. Den konkrete utformingen av lekeparksen er derfor vesentlig forutsetning for utbygger, og *motiverende* for avtaleinngåelsen.

Det tredje typetilfellet som kan tenkes er at kommunen vedtar kostnadsdrivende krav for utbyggers forpliktelse. Kommunen og utbygger inngår en utbyggingsavtale, hvor utbygger påtar seg å finansiere rekkefølgetiltaket «offentlig vei 1». Avtalen forutsetter at utbygger skal finansiere en forholdsmessig andel av faktiske byggekostnader. Før avtaleinngåelsen foretar utbygger et estimat av kostnaden ved avtaleforpliktelsen. Basert på kostnadsberegningen, er utbygger villig til å delfinansiere veien for å oppfylle rekkefølgekravet. I etterkant av avtaleinngåelsen omregulerer kommunen «offentlig vei 1» og forutsetter at den skal

opparbeides med en høyere standard enn hva som var forutsatt i reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen.

Størrelsen av kostnadsøkningen vil være sentral for om reguleringsendringen medfører en svikt i en *motiverende* forutsetning. Hvis omreguleringen medfører at kontantbidraget blir vesentlig høyere slik at utbygger ville avstått fra å inngå avtalen, er det ikke tvilsomt at forutsetningen om kostnaden ved forpliktelsen er motiverende for avtaleinngåelsen.

Det kan imidlertid tenkes at kostnadsøkningen er minimal sammenlignet utbyggers estimat ved avtaleinngåelsen. Det kan dermed hevdes at utbygger fortsatt ville inngått kontantbidragsavtalen, for å oppnå byggetillatelse. Hvis utbygger ville inngått kontantbidragsavtalen på tross av kostnadsøkningen, foreligger det ikke tilstrekkelig årsakssammenheng mellom forutsetningen om kostnadsnivå og avtaleinngåelsen. For at forutsetningen om kostnadsnivå skal være *motiverende* kreves det noe mer enn utbygger ikke gått med på å betale et like høyt kontantbidrag, hvis han kjente til de rette forholdene¹¹⁵. Dersom utbyggers primære forutsetning med utbyggingsavtalen er å få byggetillatelse, vil forutsetningen om kostnadsnivå ikke være *motiverende*.

Basert på drøftelsene ovenfor kan det konkluderes med at ulike sider ved en reguleringsplan kan være *motiverende* for inngåelsen av utbyggingsavtalen. Dette kan for eksempel være rekkefølgekrav, utformingen av infrastrukturtiltaket og lignende planbestemmelser. Hvorvidt reguleringsplanens bestemmelser er *motiverende* for inngåelsen av utbyggingsavtalen vil variere, og beror på en vurdering av den enkelte utbyggingsavtalen og forholdene ved avtaleinngåelsen.

4.3.3 Når er utbyggers forutsetninger, basert på reguleringsplanen ved avtaletidspunktet, *synbare* for kommunen?

Det tredje underspørsmålet er om utbyggers motiverende forutsetninger, basert på reguleringsplanen ved avtaletidspunktet, er *synbare* for kommunen.

På bakgrunn av Sunnfjord-dommen, og de øvrige dommene om bristende forutsetninger, kan det for det første konkluderes med at utbyggers forutsetninger som fremgår direkte av utbyggingsavtalen, er gjort kjent for kommunen. Dette kan for eksempel være forutsetninger om nødvendigheten av utbyggers egen forpliktelse, utformingen av det konkrete tiltak eller

¹¹⁵ Se kapittel 4.1, sml. HR-2021-2364-A avs. 56.

forutsetninger knyttet til kommunens forpliktelser. Dersom en reguleringsendring utgjør en svikt i motiverende forutsetningene som fremgår av utbyggingsavtalen, er det ikke tvilsomt at det er *synbart* for kommunen.

Et mer interessant og tvilsomt spørsmål er om utbyggers forutsetninger ved avtaleinngåelsen som ikke fremgår av utbyggingsavtalen, er *synbare* for kommunen. Et praktisk eksempel er at det i en kontantbidragsavtale kan forekomme at avtalen ikke regulerer hvordan kommunen som planmyndighet skal opparbeide det konkrete rekkefølgetiltaket. Utbygger har imidlertid en forutsetning om at rekkefølgetiltaket skal bygges i henhold til utformingen i reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen. Hvis kommunen endrer vesentlig på utformingen av rekkefølgetiltaket som kontantbidraget skal finansiere, vil dette kunne utgjøre en svikt i utbyggers motiverende forutsetninger. Utbyggers forutsetning er imidlertid ikke gjort kjent overfor kommunen gjennom selve avtalen. Det er ikke tidligere drøftet om enkelte forutsetninger i reguleringsplanen kan utgjøre typeforutsetninger ved inngåelsen av utbyggingsavtalen. I det følgende vil det derfor presenteres ulike for- og motargumenter.

Spørsmålet i det følgende er hvorvidt utbyggers forutsetninger om tiltakets utforming er en «normal» eller «typisk» forutsetning, og kan være *synbar* for kommunen uten å fremgå av utbyggingsavtalen.

På den ene siden kan det anføres at det er et grunnleggende element ved utbyggingsavtalen at utbygger forpliktelse knytter seg til et rekkefølgetiltak i reguleringsplanen ved avtaletidspunktet, jf. pbl §§ 17-1 og 17-3 (3). Koblingen mellom utbyggers forpliktelse og rekkefølgekravet i reguleringsplanen ved avtaletidspunktet kan tilsa at det er en alminnelig forutsetning for utbyggere at rekkefølgetiltaket skal opparbeides i samsvar med reguleringsplanen forpliktelsen knytter seg til. Dette kan tale for at utformingen av rekkefølgetiltaket en «normal» eller «typisk» forutsetning ved inngåelsen av utbyggingsavtaler.

På den andre siden gjelder typeforutsetninger kun grovere, karakteristiske forutsetninger. Selv om den konkrete utformingen av infrastrukturtiltaket endres, vil fortsatt utbyggers forpliktelse være «nødvendig» for å oppfylle rekkefølgekravet, og få byggetillatelse. Det kan derfor anføres at forutsetningen om en konkret utforming er for individuell og spesifikk til å utgjøre en «normal» eller «typisk» forutsetning.

Videre er det ikke et krav etter pbl. kapittel 17 at utbyggers forpliktelse må gjennomføre rekkefølgetiltaket slik det tidligere var regulert. Det er vanskelig for kommunen å innse at utbygger har en slik forutsetning, hvis den ikke fremgår av avtalen. Hensynet bak synbarhetsvilkåret taler mot at forutsetningen om en konkret utforming av infrastrukturtiltaket er en «*typisk*» eller «*normal*» forutsetning ved inngåelsen av utbyggingsavtaler. Det må dermed antas at forutsetningen om at rekkefølgetiltaket skal bygges i henhold til utformingen i reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen, ikke er en «*typisk*» forutsetning.

Et annet tvilsomt spørsmål er om utbyggers forutsetning om et mulig inntektspotensial ved utbygging i planområdet, kan være *synbart* for kommunen. Reguleringsplanen på avtaletidspunktet kan tenkes å åpne opp for et høyt utbyggingsvolum, som utbygger har en forutsetning om å kunne bygge ut i sin helhet. Utbygger inngår derfor en utbyggingsavtale, og bygger en veistrekning for å få byggetillatelse. I etterkant av avtaleinngåelsen senker kommunen grensen for tillatt byggevolum. Omreguleringen reduserer utbyggers potensielle inntekter fra planområdet. Utbyggers forutsetning om potensielle inntekter fra planområdet vil neppe fremgå av selve utbyggingsavtalen. Det avgjørende blir dermed om forutsetningen er «*typisk*» eller «*normal*» for utbygger og kommunen ved inngåelsen av utbyggingsavtaler.

På den ene siden vil ikke en reduisering av tillatt byggevolum heller ikke berøre nødvendigheten av utbyggers forpliktelse. Det er ingen sammenheng mellom reguleringsplanens utnyttelsesgrad og nødvendigheten av utbyggers avtaleforpliktelse, jf. pbl. § 17-3 (3). Dette kan tale mot at forutsetningen om et visst inntektsnivå er en *typisk* eller *normal* forutsetning.

På den andre siden vil både kommunen og utbygger alltid beregne inntekter og kostnader ved avtaleinngåelsen. I odelstingsproposisjonen løfter departementet flere ganger frem hensynet til økonomisk forutberegnelighet i utbyggers byggeprosjekt¹¹⁶. Det understrekes at en utbyggingsavtale innebærer en kostnadsside for utbygger, og at økte utgifter kan føre til en uheldig prisstigning, som vil ramme boligkjøpere¹¹⁷. Utbygger vil ofte fordele kostnaden ved avtaleforpliktelsen på salgssummen av eiendommen som bygges ut. Det kan slutes fra proposisjonen at inntektene og kostnadene ved utbyggingsavtalen er sentrale forhold ved avtaleinngåelsen. Kommunen har dermed mulighet for å innse at utbygger har en forutsetning

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 7 – 9.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 21.

om et visst inntektsnivå, som er motiverende for avtaleinngåelsen. Departementsuttalelsene og hensynet bak synbarhetsvilkåret taler derfor for at utbyggers forutsetning om et visst inntektsnivå er en «normal» forutsetning ved inngåelsen av utbyggingsavtaler. Det kan derfor antas at utbyggers forutsetning om et visst inntektsnivå er en «typisk» forutsetning ved inngåelsen av utbyggingsavtaler.

Basert på drøftelsene ovenfor, kan det hevdes at enkelte grunnforutsetninger i en reguleringsplan alltid vil være «normale» eller «typiske» forutsetninger ved en reguleringsplan. Både kommunen og utbygger vil estimere kostnader og inntekter ved avtaleinngåelsen av en utbyggingsavtale. Forutsetningen om kostnaden ved avtaleforpliktelsen og forventningen om et visst utbyggingspotensial vil være typiske forutsetninger ved inngåelsen av utbyggingsavtalen. Hvis utbygger har mer spesifikke forutsetninger ved avtaleinngåelsen, for eksempel knyttet til tiltakets utforming, vil dette ikke være en «typisk» forutsetning, og må fremgå av utbyggingsavtalen for å være synbar.

4.3.4 I hvilke tilfeller er det rimelig å flytte utbyggers risiko for forutsetningssvikten over på kommunen?

Det siste underspørsmålet er om det etter en helhetsvurdering er rimelig å gjøre unntak fra utgangspunktet, slik at kommunen må bære risikoen for utbyggers forutsetningssvikt. Dette beror på en vurdering av de konkrete forholdene. I det følgende vil det presenteres ulike momenter som gjør seg gjeldende i helhetsvurderingen.

4.3.4.1 Momenter som taler mot at risikoen for forutsetningssvikten bør flyttes

Det kan anføres flere forhold som taler mot å gjøre unntak fra utgangspunktet, slik at utbygger må bære risikoen for egne forutsetninger, på tross av at kommunen endrer reguleringsplanen.

Et sentralt moment er at utbygger er en næringsdrivende og profesjonell part, og bærer selv i utgangspunktet risikoen for egne forutsetninger om at reguleringsplanen vil bestå uendret. Terskelen for revisjon mellom profesjonelle parter er høy. Utbygger må i utgangspunktet selv bære risikoen for at avtaleforpliktelsen blir dyrere å gjennomføre enn det som var forutsatt ved avtaleinngåelsen.

Et annet moment i helhetsvurderingen er om utbygger har mulighet til å forutse reguleringsendringen. Her vil tidsmomentet være sentralt. Utbyggingsavtalen kan for eksempel forutsette at utbyggers plikt til å bygge det konkrete rekkefølgetiltaket inntreffer 10 år etter avtaleinngåelsen, for eksempel før utbygger kan få midlertidig brukstillatelse. Hvis

kommunen endrer reguleringsplanen etter åtte år, vil endringen være et påregnelig for utbygger. Det er normalt at kommunen får nye arealpolitiske prioriteringer, og endrer arealreguleringen av et område i løpet av en tiårsperiode.

Videre er det et sentralt moment hvilke konsekvenser reguleringsendringen får for utbygger. Her kan det fremheves ulike typetilfeller av reguleringsendringer, hvor det ikke er rimelig at utbyggers risiko for forutsetningssvikten flyttes over på kommunen.

Det første typetilfellet er reguleringsendringer som ikke får betydning for utbygger. Dette kan for eksempel være at reguleringsplanen avtalen er tilknyttet, omfatter et stort geografisk område. Kommunen kan vedta endringer i annen del av planområdet som ikke er tilknyttet utbyggers forpliktelse eller byggeprosjekt.

Et annet typetilfelle er reguleringsendringer som kommunen har legitime og saklige behov for å vedta. For eksempel kan utbyggingen i planområdet få konsekvenser som kommunen ikke forutså ved avtaleinngåelsen. Det kan tenkes at den samlede utbyggingsaktiviteten fører til uventede miljøskader og økt støyforurensning. Kommunen setter derfor ned grensen for tillatt byggevolum, og endrer plasseringen av den konkrete veien utbygger skal finansiere, for å skjerme området for trafikkstøy. Omreguleringen medfører ikke at utbygger forpliktelse blir mer kostbar. Derimot vil omplassering av veien gjøre utbyggers leiligheter noe mer utilgjengelig. Reguleringsendringen fører til en kvalitativ forskjell for utbygger, og vil redusere utbyggers potensielle inntektsmulighet.

Spørsmålet blir dermed om det er rimelig at utbygger skal kunne løsrive seg fra utbyggingsavtalen ut av hensynet til kvalitetsendringer og økonomiske interesser.

På den ene siden må kommunen bare tilbakebetale kontantbidraget. Å tilsidesette en kontantbidragsavtale vil ikke føre til et tap for kommunen. Dette kan tilsi at det er rimelig at utbygger kan løsrive seg fra avtalen, på grunn av kvalitative endringer.

På den andre siden må utbyggers økonomiske interesser må avveies mot kommunens interesse i å omregulere et område i tråd med nye, legitime behov. Det kan anføres at utbygger selv må bære risikoen for sine økonomiske interesser¹¹⁸. Hensynene til bærekraftig

¹¹⁸ Hov/Høgberg (2017) s. 435.

utvikling og samfunnsutvikling, er sentrale formål bak plan-og bygningsloven¹¹⁹. Dersom omreguleringen ikke fører til at utbyggers forpliktelse blir mer tyngdene, kan det hevdes at utbyggers økonomiske interesser ikke er tilstrekkelig beskyttelsesverdig. Dette tilsier at hensynet til allmennheten bør ha forrang foran hensynet til utbyggers økonomiske interesser.

Videre er myndigheten til å endre reguleringsplanen underlagt kommunens frie skjønn. Når hensynet til vern av utbygger ikke gjør seg sterkt gjeldende, kan det antas at domstolene vil vise tilbakeholdenhet med å konstatere at en utbyggingsavtale er ugyldig, som følge av planfaglige endringer i reguleringsplanen. I et slikt tilfelle er forholdene annerledes fra Sunnfjord-dommen. I dommen var det sentralt at flere forhold tilsa at utbyggingsavtalen ble ugyldig.

På bakgrunn av drøftelsen, kan det antas at reguleringsendringer som er planfaglig begrunnet, og kun medfører kvalitetsforskjeller for utbygger, i utgangspunktet ikke vil føre til at det er rimelig å flytte utbyggers forutsetningssvikt over på kommunen.

4.3.4.2 Momenter som taler for at risikoen for forutsetningssvikten bør flyttes

Det kan imidlertid anføres flere momenter som taler mot at utbygger er nærmest til å bære risikoen for forutsetningssvikten når reguleringsplanen endres.

Et sentralt moment er at årsaken til forutsetningssvikten skyldes kommunen sine egne handlinger. I lys av HR-2021-2364 og de forutgående dommene fra Høyesterett, er det et tungtveiende moment som taler for at kommunen må bære risikoen for utbyggers forutsetningssvikt.

Videre kan reguleringsendringen være upåregnelig for utbygger. Dette vil for eksempel være tilfelle hvis kommunen endrer reguleringsplanen kort tid etter avtaleinngåelsen, og gjør utbyggers forpliktelse mer kostbar å gjennomføre.

Videre er et sentralt moment om det er *rimelig* at utbyggers risiko for forutsetningssvikten skal flyttes over på kommunen, når reguleringsplanen endres. Det kan fremheves flere forhold som tilsier at det er rimelig at kommunen skal bære risikoen for utbyggers forutsetningssvikt når reguleringsplanen endres.

¹¹⁹ Pbl. § 1-1 (1): «Loven skal fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner»

For det første kan det pekes på at en utbygger har begrensede muligheter til å hindre at kommunen kan endre reguleringsplanen. Utbygger har adgang til å inngi høringsinnspill og påklage det nye reguleringsplanvedtaket. Det er imidlertid gitt at synspunktene fører frem ¹²⁰. Videre vil en reguleringsendring i utgangspunktet ikke utløse misligholdsbeføyelser. Misligholdsbeføyelser forutsetter et «kontraktsbrudd». Utbyggingsavtalen kan imidlertid ikke avskjære kommunen fra å endre reguleringsplanen. En omregulering kan som hovedregel ikke utgjøre et «kontraktsbrudd»¹²¹.

Hensynet til vern av utbygger mot at kommunen misbruker sin avtaleposisjon ved avtaleinngåelse gjør seg også gjeldende etter avtaleinngåelsen. Det kan anføres at det vil være en omgåelse av utbyggers vern etter pbl. kapittel 17 dersom kommunen ensidig kan omregulere, og utbygger skal være bundet til en mer tyngende forpliktelse som han ikke akseptert ved avtaleinngåelsen. Hensynet til det utbyggers forutberegnelighet som avtalepart og de særlige hensynene bak kapittel 17 tilsier at det er rimelig at utbyggingsavtalen kan revideres, dersom utbyggers forpliktelse blir tyngede.

Et annet sentralt moment i helhetsvurderingen er hvilke konsekvenser omreguleringen får for utbygger. I det følgende vil det presenteres ulike reguleringsendringer.

Et typetilfelle er at omreguleringen fører til at *nødvendigheten* av utbyggers forpliktelse for å gjennomføre reguleringsplanen i tråd med § 17-3 (3) bortfaller helt. Her kan det tenkes ulike nyanser.

Et eksempel er hvor utbygger påtar seg å bygge veistrekke A til B, inkludert et kryss. Deretter fjerner kommunen krysset, og forutsetter at veien skal bygges uten kryss. I dette tilfellet vil oppfyllelsen av utbyggers forpliktelse være i strid med gjeldende arealregulering av området. Det er meningsløst å opprettholde utbyggingsavtalen, og kreve at utbygger skal bygge krysset.

En annen nyanse er hvor kommunen hever kravene til det konkrete rekkefølgetiltaket for å dekke sitt generelle behov for infrastruktur. Eksempelvis kan en utbygger påta seg å

¹²⁰ Adgangen til å inngi høringsinnspill fremgår av pbl. § 12-10 (2). Klageadgangen følger av pbl. §§ 12-13 (1), jf. 5-4 (1).

¹²¹ Det kan tenkes at omreguleringen fører til at kommunen begår kontraktbrudd av andre grunner. For eksempel at kommunen må foreta ny prosjektering, og misligholder fristen for ferdigstilling. Det er imidlertid ikke omreguleringen i seg selv som utgjør kontraktsbruddet.

finansiere en prosentmessig andel av et rekkefølgetiltak i reguleringsplanen. I henhold til avtalen skal utbygger betale et kontantbidrag som utgjør 30 % av faktiske byggekostnader for «veistrekket A til B». På grunn av at utbygger skal delfinansiere veien, endrer kommunen reguleringsplanen og setter inn en dyr rundkjøring i veistrekingen. Kommunen krever derfor et langt høyere kontantbidrag fra utbygger enn hva utbygger forutsatte ved avtaleinngåelsen.

Kommunen vil ikke ha et reelt behov for rundkjøringen, hvis behovet for rundkjøringen ikke skyldes den konkrete utbyggingen. Det høye kontantbidraget blir dermed «fiskalt begrunnet», og nødvendigheten av utbyggers forpliktelse for å gjennomføre reguleringsplanen faller bort, jf. pbl. §§ 17-3 (3) og 12-7 nr. 10. Når kommunen vedtar kostnadsdrivende krav for å dekke generelle behov er det rimelig at utbygger skal kunne løsrive seg fra kontrakten.

Drøftelsen ovenfor viser at det er flere, ulike momenter som i det konkrete tilfellet kan tale for og mot at utbygger bør bære risikoen for den bristende forutsetningen. Det kan vanskelig oppstilles en generell regel for når det er rimelig å flytte risikoen for forutsetningssvikten. Hvorvidt det er rimelig å flytte risikoen for utbyggers forutsetningssvikt må vurderes konkret, basert på den enkelte utbyggingsavtalen, hvor store endringer som vedtas i reguleringsplanen og konsekvensene endringene får for utbygger. Det kan imidlertid være holdepunkter for å operere med en viss generell nyansering mellom de to hovedtypene utbyggingsavtaler i helhetsvurderingen.

4.3.4.3 Kontantbidragsavtale vs. opparbeidelsesavtale

Spørsmålet i det følgende er om det skal mer til før en reguleringsendring kan utgjøre en bristende forutsetning for opparbeidelsesavtalen sammenlignet med kontantbidragsavtalen. Det vises til kapittel 2.1 for forskjellene mellom en kontantbidragsavtale og en opparbeidelsesavtale.

Et vesentlig moment i helhetsvurderingen er størrelsen på det økonomiske tapet som følge av forutsetningssvikten, og innslaget av en bevisst risikoplassering i avtalen. Det vil dermed være et relevant moment i helhetsvurderingen om utbygger skal «bekoste» eller «besørge» det konkrete infrastrukturtiltaket.

På den ene siden kan det økonomiske tapet tenkes å bli større ved en opparbeidelsesavtale. Hvis kommunen endrer kravene til infrastrukturtiltaket i reguleringsplanen, vil situasjonen være at utbygger ikke har krav på byggetillatelsen ved å bygge det konkrete rekkefølgetiltaket. Utbyggingsavtalen er i utgangspunktet gyldig, og utbygger har derfor en

plikt til å bygge det konkrete infrastrukturtiltaket i henhold til gammel regulering. Utbygger får imidlertid ikke krav på byggetillatelse. Utbygger må i utgangspunktet bære kostnaden ved å oppfylle avtalen. Videre kan det tenkes at utbygger må påta seg ytterligere tyngende forpliktelse i en ny utbyggingsavtale, for å få byggetillatelse. Det er også mangel på byggetillatelse kan føre til byggeprosjektet blir forsinket, som kan føre til enda større økonomisk tap.

I en kontantbidragsavtale påtar utbygger seg i utgangspunktet å betale en fast sum. Forskjellen på potensial av økonomisk tap for utbygger ved de forskjellige avtaletypene kan derfor bli stort. Størrelsen på det økonomiske tapet kan tale for at terskelen skal være lavere for at utbyggers forutsetningssvikt skal flyttes over på kommunen ved en opparbeidelsesavtale, sammenlignet med en kontantbidragsavtale.

På den andre siden kan det anføres at opparbeidelsesavtalen innebærer at utbygger i større grad påtar seg en bevisst risiko for det potensielle økonomiske tapet sammenlignet med en kontantbidragsavtale. En realforpliktelse kan strekke seg lenger ut i tid, mens plikten til å yte et kontantbidrag er en engangsforpliktelse.

En opparbeidelsesavtale inneholder normalt ikke en ensidig risikoplassering, slik som funksjonskontrakten i Rt. 2010 s. 1345 og konsesjonskontrakten i Rt. 2014 s. 866. Det kan imidlertid anføres at forpliktelsen til å bygge et konkret infrastrukturtiltak inneholder en iboende risiko for at utbygger ikke vil ha krav på byggetillatelse hvis reguleringsplanen endres, selv om resultatforpliktelsen oppfylles. Det kan derfor hevdes at det er et grunnleggende trekk ved opparbeidelsesavtalen at utbygger er nærmest til å bære risikoen for et økonomisk tap hvis kravene til infrastrukturtiltaket endres. Innslaget av risikoplassering for det økonomiske tapet hos utbygger i en opparbeidelsesavtale, tilsier at det skal mer til før det er rimelig å flytte risikoen for forutsetningssvikten fra utbygger til kommunen, sammenlignet med en kontantbidragsavtale.

Størrelsen på det økonomiske tapet og den bevisste ansvars plasseringen som en opparbeidelsesavtale inneholder, trekkes i ulike retninger. Her kan det imidlertid trekkes paralleller til Rt. 2010 s. 1345 og Rt. 2014 s. 866. I sakene la Høyesterett avgjørende vekt på at kontraktene inneholdt en risikoplassering hos avtaleparten. Selv om en opparbeidelsesavtale ikke inneholder en uttrykkelig risikofordeling, har synspunktet overføringsverdi til opparbeidelsesavtalen. I lys av hvordan Høyesterett har avveid

momentene, må det konkluderes med at utbygger trolig har vanskeligere for å vinne frem med et krav om revisjon som følge at kommunen har endret reguleringsplanen ved en opparbeidelsesavtale sammenlignet med en kontantbidragsavtale.

4.4 Rettsvirkningen av ugyldighet ved bristende forutsetninger

Basert på drøftelsen ovenfor, kan en reguleringsendring utgjøre en bristende forutsetning for utbyggingsavtalen. Avtalen blir dermed «ugyldig». Den neste problemstillingen blir hvilke rettsvirkninger dette skal føre til.

Rettsvirkningen av en bristende forutsetning er avtalen blir ugyldig med fremtidig virkning (ex nunc). I teorien er det antatt at bristende forutsetninger har to ulike rettsvirkninger. For det første kan løftgivers forpliktelse bortfalle. Alternativt kan avtalen modifieres¹²².

Det første underspørsmålet er om det er nærliggende at utbyggingsavtalen modifieres. Et sentralt element ved utbyggingsavtalen er at avtalen tar utgangspunkt i en spesifikk arealregulert situasjon i reguleringsplanen ved avtaleinngåelsen. Til forskjell fra kjøpsavtaler eller entrepris kontrakter, finnes det ikke en deklatorisk standardregulering for det konkrete innholdet i utbyggingsavtalen, som kan erstatte et urimelig avtalevilkår. Det er derfor tvilsomt hva utbyggingsavtalen kan utfylles med. Det kan derfor antas at det vil det være mer aktuelt å tilsidesette avtalen delvis eller fullstendig.

Det andre underspørsmålet blir derfor om utbyggingsavtalen helt eller delvis kan falle bort. Hvis reguleringsplanen endres før utbygger har betalt kontantbidraget eller begynt å bygge det konkrete infrastrukturtiltaket, er situasjonen uproblematisk. Utbyggers plikt til å yte kontantbidraget eller realytelsen, vil tilsidesettes og hele utbyggingsavtalen som en konsekvens falle bort¹²³.

De mer interessante situasjonene oppstår når kommunen endrer reguleringsplanen etter at utbygger har prestert sin ytelse.

Hvis reguleringsplanen derimot endres etter at utbygger har betalt kontantbidraget til kommunen, oppstår spørsmålet om utbygger har krav på tilbakebetaling. I Sunnfjord-dommen

¹²² Hagstrøm (2011) s. 262, Hov/Høgberg (2011) s. 438.

¹²³ Hagstrøm (2011) s. 262.

ble kommunen dømt til å tilbakebetale hele kontantbidraget på 2,25 MNOK¹²⁴. Flertallet satt til side utbyggers plikt til å betale kontantbidraget, og forutsatte at utbyggeren hadde krav på tilbakebetaling av beløpet. Sunnfjord-dommen er dermed et prejudikat at utbyggere har krav på tilbakebetaling av et prestert kontantbidrag ved ugyldighet etter bristende forutsetninger.

Ved en opparbeidelsesavtale har utbygger derimot ikke krav på restitusjon. Hvis kommunen endrer reguleringsplanen etter at utbygger er ferdig å bygge infrastrukturtiltaket, men før utbygger har søkt om tillatelse, er realytelsen er oppfylt. Det har ingen hensikt for utbygger at forpliktelsen eller avtalen skal falle bort. Det vil ofte være gunstig for en utbygger at kommunens forpliktelser opprettholdes. Eksempler på typiske forpliktelser kommunen kan påta seg i en opparbeidelsesavtale er å overta og vedlikeholde det konkrete tiltaket utbygger etablerer. Kommunen kan videre ikke tilbakeføre realytelsen. Normalt inneholder ikke en opparbeidelsesavtale et kontantbidrag fra kommunen. Vederlagsøkning er derfor utelukket. Eventuell kompensasjon må søkes i erstatningsrettslige regler.

Det kan imidlertid tenkes at opparbeidelsesavtalen kan for eksempel inneholde andre typer vilkår som kan bortfalle. Dette kan for eksempel være avtalevilkår om at kommunen gis forkjøpsrett til utbyggers boliger, eller at utbygger er forpliktet til å bygge leiligheter i henhold til en begrensning på antall etasjer¹²⁵. Slike vilkår kan settes til side, mens avtalen for øvrig opprettholdes.

4.5 Konklusjon

Drøftelsen ovenfor viser at det er momenter kan tale for og mot at reguleringsendringen kan være en bristende forutsetning for avtalen, og alene føre til at avtalen blir ugyldig. Hvert tilfelle må imidlertid vurderes konkret. I enkelte tilfeller kan en reguleringsendring alene være en bristende forutsetning, og begrunne at avtalen blir ugyldig. I andre tilfeller kan det imidlertid tenkes at det må flere forhold til enn kun en reguleringsendring før avtalen blir ugyldig. Det kan derfor ikke oppstilles en generell regel for hvilke tilfeller en reguleringsendring utgjør en bristende forutsetning for utbyggingsavtalen.

¹²⁴ HR-2021-2364-A, avs. 66 og 67.

¹²⁵ Pbl. § 17-3 (2).

5 Kan utbyggingsavtalen lempes etter avtl. § 36 på grunn av endringer i reguleringsplanen?

5.1 Lemping etter avtl. § 36

5.1.1 Utgangspunktet for lemping av ordinære avtaler

Avtl. § 36 er et ytterligere unntak fra hovedregelen om at avtaler skal holdes¹²⁶. Etter avtl. § 36 (1) kan en avtale lempes hvis det er «urimelig (...) å gjøre den gjeldende». En naturlig språklig forståelse av «å gjøre den gjeldende» tilsier at det er konsekvensene av å opprettholde avtalen under endrede forhold ved oppfyllelesstadiet avgjørende for om avtalen kan lempes¹²⁷. Språklig tilsier «urimelig» at konsekvensene må bli svært omfattende, og at det ikke er tilstrekkelig at forpliktelsen blir vanskeligere eller mer kostbart å gjennomføre. «Urimelig» gir videre anvisning på en skjønsmessig standard, og at terskelen for lemping er høy.

Hvorvidt avtalen er «urimelig (...) å gjøre gjeldende» beror etter bestemmelsen på en helhetsvurdering av det konkrete avtaleforholdet. Etter avtl. § 36 (2) er sentrale momenter blant annet «(...) partenes stilling, (...) senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig». Det skal foretas en samlet vurdering av alle ulemper og fordeler som følger av avtalen¹²⁸.

Språklig omfatter «omstendighetene for øvrig» ethvert moment som gjør seg gjeldende for det konkrete avtaleforholdet i urimelighetsvurderingen. Departementet presiserer at momentene som er nevnt i annet ledd ikke er uttømmende¹²⁹. Generelt vil hensynet til forutberegnelighet og innrettelse være sentrale momenter i vurderingen¹³⁰. Det er videre ikke til hinder for lemping at avtaleparten har oppfylt sin forpliktelse. Hvis avtalen er delvis oppfylt, vil dette imidlertid være et moment mot at avtalen kan lempes¹³¹. Et annet moment er de økonomiske konsekvensene av å oppfylle avtalen under endrede forhold¹³².

¹²⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 9.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 41.

¹²⁸ Rt 2000 s. 806, s. 816 og Rt. 2003 s. 1132, avs. 46.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36.

¹³⁰ Rt. 2012 s. 393, avs. 47

¹³¹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 37.

¹³² Rt. 2003 s. 1132, avs. 46.

«Partenes stilling» sikter språklig til styrkeforholdet mellom avtalepartene. Det sentrale formålet bak avtl. § 36 er å beskytte den «svake part» mot at den sterke part utnytter sin sterke posisjon¹³³. Departementet legger til grunn at et avtaleforhold mellom næringsdrivende parter kan innebære et skjevt styrkeforhold, som vil være et relevant moment i urimelighetsvurderingen¹³⁴.

Høyesterett har konsekvent lagt til grunn at terskelen for lemping mellom profesjonelle parter er svært høy¹³⁵. I Rt. 2003 s. 1132 og Rt. 2012 s. 1537 uttalte retten at terskelen for lemping mellom profesjonelle parter er at avtalen må fremstå som «kvalifisert urimelig»¹³⁶.

Høyesterett har vært tilbakevisende til at en næringsdrivende ikke skal vurderes som en profesjonell part. Saken i Rt. 2003 s. 1132 gjaldt en festekontrakt mellom Norrøna Fly og Luftfartsdirektoratet. Norrøna Fly, som var et mindre privat flyforetak, anførte at de ikke kunne anses som en profesjonell part sammenlignet med staten. Høyesterett tilbakeviste anførselen, og vurderte om festekontrakten fremsto som «kvalifisert urimelig»¹³⁷. Den høye terskelen for lemping mellom profesjonelle parter er begrunnet i hensynet til forutberegnelighet¹³⁸.

I skrivende stund har Høyesterett ikke lempet en avtale etter avtl. § 36 mellom to profesjonelle parter¹³⁹. Det imidlertid eksempler på at Høyesterett har lempet avtaler som er inngått mellom en profesjonell part og en privat part som ikke opptrer som forbruker. I Rt. 2014 s. 351 vant Helgeland Kraft frem med krav om lemping etter avtl. § 36. I forbindelse med utbygging av et vannfall til kraftproduksjon, inngikk Helgeland Kraft en avtale med en privat grunneier om leie av fallrettigheter. I henhold til avtalen skulle grunneieren få halvparten av det fremtidige overskuddet fra kraftproduksjonen i 50 år. I etterkant av avtaleinngåelsen oppdaget Helgeland Kraft at de allerede eide de aktuelle rettighetene til

¹³³ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 9-10

¹³⁴ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 33.

¹³⁵ Rt. 2000 s. 806, s. 816, Rt. 2003 s. 1132, avs. 46, Rt. 2010 s. 1345, avs. 68, Rt. 2012 s. 1537, avs. 46 og HR-2022-1120-A, avs. 69.

¹³⁶ Rt. 2003 s. 1132, avs. 46 og Rt. 2012 s. 1537, avs. 46.

¹³⁷ Rt. 2003 s. 1132, avs. 36 og 46.

¹³⁸ Giertsen (2021) s. 301.

¹³⁹ Giertsen (2021) s. 301 oppsummerer rettspraksis fra Høyesterett frem til august 2021. Per desember 2022 er HR-2022-1120-A den eneste saken hvor Høyesterett har drøftet avtl. § 36 etter august 2021. Saken gjaldt en entreprisekontrakt mellom Statens Vegvesen og Veidekke. Veidekke fikk ikke medhold i kravet om lemping.

vannfallet fra før. Grunneieren kunne derfor ikke yte noe tilbake for de fremtidige utbetalingene fra kraftoverskuddet.

Høyesterett konkluderte med at den konkrete avtalen var «*kvalifisert urimelig*» som følge av den feilaktige oppfatningen av rettighetsforholdene ved avtaletidspunktet¹⁴⁰. I urimelighetsvurderingen la retten avgjørende vekt på to forhold. For det første at grunneieren ikke kunne oppfylle sin avtaleforpliktelse, og at opprettholdelse av avtalen ville bryte med det grunnleggende prinsippet om ytelse mot ytelse¹⁴¹. For det andre at avtalen gjaldt fremtidige betalinger som ikke var utbetalt¹⁴². Grunneieren hadde derfor ikke en beskyttelsesverdig interesse i å motta betalingene.

Både i Rt. 1999 s. 922 og Rt. 2010 s. 1345 ble avtl. § 36 anført som et subsidiært rettsgrunnlag etter reglene om bristende forutsetninger. I Rt. 1992 s. 922 vurderte mindretallet saken etter avtl. § 36. I likhet med flertallet, konkluderte mindretallet med at entreprenørens krav om tilleggsvederlag ikke kunne føre frem¹⁴³. I Rt. 2010 s. 1345 uttalte Høyesterett at det var «klart» at det ikke var grunnlag for revisjon etter avtl. § 36, fordi avtalen inneholdt en bevisst risikoplassering mellom to profesjonelle parter.¹⁴⁴ På bakgrunn av dommene er det i teorien fremhevet som et tungtveiende moment mot lemping at avtaleparten har påtatt seg en resultatforpliktelse¹⁴⁵.

I odelstingsproposisjonen til avtl. § 36 og teorien er det antatt at terskelen for ugyldighet etter bristende forutsetninger og lemping etter avtl. § 36 trolig er sammenfallende¹⁴⁶.

Departementet legger videre til grunn at dommer om bristende forutsetninger har en viss overføringsverdi til praktiseringen av avtl. § 36¹⁴⁷.

Et annet sentralt moment i urimelighetsvurderingen er «*senere inntrådte forhold*». Språklig omfatter ordlyden enhver faktisk og rettslig omstendighet mellom avtaleinngåelsen og oppfyllestidspunktet. Etter ordlyden i annet ledd er alle momentene likestilt. Ordlyden taler

¹⁴⁰ Rt. 2014 s. 351, avs. 40 og 54.

¹⁴¹ Rt. 2014 s. 351, avs. 46.

¹⁴² Rt. 2014 s. 351, avs. 54.

¹⁴³ Rt. 1999 s. 922, s. 942 – 945.

¹⁴⁴ Rt. 2010 s. 1345, avs. 68.

¹⁴⁵ Giertsen (2021) s. 335 – 337.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 35 og Giertsen (2021) s. 334.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 35.

dermed for at terskelen for lemping er den samme, uavhengig av hvilket tidspunkt i avtaleforholdet urimeligheten knytter seg til.

Det følger imidlertid av odelstingsproposisjonen at lemping på grunn av «*senere inntrådte forhold*» bare kan skje i mer «ekstraordinære tilfelle». Departementet legger videre til grunn «at det skal gjennomgående mer» til for å lempe en avtale begrunnet i «*senere inntrådte forhold*» sammenlignet med forhold ved avtaletidspunktet¹⁴⁸. Terskelen for å lempe en avtale som følge av etterfølgende forhold er særlig høy mellom profesjonelle parter¹⁴⁹.

Departementet begrunner den høye terskelen med å vise til hensynet til forutberegnelighet for medkontrahenten, og ulike eksempler hvor den etterfølgende utviklingen skyldes eksterne markedssvingninger eller forhold utenfor partenes kontroll¹⁵⁰. Videre viser departementet til avtalepartens adgang til å kreve misligholdsbeføyelser ved irregulær utvikling. Det vises til eksempler om irregulær prisutvikling i ordinære kjøpsforhold, og kjøpers rett kreve vederlagsjustering etter den tidligere kjøpsloven¹⁵¹.

Høyesterett har både i Rt. 2011 s. 1359, Rt. 2011 s. 1641 og Rt. 2012 s. 1537 lagt til grunn at det skal gjennomgående mer til for å lempe en avtale basert på etterfølgende omstendigheter, under henvisning til departementets uttalelser¹⁵². Dommene gjelder krav om lemping som følge av at inflasjonen i pengeverdien skaper en differanse mellom avtalt pris om markedspris. Ingen av sakene førte frem. I Rt. 2012 s. 1537 fremholdt Høyesterett at differansen ikke var «ekstraordinær», slik at avtalen kunne lempes¹⁵³. Høyesterett synes dermed å bygge på et krav om at den etterfølgende utviklingen må være «ekstraordinær» for å overskride terskelen «kvalifisert urimelig».

Oppsummert er rettsregelen for lemping av ordinære avtaler mellom profesjonelle parter at avtalen må fremstå som «kvalifisert urimelig», og at det kreves «gjennomgående mer» for å lempe en avtale basert på endrede forhold etter avtaleinngåelsen. De etterfølgende forholdene må være «ekstraordinær» for at avtalen skal lempes.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 34 – 35.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 35 – 36.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 34-36.

¹⁵² Rt. 2011 s. 1641, avs. 41, Rt. 2011 s. 1359 avs. 45.

¹⁵³ Rt. 2012 s. 1537, avs. 46 og 51.

5.1.2 Gjelder samme utgangspunkt for lemping av utbyggingsavtaler som følge av endringer i reguleringsplanen?

Spørsmålet i det følgende er om lemping av en utbyggingsavtale på grunn av etterfølgende endringer i reguleringsplanen skal bedømmes etter den samme rettsregelen som gjelder for ordinære avtaler, eller om det er rettskildemessig grunnlag for å anta at det gjelder en mildere rettsregel. Problemstillingen er ikke tidligere drøftet i rettskildene om utbyggingsavtaler.

Det første spørsmålet er om en utbyggingsavtale må være «*kvalifisert urimelig*» for å lempes ved en etterfølgende reguleringsendring, eller om det gjelder en lavere terskel for lemping av utbyggingsavtalen som følge av reguleringsendringer.

Det kan anføres flere forhold for å fravike terskelen «*kvalifisert urimelig*» for lemping av utbyggingsavtalen ved endringer i reguleringsplanen.

I Rt. 2003 s. 1132, Rt. 2012 s. 1537 og Rt. 2014 s. 351, hvor Høyesterett oppstilte terskelen «*kvalifisert urimelig*», hadde ingen av de profesjonelle avtalepartene mulighet til å ensidig endre grunnlaget for avtalen. Det kan derfor sluttet at terskelen «*kvalifisert*» urimelig bygger på et underliggende typetilfelle hvor begge avtaleparter i utgangspunktet er likeverdige overfor hverandre. I avtaleforholdet mellom utbygger og kommunen, har kommunen myndighet til å ensidig endre grunnlaget for hele utbyggingsavtalen gjennom å endre reguleringsplanen. Det kan derfor anføres at typetilfellet som terskelen bygger på, ikke er treffende for utbyggingsavtalen. Dette kan tilsi at uttalelsene i dommene hvor terskelen «*kvalifisert urimelig*» oppstilles, har mindre overføringsverdi for lemping av utbyggingsavtalen ved endringer i reguleringsplanen.

Videre er det et tungtveiende argument at hensynet til beskyttelse av kommunens forutberegnelighet ikke gjør seg ikke gjeldende når kommunen selv er forårsaker de etterfølgende forholdene. Det er en grunnleggende del ved avtalen at endringer i reguleringsplanen kan få betydning for utbyggers forpliktelse. Det kan derfor anføres at det er påregnelig for kommunen at avtalen kan bli ugyldig som følge av en reguleringsendring. Hensynet bak terskelen er ikke treffende for denne situasjonen.

Det vil også stride med hensynet til beskyttelse av utbygger som «den svake avtalepart» at terskelen for lemping skal være like høyt når avtalemotpartens handlinger er årsaken til de etterfølgende forholdene sammenlignet eksterne forhold. Det vil også stride med hensynene bak pbl. kapittel 17 at kommunen etter avtaleinngåelsen kan utnytte sin posisjon som

planmyndighet til å gjøre utbyggers forpliktelse mer omfattende enn hva utbygger ville akseptert ved avtaleinngåelsen.

Det kan imidlertid også argumenteres for at terskelen «*kvalifisert urimelig*» må gjelde for lemping av utbyggingsavtalen ved etterfølgende endringer i reguleringsplanen.

For det første er utbygger næringsdrivende. På bakgrunn av Høyesteretts uttalelser i Rt. 2003 s. 1132, må utbygger, i likhet med andre næringsdrivende, dermed vurderes som en profesjonell part ved urimelighetsvurderingen. Dette taler for at terskelen «*kvalifisert urimelig*» også må gjelde ved lemping av utbyggingsavtalen og etterfølgende reguleringsendringer.

For det andre er det ikke et eksempel på at Høyesterett har oppstilt en lavere terskel for lemping mellom profesjonelle parter, basert på skjevheten i det konkrete styrkeforholdet. Under tvil må det derfor antas at terskelen for lemping av utbyggingsavtalen som følge av etterfølgende reguleringsendringer må vurderes etter terskelen «*kvalifisert urimelig*».

Det andre spørsmålet er om en etterfølgende reguleringsendring i seg selv vil være et moment som gjør at det skal mindre til før utbyggingsavtalen fremstår som «*kvalifisert urimelig*», sammenlignet med andre typer etterfølgende forhold ved ordinære avtaler.

Uttalelsene fra departementet og Høyesterett om at det skal «*gjennomgående mer til*», og at lemping bare er aktuelt i «*ekstraordinære tilfelle*», synes å bygge på et typetilfelle hvor avtalepartene har samme mangel av kontroll over den etterfølgende utviklingen, og bærer den samme risikoen for forholdene etter avtaleinngåelsen. Når partene er likeverdige i relasjon til den etterfølgende utviklingen, må hensynet til forutberegnelighet stå sterkt. Det er derfor rimelig at terskelen for å lempe avtalen på grunn av etterfølgende forhold er svært høy.

Lemping av avtalen når utviklingen etter avtaleinngåelsen utelukkende skyldes avtalemotpartens handlinger, er ikke drøftet i forarbeidene til avtl. § 36, dommer fra Høyesterett eller i teorien¹⁵⁴. Utbygger ingen kontroll over at kommunen ensidig vedtar

¹⁵⁴ Som eksempler på «*senere inntrådte forhold*» nevner Giertsen forhold som er ute av begge parters kontroll, som for eksempel feilslått fiske, pandemi eller mangel på utenlandsk arbeidskraft, se Giertsen (2021) s. 327. Woxholth nevner omstendigheter som krig- og krisetilstander, værforhold, import- og eksportrestriksjoner og økonomiske svingninger, se Woxholth (2017) s. 371.

endringer i reguleringsplanen som utbyggingsavtalen skal gjennomføre¹⁵⁵. Utbygger og kommunen bærer derfor ikke den samme risikoen for situasjonen som oppstår når reguleringsplanen endres etter avtaleinngåelsen. Når avtalepartene ikke deler samme risiko for den etterfølgende utviklingen, faller begrunnelsen for at det skal mer til for å lempe avtalen som følge av «senere inntrådte forhold» delvis bort. Dette taler for at uttalelsene har mindre overføringsverdi til utbyggingsavtalen og reguleringsendringer.

Videre kan en utbygger i utgangspunktet ikke kreve misligholdsbeføyelser mot kommunen som følge av at reguleringsplanen endres. Utbygger kan ikke utjevne skjevheten som oppstår i avtaleforholdet. I tillegg gir Sunnfjord-dommen uttrykk for at det ikke kreves «ekstraordinære omstendigheter» for at en utbyggingsavtale kan revideres på grunn av etterfølgende forhold. Hensynet til sammenheng mellom reglene om bristende forutsetninger og avtl. § 36 tilsier at tersklene for ugyldighet skal være sammenfallende. Disse forholdene taler ytterligere for at uttalelsene om lemping ved etterfølgende forhold for ordinære avtaler har mindre overføringsverdi for situasjonen som oppstår når reguleringsplanen endres.

Oppsummert er det flere forhold som taler for at rettsregelen for lemping av ordinære avtaler basert på etterfølgende forhold, ikke har direkte overføringsverdi på utbyggingsavtalen og reguleringsendringer. Under tvil, konkluderes det med at det trolig skal mindre til før en utbyggingsavtale blir «*kvalifisert urimelig*» ved endringer i reguleringsplanen. Enhver endring i reguleringsplanen vil imidlertid ikke gjøre utbyggingsavtalen «*kvalifisert urimelig*». Dette må vurderes konkret basert på den spesifikke utbyggingsavtalen og konsekvensen av endringen i reguleringsplanen.

5.2 I hvilke tilfeller kan det tenkes at endringer i reguleringsplanen kan føre til lemping av utbyggingsavtalen?

5.2.1 Innledende kommentarer

Endringer i reguleringsplan er et «*senere inntrådt forhold*» etter avtl. § 36. Det avgjørende for om utbyggingsavtalen kan lempes er om avtalen fremstår som «*kvalifisert urimelig*». Fordi urimelighetsvurderingen er en helhetsvurdering, er det naturlig å presentere momentene som taler for og mot lemping adskilt fra hverandre.

¹⁵⁵ Jf. kap. 2.3.

5.2.2 Forhold som kan tale mot lemping

Det kan anføres flere forhold mot at utbyggingsavtalen fremstår som «kvalifisert urimelig» som følge av at kommunen endrer reguleringsplanen etter avtaleinngåelsen.

For det første er det et relevant moment at utbygger må vurderes som profesjonell part jf. «partenes stilling». Det er en grunnleggende del av utbyggingsavtalen at avtaleforpliktelsene tar utgangspunkt i en spesifikk arealregulert situasjon, som kommunen som planmyndighet kan endre¹⁵⁶. Det kan derfor anføres at det er et iboende risikoelement i avtalen at reguleringsplanen kan endres, og at endringen kan få negative konsekvenser for utbygger. Som en profesjonell part står utbygger i utgangspunktet nærmest til å bære risikoen for egne forutsetninger om at reguleringsplanen vil bestå uendret helt til avtalen var oppfylt.

Et annet sentralt moment i urimelighetsvurderingen er hvilken betydning reguleringsendringen får for utbygger. Ikke enhver reguleringsendring gjør at utbyggingsavtalen fremstår som «kvalifisert urimelig». Tersklene for ugyldighet og revisjon etter avtl. § 36 og bristende forutsetninger antas å være sammenfallende. Endringer i reguleringsplanen som ikke får betydning for utbygger, og kvalitative endringer som ikke er kostnadsdrivende for utbygger vil derfor stå i samme stilling i urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36¹⁵⁷. Disse typene reguleringsendringer vil heller ikke i seg selv føre til at utbyggingsavtalen fremstår som «kvalifisert urimelig».

Det et selvstendig moment som taler mot lemping at utbygger i visse tilfeller har oppfylt sin forpliktelse før reguleringsendringen vedtas. Når utbygger har oppfylt sin forpliktelse, vil hensynet til kommunens innrettelse og forutberegnelighet til at avtalen skal gjennomføres tale mot lemping. Hensynet til forutberegnelighet generelt sterkt mellom næringsdrivende parter, men gjør seg også særlig gjeldende i utbyggingsprosjekter¹⁵⁸.

Et annet moment som kan tale mot lemping er at en utbygger i visse utbyggingsavtaler vil påta seg en resultatforpliktelse. I Rt. 1999 s. 922 var det ikke tilstrekkelig for revisjon etter bristende forutsetninger eller avtl. § 36 at avtaleforpliktelsen ble vanskeligere og dyrere å gjennomføre. Som tidligere drøftet, vil opparbeidelsesavtalen innebære at utbygger bærer risikoen for det økonomiske tapet som kan oppstå hvis en reguleringsendring fører til at

¹⁵⁶ Jf. kapittel 2.1 og 2.3.

¹⁵⁷ Se kapittel 4.3.4.1.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 41.

utbygger ikke har krav på byggetillatelse¹⁵⁹. Hensynet til sammenheng mellom bristende forutsetninger og avtl. § 36 tilsier at denne situasjonen ikke kan føre til at avtalen fremstår som «kvalifisert urimelig».

I forlengelsen av forrige moment, kan også hensynet til kommunens frie myndighetsutøvelse tale mot lemping. Hensynet til kommunens frie myndighetsutøvelse kommer på spissen i tilfeller hvor kommunen endrer reguleringen av et rekkefølgekrav som medfører at utbygger ikke har krav på byggetillatelse ved å etablere rekkefølgetiltaket¹⁶⁰. Hvis utbygger kunne lempet avtalen i denne situasjonen ville kommunen nærmest være bundet gjennom avtalen til å ikke endre reguleringsplanen. Forhåndsbinding til å ikke utøve forvaltningsmyndighet har sterke formodninger mot seg¹⁶¹. Disse hensyene gjør seg i like stor grad gjeldende hvis avtalen skulle lempes, fordi utbygger ikke har krav på byggetillatelse. At utbygger ikke får byggetillatelse, kan ikke føre til at utbyggingsavtalen fremstår som «kvalifisert urimelig».

Et annet moment taler mot lemping, er at en utbyggingsavtale også vil innebære fordeler for utbygger. Alle ulempene ved utbyggingsavtalen må avveies mot fordelene. For eksempel kan en utbygger oppfylle et rekkefølgekrav ved å betale kommunen for å bygge infrastrukturtiltaket. Det konkrete rekkefølgetiltaket kan øke markedsverdien av utbyggers byggeprosjekt. Eksempelvis vil grøntarealer, lekeparker eller anlegg for offentlig transport gjøre byggeprosjekter som leilighetskomplekser mer attraktiv. Utbyggingsavtalen kan dermed bidra til å presse opp boligprisene, som utbygger vil tjene på¹⁶².

5.2.3 Forhold som kan tale for lemping

Det kan imidlertid også anføres flere momenter som taler for at det utbyggingsavtalen blir «kvalifisert urimelig» ved en etterfølgende omregulering.

Et sentralt moment er at kommunen som avtalemotpart er årsaken til de «senere inntrådte forhold» når en reguleringsplan endres. På bakgrunn av drøftelsen i kapittel 5.1.2 er dette trolig et moment i seg selv som gjør at det skal mindre til før utbyggingsavtalen fremstår som «kvalifisert urimelig».

¹⁵⁹ Se kapittel 4.3.4.3.

¹⁶⁰ Det henvises til redegjørelsen av denne situasjonen i punk 2.1.

¹⁶¹ Eckhoff og Smith (2018) s. 430

¹⁶² Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 20 – 21.

Videre er det et sentralt moment at omreguleringen medfører betydelige konsekvenser for utbygger. Det kan her tenkes ulike situasjoner.

Et første typetilfelle som kan fremheves er at endringen av reguleringsplanen i seg selv medfører at forpliktelsene i utbyggingsavtalen står i total motstrid til gjeldede reguleringsplan. Det vises til det tidligere eksemplet hvor kommunen fjerner infrastrukturiltaket fra arealplankartet¹⁶³. Reguleringsendringen medfører at utbyggers forpliktelse ikke lenger er nødvendig for å gjennomføre reguleringsplanen, jf. pbl §§ 17-3 (3) og 12-7 nr. 10. Det må dermed antas at en slik endring gjør at utbyggingsavtalen fremstår som «kvalifisert urimelig».

Et annet typetilfelle er at omreguleringen i seg selv fører til at balansen i avtaleforholdet forrykkes totalt.

Det kan tenkes at kommunens eneste motivasjon for å endre reguleringsplanen er å sitte igjen med et økonomisk overskudd til å finansiere andre kommunale tjenester. Dette kan være aktuelt i tilknytning til en kontantbidragsavtale, hvor kommunen omregulerer og etablerer rekkefølgekravet med en lavere standard enn forutsatt ved avtaleinngåelsen. Dersom kommunen omregulerer for å dekke sine egne behov, vil for kontantbidraget være «fiskalt begrunnet» og kommunen vil ikke ha et «reelt behov» for infrastrukturiltaket, jf. pbl. §§ 17-3 (3) og 12-7 nr. 10. Betalingsforpliktelsen fremstår dermed som «kvalifisert urimelig».

Videre kan det tenkes tilfeller hvor kommunen omregulerer for å komme seg helt fri fra sine egne avtaleforpliktelser. Problemstillingen kommer på spissen i kontantbidragsavtaler. For eksempel hvis kommunen er pliktig til å etablere en anleggsvei i et ubebygde område som er regulert til bebyggelse og anlegg. Kommunen endrer deretter planens arealformål til naturformål og vern av kulturmiljø før kommunen har påbegynt å etablere tiltaket.¹⁶⁴ Anleggsveien er i utgangspunktet i strid arealformålet i den nye reguleringsplanen, og kan ikke bygges¹⁶⁵. Kommunen er dermed privatrettslig forpliktet til levere en realytelse som de er offentligrettslig forhindret fra å oppfylle.

¹⁶³ Se kapittel 4.3.4.1

¹⁶⁴ Pbl. § 12-5 nr. 5.

¹⁶⁵ Pbl. §§ 1-6 (2) første punktum og 12-4 (2).

I dette eksemplet kan det trekkes paralleller til Rt. 2014 s. 351. Det vil stride med prinsippet om ytelse mot ytelse å opprettholde utbyggingsavtalen, når kommunen på grunn av omreguleringen ikke kan oppfylle sin forpliktelse. Kommunen vil derfor ikke ha noen beskyttelsesverdig forventning om å beholde utbyggers kontantbidrag. Det kan dermed ikke bli avgjørende at det her er snakk om presterte ytelser, til forskjell fra Rt. 2014 s. 351. Kommunen kan i utgangspunktet ikke oppfylle sin avtalefestede forpliktelse som motstykke til kontantbidraget fra utbygger. I et slikt tilfellet kan det antas på bakgrunn av Rt. 2014 s. 351 at det er «kvalifisert urimelig» å opprettholde utbyggingsavtalen

Det vil videre være et selvstendig moment for lemping at kommunen har tatt utenforliggende hensyn ved utøvelsen av sin planmyndighet. Plan- og bygningsloven skal ikke ivareta hensynet til kommunens egne kontraktsforpliktelser¹⁶⁶. Når kommunen bevisst utnytter sin posisjon som planmyndighet overfor utbygger til å skaffe seg økonomiske midler, taler dette med tyngde for at utbyggingsavtalen er «kvalifisert urimelig».

5.3 Konklusjon

Drøftelsen ovenfor viser at det er flere, ulike momenter som i det konkrete tilfellet kan tale for og mot at utbyggingsavtalen kan bli «kvalifisert urimelig» som følge av en etterfølgende endring i reguleringsplanen. Det vanskelig å generelt angi når en reguleringsendring fører til at utbyggingsavtalen blir «kvalifisert urimelig». Hvorvidt avtalen er «kvalifisert urimelig» kommer an på den spesifikke situasjonen, avtalen som er inngått og konsekvensene av reguleringsendringen.

5.4 Hvilke rettsvirkninger kan inntre hvis utbyggingsavtalen kan lempes?

Drøftelsen ovenfor viser at reguleringsendringer alene kan føre til at utbyggingsavtalen fremstår som «kvalifisert urimelig». Utbyggingsavtalen er dermed ugyldig. Den neste problemstillingen blir derfor hvilke konkrete rettsvirkninger som kan inntre på avtalen.

Etter avtl. § 36 (1) første punktum kan avtalen «helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig (...) å gjøre den gjeldende». Ordlyden gir anvisning på at rettsanvenderen kan velge mellom flere ulike rettsvirkninger. Språklig tilsier «settes til side» at avtalen ikke lenger får virkning etter sitt innhold. «Endres» tilsier at rettsanvenderen selv

¹⁶⁶ Pbl. § 1-1.

kan endre innholdet i hele eller deler av avtalen uten at avtalen mister sin bindende virkning for avtalepartene.

Hvilken rettsvirkning som skal inntre beror på en konkret vurdering¹⁶⁷. Forarbeidene utdyper imidlertid i liten grad hvilke momenter en slik vurdering skal bygge på. Reservasjonen «*for så vidt*» tilsier språklig at rettsanvenderen ikke kan lempe avtalen i større grad enn hva grunnlaget for urimeligheten tilsier. Høyesterett har lagt til grunn at lemping mellom profesjonelle parter er undergitt sterke grenser. Lempingen skal være utelukkende begrenset til å avbøte den kvalifiserte urimeligheten. Rettsanvenderen skal ikke endre avtalen for å skape balanse i avtaleforholdet¹⁶⁸.

Det følger av forarbeidene at den primære rettsvirkningen etter avtl. § 36 er at det urimelige vilkåret endres¹⁶⁹. Endring av avtalen vil stå i samme stilling som modifikasjon etter bristende forutsetninger. Det henvises derfor til drøftelsen i kapittel 4.4.

Det første spørsmålet er derfor om at utbyggingsavtalen «*helt eller delvis tilsidesettes*» når kommunen senere endrer reguleringsplanen. Høyesterett har tilsidesatt hele avtalen i sakene inntatt i Rt. 1995 s. 1540, Rt. 2013 s. 388 og Rt. 2014 s. 351. Felles for disse sakene er at de faktiske forholdene som begrunnet at avtalen var «*urimelig (...) å gjøre gjeldende*» forelå ved avtaleinngåelsen¹⁷⁰. På bakgrunn av Høyesterettspraksis, kan det hevdes at tilsidesettelse av hele utbyggingsavtalen som hovedregel ikke være nærliggende rettsvirkning, fordi endring av reguleringsplanen skjer etter avtaleinngåelsen.

Det kan imidlertid tenkes et unntak for situasjonen hvor partene ikke har utvekslet ytelser. I likhet med Rt. 2014 s. 351, vil forholdet som gjør avtalen «*kvalifisert urimelig*» inntre før partene har begynt å gjennomføre avtalen. På bakgrunn av dommen, vil det være nærliggende at hele utbyggingsavtalen kan tilsidesettes når kommunen i ny reguleringsplan forutsetter at avtalens innhold ikke lenger skal oppfylles. Dette vil både gjelde for kontantbidragsavtaler og opparbeidelsesavtaler.

Spørsmålet i det følgende er i hvilke tilfeller det kan tenkes at utbyggingsavtalen delvis tilsidesettes. Per dags dato finnes det ikke dommer fra Høyesterett hvor en avtale har delvis

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36 – 38, NOU 1979:32 s. 60 – 61.

¹⁶⁸ Rt. 2012 s. 1537, avs. 46.

¹⁶⁹ NOU 1979:32 s. 60.

¹⁷⁰ Rt. 1995 s. 1540, s. 1544, Rt. 2013 s. 388, avs. 67 og Rt. 2014 s. 351, avs. 40.

blitt satt til side etter avtl. § 36¹⁷¹. Å sette til side et avtalevilkår vil være mest aktuelt ved kontantbidragsavtaler, slik Sunnfjord-dommen viser. Det kan imidlertid også være aktuelt for boligpolitiske vilkår i en opparbeidelsesavtale. Disse situasjonene er allerede behandlet, og vil stå i samme stilling etter avtl. § 36¹⁷².

¹⁷¹ Giertsen (2021) s. 342 oppsummerer rettspraksis fra Høyesterett frem til august 2021. Per desember 2022 er HR-2022-1120-A den eneste saken hvor Høyesterett har drøftet avtl. § 36 etter august 2021. Kravet om lemping førte ikke frem.

¹⁷² Se kapittel 4.4.

6 Avslutning

6.1 Kan endringer i reguleringsplanen alene føre til at en utbyggingsavtale blir ugyldig?

Basert på oppgavens drøftelser er konklusjonen at endringer i reguleringsplanen etter avtaleinngåelsen alene kan føre til at en utbyggingsavtale blir ugyldig. Det er imidlertid ikke en automatikk i dette. Enhver reguleringsendring vil ikke medføre at utbyggingsavtalen blir ugyldig. Det må derfor alltid foretas en vurdering av det konkrete tilfellet.

På tross av at ethvert tilfelle må vurderes konkret, kan det basert på oppgavens drøftelser være grunnlag for å fremheve enkelte typetilfeller av reguleringsendringer, som har varierende betydning for utbyggingsavtalens gyldighet. Det første typetilfellet er reguleringsendringer som ikke får betydning for utbygger. Det er ikke tvilsomt at avtalerettslig ugyldighet vil være utelukket ved slike endringer.

Det andre typetilfellet som kan fremheves er hvor kommunen vedtar mindre endringer i reguleringsplanen som får økonomiske konsekvenser for utbygger. Dette kan for eksempel være å endre på rekkefølgetiltakets konkrete utforming eller redusere tillatt utnyttelsesgrad. Hvorvidt slike endringer kan føre til at utbyggingsavtalen kan bli ugyldig, må bero på en inngående vurdering av de konkrete forholdene. I enkelte tilfeller kan en mindre reguleringsendring alene være nok til at avtalen blir ugyldig. I andre tilfeller dette alene ikke tilstrekkelig. Selv om en reguleringsendring i seg selv ikke kan føre til avtalerettslig ugyldighet, betyr det imidlertid ikke at den er uten betydning for avtalens gyldighet. Slik Sunnfjord-dommen viser, kan det tenkes at mindre reguleringsendringer blir avgjørende i en samlet vurdering hvis det er flere forhold tilsier at utbyggingsavtalen er ugyldig.

Det tredje typetilfellet som kan fremheves er endringer som gjør at nødvendigheten av utbyggers forpliktelse faller bort, jf. pbl. § 17-3 (3). For eksempel at kommunen fjerner rekkefølgetiltaket fra arealplankartet og forutsetter at ikke skal opparbeides likevel. Andre eksempler er at kommunen misbruker sin posisjon som planmyndighet til finansiere generelle økonomiske behov. I slike tilfeller vil grunnlaget for utbyggers forpliktelse falle bort, og det er ikke noen beskyttelsesverdig grunn til å opprettholde avtalen.

6.2 Avsluttende betraktninger

Avslutningsvis kan det reises spørsmål ved om utbyggingsavtaler og situasjonen hvor reguleringsplanen endres, burde vært regulert på en annen måte enn ved reglene om bristende forutsetninger og avtl. § 36.

Det er vanlig at kommunen får nye arealpolitiske prioriteringer og vedtar endringer i reguleringsplanen. Hvilken betydning reguleringsendringen har for avtalens gyldighet, er derfor en praktisk problemstilling som kan oppstå ved enhver utbyggingsavtale. Avtl. § 36 og reglene om bristende forutsetninger forutsetter derimot at ethvert tilfelle må vurderes konkret. Det kan derfor være behov for en generell regulering av situasjonen, som bedre ivaretar hensynet til utbyggers forutberegnelighet.

Videre synes de avtalerettslige ugyldigreglene i liten grad å være treffende for utbyggingsavtalens særtrekk. Det integrert og grunnleggende del av avtalen at forpliktelsene skal «gjennomføre» en spesifikk arealregulert situasjon, som kommunen har myndighet til å ensidig endre. Den sterke hovedregelen og de høye tersklene for ugyldighet, fører imidlertid til at kommunen kan vedta en rekke endringer som får konsekvenser for utbygger, uten at avtalen blir ugyldig. Det er ikke noen grunn til at utbygger skal ha et dårligere vern mot kommunen etter avtaleinngåelsen enn ved forhandlingen av avtalen. Det kan derfor være behov for å stryke utbyggers vern mot kommunens etterfølgende reguleringsendringer.

En mulig løsning for å bedre ivareta hensynet til vern av utbygger, kan være å regulere gyldigheten av avtalen ved etterfølgende reguleringsendringer i en egen lovbestemmelse i pbl. kapittel 17. En egen lovbestemmelse vil også kunne bedre ivareta hensynet til forutberegnelighet. Et vanskelig spørsmål er imidlertid hvordan en slik lovbestemmelse skal utformes. Interessante spørsmål i den forbindelse er om lovgiver burde vedta en egen ugyldighetsbestemmelse, eller om det kan lovfestet at tersklene ved avtalerettslige ugyldighetsbestemmelser generelt er lavere for utbyggingsavtaler, og etterfølgende reguleringsendringer. Risikoen ved å regulere situasjonen i en lovbestemmelse, er at bestemmelsen blir for generell.

En gunstig «mellomløsning» for å styrke hensynet til vern av utbygger etter avtaleinngåelsen, kan derfor være at det etableres en domstols- eller bransjepraksis for at det skal mindre til før en utbyggingsavtale blir ugyldig ved etterfølgende reguleringsendringer etter bristende forutsetninger og avtl. § 36.

7 Kildeliste

Lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lov 27. mai 2005 nr. 30 om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling

Forarbeider

NOU 2003:14 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II
Planlovutvalgets utredning med lovforslag

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuerettslig lempningsregel)

Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)

Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan-og bygningsloven) (byggesaksdelen)

Rettspraksis

Rt. 1999 s. 922, Salhus Flytebro

Rt 2000 s. 806, s. 816

Rt. 2002 s. 683, Vassøy Canning

Rt. 2002 s. 1110, Bodum

I Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2010 s.1345, Oslo Vei

Rt. 2011 s. 1359

Rt. 2011 s. 1641

Rt. 2012 s. 1537

Rt. 2013 s. 393, Ugland

Rt. 2014 s. 351, Helgeland Kraft

Rt. 2014 s. 866, Fjord1

Rt. 2015 s. 321

Rt. 2015 s. 413

HR-2021-953-A, Mortensrud

HR-2021-2364-A, Sunnfjord

LB-2013-14712

Juridisk litteratur

- Aulstad (2005) Aulstad, Johan Greger, *Kommunale utbyggingsavtaler* (Bergen 2005)
- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, (Oslo 2018)
- Holth og Winge (2021) Holth, Fredrik og Nikolai K. Winge, *Plan og bygningsrett*, 2. utgave (Oslo 2021)
- Hagstrøm (2021) Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*, 3. utgave (Oslo 2021)
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011)
- Hov og Høgberg (2017) Hov, Jo og Alf P. Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2017)
- Høgberg og Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, (Oslo 2019)
- Giertsen (2021) Giertsen, Johan, *Avtaler*, 4. utgave (Bergen 2021)
- Lie (2022) Lie, Martin Hauge «Hvor sterkt avtalerettslig vern har utbyggere ved inngåelsen av utbyggingsavtaler? Kommentar til Sunnfjorddommen HR-2021-2364-A» publisert på *Juridika Innsikt*, 2022, (<https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-sunnfjord-dommen-hr-2021-2364-a>) sist besøkt 28.11.22

- Lie (2021) Lie, Martin Hauge «Utbyggingsavtaler og etterfølgende omstendigheter – Sunnfjord-saken i et kritisk lys», *Lov og Rett*, 2021
- Meidell (2002) Andreas Meidell, «Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold», *Lov og Rett*, 2002, s. 498-508.
- Rasmussen (2007) Knut Fredrik Rasmussen, «Utbyggingsavtaler», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2007
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 10. utgave, Gyldendal Akademisk 2017
- Woxholth (2000) Woxholth, Geir «Forutsetningslæren og avtaleloven § 36», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2000, s. 108 – 131

